

# INTRODUZIONE

FERNANDO D'ANIELLO

SOMMARIO: I. Un programma ambizioso. – II. Hans Kelsen in America e la guerra in Europa. – III. *Ex injuria, jus non oritur?* La proposta di Kelsen sullo stato giuridico dell'Austria e della Germania. – IV. Lo stato giuridico della Germania alla luce delle categorie della *Reine Rechtslehre*. – V. La discussione della proposta kelseniana nella scienza giuridica tedesca. – VI. *La Stunde Null*. Le ragioni di un dibattito (e della sua fine). – VII. La riunificazione tedesca e la conclusione della vicenda della *Rechtslage*.

*La Germania non esiste più. [...] La dissoluzione di uno stato si riconosce, del resto, proprio dal fatto che tutto va in modo diverso da quello stabilito dalle leggi. [...] I tedeschi rimangono fedeli ai loro concetti, al diritto ed alle leggi, ma gli accadimenti non coincidono con tutto ciò [...].*

G.W.F. HEGEL, *La Costituzione della Germania*, 1802

I. Nel 1940 Hans Kelsen, in fuga dal nazionalsocialismo, era giunto, dopo una lunga e travagliata vicenda, negli Stati Uniti. Pochi anni dopo la situazione militare per il Terzo *Reich* si era complicata e, in seguito alla rotta di Stalingrado (febbraio 1943), gli Alleati erano ormai consapevoli della prossima sconfitta dell'Asse. Pertanto, mentre ancora l'Europa attendeva di essere liberata, cominciarono a discutere di come gestire la vittoria e, cioè, di cosa fare del territorio e della popolazione del *Reich* tedesco al termine del conflitto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gli Alleati, nel corso della Conferenza di Mosca del 1943, stabilirono la fondazione della *European Advisory Commission*, con il compito di individuare e definire strategie e politiche da adottare nei territori del *Reich* dopo la liberazione dal nazionalsocialismo. La Commissione si insediò a Londra nel gennaio del 1944.

Nella primavera del 1944 Kelsen predispose un dettagliato parere (*Austria: Her actual legal Status and re-establishing as an independent State*<sup>2</sup>) sulle possibili soluzioni da adottare per definire il nuovo stato giuridico dell'Austria e della Germania al termine della guerra. Di questo parere, che solo di recente è stato pubblicato dall'*Hans Kelsen Institut*, Kelsen decise di realizzare una sintesi per la rivista *The American Journal of International Law* nel giugno del 1944, dal titolo chiarissimo: *The international legal status of Germany to be established immediately upon termination of the war*<sup>3</sup>.

In seguito, il tema fu ulteriormente sviluppato da Kelsen in altri due articoli per riviste specialistiche, uno del 1945 (*The legal status of Germany according to declaration of Berlin*<sup>4</sup>) e uno del 1947 (*Is a peace treaty with Germany legally possible and politically desirable?*<sup>5</sup>); infine, le proposte contenute negli articoli furono sintetizzate in una sua lettera apparsa nel settembre del 1947 sul *New York Times*<sup>6</sup>. Quest'ultimo intervento era destinato a un pubblico più ampio di quello accademico e redatto in occasione della prossima Conferenza dei Ministri degli esteri degli Alleati (Londra, 25 novembre – 15 dicembre 1947) dedicata proprio alla questione tedesca.

I titoli dei primi due interventi sintetizzano un ambizioso manifesto programmatico: l'obiettivo è di definire, per la Germania come per l'Austria, meglio per il *Reich*, uno stato giuridico, conforme alle norme del diritto internazionale, subito dopo la fine della guerra. Per il giurista Kelsen si tratta, quindi, di tener sempre presente la legalità internazionale, avanzando una proposta *giusta* ma anche, politicamente, *praticabile* ed *efficace*; il problema può essere sintetizzato con le sue stesse parole in questo modo: «Qual è, dunque, la forma *giuridica politicamente adeguata* per risolvere la questione tedesca?»<sup>7</sup>.

Le tesi esposte da Kelsen si rivelano interessanti per più ordini

<sup>2</sup> *Infra*, pp. 53-69.

<sup>3</sup> *Infra*, pp. 71-80.

<sup>4</sup> *Infra*, pp. 81-93.

<sup>5</sup> *Infra*, pp. 103-112.

<sup>6</sup> *Infra*, pp. 95-101.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *I termini della pace tedesca*, *infra*, p. 99, corsivi del curatore.

di ragioni. Innanzitutto per le proposte che Kelsen avanza sulla gestione della fine del *Reich* tedesco. In altri termini: quando uno Stato è annientato, come ci si deve comportare per rispettare la legalità internazionale e, contestualmente, definire un nuovo ordine secondo diritto?

In secondo luogo, appare interessante il dibattito che le proposte di Kelsen, direttamente o indirettamente, scatenarono in Germania. Qui fu coniata l'espressione *Stunde Null*, 'ora zero', proprio per segnare l'inizio (o quantomeno la speranza) di una nuova fase, completamente diversa dalla tragica esperienza nazionalsocialista: a prima vista non poteva essere diversamente visto che il paese era in gran parte distrutto e occupato da eserciti stranieri.

In realtà, però, l'espressione fu più ideale, quasi romantica, che effettiva. Come ha scritto Michael Stolleis, «La metafora di una 'ora zero', rapidamente divenuta popolare dopo il 1945, è stata da allora tanto criticata, e per diverse ragioni, da poter essere utilizzata solo con prudenza, perché, più che chiarire, rischia di trarre in inganno. Ovviamente un'ora zero ci fu al tacere delle armi. [...] Tuttavia né per le istituzioni né per le norme o per le persone direttamente coinvolte può davvero parlarsi, correttamente, di un'ora zero»<sup>8</sup>. Di parere analogo anche Bernhard Diestelkamp che, in una delle migliori e più efficaci ricostruzioni sullo sviluppo delle teorie a proposito della *Rechtslage* della Germania dopo il 1945, ha osservato: «La parola d'ordine dell'ora zero contrassegna le elevate aspettative collegate a questo evento [la capitolazione della *Wehrmacht* e la fine della guerra]. Ciò che era accaduto non doveva avere alcuna influenza nella nuova direzione. Doveva essere creato qualcosa di completamente nuovo. Entrambe le speranze erano illusorie perché a-storiche: per quanto un passato possa essere spaventoso, [...] non si può farlo sparire o rinnegarlo»<sup>9</sup>.

Infine, la rapida crisi dei rapporti tra gli Alleati determinò presto l'inizio di relazioni complicatissime tra la parte occidentale della Germania, occupata da Stati Uniti, Inghilterra e Francia, e

---

<sup>8</sup> M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts. Staats – und Verwaltungswissenschaft in West und Ost: 1945-1990*, Beck, München 2012, p. 25.

<sup>9</sup> B. DIESTELKAMP, *Rechts – und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschlands*, in *Juristische Schulung*, nn. 6, 7, 11 1980, p. 402.

quella orientale, occupata dall'Unione Sovietica. Il tema dell'*ora zero* si trasformò, quindi, in una scottante questione politica al maturare della Guerra fredda, la cui posta in gioco era l'eredità del *Reich*, e cioè a chi spettasse la rappresentanza del popolo tedesco e, di conseguenza, la supremazia ideologica tra due *contendenti* che si apprestavano a fondare due *Stati tedeschi* su parte del territorio che era stato unificato nel 1871.

Resta ancora valida la tesi di Adolf Arndt (1904-1974), secondo il quale la controversia aperta da Kelsen si andava snodando lungo la storia dei due Stati tedeschi e, se l'ipotesi kelseniana era stata definitivamente sconfitta in patria già nel 1948, la questione di cosa fosse successo esattamente nel maggio del 1945 continuò a svilupparsi in modo autonomo, tra quanti, come Kelsen, ritenevano estinto il vecchio *Reich*, e quanti, soprattutto nella Repubblica federale, vedevano nella continuità con l'Impero il mezzo per legittimare lo Stato tedesco occidentale come unico erede della costruzione politica bismarckiana creata nel 1871<sup>10</sup> e, di conseguenza, unica vera patria per i tedeschi: problema che, con la fondazione di due Stati tedeschi, era tutt'altro che puramente accademico.

In questa introduzione si tenterà di inquadrare storicamente la proposta kelseniana, di leggerla alla luce della sua teoria giusfilosofica – quindi anche provando a sganciarla dalle circostanze storiche nelle quali fu prodotta – e di ripercorrere il dibattito che si produsse in Germania fino al biennio '48-'49, quando, con la

---

<sup>10</sup> A. ARNDT, *Der deutsche Staat als Rechtsproblem*, De Gruyter & Co., Berlin 1960, pp. 1-2: «Dal 1945 ci occupiamo della questione dello Stato tedesco. La sua storia può essere distinta in tre fasi. Subito dopo la fine delle azioni militari e l'inizio dell'occupazione si pose dapprima la questione se la Germania, come Stato, si fosse estinta. [...] La sua conclusione [...] avvenne nell'agosto del 1948 [con la pubblicazione del testo di Rolf Stödter]. [...] Poiché, dal 1949 sono state create in Germania due diverse Costituzioni con ambiti di validità distinti, la questione discussa dal '49 al '55 fu quella di come dovessero relazionarsi fra loro giuridicamente le due parti della Germania. [Dal 1955] cominciò una terza fase nella storia del problema, non solo a proposito della presunta doppia statualità [*Zweistaatlichkeit Deutschlands*] della Germania, ma che sembra anche rimettere in discussione se lo Stato tedesco sia sopravvissuto alla guerra». Si deve tener presente che quanto afferma Arndt vale per la Repubblica federale tedesca, per la quale egli stesso fu anche Parlamentare (per il Partito socialdemocratico, al quale aveva aderito nel 1946). Nella Repubblica democratica tedesca, come si dirà più avanti, la discussione seguì altre direzioni.

formazione dei due Stati tedeschi, la questione della sopravvivenza o meno del *Reich* assunse tutt'altra portata e prospettiva, tanto da scomparire solo con la riunificazione del '90.

Utilizzando ancora una volta le parole di Diestelkamp, il problema è facilmente sintetizzabile: «Si tratta di determinare se il *Reich* tedesco sia crollato, alla fine della Seconda guerra mondiale, come Stato e soggetto del diritto internazionale, così che fosse necessario, per il popolo tedesco, creare una nuova organizzazione statale, o se lo Stato, certamente incapace di agire, possedesse ancora capacità giuridica [...]»<sup>11</sup>.

II. Hans Kelsen<sup>12</sup> alla fine degli anni venti era, nel mondo tedesco, un affermato giurista. Ispiratore della Corte costituzionale austriaca ed egli stesso giudice costituzionale, nel 1934 pubblicò la sua opera più conosciuta, la *Reine Rechtslehre, un'introduzione alla questione giuridica*, come recita il sottotitolo, e sulla quale Kelsen tornerà più volte nel corso della sua vita.

La nomina di Hitler a Cancelliere risale al 30 gennaio 1933, in quel momento Kelsen era professore a Colonia ma, dopo appena poche settimane, fu messo a riposo<sup>13</sup>, al termine di mesi complicati.

---

<sup>11</sup> B. DIESTELKAMP, *Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches als Staat nach 1945*, in *Zeitschrift Für Neuere Rechtsgeschichte*, n. 7, 1985, pp. 181-207, qui p. 183, ora anche in ID., *Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001, pp. 25-66.

<sup>12</sup> Sulla vita di Kelsen si può far riferimento ai suoi *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Diabasis, Reggio Emilia 2008 (che, però, non affrontano gli anni americani) e a R.A. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke, Wien 1969. Utile è anche O. LEPSIUS, *Hans Kelsen und der Nationalsozialismus*, in *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, a cura di R. Walter, W. Ogris, T. Olechowski, Wien, Mansche Verlags – und Universitätsbuchhandlung 2009, pp. 271-287.

<sup>13</sup> Il 7 aprile 1933 era entrato in vigore il *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* (*Reichsgesetzblatt* I, 1933, p. 175 ss.), ossia la legge per espellere funzionari statali non ariani (paragrafo 3 della Legge) o le cui simpatie e attività politiche li rendessero non in grado di assicurare servizi senza riserve per lo Stato nazionale (paragrafo 4: un chiaro modo per disfarsi degli avversari politici). Il 13 aprile Kelsen era stato messo a riposo facendo riferimento al paragrafo 3, cfr. O. LEPSIUS, *Hans Kelsen und der Nationalsozialismus*, cit., p. 272.

Vanno ricordate, ad esempio, le dure contestazioni degli studenti nazionalsocialisti nei confronti proprio di Kelsen: del resto ormai solo la presenza e la protezione della polizia gli garantivano la possibilità di tenere le sue lezioni, alle quali assistevano comunque pochissimi studenti. Tentò una prima ‘fuga’ europea, a Ginevra, pur consapevole dell’assoluta provvisorietà di questa soluzione. Il suo vero obiettivo erano gli Stati Uniti, una meta non semplice da raggiungere: la sua nuova residenza svizzera, infatti, gli impediva di fare uso degli interventi statunitensi finalizzati a trarre in salvo accademici che risiedevano in paesi direttamente governati dal nazionalsocialismo, escludendo dunque quanti provenivano dalla Confederazione elvetica<sup>14</sup>. Attese, dunque, fino al maggio del 1940, quando riuscì, finalmente, a partire da Ginevra, arrivando negli Stati Uniti il mese successivo. Il 24 settembre il Consiglio di Facoltà di Harvard assegnava ufficialmente a Kelsen la posizione di *Holmes Lecturer*.

Kelsen restò a Harvard solo fino al 1942, vista l’impossibilità di prorogare ulteriormente il suo contratto, dall’anno successivo fu *visiting professor* a Berkeley al Dipartimento di Scienze politiche (inizialmente con un incarico temporaneo, diventerà *full professor* dal 1945), da dove scrisse i testi qui analizzati.

Dal 1944, Kelsen collaborava, inoltre, a uno dei dipartimenti del FEA, *Foreign Economic Administration*, istituzione fondata nel 1943 con il compito di pianificare iniziative per le regioni europee e di coordinarle con le autorità militari<sup>15</sup>. Il 5 maggio 1944 Kelsen tenne una relazione sulla questione del ripristino dell’indipendenza austriaca e redasse il parere dal titolo *Austria: Her Actual Legal Status and Re-establishment as an Independent State*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Una dettagliata ricostruzione di quegli anni della vita di Kelsen è in T. OLECHOWSKI, S. WEDRAC, *Hans Kelsen und Washington*, in *Banaen, Cola, Zeitgeschichte: Oliver Rathkolb und das lange 20. Jahrhundert*, a cura di L. Dreidemy et al., Böhlau Verlag, Wien 2015 pp. 280-295 e in C. NITSCH, *Introduzione*, in H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Milano 2009, pp. XXI e ss.

<sup>15</sup> Il FEA nacque in seno all’*Office for Emergency Management* il 25 settembre 1943. Al suo interno era organizzato un *Bureau of Areas* con il compito di occuparsi delle specifiche esigenze dei paesi liberati.

<sup>16</sup> Cfr. T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsens Gutachten zur Neugestaltung Österreichs und Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg*, in *Das internationale Wirken Hans Kelsens*, a cura di C. Jabloner, T. Olechowski, K. Zeleny, Manz’sche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien 2016, pp. 121-140.

Di questo parere, pubblicato solo recentemente<sup>17</sup>, Kelsen realizzò una sintesi che apparve come il primo articolo qui riprodotto, dedicato prevalentemente alla questione tedesca e solo marginalmente a quella dell'indipendenza dell'Austria: anzi, si analizzava il problema dello stato giuridico della Germania solo in virtù del fatto che, a giudizio di Kelsen, *in base a una corretta interpretazione, libera da ogni finzione giuridica*, «l'occupazione del territorio austriaco avrà lo stesso carattere di quello del resto del territorio tedesco»<sup>18</sup>.

Nel frattempo, la guerra nel 1943 era a una svolta: alle armate hitleriane, fermate e accerchiate a Stalingrado, non restava che arrendersi. Cominciò, così, la marcia verso Berlino che si concluderà solo nella primavera del 1945.

Dopo Stalingrado, quindi, la guerra mutava completamente di prospettiva e la distruzione del nazionalsocialismo, regime con il quale, a giudizio degli Alleati, non era possibile nessun tipo di accordo, diventava ora un obiettivo perseguito integralmente: questo è il tono e il senso della Dichiarazione di Mosca dell'ottobre del 1943, alla quale farà riferimento proprio Hans Kelsen nel suo primo articolo. Nella capitale sovietica le potenze firmatarie si dichiaravano unite «nella volontà [...] di proseguire le ostilità contro le Potenze dell'Asse [...] fino a quando non deporranno le armi sulla base di una resa incondizionata»<sup>19</sup>.

Va sottolineato sin d'ora che la formula dell'*unconditional surrender* era già stata utilizzata nel corso della Conferenza di Casablanca (gennaio 1943) e nella letteratura tedesca si ricorda spesso la novità di questa formula rispetto a quelle usate in precedenza a segnalare la straordinarietà della Seconda guerra mondiale finalizzata all'annientamento delle Potenze dell'Asse<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ivi*, pp. 130-140 e *infra*, pp. 53-69.

<sup>18</sup> *Infra*, p. 61.

<sup>19</sup> Tutte le citazioni delle Dichiarazioni delle Potenze Alleate sono disponibili sul portale *Avalon* (<http://avalon.law.yale.edu>), progetto di documentazione giuridica a cura della Biblioteca della Facoltà di legge dell'Università di Yale, la Dichiarazione di Mosca è raggiungibile a questo indirizzo: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> (aprile '17).

<sup>20</sup> «[...] La Seconda guerra mondiale non poteva concludersi come le precedenti guerre tra Grandi Stati, neppure come la Prima guerra mondiale, con un "normale", nel senso del diritto internazionale, trattato di pace tra i partecipanti

D'altro canto, va anche rilevato sin da ora che in tutte queste Dichiarazioni – argomento che troverà molta eco in gran parte della letteratura successiva alla guerra – sia del tutto assente un riferimento all'ipotesi di *annessione*, anche solo parziale, del territorio tedesco da parte degli Alleati. Lo storico e giurista liberale Ingo von Münch, ad esempio, ha ricordato la Carta atlantica del '41 (che si prefiggeva *the destruction of the Nazi-tyranny* e non certo la dissoluzione del *Reich* o dello Stato tedesco) o l'ordine di Stalin del 23 febbraio 1942 («che l'Armata rossa abbia il compito [...] di distruggere lo Stato tedesco [...] è una stupida bugia [...] L'esperienza della storia confermano che gli Hitler vanno e vengono [...] lo Stato tedesco resta») <sup>21</sup>. Se, dunque, la resa doveva essere *incondizionata*, era pur vero che non c'era traccia, secondo la maggioranza dei giuristi che s'interrogarono sullo stato giuridico della Germania, della volontà di anettere il territorio tedesco e di distruggere il *Reich*.

E, tuttavia, al di là della discussione sulla reale portata della formula utilizzata e sui suoi effetti, come pure sulle intenzioni maturate dagli Alleati tra il '41 e il '45, va tenuto presente lo scopo che essa intendeva perseguire: come Roosevelt ribadì espressamente, l'intenzione degli Alleati era di *avere mani libere* quanto alle determinazioni da adottare al termine del conflitto.

---

alla guerra, [...] o tramite una soluzione di compromesso tra i soggetti del diritto internazionali di allora riportati alla base dei nuovi rapporti di forza», sono parole del giurista socialista Wolfgang Abendroth, cfr. ID., *Vor vierzig Jahren. Diskontinuität oder Kontinuität des Deutschen Reich*, in *Demokratie und Recht*, n. 2, 1985, pp. 133-138, qui p. 133. Sulla resa incondizionata si faccia anche riferimento a L. KETTENACKER, *“Unconditional Surrender” als Grundlage der angelsächsischen Nachkriegsplanung*, in *Der Zweite Weltkrieg*, a cura di W. Michalka, Sehamer Verlag, München 1997, pp. 174-188.

<sup>21</sup> Cfr. I. VON MÜNCH, *Einführung in Deutschlands Rechtslage*, in *Dokumente des geteilten Deutschlands*, vol. I, Kröner, Stuttgart 1968, p. XX. Non si può aprire in questa sede l'analisi dei piani alleati sul futuro della Germania (in particolare sulle differenze dei governi alleati in merito alla ricostruzione della Germania), al testo di Münch merita di essere affiancato quello di Rolf Badstübner, storico formatosi nella Repubblica democratica tedesca, che attribuisce anche alla dirigenza sovietica l'intenzione di dividere il *Reich* in più stati a partire dal '41, proposta poi modificata a partire dal '45 quando si tentò di definire, insieme ad inglesi ed americani, una soluzione per l'intera Germania, cfr. R. BADSTÜBNER, *Vom „Reich“ zum doppelten Deutschland. Gesellschaft und Politik im Umbruch*, Dietz Verlag, Berlin 1999, p. 45.



Nella primavera del 1945 si consumò la battaglia di Berlino tra le forze sovietiche e quelle tedesche: a fine aprile Hitler si era suicidato nel suo bunker, dopo aver designato quale suo successore il Grande Ammiraglio Karl Dönitz (1891-1980), che formò un governo e tentò di negoziare, invano, una pace separata con le Potenze occidentali<sup>22</sup>.

Dönitz e tutti i membri del suo governo furono arrestati il 23 maggio, già l'otto maggio 1945 era stata firmata la capitolazione dal Feldmaresciallo Wilhelm Keitel (1882-1946), capo dell'OKW – *Oberkommando der Wehrmacht*, il Comando supremo delle forze armate, e meno di un mese dopo (5 giugno 1945) gli Alleati pubblicarono la Dichiarazione di Berlino che sanciva la nascita del nuovo ordine imposto in Germania.

Proprio tra la Dichiarazione di Mosca e quella di Berlino Kelsen scrisse il parere e i primi due articoli, indubbiamente quelli più significativi, il terzo apparirà soltanto nel 1947 (come pure la lettera per il *New York Times*, una sintesi delle proposte kelseniane per un pubblico più ampio di quello accademico) e nel quale si può percepire la polemica, in verità mai espressa direttamente, contro le critiche che gli sono state rivolte.

III. Come già ricordato, il 5 maggio 1944 Kelsen tenne una relazione sulla questione austriaca per l'ufficio del FEA con cui collaborava. La relazione costituisce il testo base che fu sintetizzato e riprodotto anche sul numero di ottobre della *The American Journal of International Law*.

Quando redige questo testo, Kelsen ha davanti la Dichiarazione di Mosca seguita alla terza Conferenza delle Potenze alleate tenuta nella capitale sovietica dal 19 ottobre al 1° novembre del 1943. La Dichiarazione sintetizza gli obiettivi degli Alleati rilevanti per l'analisi di Kelsen: la resa *incondizionata* delle Potenze dell'Asse ([...] *to continue hostilities against those Axis powers with which they respectively are at war until such powers have laid down their arms on the basis of unconditional surrender*) e il mancato riconoscimento

---

<sup>22</sup> Sul Governo Dönitz si veda anche quanto scritto in appendice *infra*, pp. 119 e ss.

dell'*Anschluss* del 1938, ovvero dell'annessione, da parte della Germania, dell'Austria ([...] *They regard the annexation imposed on Austria by Germany on March 15, 1938, as null and void*). Sono due obiettivi che per Kelsen vanno tenuti insieme.

Gli Alleati non vogliono limitarsi a sconfiggere militarmente le Potenze dell'Asse, la loro intenzione è quella di continuare la guerra fino al *totale annientamento* delle forze responsabili del conflitto. La Germania nazista va annichilita e non deve esserci possibilità di tregua o di mediazione: l'idea è di imporre una resa incondizionata<sup>23</sup>. Coloro che si saranno macchiati di crimini («tutt'altro che qualcosa di nuovo» come si legge nell'appendice alla Dichiarazione di Mosca in riferimento alle *atrocità* commesse dai nazionalsocialisti) dovranno essere puniti: non è possibile, dunque, alcuna trattativa.

Il tentativo di Kelsen è finalizzato a definire una base giuridica *idonea* alla gestione del *Reich* tedesco dopo la sua completa disfatta («tradurre il destino della Germania nel linguaggio del diritto internazionale» con le parole di Diestelkamp<sup>24</sup>). L'idoneità è al tempo stesso giuridica e politica: innanzitutto deve essere coerente con la legalità internazionale e, al contempo, evitare atteggiamenti simili a quelli adottati dopo la Prima guerra mondiale che pesarono non poco sulla storia della Repubblica di Weimar e, soprattutto, sulla sua crisi.

Kelsen ritiene che esista una sola possibilità per definire uno stato giuridico in linea con le norme del diritto internazionale. Non può essere quella dell'*occupazione militare*, così come previsto dalla Convenzione dell'Aia del 1907<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Anche per evitare, secondo Diestelkamp, un nuovo mito della *pugnalata alle spalle* (*Dolchstoßlegende*) e, cioè, del tentativo, riuscito nel corso della Prima guerra mondiale, da parte dei vertici militari di accelerare la sconfitta per attribuirne la responsabilità al nascente governo democratico. Ecco perché era necessario chiarire da subito che la Germania nazionalsocialista non poteva essere considerata una parte negoziale, si veda B. DIESTELKAMP, *Rechts – und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschlands*, cit., p. 403.

<sup>24</sup> B. DIESTELKAMP, *ivi*, p. 481.

<sup>25</sup> Kelsen fa riferimento alla III sezione «*Dell'autorità militare sul territorio dello Stato nemico*» e, in particolare, all'articolo 43: [L'occupante] *prenderà tutte le misure che dipendano da lui per ristabilire ed assicurare, per quanto è possibile, l'ordine pubblico e la vita pubblica, rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi vigenti nel paese.*

L'occupazione, infatti, è uno stato temporaneo, legato alle vicende della guerra: uno Stato occupa formalmente, il territorio di un altro Stato, al solo fine di vincere la guerra. Tant'è che la Convenzione dell'Aia è molto chiara: tutte le misure prese dall'occupante devono rispettare le leggi e il diritto vigente nel paese; non è possibile, inoltre, definire modifiche territoriali (ecco perché, ad esempio, la divisione della parte fiamminga dal Belgio, operata dall'esercito tedesco durante la Prima guerra mondiale costituiva una violazione del diritto internazionale). Non si tratta, dunque, di un diritto sovrano, ma di un mero diritto di amministrazione.

Se, inoltre, il governo nazionalsocialista va annientato, un eventuale trattato di pace potrebbe essere firmato solo con un nuovo governo tedesco. Questi si troverebbe a sostenere il peso di un trattato che, inevitabilmente, sarebbe attaccato e denunciato come una farsa dalla propaganda nazionalsocialista. Si ripeterebbe l'errore del Trattato di Versailles, che notoriamente «fu la causa principale del crollo della Repubblica di Weimar e dell'ascesa del nazionalsocialismo»<sup>26</sup>.

A questo punto è interessante riprendere la tesi di Kelsen a proposito dell'Austria. Nella Dichiarazione, infatti, le Potenze alleate non si ritengono vincolate all'*Anschluss*, che considerano *null and void* (dottrina o principio del non-riconoscimento, *non-recognition doctrine*). L'*Anschluss* è l'annessione dell'Austria alla Germania, avvenuta nel 1938<sup>27</sup>, approvata da due leggi, una austriaca e una tedesca, e ratificata da un referendum. Tuttavia, gli Alleati ritengono comunque di trovarsi in guerra con l'Austria: per Kelsen questo è l'evidente paradosso di chi utilizza *finzioni giuridiche*.

In effetti, delle due l'una: o l'*Anschluss* è valido, e pertanto l'Austria dal 1938 non esiste più come Stato sovrano e non può essere in guerra con le Potenze alleate. Oppure, è il caso della Dichiarazione di Mosca, non lo si riconosce, ma allora si dovrà ripristinare il governo – fascista e, dunque, tutt'altro che gradito agli Alleati – in carica al momento dell'invasione nazionalsocialista. E, anche in questo caso, non si potrebbe parlare di un'Austria in guerra con gli Alleati, perché quel governo non ha mai, formal-

---

<sup>26</sup> *Infra*, p. 77.

<sup>27</sup> Per i dettagli dell'*Anschluss*, si veda *infra*, pp. 113-114.

mente, dichiarato guerra, essendo stato abolito dall'*Anschluss*.

Nel parere Kelsen contesta proprio l'opinione<sup>28</sup> in base alla quale l'annessione dell'Austria non fosse stata realizzata in conformità al diritto internazionale e, dunque, illecita e *da non riconoscere*.

A giudizio di Kelsen ci sono senz'altro buone ragioni per sospettare che l'unificazione dell'Austria con la Germania fosse contraria al diritto internazionale e, cioè, all'articolo 80 del Trattato di Versailles (*Germany acknowledges and will respect strictly the independence of Austria [...]*) e all'articolo 88 del Trattato di Saint Germain (*The independence of Austria is inalienable otherwise than with the consent of the Council of the League of Nations. Consequently Austria undertakes in the absence of the consent of the said Council to abstain from any act which might directly or indirectly or by any means whatever compromise her independence [...]*)<sup>29</sup>.

Meno agevole è dimostrare, come pure era stato proposto, che la legge sulla *Riunificazione*<sup>30</sup> approvata il 13 marzo fosse illegittima in riferimento alla stessa Costituzione austriaca, non essendo stata firmata dal Presidente federale (a cui proprio la costituzione affidava il compito di verificare la costituzionalità delle leggi) che si era dimesso. Ad avviso di Kelsen, infatti, il Cancelliere federale era autorizzato a controfirmare la Legge costituzionale nel caso in cui il posto del Presidente federale fosse stato vacante: esattamente la situazione in cui si era venuta a trovare l'Austria nel 1938, quando, dopo l'ultimatum di Hitler, si erano dimessi il Cancelliere e il Presidente federale.

Infine, ennesimo argomento dei sostenitori del mancato riconoscimento dell'*Anschluss*, l'annessione era avvenuta solo sotto la minaccia di un intervento armato, che avrebbe dissuaso il Presidente e il Cancelliere a dimettersi, accettando così le richieste di

<sup>28</sup> Kelsen cita nel parere l'analisi del Prof. Herbert Wright, di cui è possibile avere una sintesi in *The legality of annexation of Austria by Germany*, in *The American Journal of International Law*, n. 38, 1944, pp. 621-635.

<sup>29</sup> Com'è noto, la Prima guerra mondiale si concluse con una serie di trattati di pace: quello di Versailles (28 giugno 1919) era il Trattato firmato con la Germania, quello di Saint Germain (10 settembre 1919) con la neo costituitasi Repubblica austriaca, nata dalla dissoluzione della monarchia austro-ungarica.

<sup>30</sup> Si tenga presente che quella approvata dal governo austriaco reca il nome di Legge sulla riunificazione (*Gesetze zur Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich*) che Kelsen definisce semplicemente *Anschluss-law*, legge di annessione.

Hitler (che decise, comunque, di invadere l'Austria e di procedere alla sua annessione): una simile coercizione è, a detta di Kelsen, molto complicata da provare sul piano del diritto costituzionale e di quello internazionale.

Ecco perché Kelsen rovescia la discussione e dimostra la fallacia della dottrina del non-riconoscimento: la questione principale non è di determinare, sul piano formale, se l'annessione dell'Austria alla Germania sia stata, giuridicamente, legittima o meno. Essa è, comunque, avvenuta e, per circa sette anni, l'Austria è stata parte integrante del *Reich*. Questo *fatto*, sia pure costituitosi in modo illegittimo (quantomeno sotto la pressione di una grave minaccia, come l'invasione del paese da parte dell'esercito tedesco), definisce una nuova situazione giuridica di cui occorre prendere atto:

[...] *il fatto che lo Stato abbia violato il diritto internazionale non modifica né può modificare la circostanza che una nuova situazione giuridica sia stata creata, a condizione che tale situazione sia saldamente stabilita. La dottrina invocata da alcuni autori, ex injuria jus non oritur, non è applicabile senza restrizioni significative né nel diritto costituzionale né in quello internazionale*<sup>31</sup>.

A un argomento formale ma contraddittorio, Kelsen ne contrappone uno *realista*: si tratta di tener presente che un'annessione si è realizzata e che, al momento della fine della guerra, il territorio austriaco farà parte del *Reich*<sup>32</sup>. La sua tesi parte dal presupposto che un ordinamento giuridico, per essere davvero tale,

---

<sup>31</sup> *Infra*, p. 58.

<sup>32</sup> «In ogni caso, tutto il problema della costituzionalità della legge di annessione è d'importanza secondaria. Seppur basata su una legge incostituzionale, l'annessione dell'Austria alla Germania divenne effettiva, e il principio di effettività gioca un ruolo decisivo nel diritto costituzionale. Una nuova costituzione, anche se prodotta in modo rivoluzionario, cioè in aperta violazione della vecchia costituzione, è comunemente considerata valida se davvero effettiva. Se la Costituzione austriaca, come costituzione di uno Stato indipendente, è stata effettivamente eliminata e sostituita dalla Costituzione tedesca, che a sua volta è stata estesa effettivamente al territorio austriaco e alla sua popolazione, allora la Costituzione tedesca deve essere considerata valida in riferimento al territorio e alla popolazione che erano, in precedenza, elementi dello Stato austriaco indipendente; e questo territorio e i suoi abitanti devono essere considerati parte dello Stato giuridicamente definito dalla Costituzione tedesca, ovvero parte del *Reich* tedesco». *Infra*, p. 57.

deve sempre disporre di un minimo di *effettività* (a prescindere da ogni considerazione sull'*arbitrarietà* della sua produzione): nel caso dell'Austria è evidente che, dopo l'*Anschluss*, il vecchio ordinamento giuridico non esisteva più ed era stato sostituito da quello del *Reich*.

Realismo non significa cedere alla mera fattualità ma prendere atto, sempre nell'ambito della gerarchia delle norme, dell'avvenuta fine di un ordinamento giuridico – in questo caso quello della Repubblica austriaca – e la nascita di uno nuovo, ovvero l'estensione della legge del *Reich* al territorio austriaco.

Con le parole della *Reine Rechtslehre*: l'ambito del singolo Stato non è altro che lo spazio di validità dell'ordinamento giuridico che, per il principio dell'unità della *Rechtsordnung*, può e deve essere ricondotto esclusivamente a una fonte ultima, la *Grundnorm*, e che possa essere un ordinamento giuridico solo quando possieda un minimo di efficacia.

In altri termini: la scienza kelseniana non ambisce a determinare il momento originario del fenomeno giuridico, perché esso sfugge a un'inequivocabile ricostruzione da parte della scienza del diritto<sup>33</sup>. Fatto è che la Germania ha annesso l'Austria al suo territorio e la Comunità internazionale ha persino accettato (quanto meno tollerato) questa nuova realtà. Il riferimento va qui alle notissime parole della *Reine Rechtslehre* del '34, con le quali Kelsen sosteneva che, in caso di rivoluzione, a determinare se la norma fondamentale fosse stata modificata o meno è soltanto l'esito, positivo o negativo, della rivoluzione stessa:

*In uno stato monarchico un gruppo di uomini tenta [...] di cambiare il governo, finora monarchico in repubblicano. Se ciò riesce, cioè se cessa l'ordinamento antico e comincia ad avere efficacia il nuovo [...] si presuppone allora una nuova norma fondamentale, non più quella che delega come autorità legislativa il monarca, ma quella che delega invece*

---

<sup>33</sup> Come Kelsen ha efficacemente scritto: «Voler determinare giuridicamente la scelta del punto di partenza giuridico vorrebbe dire alzarsi sulle proprie spalle, equivarrebbe al tentativo di Münchhausen di tirarsi fuori dal pantano con le sue stesse trecce», cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carriro, Giuffrè, Milano 1989, p. 96.

*il regime rivoluzionario. Se al contrario questo tentativo fallisse [...] allora l'atto che si è compiuto non deve essere considerato come promulgazione di una costituzione, ma come reato di alto tradimento [...]*<sup>34</sup>.

Dal fatto 'annessione' si ricava dunque una situazione giuridica nuova, quella della permanenza dell'Austria a pieno titolo nel *Reich* tedesco, circostanza che si è manifestata per quasi sette anni: le Potenze alleate devono, dunque, abbandonare la strada ambigua della Dichiarazione di Mosca ed evitare qualsiasi finizione giuridica, come quella del mancato riconoscimento dell'*Anschluss*.

Non riconoscere l'annessione significa, come già ricordato, aprire un delicato problema giuridico di cui è bene che le Potenze alleate siano consapevoli. Se esse, infatti, non riconoscono l'*Anschluss* devono restaurare necessariamente il governo (come detto fascista: perlomeno dal 1934, il Cancelliere aveva senza alcun dubbio violato la Costituzione, approvando una legge che assegnava al governo il potere legislativo<sup>35</sup>) che c'era prima dell'annessione e non possono considerarsi in guerra con l'Austria, perché, giuridicamente, l'Austria non esisteva più al momento della proclamazione della guerra.

Del resto, lo stesso professor Wright suggeriva: «[...] la possibilità di organizzare un libero governo in esilio da uomini di Stato,

---

<sup>34</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 2000, pp. 99-100.

<sup>35</sup> «Non ci sono dubbi sul fatto che l'approvazione della legge del 30 aprile 1934 su proposta del governo Dolfuß rappresentò una violazione della costituzione allora vigente», *infra*, p. 57. Kelsen si riferisce alla legge costituzionale 255/1934 sulle misure straordinarie nell'ambito della Costituzione, *Bundesverfassungsgesetz vom 30. April 1934 über außerordentliche Maßnahmen im Bereich der Verfassung*: il governo austriaco modificava la Costituzione e si attribuiva tutti i poteri precedentemente assegnati al Parlamento. Si tratta, con tutta evidenza, di un'imitazione di quanto avvenuto in Germania dopo l'incendio del *Reichstag* (28 febbraio 1933), attribuito senza alcuna prova a un militante comunista. Furono emanati dal governo di Hitler prima il Decreto per la tutela del popolo e dello Stato (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* del 29 febbraio 1933), con il quale veniva eliminata una parte consistente dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, e poi il cosiddetto *Ermächtigungsgesetz* (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933), che determinava una radicale trasformazione istituzionale, assegnando all'esecutivo i poteri del *Reichstag*, senza abrogare, almeno formalmente, la Costituzione di Weimar.

che potrebbero avere contatti con l'ultimo governo austriaco»<sup>36</sup>. Se si ritiene che, ricorrendo a valutazioni di compatibilità con la legalità internazionale, non sia possibile riconoscere l'*Anschluss*, si dovrà necessariamente ammettere che proprio il diritto internazionale richieda il ripristino dell'ultimo governo austriaco: non riconoscere l'annessione dell'Austria è, quindi, una semplice *finzione*, un vero e proprio trucco, che potrebbe ritorcersi contro le stesse Potenze:

*Se il non-riconoscimento rappresentasse qualcosa di più che l'intenzione politica delle Potenze di ripristinare l'Austria come uno Stato che è stato distrutto dall'annessione, la nomina e il riconoscimento di un Governo in esilio austriaco dovrebbero esserne la conseguenza inevitabile. Il fatto che le Potenze della Dichiarazione di Mosca non accettino questa conseguenza dimostra che esse non intendono aderire troppo rigidamente alla propria dottrina del non-riconoscimento*<sup>37</sup>.

Il problema è che, ovviamente, l'ultimo governo legittimo austriaco e, cioè, quello del cancelliere von Schuschnigg, le cui dimissioni, richieste da Hitler, aprirono la strada all'*Anschluss*, era già un governo *fascista*: l'argomento *realista* di Kelsen, restando nei confini della Dottrina pura, riesce, dunque, a evitare contraddizioni di questo tipo e a definire equilibri politici futuri più avanzati e in linea con la natura stessa della guerra (e, cioè, la distruzione dell'ideologia fascista che ha insanguinato l'Europa).

Tornando, dunque, alla domanda iniziale sulla possibile soluzione da adottare a proposito della gestione dei territori del *Reich*, la risposta individuata da Kelsen è radicale: in Austria come in Germania – meglio: in tutto lo spazio che ricade(va) sotto la sovranità del *Reich* – si dovrà determinare una vera *debellatio*, ovvero: «[...] la completa distruzione della potenza militare del nemico e l'eliminazione di ogni possibile resistenza da parte dello Stato sconfitto, così da porre fine alla precarietà tipica del tempo di guerra e conquistare stabilmente il territorio»<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> H. WRIGHT, *The legality of annexation of Austria by Germany*, cit., p. 635.

<sup>37</sup> *Infra*, p. 60.

<sup>38</sup> *Infra*, p. 65. Da segnalare che Kelsen parla nel primo articolo di due soluzioni per la Germania, Olechowski, correttamente, ritiene di poterne enumerare



La *debellatio* non crea, tuttavia, uno spazio ‘giuridicamente vuoto’: il precedente ordinamento giuridico non esiste più – in pratica è una rivoluzione imposta dall’alto o dall’esterno – e a esso va immediatamente sostituito la gestione comune (il *condominium*) delle Potenze alleate.

Questa ipotesi – di cui vanno tenuti presente i due momenti, concettualmente distinti, della *debellatio* e del successivo *condominium* – permette di poter intervenire direttamente nella gestione del territorio e degli abitanti dell’ex *Reich*. Solo dopo un periodo di gestione collegiale, le Potenze potrebbero decidere di far nascere un nuovo Stato, una nuova Germania che con quella hitleriana non avrebbe più alcuna connessione giuridica: «Non ci sarebbe continuità giuridica tra la Germania nazista e la nuova Germania democratica (o i suoi successori) che potrebbe essere, eventualmente, ammessa in una futura organizzazione internazionale»<sup>39</sup>.

Quanto all’Austria, le Potenze alleate dovrebbero esercitare il *condominium* all’interno di un distretto amministrativo, creato sul vecchio territorio austriaco, indipendente dal vecchio *Reich* – anche in questo caso, soluzione non fattibile con la semplice *occupatio bellica* – e, in seguito a un referendum popolare, ristabilire la sovranità di una nuova Austria democratica.

L’argomento *realista* di Kelsen della scomparsa dell’Austria nel 1938 permette, dunque, di poter sancire la definitiva scomparsa del *Reich* come soggetto giuridico nel 1945 e, di conseguenza, la possibilità di disporre del suo territorio secondo gli obiettivi degli Alleati. Da questo punto di vista perfettamente lecita sarebbe la separazione dell’Austria dal territorio del *Reich* e la sua ricostituzione come Stato *indipendente e democratico*. Un obiettivo giuri-

---

tre: l’*occupatio bellica*, giuridicamente non convincente, il trattato di pace con la Germania, politicamente non desiderabile, e, appunto, la *debellatio*, cfr. T. OLECHOWSKI, *Kelsens Debellatio-These*, in *Gedenkschrift Robert Walter*, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien 2013, pp. 531-552, qui p. 540. Non è supportata da elementi convincenti l’ipotesi di Josef Kunz secondo la quale Kelsen sia stato ‘costretto’ dalla dichiarazione di Mosca a virare sulla teoria della *debellatio* rispetto alla sua posizione originaria di un armistizio con l’Asse, cfr. J.L. KUNZ, *The Status of Occupied Germany under International Law: A Legal Dilemma*, in *The Western Political Quarterly*, n. 4, 1950, pp. 538-565, qui p. 541.

<sup>39</sup> *Infra*, p. 80.

dicamente lecito ma anche politicamente ambizioso, tenuto conto delle forze, la cui entità non era da non sottovalutare, che lavoravano per la restaurazione degli Asburgo.

Ecco perché occorre parlare di due momenti giuridici distinti: la *debellatio* garantisce la scomparsa del vecchio *Reich* e, cioè, la fine del precedente ordinamento giuridico, rendendo impossibile una semplice *occupazione ex art. 47* della Convenzione dell'Aia (che presuppone uno Stato, certamente sconfitto e limitato nei suoi poteri, e tuttavia *esistente*). La continuità dello Stato nel diritto internazionale, infatti, prevede la piena applicazione della Convenzione dell'Aia (fatto politicamente inaccettabile per i vincitori che intendevano adottare misure non compatibili con la Convenzione, tra cui lo smembramento del *Reich*) mentre la *debellatio* assicura la fine dell'ordinamento giuridico e, dunque, dello Stato, rendendo impossibile ogni ipotesi di continuità – indipendentemente da ogni considerazione di carattere fattuale relativa alla popolazione o al territorio – tra il vecchio *Reich* e lo Stato futuro.

Solo a quel punto il vuoto di sovranità andrebbe *immediatamente* riempito con il *condominium*<sup>40</sup> delle Potenze Alleate che, in questo modo, saranno libere di assumere i provvedimenti necessari per ristabilire una pace durevole. I due momenti vanno tenuti rigorosamente distinti perché non si tratta di una *trasmissione* di sovranità da un soggetto all'altro, quanto piuttosto della fondazione di un nuovo ordinamento giuridico reso possibile dalla *debellatio* del precedente (e, dunque, dagli eserciti occupanti delle Potenze vincitrici).

---

<sup>40</sup> Può essere utile riproporre la formula di condominio di Oppenheim alla quale si rifà Kelsen: «La suprema autorità esercitata da uno Stato sul suo territorio sembrerebbe suggerire che sullo stesso territorio può esistere solo uno Stato pienamente sovrano e che sia impossibile che due o più stati pienamente sovrani siano presenti sul medesimo territorio. [...] La prima e unica eccezione a questa regola è il caso del cosiddetto *condominium*. In questo caso una parte del territorio, terra o acqua, è posta sotto l'amministrazione comune [*joint tenancy*] di due o più Stati, questi diversi Stati esercitano la sovranità congiuntamente su di esso e gli individui che vi abitano. [...] Fino a un definitivo insediamento, gli Stati interessati non esercitano una sovranità individuale su questa parte, ma si accordano per una amministrazione comune sulla loro sovranità congiunta», cfr. L. OPPENHEIM, *International Law. A Treatise. Vol. I Peace*, Longmans, Green and Co., London-New York-Toronto 1937, pp. 351-352.

Va ricordato che la tesi della discontinuità non era certamente nuova nell'elaborazione kelseniana: già alla fine della Prima guerra mondiale, dovendo occuparsi della nascita della nuova Repubblica austriaca, Kelsen aveva avanzato la tesi di una discontinuità tra la monarchia austro-ungarica e la nuova repubblica nata dopo la guerra. Le parole di Kelsen sono chiarissime:

*La fondazione dello Stato austro-tedesco [Deutschösterreich] reca un carattere puramente rivoluzionario; la Costituzione, nella quale si esprime l'esistenza giuridica del nuovo Stato, non è in alcun rapporto giuridico con quella della vecchia Austria. La continuità tra l'ordinamento giuridico e quello statale della vecchia Austria con quello della nuova è interrotta. [...] L'Assemblea nazionale ha [...] immediatamente preteso la piena sovranità per un determinato territorio e si è posta così, consapevolmente, su una base rivoluzionaria. Ma rivoluzione, dal punto di vista del diritto, non è nient'altro che la rottura della continuità giuridica*<sup>41</sup>.

Qui Kelsen fa riferimento a due decisioni assunte dall'Assemblea nazionale provvisoria, rispettivamente il 21 e il 30 ottobre 1918, quando, costituendosi, prima, come *Nationalversammlung* ed esercitando poi la piena sovranità dell'Austria (nel suo commento, Kelsen sottolinea che si tratta solo di un *esercizio*, perché la sovranità in quanto tale *appartiene* al popolo), diede vita a un nuovo Stato<sup>42</sup>. Entrambe queste decisioni costituiscono una rottura piena del precedente ordinamento giuridico, tramite la sostituzione della norma fondamentale alla quale ricondurre l'intera *Rechtsordnung*: il nuovo Stato nasce, dunque, con la decisione dell'Assemblea nazionale di dichiararsi *costituente*, che definisce anche la *Grundnorm* della nuova esperienza statale. Quella della discontinuità tra ordinamenti giuridici è, quindi, una diretta conseguenza delle tesi kelseniane del-

---

<sup>41</sup> H. KELSEN, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Teil I*, Franz Deuticke, Wien und Leipzig 1919, p. 10, ora anche in *Hans Kelsen Werke, Band 5*, a cura di M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, p. 37. Si tenga presente che il riferimento a un *Deutschösterreich* (cioè, letteralmente, ad un'Austria tedesca) va attribuito al fatto che la componente tedesca del vecchio impero multinazionale decise di dotarsi, per ultima, di una *propria casa* (la Repubblica d'Austria), esattamente come già avevano le storiche minoranze dell'Impero.

<sup>42</sup> *Ivi*, pp. 6-18, 34-43.

l'identità tra Stato e ordinamento giuridico, dell'impossibilità della presenza su una medesima sfera di validità di due ordinamenti (principio di unità) e della necessità di ricondurre tutto l'ordinamento giuridico a una e una sola *Grundnorm*.

Come si può agevolmente constatare è abbastanza inutile chiedersi se il parere di Kelsen del 1944 sia stato redatto perché richiesto dalle autorità americane o, che è lo stesso, perché prossimo agli obiettivi della politica alleata in Europa: l'analisi per la Germania e per l'Austria alla fine della Seconda guerra mondiale chiama in causa esclusivamente i nodi teorici di fondo della *Reine Rechtslehre*. In questo modo l'estinzione dello Stato e la conseguente discontinuità sono l'esito della sostituzione di una precedente norma fondamentale (con la conseguente fine dell'ordinamento giuridico e statale) con una nuova.

Tant'è che Kelsen può tranquillamente affermare che parti, anche ampie, del vecchio ordinamento giuridico restano in vigore, ma solo tramite la nuova norma fondamentale che fa sue – recepisce – quelle disposizioni. La loro validità risiederà nella nuova norma fondamentale e non nella presunta sopravvivenza del vecchio ordinamento giuridico: lo stesso Kelsen chiarisce che, nel momento in cui le leggi austriache prescrivono la validità del diritto non espressamente abrogato, piuttosto che di una *continuità della validità* [*Weitergeltung*], sarebbe più corretto parlare di un'*attribuzione di validità* [*in Geltung setzen*] alle norme del vecchio ordinamento da parte della nuova *Rechtsordnung*. La norma che recepisce il diritto precedente non ha, dunque, carattere dichiarativo, ma, più correttamente, costitutivo: si tratta, cioè, della creazione di nuovo diritto<sup>43</sup>.

IV. Dalla tesi della discontinuità tra i due ordinamenti giuridici, determinata dalla *debellatio*, derivano importanti conseguenze. Con le parole di Kelsen:

*La caratteristica principale dello stato giuridico del cosiddetto condominium è che il territorio coinvolto è posto sotto l'occupazione comune di due o più Stati che esercitano la loro sovranità congiuntamente*

---

<sup>43</sup> *Ivi*, pp. 28, 52.