

Mario G. Losano

**Il parere di Kelsen del 1933 sull'Assemblea Nazionale Costituente del Brasile.
Testo in tedesco e in italiano*.**

1. La "Rivoluzione del 1930" e il costituzionalismo brasiliano.

Nel pubblicare il testo italiano e tedesco del parere del 1933 di Hans Kelsen sull'Assemblea Nazionale Costituente possono essere utili alcune informazioni preliminari sul Brasile negli anni '30 (riportate qui di seguito) e sul testo kelseniano (§ 3). Esso venne pubblicato una sola volta nel 1934, in portoghese e in tedesco, da una rivista di Rio de Janeiro di cui uscì unicamente il fascicolo contenente, fra gli altri, il testo di Kelsen, e poi cessò le pubblicazioni. Qui di seguito viene riprodotto il testo tedesco nella forma pubblicata dalla rivista e la sua traduzione in italiano.

Con la "Rivoluzione del 1930" Getúlio Vargas sostituì la "República velha" con un nuovo regime destinato a durare fino al 1945. Deposto il presidente Washington Luís, sospesa la costituzione del 1891 e sciolto il parlamento, dal 1930 al 1934 il Brasile fu retto da un "Governo Provvisorio" militare, guidato da Getúlio Vargas. Esso inviava gli "interventores" nei vari Stati brasiliani, i quali controllavano che le attività locali fossero conformi ai principi della rivoluzione del 1930.

São Paulo si ribellò a questa ingerenza e insorse dal 9 luglio al 3 di ottobre del 1932. Quella rivoluzione prese il nome di "Rivoluzione costituzionalista" perché chiedeva una ri-democratizzazione del Brasile attraverso una nuova costituzione. Il 3 maggio 1932 si svolsero le elezioni per l'Assemblea Nazionale Costituente, nelle quali per la prima volta in Brasile le donne ebbero il diritto di voto a livello generale, anche se prima già godevano di questo diritto in alcuni Stati.

L'Assemblea Nazionale Costituente iniziò i suoi lavori il 15 novembre 1933 e la nuova costituzione venne emanata il 16 luglio 1934. In parallelo con questi eventi operò la cosiddetta "Commissione dell'Itamaraty", che presentò un progetto di costituzione più accentratore rispetto alla costituzione poi entrata in vigore: quest'ultima attribuiva una certa autonomia ai singoli Stati, e per questo venne spesso criticata da Getúlio Vargas. Il 17 luglio 1934, il giorno dopo la promulgazione della

· *Caveat lector*: Una versione di questo mio scritto è stata pubblicata senza la mia autorizzazione, con alterazioni editoriali abusive e con notevole incompetenza, dalla rivista "Diritto pubblico", XXI, 2015, n. 1. In essa il mio testo originario è stato diviso in due articoli e alle pp. 1-9 il parere di Kelsen è stato anteposto al mio commento (che alle pp. 11-19 rinvia così spesso al parere "seguinte", che in realtà lo precede). Inoltre il parere kelseniano non indica la fonte, presenta molti errori di divisione sillabica (a partire dall'indice della rivista) e non indica l'autore della traduzione né la fonte dei testi tra parentesi quadra. Infine Kelsen figura tra gli autori del fascicolo, con dati biografici non esatti. Ovviamente non mi sono state sottoposte le bozze ed io ho preso atto dello stravolgimento solo quando ho ricevuto il fascicolo della rivista. Invito quindi a non usare né citare il testo abusivo di "Diritto pubblico" ed a far riferimento, per il tedesco, alla pubblicazione in corso nella "Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts" di Vienna e, per l'italiano, al mio testo pubblicato sul sito <www.dircost.unito.it>.

costituzione, il parlamento elesse Getúlio Vargas come presidente della Repubblica, che il 20 luglio prese ufficialmente possesso di quella carica.

È in questo contesto politico che si inserisce il parere di Kelsen sull'Assemblea Nazionale Costituente.

2. Il viaggio di Kelsen in Brasile.

A complemento dello scritto di Gustavo Siqueira¹ vorrei ricordare alcune informazioni sui rapporti di Kelsen con il Sud America e, in particolare, con il Brasile, desunte con qualche aggiornamento e poche modifiche da un mio testo del 2008², in cui riporto anche alcune informazioni ricevute in colloqui con due importanti giuristi brasiliani, Miguel Reale e Celso Lafer. Rudolf Aladár Métall (1903-1975) fu assistente di Kelsen a Colonia e io ebbi occasione di incontrarlo a Ginevra dopo aver tradotto la seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*. Però in quell'occasione non parlammo del suo soggiorno in Brasile, in cui ancora una volta si intrecciarono le vicende di Kelsen e di Métall.

Nel maggio 1933 Kelsen si trasferì da Colonia a Ginevra e quindi fino al 1940 Kelsen e Métall vissero nella stessa città. Poiché nel 1940 la guerra sembrava minacciare anche la neutrale Svizzera, il 30 giugno 1940 Métall chiese la sospensione del suo contratto con il Bureau International du Travail e, come Kelsen, lasciò l'Europa. A questo punto, però, le loro strade si divisero: mentre Kelsen andò negli Stati Uniti, Métall si stabilì in Brasile, dove probabilmente aveva già contatti, come sembra dimostrare una pubblicazione del 1934 dell'archivio municipale di São Paulo³. A Rio de Janeiro Métall svolse una duplice attività: una nel segno della sua vecchia patria europea, l'altra nel segno della sua nuova patria americana.

Da un lato, infatti, fu Segretario Generale del Comitato per la Rappresentanza degli Interessi Austriaci in Brasile dal 1941 al 1944: la sua collaborazione con Anton Retscheck, l'ultimo ambasciatore austriaco in Brasile prima dell'*Anschluss* del 1938, permise di emettere i documenti d'identità per i cittadini austriaci anche dopo il 1938. In quegli anni Métall acquisì la cittadinanza brasiliana.

¹ Gustavo Silveira Siqueira, *O parecer de Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934*, "Direito & Práxis", vol. 6, 2015, n. 11, on line: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15911/0>>; traduzione italiana: *Il parere di Kelsen sulla Costituente brasiliana del 1933-1934*, "Diritto pubblico", XXI, 2015, n. 1, pp. 21-34.

² Il testo completo è nel § 4, *Kelsen e Métall fra Ginevra e le Americhe*, della mia prefazione a Kelsen, *Scritti autobiografici*, Diabasis, Reggio Emilia 2008, pp. 28-33.

³ Ringrazio Celso Lafer, dell'Università di São Paulo, e la rete dei suoi conoscenti da lui interpellati, per le utili informazioni su Métall che mi hanno permesso di arricchire queste note.

Un riflesso di quest'epoca è la sua breve introduzione al volume *Austria Aeterna*, pubblicato a Rio de Janeiro nel 1944⁴, nel quale citazioni di politici e scrittori quasi tutti non austriaci ribadiscono l'esigenza dell'indipendenza dell'Austria, sottolineando l'importanza “del suo ruolo politico, della sua missione storica, della sua funzione culturale, della sua eroica resistenza all'assalto dei nazionalismi intolleranti”⁵. Nel momento in cui anche il Brasile (che non aveva riconosciuto l'*Anschluss*) entrava in guerra contro l'Asse, il richiamo all'esigenza di restituire all'Austria la sua indipendenza veniva così affidato alla voce di terzi, con diplomatica neutralità.

Dall'altro lato, Métall mise le sue capacità professionali al servizio delle misure sociali che caratterizzavano l'“Estado Novo” di Getúlio Vargas. Infatti sotto quella dittatura di ispirazione fascista – durata dal 1937 al 1945, ma preceduta e seguita da governi guidati dallo stesso Vargas – presero forma una serie di misure che avviarono il Brasile nella direzione d'una potenza moderna. Già dal 1933 il governo brasiliano aveva creato degli istituti pensionistici per le varie branche in cui era stata organizzata l'economia corporativa⁶. Métall divenne consulente tecnico dell'“Istituto pensionistico degli addetti ai trasporti” e inoltre dal 1940 al 1945, come consulente del Governo brasiliano, partecipò fra l'altro alla preparazione della “Consolidação das Leis do Trabalho” del 1943, un testo unico che riuniva e coordinava tutte le norme lavoristiche emanate dai governi Vargas a partire dal 1930: un testo che fu al centro del dibattito giuslavoristico anche oltre la prima metà del XX secolo.

Dopo la fine della Seconda guerra mondiale Métall venne reintegrato nella sua attività in quello che allora si chiamava Bureau International du Travail e, dopo essere passato per Montréal e New York, rientrò nella sede di Ginevra, dove rimase fino al pensionamento, avvenuto il 18 agosto 1966. Pubblicò alcune opere di diritto pubblico e sui rapporti fra il diritto e le assicurazioni sociali, oltre che sulla filosofia del diritto, ma la sua opera più nota e diffusa è senza dubbio la biografia di Hans Kelsen⁷. Notizie più estese sull'attività e sulle pubblicazioni di Métall si trovano nella

⁴ *Austria Aeterna*, Comité de Proteção dos Interesses Austriacos no Brasil, Rio de Janeiro 1944, 75 pp. cui seguono 2 pp. nn. che riportano la richiesta del Deputato di Pernambuco, Francisco Barreto Rodrigues Campello, di includere negli atti parlamentari un voto di cordoglio per l'assassinio del cancelliere austriaco Engelbert Dollfuss (*Anais da Câmara dos Deputados*, 6^a sessão, em 27 de Julho 1934).

⁵ *Advertência*, in *Austria Aeterna*, cit., p. 4.

⁶ Ulteriori informazioni sull'economia corporativa in cui si trovò ad operare Métall sono in Mario G. Losano, *Un modello italiano per l'economia nel Brasile di Getúlio Vargas: la “Carta del Lavoro” del 1927*, “Rechtsgeschichte – Legal History. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte”, 2012, pp. 274-308; anche on line: <<http://rg.rg.mpg.de/Rg20>>.

⁷ Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Franz Deuticke, Wien 1969, 220 pp. A Métall si devono anche le accurate bibliografie delle opere di Kelsen che concludono tanto la prima quanto la seconda edizione della *Reine Rechtslehre*.

mia prefazione citata alla nota 2, mentre qui importa ora ritornare ai contatti tra Kelsen e il Sud America.

L'unico viaggio di Kelsen in Brasile nel 1949, a Rio de Janeiro, non fu in qualche modo legato alla presenza del suo assistente-biografo, che era tornato in Europa nel 1945. Kelsen si recò in Brasile al ritorno da un soggiorno in Argentina, dove era stato invitato dal maggior giusfilosofo locale, Carlos Cossio (1903-1987). Quest'ultimo concepiva la propria "teoria egologica del diritto" come un superamento della dottrina pura del diritto, cosicché lo scopo non ultimo di quell'invito era anche l'intenzione di convincere Kelsen a riconoscere nella teoria egologica del diritto il perfezionamento della dottrina pura del diritto⁸. L'inconciliabilità delle due teorie – e anche dei due caratteri – portò a un'insanabile rottura fra i due studiosi.

Quegli anni del dopoguerra, nel Sudamerica dei governi autocratici di Juan Domingo Perón e Getúlio Vargas, erano politicamente molto tesi. Kelsen dovette perciò far fronte tanto ai dibattiti teorici con Carlos Cossio, quanto ai tentativi di coinvolgimento politico. Di quel viaggio e dell'annosa polemica che ne scaturì fra Kelsen e Cossio esiste oggi una precisa ricostruzione del giusfilosofo uruguayano Oscar Sarlo⁹.

Sul breve soggiorno di Kelsen a Rio de Janeiro – dal 25 al 31 agosto 1949 – ebbi occasione di raccogliere il ricordo del maggior giusfilosofo brasiliano, Miguel Reale¹⁰. Kelsen venne invitato a Rio de Janeiro dal giurista e politico Olavo Bilac Pinto (1908-1985), senza che Miguel Reale ne fosse informato¹¹. Miguel Reale telefonò perciò a Kelsen, invitandolo anche a São Paulo, ma Kelsen reduce dalle polemiche argentine gli diede una risposta – così mi disse Reale – “del tipo”: “Sono stufo (*magoadado*) del Sudamerica”. Per questo Kelsen non andò a São Paulo. D'altra parte, i giuristi di Rio de Janeiro monopolizzarono Kelsen, tanto che in quell'occasione Reale preferì rinunciare a incontrarlo.

⁸ Sulla polemica tra Kelsen e Cossio, cfr. il paragrafo *Una polemica sud-americana: il volume di Kelsen e Cossio*, in Umberto Campagnolo, *Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dell'esilio ginevrino 1933-1940*. A cura di Mario G. Losano, Giuffrè, Milano 2010, pp. 25 ss.; anche in Mario G. Losano, *Anno 1930: una dimenticata edizione italiana di Hans Kelsen*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2009, n. 2, pp. 193-208.

⁹ Oscar Sarlo, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949: el 'frente sur' de la teoría pura*, in Gregorio Peces-Barba - Javier de Lucas (org.), *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 951-975. Ripreso con il medesimo titolo (e con “ligeras modificaciones y agregados”) in “Ambiente Jurídico”, 2010, n. 12, pp. 401-425.

¹⁰ Mario G. Losano, *Miguel Reale (6 novembre 1910 - 13 aprile 2006)*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, LXXXIII, 2006, n. 3, pp. 465-476.

¹¹ Questa mancanza di comunicazione fra i due brasiliani aveva anche ragioni politiche: Pinto Bilac faceva parte dell'UDN (União Democrática Nacional), cioè del partito in forte opposizione a Getúlio Vargas, con il quale invece Miguel Reale collaborava (informazione ricevuta in un colloquio con Celso Lafer).

Tuttavia Kelsen non nutriva rancori verso il Sudamerica o il Brasile. Anche dopo il 1949 Kelsen e Reale si scambiarono lettere, e Kelsen gli inviò una copia della *General Theory of Law and State* con dedica. Esistevano ovviamente differenze dottrinarie: infatti Reale mi ricordava che il titolo della sua *Teoria do direito e do estado* era stato pensato proprio per segnalare che egli non identificava i due concetti di diritto e Stato, come invece avviene in Kelsen¹². Sin qui la testimonianza che ho raccolto da Miguel Reale.

Benché Métall fosse ritornato in Europa anni prima, a Rio de Janeiro Kelsen incontrò però ancora una traccia degli ormai lontani tempi viennesi: il suo ex-allievo Hans Klinghoffer (1905-1990) insegnava nella Fondazione Getúlio Vargas, dove Kelsen tenne le sue tre conferenze: probabilmente anche a lui si deve il conferimento a Kelsen del dottorato *honoris causa* di quell'istituzione, che ancor oggi è uno dei centri culturali più importanti del Brasile.

3. Il parere di Kelsen.

Nel corso di questi eventi due giuristi di Rio de Janeiro, Flávio da Silveira e Roman Poznanski, chiesero a Kelsen di formulare un giudizio sul decreto che istituiva l'Assemblea Nazionale Costituente. In che modo si sia svolto questo contatto non è finora documentato, perché non è stata trovata alcuna documentazione o corrispondenza né nell'archivio del Hans Kelsen-Institut di Vienna, né all'Institut de Hautes Études Universitaires di Ginevra, dove allora Kelsen insegnava. Sembra comunque chiaro che si tratta di un parere privato, cioè scientifico, e non di un parere richiesto da un'istituzione statale o politica.

L'interesse attuale di questo parere consiste nel fatto che esso è l'applicazione pratica a un testo legislativo di due principi-cardine nel pensiero di Kelsen. Un principio-cardine è il positivismo giuridico: sin dalle prime righe Kelsen dichiara di rispondere “solo ed esclusivamente dal punto di vista giuridico-positivo”, quindi respinge ogni riferimento a concetti extragiuridici come quello di ‘sovranità’ (“il concetto di sovranità in senso stretto non è in alcun modo presente nell'ambito del diritto positivo”) o ai principi ispiratori della rivoluzione (“i poteri d'un governo nato da una rivoluzione non si possono dedurre – dal punto di vista del diritto positivo – dalle finalità politiche originariamente perseguite dal movimento rivoluzionario”). L'altro principio-cardine è la soggezione del diritto statale al diritto internazionale, teoria internazionalistica minoritaria soprattutto negli anni delle dittature europee: nel valutare i limiti delle varie entità operanti nel processo costituente brasiliano, Kelsen ribadisce che “neppure lo Stato in quanto tale è sovrano, poiché al di sopra di esso si trova il diritto internazionale che lo legittima e lo obbliga”.

¹² Colloquio con Miguel Reale, venerdì 11 e sabato 12 agosto 2000. Altri riferimenti a Kelsen in Miguel Reale, *Memórias*, Saraiva, São Paulo 1987, vol. 2, pp. 15-17, in cui spiega il rapporto fra il proprio pensiero e quello di Kelsen; cfr. anche nel vol. 1, p. 73, sulla sua interpretazione critica di Kelsen nell'epoca integralista.

Infine, l'eccezionalità della genesi rivoluzionaria del diritto lo porta a privilegiare l'efficacia, che appartiene al mondo dell' 'essere' e che quindi, secondo la dottrina pura del diritto, non dovrebbe avere contatti con il mondo del 'dover essere'¹³: "Il principio dell'efficacia vale come *principio del diritto positivo* per il governo nato direttamente dalla rivoluzione". Kelsen sembra qui collocare all'origine della piramide del diritto positivo non la norma fondamentale, ma quella che egli stesso aveva definito la Gorgone del potere nel 1927, quando scriveva: "Il problema del diritto naturale è l'eterno problema di ciò che è alle spalle del diritto positivo. E chi cerca una risposta non trova – temo – né la verità assoluta d'una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale: chi solleva il velo e non chiude gli occhi è abbagliato dalla Gorgone del potere"¹⁴. Infatti, se "l'Assemblea Nazionale Costituente" esaminata da Kelsen "fosse derivata direttamente dalla rivoluzione" presenterebbe "la caratteristica di organo originario e supremo competente per la legislazione" e da essa prenderebbe origine l'ordinamento giuridico positivo. Nello caso brasiliano in esame ciò non avviene perché quell'Assemblea derivava le sue competenze da un altro organo statale, il Governo Provvisorio, e non era quindi "nata direttamente dalla rivoluzione".

Il parere di Kelsen venne pubblicato nel 1934 in portoghese e tedesco sulla rivista "Política"¹⁵, diretta dai sopra ricordati Flávio da Silveira e Roman Poznanski. Esso è il quarto articolo del primo numero ed è preceduto soltanto dalla seguente breve nota sul suo autore: "Hans Kelsen, già professore dell'Università di Vienna, era ordinario all'Università di Colonia quando si vide obbligato ad abbandonare la Germania a causa degli ultimi avvenimenti politici in quel Paese. Poiché attualmente occupa la cattedra di Diritto delle genti nell'Istituto Universitario di Alti Studi a Ginevra, abbiamo deciso di ascoltare l'illustre scienziato, ed ecco qui la risposta che inviò con rapidità ai quesiti da noi formulati"¹⁶.

Nello stesso fascicolo della rivista il parere di Kelsen è preceduto da un altro articolo che si occupa dell'Assemblea Nazionale Costituente, scritto dal giurista e

¹³ Di questo tema mi ero occupato nell'articolo *Il rapporto tra validità ed efficacia nella dottrina pura del diritto*, "Sociologia del diritto", VIII, 1981, n. 2, pp. 5-23, ripreso poi in Mario G. Losano, *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá 1992, XVI-267 pp. 135-154 (ma non incluso in Mario G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, 229 pp.).

¹⁴ Hans Kelsen, *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, De Gruyter, Berlin – Leipzig 1927, p. 55; cfr. anche il paragrafo *La "Gorgone del potere" e la neutralità del sistema giuridico*, in Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. 2, *Il Novecento*, Giuffrè, Milano 2002, pp.100-104.

¹⁵ "Política. Revista de direito público, legislação social e economia". Diretor Flávio da Silveira. Diretor-secretário Roman Poznanski. La redazione della rivista era a Rio de Janeiro. La periodicità prevista per la rivista era mensile, però essa cessò la pubblicazione dopo il primo numero.

¹⁶ Hans Kelsen, *A competência da Assembléia Nacional Constituinte*, "Política", I, 1934, n. 1, pp. 35-43. Il passo citato è a p. 35; il testo tedesco del parere si trova alle pp. 40-43.

politologo Eusébio de Queiroz Lima¹⁷. Un commento a entrambi i pareri è contenuto nello scritto dello storico del diritto Gustavo Silveira Siquiera¹⁸.

Qui di seguito è riportato il parere di Kelsen in tedesco così come esso è riprodotto nella rivista brasiliana, con alcune marginali correzioni di errori materiali che comunque non influiscono sul senso. Ad esso segue la traduzione italiana del parere, nella quale sono stati inseriti fra parentesi quadra i quesiti rivolti a Kelsen dai direttori della rivista “Política”, quesiti desunti dal testo in portoghese del parere kelseniano e anch’essi tradotti in italiano.

¹⁷ Eusébio de Queiroz Lima, *O regimento da constituinte*, “Política. Revista de direito público, legislação social e economia”, I, 1934, n. 1, pp. 27-33. Le opere principali di Eusébio de Queiroz Lima sono: *Teoria do Estado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1943, XVI-416 pp. (4^a ed.); *Princípios de sociologia jurídica*, Récord, Rio de Janeiro 1958, 308 pp. (6^a ed.). Entrambi i volumi ebbero varie edizioni.

¹⁸ Cfr. *supra*, nota 1.

Hans Kelsen
Über die Kompetenz der Konstituierenden Nationalversammlung
[Verordnung vom 7. April 1933]

Vorbemerkung.

Die an mich gestellten Fragen beantworte ich nicht von einem politischen oder naturrechtlichen, sondern ausschliesslich und allein von einem *positivrechtlichen* Standpunkt aus. Ich gehe dabei von der Voraussetzung aus, dass für die Stellung und Kompetenz der konstituierenden Nationalversammlung keine andere Rechtsnorm in Betracht kommt, als die Verordnung Nr. 22621 vom 7. April 1933.

I.

[*Erste Frage*: I. – Durch Verordnung Nr. 22621 vom 7. April 1933 hat die Provisorische Regierung die Geschäftsordnung der Konstituierenden Nationalversammlung ausgearbeitet.

1. – Hat die Provisorische Regierung, eine faktisch aus einer Revolution entstandene Regierung, das Recht, der Konstituierenden Nationalversammlung eine Geschäftsordnung aufzuerlegen?

1. Es gibt keinen wesentlichen Unterschied zwischen einer *de facto* und einer *de jure* Regierung; nicht im Völkerrecht und noch viel weniger auf dem Gebiete des Verfassungsrechts. Unter der Voraussetzung, dass die provisorische Regierung die höchste gesetzgebende Autorität ist, die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen ist, ist sie zweifellos zuständig, die Frage der Einberufung und der Zuständigkeit einer konstituierenden Nationalversammlung zu regeln.

2. Der Erlass der zitierten Verordnung bedeutet keine Beeinträchtigung der “Souveränität” der konstituierenden Nationalversammlung. Der Begriff der Souveränität im eigentlichen Sinn des Wortes hat überhaupt keinen Platz im Bereiche des positiven Rechtes. Nicht einmal der Staat als solcher ist souverän; da über ihm das ihn berechtigende und verpflichtende Völkerrecht steht. Noch viel weniger kann von irgendeinem Organ des Staates gesagt werden, dass es souverän sei. Für die konstituierende Nationalversammlung käme nur in Frage, ob sie die Eigenschaft eines ursprünglichen und höchsten Organes hat, das zur Gesetzgebung kompetent und dessen Gesetzgebungskompetenz unbeschränkt ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn die konstituierende Nationalversammlung selbst unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die rechtliche Existenz und die Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung beruht auf der Verordnung vom 7. April 1933. Sie ist ein durch ein anderes Organ geschaffenes Organ, das auf legalem Wege entstanden ist. Daran kann die Tatsache nichts ändern, dass sie den Namen “konstituierende Nationalversammlung” führt. Aus diesem Namen lassen sich keinerlei rechtliche Qualitäten ableiten.

3. Die konstituierende Nationalversammlung hat keine anderen Rechte als jene, die ihr durch die Verordnung vom 7. April 1933 eingeräumt sind. Sie hat daher nicht das Recht, diese Verordnung aufzuheben und eine andere an ihrer Stelle zu setzen.

Die Verordnung verpflichtet die konstituierende Nationalversammlung in dem Sinne, dass sie ihre Funktion regelt und insbesondere ihre Zuständigkeit bestimmt. Die Verordnung ist ein wesentliches Stück der derzeit geltenden Verfassung. Im Verhältnis zu ihr hat die sogenannte konstituierende Nationalversammlung keinen verfassunggebenden sondern einen verfassung-vollziehenden Charakter. Verletzt sie die Bestimmungen der Verordnung, so verletzt sie die geltende Verfassung. Das kann unter Umständen ein Versuch sein, sich auf einem *revolutionären Wege* zu einem wahrhaft konstituierenden, das heisst in jeder Hinsicht verfassunggebenden also ursprünglich-höchsten verfassunggebenden Organ zu machen.

II.

[Zweite Frage: II. – Die durch die Provisorische Regierung aufgrund von Art. 101 und 102 *Allgemeine Bestimmungen* erlassene Verordnung beschränkt die Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung, indem sie ihr verbietet, über etwaige “Gesetzesentwürfe” zu diskutieren und abzustimmen. Die konstituierende Nationalversammlung wird ausschließlich die Angelegenheiten behandeln dürfen bzw. müssen, die die Vorbereitung der Verfassung, die Wahl des Präsidenten der Republik sowie die Annahme der Akte der Provisorischen Regierung betreffen.

1. – Stellt die Zuständigkeitsbeschränkung der konstituierenden Nationalversammlung nicht einen erneuten Verstoß gegen die Souveränität der Versammlung selbst dar?

2. – Erfordert die durch die Verordnung vorgesehene Wahl des Präsidenten der Republik nicht zwangsläufig die Annahme seitens der konstituierenden Nationalversammlung eines „republikanischen“ Systems, d.h. eines Systems, das wiederum durch die Provisorische Regierung auferlegt wurde? Stellt diese Auferlegung nicht einen erneuten Verstoß gegen die Souveränität der Nationalversammlung dar?]

1. Artikel 101 und 102 der Verordnung vom 7. April 1933 bedeuten eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Eine Beeinträchtigung ihrer Souveränität jedoch liegt nicht vor, da sie aus den oben erwähnten Gründen weder souverän im eigentlichen Sinn des Wortes noch ein ursprünglich höchstes Gesetzgebungsorgan ist.

2. Die Bestimmung der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die Wahl des Präsidenten der Republik bedeutet gleichfalls eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung, indem diese durch die Verordnung nur ermächtigt ist, eine republikanische Verfassung zu beschliessen. In diesem Punkt, das heisst in Bezug auf die Staatsform, ist der Inhalt der künftigen Verfassung bereits durch die Verordnung vom 7. April 1933 bestimmt.

III.

[Dritte Frage: Art. 14 derselben Verordnung enthält hinsichtlich der Regelung der Eides-Formel, die die Mitglieder der konstituierenden Nationalversammlung zu leisten haben, die Rechtspflicht, die noch anzunehmende “Bundes”-Verfassung zu beachten und einzuhalten.

1. – Beinhaltet der Ausdruck “Bundesverfassung” für die Nationalversammlung nicht etwa die Pflicht, ein “föderatives” System anzunehmen?

2. – Stellt die Auflegung eines föderativen Systems nicht einen erneuten Verstoß gegen die Souveränität der Nationalversammlung dar?]

1. und 2. Was zu Punkt II, 2 gesagt wurde gilt analogerweise auch in Bezug auf den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung. Dieser bildet ebenso wie die republikanische Staatsform eine Schranke für die gesetzgeberische Tätigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Ein Überschreiten dieser Grenze bedeutete einen Bruch der schon geltenden Verfassung. Die Bestimmungen der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die republikanische Staatsform und den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung sind nicht direkt, sondern nur indirekt getroffen. Das ist eine rechtstechnisch zwar sehr bedenkliche, aber immerhin mögliche und leider gar nicht seltene Methode, den gesetzgeberischen Willen auszudrücken.

IV.

[*Vierte Frage*: IV. – Hat eine Provisorische Regierung – die aus einer Revolution entstanden ist, die durch die Einberufung einer konstituierenden Nationalversammlung nicht die Einrichtung eines “permanenten” diktatorischen Regimes zum Ziel hatte, nicht genau aus diesem Grund ihre Befugnisse vollständig auf die somit souveräne Versammlung übertragen?]

Die Machtbefugnisse einer aus einer Revolution hervorgegangenen Regierung lassen sich – positivrechtlich – nicht aus den politischen Ziele bestimmen, die die revolutionäre Bewegung ursprünglich hatte. Die Bezeichnung einer Regierung als “provisorische” hat in der Regel nur politische, keinerlei positivrechtliche Bedeutung. Eine auf revolutionärem Wege gebildete Regierung hat jene Machtvollkommenheiten, die sie selbst in Anspruch nimmt, vorausgesetzt dass sie im Stande ist, ihren Anordnungen im grossen und ganzen Gehorsam zu verschaffen. Es ist das Prinzip der Effektivität, das für die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangenen Regierung als *Prinzip des positiven Rechts* gilt. [Der] Hinweis auf die Absichten der revolutionären Bewegung ist keine hinreichende Begründung dafür, dass die Regierung verpflichtet sein soll, ihre Machtvollkommenheiten an die von ihr selbst geschaffene konstituierende Nationalversammlung zu übertragen.

V.

[*Fünfte Frage*: Wird die provisorische Regierung nach Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung ihre diktatorische, durch eine siegreiche Revolution erkämpfte Macht auch beibehalten dürfen?]

Die Antwort auf diese Frage ist bereits mit der Antwort auf die unter IV. gestellte Frage gegeben.

Genf, am 14. Oktober 1933.

Prof. Hans Kelsen

Hans Kelsen
Sulla competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente
[Decreto del 7 aprile 1933]

Premessa.

Ai quesiti rivoltimi rispondo da un punto di vista non politico o giusnaturalistico, ma solo ed esclusivamente dal punto di vista giuridico-positivo. Parto quindi dalla premessa che per la posizione e la competenza dell'Assemblea Costituente non viene presa in considerazione nessun'altra norma giuridica che il Decreto n. 22621 del 7 aprile 1933.

I.

[*Primo quesito:* I. – Il Governo Provvisorio, col Decreto 22621 del 7 aprile 1933, ha approvato il regolamento dell'Assemblea Nazionale Costituente.

1. – Il Governo Provvisorio, che è un governo di fatto generato da una rivoluzione, ha il diritto di imporre un regolamento all'Assemblea Nazionale Costituente?
2. – Il fatto che il Governo Provvisorio abbia imposto un regolamento all'Assemblea Nazionale Costituente non rappresenta un'offesa alla sovranità di tale Assemblea, che per definizione – essendo costituente – è sovrana?
3. – Questo regolamento vincolerà giuridicamente l'Assemblea Nazionale Costituente e quest'ultima non potrà annullarlo, adottandone uno da essa stessa predisposto?]

1. Non esiste una differenza sostanziale tra un governo di fatto e un governo *de jure*, né nel diritto internazionale né ancora meno nell'ambito del diritto costituzionale. Partendo dal presupposto che il Governo provvisorio sia la suprema autorità legislativa, direttamente scaturita dalla rivoluzione, esso è senza dubbio competente a regolare la questione della convocazione e della competenza di un'Assemblea Nazionale Costituente.

2. L'emanazione del succitato decreto non implica una limitazione della "sovranità" in senso stretto dell'Assemblea Nazionale Costituente. Il concetto di sovranità in senso stretto non è in alcun modo presente nell'ambito del diritto positivo. Neppure lo Stato in quanto tale è sovrano, poiché al di sopra di esso si trova il diritto internazionale che lo legittima e lo obbliga. Ancor meno si può dire che sia sovrano un qualsiasi organo dello Stato. Per l'Assemblea Nazionale Costituente si porrebbe soltanto il quesito se essa abbia la caratteristica di organo originario e supremo competente per la legislazione, e se la sua competenza legislativa sia illimitata. Ciò si verificherebbe soltanto se la l'Assemblea Nazionale Costituente stessa fosse derivata direttamente dalla rivoluzione. Però le cose non stanno così. L'esistenza giuridica e la competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente si fonda sul Decreto del 7 aprile 1933. Essa è quindi un organo istituito legalmente da un altro organo. Nei riguardi di ciò è irrilevante il fatto che la si chiami "Assemblea Nazionale Costituente": da questo nome non si può dedurre alcuna qualificazione giuridica.

3. L'Assemblea Nazionale Costituente non ha altri diritti che quelli attribuiti dal Decreto del 7 aprile 1933. Non ha quindi il diritto di abrogare questo decreto, sostituendolo con un altro. Il decreto obbliga l'Assemblea Nazionale Costituente nel senso che esso regola la sua funzione e, in particolare, la sua competenza. Il decreto è parte essenziale della costituzione attualmente in vigore. Nei riguardi di essa la cosiddetta "Assemblea Nazionale Costituente" non può statuire norme costituzionali, ma soltanto eseguire norme costituzionali. Se viola le prescrizioni del decreto, viola la costituzione vigente. Da un certo punto di vista ciò costituirebbe un tentativo di trasformarsi per via rivoluzionaria in un organo veramente costituente, cioè di divenire un organo costituente sotto ogni riguardo, cioè un organo costituente originario e supremo.

II.

[*Secondo quesito*: II. – Il regolamento approvato dal Governo Provvisorio con gli artt. 101 e 102, *Disposizioni generali*, limita la competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente, proibendole di discutere e di votare qualsiasi "progetto di legge". L'Assemblea Nazionale Costituente dovrà trattare esclusivamente le questioni riferentisi alla preparazione della costituzione, all'elezione del Presidente della Repubblica e all'approvazione degli atti del Governo Provvisorio.

1. – La limitazione della competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente non rappresenta una nuova offesa alla sovranità dell'Assemblea stessa?

2. – L'elezione del Presidente della Repubblica, prevista dal regolamento, non impone all'Assemblea Nazionale Costituente l'adozione obbligatoria del regime "repubblicano", regime di nuovo imposto dal Governo Provvisorio? Quest'imposizione non rappresenta una nuova offesa alla sovranità dell'Assemblea Nazionale Costituente?]

1. Gli artt. 101 e 102 del Decreto del 7 aprile 1933 implicano una limitazione della competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente. Non si è però in presenza d'una violazione [*Beeinträchtigung*] della sua sovranità perché essa, per le ragioni già enunciate, non è né sovrana nel senso proprio del termine, né è un organo legislativo originario e supremo¹⁹.

2. La norma del Decreto del 7 aprile 1933 sull'elezione del Presidente della Repubblica costituisce anch'essa una limitazione della competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente, poiché quest'ultima riceve da essa soltanto il potere di emanare una costituzione repubblicana. Su questo argomento, cioè con riferimento alla forma di Stato, il contenuto della futura costituzione è già determinato dal Decreto del 7 aprile 1933.

III.

[*Terzo quesito*: L'art. 14 dello stesso Decreto, regolando la formula del giuramento che deve essere prestato dai deputati dell'Assemblea Nazionale Costituente, contiene l'obbligo di rispettare la Costituzione "Federale" che verrà adottata.

1. – L'espressione "Costituzione Federale" non comporta per l'Assemblea l'obbligo di adottare il regime "federale"?

¹⁹ Nel testo tedesco: "Gesetzgebungsorgan" (p. 42, organo legislativo); nella traduzione portoghese: "criador da Constituição" (p. 38, creatore della Costituzione).

2. – L'imposizione del regime federale non costituisce una nuova offesa alla sovranità dell'Assemblea?]

1. e 2. Quanto si è detto sul Punto II, 2 vale analogamente anche in rapporto alla natura federale della futura costituzione. Questa natura, come anche la forma statale repubblicana, costituisce un limite all'attività legislativa dell'Assemblea Nazionale Costituente. Una violazione [*Überschreiten*] di questi limiti costituirebbe una rottura della costituzione già in vigore. Le prescrizioni del Decreto del 7 aprile 1933 sulla forma statale repubblicana e sulla natura federale della futura costituzione riguardano però non direttamente, ma solo indirettamente la natura della futura costituzione. Questo è un metodo di tecnica legislativa molto discutibile, ma pur sempre praticabile e purtroppo per nulla raro, per esprimere una volontà legislativa.

IV.

[*Quarto quesito*: IV. – Un Governo Provvisorio – nato da una rivoluzione che non aveva per obiettivo l'istituzione di un regime dittatoriale “permanente” – dal momento che ha convocato un'Assemblea Nazionale Costituente, non ha per questa stessa ragione trasmesso la pienezza dei suoi poteri a quest'Assemblea, che diverrà così sovrana?]

I poteri d'un governo nato da una rivoluzione non si possono dedurre – dal punto di vista del diritto positivo – dalle finalità politiche originariamente perseguite dal movimento rivoluzionario. Il definire come “provvisorio” un governo ha di regola una rilevanza solo politica, e non giuridica. Il governo nato da una rivoluzione dispone di quella pienezza di poteri che essa stessa si attribuisce, ammesso che essa sia in grado di ottenere che, a grandi linee, si obbedisca ai suoi ordini. Il principio dell'efficacia vale come *principio del diritto positivo* per il governo nato direttamente dalla rivoluzione. Il richiamo agli obiettivi del movimento rivoluzionario non è un fondamento sufficiente del fatto che il governo possa essere obbligato a trasferire la pienezza dei suoi poteri all'Assemblea Nazionale Costituente da esso stesso istituita.

V.

[*Quinto quesito*: Con l'istallazione dell'Assemblea Nazionale Costituente potrà il Governo Provvisorio mantenere i poteri dittatoriali conquistati attraverso una rivoluzione vittoriosa?]

La risposta a questo quesito è già contenuta nella risposta data al quesito IV.

Ginevra, 14 ottobre 1933.

Prof. Hans Kelsen