

O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil - Parecer em alemão, espanhol e italiano

La opinión jurídica de Hans Kelsen de 1933 sobre la Asamblea Nacional Constituyente de Brasil. Texto en alemán, español e italiano.

Mario G. Losano

Professor Emérito da Universidade del Piemonte Oriental “Amedeo Avogadro” (Itália).
Professor da Escola de Doutorado em Derecho e Instituições da Universidade de Turín.

Versão original: publicada, em italiano, no “Archivio di Diritto e Storia Costituzionale” do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Turim (Itália). Disponível em: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Costituente-Brasile.pdf>. A tradução ao espanhol, autorizada pelo autor, foi feita por Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, e foi publicada na Revista de Direito Público do Ministério de Justiça e Direitos Humanos – Peru . Disponível em: <http://www.minjus.gob.pe/dgdoj-revista-minjus/>.

Tradução:

Bruno Fernandes Dias

Mestre e Doutorando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. A “revolução de 1930” e o constitucionalismo brasileiro

A publicação do texto em alemão, espanhol e italiano do parecer de Hans Kelsen sobre a Assembleia Nacional Constituinte pode ser de útil informação preliminar sobre o Brasil, na década de trinta do século passado (discutido nos parágrafos seguintes) e sobre o texto kelsiano (§ 3). Este foi publicado apenas uma vez, em 1934, em português e em alemão, por uma revista do Rio de Janeiro, da qual saiu unicamente o fascículo que continha o texto de Kelsen, deixando de ser publicada, posteriormente. Nas páginas seguintes o texto é reproduzido na forma em que publicado pela revista, com traduções para o espanhol e para o italiano.

Com a “Revolução de 1930”, Getúlio Vargas substituiu a “República Velha” por um novo regime destinado a durar até 1945. Deposto o presidente Washington Luís, suspensa a constituição de 1891 e dissolvido o parlamento, de 1930 a 1934 o Brasil foi dirigido por um “Governo Provisório”, guiado por Vargas. Vargas enviava “interventores” aos diversos Estados brasileiros, os quais exerciam controle sobre as atividades locais, em conformidade com os princípios da revolução de 1930.

São Paulo se rebelou contra essa ingerência e se insurgiu entre o período de 9 de julho a 3 de outubro de 1932. Essa revolução levou o nome de “Revolução Constitucionalista”, em função do fato de que se exigia uma redemocratização do Brasil, mediante uma nova constituição. Em 3 de maio de 1932 se fizeram as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, nas quais, pela primeira vez no Brasil, as mulheres tiveram o direito de voto em nível geral, muito embora antes já gozassem deste direito em alguns Estados.

A Assembleia Nacional Constituinte iniciou seus trabalhos em 15 de novembro de 1933 e a nova constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934. Em paralelo a esses eventos atuou a denominada “Comissão Itamaraty”, a qual apresentou um projeto de constituição mais centralista, em relação à constituição que depois veio a entrar em vigor: essa última atribuía uma certa

autonomia aos Estados, e, por isso, foi frequentemente criticada por Getúlio Vargas. Em 17 de julho de 1934, um dia depois da promulgação da constituição, o parlamento elegeu Vargas como presidente da República e em 20 de julho ele tomou posse oficialmente no cargo.

Neste contexto político se apresentou o parecer de Kelsen sobre a Assembleia Nacional Constituinte.

2. A viagem de Kelsen ao Brasil

Em complemento ao texto de Gustavo Siqueira¹, eu gostaria de recordar alguns dados sobre a relação de Kelsen com a América do Sul e, em particular, com o Brasil. Tais dados são provenientes de algumas atualizações e poucas modificações de um texto, de 2008², de minha autoria, no qual eu apresentei algumas informações recebidas em um colóquio com dois importantes juristas brasileiros: Miguel Reale e Celso Lafer. Rudolf Aladár (1903-1975) foi assistente de Kelsen em Colônia e eu tive a ocasião de encontrá-lo em Genebra, depois de ter traduzido a segunda edição do *Teoria Pura do Direito*. Não obstante, naquela ocasião nós não falamos de sua estadia no Brasil, na qual uma vez mais se cruzaram as vidas de Kelsen y de Métall.

Em maio de 1933, Kelsen se mudou de Colônia para Genebra, e permaneceu nesta cidade até 1940. Kelsen e Métall viveram em Genebra. Como, em 1940, a guerra parecia ameaçar também à neutra Suíça, em 30 de junho de 1940 Métall solicitou a suspensão do seu contrato com o *Bureau International du Travail* e, como Kelsen, deixou a Europa.

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

² O texto completo se encontra no §4º, *Kelsen e Métall fra Ginevra e le Americhe*, do meu prefácio a *Kelsen, Scritti autobiografici*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 28-33.

A essa altura, seus caminhos se dividiram: enquanto Kelsen foi aos Estados Unidos, Métall se estabeleceu no Brasil, onde provavelmente já tinha contatos, como parece demonstrar uma publicação de 1934 do arquivo municipal de São Paulo³. No Rio de Janeiro, Métall desempenhou uma dupla atividade: uma marcada por sua antiga pátria europeia, e outra por sua nova pátria americana.

Por um lado, com efeito, ele foi secretário geral do Comitê para a Representação dos Interesses Austríacos no Brasil, de 1941 a 1944: sua colaboração com Anton Retscheck, o último embaixador austríaco no Brasil antes de 1938, permitiu que fossem emitidos documentos de identidade para os cidadãos austríacos depois de 1938.

Durantes esses anos, Métall adquiriu a cidadania brasileira.

Um reflexo desta época é a sua breve introdução ao volume *Austria Aeterna*, publicada no Rio de Janeiro em 1944⁴, em que citações de políticos e escritores, quase todos não austríacos, confirmam a exigência de independência da Áustria, ressaltando a importância de “seu papel político, da missão histórica, de sua função cultural, de sua heroica resistência ao assalto dos nacionalismos intolerantes”⁵. No momento em que também o Brasil (que não havia reconhecido o *Anschluss*) ingressava em guerra contra o Eixo, a invocação da exigência de restituir à Áustria sua independência vinha, assim, confiada a vozes de terceiros, com neutralidade diplomática.

Por outro lado, Métall concentrou suas capacidades profissionais ao serviço das medidas sociais que caracterizaram o “Estado Novo” de Getúlio Vargas. Com efeito, sob a ditadura de inspiração fascista – de 1937 a 1945, mas continuada por governos guiados pelo próprio Vargas –, foi tomada uma série de medidas que encaminharam o Brasil na direção de se tornar uma

³ Agradeço a Celso Lafer, da Universidade de São Paulo, e à rede de seus contatos, pelas úteis informações sobre Métall, as quais me permitiram enriquecer estas notas.

⁴ *Austria Aeterna*, Comitê de Proteção dos Interesses Austríacos no Brasil, Rio de Janeiro 1944, 75 pp., à que se seguem duas páginas não numeradas que informam do pedido do deputado do Pernambuco, Francisco Barreto Rodrigues Campello, de incluir, nos atos parlamentares, um voto de condolência pelo assassinato do chanceler austríaco Engelbert Dollfuss (*Anais da Câmara dos Deputados*, 6ª sessão, em 27 de Julho 1934).

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

potência moderna. Já em 1933 o governo brasileiro havia criado as instituições previdenciárias para as diversas áreas em que havia sido organizada a economia corporativa⁶. Métall se converteu em consultor técnico do “Instituto de Pensões dos Trabalhadores de Transporte”⁷ e, ademais, entre 1940 e 1945, como consultor do governo brasileiro, participou da preparação da “Consolidação das Leis Trabalhistas” de 1943, um texto único que reunia e coordenava todas as normas laborais editadas pelos governos de Vargas a partir de 1930 em diante: um texto que esteve no centro do debate juslaboral também para além da primeira metade do século XX.

Depois de terminada a segunda guerra mundial, Métall se reincorporou a sua atividade no que então se denominava *Bureau International du Travail*; e depois de ter estado em Montreal e Nova Iorque, reintegrou-se na sede de Genebra, onde permaneceu até sua aposentadoria, em 18 de agosto de 1966. Ele publicou algumas obras de direito público e sobre as relações entre o Direito e a seguridade social, além da filosofia do Direito, mas sua obra mais conhecida é, sem dúvida, sua biografia de Hans Kelsen⁸. Dados mais amplos sobre a atividade e as publicações de Métall se encontram no meu prefácio citado na nota 2. Aqui importa regressar aos contatos de Kelsen com a América do Sul.

A única viagem de Kelsen ao Brasil, em 1949, ao Rio de Janeiro, não foi de modo algum vinculada à presença de seu assistente-biógrafo, o qual havia regressado à Europa em 1945. Kelsen permaneceu no Brasil no retorno de sua estadia na Argentina, para onde havia sido convidado pelo maior jusfilósofo local, Carlos Cossio (1903-1987). Esse último concebeu sua “teoria egológica”

⁶ Maiores informações sobre a economia corporativa em que Métall atuou podem ser encontradas em Mario G. Losano, *Un modello italiano per l'economia nel Brasile di Getúlio Vargas: la “Carta del Lavoro” del 1927*, in *Rechtsgeschichte – Legal History. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, 2012, pp. 274-308; e também online: <<http://rg.rg.mpg.de/Rg20>>.

⁷ N.T.: Provavelmente o autor quis se referir ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, instituído pelo Decreto-Lei nº 651, de 26 de agosto de 1938.

⁸ Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Franz Deuticke, Wien 1969, 220 pp. A Métall se devem também as cuidadosas bibliográficas das obras de Kelsen que concluem tanto a primeira como a segunda edições de *Reine Rechtslehre*.

como uma superação da teoria pura do Direito, pelo que a finalidade não última do convite era também o intento de convencer Kelsen a reconhecer a teoria egológica do Direito como aperfeiçoamento da teoria pura do Direito⁹. A impossibilidade de conciliar as duas teorias – e também as duas personalidades – conduziu a uma insanável ruptura entre os dois estudiosos.

Aqueles anos do pós-guerra na América do Sul, com governos autocráticos como os de Juan Domingo Perón e Getúlio Vargas, eram politicamente muito tensos. Kelsen teve de fazer frente tanto aos debates teóricos com Carlos Cossio, como aos intentos de envolvimento político. Daquela viagem e da antiga polêmica que se produziu entre Kelsen e Cossio existe hoje uma precisa reconstrução do jusfilósofo uruguaio Oscar Sarlo¹⁰.

Sobre a breve estadia de Kelsen no Rio de Janeiro – de 25 a 31 de agosto de 1949 –, tive a ocasião de contar com as recordações do maior jusfilósofo brasileiro, Miguel Reale¹¹. Kelsen foi convidado ao Rio de Janeiro pelo jurista e político Olavo Bilac Pinto (1908-1985), sem que Miguel Reale fosse informado¹². Miguel Reale fez uma ligação telefônica a Kelsen, convidando-o também a São Paulo, mas Kelsen, por ainda ser recente a polêmica argentina com Cossio, respondeu – assim me disse Reale – “do tipo”: “Estou farto (magoado) com a América do Sul”. Por isso, Kelsen não viajou a São Paulo. De outro lado, os juristas do Rio de Janeiro monopolizaram Kelsen, tanto que, naquela oportunidade, Reale preferiu renunciar a encontrá-lo.

⁹ Sobre a polêmica entre Kelsen e Cossio, cfr. o parágrafo *Una polemica sud-americana: il volume di Kelsen e Cossio*, in Umberto Campagnolo, *Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dell'esilio ginevrino 1933-1940*, de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 25 ss.; também in Mario G. Losano, *Anno 1930: una dimenticata edizione italiana di Hans Kelsen*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2009, n. 2, pp. 193-208.

¹⁰ Sarlo, Oscar, *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. Retomado com o mesmo título (e com “ligeiras modificações e acréscimos”) in “Ambiente Jurídico”, 2010, n. 12, pp. 401-425.

¹¹ Losano, Mario G., *Miguel Reale (6 novembre 1910 - 13 aprile 2006)*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, LXXXIII, 2006, n. 3, pp. 465-476.

¹² Esta falta de comunicação entre os dois brasileiros também tinha razões políticas: Pinto Bilac formava parte da UDN (União Democrática Nacional), a saber, do partido de forte oposição a Getúlio Vargas, com o qual, por outro lado, Miguel Reale colaborava (informação recebida em uma conversa com Celso Lafer).

Não obstante, Kelsen não alimentava rancores contra a América do Sul ou contra o Brasil. No próprio ano de 1949, Kelsen e Reale trocaram correspondências, e Kelsen lhe enviou um exemplar do *General Theory of Law and State* com uma dedicatória. Obviamente, existiam diferenças doutrinárias entre eles: com efeito, Reale me lembrou que o título de sua *Teoria do direito e do estado* havia sido pensado precisamente para indicar que ele não identificava os dois conceitos de Direito e Estado, como, de outro lado, defendia Kelsen. Até aqui, o testemunho de que me valho é o de Miguel Reale.

Embora Métall tenha retornado a Europa anos antes, no Rio de Janeiro Kelsen encontrou algumas recordações dos distantes tempos vienenses: seu ex-discípulo Hans Klinghoffer (1905-1990) ensinava na Fundação Getúlio Vargas, onde Kelsen proferiu três conferências: provavelmente também a ele se deve a outorga a Kelsen do doutorado *honoris causa* daquela instituição, que ainda hoje é um dos centros culturais mais importantes do Brasil.

3. O parecer de Kelsen

No curso destes eventos¹³, os juristas do Rio de Janeiro, Flávio da Silveira e Romam Poznanski, solicitaram que Kelsen formulasse um juízo sobre o decreto que instituía a Assembleia Nacional Constituinte. De qual modo se desenvolveu este contato não está até agora documentado, pois não se encontrou documentação alguma ou correspondência, nem no arquivo do *Hans Kelsen-Institut* de Viena, nem no *Institut de Hautes Études Universitaires* de Genebra, onde Kelsen ensinava na época. Portanto, parece claro que se tratava de uma opinião privada, quer dizer, científica, e não de um parecer solicitado por uma instituição estatal ou política.

O interesse atual neste parecer consiste no fato de que o mesmo é a aplicação prática a um texto legislativo de um dos princípios cardeais do

¹³ N.T: No curso dos eventos políticos descritos no primeiro capítulo do trabalho, isto é, no início dos anos 30 do século XX, e não no curso dos eventos pessoais da vida Kelsen descritos no segundo capítulo, isto é, à época da viagem de Kelsen ao Brasil, no final dos anos 40.

pensamento de Kelsen. Um dos princípios cardeais é o positivismo jurídico: desde as primeiras linhas Kelsen assinala que responderá “só e exclusivamente desde o ponto de vista jurídico-positivo”, portanto, rechaçava toda referência a conceitos extrajurídicos como o de “soberania” (“o conceito de soberania em sentido estrito não está de modo algum presente no âmbito do direito positivo”) ou aos princípios inspiradores da revolução (“os poderes de um governo nascido de uma revolução não se podem deduzir – desde o ponto de vista do direito positivo – das finalidades políticas originariamente perseguidas pelo movimento revolucionário”). O outro princípio cardeal é o da sujeição do direito estatal ao direito internacional, teoria internacionalista minoritária, sobretudo nos anos das ditaduras europeias: na avaliação dos limites das diversas entidades operantes no processo constituinte brasileiro, Kelsen afirma que “nem sequer o Estado enquanto tal é soberano, devido a que sobre este se encontra o direito internacional que o legitima e o obriga”.

Finalmente, a excepcionalidade da gênese revolucionária do Direito conduz a privilegiar a eficácia, a qual pertence ao mundo do “ser” e, portanto, segundo a teoria pura do Direito, não deveria ter contato com o mundo do “dever-ser”¹⁴: “o princípio da eficácia vale como *princípio do direito positivo* para o governo nascido diretamente da revolução”. Kelsen parece colocar na origem da pirâmide do direito positivo não a norma fundamental, mas a que ele definiu como a Górgona do poder em 1927, quando escreveu: “o problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está nas costas do direito positivo. E quem busca uma resposta não encontra – temo – nem a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural: quem descobre o véu e não fecha os olhos é deslumbrado pela Górgona do poder”¹⁵.

¹⁴ Deste tema me ocupei no artigo *Il rapporto tra validità ed efficacia nella dottrina pura del diritto*, in “Sociologia del diritto”, VIII, 1981, n. 2, pp. 5-23, retomado posteriormente in Losano, Mario G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá 1992, XVI-267 pp. 135-154 (mas não incluída in Mario G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milán, 1981, 229 pp.).

¹⁵ Kelsen, Hans, *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; confira-se também o parágrafo *La “Gorgone del potere” e la neutralità del*

Com efeito, se a “Assembleia Nacional Constituinte” examinada por Kelsen “fosse derivada diretamente da revolução”, ela apresentaria “a característica de órgão originário e supremo, competente [para editar a] legislação”, e por isso, originar-se-ia do ordenamento jurídico positivo. No caso brasileiro examinado, isso não aconteceu porque a Assembleia derivava suas competências de outro órgão estatal, o Governo Provisório, e não era “diretamente nascida da revolução”.

O parecer de Kelsen foi publicado em 1934 em português e em alemão, na revista “Política”¹⁶, dirigida pelos já mencionados Flávio da Silveira e Roman Poznanski. Este foi o quarto artigo do primeiro número e estava precedido somente da seguinte breve nota sobre seu autor: “Hans Kelsen, ex-professor da Universidade de Viena, foi professor permanente da Universidade de Colônia até quando se viu obrigado a abandonar a Alemanha por causa dos últimos acontecimentos políticos naquele país. Por ocupar, atualmente, a cátedra de Direito das Gentes no Instituto Universitário de Altos Estudos de Genebra, decidimos escutar o ilustre cientista, e eis aqui a resposta que o mesmo enviou com rapidez às perguntas formuladas por nós”¹⁷.

No mesmo fascículo da revista, o parecer de Kelsen está precedido por outro artigo que se ocupa da Assembleia Nacional Constituinte, escrito pelo politólogo Eusébio de Queiroz Lima¹⁸. Um comentário a ambas as opiniões está contido no ensaio do historiador do direito Gustavo Silveira Siqueira¹⁹.

sistema giuridico, in Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. 2, *Il Novecento*, Giuffrè, Milán, 2002, pp.100-104.

¹⁶ Política. Revista de direito público, legislação social e economia”. Diretor Flávio da Silveira. Diretor-secretário Roman Poznanski. A redação da revista estava no Rio de Janeiro. A periodicidade prevista para a revista era mensal, mas cessou-se a publicação após o primeiro número.

¹⁷ Kelsen, Hans, *A competência da Assembléia Nacional Constituinte*, in “Política”, I, 1934, n. 1, pp. 35-43. A citação se encontra na p. 35; o texto em alemão do parecer se encontra nas pp. 40-43.

¹⁸ De Queiroz Lima, Eusébio, *O regimento da constituinte*, in “Política. Revista de direito público, legislação social e economia”, I, 1934, n. 1, pp. 27-33. As obras principais de Eusébio de Queiroz são: *Teoria do Estado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1943, XVI-416 pp. (4a ed.); *Princípios de sociologia jurídica*, Record, Rio de Janeiro 1958, 308 pp. (6a ed.). Ambos os volumes tiveram diversas edições.

¹⁹ Cfr. *supra*, nota 1.

Nas páginas seguintes se publica o parecer de Kelsen em alemão, como como reproduzido na revista brasileira, com algumas pequenas correções de erros materiais que não influenciam no sentido. Seguem as traduções para o espanhol e para o italiano do parecer, em que se colocaram entre parênteses as perguntas dirigidas a Kelsen pelos diretores da revista “Política”, perguntas tomadas do texto em português do parecer kelseniano, e também já traduzidas para o espanhol e para o italiano.

Über die Kompetenz der Konstituierenden Nationalversammlung [Verordnung vom 7. April 1933]²⁰

Hans Kelsen

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.

²⁰ Publicado originalmente in: “Política. Revista de direito público, legislação social e economia”, ano 1, número 1, Rio de Janeiro, 1934.

O texto do Prof. Hans Kelsen que se reproduz na sequência foi publicado no “Archivio di Diritto e Storia Costituzionale”, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Turim (Itália). Disponível em: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Costituente-Brasile.pdf>.

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 verfassungsvollziehenden 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

Sobre a competência da Ass

Sobre la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente

[Decreto del 7 de abril de 1933]²¹

Hans Kelsen

A las preguntas que se me dirijen respondo desde un punto de vista no político o jusnaturalista, sino sólo y exclusivamente desde el punto de vista jurídico-positivo.

²¹ La traducción al idioma castellano estuvo a cargo de Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani. El texto fue traducido de la versión italiana del texto del Prof. Kelsen, publicado en el "Archivio di Diritto e Storia Costituzionale" del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Turín (Italia). Disponible en: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Costituente-Brasile.pdf>.

Entonces, parto de la premisa que para la posición y competencia de la Asamblea Constituyente no es tomada en consideración ninguna otra norma jurídica que el Decreto n°22621 del 7 de abril de 1933.

I.

[*Primera pregunta:* I. – El Gobierno Provisorio, con el Decreto 22621 del 7 de abril de 1933, ha aprobado el reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente.

1. – El Gobierno Provisorio, que es un gobierno de hecho generado por una revolución, ¿tiene el derecho de imponer un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente?

2. – ¿El hecho que el Gobierno Provisorio haya impuesto un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente no representa una ofensa a la soberanía de esta Asamblea, que por definición – siendo constituyente – es soberana?

3. – ¿Este reglamento vinculará jurídicamente a la Asamblea Nacional Constituyente y esta última no podrá anularlo, adoptando uno que sea elaborado por esta misma?]

1. No existe una diferencia sustancial entre un gobierno de hecho y un gobierno *de jure*, ni en el derecho internacional ni aun menos en el ámbito del derecho constitucional. Partiendo del presupuesto que el Gobierno Provisorio es la suprema autoridad legislativa, directamente producida por la revolución, éste es sin duda competente para regular el problema de la convocatoria y de la competencia de una Asamblea Nacional Constituyente.

2. La promulgación del referido decreto no implica una limitación de la “soberanía” en sentido estricto de la Asamblea Nacional Constituyente. El concepto de soberanía en sentido estricto no está, en ningún modo, presente en el ámbito del derecho positivo. Ni siquiera el Estado en cuanto tal es soberano, debido a que sobre el mismo se encuentra el derecho internacional

que lo legitima y lo obliga. Aun menos se puede decir que sea soberano cualquier órgano del Estado. Para la Asamblea Nacional Constituyente se podría solamente formular la pregunta si esta tiene la característica de órgano originario y supremo competente para la legislación, y si su competencia legislativa esta limitada. Esto se presentaría solamente si la Asamblea Nacional Constituyente misma sea derivada directamente de la revolución. No obstante, las cosas no se encuentran así.

La existencia jurídica y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente se fundan en el Decreto del 7 de abril de 1933. Entonces, esta es un órgano instituido legalmente por otro órgano. Respecto de ello, es irrelevante el hecho que se denomine “Asamblea Nacional Constituyente”: de este nombre no se puede deducir alguna calificación jurídica.

3. La Asamblea Nacional Constituyente no tiene otros derechos que los atribuidos por el Decreto del 7 de abril de 1933. Entonces, no tiene el derecho de abrogar este decreto, sustituyéndolo con otro. El decreto obliga a la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido que este regula su función y, en particular, su competencia. El decreto es parte esencial de la constitución, actualmente en vigor. Respecto de ella, la denominada “Asamblea Nacional Constituyente” no puede instituir normas constitucionales, sino solamente seguir normas constitucionales. Si viola las prescripciones del decreto, viola la constitución vigente. Desde un cierto punto de vista, ello constituiría un intento de transformarse, por vía revolucionaria, en un órgano verdaderamente constituyente, es decir convertirse en un órgano constituyente bajo todo enfoque, vale decir un órgano constituyente originario y supremo.

II.

[Segunda pregunta: II. – El reglamento aprobado por el Gobierno Provisorio con los artículos 101 y 102, *Disposiciones generales*, limita la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, prohibiendo discutir y votar cualquier “proyecto de ley”. La Asamblea Nacional Constituyente deberá tratar exclusivamente las cuestiones referidas a la preparación de la constitución, a la elección del Presidente de la República y a la aprobación de los actos del Gobierno Provisorio.

1. – ¿La limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente no representa una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea misma?
2. – ¿La elección del Presidente de la República, previsto por el reglamento, no impone a la Asamblea Nacional Constituyente la adopción obligatoria del régimen “repúblicano”, régimen de nuevo impuesto por el Gobierno Provisorio? ¿Esta imposición no representa una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea Nacional Constituyente?].

1. Los artículos 101° y 102° del Decreto del 7 de abril de 1933 implican una limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente. No obstante, no se está en presencia de una violación [*Beeinträchtigung*] de su soberanía porque esta, por las razones ya enunciadas, no es ni soberana en el sentido propio del término, ni es un órgano legislativo originario y supremo.

2. La norma del Decreto del 7 de abril de 1933 sobre la elección del Presidente de la República constituye también una limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, debido a que esta última recibe por esta solamente el poder de promulgar una constitución republicana. Sobre este argumento, es decir con referencia a la forma de Estado, el contenido de la futura constitución está ya determinado por el Decreto del 7 de abril de 1933.

III.

[*Tercera pregunta:* El artículo 14° del mismo Decreto, regulando la fórmula del juramento que debe ser prestado por los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente, contiene la obligación de respetar la Constitución “Federal” que será adoptada.

1. – ¿La expresión “Constitución Federal” no comporta para la Asamblea la obligación de adoptar el régimen “federal”?
2. – ¿La imposición del régimen federal no constituye una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea?]

1. y 2. Cuanto se ha expresado sobre el Punto II, 2 vale analogamente también en relación a la naturaleza federal de la futura constitución. Esta naturaleza, como también la forma estatutal republicana, constituye un límite a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente. Una violación [*Überschreiten*] de estos límites constituiría una ruptura de la constitución ya en vigor. Las prescripciones del Decreto del 7 de abril de 1933 sobre la forma estatutal republicana y sobre la naturaleza federal de la futura constitución conciernen, sin embargo, no directamente, sino sólo indirectamente a la naturaleza de la futura constitución. Este es un método de técnica legislativa muy discutible, pero siempre practicable, y lamentablemente para nada raro, para expresar una voluntad legislativa.

IV.

[*Cuarta pregunta:* IV. – Un Gobierno Provisorio - nacido de una revolución que no tenía por objetivo la institución de un régimen dictatorial “permanente” – desde el momento que ha convocado una Asamblea Nacional Constituyente, que por esta razón no ha transmitido plenamente sus poderes a esta Asamblea, ¿devendrá así soberana?]

Los poderes de un gobierno nacido de una revolución no se pueden deducir – desde el punto de vista del derecho positivo – de las finalidades políticas originariamente perseguidas por el movimiento revolucionario. Definir como

“provisorio” un gobierno tiene generalmente una relevancia sólo política y no jurídica. El gobierno nacido de una revolución dispone de la plenitud de poderes que esta misma se atribuye, admitiendo que esta se encuentre en capacidad de obtener que, a grandes líneas, se obedezca a sus órdenes. El principio de eficacia vale como *principio de derecho positivo* para el gobierno nacido directamente de la revolución. La invocación a los objetivos del movimiento revolucionario no es un fundamento suficiente de hecho que el gobierno pueda ser obligado a transferir la plenitud de sus poderes a la Asamblea Nacional Constituyente por este mismo instituida.

V.

[*Quinta pregunta: ¿Con la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente podrá el Gobierno Provisorio mantener los poderes dictatoriales conquistados mediante la revolución victoriosa?*]

La respuesta a esta pregunta se encuentra contenida a la proporcionada a la pregunta IV.

Ginebra, 14 de octubre de 1933.

Prof. Hans Kelsen

Sulla competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente

[Decreto del 7 aprile 1933]²²

Hans Kelsen

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?]

²² La traducción al idioma italiano fue realizada por el Prof. Mario G. Losano, publicada en el "Archivio di Diritto e Storia Costituzionale" del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Turín (Italia). Disponible en: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Costituente-Brasile.pdf>.

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 supremo²³.

²³ En el texto alemán "Gesetzgebungsorgan" (p. 42, órgano legislativo); en la traducción portuguesa: "criador da Constituição" (p. 38, creador de la Constitución).

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"?
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