

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA



## DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche

*Curriculum:* Teoria e storia dei diritti fondamentali

Ciclo XXVIII

## IL DIBATTITO GIUSFILOSOFICO TRA CARL SCHMITT, HANS KELSEN E RUDOLF SMEND SULLO SFONDO DELLA CRISI DELLA REPUBBLICA DI WEIMAR

### **Tutor**

Chiar.mo Prof. Adriano BALLARINI

### **Dottorando**

Dott. Stefano GUERRA

Anno 2017

*A mio Padre **SILVIO** e a mia Madre **ANGELA***

## INDICE

	pag.
Introduzione	7
CAPITOLO I	
WEIMAR: UN PASSO NECESSARIO VERSO LA DEMOCRAZIA	17
1. Vita e morte di una Repubblica	17
2. La Costituzione di Weimar del 1919	32
2.1. Razionalizzazione costituzionale: la via tedesca alla democrazia fra tradizione guglielmina, identità tedesca e modernizzazione anglo-americana	33
2.2. Le origini della costituzione	40
2.3. La forma di Stato e la forma di governo	46
2.4. Analisi della costituzione	52
2.4.1. L'equilibrio dei poteri sulla scena politica ed istituzionale	54
2.4.1.1. Il popolo	55
2.4.1.2. Il sistema elettorale	57
2.4.1.3. I partiti politici	58
2.4.1.4. Il <i>Reichstag</i>	59
2.4.1.5. Il Governo del <i>Reich</i>	60
2.4.1.6. Il Presidente del <i>Reich</i>	61
2.4.1.7. Il <i>Reichsrat</i> e il Consiglio economico	66
2.4.1.8. Il Tribunale del <i>Reich</i>	67
2.4.1.9. Panoramica del sistema costituzionale weimariano	68
2.4.2. I diritti fondamentali	71
2.4.3. La giustizia costituzionale	79
3. Critica della Costituzione di Weimar	83

CAPITOLO II	
CARL SCHMITT	94
1. Carl Schmitt: un giusfilosofo nel secolo della democrazia di massa	102
1.1. Il concetto di dittatura	104
1.2. Sovranità, decisione e stato d'eccezione	109
1.3. Dal parlamentarismo al potere presidenziale	114
1.4. La costituzione	118
1.4.1. La dottrina costituzionale	119
1.4.2. I concetti di costituzione	122
2. La visione schmittiana della situazione costituzionale di Weimar	131
2.1. Le diverse manifestazioni dello sviluppo dei rapporti di diritto pubblico	132
2.1.1. Il pluralismo e il partitismo politico	133
2.1.2. La policrazia	138
2.1.3. Il federalismo	139
2.2. Analisi delle diverse forme risolutive del caso Weimar	140
2.2.1. La costituzione economica	140
2.2.2. Neutralità e depolitizzazione	141
2.2.3. L'articolo 48 comma 2 WRV	145
3. Il custode della costituzione	147
3.1. Le diverse forma di custodia della costituzione	148
3.2. Il custode giurisdizionale	150
3.2.1. Il generale "potere sostanziale di controllo giudiziario"	150
3.2.2. Oggettività dei limiti di ogni giurisdizione	152
3.2.3. Distinzione tra giurisdizione costituzionale e legislazione costituzionale	154
3.2.4. Il tribunale costituzionale del Reich	157
3.3. Il presidente del Reich: il custode decisore	161
3.3.1. La teoria del <i>pouvoir neutre</i>	162
3.3.2. Il potere neutrale nello Stato pluralistico dei partiti	164
3.3.3. La burocrazia e le possibili forme di indipendenza dal pluralismo	167
3.3.4. Il principio democratico: base della posizione del Presidente-custode	169

CAPITOLO III	
HANS KELSEN	173
1. La teoria del diritto dagli <i>Hauptprobleme</i> alla <i>Reine Rechtslehre</i>	190
1.1. <i>Hauptprobleme</i> : i fondamenti della teoria giuridica kelseniana	191
1.2. Il metodo “puramente” giuridico	195
1.3. Teoria generale del diritto e materialismo storico	197
1.4. La teoria pura del diritto	200
1.4.1. Analisi breve della teoria pura del diritto	201
1.4.2. Il processo alla teoria pura di Kelsen: accusa, difesa e “sentenze”	209
2. La teoria della democrazia	221
2.1. Riflessioni sulla definizione di democrazia (democrazia ideale vs democrazia reale)	225
2.2. Principali caratterizzazioni kelseniane della concezione di democrazia	229
2.3. Sociologia, essenza e valore della democrazia	232
2.3.1. La libertà	232
2.3.2. Il popolo	233
2.3.3. Il parlamentarismo democratico	235
2.3.4. La riforma del parlamentarismo	239
2.3.5. La rappresentanza professionale	240
2.3.6. Il principio di maggioranza	241
2.3.7. L’amministrazione	242
2.3.8. La scelta dei capi	243
2.3.9. Democrazia formale e democrazia sociale	245
2.3.10. Democrazia e concezioni della vita	247
2.4. Difesa della democrazia	248
3. Il custode della costituzione	254
3.1. La costituzione e la sua custodia	255
3.2. “Chi dev’essere il custode della costituzione?” (La risposta di Kelsen a Schmitt)	258
3.2.1. La garanzia giurisdizionale della costituzione	258
3.2.2. La dottrina del <i>pouvoir neutre</i>	259
3.2.3. La natura politica della giurisdizione costituzionale	260
3.2.4. Il controllo di costituzionalità: giurisdizione o legislazione?	264

3.2.5. La realtà costituzionale della Repubblica di Weimar	266
3.2.6. Disamina delle funzioni del Presidente del Reich	269
3.2.7. Insostenibilità del confronto tra il custode-giudice e il custode-Presidente: due organi diversi per due funzioni diverse	274
CAPITOLO IV	
RUDOLF SMEND	276
1. I fondamenti metodologici dell'opera smendiana	285
2. "L'unico libro di Smend"	287
3. La concezione dello Stato e del politico	294
4. La dottrina dell'integrazione	303
5. Il concetto di integrazione	311
6. I tre tipi di integrazione	317
7. L'idea di costituzione	325
8. I diritti fondamentali	335
9. Elementi di diritto e giustizia costituzionale	343
10. "Lo Stato come integrazione" (La risposta di Kelsen a Smend)	348
CAPITOLO V	
LA CRISI DI WEIMAR E LA SUA EREDITÀ	354
1. Le cause della crisi	356
2. La cultura	378
3. Le lezioni	389
4. Il rapporto Weimar-Bonn	396
5. Il rapporto Weimar-Italia	406
6. Il punto sul dibattito tra Schmitt, Kelsen e Smend	413
7. I pericoli per lo Stato costituzionale democratico	431
Bibliografia	446

## Introduzione

Il presente lavoro di ricerca affronta il pensiero giusfilosofico di Carl Schmitt, Hans Kelsen e Rudolf Smend durante il periodo weimariano, nella prospettiva prioritaria di rendere visibile l'attualità dell'esperienza costituzionale della Repubblica di Weimar, qualificata come laboratorio delle idee e dei fatti che rendono comprensibile la realtà delle costituzioni europee continentali post-belliche e la crisi delle odierne democrazie costituzionali, mostrando i pericoli, allora latenti, che oggi si palesano per lo Stato costituzionale democratico.

La situazione costituzionale cui si fa riferimento è quella che si è venuta a creare nel 1919 con la Costituzione di Weimar, uno dei capisaldi del costituzionalismo moderno, che ha dato i natali alla prima Repubblica democratica tedesca, grande laboratorio della modernità classica, momento di rottura culturale, di liberazione da vuote concezioni, di grande trionfo del pensiero giuridico tedesco aperto al mondo, ma a cui è inevitabilmente legato il ricordo di violenti tentativi di sconvolgimento istituzionale, di inflazione galoppante, di disoccupazione di massa, di radicalismo politico, di crisi e di naufragio di una democrazia sin dall'inizio inficiata, agli occhi di molti tedeschi, sulla quale pesava l'onta nazionale di essere nata dalla sconfitta militare della Germania nella prima guerra mondiale.

«La Repubblica di Weimar non fu un esperimento fallito, bensì un cantiere, dove si sperimentarono i problemi di integrazione costituzionale con cui l'Europa di oggi è alle prese». L'adozione di questo paradigma consente, dunque, di mostrare come nell'esperienza della prima repubblica tedesca vengano alla luce questioni costanti della cultura costituzionale dell'Europa continentale: la razionalizzazione politico-parlamentare, il rapporto tra centro e periferia, la continuità con il sistema precedente, “la transizione costituzionale”, la ricerca di un equilibrio tra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità, tra pluralismo dei partiti e razionalizzazione della decisione a livello politico, “la democrazia protetta”, il rapporto tra diritti e sovranità, quello tra cultura e istituzioni, quello tra l'istanza democratica dell'omogeneità della rappresentanza e la collocazione costituzionale degli interessi territoriali o economico-sociali, il ruolo dei valori costituzionali, dei diritti fondamentali e del custode della costituzione. Per questo, Weimar è puntualmente tirata in ballo. Tali questioni, insomma, sono le stesse che vengono tuttora discusse tra organi istituzionali, accademici, politici, intellettuali e opinione pubblica. Basti pensare al rapporto tra innovazione costituzionale, rifondazione del patto costituente e salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento e a tutti i temi che intorno vi ruotano.<sup>1</sup> Inoltre, non può

---

<sup>1</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, 2007 e Id., *Costituzionalismo interattivo nell'«Età dell'incertezza». Spunti di riflessione metodologica sull'attualità del «Laboratorio di Weimar»*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura

sfuggire come la crisi della democrazia negli ultimi anni di Weimar produca «una delle più straordinarie esplosioni di riflessione teorica sui problemi della politica, dello Stato e della costituzione».<sup>2</sup> «La Repubblica di Weimar rappresenta, dunque, per la sua interna dinamicità e per il suo esito terribile, uno dei momenti più interessanti e drammatici della storia dell'Europa moderna. Ciò vale non solo per ciò che concerne la storia degli “uomini” ma anche per ciò che investe la storia delle “idee”». Pertanto, «“Weimar” risulta essere un laboratorio vibrante di proposte filosofiche e politiche».<sup>3</sup>

Il dibattito giusfilosofico weimariano assume un'importanza di portata universale, in quanto seppur si anima in una situazione costituzionale specifica, produce riflessioni valide per ogni specie di sistema democratico-costituzionale che volti le spalle a vecchi regimi politici o che richieda, per mancanza di equilibrio fra poteri, aggiustamenti in corso d'opera e solleva antichi problemi ancora irrisolti nell'età moderna.

Nel solco degli anni Venti del Novecento, si sviluppa a Weimar una critica profonda allo Stato liberale, evolutasi in critica comunitaristica al giuspositivismo ad opera di numerosi esponenti della dottrina giuridica tedesca. Lo spazio del dibattito giusfilosofico degli anni di Weimar è delimitato dalle tesi di filosofi del diritto che hanno affrontato questioni cruciali pervenendo a soluzioni diverse, dalle quali tuttavia è possibile trarre insegnamenti validi anche oggi. Tra i giuristi che dal fenomeno weimariano hanno tratto ispirazione per la formulazione delle rispettive teorie, con approcci e metodi diversificati, spiccano soprattutto i nomi di Schmitt e Kelsen, in quanto negli anni di Weimar questi si sono confrontati e scontrati a suon di opere e convegni diventando i protagonisti di una polemica rientrando nel più vasto dibattito giuridico-costituzionale del XX secolo. Tale *querelle* si articola in una serie di dualismi che producono due concezioni antitetiche del diritto e della politica, rintracciabili nelle loro principali opere del periodo weimariano. La polarizzazione tra i due dipende

di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, Cosenza, 2013, p. 157. In particolare, «il problema del custode della costituzione è vecchio quanto la storia del costituzionalismo – lo si può anzi considerare un elemento significativo di continuità tra costituzionalismo antico e moderno. La nozione è in qualche modo correlativa a quella di potere costituente che, anche se non ancora teorizzata, è già adombrata nell'antichità dai richiami alle incarnazioni mitiche o storiche della figura del grande legislatore. Ovunque si afferma l'idea che la costituzione può essere opera dell'uomo (e in quanto tale oggetto anche dei suoi disfacimenti) emerge anche l'esigenza di un custode della costituzione. Inoltre, l'idea è una risposta alla politicizzazione totalizzante della *polis*, ad una situazione in cui la legalità finisce per essere a disposizione della maggioranza. In particolare, la politicizzazione della giustizia è avvertita, già in questo contesto storico, come la minaccia più temibile» (P.P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, p. 406).

<sup>2</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 1. Per un approfondimento delle teorie e della prassi weimariane su democrazia, Stato e costituzione, si veda M. Groh, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tübingen, 2010.

<sup>3</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006, pp. 6-7. Weimar è «luogo privilegiato per affrontare il tema dei modelli politici della modernità e della reazione a questa. Il terreno ove identificare più chiaramente questi modelli, le loro tracce, il loro impatto, le sedimentazioni che producono e da cui sono prodotte, è offerto dai filosofi del diritto e dai loro dibattiti: le filosofie del diritto servono qui come paradigmi esasperati e un pò paradossali delle teorie politiche dello Stato» (*ivi*, p. 12).

proprio dalla ciclicità di quei problemi sui quali i due giuristi si sono affannati per anni e che sempre ritornano attuali nella vita costituzionale di ogni democrazia. Anche l'allargamento del medesimo dibattito ad altri illustri giuristi acquista interesse per il presente grazie al confronto tra i due classici del periodo weimariano, in quanto lì sono radicati i temi che rendono Weimar il terreno più fertile di idee e forse di soluzioni per il costituzionalismo del secolo scorso quanto per quello presente.<sup>4</sup>

Di certo, con riferimento al dibattito giusfilosofico, giuscostituzionalistico e giuspolitico, oltre a Schmitt e Kelsen, oltre al decisionismo e al normativismo, Weimar è anche Smend. E lo è perché egli stesso ha tentato di andare oltre Schmitt, oltre Kelsen, oltre la contrapposizione tra loro due, scorgendo nella propria dottrina dell'integrazione – una teoria dello Stato e della costituzione – una valida alternativa alle loro teorie, ritagliandosi uno spazio nel dibattito giuspubblicistico weimariano. Smend è riuscito a crearsi uno spazio proprio, portandovi un'originalità a suo dire mancante agli altri membri di quella che a distanza di decenni, nel 1973, denominerà la “comunità di lotta” (*Kampfgemeinschaft*)<sup>5</sup> contro il formalismo positivista all'epoca in voga – una formazione teorica o metodologica, fondata all'indomani della proclamazione della nuova repubblica nella cerchia dei giuspubblicisti weimariani, che si oppone all'idea di Stato allora dominante, anche a prescindere dalle prevalenti posizioni politiche del tempo. Difatti, l'opera smendiana è caratterizzata dal confronto con le principali teorie dell'epoca, tanto quanto da una distanza di sicurezza da quelle, come a voler mostrare in alcuni punti l'unicità della propria dottrina dello Stato e della costituzione, che Smend propone quale alternativa al decisionismo di Schmitt e al normativismo di Kelsen, tentando di trascendere non solo le loro teorie, ma anche la ricorrente contrapposizione tra i due. In altri termini, Smend non sfigura al confronto con Schmitt e Kelsen, protagonisti indiscussi della *Weimarer Staatsrechtslehre*. Invero, la lettura dell'opera smendiana risulta necessaria ai fini di una panoramica delle risposte ai problemi della neonata democrazia tedesca – molti dei quali persistono nei sistemi democratici contemporanei. La sua analisi è funzionale ad una più completa comprensione della fertilità teorica degli altri interpreti del periodo weimariano, oltreché ad una valutazione più attenta dell'attuale dibattito interdisciplinare circa Stato, costituzione e democrazia.<sup>6</sup>

Le teorie giuridico-politiche sviluppate tra le due guerre possono essere comprese solo in riferimento al particolare contesto intellettuale e politico della Germania di Weimar. Tuttavia, molte idee espresse nella Repubblica weimariana trascendono il loro immediato contesto. Sebbene le discussioni di Weimar non possano fornire risposte

<sup>4</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 268.

<sup>5</sup> Si veda in proposito R. Smend, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungstreit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Hemke et alia, Berlin, 1973, p. 579. Di quella lotta, Smend è uno dei combattenti che figura in prima linea, oltre a Schmitt, Leibholz, Kaufmann ed Heller.

<sup>6</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, 2005, pp. 47-49 e M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 137.

precise ai problemi attuali, sarebbe un errore non cogliere la loro rilevanza per la teoria giuridica e politica contemporanea. Circostanza, questa, pienamente affermata in Europa, come attestano le numerose pubblicazioni in italiano, in inglese e in tedesco sul pensiero politico di Weimar negli ultimi anni.<sup>7</sup>

Dunque, il dibattito tra questi grandi del pensiero giusfilosofico e giuspubblicistico weimariano, Schmitt, Kelsen e Smend, «ci ha consegnato categorie analitiche tendenzialmente universali e tuttora valide per la comprensione della crisi dei sistemi politici e costituzionali».<sup>8</sup> Gran parte dei temi discussi nelle teorie dei tre Autori sono i medesimi dell'attuale dibattito a livello giusfilosofico e giuspubblicistico, ragion per cui l'analisi della crisi costituzionale weimariana può facilitare la comprensione di quella contemporanea, mostrando i pericoli che corrono gli attuali sistemi democratici costituzionali.<sup>9</sup>

La letteratura sul laboratorio weimariano è copiosa, variegata e parla diverse lingue. Di certo, un'analisi profonda, attenta e meticolosa su Weimar si riscontra nella letteratura filosofica, giuridica e politica italiana. Non a caso, Weimar risulta studiata in Italia più che in Germania.<sup>10</sup> La ragione di ciò per certi aspetti è politica. Weimar è un mezzo della retorica antifascista, evocata per indicare una democrazia italiana minacciata da istanze reazionarie pronte a sfaldarla. Si parla, al riguardo, di «Repubblica assediata». Per altri aspetti, la spiegazione diventa costituzionalistica. Il dibattito su Weimar negli anni Settanta serve a stasare il confronto sulle riforme costituzionali. Allora, il paragone è servito e lo spettro di Weimar rievocato. La lentezza nelle risposte alla modernizzazione è giudicata come causa di delegittimazione della Carta fondamentale italiana.<sup>11</sup> Quindi Weimar è vista in senso negativo o come «un eroico e disperato tentativo di un gruppo di politici e intellettuali che riuscirono a mantenere in piedi un sistema democratico in Germania per quattordici anni, attaccati da destra come

---

<sup>7</sup> P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman, *Introduction to* Lid. (eds.), *From liberal democracy to fascism: legal and political in thought in the Weimar Republic*, Boston, 2000, pp. 8-9 e 15. «Ogni riflessione storica degna di questo nome è inevitabilmente ricerca nel passato di risposte a domande del presente» (A. Bolaffi, *Elogio di una repubblica «senza qualità»*, *Introduzione* a G.E. Rusconi - H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, Roma, 1999, p. 10). Osservare il fenomeno weimariano, individuare le cause della crisi e coglierne il valore onde trarne insegnamento è il compito di chi vuole rispondere ad una serie di questioni che attorniano l'alba e il crepuscolo di una repubblica democratica che ha scatenato un dibattito globale ancora oggi vivo.

<sup>8</sup> S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, cit., p. 21. Gli autori presi in esame sono i protagonisti di uno straordinario laboratorio politico-giuridico del Novecento, il cui durevole interesse «si situa nella centralità di quell'esperienza per spiegare il complesso rapporto società civile - istituzioni nelle odierne società di massa» (F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, 1994, p. 269).

<sup>9</sup> S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, cit., p. 15.

<sup>10</sup> «Conferenza su "Costituzione e identità culturale", tenuta all'Istituto di Studi sui sistemi regionali federali e sulle autonomie Massimo Severo Giannini, Roma, 7-9-10 giugno 2005. Cfr. P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006» (C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 21 in nota).

<sup>11</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 9.

da sinistra, dall'interno come dall'esterno». I costituenti weimariani sono ritenuti dei “professori” inidonei a fondare le istituzioni repubblicane sul consenso popolare. Tuttavia, Weimar può anche essere descritta come “laboratorio del costituzionalismo europeo” e non come “debole parentesi democratica tra autoritarismo prussiano e totalitarismo hitleriano”.<sup>12</sup>

La letteratura costituzionalistica spesso muove da una prospettiva comparatistica, occupandosi di elementi giuridici facenti capo sia alla situazione costituzionale di Weimar sia al relativo dibattito in Italia, in Germania e negli Stati Uniti d'America, che include il rapporto tra la *Weimarer Reichsverfassung* del 1919 e le costituzioni europee post-belliche, tra cui in particolare il *Grundgesetz* del 1949 e la Costituzione italiana del 1948. La letteratura di carattere prettamente giusfilosofica, invece, si concentra prevalentemente sui pensatori che ruotano attorno al periodo weimariano. In ogni caso, sia i costituzionalisti sia i filosofi del diritto per anni si sono occupati della nota polemica tra Schmitt e Kelsen, offrendone diverse interpretazioni, salvo poi scoprire lo stretto legame con le teorie dello Stato e della Costituzione di un folto gruppo di giuristi weimariani, in cui risaltano i nomi di Smend, Heller,<sup>13</sup> Leibholz, Kirchheimer e Neumann.<sup>14</sup>

La mole della letteratura tedesca sui dibattiti costituzionali e giusfilosofici nella Germania del Novecento è schiacciante. I classici del pensiero giusfilosofico sono studiati in particolare da giuristi e filosofi, ma anche da storici, politologi e sociologi. Annualmente sono rielaborati manuali di diritto pubblico che sintetizzano temi e teorie

---

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 10. Sul finire degli anni '70 del '900, a causa della grave crisi economica occorsa all'Occidente e all'Italia in particolare, con conseguenti effetti politici di rilievo, la giuspubblicistica italiana evoca la crisi di Weimar. Fatto, questo, riscontrabile anche ai giorni d'oggi, in seguito alla crisi economica mondiale che ha colpito soprattutto i Paesi del Sud Europa e ai tentativi di riforma costituzionale in atto. Qui, in particolare, l'eco weimariana torna a farsi sentire anche per l'aria di crisi istituzionale, costituzionale e di valori che si respira ormai da Tangentopoli, passando per il Berlusconismo, sino al Renzismo dell'ultim'ora e comunque al multipartitismo ancora in essere nel sistema politico italiano.

<sup>13</sup> Cfr. D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, 1997, lavoro che segue un modello di filosofia politica e giuridica chiamata da Harald J. Berman “Scienza giuridica integrativa” (Integrative Jurisprudence) che attrae la politica, l'etica e la storia, di cui si segnala una peculiare interpretazione del pensiero di Heller, la cui opera è considerata fruttuosa per il dibattito contemporaneo tra alcuni giuristi, quali Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Herbert L.A. Hart e John Rawls, la cui teoria giuridica è vista come la più idonea a tutelare e rifondare la democrazia contemporanea e la cui teoria socialdemocratica della legittimità dell'ordine giuridico è giudicata superiore alle teorie di Schmitt e Kelsen.

<sup>14</sup> Su Weimar e la sua crisi, da una prospettiva giusfilosofica e costituzionalistica, si vedano G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987, M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, London, 1997, P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman (eds.), *From liberal democracy to fascism*, cit., J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, 2000, C. Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik?: Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, 1991.

delle principali figure weimariane.<sup>15</sup> Ad ogni modo, i dibattiti degli anni di Weimar sono ancora altamente rilevanti per la cultura giuridica e politica della Repubblica federale tedesca.

La scienza giuridica anglosassone ha iniziato a mettere a fuoco le opere dei giuristi weimariani solo negli anni Novanta del secolo scorso. I problemi che i costituzionalisti weimariani hanno cercato di superare non sono sconosciuti agli studiosi di storia costituzionale statunitense. Il problema della sovranità popolare e la sua relazione con il diritto costituzionale, centrali nella disputa tra Schmitt e Kelsen, riappaiono regolarmente nei dibattiti negli USA sulla legittimità delle azioni governative, delle decisioni delle corti e del ruolo del governo federale nella politica statale. Smend ha ricevuto meno attenzione nel mondo anglosassone, nonostante la sua centralità nello sviluppo del diritto costituzionale tedesco e della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Per una trattazione concernente la crisi ed il retaggio dell'esperienza weimariana, esiste una sostanziosa e variegata produzione scientifica. In esse le costanti sono costituite dall'importanza e dalla attualità del fattore Weimar. Tuttavia, si fa notare come emergano due macro-orientamenti sul punto. Un primo ordine di pensiero sebbene facente capo a diversi campi scientifici (storia, filosofia del diritto, diritto costituzionale, scienza politica) è proteso alla ricerca di un punto archidemico da cui si possa comprendere e valutare in modo definitivo tutti insieme i fattori determinanti il crollo della prima Repubblica democratica tedesca, sino a farne un modello di crisi. Un secondo orientamento sempre di vario genere, come sopra specificato, tenta di ridiscutere con spirito nuovo, più libero e senza preoccupati pregiudizi la sua storia, riesaminando sotto un'angolatura differente anche le cause del suo fallimento. Ne discende, nello stato dell'arte in questione, un ricorrente processo analogico avente come costante la crisi di Weimar, per indicare una democrazia incapace di reggere alle sue tensioni interne di qualunque natura esse siano.

Dunque, la Repubblica di Weimar continua a essere oggetto di studi da parte di diverse discipline scientifiche, oltretutto di fervidi dibattiti politici, in quanto, in tale esperienza costituzionale si rinvergono le principali questioni del costituzionalismo europeo degli ultimi due secoli. Dagli anni Duemila, infatti, si registra nella letteratura

---

<sup>15</sup> La storiografia tedesca dal 1933 ai giorni d'oggi ha assunto posizioni diverse nell'arco di quattro epoche, senza raggiungere la popolarità sperata, ma ha delineato l'immagine della Repubblica di Weimar soprattutto nel sistema scolastico tedesco. Il nuovo interesse, le nuove interpretazioni e teorie puntano soprattutto su ricerche specifiche di settore riferendosi prevalentemente a predeterminati temi, fatti e aspetti del periodo weimariano. Per un'analisi delle posizioni e delle teorie della storiografia tedesca circa la Repubblica e la Costituzione weimariane in quattro epoche diverse successive al 1933 [1) il regime nazionalsocialista dal 1933 al 1945; 2) il regime comunista della Germania dell'est dal 1949 al 1989; 3) la Repubblica federale tedesca dal 1949 al 1989; 4) la Repubblica federale tedesca dopo il 1989], si veda B. Sösemann, *La Repubblica di Weimar e la sua Costituzione nella storiografia tedesca (1933-2009)*, F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 47-80.

italiana ed estera la tendenza ad affrontare la Repubblica di Weimar a livello giuridico, costituzionale, storico, politologico, sociologico ed economico, tentando un dialogo tra studiosi di vari campi scientifici.<sup>16</sup>

Tuttavia, ciò che ancora non si rinviene nello stato dell'arte *de quo* – e che invece la presente tesi costituisce – è un lavoro di ricerca orientato a saldare in un unico contributo scientifico i fatti con le idee propri del laboratorio Weimar, tramite un approccio interdisciplinare, sì da porre in relazione le teorie giuridico-filosofiche di tre giganti weimariani e il dibattito che ne è scaturito con il contesto storico, politico, costituzionale, istituzionale, culturale, economico e sociale della Repubblica di Weimar, e la relativa crisi costituzionale, la sua eredità e le sue lezioni, la cui analisi costituisca luogo di comprensione dell'attuale crisi delle democrazie costituzionali e momento di riflessione su adeguate soluzioni teoriche, andando a scorgere i pericoli per lo Stato costituzionale democratico. Un siffatto studio si configura, quindi, come un *Forschungsdesiderat* nel panorama giusfilosofico.

Pertanto, la struttura del presente lavoro di ricerca poggia su un'interazione fra ricostruzione storico-costituzionale, analisi teorico-costituzionale e riflessione giuridico-filosofica, coniugando diversi approcci scientifici (filosofia del diritto, diritto costituzionale, filosofia politica, storia costituzionale e teoria costituzionale).<sup>17</sup> La bibliografia dei tre filosofi del diritto risalente al periodo weimariano viene confrontata con la letteratura critica del caso per la presentazione delle loro teorie e per la riflessione sul relativo dibattito, mentre diverse fonti di storia, filosofia del diritto, teoria costituzionale e filosofia politica sono adoperate per l'analisi dell'esperienza weimariana e della crisi delle odierne democrazie costituzionali. Il linguaggio giuridico va integrandosi con quello filosofico, storico e politico.

Nel rappresentare l'importanza e l'attualità del laboratorio di Weimar viene sviluppata la trattazione dei temi dello Stato, dell'equilibrio dei poteri, della democrazia, del costituzionalismo, dei diritti fondamentali, del custode della costituzione, delle forme di governo e di stato e della crisi politico-costituzionale, muovendo dal contesto storico weimariano e sulla base delle teorie dei tre Autori scelti.

La tesi è articolata in cinque capitoli.

---

<sup>16</sup> Si veda per un puntuale contributo al riguardo, nella letteratura tedesca, C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten - "Weimar" als Argument nach 1945*, Baden Baden, 2003, in cui "l'argomento Weimar" è oggetto di analisi di varie discipline, dalla storia contemporanea a quella costituzionale, dal diritto all'economia, dalla politica alla filosofia, e nella letteratura italiana, C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., che muove dal laboratorio costituzionale weimariano per poi offrire i contributi di costituzionalisti, storici, politologi ed economisti, non mancando di raffrontare la grave crisi economica partita dagli Stati Uniti e tuttora presente nei Paesi meridionali dell'eurozona con la grande crisi economica e politica degli anni Trenta del Novecento, approfondendo in particolare la conseguente crisi politico-istituzionale italiana.

<sup>17</sup> «Ogni riflessione sullo sviluppo del diritto necessita, quindi, di conoscenza tecnica e di sensibilità storico-politica, doti che rimandano alla figura del giurista, rimarcandone la piena responsabilità del ruolo, della parola e degli scritti» [F. Riccobono, *Presentazione* a Id. (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Roma, 1991, p. IX].

Il primo capitolo presenta Weimar come un passo necessario verso la democrazia, per cui si ripercorre brevemente la storia della Repubblica weimariana, analizzandone gli aspetti principali – politico, costituzionale, istituzionale, culturale, economico. Tale disamina costituisce un solido sostegno alla comprensione del pensiero che Schmitt, Kelsen e Smend maturano nell’arco del periodo weimariano, oltretutto di quella che viene considerata un’esperienza costituzionale e politica di grande interesse teorico e pratico, in quanto caratterizzata da fattori che rivestono una portata generale, illuminata da squarci di assoluta modernità destinati a segnare profondamente la cultura mondiale e il costituzionalismo europeo. Particolare attenzione è dedicata alla Costituzione di Weimar del 1919, ricostruendone le origini e trattando nello specifico l’organizzazione dei poteri, l’equilibrio che ne scaturisce, i diritti fondamentali e la giustizia costituzionale, sino a delineare una panoramica dei giudizi forniti dalla letteratura critica.

I tre capitoli successivi sono dedicati rispettivamente a Schmitt, Kelsen e Smend, protagonisti del pensiero giusfilosofico del Novecento in aperta disputa tra loro durante il periodo weimariano in relazione a concetti quali Stato, Costituzione, diritto e politica, come dimostrano i frequenti riferimenti reciproci presenti nelle rispettive opere e il dialogo che essi mantengono aperto durante la ricerca delle soluzioni alla crisi di Weimar. Le loro teorie sviluppano temi tuttora discussi nell’attuale dibattito giusfilosofico e affrontano sfide che gli odierni Stati costituzionali democratici si trovano a fronteggiare a distanza di un secolo.

Comune a ciascuno dei tre capitoli è la presentazione di un introduttivo ampio profilo biografico e scientifico dell’Autore, delle teorie contenute nelle rispettive opere prevalentemente del periodo weimariano, dell’apparato concettuale *ivi* dispiegato, manifestando la fecondità giuridico-dogmatica delle relative proposte teoriche, non tralasciando di evidenziarne le differenze nelle reciproche invettive bibliografiche.

Specifico del secondo e del terzo capitolo è la trattazione del custode della Costituzione, un tema classico delle democrazie e del costituzionalismo moderno, in quanto rimanda inevitabilmente alla ormai nota *querelle* tra Schmitt e Kelsen. In una situazione politico-costituzionale critica, come quella degli ultimi anni di Weimar, è avvertita la necessità di un custode della Costituzione, per spiegare le ragioni della quale, ciascuno dei due giuristi fornisce una definizione del concetto di Costituzione, descrive le modalità attraverso le quali si sostanzia la relativa custodia, per poi individuare l’organo costituzionale più idoneo ad espletare tale funzione. L’indagine verterà sull’opportunità, sulla *ratio*, sui fini ultimi e sui risvolti pratici di tali proposte, cercando di delineare i confini che separano due modi diversi di intendere la garanzia della Costituzione come soluzione ai problemi costituzionali di uno Stato sull’onda della crisi e per conseguenza due organi diversi preposti alla funzione di custode della Costituzione.

Il secondo capitolo analizza la dottrina schmittiana del periodo weimariano, la quale affonda le proprie radici nell'humus di variegata esperienze filosofiche, cresce nel mondo empirico degli avvenimenti e nel 1931 dà vita a *Il custode della costituzione*, frutto maturo in cui è possibile snocciolare i concetti fondamentali della grande stagione intellettuale di Carl Schmitt – che ha il proprio nucleo concettuale in *Teologia politica* (1922), il proprio testo politico-costituzionale centrale in *Dottrina della costituzione* (1928) e in *Le categorie del politico* (1927) la propria sintesi. In particolare, *Il custode della costituzione* rappresenta la soluzione ad un nuovo problema per cui Schmitt utilizza, in parte, categorie di pensiero già elaborate durante gli anni Dieci e Venti, in quanto anche queste mirano a spiegare il fenomeno della crisi, *leitmotiv* delle idee del giurista in questione. Pertanto, si rende indispensabile leggere il testo del 1931 di Schmitt in sinergia con le sue precedenti prestazioni scientifiche, illustrando concetti chiave quali la dittatura, la sovranità, la decisione, lo stato d'eccezione, il parlamentarismo, il potere presidenziale e la costituzione su cui il giurista pone l'accento, per poi presentare la sua visione della situazione costituzionale weimariana ed esaminare le diverse forme risolutive della crisi di Weimar, sino ad analizzare la teoria sul custode della costituzione, in cui polemizza apertamente con Kelsen.

Il terzo capitolo prende in esame il pensiero di Kelsen elaborato nelle sue teorie, del diritto, della democrazia, della costituzione e del custode, dai primi anni Dieci del Novecento e lungo tutto l'arco temporale weimariano, alla luce delle critiche che gli vengono mosse da ogni parte e del raffronto con i suoi oppositori. Il nocciolo duro della produzione scientifica kelseniana è la sua teoria del diritto "pura", risultato di circa venticinque anni di studio segnati da almeno tre opere fondamentali (*Hauptprobleme* del 1911, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* del 1911 e *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* del 1931), di cui si offre una panoramica generale, e sistematizzata nella *Reine Rechtslehre* del 1934, la quale viene analizzata più nel dettaglio. A differenza della sua teoria giuridica che si evolve nel tempo, la concezione kelseniana della democrazia resta sostanzialmente identica nel tempo, come emerge dall'analisi della sua prolifica produzione scientifica sui temi riguardanti la democrazia durante il periodo weimariano, dal 1920 al 1933 (*Essenza e valore della democrazia* del 1920 e del 1929, *Il problema del parlamentarismo* del 1925, *Sociologia della democrazia* e *Democrazia* del 1926, *Difesa della democrazia* del 1932). Infine, si approfondisce la teoria sul custode della costituzione di Kelsen sulla base dello scritto *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* del 1928, stroncato da Schmitt nel 1929, e del saggio *Chi dev'essere il custode della costituzione?* del 1931 in cui l'autore ribatte alla proposta schmittiana.

Il quarto capitolo presenta l'apparato teorico di Smend, ne evidenzia i principali assunti metodologici e descrive la sua opera principale, *Costituzione e diritto costituzionale* del 1928, illustrando preliminarmente la sua concezione dello Stato e del politico e poi concentrandosi sulla sua "dottrina dell'integrazione", elaborata

inizialmente a partire dai suoi primi scritti, nel tentativo di formulare una teoria dello Stato e della costituzione in opposizione al positivismo giuridico. Da qui, la sua polemica nei confronti di Kelsen e della sua teoria pura del diritto, avvalorata dalla sua appartenenza alla *Kampfgemeinschaft* antipositivista e antiformalista. La trattazione dell'opera smendiana prosegue mettendo a fuoco il concetto dell'integrazione nella sua triplice accezione, la sua idea di costituzione, la sua concezione dei diritti fondamentali e gli elementi di diritto e giustizia costituzionale rinvenibili nella sua teoria. Inoltre, la principale fonte bibliografica di Smend viene talvolta sostenuta nel corso della dissertazione da due brevissimi contributi sulla dottrina dell'integrazione, chiarendone il contenuto, la collocazione storica e sistematica, riconoscendone limiti e carenze e descrivendo le relative prese di posizione nella letteratura in *Integrationslehre* del 1956 e specificandone la portata e i concetti in *Integration* del 1959, in cui peraltro evidenzia ancora una volta l'importanza di un'etica protestante del singolo nello Stato, quale mezzo principale di integrazione della vita politica. In chiusura, si completa il quadro della polemica tra Kelsen e Smend, tratteggiando il saggio di Kelsen *Lo Stato come integrazione* del 1930, una decisa risposta alla dottrina dell'integrazione smendiana, nonché un'apologia del proprio contributo alla scienza giuridica e della democrazia.

Il quinto capitolo, infine, che funge da conclusione dell'intero elaborato, verte sulla crisi di Weimar e sulla sua eredità. Pertanto, qui si individuano e spiegano le concause della crisi, si va a comprendere il ruolo svolto dalla cultura nella vicenda weimariana, si indicano le lezioni imparate e da imparare da Weimar, nel suo rapporto con Bonn e con l'Italia, e si puntualizza il dibattito tra Schmitt, Kelsen e Smend sullo sfondo della crisi weimariana, fornendo la loro visione della situazione politico-costituzionale della prima Repubblica democratica tedesca con cui essi si confrontano direttamente, evidenziando i pericoli corsi dalla democrazia costituzionale weimariana e offrendo il loro punto di vista sulla crisi di Weimar, cui tentano di rispondere con soluzioni teoriche diverse. Tutto ciò, con lo sguardo rivolto all'attuale dibattito giusfilosofico, che ancora studia molti dei temi discussi nelle teorie dei tre Autori e usa come paradigmi i fatti e le idee del laboratorio weimariano. In questo senso, l'ultimo paragrafo scorge ed analizza i pericoli per le odierne democrazie costituzionali.

## CAPITOLO I

### WEIMAR: UN PASSO NECESSARIO VERSO LA DEMOCRAZIA

«La vigilanza dei democratici di fronte a ciò che appare ineluttabile ha sempre una possibilità di successo; parafrasando Immanuel Kant: la democrazia non è per gli uomini uno stato di natura, essa deve essere conquistata giorno dopo giorno».<sup>18</sup>  
da Hagen Schulze, *La Repubblica di Weimar*

#### 1. Vita e morte di una Repubblica

Il concepimento della Repubblica weimariana avviene nell'incontro tra il «sostrato duraturo della monarchia costituzionale tedesca»<sup>19</sup> e il clima caotico in cui viveva una Germania schiantata dalla sconfitta militare. Per giungere ad analizzare l'architettura istituzionale su cui si reggeva la prima Repubblica democratica tedesca, occorre scavare nel terreno fertile della tradizione storica e giuridica in cui affondano le radici di un episodio cruciale del XX secolo. Siccome nulla si compie in un giorno solo, è necessario ripercorrere le tappe dell'iter che ha portato al traguardo repubblicano e – evitando un *regressus ad infinitum* – soffermarsi sui suoi punti nevralgici.

I principi del 1789, oltre a lasciare un imprinting al Paese che li vede nascere, interessano anche la Germania che con essi coltiva un rapporto ambiguo fino al 1848, anno in cui fallisce, nel marzo rivoluzionario, il tentativo di affermare la concezione liberale dello Stato di diritto. In quel mese il movimento sovversivo reclama l'unità nazionale e il riconoscimento delle libertà borghesi. Tra il maggio del 1848 e il maggio del 1849, nella *Paulskirche* di Francoforte sul Meno, si svolgono i lavori dell'Assemblea nazionale (*Nationalversammlung*) che dapprima approva la legge sui diritti umani fondamentali, poi si occupa dell'organizzazione costituzionale della Confederazione germanica. I liberali tedeschi sono costretti ad accettare un compromesso con il principio monarchico che tuteli i diritti degli individui nella società civile e a rinunciare, per il momento, al principio di legittimità democratico secondo cui il potere deriva dal popolo che deve esercitarlo per il tramite dei suoi rappresentanti organizzati nei Parlamenti. D'altronde a tale principio si oppongono sia quello monarchico (*monarchisches Prinzip*) sia quello della sovranità dello Stato (*Staatssouveränität*), volti entrambi a vanificare la sua portata rivoluzionaria. La

<sup>18</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bologna, 1987, p. 14.

<sup>19</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985, p. 33.

Costituzione di Francoforte del marzo del 1849 (risultato della seconda versione; la prima è respinta dal primo ministro austriaco Alfred von Windisch-Graetz) rispecchia i principi liberal-democratici del movimento rivoluzionario tedesco, ma evidenzia anche la sua fragilità politica. Questioni importanti, quali l'unità nazionale, il liberalismo, il parlamentarismo, si annodano senza trovare una soluzione immediata.

Nel 1871, invece, viene realizzato il progetto, a lungo agognato, della costruzione di uno Stato nazionale unitario ad opera del cancelliere della Prussia Otto von Bismark. Quest'ultimo appronta a grandi linee la Costituzione della Germania del Nord del 1866 che sarebbe poi diventata, con qualche aggiustamento, la Costituzione dell'Impero Tedesco del 1871 (*Reichsverfassung*)<sup>20</sup> che rende la Germania una monarchia costituzionale. La Costituzione imperiale rimane in vigore per quarantasette anni fino alla proclamazione della Repubblica seguita alla Rivoluzione del novembre del 1918.

Sarà il primo conflitto mondiale a spezzare gli equilibri del *Kaiserreich*<sup>21</sup> e a ridisegnare il quadro costituzionale della Germania. «Nel 1917», scrive Arno J. Mayer, «in tutta Europa le tensioni provocate dal prolungarsi del conflitto avevano ormai scosso e frantumato le fondamenta del vecchio ordine, che del conflitto era stato l'incubatrice».<sup>22</sup> La reazione politica del blocco liberal-conservatore ha scatenato la guerra, e nondimeno proprio questa, per la sua indole e per il suo esito, è la spinta al declino finale del vecchio regime d'Europa. È in questo contesto che, in concomitanza con la sconfitta degli imperi centrali, nasce la Repubblica di Weimar.<sup>23</sup>

La guerra, madre di tutte le cose (Eraclito), probabilmente lo è anche della democrazia tedesca. Lo è per certo secondo Heinrich August Winkler, il quale ascrive

---

<sup>20</sup> Cfr. *ivi*, p. 45: «Karl Marx (...) definì le istituzioni politiche guglielmine “un dispotismo militare, mascherato di forme parlamentari, mescolato con appendici feudali, influenzato già dalla borghesia, tenuto assieme da una burocrazia, difeso con metodi polizieschi”» e «quasi cinquanta anni dopo il Brunet non fu meno drastico ritenendole antidemocratiche, antiparlamentari e prussiano egemoniche, mentre Carl Schmitt, alle soglie degli anni Trenta, interpretava la Costituzione del 1871 come un compromesso instabile tra Monarchia e Democrazia, basato sulla mancanza di decisione». Lanchester rileva come tali giudizi evidenzino “elementi di verità antitetica” tali da spiegare la natura della evoluzione del *Reich* verso la “parlamentarizzazione” e la tutela operata dal vecchio ordinamento su quello weimariano (*ivi*, pp. 45-46). Per un breve confronto tra la *RV* del 1871 e la *WRV* del 1919, si veda A.J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Constitutional Crisis. The German and the American Experience, Introduction to Iid.* (eds.), *Weimar*, cit., pp. 8-14.

<sup>21</sup> Cfr. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 72, il quale ritiene ad ogni modo «sbagliato pensare che l'assetto della Germania guglielmina (così come l'aveva disegnato Bismarck) non soffrisse di forti contraddizioni e non fosse in grave crisi prima dello scoppio del conflitto mondiale. La scomparsa del Cancelliere di “ferro”, il ruolo incontrollabile del Sovrano, il peso sempre maggiore del partito socialdemocratico, (...) svilupparono, infatti, meccanismi esplosivi».

<sup>22</sup> La citazione, tratta da Arno J. Mayer, *The persistence of the Old Regime. Europe to the Great War*, New York, 1981, trad. it., di G. Ferrara, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima Guerra mondiale*, Roma-Bari, 1982, è riportata da S.G. Azzarà, *Pensare la rivoluzione conservatrice. Critica della democrazia e «grande politica» nella Repubblica di Weimar*, Napoli, 2000, p. 217.

<sup>23</sup> S. G. Azzarà, *Pensare la rivoluzione conservatrice*, cit., p. 217.

all'approvazione del 4 agosto 1914 dei crediti di guerra da parte della SPD l'inizio della collaborazione con i partiti del centro borghese.<sup>24</sup>

Nel luglio 1917 il Parlamento (*Reichstag*) ha di nuovo i crediti di guerra all'ordine del giorno. Ogni partito ha visto in ciò un dovere verso la patria, compresa la socialdemocrazia nella convinzione di combattere una guerra difensiva e con l'auspicio di vedere realizzate riforme di politica interna e sociale. Tuttavia i forti dissidi interni, la disperata situazione bellica e gli incerti scopi della guerra spingono i socialisti ad assoggettare il voto positivo circa i crediti di guerra ad un patto: *il Governo deve accettare la democratizzazione e la parlamentarizzazione del Reich*. Anche le direzioni degli altri partiti sono indotte alla riflessione. E così quattro frazioni parlamentari della socialdemocrazia maggioritaria, del Centro, del Partito popolare liberale e dei nazional-liberali – delineando i tratti della maggioranza parlamentare – si organizzano in una Commissione interfrazionale<sup>25</sup> per stabilire i comuni fini della pace di compromesso e delle riforme costituzionali e approntare una linea comune da seguire in Parlamento. Il 6 luglio 1917, sostiene Schulze, è la data di nascita della Repubblica di Weimar, della prima democrazia parlamentare tedesca, perché dei gruppi parlamentari, trovando «il coraggio della propria responsabilità e la forza di operare in modo organizzato»,<sup>26</sup> vanno a formare quel complesso di partiti che di lì a poco dovrà reggere la Repubblica. Il 19 dello stesso mese, il *Reichstag* accoglie la risoluzione di pace: il parlamentarismo comincia a prendere forma, ma è ancora lontano dal prendere piena fiducia in se stesso. Infatti, dopo lo scivolone pubblico del cancelliere Michaelis,<sup>27</sup> la Commissione interfrazionale ammette di non essere in grado di fornire il nome del successore; pertanto l'Imperatore, accordatosi con il Comando Supremo dell'Esercito (OHL), il 2

---

<sup>24</sup> H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma. Dalla Repubblica di Weimar alla lezione di Weimar*, in G.E. Rusconi-H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, cit., p. 56. «All'origine della prima democrazia tedesca c'è uno dei tanti paradossi che hanno contraddistinto la sua storia: perché la Germania potesse diventare una democrazia parlamentare era necessaria la scissione del movimento operaio di ispirazione marxista. Quando nel 1917 assieme agli oppositori dei crediti di guerra anche i marxisti dogmatici abbandonarono la socialdemocrazia, l'ala moderata di questo partito, quella formata dai cosiddetti socialdemocratici maggioritari, poté accettare il compromesso con le forze moderate del centro borghese che i sostenitori della lotta rivoluzionaria bollarono come un vero e proprio tradimento di classe. Senza il compromesso di classe tra l'ala moderata del movimento operaio e quella della borghesia non ci sarebbero state né la coalizione né la Costituzione di Weimar». (*Ivi*, p. 55). Sulla questione dell'anno a partire dal quale inizierebbe la storia di Weimar, cfr. M. Stibbe, *Germany, 1914-1933: Nie wieder Krieg*, UK, 2010; qui, lo storico fa notare come l'analisi delle varie teorie elaborate in funzione delle cause più immediate del fallimento weimariano, come il crollo di Wall Street e la Grande Depressione, spinga a considerare la storia di Weimar non solo in relazione agli anni 1918-1933, ma anche a quelli imperiali 1871-1918, sostenendo che l'anno 1914 sarebbe il suo reale punto di partenza. Ciò, senza suggerire una linea diretta di continuità che conduce dallo scoppio della prima guerra mondiale a Hitler, ma al fine di scoprire tutti i possibili risultati derivanti da forme non convenzionali di periodizzazione. (*ivi*, pp. 2-6).

<sup>25</sup> Si tratta di un comitato di coordinamento della nuova maggioranza parlamentare.

<sup>26</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 170.

<sup>27</sup> Definito «uomo di paglia dell'esercito», viene nominato cancelliere del *Reich* il 14 luglio 1917, dopo che l'Imperatore, dietro pressione dello Stato Maggiore, nelle persone di Hindenburg e di Ludendorff, licenzia Bethmann Hollweg. «Ormai il potere politico passava intieramente nelle mani dei generali e l'Imperatore finiva nell'ombra» (C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, Milano, 1970, p. 14).

novembre 1917 destina all'incarico il conte Hertling<sup>28</sup> che si dimostrerà un attore ambiguo sulla scena della parlamentarizzazione. Passerà quasi un anno prima che i partiti della maggioranza si decidano ad agire, ma la spinta decisiva ad assumersi la responsabilità politica arriverà, ironia della sorte, dal nemico più ostile alle riforme parlamentari e a una pace di compromesso: il generale Ludendorff. Ciò accade in conseguenza di un peggioramento drammatico della situazione.<sup>29</sup>

I militari spargono il segreto sulla reale vicenda bellica, tenendo all'oscuro sia l'opinione pubblica che la classe politica. Nel 1918 il generale prepara un'ultima offensiva soppiantata da quella degli Alleati alla fine di luglio che mette la Germania in ginocchio. Lo Stato Maggiore è inquieto, esita a rivelare l'immediata necessità di negoziare la pace, ma finalmente rende noto che l'esercito è allo stremo e non può più assicurare l'inviolabilità delle frontiere. Il Paese intero è sgomento; la guerra è perduta e la disfatta spazza via il regime imperiale che, dal 1914, è stato troppo intimamente legato al Comando Supremo dell'Esercito.<sup>30</sup>

Il 27 settembre Ludendorff palesa al cancelliere Hertling la gravità della situazione e chiede che, prima della consegna dell'istanza tedesca di armistizio da lui stesso invocato, sia formato un nuovo governo parlamentare – cosa mai verificatasi prima – sorretto dai partiti della maggioranza al *Reichstag*, perché egli sostiene che solo un governo rappresentativo, costituito sulla base di una maggioranza parlamentare può «riuscire a riscuotere presso gli Alleati il credito necessario ad ottenere una pace supportabile».<sup>31</sup> D'altra parte è chiaro come la sua richiesta sia finalizzata a scaricare ogni responsabilità sul Parlamento, comodo capro espiatorio. Ad ogni modo la sua decisione si rivela malaugurata perché la prima democrazia tedesca non nasce ad opera dei partiti e del Parlamento.<sup>32</sup>

A tal punto le dimissioni di Hertling, soggiogato dal Comando Supremo, sono nell'aria, ma i partiti, indotti dal generale a ricevere il potere, ancora una volta sono colti impreparati si da non designare alcun cancelliere. Alla fine il Presidente della

---

<sup>28</sup> Accetta il programma scritto dai quattro partiti della commissione interfrazionale e si rende disponibile a nominare uomini scelti dalla maggioranza parlamentare, ma già il 29 novembre 1917 manifesta chiaramente la sua riluttanza a procedere oltre nel processo di parlamentarizzazione, dichiarando di voler lasciare intatte le caratteristiche tradizionali della monarchia costituzionale. Per conseguenza il suo Governo non arriverà mai a delineare una forma di governo parlamentare propriamente detta, in quanto condizionato dal *Reichstag* e dal Comando Supremo (F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 176-178). H. Shulze è molto più duro di Lanchester nell'invettiva contro Hertling: «non era in grado né di tenere a freno il comando supremo delle forze armate, né di attuare la politica della risoluzione della pace: egli era in certo senso la personificazione dello stallo raggiunto nella politica interna» (H. Shulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 174); infine lo bolla come «uno strumento passivo nelle mani del comando supremo» (*Ivi*, p. 177).

<sup>29</sup> H. Shulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 168-175.

<sup>30</sup> C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 14-15.

<sup>31</sup> H. Shulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 176.

<sup>32</sup> *Ivi*, pp. 176-177. «La Repubblica non sorse per autolegittimazione, ma come scappatoia finale di uno stato maggiore in preda allo smarrimento. E la democrazia weimariana vedeva la luce nel momento più sciagurato, quello della sconfitta, alla quale sarebbero rimasti legati per sempre il suo sorgere e la sua ragion d'essere» (*Ivi*, p. 176).

Commissione interfrazionale designa il principe ereditario badese Max von Baden alla carica di cancelliere, nella speranza che questo agevoli i rapporti del nuovo governo con l'Imperatore e con il Comando Supremo. In mancanza di una candidatura alternativa, il 2 ottobre 1918, von Baden è nominato primo cancelliere parlamentare della storia tedesca.<sup>33</sup> La scelta del nuovo *Reichskanzler*, esponente di una tra le più liberali dinastie tedesche, è un segno rivelatore delle difficoltà nella “svolta” e dei forti influssi che il processo di completa parlamentarizzazione subisce dal passato e proietta anche sulla futura forma di governo. Lo stesso cancelliere ha sempre manifestato l'obiettivo di far rientrare le riforme nell'orbita della monarchia tedesca. Inoltre, i partiti della maggioranza non paiono totalmente uniti nel perseguimento della forma di governo parlamentare e l'apparato burocratico, ostile al sistema dei partiti che intaccherebbe inesorabilmente il suo potere tradizionale, vi procede con estrema cautela.<sup>34</sup>

La “svolta” avviene il 28 ottobre 1918 con l'approvazione di due leggi che modificano la Costituzione del 1871 con cui la Germania imperiale tenta «una tardiva parlamentarizzazione della sua forma di governo».<sup>35</sup> In sostanza: il Cancelliere deve avere la fiducia del *Reichstag* per dirigere gli affari e si assume la responsabilità degli atti che l'Imperatore compie nell'esercizio dei suoi diritti costituzionali; il potere dell'Imperatore viene precisamente circoscritto, in quanto le nomine, le destituzioni e le promozioni vanno controfirmate dal Cancelliere o, per sua delega, dal Ministro prussiano della guerra; la dichiarazione di guerra o la conclusione della pace richiedono l'approvazione del Parlamento e del Consiglio federale (*Bundesrat*).<sup>36</sup> Politica interna e politica estera non dipendono più dal Monarca, bensì da un governo sottoposto al controllo del Parlamento che rappresenta il popolo sovrano, come pure le questioni militari. «Con la “Costituzione di ottobre” la Germania si era trasformata da stato autoritario semi-assolutistico in una democrazia parlamentare: si trattava di una rivoluzione dall'alto, come tutti i mutamenti della storia prussiano-tedesca non strappata dal popolo bensì stabilita dai vertici dello Stato, e per di più sotto la costrizione della sconfitta, ma si trattava pur sempre di una rivoluzione».<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> *Ivi*, pp. 177-178.

<sup>34</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 189-190.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 184.

<sup>36</sup> Il Consiglio federale (*Bundesrat*) è l'organo previsto dalla Costituzione del 1871 in cui sono rappresentati i *Länder*. I suoi membri, espressione dei principati e delle città libere, bilanciano il peso del *Reichstag*, eletto a suffragio universale. Esso riveste un importante ruolo nell'ordinamento costituzionale dell'Impero in quanto tutte le leggi, lo scioglimento del Parlamento e le dichiarazioni di guerra, richiedono il suo consenso.

<sup>37</sup> H. Shulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 181; cfr., per un'opinione simile, l'eloquente analisi di Mortati: «La crisi interna che sopravviene quando il timore della sconfitta militare diviene certezza non è l'espressione di una maturazione di spiriti verso un ideale di rinnovamento, non è il risultato di un profondo esame di coscienza da parte del popolo, ma è ispirata nei ceti dirigenti dall'opinione di potere propiziare l'Intesa, nelle trattative di pace, mediante una verniciatura democratica dell'organizzazione statale» [C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, pp. 12-13]. Cfr., inoltre, il lucido giudizio di Hugo Preuss riportato da Lanchester: «la democratizzazione era stata improvvisata e

La chiave di volta di questa “abdicazione politica del vecchio ordinamento”<sup>38</sup> si trova nei quattordici punti del programma di pace che, l’8 gennaio 1918, il presidente americano Wilson rende noto al Congresso. Soddisfatta la condizione primaria per la stipulazione della pace (la creazione di un governo legittimato dal Parlamento), il 23 ottobre, dopo uno scambio di note col Presidente,<sup>39</sup> arriva la condizione definitiva dell’armistizio: la totale autoliquidazione militare della Germania che si vede costretta ad avviare un processo di democratizzazione delle istituzioni imperiali, a partire proprio dal 28 ottobre, giorno in cui si verifica una rivoluzionaria modifica della Costituzione, per mostrare al mondo (e in particolar modo a Wilson, in un disperato tentativo di *captatio benevolentiae*) il crollo dell’autocrazia prussiana.<sup>40</sup>

Ormai non resta che congedare il potere monarchico e militare per assecondare appieno il Presidente americano e sperare nel raggiungimento di una pace non troppo onerosa. Solo l’abdicazione di Guglielmo II può costituire la prova inconfutabile della autenticità della conversione tedesca alla democratizzazione. Il popolo avverte che senza imperatore è possibile ottenere una pace migliore. Il 9 novembre è il giorno che cambierà il volto della Germania. Fuggito da Berlino e rifugiatosi a Spa, Guglielmo II Hohenzolern annuncia la propria abdicazione: così giunge l’ingloriosa fine della monarchia, «una forma di governo già divenuta marcia».<sup>41</sup> Il cancelliere von Baden trasmette il proprio ufficio a Friedrich Ebert, capo della MSPD, con un atto incostituzionale,<sup>42</sup> perché senza l’approvazione della rappresentanza popolare né quella dell’imperatore ancora per poche ore in carica. Allora il socialdemocratico Philipp Scheidemann si presenta al balcone del *Reichstag* e al termine di un discorso infiammato grida al popolo la nascita della Repubblica tedesca.<sup>43</sup>

---

calata dall’alto. Preuss sottolineava la valenza dei condizionamenti sul processo di parlamentarizzazione, da cui avrebbe dovuto dipendere il futuro del Paese, ma soprattutto individuava la contraddizione fondamentale dell’intera manovra d’ottobre. Con la costituzione del governo von Baden si scambiava la parlamentarizzazione del regime e la forma di governo parlamentare con una situazione eccezionale; si scambiava (...) una corretta dialettica parlamentare tra maggioranza e opposizione per un governo di unità nazionale, tipico delle situazioni di emergenza» (F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 193).

<sup>38</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p.185.

<sup>39</sup> *Ivi*, pp. 192-193 in nota: nella prima nota di von Baden a Wilson, il Governo dichiara di accettare il programma americano e nella relativa risposta emerge la scarsa fiducia a trattare con un Governo ancora sottoposto al Kaiser e all’OHL; la seconda nota tedesca tende a fugare ogni dubbio del Presidente statunitense, mentre quella americana ricorda la necessità di annientare il potere militare della Germania; nella terza nota tedesca del 20 ottobre si sottolinea il salto di qualità realizzato con il nuovo Governo e infine la risposta del 23 ottobre manda definitivamente in crisi il regime imperiale, in quanto afferma che l’abdicazione del potere monarchico e militare è imprescindibile per l’apertura delle trattative.

<sup>40</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 180.

<sup>41</sup> *Ivi*, pp. 182-184.

<sup>42</sup> Cfr. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 197, in cui viene affermata l’atipicità della nomina di Ebert rispetto alla lettera della Costituzione, ma allo stesso tempo si sostiene che la soluzione al problema della forma del passaggio dei poteri sta nel fatto che, dopo l’abdicazione del Kaiser e la rinuncia alla successione del principe ereditario, la mancanza di un reggente abilita von Baden a investire il nuovo cancelliere. Lanchester pone la questione della continuità col regime imperiale, preservata formalmente nel momento in cui il vecchio cancelliere nomina il nuovo.

<sup>43</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 193-195. Scheidemann, invitato a parlare dalla folla, tiene un discorso improvvisato e lo termina anzitempo per prevenire Karl Liebknecht, capo della lega di

Due giorni dopo, l'11 novembre, il centrista Matthias Erzberger sottoscrive l'armistizio. «Al fronte, dopo la strage quadriennale, le armi tacevano; nel Reich, invece, si combatteva».<sup>44</sup> Difatti nei giorni precedenti ha inizio “la rivoluzione dal basso”<sup>45</sup> che parte da Kiel con l'ammutinamento dei marinai ribellatisi all'avventura insensata degli ufficiali e si espande a macchia d'olio nella gran parte del Paese, fino alla formazione dei Consigli degli operai e dei soldati<sup>46</sup> in tutte le regioni del *Reich*. Il 10 novembre, a Berlino, viene eletto un governo rivoluzionario chiamato “Consiglio dei Commissari del Popolo” (*Rat der Volksbeauftragten*), composto da tre membri della MSPD e tre della USPD, guidato da Ebert per la MSPD e da Hugo Haase per la USPD.<sup>47</sup> Il nuovo governo seppure è confermato dal Consiglio dei lavoratori e dei soldati di Berlino, verrà osteggiato dagli spartachisti, l'ala sinistra della USPD guidata da Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht. Fondamentale per la soluzione dei relativi sviluppi sarà il patto tra il generale Wilhelm Groener, successore di Ludendorff, ed Ebert: il Comando Supremo si impegna ad operare il ricovero dell'esercito in patria e il consolidamento del Governo; per contro il neo-cancelliere assicura che sia confermata l'autorità del corpo degli ufficiali e compresa quella dei Consigli dei soldati.<sup>48</sup>

Ebert chiede la convocazione di un Congresso nazionale dei Consigli e riesce a imporre rapide elezioni per un'Assemblea nazionale per dare vita ad una costituzione che instauri un sistema parlamentare. Dopo settimane difficili e a pochi giorni dalla sanguinosa conclusione dell'insurrezione berlinese, il 19 gennaio 1919 hanno luogo le elezioni dell'Assemblea nazionale costituente e, in un clima piuttosto disteso, i Consigli, ormai esautorati, cedono il passo ai partiti borghesi che preparano il loro rientro in campo. Il sistema elettorale maggioritario della Costituzione bismarkiana viene sostituito da quello proporzionale tale da realizzare una corrispondenza tra la composizione politica degli eletti e quella degli elettori; il minimo di età per votare passa da venticinque a venti anni e il suffragio, esteso a donne e soldati, diviene universale. Il risultato elettorale segna la vittoria dei partiti fautori della Repubblica, ossia SPD, *Zentrum* e DDP, evidenziando il consenso degli elettori al processo di parlamentarizzazione. Vincono le forze antiputschiste, antimonarchiche, repubblicane,

---

Spartaco, intenzionato a proclamare la Repubblica sovietica tedesca: «Il vecchio e il marcio, la monarchia, è crollato. Viva il nuovo! Viva la repubblica tedesca!». Al che Ebert, rosso di collera: «Tu non hai nessun diritto di proclamare la repubblica. Quel che sarà la Germania, o una repubblica o altro, lo deciderà un'assemblea costituente!». Le citazioni, tratte da Scheidemann, *Memorien*, II, pp. 313ss., sono riportate da H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 195.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 184.

<sup>45</sup> «La democrazia tedesca, anche se nata dalla sconfitta e con l'esercito nel ruolo di levatrice, ossia con la collaborazione di un suo vecchio avversario, aveva visto la luce, nell'ottobre 1918; quella che sarebbe passata alla storia come “rivoluzione di novembre” fu invece solo il risultato di una mancata spiegazione. Vi si arrivò perché la propaganda del governo aveva fatto cilecca: non riuscì a far sapere alla popolazione che una modifica della Costituzione di poche righe conteneva una rivoluzione pacifica» (*ivi*, p. 187).

<sup>46</sup> Per un'ampia trattazione sull'evoluzione dei Consigli degli operai e dei soldati, si veda A. Rosenberg, *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze, 1972, pp. 5-52.

<sup>47</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 195.

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 202.

parlamentari, democratiche. La via da seguire – secondo il parere della SPD – è quella che porta ad una maggioranza efficiente con i partiti borghesi democratici che consolidi sul piano costituzionale la Repubblica e ne sviluppi in senso democratico le strutture. Il 6 febbraio l'Assemblea nazionale si riunisce a Weimar, e non a Berlino, per molteplici ragioni: Ebert lega questa scelta alla tradizione classica della città che ha visto riflettere Goethe e Schiller, nonché alla considerazione che Wilson diffida di Berlino; per di più, in tal modo, si concede una certa soddisfazione agli Stati del sud, contrari alla preminenza della Prussia e di Berlino; ma la ragione fondamentale consiste nella sicurezza – la piccola città è isolata da un *Freikorps* di settemila uomini – e nella dotazione di locali adatti alle sedute (soltanto dopo l'adozione della Costituzione, nell'autunno 1919, l'Assemblea si stabilirà a Berlino, nei locali del *Reichstag*). L'11 febbraio, Ebert viene eletto Presidente della Repubblica (*Reichspräsident*). In ossequio alla "gramma Costituzione transitoria" nessun cancelliere, fino all'entrata in vigore della nuova Costituzione, entrerà in carica; v'è tuttavia un Presidente del Consiglio dei Ministri del *Reich*, nella persona di Scheidemann, che costituisce un governo di coalizione con lo *Zentrum* e con i democratici. Così si forma un nuovo governo del *Reich* (*Reichsregierung*), il primo esecutivo democraticamente legittimato della storia tedesca.<sup>49</sup>

Due sono gli obiettivi primari che incombono sull'Assemblea: firmare un trattato di pace con i vincitori ed elaborare e votare la Costituzione.

Il primo traguardo viene raggiunto con la firma del Ministro degli esteri Hermann Müller il 28 giugno 1919 a Versailles, accettando forzatamente pesanti riduzioni dell'esercito tedesco, ampie mutilazioni territoriali, ingenti pagamenti per le riparazioni e la clausola della Germania come unica responsabile dello scoppio della guerra; il trattato – visto come un diktat dei vincitori dalla maggioranza dei tedeschi – imponendo pesanti gravami economici, politici e psicologici e non tenendo sufficientemente conto della situazione e dello stato d'animo dei vinti, contribuirà a minare le fondamenta della giovane Repubblica galvanizzando il nazionalismo tedesco e a sviluppare il germe del conflitto che insanguinerà il mondo venti anni più tardi.<sup>50</sup>

Il secondo obiettivo è posto già il 14 novembre 1918 con la nomina di Hugo Preuss – noto professore, di tendenze liberali e democratiche, che si iscriverà al partito democratico tedesco – a Segretario di Stato agli interni da parte di Ebert che gli affida il compito di preparare un primo progetto di Costituzione. In tale scelta appare evidente l'intenzione di Ebert di cercare una copertura borghese alla rivoluzione di novembre per non mettere in allarme la borghesia.<sup>51</sup> La Costituzione dopo lunghe trattative durate sei

---

<sup>49</sup> Ivi, pp. 210-220; C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 20-29; R. Thalmann, *La repubblica di Weimar*, Napoli, 1995, pp. 15-26.

<sup>50</sup> R. Thalmann, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. 33-37.

<sup>51</sup> C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 31; cfr., per un'opinione simile, F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 205: «La nomina di Preuss costituiva (...) un ulteriore e significativo indice della

mesi, attraverso diverse fasi e vari abbozzi fino al testo definitivo, viene approvata il 31 luglio e promulgata l'11 agosto 1919 per entrare in vigore il 14 dello stesso mese.<sup>52</sup>

Con ciò l'Assemblea assolve il suo incarico istituzionale ed è matura per lo scioglimento, per fare insediare un *Reichstag* eletto secondo le nuove norme costituzionali; tuttavia i Presidenti dei partiti si accordano con il Governo per lasciare espletare ancora all'Assemblea gli affari in corso fino al momento giusto per indire le elezioni – che verranno celebrate solo il 6 giugno 1920, decretando una brusca caduta della SPD. Invero queste sono differite per impedire la prevedibile ascesa dei nemici della democrazia, i quali avrebbero sfruttato a loro vantaggio l'amarezza suscitata dal diktat di pace e dalle sue conseguenze: la maggioranza di governo non nutre più fiducia nell'appoggio del popolo.<sup>53</sup> «L'intima debolezza del governo del Reich, ammantata di argomentazioni liberali, costituiva la forza dell'opposizione di destra nuovamente risvegliatasi»<sup>54</sup> la quale non perde tempo ad addossare la responsabilità della sconfitta militare e della miseria soltanto ai partiti dominanti, per cercare di salire al vertice, ammaliando le masse. La disfatta in guerra, l'indigenza economica e la profonda umiliazione del trattato di pace sono più facilmente tollerabili se la turbata autocoscienza collettiva imputa i danni sofferti ad un capro espiatorio, ruolo che i nuovi detentori del potere si sono lasciati assegnare per non aver dimostrato alla popolazione la responsabilità dei veri colpevoli: l'Imperatore, il Governo imperiale del 1914, i militari.<sup>55</sup>

L'Assemblea nazionale ha tentato, appoggiandosi su una maggioranza democratica e liberale, di costruire le basi di un regime politico nuovo per la Germania, ma la situazione del Paese è disastrosa.

La democrazia tedesca è minacciata sia da destra sia da sinistra dall'aspirazione al potere di forti gruppi disposti a ricorrere a qualsiasi mezzo pur di eliminare la Repubblica. La questione fondamentale per il nuovo regime è l'essere capace di democraticità anche nello stato di eccezione.<sup>56</sup>

Ormai l'Assemblea, che non ha in alcun modo realizzato un consolidamento politico interno, è giunta al capolinea e le elezioni per il primo *Reichstag* repubblicano non sono più rinviabili. Il 6 giugno 1920, come prevedibile, i socialdemocratici sono sconfitti dai partiti estremisti, contrari al nuovo ordine costituzionale; i tre partiti della coalizione di Weimar, che hanno dato vita alla Repubblica, non riusciranno più a conseguire la maggioranza in Parlamento. Qui è collocato l'ordigno che farà esplodere la Repubblica, perché senza una maggioranza nel popolo e nel Parlamento riconoscentesi nelle regole democratiche, la neonata Repubblica è destinata a

---

subalternità istituzionale socialdemocratica che si connetteva con il desiderio di mantenere un relativo pluralismo all'intero della compagine governativa».

<sup>52</sup> *Ibidem*. L'analisi tecnica della Costituzione sarà operata nel secondo paragrafo di questo capitolo.

<sup>53</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 246.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 247.

<sup>55</sup> *Ivi*, pp. 248-249.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 266.

dissolversi. La maggior parte dei tedeschi, su cui si è rovesciata repentinamente la democrazia, si è stancata di essa dopo neanche un anno e mezzo e appare politicamente smarrita.<sup>57</sup>

I primi anni della Repubblica sono anni di crisi. Crisi politiche, di natura economica, finanziaria e monetaria, tentativi di putsch, il separatismo renano e bavarese squassano la giovane Repubblica fino alla fine del 1923. Il paese è profondamente lacerato e le forme di lotta politica a destra e a sinistra si stanno deteriorando. Per molti le conquiste della democrazia non contano più nulla, anche perché economicamente si sta peggio che prima della guerra.

Il 13 agosto 1923 le cose cambiano profondamente con la nomina a cancelliere di Gustav Stresemann, leader della DVP, il quale prova, e con successo, a far cessare gli scioperi e a riannodare il confronto con gli alleati vincitori. Dopo la breve esperienza come cancelliere, Stresemann è nominato Ministro degli Esteri – carica che ricoprirà per sei anni, fino alla sua morte – e con una serie di riforme e accordi internazionali riesce a rilanciare l'economia tedesca e a restituire in parte alla Germania il suo posto sulla scena diplomatica. In questo periodo è diffuso un certo ottimismo, e con esso un clima di relativa stabilità, ma più nell'immaginario dei contemporanei che nella realtà politica ed economica. Il fervore politico degli anni precedenti languisce, mentre si anima la disincantata politica del giorno per giorno. Sembra che i tedeschi comincino a prendere confidenza con la democrazia, ma alcuni avvenimenti si abbattono sulla Germania e rompono "l'idillio". Il più grave è la morte di Ebert, il 28 febbraio 1925.<sup>58</sup> Così il 12 maggio dello stesso anno, il Feldmaresciallo von Hindenburg – l'uomo più popolare della Germania, nonostante la sconfitta del 1918 e la Repubblica, che in un primo momento appare riluttante alla candidatura – presta il giuramento di fedeltà alla Costituzione e si insedia come Presidente del *Reich*.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> *Ivi*, pp. 269-270. Schulze sottolinea ciò che da sempre avviene in tema di legittimazione della classe politica da parte degli elettori le cui aspettative vengono disattese. «Per intere generazioni di cittadini tedeschi la politica era stata sinonimo di raggiungimento e conservazione della tranquillità e dell'ordine da parte di una competente autorità; il nuovo ordine si era dimostrato, sotto questo profilo, inservibile» (*ivi*, p. 270).

<sup>58</sup> «Il primo presidente della repubblica non aveva soltanto dato un contributo determinante alla sua nascita, e non l'aveva solo rappresentata, in certo senso incarnandola, ma aveva plasmato la sua realtà politica in momenti decisivi. (...) Nei momenti pericolosi egli non aveva esitato a fare uso dei suoi pieni poteri ai sensi dell'articolo 48 della Costituzione (...). Egli aveva già sperimentato abbondantemente tutti i mezzi dittatoriali, che sarebbero divenuti cosa di tutti i giorni durante la crisi della repubblica successiva al 1930; per metà del tempo intercorso tra 1920 e 1925 la Germania è stata governata con i pieni poteri del presidente della repubblica ma, a differenza di ciò che accadde più tardi, sempre allo scopo di proteggere la repubblica e di difenderla» (*ivi*, pp. 356-357).

<sup>59</sup> Fino al 1930 egli non fa mai uso dell'art. 48, tentando sempre di governare con maggioranze sostanziose e non violando mai la Costituzione; anche il passo falso del 30 gennaio 1933 – la nomina a cancelliere di Hitler – è finalizzato al raggiungimento di una maggioranza parlamentare. C'è tuttavia da aggiungere che Hindenburg è stato per tutta la sua vita un prodotto militare e la politica, la bagarre tra partiti e il meccanismo parlamentare sono per lui concetti lontani e incomprensibili (*ivi*, pp.361-362). Inoltre, durante la sua presidenza, si è rivelato fondamentale il sostegno di una ristretta cerchia di amici, la "camarilla", «che faceva conoscere al vecchio signore i desideri della burocrazia, della Reichswehr e dell'agricoltura, e cercava di guidarlo. Nelle democrazie parlamentari presenze personali di questo genere

Eppure ciò che la storia ricorda come “gli anni d’oro” della Repubblica di Weimar, grazie all’opera di uno dei politici più apprezzati del tempo,<sup>60</sup> non rappresenta la reale situazione tra il 1924 e il 1929: la stabilità di questi anni è apparente, in quanto nessuno dei veri problemi della Germania ha trovato soluzione. La permanente crisi istituzionalizzata del Parlamento, la formazione di governi avulsi dalle forze vive del Paese e una fragile situazione economica evidenziano la debolezza sottostante alla Repubblica che non può essere rinvigorita da solidi rapporti internazionali e da una buona, ma momentanea, congiuntura economica. Dunque, la crisi che inizia sul piano economico con il crac di Wall Street e prosegue sul piano politico con la caduta della grande coalizione del cancelliere Müller ha incontrato un terreno particolarmente favorevole.<sup>61</sup>

Alla fine del 1929, Hindenburg e la *Reichswehr* (Forza di difesa dello Stato)<sup>62</sup> si mettono alla ricerca di un uomo in grado di sostituire Müller. Il generale von Schleicher<sup>63</sup> punta l’attenzione su Brüning, esponente del Centro, che il 29 marzo 1930 viene nominato cancelliere.<sup>64</sup> Il suo scopo è il risanamento delle finanze pubbliche e per conseguirlo si servirà di qualsiasi mezzo straordinario – in effetti in tale situazione è possibile fare uso di tutti i mezzi costituzionali per il raggiungimento del suo fine. Così egli stesso annuncia che non esiterà a provocare lo scioglimento del *Reichstag* e a governare con i pieni poteri delle ordinanze d’urgenza consentite dall’articolo 48, se non troverà una maggioranza che lo sostenga. È questa la risposta di Brüning ad una situazione di emergenza scaturita dall’azione dei partiti e dalla crisi economica. La

---

sono normalmente di secondario interesse; ma quando al centro di esse c’è un uomo che possiede il potere costituzionale di cambiare governi a piacere, di sciogliere la rappresentanza popolare, di proclamare lo stato di emergenza e di sospendere i diritti fondamentali, allora le influenze personali su quest’uomo diventano, in caso di crisi, decisive. E le influenze personali che Hindenburg subì si sarebbero rivelate più tardi come il veleno mortale dell’ *ancien régime*, del quale la repubblica sarebbe alla fine morta» (Ivi, p. 363).

<sup>60</sup> Il «Times», in occasione della morte di Stesemann, scrive nell’editoriale: «*Stresemann did inestimable service to the German Republic; his work for Europe as a whole was almost as great*» (la citazione è tratta da H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 346).

<sup>61</sup> C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 76-77.

<sup>62</sup> Per un approfondimento sulla *Reichswehr*, si vedano E. Nolte, *La Repubblica di Weimar. Un’instabile democrazia fra Lenin e Hitler*, Milano, 2006, pp. 195-202 e W. Mulligan, *The Reichswehr and the Weimar Republic*, in A. McElligott (ed.), *Weimar Germany*, New York, 2009, pp. 78-101.

per una disamina della *Reichswehr* nella Repubblica di Weimar.

<sup>63</sup> La carriera di von Schleicher si è svolta nello Stato Maggiore; egli ha svolto funzioni di tramite tra la *Reichswehr* e il *Reichstag*, collocandosi al centro della vita politica e nel 1928, quando Gröner è nominato Ministro della Difesa, diventa il suo uomo di fiducia e poi Capo del gabinetto ministeriale della *Reichswehr*. Assume un ruolo determinante nelle trattative preliminari che portano alla formazione del gabinetto Brüning e salirà all’apice della carriera con la nomina a cancelliere nel novembre 1932 (C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp.81-82).

<sup>64</sup> Le ragioni di tale scelta sono molteplici: innanzitutto viene preferito un membro del Centro, partito stabile che ha partecipato a tutti i governi tedeschi, cerniera tra destra e sinistra e autentico partito dello Stato repubblicano senza gravi perdite elettorali; per di più Brüning è un esperto di finanza, conoscitore del linguaggio dei militari in quanto ufficiale al fronte, considerato uomo fidato e conservatore; da ultimo il suo nome è accostato a quello del Maggiore von Willisen, amico di Schleicher, che lo raccomanda caldamente (H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 390-391).

democrazia tedesca è giunta a un punto di svolta; il popolo reclama una guida autoritaria, ma soprattutto chiede di essere governato; la sfiducia nei partiti e nel Parlamento è tale che si comincia ad invocare chiarezza, comando, azioni decise e addirittura già si profila il concetto di “Führer”.<sup>65</sup>

Passando ai fatti, il Cancelliere, dopo aver trovato una debole maggioranza su alcune misure di risanamento, si vede respinta una proposta di legge; allora, tenendo fede alla sua “minaccia”, chiede al Presidente di emanare un’ordinanza d’emergenza col contenuto della proposta, eludendo il Parlamento; tuttavia quest’ultimo annulla l’ordinanza e inesorabilmente arriva lo scioglimento del *Reichstag* sulla base dell’art. 25. Così si dissolve l’ultimo *Reichstag* a maggioranza repubblicano-democratica della Repubblica di Weimar.<sup>66</sup>

Nulla di tutto ciò è contrario alla lettera della Costituzione; essa stessa consente simili capovolgimenti di fronte.<sup>67</sup> L’Assemblea nazionale nel 1919 dà vita ad una Costituzione confidando nella maturità democratica degli elettori e nella saggezza del principio dei “*checks and balances*”. Si pensa ad un sistema di equilibri, in cui Parlamento e supreme autorità sono i piatti della bilancia; Presidente del *Reich* ed Esecutivo sono controllati dal *Reichstag*. Tuttavia i pregi di tale sistema non sono colti: più gravi sono le crisi, più esteso diventa l’antiparlamentarismo tra partiti incapaci di formare governi efficienti. In tale situazione emerge una “Costituzione di riserva”: il Presidente può, in caso di vacanza del Parlamento, assumerne le funzioni, nominando e licenziando cancellieri e ministri, legiferando *ex* articolo 48 e mantenendo in vita tutte le funzioni statali. Il Parlamento, d’altronde, può sempre riappropriarsi delle prerogative costituzionali e von Hindenburg è favorevole a ridare il comando a un governo parlamentare con una maggioranza solida. Più che una democrazia parlamentare, pare sussista una “dittatura semiparlamentare delle ordinanze”, strada comunque meno pericolosa di altre, sulla quale Hindenburg e Brüning si incamminano.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> *Ivi*, pp. 392-393.

<sup>66</sup> *Ivi*, pp. 395-396.

<sup>67</sup> Cfr. A. Rosenberg, *Storia della Repubblica di Weimar*, cit., in cui lo storico berlinese non è dello stesso avviso di Schulze: «Il programma economico e finanziario che il cancelliere Brüning rese noto fu mandato in vigore dal presidente del Reich Hindenburg tramite un decreto di emergenza che, sebbene motivato con l’articolo 48 della costituzione, ne costituiva un’aperta violazione. Questo articolo si riferiva solo al caso di violenti disordini, non avendo mai pensato i costituenti di asservire la normale opera legislativa del Reichstag al diritto del presidente del Reich di emanare decreti di emergenza. Gli uomini della controrivoluzione tedesca sapevano assai bene che questa prassi non aveva nulla di comune con la costituzione», ma si era rivelata molto utile già nel 1923 e lo sarà per Brüning e i suoi colleghi di governo dal 1930 in poi (*ivi*, pp. 220-221). Rosenberg non taccia il 48 di incostituzionalità, quanto il suo uso straripante nel sostituire il normale potere legislativo con il quale si è di fatto giunti alla fine della Repubblica tedesca (*ivi*, p. 85).

<sup>68</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 396-397. Le intenzioni di Hindenburg sono chiare: in conformità al principio militare per cui è meglio una decisione sbagliata che nessuna, è fondamentale un governo popolare capace di agire e guidare lo Stato attraverso la crisi. Comprensibili, ma solo a posteriori, quelle di Brüning: legato al Presidente, mai semplice esecutore di ordini, il suo progetto è proiettato nel futuro e consiste nella trasformazione della Germania secondo un modello conservatore di Costituzione basato sulle istituzioni inglesi e bismarkiane; spera di ricevere i pieni poteri straordinari

Il clima in cui si svolgono le nuove elezioni è agghiacciante: il panorama politico appare squallido, la situazione economica mai così miserabile. La campagna elettorale è particolarmente agitata, ma il dato che salta agli occhi è il *modus operandi* della NSDAP<sup>69</sup> che gioca in termini di psicologia di massa, afferma la sua presenza, come nessun altro partito, in assemblee popolari, in dimostrazioni di strada, in pubblici contraddittori e la cui dichiarazione elettorale arriva al cuore dei tedeschi.<sup>70</sup> Il risultato delle elezioni dà ragione ad Hitler e scuote profondamente i responsabili politici in Germania e all'estero. L'unica via d'uscita dalla crisi è il ritorno alla formazione di una maggioranza parlamentare in grado di ricreare fiducia democratica, puntellando le misure del governo. Ma Brüning, incurante delle logiche parlamentari e lontano dai partiti, prosegue nella sua azione in politica estera per azzerare le riparazioni e si rende protagonista di manovre economiche impopolari in politica interna. Intanto nell'aprile 1932 Hindenburg viene rieletto *Reichspräsident*, battendo al secondo turno Hitler che rafforza comunque il suo partito. La situazione economica del Paese è disperata, il popolo insorge e i nazionalisti cominciano a farsi sentire. A questo punto "il cancelliere della fame" viene fatto cadere «a cento metri dal traguardo» – dirà Brüning di se stesso – a causa di un intrigo ideato da Schleicher, che consiglia ad Hindenburg l'allora sconosciuto Franz von Papen come successore, l'uomo adatto ai suoi progetti.<sup>71</sup>

Il nuovo "governo dei baroni" – otto ministri su undici sono nobili – non ha più nulla di repubblicano. Il suo compito è garantire la transizione fino a nuove elezioni che rendano possibile la formazione di un governo con una maggioranza in Parlamento. Così viene sciolto il Parlamento, ma il risultato delle elezioni del 31 luglio 1932 che rispecchia le condizioni del momento – miseria economica, disoccupazione di massa,

---

approvati dal Parlamento per slegarsi dal Presidente e realizzare la fusione del governo prussiano e di quello tedesco. Tutto ciò per mirare al suo fine ultimo: una pacifica reintroduzione della monarchia (*ivi*, pp. 397-399). Ma «se avesse compreso ciò che provava la gente, si sarebbe ben guardato dallo sciogliere il Reichstag e dal provocare nuove elezioni» (*ivi*, p. 399).

<sup>69</sup> Per una breve descrizione dei primi passi del nazionalsocialismo, a Monaco di Baviera, si veda A. Roveri, *Da Versailles a Hitler: Breve storia della Repubblica di Weimar (1919-1933)*, Milano, 1991, pp. 32-35; *ivi*, pp. 138-141, è possibile anche leggere il programma del partito nazista redatto nel 1920 da Drexler e Hitler, tradotto da *Der Aufstieg der Nsdap in Augenzeugenberichten*, in *Deutscher Taschenbuch Verlag*, Monaco di Baviera, 1974, pp. 108-112. Cfr., inoltre, E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., per la disamina del rapporto tra la Baviera e gli inizi della storia della NSDAP (pp. 106-112) e per un'analisi dettagliata della NSDAP come partito nazionale di massa (pp. 219-226). Mentre, per una breve analisi del rapporto tra nazismo e fascismo, si veda G. Mammarella, *La Germania da Adenauer a oggi*, Roma-Bari, 1979, pp. 27-31. Sull'ascesa del nazionalsocialismo al potere, si veda il sintetico contributo di A. Tyrell, *Der Aufstieg der NSDAP zur Macht*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, Bonn, 1967, pp. 467-483. Cfr., sempre sul potere acquisito dal partito nazionalsocialista, ma nello specifico «all'ombra della crisi economica mondiale», E. Kolb-D. Schumann, *Die Weimarer Republik*, München, 2013, pp. 112 ss.

<sup>70</sup> «Il movimento nazionalsocialista supererà con la sua vittoria il vecchio spirito di classe e di casta. Dal pregiudizio sociale corporativo e dalla demenza classista esso farà sorgere di nuovo un popolo. Esso porterà questo ad una ferrea determinazione. Esso supererà la democrazia e ripristinerà nei suoi diritti il prestigio della personalità». Manifesto della NSDAP del 10 settembre 1930 (H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 401).

<sup>71</sup> *Ivi*, pp. 427-457.

insicurezza politica, permanente agitazione della gente fomentata da una demagogia che riecheggia da più parti – non dà i risultati sperati: la NSDAP diventa il primo partito tedesco e il *Reichstag* con un multipartitismo esasperato è più ingestibile che mai. Nel frattempo Hitler reclama il cancellierato, in mancanza del quale rifiuta di sostenere il Governo, ma Hindenburg, reticente al “caporale boemo”, non accetta. Non c’è ancora una maggioranza capace di reggere alcun governo, sicché il *Reichstag* viene nuovamente sciolto e nuove elezioni vengono fissate con la speranza di ottenere una maggioranza stabile. Ma il 6 novembre, al termine delle votazioni quella maggioranza necessaria non viene a costituirsi; l’unica sorpresa è il regresso dei nazisti, il cui apporto è tuttavia ancora vitale per governare. Von Papen è costretto a trattare con i partiti, ma dopo un vano negoziato è per lui giunta l’ora delle dimissioni.<sup>72</sup>

Hindenburg ha il compito di nominare un nuovo cancelliere e nonostante l’industria tedesca preferisca von Papen, è disposto a designare Hitler alla condizione di ottenere la famosa maggioranza parlamentare. Hitler, invece, chiede di essere nominato cancelliere di un governo presidenziale come quelli di Brüning e Papen, al che il Presidente, nel presagire una dittatura di partito, non intende assumersi la responsabilità di contribuirvi e rifiuta la proposta; così ritorna da Papen per riconfermarlo. Quest’ultimo, forte null’altro che della fiducia di Hindenburg, sa che Hitler ha il favore delle masse e potrebbe di nuovo scalarlo in Parlamento, così dichiara di accettare a patto che il Presidente gli assicuri di adottare tutte le misure presidenziali atte a proteggere la Germania, cioè di evitare con atti dittatoriali la conquista nazionalsocialista del potere. Lo tentano misure assai incisive, quali la totale eliminazione del *Reichstag*, il divieto di tutti i partiti e ampie modifiche della Costituzione. Papen aspira ad una dittatura autoritaria. Ma in tutto ciò gli manca l’appoggio della *Reichswehr*: Schleicher ha già deciso di lasciar cadere Papen e non intende sostenere una politica senza il favore delle masse col rischio di una guerra civile. Proprio questo pericolo dissuade il Consiglio dei Ministri dal perorare la causa di Papen e induce Hindenburg a scegliere Schleicher.<sup>73</sup>

Il neo-cancelliere distende da subito l’atmosfera con alcune misure a favore dei lavoratori ma, nonostante le apparenze, la crisi politica non è affatto superata. Egli crede di averlo fatto provocando una scissione all’interno della NSDAP, turbata per non

---

<sup>72</sup> R. Thalmann, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 118-121. Dal 31 luglio del 1932 la situazione tedesca è descritta perfettamente con l’espressione “stato d’emergenza nazionale”. «Da quel momento Weimar non si poteva più salvare, se doveva trionfare la lettera della Costituzione sul suo spirito». Chi progetta lo stato d’emergenza del 30 agosto utilizza la crisi dello Stato per instaurare un regime autoritario e non di certo preservare il cuore della Costituzione. Le soluzioni discusse alla fine del 1932 non consentiranno l’uscita dalla crisi, ma l’ingresso definitivo dentro di essa (H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. 597).

<sup>73</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 476-479. «La caduta di Papen non fu affatto una fortuna per Schleicher. Il generale non voleva affatto diventare cancelliere; la sua vocazione era quella di tirare i fili dietro le quinte e di muovere i personaggi. Amava il potere, ma non quello che si esercita alla luce del sole. Ma non ci fu verso; Hindenburg volle Schleicher, e il generale ubbidì al feldmaresciallo generale» (*ivi*, p. 479).

essere riuscita ad avere il controllo del governo. Il generale spera di potersi alleare con l'ala sinistra del partito e formare una maggioranza con Georg Strasser, capo dell'organizzazione nazionale della NSDAP, che rompe pubblicamente con Hitler. Tuttavia la manovra fallisce perché il Führer riesce, con l'aiuto di Goering e di Goebbels a mantenere l'unità del partito e a superare la crisi finanziaria grazie ai finanziamenti che il banchiere Schroeder e l'industria pesante gli concedono, esortati da Papen. Schleicher vuole governare senza il *Reichstag* e modificare le attribuzioni dei ministri nel senso di un ritorno all'era guglielmina. La protesta è unanime. Del resto il piano viene scavalcato dagli avvenimenti: von Papen e Hitler si accordano per formare "un governo di coalizione" comprendente la NSDAP e la DNVP di Hugenberg. Schleicher a tal punto teme di perdere voti preziosi in Parlamento, così ne chiede lo scioglimento ad Hindenburg che stavolta però non lo asseconda. Il Cancelliere presenta le dimissioni, il Presidente affida a von Papen un mandato esplorativo.<sup>74</sup>

Hindenburg sebbene continui a non poter soffrire "quel caporale austriaco" – in questi termini il Presidente nomina Hitler – e disapprovi fortemente la violenza politica dei nazisti condivide, sia pure con riluttanza, la teoria di von Papen secondo cui, con il supporto popolare ai nazisti in declino, Hitler è facilmente controllabile come cancelliere. In ogni caso, nonostante la poca lucidità – Hindenburg è ormai un uomo vecchio e stanco e dipendente da coloro che lo circondano – un pensiero gli fa da guida: mai una violazione della Costituzione.<sup>75</sup> Violazione della Costituzione sarebbe ciò che Schleicher gli ha proposto e per cui è stato congedato o ciò che Papen ha precedentemente ideato e per questo non è stato reincaricato.<sup>76</sup>

In questa situazione le pretese di Hitler si abbassano: vuole la cancelleria, lo scioglimento del *Reichstag* e una rapida convocazione dei comizi elettorali. Papen è previsto come vice-cancelliere e come l'uomo che, in qualità di commissario del *Reich* per la Prussia, avrebbe in mano la polizia prussiana; la *Reichswehr* rimarrebbe in mani sicure. Le richieste nuove elezioni dimostrano che Hitler intende governare in forma parlamentare e quindi con una maggioranza su cui contare e nel pieno rispetto della Costituzione.<sup>77</sup> Hindenburg si scrolla così il peso della responsabilità del regime delle

<sup>74</sup> R. Thalmann, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 122-123.

<sup>75</sup> Quando il 12 maggio 1925 Hindenburg presta il giuramento di fedeltà alla Costituzione, mette nella dichiarazione una sorprendente energia sul carattere repubblicano e democratico della Costituzione e sulla sovranità popolare. Si è lasciato spingere dentro il palazzo del Presidente della Repubblica – è sempre stato un soldato – ma una volta entrato ha deciso di essere un buon presidente e da buon vecchio prussiano ha onorato il giuramento come un ordine di servizio di guerra (H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 360-361).

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 498.

<sup>77</sup> Hitler sfrutta appieno la Costituzione per demolire la democrazia weimariana. La carta della legalità risulta più vincente di quella della violenza, sorprendendo lo Stato di diritto, per la tutela del quale i suoi sostenitori avrebbero dovuto violare la lettera della Carta costituzionale, non prevedendo, questa, regole a salvaguardia della sua stessa validità. Non si supera lo stallo della Costituzione, salvaguardandone l'inviolabilità. Diviene, invece, necessario derogare a singoli articoli per vincere i nemici. Ad esempio, ignorando i voti di sfiducia meramente demolitori. Tuttavia, i governi Papen e Schleicher e i partiti democratici non adoperano il mezzo di tutela fornito da questa lieve violazione costituzionale. Vi si

ordinanze d'emergenza, sempre al limite dell'illegittimità costituzionale. Il Presidente, nonostante tutto, non è ancora convinto, ma gli basta un ultimo impulso per cedere: gli giunge la notizia, fallace, che Schleicher non si è rassegnato ed è pronto a tutto per riprendersi il potere. Dopo una lunga e dignitosa resistenza, il 30 gennaio 1933, Hindenburg nomina Hitler nuovo cancelliere della Repubblica di Weimar, una Repubblica con le ore contate. Il *Führer* presta il giuramento di fedeltà alla Repubblica che ha sempre combattuto e che liquiderà immediatamente. La sera di quel giorno nessuno nutre più alcun dubbio: la Repubblica di Weimar è morta.<sup>78</sup>

## 2. La Costituzione di Weimar del 1919

La democrazia – proclama il Ministro degli Interni Eduard David il 22 giugno 1919 all'Assemblea nazionale – in nessun altro posto come in Germania tanto coerentemente realizzata, è nel segno della nuova Costituzione la più democratica al mondo. I creatori della Costituzione di Weimar si sono ingegnati per dimostrare a tutto il mondo che i tedeschi hanno rotto con il passato. Nella premessa al suo progetto di costituzione, Hugo Preuss annuncia il concetto-guida della libera costituzione tedesca: *formare il popolo tedesco come nazione autodeterminantesi*, realizzando per la prima volta nella storia della Germania il principio *“il potere deriva dal popolo”*. La Costituzione di Weimar non è però soltanto il compimento dei sogni liberali di libertà

---

oppone ciò che Ernst Fraenkel chiama nel 1932 “feticismo costituzionale”. Non aver contraddetto la Costituzione al fine di salvarla ha di fatto consentito la consegna dello Stato a Hitler. Inoltre, l'ascesa al potere di Hitler non deriva necessariamente da precedenti sentenze elettorali, ma dalla posizione di supremazia assunta a livello partitico dal 31 luglio 1932 e confermata il 6 novembre dello stesso anno. Hitler raggiunge il cancellierato grazie agli intralazzi delle caste al potere e al seguito popolare. La maggioranza dei tedeschi compie una scelta. Una scelta contro Weimar (H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. 684 e 700).

<sup>78</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 498-501. Molti fanno risalire la “morte” della Repubblica di Weimar a date anteriori al 30 gennaio 1933 (si veda, ad esempio, *supra*, nota 67), tuttavia questa data, comunemente considerata come l'inizio della Germania Nazista e di conseguenza battezzata *Machtergreifung* (presa del potere) dalla propaganda nazista, segna di fatto la trasformazione della forma di stato repubblicana in dittatura. Il 23 marzo 1933, il Parlamento pianta gli ultimi chiodi nella bara della Repubblica di Weimar con l'approvazione della “Legge dei pieni poteri” (*Ermächtigungsgesetz*) che conferisce formalmente a Hitler il potere di governare per decreto, esautorando la forza normativa della Carta costituzionale del 1919, la quale non viene per altro abrogata. Alla morte di Hindenburg, il 2 agosto 1934, Hitler fonde assieme gli uffici di *Reichspräsident* e di *Reichskanzler*, reinsediandosi con il nuovo titolo di *Führer und Reichskanzler*; nel far ciò si serve incostituzionalmente dell'art. 51 WRV, il quale prevede che in caso di impedimento – e non di morte come in questo caso, per cui occorrono nuove elezioni presidenziali – il Presidente è sostituito dal Cancelliere, a meno che si tratti di impedimento prolungato, nel qual caso la supplenza è disciplinata con legge del *Reich*, la stessa che regola la supplenza in caso di scomparsa prematura, fino a nuove elezioni. Cfr., tra gli innumerevoli contributi sul tema, E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 249-257, per una prospettiva storico-politica della via al potere di Hitler. Mentre, sempre sul tema della caduta della Repubblica e, in particolare, sulla distruzione del sistema parlamentare come preludio di quello dittatoriale, si veda il breve contributo di M. Funke, *Republik im Untergang. Die Zerstörung des Parlamentarismus als Vorbereitung der Diktatur*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., pp. 505-532.

coltivati dal fallimento del Parlamento della *Paulskirche* del 1849 in poi, ma anche frutto della sconfitta militare e delle richieste avanzate dal Presidente Wilson in materia di garanzie costituzionali.<sup>79</sup> Eco, nel breve periodo, del dibattito articolatosi nell'arco della prima guerra mondiale e dei mesi di trapasso costituzionale travagliati da opzioni tanto divergenti l'una dall'altra, essa può essere considerata, nel lungo periodo, come la "rivincita di Francoforte" sulla soluzione monarchico-costituzionale del 1871 e come il decisivo sorpasso, sul piano dei diritti sociali, delle soluzioni elaborate dai liberali nel 1848.<sup>80</sup>

La nuova Carta costituzionale è accolta al suo arrivo quale modello di costituzione democratica, iniziatrice di una nuova forma razionalizzata di equilibrio tra i poteri e, come tale, fedelmente ricalcata dalle minori nazioni europee intente a ricercare nell'incerto primo dopoguerra – risonante di speranze in un umano affratellamento e ricolmo di fiducia nell'imminente era di libertà – le formule in grado di assicurare il pacifico autogoverno dei popoli reintegrati nelle unità nazionali e affrancati dall'autocrazia.<sup>81</sup>

### 2.1. Razionalizzazione costituzionale: la via tedesca alla democrazia fra tradizione guglielmina, identità tedesca e modernizzazione anglo-americana

Per comprendere in toto le ragioni della vicenda costituzionale tedesca, è necessario aver presente che lo stile di Weimar nasce prima della Repubblica, la quale si

---

<sup>79</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 103.

<sup>80</sup> Per una visione d'insieme della storia costituzionale weimariana ed un'analisi completa della WRV, si vedano i seguenti ineludibili riferimenti bibliografici: la monumentale ricostruzione di E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, VI, Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1993; Id., *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, III, Stuttgart, 1966, ove è presente anche il testo completo della Costituzione (*Ivi*, pp. 129-156); C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997, in cui il costituzionalista tedesco affronta la storia politica della Repubblica, l'iter costituzionale verso l'approvazione della Costituzione e lo sviluppo, l'interpretazione e l'analisi dettagliata del testo, non tanto seguendone pedissequamente la struttura, quanto concentrandosi sui suoi temi cruciali, sotto un punto di vista giuridico-politico, e offrendo una trattazione della Repubblica di Weimar come una sezione indipendente della storia costituzionale tedesca, anche a prescindere dal suo fallimento e dal paragone della WRV del 1919 con la GG del 1949. Inoltre, per una trattazione sintetica della storia costituzionale weimariana, si vedano i seguenti contributi: M. Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte - Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*, Berlin-Heidelberg, 2008, pp. 581-623, ove la storia costituzionale tedesca – "storia delle costituzioni o di diritto costituzionale", una disciplina situata nella zona di frontiera tra la scienza giuridica e la scienza della storia, in quanto costituisce un incrocio delle due – è ancora trattata come una sfida scientifica, fondamentale per l'auto-comprensione, in particolare, dei giuristi moderni; W. Pauly, *Die Stellung der Weimarer Reichsverfassung in der Deutschen Verfassungsgeschichte*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, Tübingen, 1999, pp. 1-22.

<sup>81</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 7.

è limitata a liberare quanto già c'era. Occorre recuperare la polemica sul nesso continuità-rottura fra *Reich* guglielmino e Repubblica di Weimar.<sup>82</sup>

Per secoli la monarchia prussiana è stata “l’istituzione delle istituzioni” e per quasi cinquanta anni ha retto le sorti di una Germania unita; dall’esilio dell’ultimo *Kaiser*, in un Paese costernato dalla sconfitta militare, si avverte la necessità di un mutamento istituzionale per lasciarsi alle spalle un’esperienza storica ormai esaurita, ma che lascia un lungo strascico di problemi politici e costituzionali, gli stessi che proprio la monarchia per decenni ha liquidato con una soluzione di compromesso: quello nazionale relativo all’unificazione politica, quello costituzionale inerente all’organizzazione dei poteri statali e quello sociale. In particolare si tratta delle questioni circa la creazione di uno Stato tedesco a struttura federale riguardanti sia la forma di Stato (se monarchico-costituzionale o repubblicana) sia la forma di governo, la posizione e i poteri del Parlamento e i rapporti tra Impero e Stati membri con i rispettivi ambiti di competenza e di autonomia politica. Per conseguenza i costituenti a Weimar, depositari della lunga vicenda i cui episodi salienti risalgono ai dibattiti della *Paulskirche* e alle costituzioni bismarkiane del *Norddeutscher Bund* e del *Kaiserreich*, seguono sentieri in parte noti alla ricerca di nuove soluzioni per vecchi problemi. In ciò le forze democratiche, seppure agevolate dalla scomparsa della monarchia e dalla smilitarizzazione, si imbattono più volte nei partiti conservatori, il cui obiettivo dichiarato consiste nel salvaguardare le istituzioni dell’impero guglielmino.<sup>83</sup> Perciò, «nata dalle ceneri ancora ardenti del recente passato, la nuova Costituzione [ha] un carattere più transitorio che di aperta rottura» e difatti incarna un Paese che, «con scarsi mezzi e laceranti contrasti al suo interno, [sta] imboccando le vie della democrazia più per necessità coatta che per autentica vocazione».<sup>84</sup>

L’esperimento weimariano, che consiste nel passaggio alla democrazia e ad una forma di governo presidenzial-parlamentare, non si realizza dunque per l’effettivo superamento del vecchio sistema di potere, quanto per la necessità di fare i conti col suo retaggio e con una situazione storica emergenziale.<sup>85</sup> Alla fine del 1918, democrazia e parlamentarizzazione sono traguardi che la Germania deve raggiungere in fretta, in quanto pressata in modo asfissiante dalla crisi interna: si impone alla società tedesca “un salto di qualità” da compiere rapidamente, su basi, tuttavia, ancora da accertare. Ma già in seno all’Assemblea nazionale, nonostante vi sia il progetto di adeguare i rapporti

---

<sup>82</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 1-3. Sul tema della continuità di Weimar, cfr. D.J.K. Peukert, *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica*, Torino, 1996, pp. 15-31, ove lo storico colloca la Repubblica di Weimar nella continuità della storia tedesca, non reputandola un caso particolarmente eccezionale rispetto a quella di altri Stati europei occidentali.

<sup>83</sup> C. Tommasi, *Dal «Kaiserreich» a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss*, in G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987, pp. 208-209.

<sup>84</sup> *Ivi*, pp. 209-210.

<sup>85</sup> *Ivi*, p. 210.

istituzionali alla nuova realtà del Paese, non v'è l'intenzione di dare un taglio netto col passato, né di cambiare profondamente il volto dello Stato tedesco.<sup>86</sup>

Più tardi, molti giuristi, tra cui Gerhard Anschütz e Richard Thoma, faranno propria la tesi della “continuità del popolo tedesco”, in modo da rendere manifesta la persistenza di un fondamento comune agli ordinamenti del 1871 e del 1919, nonché la continuità dell'Impero, malgrado l'avvenuto mutamento costituzionale e fornire una legittimazione allo sviluppo in corso. In ogni caso la Costituzione di Weimar nasce da un accordo tra nuovi contraenti, volto a garantire, nella forma di un sistema democratico difensivo, il conseguimento di obiettivi immediati, quali la lotta al bolscevismo e la pace sociale. Da qui gli elementi di continuità: l'impiego dell'esercito per assicurare la sicurezza intestina; la necessità di porre su base plebiscitaria l'istituto presidenziale, in analogia alla monarchia, destinato a diventare arbitro del pluralismo (e secondo alcuni, “custode della Costituzione”) e ad impersonare l'unità del paese; il carattere transitorio della Costituzione e la sua natura compromissoria che, in parallelo all'ordinamento bismarckiano, procrastina la lotta fra i contraenti richiamandosi alla solidarietà nazionale. Per certi aspetti si può ritenere – in accordo con Michael Stürmer – che l'ordinamento weimariano presenti lo stesso dualismo del vecchio Impero, verso un parlamentarismo liberal-democratico da un lato e verso una monarchia plebiscitaria, come soluzione di ripiego, dall'altro: “un compromesso di formula” che vede la realizzazione di un sistema parlamentare in caso di “bel tempo” e di una semidittatura cesaristica contro il “maltempo”. Per altri aspetti, invece, è bene sottolineare che i problemi costituzionali del 1919, per quanto simili a quelli del 1867 e del 1871, sono inseriti in una cornice sociale, economica e politica decisamente mutata. Dunque i costituenti di Weimar tentano un cambio di rotta, forzato dall'impossibilità di un ritorno alla situazione prebellica e dalla necessità di evitare pericolosi dirottamenti (ad opera dei partiti estremisti): sperimentano il passaggio alla democrazia parlamentare con vari mezzi ed espedienti, alla lunga, inefficaci.<sup>87</sup>

Già nell'agosto del 1919, Max Cohen, esponente dell'USPD, in un articolo del «*Sozialistische Monatshefte*», intitolato «*Es ist nicht viel geschehen*» (non è successo molto – per significare che non è cambiato tanto con la nuova Costituzione) dichiara di vedere «nella Costituzione di Weimar solo la realizzazione del vecchio ordine monarchico in una nuova veste democratica». In altri termini, Cohen sostiene che vivere

---

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 269. A tal proposito basti il rinvio al discorso di Hugo Preuss del 24 febbraio 1919 a fondamento del terzo progetto di Costituzione: la formula “repubblica tedesca” sarebbe stata più consona ad esprimere il contenuto democratico della nuova Costituzione rispetto all'alternativa “Reich tedesco”; tuttavia «la parola, l'idea, il principio del Reich, hanno per il nostro popolo un valore affettivo così profondamente radicato, che non possiamo prenderci la responsabilità di eliminarne il nome. Ad esso sono legate tradizioni secolari e l'anelito del popolo tedesco frantumato, che cerca di pervenire all'unificazione nazionale. Senza motivo né scopo, noi offenderemmo dei sentimenti diffusi in ampie cerchie di popolazione, se prendessimo le distanze da questo termine, rappresentativo di un'unità raggiunta a fatica e realizzata a prezzo di tante sofferenze e delusioni» (la citazione è tratta *ibidem* in nota).

<sup>87</sup> *Ivi*, pp. 270-273.

in una Repubblica tedesca che comprende diversi Paesi sotto una Costituzione sia un dato meramente formale. Sostanzialmente, non è cambiato tanto rispetto al recente passato, salvo la rimozione della monarchia. Il vecchio sistema non è radicalmente mutato, né nella materia né nello spirito, perché è pur sempre il vecchio meccanismo di gestione a funzionare, il che è tutt'altro che rassicurante per la democrazia. In sintesi, per Cohen, «*Das Wesen dieser Verfassung ist Unentschlossenheit*» (l'essenza di questa Costituzione è indecisione). Il suo simbolo è l'art. 3: «La bandiera del *Reich* è nero-rosso-oro. La bandiera mercantile è nero-bianco-rosso, con i colori del *Reich* nell'angolo superiore interno». Cioè, la democrazia tedesca “nero-rosso-oro” esiste solo idealmente. Nei fatti, in Germania, rimane il vecchio “nero-bianco-rosso”.<sup>88</sup>

Nonostante i punti di contatto con la *Verfassung* del 1871 – dalla natura altamente compromissoria – stavolta a darsi una Costituzione non è una federazione di principi sovrani, bensì il popolo tedesco attraverso il suo Parlamento liberamente eletto, come si evince nel preambolo della Costituzione del 1919:

Il popolo tedesco, unito nelle sue stirpi, ed animato dalla volontà di rinnovare e rafforzare, in libertà e giustizia, il suo *Reich*, di servire la causa della pace interna ed internazionale e di promuovere il progresso sociale, si è data questa costituzione.<sup>89</sup>

Per tradizione, le costituzioni democratiche sogliono contenere dichiarazioni di sublimi principi e nobili declamazioni (a Bismark, invece, a differenza dei democratici del 1919, pare chiaro come una costituzione scritta costituisca una porzione di potere reale). Nella “repubblica degli spiriti liberali”, già nel periodo prebellico, il nucleo duro dei giuristi, rompendo con la vecchia scuola, apre una discussione costituzionale sul dilemma della Germania – paese con una struttura politica anacronistica rispetto all'evoluto occidente europeo – evidenziando acutamente le contraddizioni del diritto imperiale.<sup>90</sup>

La Repubblica di Weimar è un esperimento di “razionalizzazione costituzionale” diretto a rigenerare il passato tramite la creazione di un sistema democratico conforme alla storia costituzionale e alla realtà politica tedesche. Si parla, al riguardo, della “via tedesca” verso la democrazia costituzionale e la società di massa, incrociatasi con altre vie occidentali. I costituenti si imbattono, dunque, in due questioni cruciali della civiltà costituzionale tedesca: il rapporto con il retaggio del romanticismo giuridico e la legittimazione rispetto alla storia tedesca, alle altre democrazie occidentali e alle istanze di diverse classi sociali. Weimar è quindi l'emblema della transizione costituzionale della Germania, come del costituzionalismo europeo del Novecento. Trattasi di un tentativo di passare dallo Stato liberale classico a quello liberale democratico e da

---

<sup>88</sup> J. Trützschler, *Die Weimarer Republik*, Schwalbach, 2011, p. 74, ove è riportato parzialmente l'articolo tratto da *Sozialistische Monatshefte*, 25. Jg., Bd. 53, 25.8.1919, pp. 773 ss.

<sup>89</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 87.

<sup>90</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 106.

questo a quello democratico-costituzionale: «dalla democrazia formale della società liberale alla democrazia sostanziale della società di massa».<sup>91</sup>

Secondo l'insegnamento degli altri sistemi democratici europei, un sistema in crisi si auto legittima tramite la democratizzazione. A Weimar si scorge una sfida alle classiche democrazie liberali. In concorrenza con le altre esperienze democratiche, ma totalmente contraria rispetto a quella bolscevica, Weimar deve fare i conti sin dall'inizio con una crisi politica antidemocratica e filocomunista. Illuminanti le parole di Troeltsch sul tema: Weimar è «un principio antirivoluzionario, ordinatore, opposto alla dittatura del proletariato».<sup>92</sup>

Il fine è democratizzare, trasformare lo Stato liberale in interclassista per rinsaldarlo: una vera rivoluzione nella Germania di quegli anni. Inevitabile, infatti, è lo scontro con ideologie reazionarie e un sistema di potere difficilmente indirizzabile alla via democratica. I padri della Costituzione sono al bivio tra la strada autoritaria e quella rivoluzionaria, volendo in ogni caso tagliare il traguardo democratico costituzionale.<sup>93</sup>

Tale compromesso insito nella Costituzione è funzionale alla salvaguardia dell'unità nazionale, minata dalla disgregazione dopo la sconfitta e la fine dell'Impero. Perciò, occorre razionalizzare i conseguenti conflitti tra le parti sociali e culturali tedesche. La stessa domanda di democrazia deve essere costituzionalizzata e indirizzata verso la garanzia della nazionalità e dell'unitarietà dello Stato. La sovranità popolare, l'organizzazione pluralistica statale e il controllo di costituzionalità sono i principi innovativi previsti dai costituenti per soddisfare le diverse istanze delle classi sociali e al contempo rafforzare la nazione. Davanti alle minacce derivanti dalla società di massa, l'unica via per giungere alla democrazia sembra essere quella della razionalizzazione costituzionale e del pluralismo politico-culturale.<sup>94</sup>

Inoltre, è il caso di ricordare ancora una volta il ruolo fondamentale ricoperto dalla tradizione giuridica anglo-americana, mescolatasi con quella euro-tedesca, nel mondo weimariano. La Repubblica è figlia della giuspubblicistica tedesca, ma cresce con il principio anglo-americano del primato dei diritti sulla legislazione. Lo Stato nazionale assume un ruolo centrale, come la società nella protezione e nella promozione dei diritti sociali e fondamentali. Le leggi internazionali sono riconosciute, tanto quanto il principio di sovranità. La tutela negativa dei diritti è accompagnata dal richiamo ai doveri del cittadino.<sup>95</sup> Si rielabora in termini euro-continentali la cultura democratica anglo-americana fondata sui diritti fondamentali. La democrazia weimariana è legata all'esperienza europea, ma lontana da quella giacobina, avendo come punto di

---

<sup>91</sup> C. Sbaillò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 31-32.

<sup>92</sup> *Ivi*, pp. 32-33. La citazione, tratta da E. Troeltsch, *La democrazia improvvisata. La Germania dal 1918 al 1922*, Napoli, 1977, p. 34, è riportata *ibidem*.

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>94</sup> *Ivi*, pp. 34-35.

<sup>95</sup> Per un approfondimento sui doveri del cittadino nella WRV, si veda M. Haedrich, *Grundpflichten in der Weimarer Verfassung und Möglichkeiten ihrer Fortschreibung heute*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung Jahre*, cit., pp. 179-206.

riferimento la Costituzione. Fatto dimostrato dalla previsione di limitare e razionalizzare l'esercizio della sovranità popolare.<sup>96</sup>

Ad esempio, il controllo di legittimità costituzionale delle leggi e l'elezione diretta del Presidente della Repubblica per evitare la dittatura della maggioranza sono dati dalla fusione di tradizione giuspositivistica tedesca e garanzia costituzionale anglo-americana. L'istanza di razionalizzazione che irradia l'intera opera costituzionale segue il paradigma della sovranità, nel tentativo di una *reductio ad unum*.<sup>97</sup>

Già in seguito al primo conflitto mondiale, nel periodo delle trattative di Versailles, Ernst Troeltsch si interroga sulla necessità o meno dell'accettazione incondizionata delle richieste americane per la salvaguardia del mondo occidentale europeo.<sup>98</sup>

Ci si chiede se sia possibile ereditare i principi illuministi e svilupparsi in campo tecnologico e sociale, conservando la specificità germanica. La *Sekurität* (sicurezza) imperial-guglielmina, contrassegnata dall'unione tra modernizzazione e salvaguardia della *Kultur* (cultura) germanica, viene a mancare con la sconfitta in guerra. Allora, sembra obbligata la via già intrapresa dalle altre democrazie occidentali, la quale, tuttavia, potrebbe portare anche allo «smarrimento dello spirito tedesco», alla «perdita di identità della Germania», importando il «modello americano senza la storia e la cultura degli Stati Uniti».<sup>99</sup>

Da qui, la terza via tedesca (*Sonderweg*) alla democratizzazione, alternativa all'Occidente liberale e borghese e all'Oriente zarista e marxista-leninista, che si rivelerà un problema cruciale per le sorti della Repubblica, «il problema della versione tedesca della civiltà della “tecnica”».<sup>100</sup>

La via tedesca alla democrazia prefigura per molti la distruzione dello Stato tedesco, per timore di una americanizzazione della Germania, con conseguente istanza di ritorno ad un'identità germanica. Weimar pare perdere in partenza, almeno secondo

<sup>96</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 47.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 91. Il testo giuridico non si traduce chiaramente nella realtà politica, sempre a causa della debolezza del patto costituzionale. Il Legislatore cerca l'*absolvens* al fine di battere il pluralismo istituzionale. Ciò che va considerato non tanto la causa della rottura degli accordi costituzionali, quanto l'espressione della sua crisi embrionale. Weimar punta sul principio di sovranità, lasciando solo al secondo dopoguerra l'affermazione del principio della centralità del diritto. Tale aporia, evidenziata da Carl Schmitt, proviene dal concetto Stato-persona, figlio della cultura giuridica tedesca del XIX secolo. La neutralità della legge manifesta la neutralizzazione del potere sovrano nei confronti di ogni contenuto di valore (*ivi*, p. 92). Dalla complessità dei meccanismi costituzionali emerge un forte pessimismo nei confronti dei conflitti politici, costituzionali, ideologici e territoriali. Ci si muove nel formalismo, in virtù di una razionalizzazione della cosa pubblica idonea ad impedire i contrasti lesivi dell'ordine statale. Per tale ragione, la Costituzione come dato positivo, testo scritto, primeggia su tutto, compresi i suoi stessi valori, quali libertà e democrazia (*ivi*, p. 95).

<sup>98</sup> E. Troeltsch, *La democrazia improvvisata.*, cit., *passim*.

<sup>99</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo.*, cit., p. 83.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 82.

l'opinione prevalente dell'epoca, per lo sforzo, ritenuto inutile, di conciliare Stato e democrazia e Germania e modernità, considerati contrari incompatibili.<sup>101</sup>

Già durante gli anni weimariani, Max Weber, abbondantemente ignorato, mette in guardia i propri studenti da facili utopie e li esorta al realismo, all'oggettività e all'onestà intellettuale. Al centro del pensiero politico weberiano, il quesito su come elementi opposti possano coesistere in una condizione politica esasperata come quella. Tramite l'analisi di questo interrogativo è possibile scoprire le cause di ordine politico e spirituale che portano gli intellettuali tedeschi a non sostenere l'esperimento e la cultura costituzionali weimariani. Perciò, Häberle descrive Weimar come una Repubblica priva di repubblicani e di letterati. Fulcro del suo pensiero, il "disincantamento del mondo" frutto della razionalizzazione scientifica – che pone fine ad un mondo incantato fatto di custodi della verità –, la quale apre la strada alla convinzione che è sempre possibile sapere e dominare tutto, grazie alla ragione. O secondo il motto della scienza moderna di Bacone, sapere è potere. Il processo di razionalizzazione dei lavori costituenti a Weimar è posto in discussione nelle sue basi epistemologiche. Cresce tra intellettuali e studiosi l'intolleranza al razionalismo.<sup>102</sup>

Nell'iter costituzionale di Weimar si palesa il timore identitario della Germania insieme alla cognizione del pericolo di una deriva ontologica di quello stesso timore.

Nella transizione dallo Stato liberale censitario alla democrazia di massa, Weimar incontra un ostacolo verso la transizione stessa, per non riuscire a rinnegare il passato della Germania senza esserne prigioniera. Si tenta di costruire una Repubblica ancorandola al passato tedesco, in modo che la nuova Carta fondamentale non sia un'imitazione di quelle straniere, bensì un prodotto originale, avvalorato dalla tradizione costituzionale occidentale.<sup>103</sup>

I costituenti weimariani sentono di dover lavorare ad una Costituzione di stampo tedesco, lungo una strada propria, con punti di incontro con quella anglo-americana, ma parallelamente a quella imperialista e militarista prussiana. L'ostacolo principale è rappresentato da giuristi e letterati del tempo che auspicano una modernità totalmente tedesca, non liberale, né democratica, né umanistica, ma nazionale, romantica, industriale, tecnica. Trattasi del "modernismo reazionario" in cui gli ideali progressisti del Positivismo e dell'Illuminismo, lontani da visioni umanitarie e universalistiche, servono la *Volksgemeinschaft*, rispetto a cui la tecnologia, sganciata dalla sua finalità economico-capitalistica, diviene mezzo di auto-affermazione spirituale del popolo.<sup>104</sup>

A Weimar la razionalizzazione costituzionale è portata a sintesi da una indissolubile congiunzione tra diritti sociali e diritti fondamentali (lo stesso avverrà in

---

<sup>101</sup> *Ivi*, pp. 76-77.

<sup>102</sup> Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 77. Si veda *ivi*, pp. 78-82, per uno sguardo alla "fede nel nulla", "malattia dell'Occidente", su cui Weber e Nietzsche si concentrano.

<sup>103</sup> *Ivi*, p. 82.

<sup>104</sup> *Ivi*, pp. 83-84.

Italia e in Germania nel secondo dopoguerra e in Portogallo e in Spagna tramontati i rispettivi totalitarismi).<sup>105</sup>

In breve, «a Weimar si cercò di costruire la democrazia sostanziale dentro l'impalcatura dello Stato liberale. Una conciliazione allora difficilissima, per le dimensioni e la virulenza delle forze e degli interessi in campo. Il superamento delle aporie fu cercato attraverso la "razionalizzazione". Il tentativo non riuscì. Eppure quel tentativo rappresenta un lascito preziosissimo nella storia costituzionale europea».<sup>106</sup>

## 2.2. *Le origini della Costituzione di Weimar*

I più illustri giuristi si interessano all'adeguamento del progresso politico tedesco e molti si ritrovano nel circuito del dibattito costituzionale weimariano, qualcuno in qualità di deputato, altri come specialisti, Hugo Preuss su tutti. Preuss, un giurista liberale, è uno dei più brillanti studiosi di diritto costituzionale della Germania; già nel 1917, in una memoria indirizzata al governo del *Reich* e ai partiti di maggioranza del *Reichstag*, formula le idee-guida di una riforma democratica, allegandovi un progetto di

---

<sup>105</sup> *Ivi*, p. 39. Sul tema dei diritti sociali a Weimar – che segna la svolta del costituzionalismo contemporaneo, con il passaggio da una garanzia legale ad una costituzionale dei diritti – cfr. S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 27: «le Costituzioni di cui quella di Weimar è stata l'antesignana agli inizi del XX sec., ricalcandone le orme, arricchiscono il patrimonio liberale attraverso quei diritti sociali che, impegnando lo Stato nella ricerca di nuovi equilibri economici e sociali, nonché nel raggiungimento di sempre più ampi orizzonti di giustizia, rappresentano le radici del suo dinamismo e offrono alla democrazia del secondo dopoguerra le premesse della sua solidità. Proprio in questa saldatura dei "gius-naturali" diritti civili con i diritti sociali e politici risiede uno degli aspetti più rilevanti del costituzionalismo contemporaneo, che inaugura, con quella "moralizzazione del diritto" – che è destinata a trovare piena affermazione in occasione delle (ormai non più recenti) esperienze costituzionali della Spagna post-franchista (1978) e del Portogallo post-salazariano (1976) – una nuova stagione dei diritti umani, che inizia proprio dalla loro proclamazione (cioè dal riconoscimento costituzionale che ne sottende la preesistenza allo Stato), ossia dalla loro collocazione su un fondamento più saldo rispetto a quello rappresentato dalla legge dello Stato». «Se, nell'ordinamento dello Stato liberale, i diritti sono garantiti attraverso la legge, nell'ordinamento dello Stato costituzionale essi lo sono attraverso la Costituzione che della legge rappresenta qualcosa di più e di diverso; essa, infatti, è la fonte prima della produzione giuridica e il punto di riferimento di una società che vi riconosce lo specchio della propria cultura e, nei suoi dettati, il fondamento delle proprie speranze. I principi, i valori e i diritti, che essa contempla e che la società condivide rappresentano perciò un patrimonio da salvaguardare rispetto alla mutevolezza di intenti e di interessi che di norma si riflettono nella legge». «Da qui il collocarsi delle Costituzioni del secondo dopoguerra nella sfera più alta del diritto dove lo *jus* cessa di essere *lex* e dove i diritti cessano di essere una regola posta dal legislatore per diventare pretese soggettive assolute, costituzionalmente protette. Dando forma concreta all'hobbesiana aspirazione di distinguere il diritto dalla legge, il costituzionalismo contemporaneo, così, realizza una sostituzione della sovranità della Costituzione alla sovranità della legge, che trasforma i diritti fondamentali in diritti inviolabili. Se la Costituzione crea uno spazio esigibile dei diritti umani, la sua sovranità garantisce la certezza di questi diritti che diventano, dopo (e per evitare il possibile ripetersi di) Auschwitz, lo stesso fondamento universalistico della civile convivenza».

<sup>106</sup> *Ibidem*.

costituzione. Questo è l'uomo che Ebert nomina nel novembre 1918 Segretario di Stato agli Interni con il compito di preparare la nuova Costituzione.<sup>107</sup>

Publicando sul «Berliner Tagblatt» l'articolo dal titolo *Stato popolare o Stato autoritario rovesciato?*, proponente una determinata linea di condotta politica, Preuss diviene il portavoce della borghesia in Germania. In quel pezzo giornalistico, Preuss afferma che la situazione politica di quel tempo non consente di parlare di uno Stato popolare. La paventata esclusione della borghesia porta inevitabilmente ad uno Stato autoritario e al Terrore bolscevico. Secondo Preuss, occorre scegliere tra Wilson e Lenin, fra democrazia occidentale e bolscevismo. Inoltre, la costituzione dello Stato popolare diventa possibile solo se la borghesia acquisisce gli stessi diritti della socialdemocrazia, lavorando ad un progetto politico-costituzionale comune. Il che significa dare vita ad un'assemblea nazionale frutto di elezioni democratiche. Preuss, perciò, si rivolge alla borghesia tedesca, chiedendo di cooperare alla fondazione di uno Stato democratico di stampo anglo-americano, in antitesi alla via francese-giacobina e a quella russa-bolscevica. Il giurista ebreo è dunque voce della Rivoluzione del 1848 e della borghesia liberale di sinistra.<sup>108</sup>

Preuss intende rimpiazzare la “vecchia Costituzione federale autoritaria” con un “nazionalunitarismo di tipo parlamentare”. Il futuro della Germania, non prussiana, né

---

<sup>107</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 107. Cfr. P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman, *Introduction to Lid., From liberal democracy to fascism*, cit., pp. 3-8, per una descrizione del ruolo centrale di Preuss e dei politici, liberali e socialdemocratici, nella costruzione della WRV; P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 63-84 per una lettura della Costituzione di Weimar che afferma il principio rivoluzionario della democrazia parlamentare grazie alle penne dei rappresentanti più importanti del positivismo giuridico nella Repubblica di Weimar, Richard Thoma e Gerhard Anschütz, i quali giocano un ruolo chiave nei dibattiti costituzionali della Repubblica.

<sup>108</sup> E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 68-69. Nella raffigurazione intitolata “Il vestito costituzionale del 1919” (ristampata da W.A. Coupe, *German Political Satires from the Reformation to the Second World War*, New York, 1985), posta sulla copertina di P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, London, 1997, appare la caricatura di Preuss mentre fa indossare alla Germania un nuovo abito, fatto di brandelli di origine straniera: parlamentarismo inglese, costituzionalismo francese, costituzionalismo americano e il marxismo risalente alla Germania imperiale. La Germania, guardandosi allo specchio esclama: “Bene, il vecchio vestito fatto dalla buona sartoria tedesca mi va meglio!” La vignetta contiene diversi messaggi, che Caldwell qui tiene a spiegare. Essa indica che la Costituzione imperiale del 1871 è in qualche modo più appropriata, naturale e meno problematica di quella di Weimar. Infatti la Costituzione del 1871 resta senza problemi durante l'Impero. Resta una costituzione apolitica, senza un catalogo di diritti fondamentali, che meramente descrive la forma dello Stato e la procedura legislativa. La controversia politica va oltre il diritto costituzionale. Ma la Costituzione weimariana, scritta dopo la sconfitta della prima guerra mondiale, solleva nuove e difficili questioni. I creatori della Costituzione cercano risposte ai problemi di realizzazione di una democrazia costituzionale esaminando la funzionalità del parlamentarismo inglese e francese e il sistema di separazione dei poteri statunitense. Essi tentano anche di accogliere quei gruppi che sono stati marginalizzati nell'Impero, tra cui i socialdemocratici, includendo i diritti sociali e aprendo ad una legislazione con contenuto radicale o socialista. La Costituzione diventa un problema di disputa politica nei dibattiti sulle modalità di funzionamento dello Stato, sui diritti fondamentali dei cittadini tedeschi e sui partiti politici e sul presidente. Tali problemi deriverebbero dall'influenza straniera e dalla scarsa abilità di redazione del documento solenne, con implicazioni antisemite. Ciò descrive sia il processo reale di ripensamento costituzionale sia la condanna ideologica della costituzione stessa che caratterizza il pensiero antidemocratico durante la Repubblica (*ivi*, pp. IX-X).

bavarese, è la “Repubblica tedesca democratica”. Le priorità dell’allora segretario di Stato consistono nell’abbandono dei particolarismi dinastici e nella dissoluzione strutturale della Prussia. Proprio a ciò si ricollega Ebert, il 6 febbraio 1919, nel suo discorso di apertura. Il Presidente dichiara che la Germania ha chiuso con i vecchi re, i principi tradizionali, l’egemonia prussiana e l’esercito degli Hohenzollern, intendendo scrivere un nuovo capitolo, migliore, nella storia tedesca e – riprendendo Fichte – fondare un “regno del diritto e della veracità”, basato sull’uguaglianza.<sup>109</sup>

La storia della genesi della Costituzione del 1919, attraverso varie fasi e diversi abbozzi (*Entwürfe*), è lunga e intrisa di complicazioni.<sup>110</sup> Il confronto tra il primo e il secondo progetto è di particolare interesse per cogliere la natura dei problemi più spinosi all’ordine del giorno della *Nationalversammlung*. Degna di nota è la successione delle sezioni del primo progetto e di quel che sarà il testo definitivo della WRV. Da tempo nelle costituzioni liberal-democratiche, la parte iniziale è dedicata ai diritti dell’uomo, prima di arrivare a definire la struttura dello Stato; Preuss, al contrario, esordisce con una ridefinizione del rapporto tra il *Reich* e i *Länder*. Il vecchio problema tedesco che s’impone all’attenzione e che Preuss vorrebbe risolvere preliminarmente concerne la posizione, fino a quel momento egemonica, della Prussia nel *Reich*. Bismark si è servito abilmente del tradizionale federalismo tedesco per sancire nella RV la preminenza della Prussia, decretando l’irrimediabile dipendenza degli altri Stati della federazione (*Bund*) e della politica dell’impero dalla Prussia. La fine della legittimità dinastica e l’abdicazione del *Kaiser*, che è anche re di Prussia, sembrano fornire l’occasione per porre fine anche al dominio illiberale della Prussia sul resto della Germania. La proposta di Preuss va nella direzione del totale riordino del territorio del *Reich* a partire da una forte frammentazione dello Stato prussiano e dall’accorpamento di un certo numero di minuscoli Stati della Germania centrale in un numero inferiore di *Länder*. Le dure reazioni al progetto di Preuss da parte degli Stati interessati, la Baviera

<sup>109</sup> E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 69-70.

<sup>110</sup> Sul processo della nascita della Costituzione di Weimar, si veda W. Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München, 1964; sulle circostanze specifiche e, in generale, sull’ambiente in cui nasce la WRV, si veda il breve contributo di G. Lingelbach, *Verfassungsgebung 1919 in Weimar*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer*, cit., pp. 23-48, in cui l’autore descrive in che misura “lo spirito di Weimar” (*Geist von Weimar*) influenza il relativo processo costituente; sulla fase costituente negli anni 1918 e 1919, si veda W. Frotscher-B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, München, 2003, pp. 254 ss. per una breve panoramica sui lavori dell’Assemblea nazionale e lo scaturente carattere di base della Costituzione weimariana, si veda E.W. Böckenförde, *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., pp. 35-42; si veda, inoltre, H. Boldt, *Die Weimarer Reichsverfassung*, in K. D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., per uno sguardo sintetico al primo progetto di Costituzione (pp. 47-49) e alle deliberazioni costituzionali dell’Assemblea Nazionale (pp. 49-50); mentre per una analisi essenziale della costruzione della *Reichsverfassung* del 1919, comprendente le relative questioni cruciali, quali le competenze e i poteri del *Reichspräsident*, l’articolo 48 WRV, i presunti errori dei costituenti e la rappresentanza proporzionale, si veda E. Kolb-D. Schumann, *Die Weimarer Republik*, cit., pp. 179-184, ove si evidenzia, peraltro, il basso grado di interesse nella ricerca legata alla genesi della Costituzione di Weimar. sulla fase costituente negli anni 1918 e 1919, si veda W. Frotscher-B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, München, 2003, pp. 254 ss.

*in primis*, fanno naufragare il piano di riorganizzazione del territorio federale. Siccome il governo provvisorio del *Reich* è incapace di replicare alla strenua difesa dei particolarismi, Preuss è costretto a metter mano al secondo progetto di costituzione. Né Preuss, né alcun altro costituente può immaginare che la Prussia sarà, negli anni dei governi presidenziali (*Präsidialkabinette*), i più critici del regime weimariano, il più forte baluardo delle istituzioni repubblicane.<sup>111</sup>

Nei dibattiti dell'Assemblea nazionale, il tema del federalismo assume, dunque, un ruolo centrale, in quanto si evidenzia che il carattere statale delle regioni è propugnato non solo dalle vecchie dinastie, ma anche dai socialdemocratici bavaresi. Pertanto, le intenzioni di Preuss si concretizzano solo parzialmente. La Prussia resta una regione anche nella neonata Repubblica; il Consiglio federale conserva importanti funzioni, seppure quale rappresentante dei singoli Stati nel Consiglio del *Reich*, cambia nome ed è titolare di un numero inferiore di diritti rispetto al recente passato istituzionale.

Inoltre, la Costituzione rimane ancorata al positivismo giuridico ottocentesco, che separa la legge dalla politica – una separazione che né la destra né la sinistra rendono sostenibile nell'era fortemente politicizzata post-1918 in Europa. Essa resta legata al primato dello Stato e crea molteplici opportunità per i partiti politici e i gruppi di interesse di trasformare una difesa idealistica dei diritti umani in prerogative e privilegi personalistici. La Costituzione presenta tracce significative del pensiero giuridico dello scienziato Weber, che lavora a titolo consultivo nei dibattiti costituzionali della Prima Repubblica, provocando notevoli cambiamenti, senza mutare profondamente il processo costituente, salvo che per la proposta dell'elezione popolare del Presidente del *Reich*. Anche tale espediente, combinato alle previsioni dell'art. 48, favorirà il decisionismo autocratico del Capo dello Stato, subordinando il Parlamento al più alto potere esecutivo.<sup>112</sup>

Il “socialismo” è un'altra delle questioni dibattute nel periodo costituente, seppure lo stampo liberal-democratico della proclamanda Costituzione risulta essere un elemento più coagulante, maggiormente condiviso e quasi mai posto in discussione, in quanto diffusore di speranza per la Germania e per l'Europa del dopoguerra dopo la caduta di sistemi autocratici e monarchici.

Nella discussione circa la democratizzazione della Costituzione, già nel periodo del primo conflitto mondiale, il tema dei diritti non ricopre un ruolo primario. Ne è prova il fatto che Preuss, nel 1917, non intende stilare un catalogo degli “screditati diritti fondamentali” e un anno più tardi, incaricato di progettare la Costituzione, non garantisce appieno i diritti fondamentali. Solo grazie al filosofo e pedagogo Friedrich Naumann, relatore per i diritti fondamentali, si giunge ad una discussione

<sup>111</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 107-109.

<sup>112</sup> R. Koshar, *Introduction* to L.V. Kaplan-R. Koshar (eds.), *The Weimar moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, Plymouth, 2012, p. XVI.

nell'Assemblea nazionale, sulla base del suo progetto, ritenuto una sorta di “catechismo nazionale”.<sup>113</sup>

Dal suo intervento del 31 marzo 1919, emerge la percezione dei mutamenti subiti dal sistema politico-costituzionale del XIX secolo e dalla dottrina dello Stato di diritto, oltreché la consapevolezza della continuità nell'affermazione dei diritti umani “negativi”, limitativi nei confronti dello Stato. Tuttavia, secondo Naumann, lo Stato di diritto ottocentesco che deve indietreggiare davanti ai diritti dell'uomo previsti dalla Costituzione cede il passo ad uno Stato nazionale e sociale, in cui il soggetto di diritto non è soltanto l'individuo in quanto tale, ma anche organizzato in forme associative. Pertanto, oltre ai diritti dell'uomo e a quelli politici, sono costituzionalizzate forme di tutela delle associazioni, tramite l'affermazione delle libertà di associazione e di riunione. Inoltre, il catalogo dei diritti si arricchisce dei diritti relativi alla sfera economica, ponendo un argine tra le esperienze costituzionali dell'Ottocento e quella di Weimar. Sebbene Naumann intenda sancire nuovi diritti fondamentali, non pare riesca a stabilirne i fondamenti su cui basare la previsione costituzionale dell'uomo sociale. Egli progetta di limitare la proprietà privata e dichiara di anteporre l'economia nazionale a quella privata. Principi, questi, troppo generici e senza contenuto giuridico che finiranno per diventare un mero programma per il legislatore ordinario.<sup>114</sup>

Alla discussione fomentata da Naumann partecipa anche il giurista socialdemocratico Hugo Sinzheimer. Questi, nella seduta del 31 marzo 1919, avvalora il principio dichiarato da Naumann della superiorità dell'economia nazionale a quella privata, scorgendovi non la salvaguardia del guadagno del singolo, ma il riconoscimento dell'esigenza di assicurare una vita decorosa a tutti.<sup>115</sup> Egli affronta la questione dei diritti sotto l'aspetto giuridico e delle relazioni sociali. Il loro riconoscimento presuppone la fruizione delle “condizioni materiali” che ne garantiscano l'esercizio, in quanto la tutela dei diritti non opera solo rispetto allo Stato, ma anche contro “altri poteri sociali” più forti dello Stato stesso. Tale risultato è raggiungibile solo tramite l'autodeterminazione delle forze sociali, ragion per cui Sinzheimer ritiene necessaria

<sup>113</sup> D. Schefold, *L'effettività dei diritti fondamentali in Germania*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, pp. 377-378.

<sup>114</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999, pp. 77-80. Dietro al progetto di Naumann, sta una tesi già anticipata in *Demokratie und Kaisertum* del 1900, in cui afferma che la presenza dei socialisti nella vita statale produce il superamento dell'individualismo, per cui l'individuo è pensabile come parte di gruppi via via più ampi, sino allo Stato, “organo della totalità”. Da qui, la necessità di un “diritto pubblico sociale” (*soziales Staatsrecht*), una specie di equilibrio tra socialismo e capitalismo. Tale soluzione, che permea i principi alla base dei suoi diritti fondamentali, si traduce nella Costituzione di Weimar, in contrasto, sostiene Naumann, alla Costituzione sovietica del 10 luglio 1918. Perciò, Gozzi deduce che Weimar è orientata a Ovest e non a Est e che la relativa Costituzione rappresenterebbe la risposta di un sistema democratico avanzato alla soluzione russa della Rivoluzione d'ottobre (*ivi*, p. 80).

<sup>115</sup> Tali concetti, presenti nell'art. 39 della proposta di Sinzheimer alla Commissione costituzionale («Il Reich deve vigilare al fine di ottenere che la vita economica non serva al guadagno del singolo, ma alla realizzazione di una realtà dignitosa per tutti gli uomini»), si trovano espressi nell'art. 151 WRV (*ivi*, p. 81, anche in nota).

una “costituzione sociale” (*Gesellschaftsverfassung*) integrativa di quella statale (*Staatsverfassung*).<sup>116</sup>

Il 6 aprile 1919, in occasione della presentazione del disegno di legge che completa, con l’art. 34a), l’art. 34 del progetto governativo del 21 febbraio, si anima un ulteriore dibattito che si rivelerà decisivo. Tale articolo – che diventerà l’art. 162 del progetto di Costituzione del 18 giugno 1919, e definitivamente con alcune modifiche l’art. 165 *WRV* – introduce il diritto di co-decisione dei lavoratori nell’impresa, mettendo in discussione il potere di comando dell’imprenditore esercitato sino ad allora autocraticamente. La discussione offre la possibilità a Sinzheimer di trattare la relazione tra la democrazia politica e un’ipotetica democrazia economica. Il socialdemocratico avanza l’idea del carattere consociativo dell’impresa sulla base di una “economia sociale” che limiti i principi di funzionamento dell’economia privata, pur lasciando a capo dell’impresa gli imprenditori, distinguendosi per questo dal sistema socialista. Trattasi, dunque, di una democrazia economica che tende a proteggere i diritti dei lavoratori, limitando l’economia privata senza sostituire la democrazia politica, ma integrandola. Infatti, Sinzheimer pensa ad un Consiglio economico con diritto di iniziativa legislativa in cui siano rappresentati anche gli interessi sociali ed economici dei lavoratori dipendenti, senza diventare una camera professionale dotata di potere legislativo. Ciò per evitare che un organo possa approvare o respingere progetti di legge concernenti altre materie, solo in base ad interessi economici, rappresentando un pericolo per la democrazia politica.<sup>117</sup>

Se i conservatori, tra cui Düringer, si oppongono a tali riflessioni, preferendo una camera professionale economica che controlimiti un debole Parlamento politico, Naumann le appoggia fortemente. Nei principi di cui all’articolo sul Consiglio economico, egli scorge la nascita di un nuovo diritto, il più importante tra quelli fondamentali, in quanto orientato più di tutti al futuro. Se la maggiorparte dei diritti fondamentali rappresenta solo la “codificazione di un diritto esistente”, quello di cui all’art. 34a) comporta profonde innovazioni giuspolitiche. Le modalità organizzative del sistema dei consigli modificherebbero radicalmente la struttura economica e per conseguenza il sistema politico. Insomma, «la fondazione di un processo di partecipazione responsabile».<sup>118</sup>

Nella seduta del 21 luglio 1919, Sinzheimer tiene a precisare la portata generale dei diritti fondamentali. Egli sottolinea che la loro assunzione nella Costituzione attribuisce ai diritti il carattere di norme costituzionali, ma – come già precedentemente osservato – sarebbero privi di un’immediata efficacia giuridica, avendo più che altro il significato di concezioni giuridiche in cui sono espressi “principi programmatici”. Fatto, questo, reso inevitabile dalla lontana realizzazione dell’idea sociale manifestata dalla

---

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ivi*, pp. 82-84, anche in nota.

<sup>118</sup> *Ivi*, pp. 83-84.

Carta costituzionale. Questa costituirebbe solo la costruzione di un progetto, la cui realizzazione sarà portata a termine dalla composizione di interessi contrapposti rappresentati dalle diverse forze politiche e sociali. Così, Sinzheimer spiega il carattere di “costituzione-programma” della Costituzione weimariana.<sup>119</sup>

La Costituzione di Weimar, secondo Naumann e Sinzheimer, porrebbe nei diritti fondamentali i principi di una costituzione sociale funzionali alla costruzione di una futura “democrazia sostanziale”, idonea a colmare le lacune della democrazia politica. L’esperimento politico weimariano, in fondo, continua ad affascinare anche per questo progetto *pro futuro*.<sup>120</sup>

Tra i giuristi intervenuti sul tema dei diritti fondamentali nelle sedute della Commissione costituzionale, non manca Preuss, il quale evidenzia il loro carattere storico e riconosce la validità dei tradizionali diritti di libertà, rimarcando la continuità della sua concezione dei diritti con quelli della Costituzione prussiana del 1850, da lui ribattezzati “conquiste irreversibili” e non “pezzi da museo”, come sostiene Naumann. Ad ogni modo, sulla base che i diritti fondamentali costituiscono le “idee guida del futuro sviluppo costituzionale”, anche Preuss approva il progetto di Naumann per un ipotetico nuovo ordinamento economico e sociale.<sup>121</sup> La Costituzione weimariana finirà, dunque, per contenere due orientamenti diversi, ma non per forza antitetici: la tutela dei tradizionali diritti di libertà e i principi di una economia socializzata.

Infine, gli eventi succedutisi repentinamente nel campo della politica interna e nell’ambito della politica estera – l’insurrezione di Spartaco a Berlino, i grandi scioperi della Ruhr, la Repubblica dei consigli di Monaco e la lotta per la conclusione della pace – non influiscono tanto nel merito dei dibattiti sulla Costituzione, quanto sull’acceleramento degli stessi, sì da giungere ad una rapida approvazione della Carta costituzionale.

### 2.3. *La forma di Stato e la forma di governo*

Ideata da insigni giuristi, la Costituzione di Weimar ha affascinato a lungo la dottrina per quanto attiene sia alla forma di Stato, sia, ancor più, alla forma di governo.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> *Ivi*, p. 86. Occorre distinguere i diritti fondamentali inclusi nella WRV: alcuni sanciscono realtà esistenti; altri esprimono il progetto di una possibile realizzazione di un futuro e diverso ordinamento economico e sociale. Da qui, il forte carattere programmatico che contraddistingue la maggioranza dei diritti fondamentali weimariani.

<sup>120</sup> *Ivi*, p. 84.

<sup>121</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>122</sup> Il dibattito sulla forma di Stato e sulla forma di governo in Germania comincia ad animarsi sulla scia delle tensioni provocate dal carattere compromissorio della RV del 1871, sempre più chiaro ed insostenibile intorno agli anni Novanta, in correlazione con la trasformazione sociale ed economica del Paese. Soprattutto lo scontro sul tema della forma di governo è importante a livello storico-istituzionale: spiega il nesso tra il tema stesso e le scelte fatte nel periodo della WRV del 1919 (F. Lanchester, *Alle*

Circa la forma di Stato, è illuminante l'art. 1: «Il *Reich* tedesco è una repubblica. Il potere statale emana dal popolo».<sup>123</sup> Esso è alla base della forma di Stato e stabilisce chi vi abbia il potere di suprema direzione; inoltre, enunciando in modo chiaro il principio democratico, rappresenta indubbiamente il punto di maggior distacco con l'ordinamento guglielmino. In conformità con tale principio, le istituzioni sono fondate sul popolo rappresentato dal corpo elettorale, mettendo in risalto, di fatto e di diritto, anche la pratica dello Stato dei partiti, non menzionati se non in negativo all'art. 130 c. 1.<sup>124</sup> La scienza costituzionalistica tedesca non arriva ancora a sciogliere alcuni nodi relativi all'organizzazione del potere in una società di massa. La concezione maggioritaria della democrazia parlamentare si dirama in due direzioni: da un lato è riluttante alla mediatizzazione partitica, dall'altro si ispira ad un modello in cui il *Volksstaat* è interpretato come momento di scelta diretta di uomini e programmi da parte delle masse. Il *Volksstaat* borghese delineato dalla Costituzione di Weimar si fonda, dunque, su due tecniche di espressione della volontà popolare: quella diretta, con parziali caratteristiche plebiscitarie, con cui il popolo elegge il Presidente della Repubblica (artt. 41-43) e lo revoca prima della scadenza del mandato e influisce tramite i referendum e l'iniziativa legislativa (artt. 73-76); e quella rappresentativa con cui il popolo elegge l'Assemblea ogni quattro anni o dopo lo scioglimento presidenziale (artt. 23 e 25). L'intervento referendario si coordina, secondo la dottrina allora prevalente, col mantenimento dell'unità nazionale, mentre l'azione partitica viene subita e non pienamente condivisa. Si evidenzia, così, la discrasia – rimarcata da Schmitt nel *Custode della Costituzione* – di uno Stato dei partiti in cui la compenetrazione Stato-società ostacola la sintesi in una società pluralistica fino alla frammentazione.<sup>125</sup>

Al di là dell'affermazione dello Stato democratico (*Volksstaat*) a scapito dello Stato autoritario (*Obrigkeitsstaat*), l'ambiguità del testo costituzionale emerge sia dal duplice significato del termine “repubblica”, volto da un lato a negare la monarchia e

---

*origini di Weimar*, cit., p. 88). Sul punto, cfr. anche C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 35-38: la Repubblica di Weimar simboleggia un enorme sforzo di condensare le più evolute esperienze costituzionali contemporanee, circa la forma di stato e la forma di governo. In ordine alla prima, la Costituzione prevede un sistema pluralistico, sia riguardo alla sfera territoriale sia a quella socio-politica. La Repubblica *de qua* rientra a pieno titolo nell'alveo dello Stato di diritto, per ciò che concerne la tutela giuridica soggettiva. Ciò in continuità all'evoluzione propria della Germania dei secoli addietro dallo Stato assoluto al *Polizeistaat* sino al *Rechtsstaat*. In più, oltre alla soggezione dello Stato al diritto, emerge la limitazione dei poteri statali azionabile dal cittadino che qui ha la facoltà di ricorrere contro atti politici e legislativi presuntivamente contrari alla Costituzione. In ordine alla seconda, Weimar è classificabile come una repubblica semipresidenziale, dato che il suo presidente è eletto a livello plebiscitario, mentre il capo del governo è vincolato da un doppio rapporto di fiducia verso il presidente della Repubblica e verso il Parlamento. Coesistono, quindi l'elezione diretta del capo dello Stato e il sistema elettorale proporzionale puro. Abbinamento che è stato più volte criticato, ma forse con poca influenza nella crisi della Repubblica. Anzi, contribuirebbe alla stabilità del sistema in caso di tenuta del patto costituzionale.

<sup>123</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 87. Si noti che questo è l'unico passo dell'intero testo costituzionale in cui viene adoperata la parola “repubblica”.

<sup>124</sup> «Gli impiegati sono al servizio della collettività, non di un partito» (*ivi*, p. 134).

<sup>125</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 208-210.

dall'altro a ribadire il carattere democratico dell'ordinamento, sia dall'art. 3 relativo alla bandiera nazionale.<sup>126</sup> La legittimità di uno Stato si rinsalda tramite l'identificazione nei simboli, di cui la bandiera è un importante centro di imputazione di valori su cui costruire e rafforzare la fedeltà al regime. Su tale argomento, nonostante Preuss cerchi di scavare un fossato che separi dal passato, l'Assemblea nazionale adotta una soluzione sintomaticamente compromissoria: recupera i simboli della rivoluzione borghese del 1848 e concede alla flotta commerciale la facoltà di usare i colori dell'impero guglielmino. Ciò dice molto dello stretto legame, a livello simbolico, con la tradizione, nonché delle profonde e irrisolte divisioni in un sistema pieno di mine pronte a farlo saltare. Da qui, si arguisce il basso livello egemonico posseduto dalle forze del rinnovamento e l'influenza del passato sul carattere democratico borghese della Costituzione.<sup>127</sup>

Per quanto riguarda l'organizzazione dei rapporti centro-periferia ossia tra *Reich* e *Länder*,<sup>128</sup> Preuss ritiene che il nuovo *Reich* debba rappresentare l'espressione della

---

<sup>126</sup> «La bandiera del *Reich* è nero-rosso-oro. La bandiera mercantile è nero-bianco-rosso, con i colori del *Reich* nell'angolo superiore interno» [C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 88].

<sup>127</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 210-212. Cfr., per un'opinione simile, H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., ove lo storico denuncia a tinte forti le conseguenze dell'art. 3 WRV: «Nel far restare i vecchi colori accanto ai nuovi, si compie una sciagurata operazione simbolica: l'equiparazione delle bandiere sarà in futuro considerata come equiparazione delle concezioni politiche ad esse sottese» (*ivi*, p.109). «Non sono solo i colori del Reich a soffrire per questa lite, ma anche la dignità dell'ordinamento statale che questi colori rappresentano» (*ivi*, p.110).

<sup>128</sup> Oggetto di viva discussione nell'Assemblea nazionale sono sia la scelta della denominazione da attribuire al nuovo Stato che rimane quella tradizionale di "*Reich*", non nel senso letterale di Impero, ma come equivalente a Stato – e per privare la parola di ogni riferimento ad una particolare forma di governo è posta la disposizione dell'art. 1 c. 1 WRV – sia il nome con cui indicare gli Stati federati, la cui scelta – non volendosi conservare tale designazione contrastante col proposito di attenuare la loro posizione di sovranità, né adoperare espressioni non adatte ad esprimere la loro autonomia – ricade su "*Land*", ritualmente usato per designare le entità territoriali del Sacro Romano Impero Germanico [C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 87-88, in nota]. Sul tema dei rapporti centro-periferia, si veda l'ampio e completo contributo di C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., ove nel secondo capitolo affronta analiticamente la questione del federalismo tedesco, toccando vari temi, quali la ricerca della discontinuità (pp. 155-157), la tradizione federalistica in Germania (pp. 163-169), il rapporto tra parlamentarizzazione e federalismo nell'imminenza del crollo dell'Impero (pp. 169-175), l'originarietà e il primato dello Stato unitario rispetto ai *Länder* (pp. 182-184), il difficile equilibrio fra tradizione autonomistica e istanza democratico-unitaria (pp. 187-191) e l'interazione tra questione prussiana e questione federale (pp. 191- 193). Inoltre, sempre circa il rapporto *Reich-Länder*, si segnala il contributo di P. Caldwell, *Sovereignty, Constitutionalism, and the Myth of the State. Article Four of the Weimar Constitution*, in L.V. Kaplan-R. Koshar (eds.), *The Weimar moment*, cit., pp. 345-370, in cui viene scandagliato il contenuto dell'art. 4 del Capo I della prima parte della WRV – lungamente ignorato e talvolta considerato privo di senso –, nel contesto del dibattito weimariano sulla natura dello Stato: «I principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti hanno valore di parti integranti del diritto tedesco». Esso non riveste quasi alcun ruolo nel sistema giudiziario weimariano, sembrando giuridicamente irrilevante almeno nei casi trattati dalla Corte di giustizia. Tuttavia l'articolo toccò un nervo scoperto nella Germania del dopoguerra. Nel 1919, dopo tutto, la Germania aveva trovato se stessa come un oggetto più che un soggetto attivo nelle relazioni internazionali». L'articolo in questione ha posto in discussione il tema delle modalità tramite cui il potere coercitivo influenza le relazioni statali con l'ordine giuridico internazionale e rivela l'essenza della natura dei rapporti internazionali e della sovranità stessa. Ha destato particolare interesse nel periodo postweimariano e ha liberato tutta la sua importanza nella costituzionalizzazione dei rapporti internazionali nel periodo postbellico. Esso «ha sollevato le questioni cruciali della legalità e del rapporto tra democrazia e comunità

nazione tedesca sulla base di uno spiccato senso di unità. La soluzione del problema federale adottata dalla WRV pone l'accento sul momento unitario senza risolvere efficacemente il complesso dei problemi ereditati dal passato. L'attribuzione al *Reich* di una serie determinante di competenze esclusive (art. 6), di materie di riserva legislativa (artt. 7-10) e di poteri incisivi di veto sull'azione dei singoli *Länder* costituisce un argine contro gli straripamenti del potere regionale, in conformità al principio che «il diritto del *Reich* prevale su quello dei *Länder*» (art. 13 c. 1).<sup>129</sup> Dal punto di vista politico è rilevante che l'art. 12 c. 2<sup>130</sup> si riferisca al tema caldo della socializzazione dei beni economici, fornendo allo Stato centrale la possibilità di opporsi ad una legge regionale senza che il governo locale possa ricorrere al Tribunale di giustizia statale (*Staatsgerichtshof*) – solitamente tradotto come Tribunale costituzionale – di cui all'art. 19, a causa dell'opportunità politica della questione.

Al di là del diritto di intervento dei *Länder* nella politica della Repubblica e del diritto di pronunciamento del Consiglio del *Reich* (*Reichsrat*), la subordinazione regionale riemerge con la possibilità di indirizzo e controllo che lo Stato centrale può esercitare presso le amministrazioni di grado inferiore per mezzo di istruzioni generali e di commissari delegati, nonché col potere del Presidente del *Reich* di intervenire nei *Länder* con tutti i mezzi, compresi quelli militari, qualora essi non ottemperino ai loro doveri (art. 48 c. 1).<sup>131</sup>

L'esigenza di omogeneizzare la forma di governo regionale con quella nazionale si deduce dall'art. 17 in cui si avvalorano i principi cardine della WRV: esclusione dell'istituto monarchico, rappresentanza popolare eletta a suffragio universale con sistema proporzionale, forma di governo parlamentare basata sulla fiducia concessa all'Esecutivo dall'assemblea rappresentativa. I singoli *Länder* adotteranno costituzioni che ritraggono rapporti differenti all'interno della forma di governo parlamentare in un ampio quadro, influenzato dalla originaria composizione delle assemblee regionali. Tuttavia sarà l'avvicinarsi degli eventi che, potenziando le spinte centrifughe, porrà in crisi la struttura federale dello Stato. Il problema del federalismo – vera *crux* della storia

delle nazioni che continuerebbero a risuonare nel corso del ventesimo secolo. Non è un caso che l'articolo 4 è stato incorporato nella nuova legge di base della Germania occidentale del 1949, né che le sue parole si fanno strada in una serie di altre costituzioni democratiche post-autoritarie dopo il 1989» (*ivi*, pp. 345-346).

<sup>129</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 92. La nuova formula, *Reichsrecht bricht Landesrecht*, ha lo stesso valore giuridico di quella della RV e intende designare l'efficacia del diritto statale di annullare le leggi degli Stati membri ad esso contrarie; tale efficacia è attribuita agli atti normativi emessi con legge e secondo l'opinione dominante anche a quelli regolamentari e consuetudinari (*ivi*, p. 93 in nota).

<sup>130</sup> «Contro le leggi dei *Länder*, nelle materie relative agli oggetti di cui all'art. 7 n. 13 spetta al governo del *Reich* un diritto di veto quando esse possano compromettere il benessere della generalità dello Stato» (*ivi*, p. 92). Art. 7 n. 13 WRV: «la socializzazione delle ricchezze naturali e delle imprese economiche, così come la produzione, la reintegrazione, la ripartizione e la determinazione dei prezzi dei beni economici utili alla collettività» (*ivi*, p. 90).

<sup>131</sup> «Se un *Land* non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del *Reich*, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata» (*ivi*, p. 106).

politica e costituzionale della Germania tra Ottocento e Novecento – non viene risolto dalla Costituzione del 1919.<sup>132</sup>

Nell'ambito del dibattito sulla democratizzazione della forma di governo imperiale<sup>133</sup> si inserisce la notevole opera di Redslob<sup>134</sup> – punto teorico più alto della produzione costituzionalistica tedesca del periodo imperiale – influenzando fortemente Preuss e per conseguenza la redazione della Costituzione di Weimar. Egli, prima definisce dipendenti quei paesi privi di «*eigene Herrschaft*» (un proprio dominio), poi sostiene che «*die Freiheit liegt nicht in der Form der Gewalt*» (la libertà giace non nella forma di governo) ma nella volontà dei sudditi.<sup>135</sup> La sua teoria della forma di governo parlamentare è legata all'individuazione dell'equilibrio come cardine dell'intero sistema: essa è infatti un sistema di equilibrio tra Esecutivo e Legislativo, basata sulla presenza di tre protagonisti quali il Capo dello Stato, il Parlamento, il Governo. La sua dottrina è radicalmente democratica (si comprende, così, la sua utilizzazione da parte di Preuss che ha sempre espresso posizioni democratiche ed eterodosse rispetto all'ambiente accademico tedesco, fondando il suo pensiero sull'identità tra popolo e Stato, per superare la dicotomia tra Stato e società civile in voga nella prima metà dell'Ottocento), ma anche influenzata dai rapporti di forza dell'epoca. L'affermazione che il Gabinetto non deve porsi in contrasto con la maggioranza parlamentare individua la realtà di una società politica frammentata in cui non è possibile predeterminare maggioranze omogenee, ma in cui è opportuno impedire un conflitto tra Esecutivo e Legislativo.

La concezione dualistica di Redslob vede nel Capo dello Stato l'organo che, tramite lo scioglimento, risolve un'eventuale crisi con l'appello al popolo. Esso è «*die*

---

<sup>132</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 213-217. La compresenza a Berlino – capitale sia del Reich sia del Land di Prussia – di due differenti strutture istituzionali, l'una federale, l'altra regionale, porterà difficoltà via via crescenti fino all'esautoramento del governo socialdemocratico prussiano (*Preussenschlag*) nel 1932 ad opera del Cancelliere e del Presidente del Reich (*ivi*, p. 217). In tal modo «il teorico liberale Hugo Preuss fallisce anche nel tentativo di sciogliere con un tratto di penna uno dei grandi nodi della storia tedesca, quello della riforma del Reich [che] occuperà il pensiero di politici e giuristi per tutto il periodo della repubblica di Weimar, ma solo i dittatori taglieranno questo nodo gordiano, ovviamente con la forza» (H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p.110).

<sup>133</sup> Tutti i più rinomati giuristi tedeschi attivi nei primi decenni del XX secolo riflettono sulla natura della forma di governo di Weimar, in cui essi stessi si trovano a vivere e operare, nonché sui problemi delle istituzioni democratiche e del parlamentarismo nel difficile periodo dell'integrazione delle masse nella vita politica dello Stato: da Hugo Preuss a Friedrich Naumann e a Max Weber, da Carl Schmitt a Hans Kelsen, da Robert Redslob a Eric Kaufmann, da Rudolf Smend a Hermann Heller, da Gerhard Anschütz a Richard Thoma. Solo successivamente il giurista, nonché politologo Maurice Douverger, vedrà in Weimar uno dei primi casi storici di semipresidenzialismo – termine da lui coniato nel 1978 per indicare una particolare forma di governo.

<sup>134</sup> *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihren unechten Form. Eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Tübingen, 1918 (*Il governo parlamentare nella sua forma veritiera e in quella spuria: uno studio comparativo sulle costituzioni di Inghilterra, Belgio, Ungheria, Svezia e Francia*).

<sup>135</sup> Le citazioni, tratte in lingua originale da R. Redslob, *Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffs*, Leipzig, Veit, 1914, p. 1 e p. 351, sono riportate da F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 150 (traduzione mia).

*schöpferische Kraft des Mechanismus*» (la forza creativa del meccanismo) col compito di scegliere la personalità per la costituzione del Governo, ma non il Sovrano, perché «*der höchste Wille ist der des Volkes*» (la volontà suprema è del popolo).<sup>136</sup> Tuttavia l'opera del giurista francese rimane notevolmente condizionata da interessi pragmatici e si collega alla dualistica interpretazione, monarchica o plebiscitaria, di Prévost-Paradol sul processo di parlamentarizzazione, optando per la prima, in quanto l'istituto monarchico sembra addirittura indispensabile per reggere l'equilibrio tra i poteri in qualità di *super partes*.<sup>137</sup>

Dunque, mentre per Kelsen il primato del Parlamento all'interno delle istituzioni democratiche non può essere messo in discussione, secondo Preuss è necessario saltare eventuali ostacoli di matrice assemblearista della forma di governo parlamentare, instaurando un reale parlamentarismo basato sull'equilibrio tra i due supremi organi costituzionali, Parlamento e Governo. L'equilibrio ideale tra Legislativo ed Esecutivo delinea una forma di governo caratterizzata dalla presenza di «due poteri e tre organi»<sup>138</sup> in cui la decisione fondamentale spetta al Corpo elettorale, ma il meccanismo di riequilibrio è attivato dal Capo dello Stato. Nello schema di Redslob tale funzione è assolta da un Sovrano *super partes*, sulla scia dell'interpretazione monarchica di Prévost-Paradol, ma scomparsa la monarchia è il Presidente della Repubblica ad assumere il ruolo di “*Ersatzkaiser*” (sostituto del *Kaiser*) «ripulito dell'autocrazia dell'era guglielmina e unto con l'olio della volontà popolare»,<sup>139</sup> legittimato cioè da un'elezione popolare diretta. Due sono le concezioni del parlamentarismo tedesco: l'una monista che richiede la centralità del Parlamento; l'altra dualista secondo cui da un lato v'è l'esigenza borghese di contrapporre all'influenza di un organo rappresentativo frammentato una struttura di bilanciamento scaturita dalla volontà generale e dall'altro v'è la tradizione monarchica che vede nel Presidente un mezzo di anti-democratizzazione. I costituenti di Weimar, soprattutto per volere di Preuss, adottano un sistema d'equilibrio che trova nel Presidente sia un contrappeso plebiscitario alla forza del Parlamento sia un freno all'avanzata di un possibile regime assembleare. A ciò si aggiunge l'incertezza dei rapporti tra Governo e Parlamento che impedisce la formazione di un Esecutivo stabile. L'organizzazione weimariana dei supremi organi

---

<sup>136</sup> Le citazioni, tratte in lingua originale da R. Redslob, *Die parlamentarische Regierung*, cit., p. 4 e p. 6, sono riportate da F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 151 (traduzione mia).

<sup>137</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 148-152. L'impostazione di Redslob, focalizzata sul dato comparativistico concreto, appare a tratti astratta; la sua ricostruzione, troppo “meccanica” nella ricerca dell'equilibrio e limitata ai rapporti tra organi nel risolvere la dinamica costituzionalistica, esclude il sistema dei partiti e la società civile, divenendo meno moderno di altri costituzionalisti di certo più pragmatici nel valutare la reale dinamica politico-costituzionale (*Ivi*, p. 152).

<sup>138</sup> L'espressione, tratta da G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, Milano, 1950, p. 105, è riportata *ivi*, p. 219.

<sup>139</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 112. È il socialdemocratico Hermann Molkenbuhr, in una riunione della frazione parlamentare del 25 febbraio 1919, a definire il Presidente “*Ersatzkaiser*” e l'elezione presidenziale del popolo “un inganno tipicamente napoleonico” (H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma*, cit., p. 60).

costituzionali appare, dunque, come un sovrapporsi di istituti di varia specie tesi a garantire le parti contraenti, concedendo diverse chance a seconda dei rapporti di forza.<sup>140</sup>

#### 2.4. *Analisi della Costituzione di Weimar*

Il progetto definitivo di Costituzione è un degno documento, scaturito dallo spirito liberale, diviso in due parti. La prima, «Struttura e funzioni del *Reich*» (*Aufbau und Aufgaben des Reichs*), è composta di sette sezioni concernenti il rapporto tra *Reich* e *Länder*, il *Reichstag*, il Presidente e il Governo del *Reich*, il *Reichsrat*, il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale. La seconda, «I diritti ed i doveri fondamentali dei tedeschi» (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*), consta di cinque sezioni che disciplinano tutte le attività rilevanti del cittadino, considerato come individuo, poi nella sua vita collettiva, nei suoi interessi religiosi, educativi ed economici.

Costantino Mortati distingue, nelle decisioni prese a Weimar, ciò che è oggetto di volontà diretta ad una realizzazione immediata, da progetti di riforme rimandate ad un futuro indeterminato, scorgendo in esse elementi dei programmi dei partiti, ognuno dei quali tende a fare affermare proposizioni utili ai propri interessi.<sup>141</sup>

È così che certi principi borghesi-capitalistici, come l'inalienabilità del diritto di proprietà, convivono con quelli socialisti, come la possibilità di trasferire imprese private alla collettività; la scuola confessionale è ammessa accanto a quella privata; la legge elettorale proporzionale, il referendum e l'iniziativa popolare coabitano con i poteri dittatoriali del Presidente; il *Reich* e i *Länder* vantano l'uno sugli altri diritti di sovranità. In soldoni, nel quadro di questa Costituzione sono possibili molte cose: dalla liberaldemocrazia alla socialdemocrazia, dal parlamentarismo al semipresidenzialismo, dalla partitocrazia alla dittatura del Capo dello Stato.

L'ispirazione profonda del testo costituzionale, come già evidenziato, è una combinazione contraddittoria di continuità con la *Reichsverfassung* del 1871 e di rottura e superamento della tradizione. La continuità burocratico-statuale e quella della stessa classe politica mettono in luce la superficialità del processo di democratizzazione e la fragilità del consenso alla base dei nuovi valori; tuttavia, solo in un contesto caratterizzato da formazioni antisistema e da un tessuto economico lacerato, i problemi inerenti ai rapporti tra i supremi organi costituzionali assumono l'alta drammaticità weimariana.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 218-220.

<sup>141</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 67.

<sup>142</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 228. Citando Lanchester, «l'involucro costituzionale del 1919, che rappresentava il patto ambiguo tra le forze della continuità e quella del rinnovamento, era in

A cavallo del primo lustro degli anni Venti (del XX secolo), viene evidenziato come il patto costituzionale weimariano sia caratterizzato dal compromesso tra parti estremamente eterogenee – il che mostra la debolezza egemonica delle forze ad esso sottostanti e la contestazione ad opera di giuristi, pilastro del regime precedente.<sup>143</sup> La Costituzione di Weimar è un *mélange* vibrante di norme e valori: per ciascuno c'è qualcosa. Ma ciò è necessariamente dato dalla legittima possibilità che i partiti dell'Assemblea hanno di introdurre nel testo costituzionale ciò che a loro è caro. Si è definita la Costituzione in questione come “compromesso dilatorio puramente formale”, ma «cos'altro può essere una Costituzione democratica se non patto tra tutti gli interessi sociali e politici che partecipano alla sua formulazione»? «Chi mette sotto accusa la Costituzione della repubblica di Weimar per il suo carattere compromissorio» – afferma il costituzionalista Ernst Friesenhahn –, «in fondo rifiuta già il principio democratico».<sup>144</sup>

---

definitiva troppo sottile per resistere agli strappi della crisi degli anni Venti e, d'altro canto, lasciava troppi spazi all'Esecutivo» (*ibidem*).

<sup>143</sup> *Ivi*, pp. 231-232. Questo è naturalmente il giudizio del movimento antipositivista che attribuisce scarsa legittimazione alla WRV, cui si oppone quello di Kelsen, secondo cui la Costituzione riposa su un compromesso di valori relativi: «Il relativismo è la concezione del mondo che il pensiero democratico presuppone» (La citazione, tratta da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *Id.*, *La democrazia*, Bologna, 1984, p. 141, è riportata da H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 117).

<sup>144</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p.116. Cfr. H.A. Winkler, *La Repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, Roma, 1998, pp. 105-116, per una visione realistica della natura compromissoria della Costituzione e dei suoi effetti; in particolare, secondo Winkler, la Costituzione di Weimar viene più sopportata che supportata. Il compromesso da cui scaturisce non accontenta appieno alcun partito. Diventa un simbolo repubblicano soltanto in seguito alla propaganda di odio e alle operazioni violente della destra estrema, lasciando intendere ai sostenitori dello Stato che la lotta per la Costituzione prosegue anche dopo la sua approvazione (*ivi*, p. 116). Al riguardo, si veda anche G.E. Rusconi, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977, il quale avanza una tesi che individua i patti stipulati prima e dopo la Costituzione, alla base del sistema politico-costituzionale di Weimar. Agli albori del periodo weimariano, il nuovo Stato solo apparentemente svolge la funzione di organo esecutivo ed amministrativo, ossia prendere decisioni in Parlamento o negli accordi con le varie parti sociali. Allo Stato non è consentito l'intervento politico nella legislazione economica, mentre è obbligato ai doveri sociali. In sintesi, le forze socialiste devono combattere dentro e fuori dal Parlamento per i diritti sociali, i quali sono ritenuti sacrificabili dallo Stato secondo criteri economici. Dunque, il movimento operaio organizzato non ha altra scelta se non quella di scendere a compromesso, stipulando dei patti con le altre forze politico-sociali. Il primo è l'accordo “Ebert-Groener”, patto militare tra lo Stato maggiore dell'esercito e i capi socialdemocratici del Governo provvisorio. Tale patto contempla la smobilitazione delle forze armate e la protezione del nuovo sistema democratico contro i comunisti. Tale compromesso si snoda nell'impegno dei militari di stampo imperialista alla lealtà repubblicana e nella promessa del Governo di lasciare all'esercito la propria autonomia. Il secondo è l'accordo “Legien-Stinnes”, patto sociale tra sindacati e imprenditori, il quale punta a istituzionalizzare il rapporto di lavoro e a basarlo sul riconoscimento reciproco delle sue parti, rendendolo autonomo nei confronti dello Stato. Il terzo è il patto politico che si suddivide in due accordi. Uno di questi prevede la mancata riforma dello Stato centrale rispetto a quelli federali. L'altro è l'accordo tra i partiti che mira ad assicurare il funzionamento del sistema repubblicano senza riserve. È il compromesso politico in senso stretto, ossia la “Coalizione di Weimar” (*ivi*, pp. 22-26). I tre patti decritti, diversi, interdipendenti e solidalmente funzionanti, costituiscono la struttura del sistema weimariano. In particolare, il patto politico si limita a registrare e formalizzare gli altri patti, con ciò rivelando la debolezza strutturale del sistema. L'espressione “democrazia contrattata” è da intendere in senso letterale se riferita a Weimar, in quanto trattasi di un caso limite tra i sistemi democratici rappresentativi basato su un ordine socio-economico capitalistico. In altri termini, ogni regime democratico è fondato su accordi di parte, ma sono i caratteri

Volendo cogliere il significato di insieme della WRV è opportuno richiamare l'attenta analisi del Mortati, il quale nota ripetutamente come la molteplicità dei motivi sottostanti alla costruzione della Costituzione non sia fusa ad una vera unità e come tale poliedricità si rifletta in entrambe le parti del testo costituzionale. Partendo dal presupposto che il *prius* di ogni ordinamento dei poteri è la parte dedicata ai diritti comprendente l'assetto sociale – cioè la scelta degli interessi meritevoli della tutela statale – ne consegue che la parte rivolta all'organizzazione dei poteri è posposta alla prima per assicurare il mantenimento dell'assetto sociale. Proprio l'incertezza relativa alla determinazione di quest'ultimo – nella WRV – si riverbera sulla struttura impressa al governo, conferendole un carattere polimorfo e disarmonico. È naturale che la complessa compagine sociale, osteggiando il dominio esclusivo di una sola classe dagli interessi ben definiti, implica la necessità di soluzioni compromissorie; tuttavia, queste non possono superare il limite costituito da un minimo grado di convergenza di interessi, al di sotto del quale il «compromesso non può più contare sul normale funzionamento dei congegni legali all'uopo predisposti, ma rimane alla mercé dei rapporti di forza, i quali dirigono le istituzioni verso svolgimenti che ne modificano del tutto la fisionomia».<sup>145</sup>

#### 2.4.1. *L'equilibrio dei poteri sulla scena politica ed istituzionale*

Il sistema di illusoria stabilità, il sistema di pacifica, ma fittizia risoluzione del “politico” e del “sociale” nel “giuridico” e nello “statale”, descritto dai teorici generali del diritto e dal positivismo ovvero dal formalismo giuridico ottocentesco entra in crisi, dal punto di vista giuridico, con l'inflazione legislativa – necessariamente prodottasi per fornire una risposta legislativa alle enormi trasformazioni sociali e politiche degli inizi del Novecento – e con la conseguente ri-politicizzazione della vita giuridica.<sup>146</sup>

La legge, pietra angolare del monumentale edificio dogmatico del diritto, non esprime più – in una Germania trasformata dalla rapidità dei processi socio-economici e politici di industrializzazione e democratizzazione – i motivi duraturi del consenso, ma soltanto l'opportunità momentanea, l'aggiustamento politico provvisorio delle mutevoli

---

storici, sociologici e politici tipici di Weimar a differenziarla dagli altri. Ragion per cui, anche Fraenkel non ripudia la conclusione dei compromessi alla base della Costituzione weimariana, che appare necessaria, ma teme l'impossibilità di stipularne altri (*ivi*, pp. 29-31).

<sup>145</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 72-73.

<sup>146</sup> Sull'equilibrio dei poteri a Weimar, si veda la breve analisi di Sbailò, il quale sostiene che «la conciliazione tra l'istanza democratico-unitaria e la tradizione autonomistica trovò la sua espressione significativa nel complesso equilibrio tra *Reichstag*, *Reichsrat*, governo e presidente della Repubblica, al fine di contemperare tra loro tre esigenze fondamentali: a. primato dell'assemblea eletta a suffragio universale; b. difese delle autonomie; c. unità di indirizzo politico della nazione». La preoccupazione del legislatore è che «nessuna delle tre esigenze entri in conflitto con una delle altre o possa determinarsi un'alleanza tra due delle tre a danno di una terza» (C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 193-196).

maggioranze parlamentari, il compromesso instabile tra opzioni ed interessi incompatibili. Nelle democrazie costituzionali del XX secolo – di cui la Repubblica di Weimar costituisce il primo, sfortunato esempio – la ricerca di sicurezza, di stabilità, di adesione del diritto a valori condivisi non può più affidarsi alla legge. Deve rivolgersi ad un livello superiore, a quello della Costituzione, non intesa più, a partire dalla Costituzione di Weimar, come lo statuto dello Stato, ma come deposito di valori consensuali collocati al vertice delle formalizzazioni costituzionali concrete, cioè come costituzioni formali e, insieme, materiali. Attraverso la Costituzione si cerca di porre rimedio alla sovrabbondante produzione di norme, all'incoerenza e alla precarietà del sistema, fissando limiti al potere di chi comanda per definire le condizioni e i modi in cui l'autorità deve essere esercitata e per cristallizzare i diritti soggettivi che le istituzioni devono tutelare. È ciò che già nel 1789 viene sancito dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino : «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione». Ed è ciò che già nel 1748 Montesquieu, nell'*Esprit de lois*, esprime lucidamente: «Chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti (...). Perché non si possa abusare del potere occorre che (...) il potere arresti il potere». Di certo tali principi non sono ignoti ai padri costituenti a Weimar, ma riuscirà il sistema costituzionale a mantenere l'equilibrio su cui le istituzioni della prima democrazia tedesca si reggono?

#### 2.4.1.1. *Il popolo*

Nello Stato democratico moderno, in seguito al superamento delle forme meramente rappresentative, il popolo si è arrogato il ruolo di organo supremo e di ultima decisione politica, risolutore dei conflitti tra i diversi organi costituzionali; ciò ha prodotto al suo interno un processo di specificazione ed organizzazione dei poteri idoneo ad accentrare la posizione del popolo nel panorama politico. Tuttavia, data l'eccezionalità degli interventi diretti popolari a causa dell'ampiezza e della complessità della macchina statale, si è reso opportuno creare dei meccanismi in grado di realizzare le direttive generali rilevate dalle consultazioni popolari e di conferire unità e rapidità all'esercizio del potere, scongiurando il monopolio di quest'ultimo nelle mani dello Stato.<sup>147</sup>

Il costituente di Weimar, nel cercare di realizzare tali esigenze, adotta un tipo di ordinamento complesso, ma allo stesso tempo plastico ed adattabile alle contingenze, in cui l'elemento di spicco è impersonato da un Capo dello Stato investito di un potere moderatore, che controlli l'azione dei vari organi, onde accertarne la rispondenza alla volontà popolare. Il modello in questione viene tuttavia modificato per sopperire alle

---

<sup>147</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 21.

deficienze manifestatesi altrove, mediante l'impiego di elementi strutturali di altri tipi, e per adattarlo alla situazione territoriale tedesca, caratterizzata dalla presenza di entità ancora fornite di autonomia costituzionale. In sostanza, i fondatori della WRV varano, tramite l'adozione di elementi ispirati a tipi di governo diversi, un sistema di contrappesi volto a garantire da eventuali abusi o deviazioni di potere.<sup>148</sup>

Il sistema di equilibrio tra poteri controbilanciantisi si incardina sul popolo, organo che avvia il meccanismo e lo rimette in sesto in caso di disfunzione, attraverso il rinnovamento della classe dirigente e la pronuncia definitiva in ordine a questioni specifiche. Il principio democratico raggiunge il culmine nel ruolo conferito al popolo in relazione al potere, in quanto organo promotore della Costituzione (come risulta dal preambolo) e organo di suprema decisione politica (come affermato all'art. 1), manifestando l'intenzione del costituente di rompere e col principio autocratico monarchico e con quello federale. Ne consegue che attribuire al popolo una funzione di pura e semplice scelta dei rappresentanti è un'operazione limitativa per un sistema che intenda basarsi sul postulato democratico. Difatti il costituente tedesco positivizza la possibilità di un'attività legislativa diretta da parte del popolo (*Volksgesetzgebung*) grazie a due istituti: il referendum, diretto a risolvere conflitti tra Presidente e Parlamento, nei casi di uso del potere di veto alla promulgazione delle leggi (art. 73 c. 1) o di proposta di deposizione del primo (art. 43 c. 2), conflitti all'interno del *Reichstag*, nel caso di proposte finalizzate a ritardare la pubblicazione di una legge (art. 73 c. 2), o conflitti tra *Reichstag* e *Reichsrat*, in rapporto a leggi ordinarie (artt. 73 c. 1 e 74) o a leggi costituzionali (art. 76); e la proposta di legge di iniziativa popolare (art. 73 c. 3). La consultazione popolare, intimamente connessa all'affermazione del principio democratico come fondante la costituzione dello Stato, permette agli organi rappresentativi di non allontanarsi dal sentimento popolare e ai partiti della coalizione di risolvere eventuali dissidi. Tuttavia allorché il popolo risulti diviso in molteplici correnti e vaste masse di cittadini restino fuori dai partiti, senza che questi riescano a polarizzare intorno a loro la pubblica opinione, tali istituti si rivelano sterili al punto da non essere impiegati – come avviene a Weimar.<sup>149</sup> Nell'intenzione dei promotori della nuova normativa costituzionale, la legislazione popolare – tra le conquiste della vita costituzionale tedesca, secondo Ernst R. Huber – deve fungere sia da elemento supplementare di democratizzazione dello Stato, sia da correttivo nei confronti del temuto assolutismo parlamentare. Gruppi parlamentari di opposizione e movimenti extraparlamentari ne sarebbero i principali destinatari potendosene avvalere per integrare o, più verosimilmente, contrastare l'attività legislativa del Parlamento. Fa parte dell'essenza stessa dell'«antinomia tra democrazia rappresentativa e democrazia plebiscitaria» – sostiene Huber – concepire la legislazione popolare come uno strumento

---

<sup>148</sup> *Ivi*, pp. 22-24.

<sup>149</sup> *Ivi*, pp. 33-36.

di lotta messo dai costituenti a disposizione delle parti politiche eventualmente in disaccordo con la maggioranza parlamentare.

#### 2.4.1.2. *Il sistema elettorale*

In linea con il principio democratico, il costituente, rinnova anche il sistema elettorale: il suffragio viene esteso a donne e soldati e l'età minima per votare scende a venti anni, affermando il principio d'uguaglianza nella formazione della volontà popolare. Per di più viene assunto al rango di principio costituzionale l'istituto della rappresentanza proporzionale per soddisfare un'esigenza tipica delle democrazie moderne in cui la massa degli elettori, portatori di svariati interessi economici e sociali e spinti da scopi politici difformi, deve poter assolvere alla propria funzione tramite dispositivi atti ad enucleare da essa gli orientamenti conformi a tali interessi e scopi, e a farli valere in fase deliberativa col peso da ciascuno posseduto. Seppure sia la pubblica opinione organizzata nei partiti politici a far funzionare le forme di rappresentanza proporzionale, sarà la legge elettorale, a partire dalla prima del 1920, e non la Costituzione, a conferire il massimo di proporzionalità alla rappresentanza, col sistema degli scrutini successivi, rendendo i partiti protagonisti nella scelta dei candidati.<sup>150</sup>

In effetti il sistema elettorale si avvale di un complicatissimo meccanismo che garantisce una proporzionalità quasi perfetta tra le scelte dell'elettorato e le corrispettive rappresentanze in Parlamento. Ciò nasce dal diffuso convincimento che il sistema proporzionale puro sia più democratico di quello maggioritario, che aumenta la rappresentanza dei partiti maggiori a scapito di quelli minori. Tuttavia non esiste solo il diritto delle opinioni politiche ad una rappresentanza proporzionale nei corpi legislativi, ma anche quello della popolazione ad essere ben governata. I due diritti possono convivere solo con un compromesso, visto che la formazione delle maggioranze parlamentari in grado di formare governi diventa più complicata quanto più è alto il numero dei gruppi al *Reichstag*.<sup>151</sup> In Germania, data la vasta gamma di partiti per lo più refrattari ad una convergenza democratica sui principi e ognuno sicuro della propria missione salvifica, la legge elettorale non farà che aumentare l'inclinazione dei tedeschi

---

<sup>150</sup> *Ivi*, pp. 36-37.

<sup>151</sup> Nel sistema proporzionale, se i partiti non si accordano, se non per escludere, una maggioranza potrebbe non esserci mai. Il sistema parlamentare tedesco del 1919 prevede la governabilità sulla base di una maggioranza parlamentare, ma vi sono casi di partiti a priori rifiutati da eventuali maggioranze, e vi sono partiti che rifiutano di entrare in coalizioni fino a che non siano diventati il solo partito maggioritario. In questo modo viene messo in discussione il funzionamento stesso del sistema di governo. Ponendo il caso di una grande coalizione da destra a sinistra, e ponendo il caso di un conflitto, si ha una paralisi decisionale, superabile solo attraverso un Governo di minoranza, tollerato dall'altro partito. Il risultato contraddice il senso stesso del parlamentarismo – cioè il principio di maggioranza – in modo relativo ma efficace. Se, poi, la coalizione include anche estremi assoluti, si ha una totale disfunzione del sistema parlamentare, in quanto i programmi radicali impediscono qualunque coalizione. È una via senza uscita, dipendente dall'alea delle elezioni.

verso partiti ancorati a filosofie e programmi, ma sganciati da logiche di compromesso.<sup>152</sup>

#### 2.4.1.3. *I partiti politici*

Malgrado la loro riluttanza a stringere compromessi, «i partiti devono esserci, [perché] piaccia o non piaccia, sono l'unico mezzo per la formazione dei governi».<sup>153</sup> I partiti sono essenziali per la forma di democrazia parlamentare che il *Reich* tedesco si è data nel 1919. Figli della grande transizione dalla vecchia Europa agraria divisa per ceti agli Stati industrializzati del XX secolo, i partiti rappresentano la risposta alla crisi di orientamento generatasi in una società ormai divisa al suo interno.<sup>154</sup> La rivendicazione di libertà e felicità del singolo, il riferimento al popolo e alla nazione, la classe come principio informatore dell'identità sono i fenomeni che si manifestano in una comunità in cui religione e saldi legami cedono terreno a miti e aspirazioni della nuova epoca in lotta tra loro. Ogni partito si crede il “salvatore del tutto”, propugna idee, filosofia, programmi invece che appellarsi a interessi sociali o economici, disconoscendo l'esistenza di altri partiti. Tra le formazioni partitiche regna un'incomunicabilità tale da impedire il raggiungimento di qualsiasi accordo. Il carattere autodistruttivo dei partiti tedeschi – la cui *ratio* consiste non già nella formazione di maggioranze parlamentari e di governi, bensì nella proclamazione di idee e verità – intralcia anche l'armonico passaggio al sistema parlamentare, in quanto una politica difforme dalla loro diviene automaticamente nemica.<sup>155</sup>

A ciò va aggiunto che i partiti tedeschi sono contrassegnati da un marchio regionale dovuto agli stretti rapporti coltivati con gruppi sociali e interessi economici determinati, oltre al fatto che il loro fulcro è costituito da una visione del mondo a cui sono ispirati i singoli programmi, valorizzando, in tal modo, più i principi che le concrete possibilità d'azione. In un sistema parlamentare, i partiti fanno da tessuto connettivo tra la società civile e lo Stato, integrando, da un lato, gli interessi materiali della base sociale e mediandoli, dall'altro, sulla scena politica. Tuttavia essi,

<sup>152</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 111-112.

<sup>153</sup> «Chi prima si irritava per l'arroganza dei militari o dei funzionari statali, può oggi irritarsi per l'egoismo e la litigiosità dei partiti. Senza cose di cui irritarsi o soffrire non si dà governo alcuno. Fare e sopportare governi è sempre stata una faccenda sgradevole e difficile e continuerà ad esserlo». La citazione del liberale Ernst Troeltsch è tratta *ivi*, p. 81.

<sup>154</sup> Prima che esplosione demografica, industrializzazione e migrazioni trasformassero la Germania, consegnandola al XX secolo, «l'esistenza delle persone era rimasta legata per generazioni e generazioni ad un luogo, ad un territorio, sviluppandosi in una fitta rete di parentele vicine e lontane, e all'interno di un ambiente familiare (...). Dintorni, famiglia, religione, ceto, signoria, dialetto, mestiere: tutto ciò aveva formato un compatto tessuto di sicure e ferme appartenenze (...). Tutto ciò è ora [agli inizi del '900] cessato. La sensazione dominante dell'epoca è quella dell'assenza di patria e di radici. I vincoli familiari sono spezzati, allentati i legami religiosi, finiti i tradizionali rapporti di dipendenza e di fedeltà. Ciò conduce a una profonda insicurezza» (*ivi*, pp. 82-83).

<sup>155</sup> *Ivi*, pp. 81-86.

funzionando solo come rappresentanze di interessi, permettono al Governo di speculare sulle loro rivalità e di trovare progressivamente il sostegno di maggioranze mutevoli a seconda delle situazioni.<sup>156</sup> Difatti, nei quattordici anni di vita della Repubblica, i partiti alleatisi nella coalizione di Weimar governano il Paese per soli quattro anni e mezzo in totale, mentre nel periodo residuo il *Reich* resta in piedi grazie a deboli governi di minoranza, a coalizioni di partiti antirepubblicani o a gabinetti di funzionari benaccetti al Presidente.

Non resta, ora, che analizzare da vicino le singole istituzioni comprese nell'organizzazione dei pubblici poteri, per cogliere appieno le soluzioni offerte dal costituente weimariano.

#### 2.4.1.4. *Il Reichstag*

Il *Reichstag*, oltre a legiferare, è chiamato a garantire sia la formazione di stabili maggioranze, sia la valorizzazione del sistema dei partiti, assumendo la funzione di direzione politica del Paese. Esso è formato da deputati che rappresentano tutto il popolo, eletti secondo il sistema proporzionale per quattro anni (artt. 20-23); può richiedere la presenza del Cancelliere e dei Ministri, ammessi alle sue sedute, alle quali i *Länder* sono autorizzati ad inviare loro incaricati per rappresentare il punto di vista dei rispettivi governi circa le questioni in oggetto (art. 33). Il *Reichstag* – secondo una rilevante innovazione apportata dalla L. 15 dicembre 1923 – costituisce una commissione permanente a garanzia del diritto della rappresentanza popolare di fronte al Governo, in caso di sospensione dell'attività parlamentare, per fine della legislatura o scioglimento, fino alla convocazione del nuovo Parlamento (art. 35 c. 2). I suoi membri, al pari di quelli dei *Länder*, godono dell'immunità giudiziale funzionale e sono perseguibili solo dietro autorizzazione della camera cui appartengono (artt. 36-37). Il Parlamento può appellarsi al popolo perché con plebiscito deponga il Presidente del *Reich*, con una maggioranza qualificata, in seguito alla quale questo è sospeso dal suo ufficio, ma viene reintegrato in caso di rigetto della proposta di deposizione, causando lo scioglimento del Parlamento (art. 43 c. 2); può richiedere la revoca delle misure prese dal Presidente o dal governo di un *Land* ex art. 48 c. 2 (art. 48 cc. 3 e 4) e se alleanze e trattati con altri Stati interessino la materia legislativa, occorre il suo consenso (art. 45 c. 3); può, con espressa deliberazione, ritirare al Governo la fiducia, previamente concessa, di cui necessita per rimanere in carica (art. 54); controlla la direzione politica del Cancelliere e di ogni singolo Ministro (art. 56) e ha inoltre la facoltà, su proposta di almeno cento deputati per la cui approvazione occorre la maggioranza qualificata, di accusare innanzi al Tribunale costituzionale il Presidente, il Cancelliere e i Ministri se questi abbiano con colpa violato la Costituzione o le leggi (art. 59). Per quanto attiene

<sup>156</sup> C. Tommasi, *Dal «Kaiserreich» a Weimar*, cit., pp. 262-263.

il potere prettamente legislativo, il *Reichstag* condivide il diritto di iniziativa insieme al Governo, ma delibera autonomamente le leggi (art. 68); se un terzo del Parlamento lo richiede, la pubblicazione di una legge può essere sospesa per sessanta giorni, salvo che il *Reichstag*, insieme al *Reichsrat*, la dichiarino urgente (art. 72); infine le modificazioni della Costituzione sono possibili se due terzi dei deputati siano presenti e due terzi dei presenti le approvino (art. 76 c. 1).<sup>157</sup>

#### 2.4.1.5. *Il Governo del Reich*

Il Governo del *Reich* è composto dal Cancelliere – che ne è presidente e ne dirige l'attività, determina le direttive politiche di cui si assume la responsabilità davanti al Parlamento e propone la nomina e la revoca dei Ministri al Capo di Stato che ne esercita formalmente il potere – e dai Ministri – organi costituzionalmente autonomi e idonei a limitare l'azione del Cancelliere nell'ambito di ogni ripartizione amministrativa loro assegnata, che devono sottoporre al Consiglio, che vota a maggioranza, progetti di legge, altri provvedimenti fissati dalla Costituzione o dalle leggi e conflitti su questioni concernenti la competenza di più ministeri – che, nominati e licenziati dal Capo di Stato, hanno tuttavia bisogno della fiducia del *Reichstag* per l'esercizio delle loro funzioni (artt. 52-58).

Come si è visto, anche il Governo vanta il diritto di iniziativa legislativa, ma la presentazione delle sue proposte di legge è subordinata al consenso del *Reichsrat* e qualora non raggiunga un accordo con questo, può comunque dar corso alla sua proposta attestando l'opinione contraria del *Reichsrat* (art. 69 c. 1); inoltre il Governo è competente circa i regolamenti per l'esecuzione delle leggi, se non sia altrimenti disposto dalla legge, per cui occorre l'autorizzazione del *Reichsrat* se l'esecuzione spetti agli organi dei *Länder* (art. 77). Una norma importante – costituisce il limite più efficace al potere personale del Capo di Stato, in realtà attenuato dalla duplice facoltà del Presidente di licenziare il Cancelliere che si rifiuti di controfirmare, e di sciogliere il Parlamento che neghi la fiducia al nuovo – riguarda le ordinanze e i provvedimenti del Presidente che per essere validi necessitano della controfirma del Cancelliere o del

---

<sup>157</sup> Sin dal 1921, la “costituzionalità” dell'art. 76 emerse nella sua tautologia: per potersi considerare violata quella disposizione, sarebbe stata necessaria la “complicità” del *Reichstag*, del *Reichsrat* e dello stesso Presidente della Repubblica, nel combinato disposto degli articoli 74 e 70 (...). Solo così l'“elusione” avrebbe consumato il “tradimento”. Infatti l'articolo 2 della legge del 9 luglio 1921, di attuazione dell'articolo 108 sul Tribunale costituzionale, aveva fissato la competenza giudiziale a decidere sull'accusa del *Reichstag*, in base all'articolo 59, contro Presidente della Repubblica, Cancelliere e Ministri per violazione della Costituzione e delle leggi, esigendo, per l'approvazione, la medesima maggioranza richiesta allo stesso *Reichstag* per le modificazioni costituzionali. Insomma, l'unico modo per rilevare il “vero tradimento” coincideva con la sua denuncia da parte, però, del suo stesso colpevole: quell'assemblea che aveva deliberato il testo “in contrasto” con l'articolo 76. (...) La “fedeltà costituzionale” al testo risultava difficilmente giustiziabile» (M. Carducci, *Una «danza sull'orlo del vulcano»*, cit., pp. XXVI-XXVII).

Ministro competente, che se ne accollano la responsabilità (art. 50); ciò per rendere gli atti presidenziali omogenei con la volontà della maggioranza parlamentare da cui il Governo riceve l'investitura. Disposizioni più precise sul potere tipico del Governo sono date nel capo VI che regola l'applicazione della legge in materie specifiche.

I rapporti tra Parlamento e Governo sono dettati allo scopo di garantire l'unità dell'azione statale, in conformità alle aspirazioni del popolo, espressa più efficacemente dalla camera elettiva e di rendere l'azione esecutiva e quella legislativa indipendenti tra loro, per impedire pericolosi accentramenti di potere. Si è irrigidito il congegno costituzionale per assicurare una stretta connessione tra gli organi in questione, lasciando tuttavia elastico il rapporto di reciproca influenza tra loro. Inoltre, da un lato si è rafforzato il Parlamento rispetto al Governo, per accostare quest'ultimo alla figura di comitato esecutivo della maggioranza parlamentare, dall'altro si è resa preminente la posizione del Cancelliere per incrementare, con l'unità della direzione, l'autorità e l'indipendenza del Governo nei confronti del Parlamento, lasciando tuttavia coesistere, in virtù del criterio dei contrappesi, il principio collegiale del gabinetto con quello monocratico del Cancelliere.<sup>158</sup>

Inoltre è da sottolineare che la posizione del Governo, vincolata ad una duplice base di fiducia, quella del Presidente e quella parlamentare, è resa indipendente, circa la sua efficacia, dall'equilibrio dei due supremi poteri contrapposti, senza il quale Cancelliere e Ministri difficilmente potrebbero fruire di un'autonomia sufficiente alla conduzione di una politica attiva. Perciò occorre sempre il sostegno di una maggioranza solida, o quantomeno la presenza di un sistema politico in grado di metabolizzare eventuali crisi di governo.<sup>159</sup>

#### 2.4.1.6. *Il Presidente del Reich*

Il Presidente del *Reich* è l'organo che ricopre più degli altri (*Reichsrat*, consiglio economico, Tribunale costituzionale) la funzione di limitazione e di contrappeso al potere di direzione politica e al Legislativo. Il costituente weimariano pensa ad un Presidente – diverso dal modello francese e da quello nordamericano – simbolo di un'istituzione contraddistinta dai caratteri di durata, stabilità e unità tali da eseguire la funzione di controllo dell'attività parlamentare e governativa, efficace quanto quella

---

<sup>158</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 24-26. Cfr. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 226, in cui il costituzionalista descrive l'intricata situazione del Cancelliere, stante la situazione del sistema partitico, costretto a mediare tra le parti, non potendo condurre in modo deciso la compagine governativa; inoltre, giudica, dal punto di vista formale, contraddittorio l'art. 56 WRV, perché prevede l'accertamento delle responsabilità dell'indirizzo politico nel Cancelliere e quello delle singole competenze nei Ministri, favorendo la disomogeneità nel complesso governativo. Egli vede un contrasto tra la natura monocratica e collegiale del Governo, esacerbato dalla natura del *Parteienstaat* (Stato di partiti), che indebolisce l'Esecutivo rispetto al Legislativo.

<sup>159</sup> C. Tommasi, *Dal «Kaiserreich» a Weimar*, cit., p. 279.

ricoperta dal Re nello Stato monarchico: «costituire cioè un punto fermo nel fluttuare delle singole correnti di opinioni e nella mutabilità dei governi».<sup>160</sup>

Per tali motivi la sua nomina è affidata all'elezione popolare diretta (art. 41), la durata del suo ufficio fissata in sette anni e la sua rieleggibilità non sottoposta a limiti (art. 43 c. 1). La sua perseguibilità penale è subordinata al consenso del *Reichstag* (art. 43 c. 3), di cui, tra l'altro, non può essere membro (art. 44). Le funzioni, di carattere decisionale, attribuite al Presidente sono più estese di quelle concernenti il mero coordinamento dei poteri e di quelle volte a provocare il giudizio popolare sull'attività parlamentare. Egli ha la rappresentanza del *Reich* nelle relazioni internazionali (art. 45 c. 1), nomina e licenzia gli impiegati e gli ufficiali (art. 46) oltre che, come predetto, il Cancelliere e, su proposta di questi, i Ministri, ha il comando supremo dell'esercito (art. 47), approva il regolamento secondo cui il Cancelliere dirige l'attività governativa (art. 55) e decide in caso di parità di voto del Consiglio dei Ministri (art. 58). Per quanto concerne il potere legislativo, il *Reichspräsident* deve promulgare le leggi e pubblicarle nel giornale ufficiale del *Reich* entro un mese (art. 70), può, entro un mese dalla approvazione, sottoporre a referendum, prima della sua pubblicazione, una legge votata dal *Reichstag* (art. 73 c. 1), esclusivamente provocare una decisione popolare sulla legge di bilancio, su leggi di imposte, o relative a stipendi (art. 73 c. 4) e promuovere una decisione popolare sull'oggetto del conflitto fra *Reichstag* e *Reichsrat* se non trovano l'accordo per l'approvazione di una legge (art. 74 c. 3).

Si è già detto della volontà del costituente di costituire un organo, come il Presidente, dotato di ampi poteri si da renderlo imparziale e risolutore dei conflitti istituzionali, ma allo stesso tempo limitato nella sua autorità per evitare il rischio di una dittatura. Nel quadro costituzionale, i limiti al potere del Capo di Stato consistono nella potestà conferita al Parlamento di proporre al popolo la sua deposizione, pur se di difficile esercizio, per la conseguenza del suo automatico scioglimento, in caso di mancato accoglimento della proposta (art. 43 c. 2) e nella necessità della controfirma del Cancelliere o di un Ministro per convalidare i suoi atti (art. 50), attenuato dalla facoltà del Presidente di licenziare l'organo che gli neghi la controfirma e di nominarne uno nuovo. Ad ogni modo, visto che il Parlamento può non dare la fiducia al Governo o ritirla, risulta chiaro come il contropotere del Presidente più rilevante nella dinamica dei rapporti tra gli organi sia contenuto nell'art. 25 c. 1, che gli consente, senza

---

<sup>160</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 27-28. Intorno alla figura del Presidente, durante la discussione all'interno dell'Assemblea, ruotano diverse opinioni: Weber predilige un Presidente che fondi la propria autorità sulla legittimità rivoluzionaria espressa da un'elezione popolare, in modo da direzionare l'esercizio del potere verso la socializzazione: strumento adatto al processo politico della società di massa come contrappeso plebiscitario al potere mediato del Parlamento e fattore decisivo nei momenti di necessità; Preuss vede nel Presidente un contrappeso con poteri incisivi che tramite l'investitura diretta del popolo possa realizzare la parità dell'Esecutivo col Parlamento; complessivamente emerge una tendenza conservatrice ad attribuire al Capo di Stato poteri sempre maggiori, cercando di rimpiazzare la figura del *Kaiser* (F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 221-222).

intromissione del *Reichsrat* e con la semplice controfirma del Cancelliere, di sciogliere il *Reichstag* per i seguenti motivi: permettere agli elettori di sostituire un Parlamento non più corrispondente alla volontà popolare; concedere al popolo la possibilità di esprimersi circa un conflitto tra partiti riguardante questioni fondamentali in un caso di politica interna o estera; lasciare decidere al popolo un conflitto tra Parlamento e Governo; sostituire un Parlamento incapace di costituire una maggioranza parlamentare. Tuttavia il potere è esercitabile «solo una volta con la medesima motivazione»;<sup>161</sup> tale clausola è predisposta per evitare il ripetuto scioglimento del Parlamento, ma l'Esecutivo potrebbe pur sempre costruire motivazioni diverse senza che la ragione strutturale sia cambiata: se la ragione di fondo resta la difficoltà del Parlamento a costituire la maggioranza, le motivazioni differenti si fondano sul rigetto dei diversi progetti di legge del Governo da parte del Parlamento. Se a ciò si aggiunge che un controllo giurisdizionale della costituzionalità di ripetuti scioglimenti del Parlamento è irrealizzabile – in teoria il *Reichsstaatsgerichtshof* può procedere contro il Presidente per violazione della Costituzione, ma se e solo se la richiesta venga inoltrata dai due terzi del *Reichstag* – si capisce di quale arma sia munito il *Reichspräsident*.

Un'attenzione particolare merita il famoso art. 48.<sup>162</sup> Soprattutto il comma 2<sup>163</sup> – considerata la Costituzione dentro la Costituzione – il quale prevede l'attribuzione di poteri straordinari – successivamente denominati “dittatoriali” (*Diktaturgewalten*) – al Presidente, in caso di grave turbamento della sicurezza e dell'ordine del *Reich* e in caso di necessità anche con l'aiuto dell'esercito, che a tal fine può anche sospendere temporaneamente un certo numero di diritti fondamentali; il comma 1<sup>164</sup> attiene all'impiego del potere militare da parte del Presidente nei confronti del *Land* inadempiente (*Reichsexekution*); il comma 3 impone al Presidente di comunicare al

---

<sup>161</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 98. Tale limitazione ha origine nella Germania degli anni 1862-1866, quando il governo prussiano, guidato da Bismark, aggira l'opposizione parlamentare tre volte con lo scioglimento del Parlamento e quattro volte con la chiusura della Camera dei deputati, interrompendo l'effettiva operatività del Legislativo da parte dell'Esecutivo con la medesima motivazione.

<sup>162</sup> Per un'analisi storica dell'art. 48 WRV si veda V. Frosini, *La democrazia pericolante. Note storiche sull'art. 48 della Costituzione di Weimar*, in «Diritto e società», n. 2, 1979.

<sup>163</sup> Art. 48 c. 2 WRV: «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153» (*ivi*, p. 106) che corrisponde all'art. 68 RV che recepisce la legge prussiana sullo Stato d'assedio: «L'Imperatore, se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Federazione, può dichiarare una parte di questo territorio in stato d'assedio. Fino a che una legge del Reich non abbia regolato i casi, la forma, la pubblicità e gli effetti di una simile dichiarazione, saranno applicate le prescrizioni della legge prussiana del 4 giugno 1851» (F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2002, p. 180).

<sup>164</sup> Art. 48 c. 1 WRV: «Se un *Land* non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del *Reich*, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata» (*ivi*, p. 106) che corrisponde all'art. 19 RV: «Quando i membri della Federazione non adempiano ai doveri federali che impone loro la costituzione, possono esservi costretti con misure esecutive (*Exekution*). Questa esecuzione è ordinata dal Bundesrath e compiuta dall'Imperatore» (F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 166).

Parlamento le misure necessarie prese, da revocare se questo lo richieda, mentre il comma 4 offre la possibilità ad ogni Land di adottare, in caso di emergenza, le misure *ex c. 2*, anche queste da revocare su richiesta del Presidente o del Reichstag; infine l'ultimo comma dispone che una futura legge del *Reich* avrebbe regolato in modo più dettagliato la materia, senonché questa legge non sarà mai emanata, lasciando alla piena discrezionalità del Presidente l'esercizio dei poteri e la decretazione dello stato d'emergenza.<sup>165</sup>

Le domande nate da diverse interpretazioni dell'art. 48 WRV – se la Costituzione prevede l'emanazione da parte del Capo di Stato di ordinanze di emergenza sostitutive della legge o se vi sono altri limiti al potere del Presidente oltre alla controfirma o alla richiesta di revoca delle misure – trovano risposte nella storia costituzionale tedesca, più che in linea di principio. Il *Kaiser*, nel dichiarare lo stato d'assedio *ex art. 68 RV*, non può emanare provvedimenti sostitutivi della legge; tuttavia, i comandanti militari si avocano tale facoltà servendosi della legge prussiana sullo stato d'assedio, introducendo di fatto una prassi condivisa dalla dottrina prevalente. In tal modo i Presidenti weimariani ricavano dall'autorizzazione a prendere delle misure in caso d'emergenza la facoltà di produrre atti giuridici di ogni sorta, durevoli e aventi forza di legge secondo la maggior parte della dottrina – ordinanze dittatoriali (*Diktaturverordnungen*) potenzialmente in grado di violare, modificare o abrogare leggi esistenti.<sup>166</sup> Il potere conferito dalla Costituzione concerne l'istituzione di uno stato di eccezione informale – potendo il Presidente determinare liberamente gli effetti e la durata del suo intervento – in cui sono legalmente consentite, in caso di una situazione di emergenza concreta, delle misure temporaneamente deroganti il diritto costituzionale, lo scopo delle quali mira al mantenimento dell'ordine e al respingimento delle minacce, dunque alla restaurazione dello *status quo ante*: una difesa della Costituzione. Quindi, un limite naturale, implicito al potere discrezionale del Presidente «deve vedersi nella necessità della conservazione della struttura democratica e repubblicana della costituzione: è questo fine della salvaguardia dello spirito della costituzione che può giustificare la violazione di singole disposizioni».<sup>167</sup> Ma sostenere l'esistenza di un limite e non avere un organo di controllo che possa constatare la sua violazione, equivale a negare la sua sopravvivenza.

<sup>165</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 107 in nota. Una legge esecutiva avrebbe impedito l'elusione dei limiti del potere dittatoriale e avrebbe dovuto interpretare l'art. 48 fino a configurare una modifica costituzionale, per cui occorre una maggioranza qualificata che il Parlamento mai avrebbe raggiunto.

<sup>166</sup> Nel marzo 1925 viene realizzato un progetto di legge per attribuire all'Esecutivo la facoltà di emanare leggi ("legiferazione semplificata"), regolarizzando la prassi delle ordinanze d'emergenza sostitutive della legge, ormai inevitabili, attraverso la modifica dell'art. 77 WRV: il Governo, per rimediare ad una situazione d'emergenza, se il Parlamento è vacante (dopo lo scioglimento delle camere e prima delle nuove elezioni), può emanare ordinanze con forza di legge, purché non contrarie alla Costituzione, con l'approvazione del *Reichsrat* e della Commissione per la difesa dei diritti dei rappresentanti del popolo; il *Reichstag* può tuttavia annullarle. Siccome il progetto non viene approvato, nel caso in cui il Parlamento è impossibilitato ad operare, si continua a ricorrere all'art. 48, rischiando di trasformare lo stato d'eccezione in una condizione ordinaria.

<sup>167</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 107 in nota.

Gli unici organi a poter controllare l'operato del Presidente sono il Governo, nella persona del Cancelliere o del Ministro competente, in modo diretto e preventivo attraverso la controfirma e il Parlamento in modo indiretto potendo ritirare la fiducia al Governo o in modo successivo tramite la richiesta di revoca delle misure, ma, come precedentemente sottolineato, il *Reichspräsident* può vanificare il tentativo del primo destituendolo o sostituendolo con uno disposto a controfirmare e minacciare il secondo con lo scioglimento delle camere.

La carica del Presidente viene così elevata a quella di un Capo di Stato indipendente, in virtù della elezione plebiscitaria, che, con la facoltà di sciogliere il Parlamento, di scegliere il Governo e disporre di poteri dittatoriali può in caso di conflitto imporsi svolgendo la funzione di garante del parlamentarismo genuino. Più sono grandi le difficoltà in ambito parlamentare, più aumentano le possibilità di avere un Governo presidenziale. Qualora il Parlamento sia sciolto e il Governo nominato, le elezioni diventano automaticamente un referendum sul Governo, in questo caso quasi eletto dal popolo. Di conseguenza, negli ultimi anni della Repubblica, allorché sia la costituzione di un Governo con una maggioranza in parlamento, sia il surrogato di un Governo di minoranza tollerato da una maggioranza si rivelano impraticabili, il passaggio al sistema presidenziale (*Präsidialsystem*), sembra essere l'unica soluzione possibile. In questo modo, attraverso la combinazione degli articoli 25 e 48 il Presidente, dotato di poteri eccezionali, influisce non solo sulla nomina del Governo, bensì sulla stessa attività di Governo, raggiungendo competenze ad interim superiori a quelle conferitegli in situazioni normali. Quindi il modello di governo parlamentare fondato su un sistema di pesi e contrappesi, diritti e controdiritti è capace di garantire l'equilibrio tra Legislativo ed Esecutivo, solo in caso di "bel tempo" politico; in caso contrario scende in campo la "Costituzione di riserva" che, temendo i fantasmi di un assolutismo parlamentare, affida i tre poteri – potere esecutivo diretto, potere giudiziario (il Presidente decide chi o cosa sia pericoloso) e potere legislativo straordinario – nelle mani del Capo di Stato, lasciando che la bilancia penda a suo favore.<sup>168</sup> D'altronde, se si ragiona in termini di equilibrio, pare chiaro – come osserva Redslob nel 1924 – che «il potere del Presidente diminuisce singolarmente quello della Dieta», potendo il primo ricorrere alla pronuncia popolare o esercitare gli ampi poteri ai sensi dell'art. 48; a posteriori il giurista francese dirà che «l'armonia è assente dall'opera [e che] la carta di

---

<sup>168</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 112-115. La ragione della superiorità della carica rappresentativa monocratica sull'organo di rappresentanza collegiale, l'ha già intuiva ed esposta Marx in *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* quando, a proposito del potere di Napoleone III, scrive: «mentre i voti della Francia si disperdono sui 750 membri dell'Assemblea nazionale, qui invece si concentrano su un solo individuo (...). L'Assemblea nazionale eletta è unita alla nazione da un rapporto metafisico, il presidente eletto è unito alla nazione da un rapporto personale. È ben vero che l'Assemblea nazionale presenta nei suoi rappresentanti i molteplici aspetti dello spirito nazionale; ma nel presidente questo spirito si incarna. Egli possiede rispetto all'Assemblea una specie di diritto divino; egli è per grazia del popolo».

Weimar è un mosaico nel quale si distingue una figura centrale, circondata da elementi di rischio», in quanto al principio della prevalenza parlamentare può essere sostituito quello dell'Esecutivo che poggia sul sostegno plebiscitario. L'appello al popolo ad opera del Presidente costituisce quindi un pericolo «susceptibile di preparare le vie alla rinascita dell'esecutivo dominatore, come esisteva in Germania prima della guerra». Ad ogni modo le potenzialità autoritarie dell'assetto costituzionale tedesco si rivelano nella loro concretezza solo con l'inasprimento della crisi socio-economica, con la conversione della crisi particolare dei vari settori in crisi generale del sistema.<sup>169</sup> Il *Reichspräsident*, pensato come contropotere ad un eventuale parlamentarismo assoluto, in caso di emergenza esercita poteri straordinari surrogandosi al *Reichstag* e si trasforma da potere neutro con funzione stabilizzatrice a fattore attivo del potere di governo.

#### 2.4.1.7. Il Reichsrat e il Consiglio economico

Gli altri organi di arresto dell'azione parlamentare sono il *Reichsrat* e il Consiglio economico. Il *Reichsrat* rappresenta i *Länder* nella legislazione e nell'amministrazione statale, i quali vi partecipano in proporzione al numero della popolazione di ognuno e nelle persone dei membri dei loro governi; a differenza del *Bundesrat* dell'ordinamento precedente, non assume il ruolo di organo legislativo parimenti ordinato rispetto al Parlamento, in quanto il carattere federale si è attenuato nel nuovo tipo di Stato, che risulta incompatibile con il sistema di equilibrio tra due camere equipollenti necessitato a dare il medesimo rilievo agli interessi unitari ed a quelli dei singoli Stati. Pertanto il potere del *Reichsrat* consiste nell'accettazione preventiva dei progetti di legge di iniziativa governativa (art. 69) e nel veto contro leggi approvate dal *Reichstag* (art. 74), i quali tuttavia non producono effetti diretti e vincolanti; il suo veto ad una legge modificativa della Costituzione appare, invece, rilevante perché ne impedisce la pubblicazione qualora su di essa chiedo il referendum (art. 76 c. 2); inoltre il suo consenso, sostituibile solo dal referendum favorevole, è condizione di efficacia dell'aumento di spese nel progetto di bilancio da parte del Parlamento (art. 85 cc. 4 e 5). Organizzatisi su base parlamentare i *Länder* ed esprimendo i relativi governi le correnti politiche in ciascuno dominanti, il *Reichsrat* viene ad assumere la posizione di una camera di partiti, mezzo di lotta politica nelle mani di gruppi che indeboliscono l'azione del partito dominante nel *Reich*, contrastandone l'indirizzo.<sup>170</sup>

<sup>169</sup> F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 80-81. Le citazioni di Redslob sono tratte *Ibidem*. L'analisi di Redslob, che paventa un ritorno allo *Obrigkeitsstaat*, è riscontrabile anche nelle parole di Schulze, il quale tuttavia, come Lanchester, lo condiziona all'avvento della crisi: «la Costituzione della repubblica di Weimar, senza che si faccia violenza alla sua lettera, quando è messa alla prova dell'emergenza, scopre un volto ben noto: il costituzionalismo monarchico di stampo bismarkiano» (H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 115).

<sup>170</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 30-32.

Il Consiglio economico, espressione dei gruppi professionali, in proporzione alla loro importanza economica e sociale, ha una funzione meno rilevante rispetto al *Reichsrat*, in quanto è titolare di una potestà consultiva e di iniziativa legislativa nella materia sociale ed economica, non vincolante il Parlamento, se non nel senso di obbligare a prendere in esame i pareri e le proposte formulati (art. 165). Per le difficoltà di conciliare diversi punti di vista in merito al valore costituzionale da riconoscere a tale organo, ci si è limitati ad affermare il principio di un corpo rappresentativo professionale in una forma embrionale e priva di spicco a livello istituzionale.<sup>171</sup>

#### 2.4.1.8. *Il Tribunale del Reich*

Per chiudere il cast degli attori della scena costituzionale, non rimane che analizzare un nuovo organo dello Stato, inesistente nel precedente ordinamento costituzionale, da istituire con legge del Reich come disposto dall'art. 108 WRV: lo *Staatsgerichtshof*. La legge in questione viene promulgata il 9 luglio 1921, data in cui si insedia a Lipsia il Tribunale costituzionale del Reich tedesco, mentre il 6 dicembre 1921 viene pubblicato un regolamento per il funzionamento del Tribunale.<sup>172</sup>

Tale organo può essere chiamato dal governo di un *Land* o da quello del *Reich* a decidere in caso di divergenza di opinioni circa l'esecuzione delle leggi statali da parte di uno Stato membro, salvo sia competente un'altra autorità giudiziaria (art. 15 c. 3); risolve, su istanza di parte, il contrasto sul regolamento dei rapporti patrimoniali in occasione di un mutamento territoriale o della formazione di nuovi *Länder* (art. 18 c. 7); dirime, su richiesta di una delle parti contendenti, le controversie costituzionali sorte all'interno di un *Land*, quelle di natura pubblica tra due o più *Länder* o tra il *Reich* e un *Land*, sempre che non sia competente un altro organo giudiziario statale (art. 19 c. 1); decide, in caso di contestazioni, sull'estensione al *Reich* dei poteri pubblici in ordine al passaggio delle linee ferroviarie (art. 90). La Costituzione dispone anche, ai sensi dell'art. 59, che lo stesso Tribunale è competente a decidere sulle accuse eventualmente mosse dal *Reichstag* al Presidente della Repubblica, al Cancelliere e ai Ministri in caso di violazione colposa della costituzione o delle leggi, rinviando alla legge sul Tribunale costituzionale per le altre norme.

---

<sup>171</sup> *Ivi*, pp. 32-33.

<sup>172</sup> La legge citata prevede una diversa composizione dell'organo in base alla diversa specie di giudizio ad esso sottoposto: il Tribunale è presieduto nel caso *ex art. 59 WRV*, dal Presidente del *Reichsgericht* (organo assimilabile alla Cassazione italiana), da tre membri dei Supremi Tribunali prussiano, bavarese ed anseatico, da un avvocato di Stato e da dieci membri scelti all'inizio di ogni legislatura, in egual misura da *Reichstag* e *Reichsrat*; nelle ipotesi *ex artt. 15, 18, 19 WRV*, dal Presidente del Supremo Tribunale amministrativo, da tre suoi consiglieri e da tre membri del *Reichsgericht*; nel caso *ex art. 90 WRV*, rispetto alla precedente composizione, variano i rappresentanti degli organi supremi ridotti ad uno per ciascuno e vi si aggiungono quattro membri nominati da *Reichsrat* e *Reichstag*. Nel primo caso il procedimento è modellato su quello penale, negli altri due su quello civile (*ivi*, pp. 125-126 in nota).

Ciò ha indotto alcuni a vedere nello *Staatsgerichtshof* il custode della Costituzione. Il tribunale stesso oltre a definirsi tale in una nota sentenza del 1925 si è anche dichiarato competente ad esercitare un controllo giurisdizionale (*richterliches Prüfungsrecht*) contro le leggi ordinarie del Reich, cioè ad esaminare la conformità delle leggi ordinarie alla Costituzione.<sup>173</sup>

In realtà, il Tribunale dispone di limitate competenze. Non si ravvisa a Weimar una garanzia costituzionale dei diritti fondamentali non essendo prevista la possibilità di inoltrare ricorsi costituzionali davanti allo *Staatsgerichtshof*, invocando la violazione dei diritti fondamentali, la cui tutela è di competenza dei tribunali amministrativi, né un controllo giurisdizionale di conformità costituzionale delle leggi, attesi i dubbi e la relativa mancata formalizzazione costituzionale circa l'organo competente ad esercitare tale funzione, per l'intera durata della Repubblica.<sup>174</sup>

#### 2.4.1.9. *Panoramica del sistema costituzionale weimariano*

La disamina dell'organizzazione weimariana dei poteri manifesta come in essa confluiscono elementi appartenenti a diversi tipi di governo, quali il presidenziale, il parlamentare, quello a premier e di gabinetto. Tale contemperamento è stato incentivato anche dalla necessità di raggiungere dei compromessi sulla base di concessioni alle forze politiche in disaccordo, ed esattamente alla destra, a favore di un Presidente forte, capace di frenare il parlamentarismo, ai democratici, indirizzati al temperamento della forma parlamentare tramite l'azione plebiscitaria e ai socialdemocratici, dissenzienti all'idea prospettata dagli indipendenti di sopprimere la carica di Capo dello Stato per accrescere l'autorità del Parlamento, ma di certo assertori del principio parlamentare. La facilità con cui le reciproche concessioni vengono effettuate è da ricercare nella convinzione dei più che un sistema aperto a vari sbocchi, ma reincanalato dall'azione delle controforze volte a riportare ciascun potere nel proprio ambito, renda possibile un bilanciamento dei poteri, sicché il venir meno dell'esercizio del potere proprio di un organo non altera minimamente la Costituzione. In realtà pare che il costituente, seguendo le orme dei recenti governi parlamentari, prediliga conferire il potere di direzione generale dello Stato ad un capo il cui prestigio derivi dalla vittoria nella gara elettorale della formazione politica che presiede. La fusione del leader del partito

<sup>173</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 27.

<sup>174</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 68-69, in cui è specificato che il ricorso costituzionale (*Verfassungsbeschwerde*) è previsto dall'art. 93 della Carta costituzionale dello Stato libero di Baviera (*Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern* del 14 agosto 1919. «Questa costituzione stabiliva che lo *Staatsgerichtshof* bavarese dovesse esprimere giudizi anche sui ricorsi costituzionali presentati dai cittadini contro violazioni di diritti perpetrate da atti delle pubbliche autorità. La costituzione bavarese rinviava ai *Grundrechte* stabiliti dalla costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919, per cui i diritti fondamentali avevano «nell'ambito dello Stato federato un mezzo di tutela giurisdizionale-costituzionale, che loro mancava invece nell'ordinamento della federazione»» (*ibidem*, in nota).

maggioritario con il Capo del Governo risiede nell'esperienza costituzionale inglese che dà grande prova di sé, in quanto riesce a soddisfare la duplice esigenza, cara agli ordinamenti democratici moderni, di stabilità ed unità dell'azione governativa e allo stesso tempo della sua corrispondenza al sentimento della maggioranza popolare. L'ordinamento dei poteri creato a Weimar sembra prevalentemente orientato verso un siffatto regime parlamentare, ma in pratica, invece di diminuire il peso del Parlamento ed attenuare la rilevanza del Capo di Stato, come suggerisce l'evoluzione del sistema in parola, contrappone al capo politico, legittimato dalla fiducia della maggioranza parlamentare, un altro capo designato direttamente dal popolo.<sup>175</sup>

Proprio in questo solco si incunea la *Kulturkritik* weimariana che si interroga sulla corrispondenza tra la realtà (*Wirklichkeit*), intesa come rappresentazione dei fatti, e il suo assetto ontologico, l'essere delle cose (*Sachlichkeit*), la cui acquisizione richiede una perfezione razional-virtuosa del soggetto interpretante, un giudizio di valore in modo tale che l'accesso all'ordine delle cose tramite la realtà certifichi la condivisione o meno di quell'ordine.<sup>176</sup> Nonostante la constatazione delle deviazioni fattuali dal tipo ideale disegnato nel testo costituzionale – idonea ad alimentare una critica immanente al testo, volta a denunciarne la contrapposizione al modello teorico – la *Kulturkritik* costituzionale discute e condanna il modello rispetto alla prassi in una dimensione trascendente. «Se già Hugo Preuss (...) si lascia affascinare dalla ricerca di un sistema di governo parlamentare “vero”, per infonderlo nel testo normativo, non c'è da meravigliarsi che la critica a quella “verità” non empirica abbia potuto condurre (...) alla denuncia delle piaghe e delle miserie del suo funzionamento empirico».<sup>177</sup>

Infatti, il sistema weimariano, più che convergere sulla costituzionalità delle decisioni degli organi, e pertanto sul rispetto di limiti reciproci, pare puntare sull'appello plebiscitario al popolo, quale «depositario finale della “vera” *Verfassungswirklichkeit*».<sup>178</sup> Il popolo, secondo l'intenzione del costituente, dovrebbe esercitare grazie al referendum funzioni di giustizia costituzionale – tramite un controllo preventivo per evitare una violazione della Costituzione ad opera di una legge del *Reichstag* e un controllo successivo attraverso l'abrogazione di una decisione parlamentare o per impedire la pubblicazione di una legge modificativa della Costituzione – e un'azione legislativa diretta, grazie alla proposta di legge di iniziativa popolare. Ma le ricette restano sulla carta, in quanto la democrazia diretta, in questi casi, non ricopre alcun ruolo decisivo – nessun referendum raggiunge il quorum necessario per la sua approvazione –, mentre viene ad assumerne uno incomparabilmente più

<sup>175</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 37-40.

<sup>176</sup> M. Carducci, *Una «danza sull'orlo del vulcano»*, cit., p. XIX.

<sup>177</sup> *Ivi*, pp. XX-XXI.

<sup>178</sup> *Ivi*, p. XXVIII. «In effetti, la Costituzione di Weimar sembrava confidare nella capacità risolutiva del popolo. Da un lato, la previsione del sistema elettorale proporzionale istituzionalizzava il consenso popolare come “ipotetica” adesione all'agire dei partiti in Parlamento. Dall'altro, gli strumenti referendari e l'elezione diretta del Presidente del *Reich* legittimavano la ricerca del riscontro “reale” della volontà» (*ivi*, p. XXXI).

importante con l'elezione popolare del Presidente del *Reich*. «La forte posizione del Presidente del Reich si tradusse in una tentazione politica: quella di funzionare invece che da baluardo nei confronti dell'“assolutismo del Parlamento” da premio all'opportunismo dei partiti». <sup>179</sup> Nell'età bismarckiana prima, guglielmina poi, come Max Weber denuncia ripetutamente, i partiti non si sono abituati, in assenza della forma di governo parlamentare, alla responsabilità pratica di governo né alla necessità di raggiungere un compromesso come tale funzione richiede. Nel sistema parlamentare di Weimar, invece, i partiti nel *Reichstag* sono divisi tra quelli che siedono all'opposizione e quelli che formano la coalizione di governo: eppure, tutti sono propensi ad agire come se la linea di demarcazione sia quella tra Governo e Parlamento, come in precedenza durante la monarchia costituzionale, e non quella tra maggioranza di Governo e opposizione, come si addice alla logica della democrazia parlamentare. Perciò, il Governo viene frequentemente considerato come avversario anche dai partiti della maggioranza e la coalizione di cui anche essi fanno parte non è percepita come lo schieramento unitario d'appartenenza. Se il Governo e la sua maggioranza non riescono a trovare un'intesa, v'è sempre una via d'uscita: spostare la responsabilità verso l'alto, ossia scaricare al Presidente l'onere di governare mediante poteri straordinari, sciogliere il *Reichstag* qualora questo dichiari nulla un'ordinanza d'emergenza ed indire nuove elezioni per poi nominare un Cancelliere che il Parlamento può anche non sostenere, ma che a quel punto non è più vincolato ad un voto di fiducia parlamentare, ma dipende esclusivamente dalla fiducia del Capo dello Stato. <sup>180</sup>

La mancanza di una salda distribuzione delle forze politiche e della possibilità di pronunce indicative di orientamenti determinati lascia il campo libero alle disarmonie derivanti dalla eterogeneità dei congegni costituzionali; sono le frazioni a concedere o meno la fiducia ad una data coalizione, a determinare la formazione e la caduta dei governi, all'infuori di ogni pubblica discussione. Il decadimento della funzione di discussione e di decisione degli indirizzi politici in seno al Parlamento è qui accentuato dal numero dei raggruppamenti, dall'incertezza e dalla mobilità degli interessi ad essi correlati, dalla scarsa sensibilità dello spirito pubblico. Si ha un governo dei partiti immuni davanti al popolo, cui vengono a mancare gli elementi del gioco politico posti al di là di ogni forma di pubblicità. <sup>181</sup>

Il dramma weimariano si situa dunque anche nelle istituzioni, ma risiede soprattutto nell'incapacità dei contendenti di trovare un minimo comune denominatore capace di assicurare la sopravvivenza sistemica.

---

<sup>179</sup> H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma*, cit., p. 63.

<sup>180</sup> *Ivi*, pp. 63-64.

<sup>181</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 40-41.

### 2.4.2. I diritti fondamentali

È la prima volta nella storia che una Costituzione dedica una parte così ampia (cinquantasei articoli) ai rapporti sociali: la Carta di Weimar, in tale ambito, fa epoca segnando il passaggio dalle costituzioni di tipo ottocentesco – rivolte maggiormente a garantire la sfera di autonomia del singolo – a quelle del Novecento, contraddistinte dall'interventismo statale allo scopo di attuare ideali di solidarietà e giustizia sociale. Trattasi, infatti, della prima Costituzione tedesca in cui, oltre ai classici diritti liberali borghesi, sono sanciti anche quelli democratici e sociali.<sup>182</sup> Questa parte del testo – anch'essa tacciata del carattere di compromesso – è un coacervo di elementi eterogenei derivante dalla variegata composizione dell'Assemblea in cui si lotta per coprire di garanzie costituzionali le rivendicazioni della propria parte politica. Viene, in tal modo, sciupata l'occasione di condensare in pochi e chiari articoli i fondamenti spirituali della nuova situazione costituzionale, con formulazioni efficaci per evidenza e forza pedagogica, come invano chiede Naumann, uno dei relatori per i diritti fondamentali.<sup>183</sup>

Indagando le forme in cui si è espressa la pluralità degli orientamenti racchiusi nella Costituzione weimariana è possibile delineare i principi e i limiti della democrazia che ne deriva. Il dibattito degli anni Venti dei giuristi tedeschi sulla Costituzione è pieno di spunti per una riflessione sul rapporto tra diritti e democrazia.

Tra i primi ad evidenziare le influenze delle concezioni partitiche sul testo costituzionale, figura Albert Hensel, il quale identifica i diritti fondamentali in elementi dell'ordinamento giuridico che pongono in essere le “decisioni assiomatiche essenziali” (*axiomatische Grundentscheidungen*). Secondo il giurista berlinese un sistema giuridico dovrebbe raccogliere le decisioni fondamentali in un insieme senza contraddizioni. Tuttavia, è consapevole della mancanza di unità nella WRV, per cui cerca di delinearne le condizioni di esistenza, attese le differenti interpretazioni valutative della realtà al suo interno.<sup>184</sup>

Se sulla prima parte della Costituzione i partiti della Coalizione di Weimar trovano un pieno accordo, sui principi alla base dei diritti fondamentali essi sono fortemente divisi. Hensel ritiene che la forma istituzionale del *Reich* è evidentemente democratica, mentre appaiono limitati i diritti fondamentali di stampo democratico. Se ciò è vero, le istituzioni democratiche sarebbero chiamate a dare forza normativa anche

---

<sup>182</sup> *Ivi*, p. 49. Per una ricostruzione storica dei diritti fondamentali, si veda G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, 2001; è la rivoluzione bolscevica del 1917 ad operare una cesura nella storia dei diritti fondamentali; difatti, la dichiarazione dei diritti, proclamata dal Congresso dei soviet ed inserita nella Costituzione della Repubblica Federale Sovietica nel 1918, è l'immediato punto di riferimento per i padri della WRV (*ivi*, pp. 131-132). Per una sintetica disamina del catalogo weimariano dei diritti fondamentali, comprendente le principali linee di pensiero dei protagonisti del relativo dibattito pre-costituzionale (Preuss, Naumann, Anschütz e Thoma), si veda P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 73-78.

<sup>183</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 110-111.

<sup>184</sup> A. Hensel, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, 1931, p. 9.

a principi non democratici, conseguendone una contraddizione irriducibile tra istituzioni e principi che ne costituiscono il fondamento. In particolare, Hensel rileva valori democratici negli articoli in cui è enunciato il principio di uguaglianza (art. 109, uguaglianza di tutti i tedeschi davanti alla legge), ma ravvisa anche articoli che sanciscono le esistenti disuguaglianze (l'art. 129, ad esempio, riconosce lo status particolare dei funzionari pubblici) ed altri che suddividono il popolo in ceti diversi e classi professionali (l'art. 157 che tutela la forza lavoro e il 164 che promuove lo sviluppo della classe media). La soluzione scelta dai costituenti sarebbe la configurazione della democrazia come superamento delle disuguaglianze, la quale emergerebbe nella funzione pedagogica della scuola tedesca. Tuttavia, secondo Hensel, non è questo l'ideale di democrazia che si impone nella Costituzione weimariana: non l'uguaglianza, ma la libertà è garantita a tutti i tedeschi. Ne sarebbe una prova la previsione nella Costituzione economica dei principi del liberalismo contro la socializzazione, l'omogeneità e la negazione delle differenze. Pensiero, questo, condiviso anche da Schmitt e Anschütz. Pertanto, per Hensel, Weimar costituisce un ordinamento giuridico liberale che riconosce le istanze sociali, una specie di "liberalismo sociale".<sup>185</sup>

Ad ogni modo, la seconda parte della Costituzione weimariana riguardante i diritti fondamentali è la più innovativa. Da un lato, essa si ricollega al titolo VI della Costituzione di Francoforte del 1849 ("I diritti fondamentali del popolo tedesco"), per lo stretto collegamento tra diritti e cittadinanza; dall'altro, se ne allontana in quanto il catalogo dei diritti non è dato dal liberalismo giuridico, quanto da un radicale mutamento del concetto di Costituzione e del nesso tra Stato e società. Al riguardo, l'esperimento weimariano segna la svolta del costituzionalismo democratico del XX secolo. Quest'ultimo è caratterizzato dall'apertura delle costituzioni alle relazioni sociali includenti la libertà umana. Un'apertura, questa, pienamente ravvisabile nella configurazione dei "diritti e doveri fondamentali dei tedeschi", seppur frutto del "compromesso dilatorio" fra ideologie contrapposte e delle diverse anime dell'Assemblea costituente. Ne deriva una Carta costituzionale, come già descritto, a metà fra tradizione e modernizzazione, caratterizzata da diritti fondamentali scaturiti dall'accordo fra liberali progressisti e socialdemocrazia, simbolo di modernizzazione sociale e tesi a conformare il legislatore al proprio contenuto. La Costituzione weimariana, riformando la configurazione dei diritti nelle costituzioni liberali, diviene "il laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento".<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> *Ivi*, pp. 19-33.

<sup>186</sup> P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in «Rivista AIC», fasc. 2, 2014, pp. 15-16. Il dibattito sui diritti fondamentali durante la costituente weimariana è trattato da W. Pauly, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen, 2004. Sulle novità apportate dalla seconda parte della WRV e sulla tracce del socialismo al suo interno, cfr. E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 74-75. Per un'analisi sintetica degli articoli che più esprimono lo spirito del catalogo dei diritti fondamentali, si veda C. Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik?: Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, 1991, pp. 43-46.

Nella letteratura dell'epoca, non mancano critiche alla WRV. Schmitt la accusa per la pretesa di regolare tutto il pluralismo e includere tutti i livelli della società civile, al fine di contenere le conflittualità della società tedesca dopo il crollo dell'Impero guglielmino. Non è un caso che, su queste basi, la cultura giuridica weimariana muti prospettiva nell'impianto dei diritti fondamentali. Analizzando le ragioni della costante presenza del pluralismo nel quadro costituzionale weimariano, Schmitt ritiene che l'aumento dei diritti diminuisca la garanzia degli stessi, per la relativizzazione del rapporto antinomico fra libertà e Stato, che corrisponderebbe invece all'essenza dei diritti, che pongono l'individuo contro lo Stato.<sup>187</sup>

Nel periodo weimariano, v'è, inoltre, la consapevolezza della fine della scissione tra Costituzione e società, del nuovo ruolo delle carte costituzionali – «le quali non poggiano più su un ordine razionale conforme alle leggi di natura, ma sulle divisioni della società» – e del fatto che in esse si rispecchiano gli equilibri delle società pluralistiche. Di tale avviso è Hermann Heller, quando sostiene che «le costituzioni sono oramai chiamate a “organizzare la libertà umana nella realtà sociale”»,<sup>188</sup> oltreché Rudolf Smend, quando afferma che «esse tendono a privilegiare la dimensione “fondativa” dei diritti, in quanto fattori di integrazione dell'individuo nella comunità statale, rispetto a quella “emancipativa” di derivazione liberale».<sup>189</sup>

Tale evoluzione segue allo studio dottrinario dei diritti nel sistema guglielmino. Infatti, la previsione dei diritti pubblici soggettivi in un sistema, opera ultima del liberalismo giuridico dell'Ottocento, riflette un'idea dell'ordine sociale che vede nello Stato l'apice della società. «Venuta meno “l'antica pretesa di ordine della sfera politica”, a causa della crescente complessità e differenziazione dei sistemi sociali, che hanno prodotto inedite “tensioni” e “ricchezza di alternative in tutte le sfere della società”, la dogmatica dei diritti fondamentali si è trovata stretta “tra vecchie verità e nuove più complicate realtà”». Il passaggio dalla sistematica dei diritti pubblici soggettivi a quella dei diritti fondamentali rappresenta «la presa di coscienza che, per effetto di profonde trasformazioni del contenuto e della funzione delle costituzioni, i diritti sono anzitutto la traduzione in principi costituzionali degli “ultimi e più alti contenuti di senso” che costituiscono il connettivo di un ordine sociale differenziato e pluralistico». Ne discende che l'elaborazione dei diritti, «connessi intimamente con i contenuti di valore che sono il “fondamento” delle costituzioni», non è più conducibile solo a livello testuale, in quanto essa deve poter guardare all'assetto costituzionale e ai suoi contenuti di base.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, cit., p. 16.

<sup>188</sup> La citazione, tratta da H. Heller, *Staatslehre* (1934), Tübingen, 1983, p. 309, è riportata *ibidem*.

<sup>189</sup> La citazione, tratta da R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1968, p. 313, è riportata *ibidem*.

<sup>190</sup> *Ivi*, pp. 16-17.

Tale nuovo metodo sistematico dei diritti fondamentali, che fa perno sul dato testuale e sul dato valoriale della Costituzione, molto deve alla teoria dell'integrazione di Rudolf Smend. Questa tenta di ricostruire i diritti fondamentali come "fattori di integrazione" ed il relativo catalogo come un raccordo di contenuti materiali della costituzione, solidi in quanto esprimono un "sistema culturale di valori". Questo criterio, siccome orientato ad una "visione scientifico-spirituale del diritto costituzionale", condurrebbe la scienza giuridica a servirsi di «canoni interpretativi dei diritti fondamentali coerenti con la premessa che questi traggono alimento da un contesto storico-culturale». Nella dottrina smendiana dei diritti fondamentali è agevolmente riscontrabile la netta cesura con il giuspositivismo. Viene meno la tesi per cui nell'ordinamento v'è un solo diritto fondamentale, «quello alla omissione di costrizioni illegali da parte dei poteri pubblici», a favore di quella secondo cui i diritti fondamentali sono l'elemento che contraddistingue il diritto costituzionale. Per tali aspetti, la discussione weimariana produce una rivoluzione nello sviluppo dei diritti costituzionali. La concezione dei diritti quali fondamento dell'assetto costituzionale è ormai un caposaldo della dottrina costituzionale europea e della giurisprudenza delle corti costituzionali.<sup>191</sup>

Tuttavia, anche nella seconda parte della Costituzione si rilevano tracce di ambiguità e di contraddizione. Si palesa il distacco dalle concezioni antagonistiche dei diritti, risultato del costituzionalismo, per un eccessivo organicismo, pari a quello di cui alla dogmatica statualista dei diritti pubblici soggettivi. Aprendosi alla società e poggiando sui suoi valori storico-culturali, il sistema dei diritti pagherebbe il caro prezzo di una teoria dei diritti che pone la compattezza come condizione necessaria del mantenimento di una sua costruzione sistematica. Nata negli anni di Weimar, influenzata dal suo clima politico e culturale e attraversata da un "organicismo armonizzatore", la teoria integrazionista dei *Grundrechte* avrebbe fatto sbiadire le ragioni del dissenso, dell'opposizione, del conflitto, elementi vitali di un assetto che si basa sul "principio libertà", per incorporarle nel più sicuro sistema dei valori costituzionali. Tuttavia, finalizzata al controllo della conflittualità sociale tramite la capacità di integrazione della Costituzione, tale teoria potrebbe risultare, per un verso troppo compatta per assicurare l'inserimento di numerose domande di libertà, per altro verso troppo dinamica per garantire la tutela di istanze minoritarie.<sup>192</sup>

A Weimar inizia l'iter che porterà la dogmatica tedesca dei *Grundrechte* a liberarsi dall'influenza della concezione dei diritti individuali come "diritti di difesa" (*Abwehrrechte*) da ingerenze dei poteri pubblici. L'esperienza weimariana consentirà di smontare la base difensiva dei diritti fondamentali, di mostrarne l'insufficienza e di condurre la dogmatica dei *Grundrechte* ad altre soluzioni ricostruttive. Nella seconda parte della WRV, infatti, oltre ai tradizionali diritti di libertà vi sono molteplici

---

<sup>191</sup> *Ivi*, p. 17.

<sup>192</sup> *Ivi*, pp. 17-18.

disposizioni tese a conformare l'assetto dei rapporti sociali in svariate situazioni e non orientate alla "difesa" da ingerenze dei poteri pubblici. Può, pertanto, apparire singolare che Schmitt (uno dei protagonisti del nuovo quadro costituzionale weimariano) ripresenti, negli anni di Weimar, il sistema dei diritti di difesa "contro" lo Stato come l'unico in grado di manifestare l'essenza dei diritti fondamentali. Tuttavia, a ben vedere, Schmitt mira a colpire due bersagli precisi. Il primo è l'introduzione dei diritti fondamentali weimariani in campo economico e sociale: l'appello ad un modello "puro" di situazioni soggettive evidenzerebbe il minor valore giuridico dei diritti socialisti, in quanto non riconducibili allo schema liberale dell'*Abwehrrecht*. Il secondo è il modello liberale del *Rechtsstaat*: lo schema del diritto di difesa dimostrerebbe le antinomie dell'esperienza liberale e di una concezione debole dei rapporti di forza sottesi alla Costituzione – concezione antitetica all'assetto monistico della dottrina costituzionale schmittiana. Inoltre, muovendo dalla concezione dei *Grundrechte* come "diritti di difesa", basantesi sulla contrapposizione di una sfera societaria prestatuale allo Stato, Schmitt rileva la carenza di "decisione costituzionale" nello Stato di diritto liberal-borghese. Tale vizio renderebbe necessaria la costruzione dell'impianto dei diritti sulla base della separazione tra attribuzioni statali in origine limitate e libertà in origine illimitate. D'altronde, «l'identificazione dell'essenza più autentica della libertà con un "diritto di difesa" mette a nudo un contrasto insanabile con la sua concezione totalizzante del politico».<sup>193</sup>

La polemica di Schmitt evoca, peraltro, il problema dell'adeguatezza del modello del diritto di difesa – e della distinzione tra Stato e società ad esso sotteso – ad un sistema politico democratico. Proprio su tale aspetto verte la critica che l'altro grande interprete della giuspubblicistica tedesca negli anni di Weimar, Rudolf Smend, rivolge allo schema del diritto di difesa. Smend, nella concezione dei *Grundrechte* come diritti (negativi) di difesa, rileva i limiti della cultura borghese, «"pateticamente" arroccata nella difesa delle garanzie positivamente apprestate dai testi costituzionali a diritti peraltro concepiti in modo "prosaico" come diritti che proteggono "negativamente" la libertà della sfera privata, anche quella di "un'esistenza in pantofole e veste da camera"». Ai diritti del borghese Smend preferisce quelli di una cittadinanza attiva, quelli di un cittadino il cui rapporto con lo Stato non si riduce soltanto ad una "negazione", ma si risolve in termini di "identificazione" e di "integrazione".<sup>194</sup> L'inserimento dei diritti fondamentali in un "sistema di valori culturali", quali elementi di integrazione registrano, oltrepassando lo schema dell'*Abwehrrecht*, l'evoluzione verso un "orientamento positivo" dei diritti.<sup>195</sup> Tale mutamento è prodotto dalla nascita della Repubblica: la nuova forma di Stato riscatterebbe fattori simbolici e di legittimazione dell'ordinamento statale; mentre, la monarchia pure li riflette, ma

<sup>193</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, 2003, p. 34.

relegando i diritti fondamentali a meri vincoli del potere statale. In ciò, Smend rileva l'inefficacia del formalismo tecnicistico sottostante alla dogmatica dell'*Abwehrrecht*, ma soprattutto il merito del segno "integrativo" del catalogo weimariano dei diritti di garantire alla maggior parte del popolo spazi di libertà reale e non soltanto formale.<sup>196</sup>

Le riflessioni nel periodo weimariano evidenziano le novità della WRV: la coabitazione di diritti liberali e principi di diversa estrazione, ma soprattutto il nuovo assetto costituzionale ispirato alla democratizzazione ed alla parlamentarizzazione del processo politico, idoneo ad incidere anche sulla tutela dei diritti fondamentali. In seguito alla rivoluzione del 1918 cadrebbe la concezione dei diritti come diritti di difesa; caduta la monarchia e instauratosi il regime parlamentare, la salvaguardia di una società ritenuta esterna ed antagonista ad un potere monarchico non ha più senso. Da qui, la questione del rapporto tra diritti fondamentali e sovranità popolare, giudicato da alcuni pensatori come un'aporia difficilmente risolvibile. Tra questi, Huber che nel 1933 vede nella Costituzione weimariana «il contrasto fra il ruolo positivo attribuito al singolo nel *Volksstaat* e la delimitazione di una sfera *altliberal* libera da ingerenze statali e corrispondente al vecchio schema dell'*Abwehrrecht*». Pertanto, consiglia di risolvere l'aporia privando i diritti fondamentali del loro carattere individualistico ed introducendoli nel nuovo ordine statale come principi di diritto oggettivo, anche a costo di sacrificare la distinzione fra Stato e società su cui si basa il sistema dell'*Abwehrrecht*, in quanto ineluttabilmente contrastante con i nuovi presupposti di legittimazione del *Volksstaat*.<sup>197</sup>

Secondo una diversa linea di pensiero, l'esperimento di combinare l'ispirazione liberale dei *Grundrechte* con la sovranità popolare passa per una concezione del principio democratico in grado di includere la tutela delle minoranze, oltreché per una riformulazione del ruolo della riserva di legge. Per Richard Thoma, l'esponente principale di tale indirizzo, i diritti fondamentali nei sistemi democratici hanno la peculiarità di tutelare, in modo più o meno intenso ed efficace, le minoranze, limitando le maggioranze parlamentari o i loro apparati amministrativi.<sup>198</sup> Perciò, i *Grundrechte* sono necessari al funzionamento della democrazia che li contempla: non basta l'estensione del diritto di voto, ma occorre che «il popolo, dal quale derivano tutti i poteri dello stato, si presenti come una comunità di cittadini liberi, in grado di plasmare autonomamente la vita della nazione in una condizione politico-sociale di libertà della parola e della stampa, delle espressioni religiose ed artistiche, delle riunioni, delle associazioni e dei sindacati». <sup>199</sup> L'evoluzione della democratizzazione dei diritti

<sup>196</sup> P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, cit., pp. 18-19.

<sup>197</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>198</sup> Cfr. R. Thoma, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung*, in H.C. Nipperdey (a cura di), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin, 1929, p. 9.

<sup>199</sup> La citazione tratta *ivi*, p. 8 è riportata da P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, cit., p. 19.

fondamentali è una svolta per Thoma, atteso che il principio di maggioranza si sostituisce a quello monarchico, e quindi il tema della custodia dei diritti diventa un problema della maggioranza, con effetti rilevanti. Difatti, secondo l'autore, la tutela nei confronti dell'arbitrio della maggioranza non può più essere garantita lasciandola decidere incondizionatamente sui *Grundrechte*. Pertanto, in democrazia, questi non si risolvono nella riserva di legge, la quale non è idonea a svolgere la funzione di tutela dei diritti nei confronti della maggioranza parlamentare, a meno che la riserva diventi vincolante materialmente per il legislatore.<sup>200</sup>

Tali riflessioni portano ad un tema cruciale nell'evoluzione dei diritti fondamentali dei sistemi democratici pluralistici: il controllo giurisdizionale sul rispetto del vincolo ai *Grundrechte* da parte della maggioranza. Tale questione non è del tutto nuova in Germania, essendo già affrontata nel dibattito sulla Costituzione della *Paulskirche*. Totalmente nuovo è il quesito circa la forza e le modalità con cui vincolare il Legislativo: «in base alla distinzione fra limitazione e rimozione del diritto fondamentale o giungendo all'individuazione di un *Kernbereich* [nucleo centrale] sottratto al potere di disposizione del legislatore». Una risposta estremista arriva da Schmitt, che suggerisce la distinzione tra «l'ingerenza nei diritti come eccezione e la libertà come regola». Tuttavia, Schmitt è maggiormente interessato al tema degli effetti della svincolatezza dei diritti dalle dinamiche dello Stato di legislazione sull'organizzazione costituzionale dello Stato che a quello dei limiti dei diritti fondamentali. Il vincolo per il potere legislativo ai *Grundrechte* implica, in realtà, che il giudice decide sulla violazione dei diritti al posto del legislatore e che lo Stato di legislazione diventa uno Stato di giurisdizione.<sup>201</sup>

Ciò induce Schmitt a criticare acerbamente il sistema costituzionale di Weimar, descritto come «la diretta conseguenza dello strabismo fra i congegni di decisione della prima parte ed i compromessi sui *Grundrechte* della seconda parte della Costituzione, dalla quale emerge, come attraverso una sorta di *Gegen-Verfassung* [contro-Costituzione], la contraddizione fra “attaccamento ai valori” e “neutralità dei valori”, che proprio attraverso la tensione fra *Justizstaat* [Stato di giustizia] e *Gesetzgebungsstaat* [Stato di legislazione] investe il campo dell'organizzazione costituzionale». Seguendo questo iter, Schmitt reinserisce nella discussione sui *Grundrechte* il tema del “politico”. Nella trasformazione dello Stato di diritto borghese in “policrazia” e nel passaggio dallo Stato di legislazione allo Stato di giustizia, Schmitt vede l'ultimo stadio di una “tipologia della decadenza” delle forme del politico, il cui esito è costituito dalla degenerazione progressiva dell'unità politica in una *Rechtsgemeinschaft* (società di diritto) che persegue solo la “finzione” dell'impolitico.

---

<sup>200</sup> *Ivi*, pp. 19-20.

<sup>201</sup> *Ivi*, p. 20.

Qui la critica schmittiana dell'esperienza liberale si arresta, nel coinvolgimento di essa in un itinerario di decadenza che sfocerebbe ed esploderebbe nel pluralismo.<sup>202</sup>

Per comprendere l'assetto dei diritti fondamentali nella WRV, torna utile il dibattito sulla configurazione della proprietà. L'art. 153 [«La proprietà è garantita dalla costituzione. Il suo contenuto ed i suoi limiti sono fissati dalla legge (...). La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»] rivela la tensione tra la tutela costituzionale della proprietà e gli spazi rimessi al potere di conformazione del legislatore ordinario. Tale tensione si risolve nella configurazione della proprietà come “garanzia di istituto”. Ciò costituisce una soluzione dogmatica di compromesso che esprime la coesistenza, nel riconoscimento costituzionale della proprietà, di una garanzia di stabilità del diritto (*Bestandgarantie*), che assiste la posizione del proprietario, con la tutela delle esigenze collegate all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sui diritti patrimoniali. Proprio in questa salvaguardia è rilevabile la peculiarità ordinamentale della “garanzia di istituto” (*Einrichtungsgarantie*). Il riconoscimento costituzionale della proprietà comporta, per un verso un tradizionale diritto soggettivo di “difesa” (*Abwehrrecht*) da intromissioni illegali nella proprietà privata, e per un altro la tutela dell’“istituto giuridico-proprietà”, così come esso si struttura attraverso un'evoluzione risalente nel tempo, dall'eliminazione, dallo svuotamento o dallo snaturamento per opera delle maggioranze legislative. Tale ricostruzione, che tramite la garanzia d'istituto tenta di allentare la tensione tra diritto individuale diritti della collettività, rispecchia un quadro politico caratterizzato da contrapposizioni radicali sulla questione proprietaria. Ne sono un esempio quelle tra gli eredi degli *Junker* dopo la caduta del *Reich* guglielmino e l'estrema sinistra.<sup>203</sup>

Per concludere, è lecito affermare che anche la seconda parte della WRV contiene le contraddizioni comuni alla vicenda storica weimariana e fatali alla Repubblica tedesca. La Costituzione ambisce a incardinare nei diritti fondamentali le fondamenta di una democrazia «nobilitata dall' *ethos* di una comunità nazionale di cittadini liberi e uguali». V'è un progetto di pacificazione sociale, che si serve per l'organizzazione alla rete della democrazia dei consigli e riserva ai *Grundrechte* la funzione di arginare lo sconfinamento del potere, oltretutto quella di rappresentare una reale liberazione sociale. Tramite ciò, i padri della Costituzione tentano di respingere le forze estremistiche diffuse in seguito al primo conflitto mondiale. I giuristi weimariani enfatizzano la potenzialità di integrazione dei diritti fondamentali, ma percepiscono anche, come Naumann, che la Costituzione è «il documento di una vittoria politica», con cui i vincitori esprimono «quel che essi avevano conquistato attraverso la lotta politico-sociale e mediante la rivoluzione». In realtà, «il pervertimento della democrazia

---

<sup>202</sup> *Ibidem*. «Resta da chiedersi se la parabola dei *Grundrechte* tratteggiata da Schmitt, così fortemente condizionata dalle premesse di una concezione monistica e totalizzante del politico, non sia viziata da un'incomprensione preconcepita delle ragioni del pluralismo e delle domande, o forse più esattamente degli equilibri di libertà che esso impone» (*ibidem*).

<sup>203</sup> *Ivi*, pp. 20-21.

repubblicana nel *Führerstaat* totalitario è solo indirettamente la conseguenza degli “errori di costruzione” della Costituzione, quanto piuttosto della crescente avversione per la Repubblica di larghi strati della popolazione e di ideologie estremistiche, un’avversione contro la quale sia i contenuti liberali dei *Grundrechte* weimariani che quelli sociali si rivelano impotenti». Di sicuro, l’esperimento di formulare un catalogo dei diritti fondamentali proteso al progresso produce forti aspettative, che si tramutano in atteggiamenti di delusione nei confronti della Repubblica, quando esse si scontrano con le riparazioni di guerra, la recessione mondiale degli anni Venti e la mancanza di condizioni economiche per la realizzazione del programma costituzionale weimariano. Ma si può, a buona ragione, ipotizzare che, pur senza alcuna promessa costituzionale, la WRV perirebbe comunque per i colpi inferti dalle “religioni della politica” nell’era totalitarista.<sup>204</sup>

#### 2.4.3 La giustizia costituzionale

Le questioni che ruotano intorno alla giustizia costituzionale sono ampiamente discusse a Weimar, sin dalle prime battute dell’Assemblea nazionale e soprattutto nel corso degli anni 1924-1928, fino all’avvio della prassi delle ordinanze di necessità sul finire degli anni Venti e al colpo di Stato in Prussia che ridà lustro a problemi irrisolti.<sup>205</sup>

Sul tema della costituzionalità delle leggi, si rilevano due concezioni relative a due diverse linee di pensiero: da un lato, i liberali Anschütz, Radbruch, Kelsen ed Heller, sostenitori di un controllo accentrato (*konzentriertes Prüfungsrecht*) del solo Tribunale costituzionale, per una giurisdizione di legalità (*legalistische Richtung*) fondata sul primato della legge; dall’altro, i conservatori Kaufmann, Triepel e Schmitt, difensori di un controllo diffuso di ogni tribunale, per una giurisdizione di legittimità (*legitimistische Richtung*) basata sul primato del diritto.<sup>206</sup>

<sup>204</sup> *Ivi*, p. 21.

<sup>205</sup> Sul dibattito circa la giustizia costituzionale ai tempi di Weimar e sul ruolo delle corti nel relativo sistema costituzionale, si veda P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman, *Introduction to P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman, From liberal democracy to fascism*, cit., pp. 6-8.

<sup>206</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 68-70. Per un’analisi approfondita del dibattito sul tipo di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, si veda C. Gusy, *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 1985, pp. 91 ss., in cui il costituzionalista tedesco tratta nel dettaglio le diverse posizioni degli autori weimariani sul tema. Inoltre, *ivi*, il costituzionalista sostiene che nel periodo weimariano il *Prüfungsrecht* viene esercitato di fatto dal *Reichsgericht*, limitandosi a controllare la legalità delle ordinanze e la compatibilità del *Landesrecht* con le leggi, basandosi su postulati generali di giustizia o principi giuridici e non su precise norme costituzionali; pertanto, il *Reichsgericht* nella prassi si appella soprattutto alla formula della giustizia identificata con il principio di uguaglianza, rendendo il *richterliches Prüfungsrecht* una valutazione della conformità al diritto e non verifica della costituzionalità; infine, Gusy sottolinea come tale tipologia di controllo giurisdizionale possa servire a scopi antidemocratici, al fine di delegittimare la funzione legislatrice del parlamento.

La dottrina discute con forza circa l'alternativa tra il controllo giurisdizionale generalizzato azionabile da ogni tribunale e quello accentrato nelle mani del solo Tribunale costituzionale. Nel primo incontro dei giuspubblicisti tedeschi del 1922, Thoma propende per una mera verifica degli aspetti formali delle leggi da parte dei giudici, ritenendo superfluo il *Prüfungsrecht* da parte dei tribunali, tenendo presente che la tradizione tedesca respinge l'opportunità di un controllo giudiziario e ricordando che le minoranze possono chiedere la sospensione di una legge *ex art. 72 WRV* e ricorrere alla votazione popolare se richiesto da un ventesimo degli elettori *ex art. 73 WRV*, contro le violazioni della costituzione. Nell'incontro del 1925, invece, Jellinek e Lassar propongono di attribuire allo *Staatsgerichtshof* una competenza in materia di controllo delle norme di legge, ribadendo la necessità di affidare al Tribunale costituzionale soltanto il controllo giurisdizionale di costituzionalità.<sup>207</sup>

Sia nel trentatreesimo *Juristentag* del 1924 sia in quello successivo del 1926, viene proposto un *Prüfungsrecht* di tipo accentrato, raccomandando di riservare al Tribunale costituzionale la competenza a giudicare su altre controversie costituzionali oltre a quelle di cui all'art. 19, comma 1 WRV e sui conflitti costituzionali della Repubblica e a controllare la validità delle leggi, oltretutto di allargare anche alle minoranze del *Reichstag* e del *Reichsrat* che superino un terzo dei membri la possibilità di ricorrere al Tribunale costituzionale.<sup>208</sup>

Le proposte formulate nel trentaquattresimo *Juristentag* vengono raccolte dal Governo ed enunciate in un progetto presentato al Parlamento nel dicembre del 1926, in cui il controllo di conformità costituzionale delle leggi è attribuito esclusivamente allo *Staatsgerichtshof*, senza tuttavia introdurre un formale ricorso costituzionale contro la violazione dei diritti fondamentali. Il progetto del Governo tedesco prevede due tipologie di procedura di controllo giurisdizionale delle norme: quella astratta è azionabile in caso di dubbio o di opinioni contrastanti sulla conformità costituzionale di una legge, da più di un terzo dei membri del Parlamento, da più di un terzo dei voti rappresentati nel *Reichsrat* o dal Governo; quella concreta prevede che un tribunale che valuti una legge come contraria alla costituzione può sottoporre la questione ad un tribunale superiore che la presenta direttamente al Tribunale costituzionale, competente ad emanare sentenze aventi ad oggetto sia leggi sia ordinanze. Ad ogni modo, sia tale progetto sia uno identico del 1928 che intendono contrastare l'idea di un controllo giudiziario generalizzato per il rischio di rendere incerta la validità delle leggi e di svuotare il principio parlamentare, non trovano approvazione nel dibattito in Parlamento. Il controllo di costituzionalità di tipo generalizzato consentito a ogni tribunale è sostenuto dalla sentenza del *Reichsgericht* del 1925 con cui afferma la costituzionalità della legge relativa al rispetto del diritto di proprietà *ex art. 153 WRV*. Il controllo di conformità alla costituzione di tipo accentrato riservato esclusivamente al

<sup>207</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., p. 71.

<sup>208</sup> *Ivi*, p. 72.

Tribunale costituzionale è avversato da autori conservatori, tra cui Schmitt, il quale teme che tale meccanismo possa politicizzare lo *Staatsgerichtshof*.<sup>209</sup>

Il 20 luglio del 1932 è una data importante per interpretare la questione della giustizia costituzionale durante la Repubblica di Weimar. Quel giorno, il Governo di von Papen, sulla scorta del caos in Prussia, dichiara pubblicamente che in base ad un'ordinanza presidenziale il presidente prussiano Otto Braun e il ministro degli interni Severing vengono rimossi dai loro incarichi istituzionali, mentre il cancelliere viene nominato commissario del *Reich* per la Prussia, assumendo le competenze del *Ministerpräsident* prussiano. Su istanza del *Land* della Prussia, lo *Staatsgerichtshof* viene incaricato di decidere sulla legittimità costituzionale di detta ordinanza. La decisione del Tribunale del 25 ottobre 1932 risulterà ambigua e lontanamente risolutiva. Infatti, essa stabilisce l'“anticostituzionalità” dell'esautoramento del governo prussiano per mezzo dell'art. 48, comma 1 WRV e al contempo la costituzionalità dell'insediamento del commissario in Prussia in ossequio all'art. 48, comma 2 WRV, il quale consente una misura del genere per ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. Da ciò deriva l'opinione che tale sentenza contenga implicazioni politiche, fermo il risvolto politico di ogni questione costituzionale. Osservazioni, queste, formulate anche da Simons, primo presidente dello *Staatsgerichtshof* e del *Reichsgericht*, avendo dichiarato pubblicamente quanto segue:

Anche se il fondamento delle decisioni dello *Staatsgerichtshof*, così come dei senati del *Reichsgericht* investiti di questioni costituzionali, deve rimanere sempre strettamente giuridico, cioè la costituzione, i patti dello Stato o (...) le regole riconosciute del *Völkerrecht*, tuttavia dietro ogni conflitto costituzionale vi è una questione politica che può diventare una questione di potere (*Machtfrage*). In ciò vi è per la giurisdizione dello *Staatsgerichtshof* o del *Reichsgericht* un grande pericolo.

Il pericolo di cui parla Simons può essere quello di non essere in grado di contrastare gli interessi politici in lotta per salire al potere, come nel 1932 in Prussia, o quello di non riuscire a far osservare le proprie decisioni ad un parlamento recalcitrante. Le questioni della politicità e della legittimità di un giudice costituzionale, del controllo di costituzionalità delle leggi e della garanzia costituzionale dei diritti fondamentali impegnano notevolmente i protagonisti del vasto dibattito weimariano, vengono neutralizzate durante il nazionalsocialismo e si ripresentano intatte nella fase costituente degli anni 1948-49 della Repubblica federale di Bonn, come in qualsiasi fase costituente di un nuovo ordinamento democratico dell'Europa occidentale a venire.<sup>210</sup>

Ad ogni modo, l'attribuzione della competenza a risolvere casi di conflitti costituzionali ad una particolare istituzione dello Stato appositamente creata è, nello

<sup>209</sup> *Ivi*, pp. 72-74.

<sup>210</sup> *Ivi*, pp. 74-76. La citazione, tratta da W. Simons, *Zum Geleit*, in *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, Berlin, 1929, Bd. 1, 1920-28, p. 14, è riportata *ivi*, p. 75.

sviluppo costituzionale tedesco, un *novum* della Costituzione liberal-democratica della Repubblica di Weimar, mentre la giurisdizione costituzionale non è totalmente una novità dello Stato democratico del Novecento. Nel *Reich* bismarckiano, infatti, il *Bundesrath* è competente a pronunciarsi su determinati casi di conflitto tra organi dello Stato, ricoprendo in tal modo anche il ruolo di Tribunale costituzionale. Nel XIX secolo, all'epoca della Assemblea Nazionale della *Paulskirche* a Francoforte e poi durante la monarchia costituzionale del II *Reich*, i sostenitori dei principi dello Stato di diritto chiedono a più riprese l'istituzione di un sistema completo di difesa giurisdizionale della Costituzione, comportante l'estensione delle garanzie anche ai diritti fondamentali dei cittadini. In sintesi, la giustizia costituzionale della democrazia moderna è protagonista di una lunga e complessa storia, fatta, a ben vedere, di progressi ed involuzioni, influenzando notevolmente sulla dinamica dei poteri di un ordinamento costituzionale.<sup>211</sup>

Se nella dottrina dello Stato di diritto la custodia dei diritti è riservata alla giustizia amministrativa, la transizione ad una forma di Governo democratica richiede una giustizia a livello costituzionale, tramite la realizzazione di un sistema di tutela costituzionale dei diritti. Solo nella realtà costituzionale del nuovo ordine democratico può concretizzarsi l'idea di una giustizia costituzionale. Ma a Weimar, nonostante la realizzazione della prima democrazia tedesca, il processo che porta all'affermazione di una giurisdizione costituzionale non giunge a compimento.<sup>212</sup>

Allo stato dei fatti, nessuna decisione chiara e formale viene presa a Weimar, sul tipo di controllo giurisdizionale, accentrato o diffuso, di costituzionalità delle leggi, così come sull'organo, lo *Staatsgerichtshof* o ogni tribunale, titolare di tale funzione. Attesa la portata limitata dello *Staatsgerichtshof* di cui all'art. 108 WRV, nel sistema costituzionale weimariano non trova realizzazione né una giurisdizione costituzionale dei diritti fondamentali, essendone riservata la tutela ai tribunali amministrativi, né un autentico controllo di costituzionalità delle leggi, essendo incerto l'organo a ciò deputato.

---

<sup>211</sup> Il presupposto teorico del controllo di costituzionalità delle leggi – così come lo si intende oggi – va ricercato nelle costituzioni rivoluzionarie americana e francese. Cfr. A. Celotto, *La corte costituzionale*, Bologna, 2004; L. Mezzetti *et alia* (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007. Nell'età delle rivoluzioni, insieme alle costituzioni scritte e alle dichiarazioni dei diritti, cioè insieme alla democrazia moderna *statu nascenti*, fa la sua comparsa anche l'idea di un sistema di giustizia costituzionale, cioè di un controllo operato da un organo dello Stato indipendente dalle forze politiche, chiamato a risolvere le controversie tra i diversi organi di vertice e, soprattutto, a controllare che anche i poteri esercitati dalle assemblee parlamentari si mantengano entro i limiti imposti loro dal testo costituzionale. Con le prime costituzioni repubblicane e *lato sensu* democratiche – fondate cioè sul riconoscimento della sovranità popolare – nasce anche l'esigenza di garantire il rispetto delle regole e dei principi contenuti in queste stesse costituzioni. Nell'esperienza dell'Europa continentale, invece, solo nel XX secolo si afferma, grazie ad Hans Kelsen, l'idea di affidare ad un apposito tribunale il sindacato di costituzionalità delle leggi, e ciò per due diverse ragioni: 1. offrire alla Costituzione una garanzia di carattere oggettivo, cioè che vegli sulla coerenza dell'ordinamento giuridico; 2. assicurare il legislatore contro l'eventualità di essere controllato da qualsiasi giudice sottoponendolo al solo controllo di una corte speciale.

<sup>212</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 59 e 68.

L'esperienza weimariana dimostra, quindi, come la questione della giustizia costituzionale – la custodia della Costituzione e il suo custode – sia strettamente legata alla qualità della vita di una democrazia costituzionale, costituendone un elemento di fondamentale rilevanza.

### 3. Critica della Costituzione weimariana

Il vasto dibattito sulla WRV, cominciato agli inizi del XX secolo e non ancora concluso, ha visto contrapporsi diverse posizioni circa un tipo storico di costituzione, qual è quella di Weimar, che proprio non riesce a smettere di far parlare di sé, rappresentando «l'avvio della vicenda novecentesca delle costituzioni democratiche».<sup>213</sup>

C'è chi, nonostante le ragioni della sua grandezza, – la WRV costituisce uno dei capisaldi del costituzionalismo moderno e le si deve la nascita della Repubblica tedesca e del primo tentativo di stabilire una democrazia liberale in Germania – racconta che la Costituzione di Weimar sia degradata ad “involucro privo di contenuti”, definita “vernice priva di aderenza”, “*Verfassung ohne Entscheidung*” (Costituzione senza decisione),<sup>214</sup> abbia rappresentato un terreno di difficile lettura e comprensione e, pervasa da un'ideologia comunitaria dominante in tutti i partiti tedeschi, si sia consumata provando a conciliare una serie di contraddizioni concettuali e normative, non riuscendo a fare da argine alla nascita del nazionalsocialismo.<sup>215</sup> E c'è chi, sebbene molti siano propensi ad imputare alla Costituzione del 1919 la colpa della deplorable situazione determinantesi con la Repubblica, è pronto a respingere tali rimproveri, descrivendo la Carta di Weimar come uno strumento di cui il popolo tedesco si sarebbe potuto servire per costruire la democrazia, discolpando gli articoli costituzionali per gli sciagurati sviluppi e si limita ad ammonire il costituente per non aver accordato la propria opera con la situazione reale.<sup>216</sup>

<sup>213</sup> M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, 1999, p. 146. Sull'influenza della WRV del 1919 nella democraticità assunta dalle costituzioni europee successive – non potendo più la costituzione dagli anni Venti del Novecento in poi essere solo statale, come nel modello tedesco del XIX secolo, né solo parlamentare, come nella grande tradizione inglese –, si veda *ivi*, pp. 146-148.

<sup>214</sup> J. Trützschler, *Die Weimarer Republik*, cit., p. 71; nella ricerca tedesca sulla Costituzione weimariana, ricorre spesso tale espressione, per indicare una Costituzione che prevede un Parlamento incapace di prendere decisioni e un Presidente della Repubblica cui sono, invece, concessi troppi ampi poteri in caso di emergenza.

<sup>215</sup> M. Carducci, *Una «danza sull'orlo del vulcano»*, in *Costituzione di Weimar [1919]*, traduzione di M. Carducci, Macerata, 2008. Inoltre il costituzionalista italiano, per la mancanza a Weimar di un percorso unitario della prassi politico-sociale e costituzionale con le fasi di governo, dapprima parlamentare poi presidenziale, consiglia di «ancorare la lettura della Costituzione su coordinate generali di storia culturale tedesca, lungo il tracciato, tra l'altro, di una grande suggestione di Ernst Bloch: Weimar porta in sé il “retaggio” del passato sul suo futuro, sincronicità delle proprie contraddizioni. La sua Costituzione, di rimando, racchiude la diagnosi di una crisi e un programma di ricostruzione» (*Ivi*, pp. XIV-XV).

<sup>216</sup> A. Rosenberg, *Storia della repubblica di Weimar*, cit., pp. 85-86.

La Costituzione weimariana è giudicata soprattutto per le sue “mancanze” e per i suoi “errori”. Allora cosa mancherebbe formalmente alla WRV e cosa vi sarebbe di sbagliato? Quali i temi cruciali, divenuti oggetto di analisi e critica?

Innanzitutto, per analizzare e valutare i conflitti e le sfide che la Costituzione affronta dalla sua approvazione e durante la sua vigenza, occorre utilizzare il concetto di interpretazione costituzionale. Ai tempi di Weimar si adoperava un metodo di interpretazione positivista e formalistico, prevalente nel periodo imperiale, in seguito all'accettazione da parte della borghesia tedesca dell'ordine vigente. Dunque, pur prevedendo sul piano giuridico notevoli innovazioni, la Costituzione di Weimar non si evolve sul piano metodologico, essendo interpretata secondo vecchi criteri.<sup>217</sup>

E così che il positivismo e il formalismo, secondo la dottrina giuspubblicistica maggioritaria, orientano ogni scelta costituzionale, determinando le mancanze e gli errori che caratterizzerebbero la Costituzione.

Molto dibattuta è la questione della protezione della Costituzione. Grazie alla Costituzione, Constantin Feherenbach, presidente dell'Assemblea nazionale, auspica che i tedeschi siano il popolo più libero al mondo. Ma se di questa libertà si abusa? Quale garanzia contro singoli o gruppi sedicenti difensori della Costituzione intenti ad abbatterla? Le risposte arrivano dal Ministro David, il quale spiega che la Costituzione è modificabile legalmente, guadagnando la maggioranza degli elettori, rendendo quindi superfluo l'impiego della violenza nella lotta politica – noncurante che una Costituzione che garantisce libertà andrebbe protetta da attacchi volti ad eliminare la libertà stessa, andrebbe custodita. «La strada – prosegue David – è aperta per ogni pacifico sviluppo legislativo. Questo è il valore supremo di ogni genuina democrazia».<sup>218</sup> È evidente il desiderio di rompere col vecchio regime autoritario, chiuso a qualsivoglia evoluzione giuridica, per spalancare le porte ad un “ordine giuridico moderno” in cui l'autorità è legittimata dal popolo che può modificarla, modificando le forme istituzionali, in cui nulla è immutabile, salvo che la sovranità appartiene al popolo.<sup>219</sup> Il pericolo che corre la democrazia è la dittatura della maggioranza, pericolo a cui il costituente cerca di scampare predisponendo un equilibrio tra i poteri.

E allora, quali mezzi di tutela avrebbe concretamente la Repubblica di Weimar nei confronti dei suoi oppositori politici? Christoph Gusy tenta di rispondere a tale domanda, fornendo una panoramica dei fondamenti costituzionali, delle opzioni di salvaguardia predisposte dal potere legislativo e delle opportunità dell'Esecutivo e del Giudiziario di eseguirle ed applicarle.

Sin dall'inizio, nella Repubblica di Weimar si avverte la consapevolezza di quanto sia necessaria una efficace protezione della Costituzione. Già l'Assemblea Nazionale,

<sup>217</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in F. Lanchester-F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., p. 41.

<sup>218</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 117.

<sup>219</sup> Spunti tratti da A. Ballarini, nelle lezioni di Filosofia del diritto del 10 e 11 marzo 2009 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

infatti, riconosce questa esigenza, provando a soddisfarla. Muovendo da ciò, il costituzionalista tedesco si interroga sull'espressione "*wehrlose Republik*", coniata da parte della giuspubblicistica postweimariana, e giunge a confutarla, avanzando la tesi che non solo la Costituzione di Weimar contiene le norme per la propria protezione, ma essa non preclude affatto la creazione di leggi funzionali alla salvaguardia della Repubblica. L'idea che Costituzione di Weimar e protezione della Costituzione potrebbero escludersi a vicenda non sembra appartenere al diritto costituzionale di Weimar. Appare il contrario solo in casi eccezionali, quando deve essere giustificata l'incostituzionalità di misure contro la NSDAP. D'altronde, una netta incompatibilità delle misure contro i comunisti con la Costituzione di Weimar non è mai rivendicata. Sono adottati numerosi decreti legge di emergenza per proteggere la Costituzione, la cui conformità costituzionale mai è messa in dubbio, tanto più quando la volontà delle maggioranze politiche di tutelarla si è rivelata ampia. Mentre, più debole si dimostra il centro politico, e quindi i partiti della coalizione di Weimar, più flebile risulta la tutela giuridica della Repubblica.<sup>220</sup>

Nelle leggi e nei regolamenti di emergenza, dal 1929 in poi, si registra un mutamento dell'idea di tutela della Repubblica, che volge verso il concetto di sicurezza dello Stato tramite l'Esecutivo. Tale cambiamento non è figlio della Costituzione; è, semmai, conseguenza della sua crisi. Da qui, la trasformazione della forma di governo weimariana, da sistema parlamentare a sistema presidenziale. Dunque, le leggi per la protezione della Repubblica, seppur esistenti, sono eseguite ed applicate con notevole ritardo e con eccessiva moderazione nei contenuti. Queste le maggiori responsabilità dell'Esecutivo e del Giudiziario, negli ultimi anni di Weimar.<sup>221</sup>

A dispetto di ciò, i costituenti sono comunque accusati di non aver inserito misure di garanzia dello stato costituzionale democratico, valori volti a difendere la Carta fondamentale, principi che discriminano ideologie totalitaristiche, norme che vietano la formazione di partiti antisistema, peraltro solo remotamente eliminabili dal circuito democratico e sgravati dall'obbligo del rispetto dei principi democratici.<sup>222</sup>

Viene ritenuto pessimo il meccanismo di revisione costituzionale. La Costituzione può essere modificata con ogni atto del *Reichstag* preso a maggioranza qualificata. Perciò, anche davanti ad una sostanziale rottura della Costituzione, non è previsto alcun rimedio, lasciando priva di limiti sostanziali la formale revisione del testo costituzionale, in ogni sua parte. La Costituzione differisce, così, dalla legge ordinaria solo per la maggioranza dei due terzi necessaria per la sua revisione, risultando niente più che una legge aggravata.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> C. Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik?*, cit., p. 367.

<sup>221</sup> *Ivi*, p. 368.

<sup>222</sup> Cfr. D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., pp. 34 ss. e C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit. pp. 48 ss.

<sup>223</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., pp. 34-35 e pp. 41-42.

Il concetto di democrazia si esaurisce nel principio di maggioranza. Quindi, qualsiasi decisione presa dalla maggioranza nel rispetto del procedimento previsto risulta valida, compresa l'abrogazione del sistema democratico.<sup>224</sup> Già in Assemblea, ricorda Hagen Schulze, sulla scia delle dominanti filosofie positivista e neokantiana, si palesa come nessun valore e nessuna posizione politica, compresa la democrazia, siano in sé dimostrabili, giungendo alla conclusione che la democrazia può significare unicamente la decisione della maggioranza. L'unica premura della Costituzione è garantire la libertà della pubblica discussione, senza escludervi scomodi partecipanti, né tanto meno salvaguardare i principi costituzionali dai propri nemici. Ciò è sufficiente per i costituenti di Weimar, assertori della ragione umana e riluttanti alla corruttibilità delle masse e alla bramosia di potere.<sup>225</sup> Da ciò si evince che il formalismo domina anche la visione dello Stato di diritto. La dottrina positivista del diritto pubblico si riduce al principio di legalità. Approvata una legge, l'amministrazione deve applicarla senza guardare al suo contenuto.

La potestà legislativa del Parlamento è delegabile senza limiti, tant'è che la legge delega del 1933 (*Ermächtigungsgesetz*) è adottata legalmente. Pertanto, diventa possibile persino la sovversione dell'ordinamento democratico tramite l'utilizzo di mezzi legali, come poi è successo. Inoltre, come già si è evidenziato, durante l'età di Weimar manca una piena realizzazione della giustizia costituzionale, né si ravvisa una chiara previsione del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi e della garanzia costituzionale dei diritti fondamentali: lo *Staatsgerichtshof* non fungerebbe da garante della Costituzione, per i suoi limitati poteri.<sup>226</sup>

Inoltre, nel novero dei mezzi di difesa costituzionale, rientrerebbe a pieno titolo una riforma della Costituzione, più che mai necessaria nel novembre del 1932, ma evidentemente irrealizzabile, stante l'impasse nel Parlamento. Le condizioni da cui è scaturita la crisi sono talmente gravi da non consentire la sua risoluzione. Vengono comunque adottati ulteriori provvedimenti straordinari per bypassare lo stallo parlamentare, ma senza risultati.<sup>227</sup>

Si riscontra, quindi, nell'ordinamento giuridico weimariano un limitato sistema di misure di difesa costituzionale, tanto quanto una carente, tardiva e incostante applicazione delle stesse ad opera delle istituzioni.

Altro tema ampiamente discusso dalla letteratura critica sulla WRV è la validità del patto costituzionale. Al riguardo, secondo Ciro Sbailò non occorre recuperare norme identitarie, ma assicurare la fusione delle operazioni della costituente con la realtà storico-politica tedesca. Insomma, basta guardare alla validità del patto e non ai valori

<sup>224</sup> *Ivi*, p. 42.

<sup>225</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 117-118.

<sup>226</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., pp. 34-35. Cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 68-76.

<sup>227</sup> D. Grimm, *Verfassungserfüllung - Verfassungsbewahrung - Verfassungsauflösung*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933. Handlungsspielräume und Alternativen*, München, 1992, p. 183.

della prima democrazia tedesca. Occuparsi della validità del patto costituzionale significa ritornare sul tema della transizione e viceversa. Weimar opera una spaccatura nella continuità nazionale, come avverrà in Italia e in Germania nel secondo dopoguerra e nei Paesi europei centro-orientali dopo la caduta dei rispettivi regimi comunisti. Tuttavia, a differenza di questi, la rottura con il passato all'epoca weimariana non è riconosciuta dai vincitori del primo conflitto mondiale. In Italia e in Germania, infatti, le potenze vincitrici dimostreranno di aver imparato dalla tragedia consumatasi simbolicamente nella Turingia. Eppure, nel primo dopoguerra i più credono nella clemenza dei vincitori, atteso l'impegno a darsi una Costituzione democratica e liberale e a inibire una rivoluzione comunista. Evidentemente, si sono sbagliati.<sup>228</sup>

I costituenti weimariani tentano «di garantire la continuità statale nella discontinuità politica». Probabilmente, ciò, senza basare saldamente il nuovo ordine sui propri valori democratici e repubblicani, pur di salvaguardare la continuità. Ad ogni modo, rimane che in questa fase di transizione emerge chiaramente il bisogno di individuare l'essenza dello Stato, la quale non coincide con la Costituzione, ma in questa vede il suo riflesso. Lo Stato si manifesta in una Costituzione, senza esaurirsi in essa, nonostante non sia pensabile senza. Esso esiste tramite la Costituzione. Weimar insegna che il concetto di Costituzione è «giuridico nella sua politicità, politico nella sua giuridicità». A livello politico, si scelgono le norme fondamentali e inviolabili e quelle modificabili, ossia l'equilibrio delle varie componenti della Costituzione, tra cui il bilanciamento dei diritti. La decisione circa il patto costituzionale, insomma, è di natura politica. A livello giuridico, il patto costituzionale è valutato per la legittimità e l'efficacia della norma scritta. La Costituzione di Weimar, vista come testo scritto non può contenere la causa della crisi, la quale può tutt'al più essere rintracciata se vista come patto, attese le sue modalità di sottoscrizione.<sup>229</sup>

La Costituzione dei professori (con riferimento ai tanti intellettuali impegnati nella sua redazione) è ritenuta un'opera complessa e politicamente "fredda". Forse perché scritta in virtù del compromesso tra riformisti e militari legati al vecchio regime, compromesso mai concretizzatosi in un reale patto di lealtà, giacché i dirigenti prussiani si dimostrano sempre ostili alla Repubblica. Ne scaturiscono due gravose ipoteche sulla Repubblica: la repulsione di destra e sinistra estreme alla democrazia e l'accettazione della Repubblica con riserva. Ciò si riflette anche a livello elettorale, dove i filo repubblicani non arrivano mai oltre la metà dei consensi. Pertanto, essa si guadagna anche l'espressione di "Costituzione ipotecata".<sup>230</sup>

Sono numerose, dettagliate e rilevanti le analisi sulla Costituzione di Weimar presenti nella letteratura italiana, dalla quale si riscontrano giudizi prevalentemente positivi.

<sup>228</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit. pp. 48-52.

<sup>229</sup> *Ivi*, pp. 54-55.

<sup>230</sup> *Ivi*, p. 56.

Giovanni Bognetti valuta positivamente la Costituzione weimariana ritenendola fondamentale per la storia del costituzionalismo occidentale come un nuovo modello di costituzione. Afferma che tale Costituzione, malgrado i deprezzamenti della dottrina giuridica tedesca del secondo dopoguerra, rivestirebbe per l'ordinamento politico-giuridico nella seconda metà del '900 lo stesso valore simbolico che la Dichiarazione francese dei diritti del 1789 ricopre per il modello liberale classico. La Costituzione di Weimar è la prima formale presentazione, contenuta in un documento ufficiale con autorità legale suprema, del modello di Stato democratico e sociale. Ciò, sia per la previsione dei diritti personali e l'organizzazione della società civile (parte in cui le libertà sono per la prima volta bilanciate da diritti e principi sociali che le integrano e limitano al contempo), sia per la forma di governo con la prima relativa interpretazione della nuova divisione dei poteri, tipica di uno Stato interventista. Bognetti, addirittura si spinge oltre, quando accosta la Costituzione del 1919, complessivamente considerata, alla perfezione, salvo per ciò che concerne lo schema del modello.<sup>231</sup>

Tra i tanti a difendere la Costituzione weimariana, figura anche Carlo Amirante, il quale, innanzitutto, spiega i motivi per cui essa non sia passibile di giudizi globalmente negativi. Egli è convinto che una costituzione orientata a politiche economiche, sociali e istituzionali che coinvolgono i cittadini non può essere giudicata come un esempio negativo. Spesso è invocato "l'incubo di Weimar", sulla base della tesi della "costituzione senza decisione" di Kirchheimer di stampo schmittiano o della ineludibilità della sua crisi secondo la forzatura della teoria di Smend per cui la costituzione weimariana non è in grado di assolvere alla funzione, fondamentale per ogni costituzione, di integrare i cittadini nello Stato. Tuttavia, per Amirante, tali osservazioni non tengono ancora una volta conto del carattere storico-politico della Costituzione weimariana, né del contesto e del tempo in cui i due Autori citati pongono le rispettive riflessioni sulla situazione weimariana. Egli valuta tali critiche e tali appellativi come «giudizi di parte francamente deboli ed immotivati, ripresi tal'ora in modo tralaticio», «corti circuiti inidonei a rappresentare le difficoltà e le resistenze del "vecchio mondo", di cui gli Junker, ala potente burocrazia del Reich ma anche teorici ed

---

<sup>231</sup> G. Bognetti, *Europa in crisi. Due studi su alcuni aspetti della fine della III<sup>a</sup> Rep. francese e della Rep. di Weimar*, Milano, 1991, pp. 126-127. In linea con Bognetti, cfr. S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 22: «Come ogni Costituzione anche quella di Weimar (...), avvolta nella specificità dei suoi avvenimenti e permeata dalla peculiarità della sua cultura, ha una storia nella quale riconoscersi ma, senza dubbio, più di ogni altra Costituzione, quella di Weimar può essere colta come un importante tentativo di riforma dello Stato e comunque come il simbolo di un'epoca in transizione che – tra nuove forme e configurazioni del rapporto tra diritti e potere, tra società e Stato – sperimenta in modo davvero originale un modello di democrazia sostanziale destinato ad infrangere i canoni concettuali e i modelli statuali dell'Ottocento e a schiudere una ulteriore, quanto feconda, stagione del moderno costituzionalismo europeo». Per un approfondimento sulla Costituzione di Weimar quale incarnazione del modello di Stato sociale e rappresentazione del tentativo di modernizzazione dello Stato liberale e di razionalizzazione della sua forma di organizzazione politica tramite l'equilibrio dei poteri, si veda *ivi*, pp. 22-33, in cui si riportano anche le osservazioni di Mortati circa le problematiche poste dall'attuazione del modello di Stato sociale (*ivi*, p. 31, in nota).

ideologi come Carl Schmitt e ovviamente l'esercito, sono i rappresentanti e i più strenui difensori, contro il "nuovo mondo" di cui i settori più radicali dei sindacati e del partito socialdemocratico erano i propugnatori». <sup>232</sup>

Giudizi positivi derivano anche dalla letteratura anglosassone. È il caso di Caldwell e Scheuerman, i quali ritengono che il passaggio a un paradigma democratico di organizzazione politica, come a Weimar, rappresenta un momento di cambiamento fondamentale nel modo di pensare la politica costituzionale in Germania. In ciò, la Costituzione di Weimar funge da punto di riferimento per gli aspri dibattiti sulla natura della democrazia e sul significato della sovranità popolare, che caratterizzano gli anni weimariani. Non solo tale Costituzione segna una rottura con le tradizioni pre-1914 in Germania, ma apre anche la strada a nuovi approcci per lo Stato, la legge e la società in tutto il resto del ventesimo secolo. Le discussioni che ne scaturiscono circa la natura della democrazia, il significato dei diritti e il ruolo dei tribunali concernono le preoccupazioni della teoria politica e giuridica contemporanea. E hanno un impatto sostanziale sulla politica tedesca e sulla cultura costituzionale tedesca tuttora. <sup>233</sup>

Nella seconda parte della Costituzione, i principi e i diritti sociali sono previsti in maniera troppo specifica per delineare un modello applicabile in varie situazioni. Tuttavia, tale specificità ben si adatta alla situazione tedesca dell'epoca, al fine di corroborare un sistema ad economia mista connotato dall'iniziativa privata e dall'intervento statale correttore. Tuttavia, dagli enunciati sociali weimariani derivano programmi politici moderati per il legislatore, consolidando istituti lavoristici e previdenziali già predisposti nella Germania imperiale da Bismark, nell'ottica di un ordinamento economico liberale, ma intriso di interventismo e meccanismi di tutela dei deboli e di sicurezza sociale. Aspetti, questi, che rimandano pedissequamente al

---

<sup>232</sup> C. Amirante, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 41. «Il pluralismo politico e istituzionale si esprimeva nella formula della "democrazia razionalizzata", nella quale alla dialettica parlamento/governo faceva riscontro quella Presidente della repubblica/Popolo sovrano; al popolo venivano riservati poteri legislativi "arbitrali" sia "autonomi" che condizionati all'autorizzazione del Presidente della Repubblica; al pluralismo politico doveva (...), così, corrispondere un pluralismo economico e sociale che l'intera seconda parte della costituzione disseminava in una vasta gamma di principi e istituti che, pur se condizionati dalla volontà politica dei partiti, dalla forza dei sindacati e dalla strenua resistenza del mondo imprenditoriale rappresentavano indubbiamente la realizzazione normativa ed istituzionale di una costituzione aperta a sviluppi futuri. Si tratta di uno dei caratteri più originali della Costituzione di Weimar, che non riguarda solo le norme programmatiche ma si riferisce alla sua struttura istituzionale e normativa, dunque, una proiezione non solo verso la modernizzazione dell'ordinamento giuridico, ma che prospetta e favorisce una trasformazione dei rapporti politici, economici e sociali» (*ivi*, pp. 43-44). In tale contributo, Amirante si concentra sugli aspetti che ritiene più originali e innovativi della Costituzione weimariana, concentrandosi sull'influenza di questa sulle costituzioni dei *Länder*, sulla Legge fondamentale di Bonn e sulla Costituzione italiana, le quali ultime due rappresentano per l'Autore un modello ed un punto di riferimento per le costituzioni democratiche del '900 – come si avrà modo di rappresentare nell'ultimo capitolo del presente lavoro. Sul "modello Weimar", cfr. dello stesso autore, *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, pp. 359-377.

<sup>233</sup> P.C. Caldwell-W.E. Scheuerman, *Introduction to* *Iid.*, *From liberal democracy to fascism*, cit., p. 2.

capitalismo democratico occidentale del XX secolo.<sup>234</sup> Sui diritti sociali fondamentali inclusi nella Costituzione di Weimar e, in particolare, sulla loro affidabilità si interroga Eberhard Eichenhofer. Il giurista afferma che tali diritti sono incorporati nella WRV, al fine di ancorare al nuovo ordine costituzionale i compiti urgenti del tempo. Questi diritti fondamentali, tuttavia, non sono destinati a concedere diritti individuali ai singoli. Piuttosto, obbligano lo Stato ad agire in qualità di legislatore. Nel periodo di Weimar, Hermann Heller e Gustav Radbruch valutano i diritti sociali fondamentali come «*Umschreibungen des sozialpolitisch umfassend tätigen Sozialstaats*» (circonlocuzioni di politica sociale che compongono lo Stato sociale attivo). Questo è per Heller lo “Stato sociale di diritto” (*sozialen Rechtsstaat*), la cui produzione legale è per Radbruch il “diritto sociale” (*Sozialrecht*). Tuttavia, per la realizzazione dei diritti sociali, l'individuo deve affidarsi completamente al legislatore – motivo per cui l'individuo rischia di essere completamente abbandonato, se il legislatore non interviene.<sup>235</sup> Emerge chiaramente, per Grimm, come la Costituzione weimariana non riconosca un potere di preminenza ai diritti fondamentali, la cui visione anche in tal caso è formale. Ciò impedisce interventi nei diritti di libertà e di proprietà senza un fondamento normativo, seppur la legge possa prevedere arbitrariamente delle limitazioni. I diritti sono sotto la legge e non sopra. I diritti fondamentali sembrano essere una formulazione sterile per lo status giuridico del singolo.<sup>236</sup> Lo stesso Anschütz, li definisce «meno, più e altro» che diritti fondamentali, in quanto ritiene che la seconda parte della WRV, fatta di garanzie, norme speciali e programmatiche, promesse è difficilmente realizzabile.<sup>237</sup> Il catalogo weimariano dei diritti fondamentali resta inadempito in parti importanti, simboleggiando il destino “sfortunato” della Costituzione stessa.

L'elemento dell'impianto istituzionale weimariano che Bognetti considera negativo è il principio proporzionalistico previsto per la elezione del Parlamento, che favorirebbe la frammentazione partitica. Sebbene considerato da giuristi tedeschi, prima e dopo le due guerre, la quintessenza della democrazia, il mezzo di governo diretto da parte del popolo sovrano, è ritenuto un aspetto negativo, come dimostrerebbe il successo della Quinta Repubblica francese, “rivincita postuma della soluzione weimariana”, che elegge l'Assemblea nazionale con il sistema maggioritario. Comunque, rimane che il principio proporzionalistico è forse la condizione necessaria alla nascita della Repubblica e alla sopravvivenza iniziale della Costituzione stessa.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> *Ivi*, pp. 127-129.

<sup>235</sup> E. Eichenhofer, *Soziale Grundrechte – verlässliche Grundrechte?*, in Id. (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 207-230.

<sup>236</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., pp. 35 e 42.

<sup>237</sup> G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, 1933, p. 510.

<sup>238</sup> G. Bognetti, *Europa in crisi*, cit., pp. 131-132.

La Costituzione di Weimar, riassumendo il pensiero di Bognetti, avrebbe raggiunto la piena democratizzazione se avesse avuto il sostegno di tutte le parti politiche e sociali e non si fosse portata dietro il retaggio della tradizione guglielmina.

Forti e numerose critiche sono rivolte al bicefalismo weimariano, inidoneo, secondo Grimm, a realizzare un Esecutivo stabile e responsabile, nonché alla figura del Capo dello Stato che, per gli eccessivi poteri attribuitigli – tra cui quello di emergenza e quello, solo parzialmente ridotto, di scioglimento parlamentare – e la sua legittimazione popolare, rischia di svigorire il Parlamento e di cedere terreno alla dittatura.<sup>239</sup> Anche per questo l'equilibrio tra i due organi eletti direttamente dal popolo, *Reichstag* e *Reichspräsident*, viene meno favorendo la preminenza del Presidente. La mancanza dell'obbligo di accordo per la formazione del governo parlamentare e dell'obbligo di adottare le leggi necessarie, il Parlamento si sottrae alla propria responsabilità, attesa la fiducia nei poteri d'eccezione del Presidente.<sup>240</sup>

Ernst Nolte, invece, fa notare che nella Costituzione weimariana sono presenti, per la prima volta nella storia costituzionale mondiale, molteplici elementi dello Stato sociale. Ma le mancate definizioni al suo interno dei concetti di “giustizia” e “anticostituzionalità” permetterebbero ad un forte partito di sinistra di aggettivarla come “socialmente ingiusta”, sì da renderla oggetto di una nuova rivoluzione finalizzata ad una completa socializzazione. A destra, invece, un partito radicale potrebbe considerarla pericolosa per il popolo, sì da rendere necessario il suo sovvertimento. Nolte condivide la critica dei conservatori di destra, quando questi affermano che in tempo di pace la “Repubblica radicale” può scaturire dall'Impero solo tramite una rivoluzione: in tal senso essa è da intendersi come “rivoluzionaria”. Perciò, sono in essa ravvisabili anche elementi di matrice conservatrice o di destra, rispecchiando una costituzione liberaldemocratica. E, al contempo, la WRV è una Costituzione di compromessi, in quanto criticata da più e diverse parti come “troppo libera”, “troppo autoritaria”, “troppo centralistica”. “troppo federalistica”. Da qui discende il grande dubbio sulla possibilità di sopravvivenza di un popolo, quello tedesco, già frutto di compromessi o di una sintesi solo parzialmente realizzata e alle prese con diverse crisi, con un passato autoritario, reduce dalla sconfitta bellica e minacciato dalla Russia bolscevica.<sup>241</sup>

Il dato certo è che la Costituzione di Weimar, all'inizio e alla fine dei suoi giorni, ha avuto a che fare con una situazione, manifestantesi nel testo, che le ha impresso uno stemma decisivo: l'emergenza.

Nata dall'emergenza, la WRV è destinata ad estendere garanzie e controlli e a relegare in secondo piano autonomia e stabilità del governo, precludendo una gestione positiva dei conflitti politici che sgretolano già sul nascere le basi della democrazia. Il trattamento loro riservato consiste nella sospensione temporanea e autoritaria di libertà e

---

<sup>239</sup> *Ivi*, p. 130.

<sup>240</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., p. 34.

<sup>241</sup> E. Nolte, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 74-75.

diritti civili che «avrebbe sì potuto istituire una “pace artificiale”, ma non sarebbe mai stata idonea, di per sé, a preservare o a rafforzare le strutture di una democrazia debole, di una repubblica incerta e traballante, cui sarebbero occorsi ben altri sostegni per non restare, come di fatto accadde, solo un esperimento incompiuto».<sup>242</sup>

Criticata acerbamente per la struttura pletorica, per gli ingranaggi macchinosi e per i sistemi sociali eterogenei che ne costituiscono la base privi di una fusione in una superiore unità. Bersaglio degli attacchi da destra e sinistra e ingloriosamente affossata dopo solo quattordici anni di vita senza trovare rimpianti.

Lo studio del fenomeno weimariano si è sviluppato nella duplice prospettiva dell'analisi delle forme di modernizzazione politica e delle forme di stabilità di un regime democratico in un determinato ambito storico-sociale, ma soprattutto si è acuito nel tempo per ricavare validi consigli, a livello costituzionale, dagli errori e dalle aporie di Weimar.

Da tali osservazioni emerge un quadro complesso e contraddittorio di una Costituzione che ha dovuto fare i conti con innumerevoli fattori prima di vedere la luce e ha continuato a farli fino a che quella luce si è spenta.

Venutasi a trovare nuovamente nell'emergenza, la Costituzione, priva di ancoraggio normativo, si rivolta contro se stessa. Così accade che il 30 gennaio 1933 il Presidente von Hindenburg nomina cancelliere, attenendosi alla lettera della Costituzione, il *Führer* dei nazionalsocialisti, il cui accesso al potere è legale, sulla base delle previsioni costituzionali relative alla formazione del Governo. E, sempre legalmente, in virtù dell'interpretazione costituzionale dominante, all'indomani delle elezioni del 5 marzo 1933, Hitler si fa delegare dal *Reichstag* la potestà legislativa e il potere di revisione costituzionale. Così, per gradi, viene smantellata la Costituzione di Weimar. Per questo motivo, molti hanno ritenuto a lungo che la WRV non abbia prodotto risultati positivi ed abbia addirittura portato al disastro tedesco, non prevedendo misure idonee a prevenire lo stallo del sistema parlamentare e, nei fatti, ad inibire l'ascesa di Hitler.

Tre anni prima, un tribunale del *Reich*, temendo un assalto alla Costituzione, chiede ad Hitler di chiarire la sua posizione; al che il nazista risponde che, prescrivendo la Costituzione i mezzi, ma non il fine, il suo intento sarà di trasformare lo Stato conformemente alla legge. «La Costituzione della repubblica di Weimar, nella sua liberalità senza fine, fa il gioco dei suoi stessi affossatori». La Costituzione non è minimamente di inciampo a chi le manifesta disprezzo, tant'è che evita di abrogarla esplicitamente. Formalmente, la WRV resta in vigore fino all'8 maggio 1945.<sup>243</sup>

<sup>242</sup> C. Tommasi, *Dal «Kaiserreich» a Weimar*, cit., p. 281.

<sup>243</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 119-120. Sulla nomina di Hitler a cancelliere, Huber fa notare come essa significhi «*die faktische Nullifizierung des Verfassungssystem*» (il fattuale annullamento del sistema costituzionale), opinione contraddetta da M. Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit. p. 622, secondo cui, formalmente e sostanzialmente, il sistema resta in piedi anche dopo la sua investitura. Sul tentativo di valutare il grado di costituzionalità (*Verfassungskonformität*) e di violazione della

Di sicuro, la dottrina moderna non analizza la WRV soltanto in relazione al fallimento della Repubblica e all'ascesa del nazionalsocialismo. Il giudizio sulla Costituzione di Weimar risulta più neutrale, attese la storicizzazione, al punto da essere denominata "Costituzione senza fortuna". Molti credono sarebbe vissuta più a lungo, in condizioni storiche meno avverse. Altri sottolineano che al momento della sua redazione non è facilmente prevedibile l'eccezionalità e l'ostilità del contesto in cui avrebbe operato. In fondo, l'alta considerazione che si è guadagnata nel tempo è anche figlia del suo destino infausto. Ma non solo. La Costituzione di Weimar continua a essere studiata ed apprezzata anche per essere riuscita ad integrare la società e a rinsaldare l'unità. «I confini dell'efficienza delle Costituzioni emergono in maniera nitida».<sup>244</sup>

---

Costituzione (*Verfassungsbruch*), nella trasformazione del sistema di governo parlamentare verso un sistema presidenziale autoritario nelle varie fasi della storia della Repubblica di Weimar, si veda D. Gessner, *Die Weimarer Republik*, Stuttgart, 2002, pp. 98-100.

<sup>244</sup> D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., p. 44. La storiografia sull'esperimento weimariano continua a interrogarsi sulla presunta predestinazione alla crisi della Repubblica a causa del suo sistema costituzionale che darebbe vita ad un semipresidenzialismo. Tuttavia, viene osservato da Portinaro che non si tratta di un destino già scritto nella costituzione, quanto di un esperimento fallito soprattutto per la difficile coesistenza di differenti culture politiche derivanti dalla precedente esperienza imperiale, gli effetti economici e sociali della guerra e la crisi economica del 1929. La Costituzione weimariana non farebbe altro che riflettere la nuova caratterizzazione della società, dei suoi soggetti, dei loro interessi e delle loro richieste. Ciò senza dimenticare che la Costituzione di Weimar non manca tanto nella sua costruzione testuale, quanto nel favore delle circostanze in cui è incappata. Da qui, l'espressione di "costituzione sfortunata" (Portinaro P.P., *Dottrina della costituzione e teoria della democrazia a Weimar*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 62-63).

## CAPITOLO II CARL SCHMITT

«*Res dura et regni novitas me talia cogunt  
Moliri et late fines custode tueri*».<sup>245</sup>  
da Virgilio, L'Eneide (I, vv. 563-564)

Menzionare i dati anagrafici di Carl Schmitt (Plettenberg, 11 luglio 1888 – Ivi, 7 aprile 1985) non è un'operazione meramente biografica, in quanto permette, seppur in maniera superficiale, di individuare sin da subito l'ampio arco temporale in cui si sono sviluppate, intrecciandosi, la sua vita e la sua carriera intellettuale. Parlare di Schmitt significa ripercorrere la storia delle quattro Germanie che egli ha conosciuto, in quanto testimone del crollo della monarchia guglielmina nel 1918, dei travagli della Repubblica di Weimar, della dittatura nazista e della nascita della Repubblica federale tedesca. Le sue opere concernono gli eventi politici e costituzionali di ciascuno dei periodi da lui stesso sperimentati e dai quali è stato inevitabilmente condizionato.<sup>246</sup>

«Il singolare fascino e l'altissimo magistero scientifico» dei suoi scritti scaturiscono da una «straordinaria capacità di sistemazione e costruzione giuridica» e da «geniali doti di indagatore dei fatti della politica e delle leggi che li regolano».<sup>247</sup> Ciò lo conduce ad accogliere la concezione istituzionale del diritto e gli permette di ricavare notevoli risultati dagli sviluppi da essa dedotti, rivolgendo lo sguardo alla realtà sociale nel suo complesso, denunciando l'inadeguatezza degli assetti organizzativi vigenti e indicando la via da seguire per il suo superamento. Non si può – come in più occasioni è avvenuto – eccepire l'estraneità di una siffatta ricerca alla competenza del giurista, in quanto «il compito dello studioso del fenomeno giuridico non può essere puramente descrittivo dell'ordine normativo in atto. Visto che questo è in perpetuo divenire, egli non può sottrarsi all'indagine circa la sussistenza e permanenza del rapporto di armonia fra il medesimo e le situazioni concrete cui esso ha riguardo». Né si può paventare il rischio che la sua opera perda in termini di obiettività: «nessuna dottrina sfugge ai condizionamenti della situazione socio-politica dell'epoca storica in cui opera, né le è

---

<sup>245</sup> P. Virgilio Marone, *L'Eneide*, traduzione di P. Bernabò Silorata, Parma, 1862, p. 66. Sono i versi citati in toto nel 1513 da Machiavelli in *Il principe* e in parte nel 1931 da Schmitt in *Il custode della costituzione*. Lo stesso Schmitt in *Le categorie del "politico"*, per neutralizzare la tendenziosità di certe interpretazioni, spiega che *res dura* è l'assetto politico-istituzionale della Germania dopo la sconfitta militare, mentre *regni novitas* è la Costituzione di Weimar del 1919.

<sup>246</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989, p. 23. Per una interpretazione originale della teoria politica e della teoria costituzionale di Schmitt e del rapporto tra costituzionalismo, economia politica e democrazia nel contesto della Repubblica di Weimar, si veda E. Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham-London, 2004.

<sup>247</sup> C. Mortati, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 2, 1973, p. 511.

possibile sottrarsi all'influenza dell'uno e dell'altro degli orientamenti ideologici che in essa si dibattono».<sup>248</sup>

Schmitt è pur sempre, come ogni individuo, figlio del proprio tempo, per cui l'origine e lo sviluppo della sua produzione scientifica<sup>249</sup> – frutto di una ricerca normativo-legale che sconfinava nella realtà esistenziale oltretutto socio-politico-economica – risalgono, sul piano della concreta esperienza di vita «tra le due guerre», alle innumerevoli suggestioni intellettuali, ma anche alle contingenze storiche e biografiche, quali la sconfitta bellica della Germania, l'umiliazione versagliese, una disincantata visione della debolezza politica e della frammentazione di un popolo accomunato dal solo desiderio di *revanche* a livello internazionale. «Nulla della sua opera di quegli anni (...) può essere compreso senza tenere in conto le passioni ed il turbine di sentimenti che agitavano dal profondo le generazioni vecchie e nuove della Germania post-guglielmina. (...) tutto lo Schmitt sino alla svolta del 1933-1934 (...) merita lettura con riferimento al clima esplosivo ed allucinato (...) della Repubblica di Weimar».<sup>250</sup>

---

<sup>248</sup> *Ivi*, p. 511 e pp. 531-532. «L'obiettività, rivendicata per sé dal positivismo giuridico, malamente cela l'intento politico che promuove le soluzioni accolte, le scelte ideologiche di fondo ed i modelli costituzionali presupposti. Così operando la scienza giuridica rivela la sua vera essenza di parte attiva dell'esperienza giuridica, di vera fonte del diritto obiettivo; riuscendo la sua influenza tanto più efficace quanto maggiormente le indagini svolte riescano a penetrare nel vivo tessuto della società per coglierne le esigenze più pressanti ed indirizzarsi verso le soluzioni meglio idonee a soddisfarle» (*Ivi*, p. 532).

<sup>249</sup> L'origine della sua ricca produzione scientifica è rappresentata dalla sua prima opera maggiore, dopo la dissertazione della sua tesi di laurea del 1910, che si intitola *Gesetz und Urteil* (Legge e sentenza) del 1912. Oggetto del primo grande lavoro di Schmitt è l'applicazione della legge da parte dei giudici, con cui ha posto in essere una chiara rottura con il positivismo di Laband, per cui il giudice è "*legis viva vox*" e l'applicazione della legge, come lavoro di sistematizzazione dottrinale, nient'altro che operazioni logiche e sussunzione. Schmitt, invece, ripudia il concetto del giudice come "automa che sussume". La sua risposta alla domanda da cui muove – «Quando una decisione giudiziaria è corretta?» – è che la correttezza non dipende dal fatto che la decisione corrisponda alla legge, ma dal fatto che un giudice diverso sarebbe giunto alla stessa decisione. Questo non significa dover ignorare la legge; piuttosto, l'interesse di Schmitt, ipotizzata la lacunosità dell'ordinamento giuridico, si concentra fin dall'inizio sul caso eccezionale in cui il giudice non trova prescrizione per la sua decisione nella legge. Schmitt sottolinea, dunque, che il valore di un giudizio risiede in gran parte nel fatto che una decisione sia presa appieno. Il potere della pratica legale e i convincimenti dei giudici legittimano le loro decisioni. Questi fattori sono giuridicamente rilevanti, senza riguardo alla legalità della decisione; essi sono criteri di correttezza giuridica. Tali argomenti prefigurano i grandi temi di Schmitt del 1920: l'orientamento verso l'eccezione, la enfasi sul valore dell'atto di decidere, e la distinzione tra legalità e legittimità, che gioca uno contro l'altro. Perciò, tale opera segna l'origine e lo sviluppo della sua produzione scientifica. (S. Koriath, *The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany*, Prologue of A.J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 48-50; *ivi*, pp. 61-65, sono riportati, peraltro, alcuni passi cruciali della medesima opera schmittiana). Mentre, per un complessivo giudizio sull'opera schmittiana, cfr. P. Schiera, *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, 1981, p. 15: «sommamente ambigua nella sua indubbia forza magnetica» per la cui analisi è inadeguato il metodo filologico, della fedeltà al testo, se si tiene conto della ricchezza e della varietà del suo universo intellettuale.

<sup>250</sup> A. Campi, *Carl Schmitt nell'Europa tra le due guerre*, in «Nuovi studi politici», XIV, n. 1, 1984, p. 117-118.

Perciò, i suoi lavori vanno giudicati nel contesto storico in cui sono stati scritti, ripresi «fuori dal paralizzante binomio apologia-condanna»,<sup>251</sup> letti e interpretati per quel che sono, compresi nel loro alto livello di complessità, cogliendo gli svolgimenti del suo pensiero con riferimento agli indirizzi verso cui si è diretto e a cui si è ispirato e ai mutamenti politici e giuridici che egli ha affrontato nelle diverse fasi della sua vita. Ma nel ricondurre il pensiero di Schmitt nei confini del suo tempo, non si può non notare come molte delle idee da lui sviluppate tra gli anni Venti e Trenta hanno mantenuto inalterato il loro significato; i suoi concetti originali e le sue analisi incisive, tuttora oggetto di studio, hanno lasciato un'impronta nel mondo contemporaneo che, sebbene possa o meno condividere le soluzioni da lui offerte, di sicuro ha ancora da affrontare gran parte dei problemi dell'intera età moderna, individuati nella sua opera: «è ancora nostro l'ambito problematico lasciato aperto dalla riflessione schmittiana».<sup>252</sup> In altri termini, a Schmitt va senz'altro riconosciuto il merito di aver sollevato, con la sua critica corrosiva, inquietanti questioni a cui ancora oggi si cerca di dare una risposta, in quanto dalla loro risoluzione dipende il miglioramento della situazione costituzionale di organizzazioni statali sull'orlo della crisi.

Pochi autori tedeschi sono stati trattati o hanno generato così tante polemiche quanto Schmitt. La letteratura secondaria che lo riguarda, in diversi ambiti scientifici, risulta sterminata e continua a crescere, non solo nei paesi di lingua tedesca e in quelli come l'Italia o la Spagna, in cui è stato a lungo letto e criticato, ma anche in Francia, nel Sud America e negli Stati Uniti d'America, ove l'interesse per i suoi scritti è confermato da diverse recenti traduzioni e da un numero crescente di opere critiche, oltreché dalla ripresa dei conflitti affrontati nel dibattito tedesco sulla sua teoria giuridica.

La straordinaria diffusione della sua opera non deriva totalmente dalla posizione da lui assunta nel diritto statale e in quello internazionale. Il suo contributo alla dottrina giuridica non risulta rilevante tanto quanto l'influenza che il suo lavoro ha esercitato nella prassi. Come già sottolineato, egli sviluppa concetti che restano nella scienza di diritto pubblico e sono spesso utilizzati per spiegare i problemi situati nella sovrapposizione tra il diritto e la politica. Tuttavia, non è riscontrabile una totale ricezione sistematica delle sue teorie, nel senso della loro integrazione e dell'ulteriore sviluppo all'interno della dottrina costituzionale. Ciò, in quanto il riferimento delle

---

<sup>251</sup> M. Fioravanti, *Recensione a C. Galli, Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996 e G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Bari, 1996, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 26, 1997, p. 430. Cfr. a tal proposito J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit.; lo storico ha impostato la sua ricerca sulle idee politiche di Schmitt, in quanto «gran parte delle controversie che lo riguardano concerne principalmente il suo coinvolgimento politico» e ha provato a dare una risposta agli interrogativi sulla sua attività politica, per determinare, per quanto difficile sia, «il posto che gli compete nella storia culturale della Germania» e per inquadrare le sue idee e la sua personalità in modo obiettivo, «cercando di non cadere nella agiografia o nella denigrazione» (*ivi*, p. 25).

<sup>252</sup> G. Duso, *Introduzione a Id. (a cura di), La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., p. 7.

soluzioni di diritto statale ai problemi di un tempo specifico e lo sviluppo di concetti giuridici da principi politici limitano la possibilità della loro trasformazione in dottrina. Inoltre, sul piano della prassi costituzionale del secondo dopoguerra, l'influenza del pensiero schmittiano sulla nascita della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania del 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), è controversa.

Dunque, il contributo di Schmitt alla sua disciplina è stato significativo, ma tutt'altro che eccezionale. D'altronde, il suo effetto sulla teoria del diritto statale tedesco non è misurabile soltanto dalla ricezione visibile del suo lavoro, ma è percepibile anche nella forma di influenza occulta sulle attitudini.

Allora, quali sono le ragioni del suo successo? Perché Carl Schmitt continua ad essere oggetto di studio in più discipline? E, soprattutto, serve ancora il pensiero di Schmitt? E, se serve, a cosa serve? Insomma, perché Schmitt?<sup>253</sup>

A tali domande, molti studiosi e politici hanno risposto e continuano a rispondere, offrendo interpretazioni contrastanti. Se da una parte, Schmitt è mitizzato, al punto che il suo pensiero ha fatto proseliti e ha sedotto molti intellettuali, dall'altra il suo pensiero è sottoposto a severa critica. Non si può fare a meno di rilevare che i suoi rapporti con il regime nazionalsocialista<sup>254</sup> hanno attizzato ulteriormente il dibattito sulla sua figura di

---

<sup>253</sup> Tra le innumerevoli risposte a tale domanda, se ne segnalano due. Bernhard Schlink, nel rispondervi, si riferisce alla necessità di integrazione del Terzo Reich nella storia tedesca, la quale diventa più facile se nel nazionalsocialismo si riesce a vedere più della banalità del male; tuttavia, Schlink disinnescava l'esplosività di questa tesi generalizzando e parlando di «necessità di tutti noi di de-banalizzare il male» (B. Schlink, *Why Carl Schmitt?* in «Rechtshistorisches Journal», vol. 10, 1991, pp. 160-176). Giuseppe Duso, invece, ritiene che il pensiero schmittiano, nonostante reticenze, ambiguità e compromissioni, presenta elementi decisivi di «comprensione della logica, del funzionamento e delle aporie della forma politica moderna». G. Duso, *Pourquoi Carl Schmitt?*, in «Débat», n. 131, settembre-ottobre, 2004, p. 139.

<sup>254</sup> Schmitt diventa membro del NSDAP il 1° maggio 1933, pubblica energicamente nell'interesse del nuovo regime e ricopre ruoli di governo influenti. Le ragioni per la conversione di Schmitt al nazismo hanno provocato un ampio dibattito. Di certo, non ci sono dichiarazioni antisemite nelle opere di Schmitt prima del 1933, a differenza degli anni a venire. Interpretare i suoi scritti e la sua attività politica di quell'epoca come autodifesa in una situazione difficile sembra insostenibile, per la maggior parte dei critici; Schmitt non è mai stato in pericolo e la sua caduta nel 1936 è solo una battuta d'arresto nella sua carriera. Una motivazione importante è la sua convinzione che un movimento inesperto nel trattare con il potere dello Stato avrebbe bisogno di teorici politici ed esperti giuristi nel diritto dello Stato. Altre motivazioni potrebbero essere rappresentate dalle sue presunte forme di razzismo, antisemitismo e antiliberalismo; in ciò, si potrebbe anche individuare la ragione della sua avversione per il suo collega ebreo Hans Kelsen. Soprattutto, va ricordato che per Schmitt, come per molti altri critici conservatori di Weimar, Ginevra e Versailles, il nazismo possiede molte caratteristiche seducenti. Di natura totalmente diversa sono le giustificazioni fornite dai membri del gruppo Plettenberg (seguaci di Schmitt dopo il 1936), per i quali Schmitt ha dato senso al nazionalsocialismo e nel cercare di farlo è stato destinato al fallimento, perché Hitler, "l'esecutore senza presupposti", ha sfruttato le idee corrette di Schmitt con intenzioni fraudolente. E il suo antisemitismo non potrebbe essere l'antisemitismo di Hitler, ma qualcosa di più sublime, forse "antigiudaismo" cattolico, qualunque cosa che si suppone essere; in ogni caso, qualcosa che misteriosamente tiene il nucleo storico del problema. Con questo, la reinterpretazione da teorico della controrivoluzione a pensatore cattolico è stata senza intoppi completata. Tuttavia, nemmeno l'allievo più fedele possibile può chiudere gli occhi davanti al fatto che il Maestro è stato affascinato dal nazionalsocialismo e prontamente vi ha partecipato (V. Neumann, *Carl Schmitt. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 281-282, 285 e 288-289). Al momento di giustificare davanti al Tribunale di Norimberga il suo impegno a favore del Terzo Reich, Schmitt, nell'immediato dopoguerra, si richiama all'immagine letteraria del mito di Benito Cereno di Hermann Melville, al fine di

teorico del diritto e della politica, dividendo nettamente gli animi: v'è chi prosegue nella valorizzazione della sua opera, privilegiando gli scritti del periodo weimariano e del secondo dopoguerra, per il maggiore valore scientifico rispetto a quelli del periodo nazionalsocialista, andando, quindi, oltre la sua adesione al nazionalsocialismo; e v'è chi tende a ridimensionarne il valore, sottolineando la non episodicità della sua partecipazione al nazismo, tanto quanto il carattere strutturalmente antisemita del suo pensiero, concentrandosi quasi totalmente sul periodo nazionalsocialista di Schmitt.<sup>255</sup> E ciò, forse, ha alterato la vera natura del dibattito (il pensiero di un autore che abbraccia

---

mostrarsi come uomo dominato dagli eventi. Ma già nel 1941, durante una discussione con Jünger, paragona la sua condizione a quella del capitano spagnolo. Il mito narra di un capitano di una nave negriera (cargo San Domenico) che, dopo l'ammutinamento degli schiavi, è costretto sotto minaccia di morte a condurli in Senegal e che riesce a riacquistare la libertà saltando in una nave americana accostatasi al San Domenico per l'animazione sospetta e il cui capitano Amasa Delano, seppur colpito dallo strano comportamento di Benito e del suo servitore Babo, non si accorge della reale situazione, se non in seguito alle spiegazioni fornite dal malcapitato. Schmitt adotta tale mito per spiegare la sua situazione dopo il 1936, reputandosi ininfluenza, malgrado le apparenze, sul corso degli eventi della Germania nazista e aggiungendo che in qualunque circostanza, lo spirito resta comunque libero. La differenza sta tra la preservazione della libertà intellettuale in un sistema totalitario e il salto di Benito verso la libertà; il dato certo è che Schmitt mai prende in considerazione l'emigrazione dalla Germania o l'opposizione attiva al regime nazista. (J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 305-306 e G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, 1986, pp. 203-205). Per una particolareggiata disamina della difesa di Schmitt dall'accusa dei crimini di guerra, non si può che rimandare a H. Quaritsch (a cura di), *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, 2006, ove sono narrate ed analizzate le vicende che vedono Schmitt trattenuto e interrogato per tredici mesi nel campo di internamento di Berlino tra il 1945 e il 1946, arrestato di nuovo nel 1947 e carcerato nel penitenziario di Norimberga; il volume raccoglie i testi inediti in Italia circa tale esperienza, i verbali dei tre interrogatori condotti da Robert Kempner, le autodifese di Schmitt sull'argomento del grande spazio e della guerra di aggressione e i pareri resi all'autorità americana sul Capo della Cancelleria e sui Segretari di Stato nel Terzo Reich. Inoltre, vale la pena segnalare il nodo teorico, ancora da sciogliere e lungi dall'essere banale, *ivi* contenuto: «è possibile processare la storia e i nemici sconfitti? La giustizia dei vincitori può essere un tribunale morale? Chi esegue gli ordini di un dittatore è colpevole?». La letteratura circa il rapporto tra Schmitt e il nazionalsocialismo, invece, è molto ampia; in ambito internazionale, per un quadro sintetico si veda P.C. Caldwell, *Controversies over Carl Schmitt: a Review of Recent Literature*, in «The Journal of Modern History», vol. 77, 2005, pp. 357-387, mentre per una visione d'insieme si veda A. Koenen, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum "Kronjuristen" des Dritten Reiches*, Darmstadt, 1995. Per un'ipotesi interpretativa del medesimo rapporto – «problematica su cui gli esegeti dell'opera schmittiana hanno da sempre dibattuto animatamente e nonostante i numerosi studi pubblicati negli ultimi decenni, è ancora oggi oggetto non soltanto di vere e proprie battaglie ermeneutiche ma anche di violenti scritti politici» –, si veda R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, 2009, pp. 101-108. Per un taglio biografico del periodo dal 1933 al 1936, si veda F. Ruschi, *Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist*, in «Jura Gentium», vol. IX, 2012, pp. 119-141. Infine, per un sintetico quadro della produzione scientifica dello Schmitt "henchman of Nazi legal theory" (seguace della teoria giuridica nazista), nel periodo dal 1933 al 1945, si veda l'articolo in lingua inglese di M. La Torre, *Carl Schmitt and the "Third Reich"*, in «Ratio iuris», vol. 4, n. 2, July 1991, pp. 261-264.

<sup>255</sup> Il movimento di reazione teso a ridimensionare l'opera schmittiana, sulla base della sua adesione al nazismo, si è sviluppato notevolmente in Francia, soprattutto ad opera di Y.C. Zarka, di cui si segnala la traduzione italiana del suo volumetto *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, trad. it. e cura di S. Ragazzoni, Genova, 2005, contenente un tagliente saggio polemico e la traduzione di alcuni fra i più compromettenti saggi schmittiani del periodo nazionalsocialista. Sulle posizioni di Zarka e sul dibattito francese a proposito di Schmitt, si veda *Carl Schmitt e il nazismo. Sviluppi recenti della recezione schmittiana in Francia*, SIFP (on line), 2006, ISSN: 1825-0327. Sulla scia delle polemiche seguite alla traduzione del libro di Zarka, cfr. C. Angiolino, *Carl Schmitt, sommo giurista del Führer*, Genova, 2006, in cui è riassunto lo stato del dibattito e sono tradotti tre saggi schmittiani dal 1933 al 1936.

diverse discipline per oltre un sessantennio) e impedito di rispondere propriamente alle domande iniziali.

Lungi dal voler addentrarsi in un tema così complesso e intricato – che esula dalla presente trattazione (Carl Schmitt nella Repubblica di Weimar) –, e indicare esaustivamente le risposte date a quesiti di siffatta portata, ci si limita a mostrare tre fattori a cui potrebbe ascrivere la fortuna dell'opera schmittiana.

Il primo è il tempo in cui Schmitt ha vissuto. La storia tedesca del ventesimo secolo è un campo sperimentale per le idee politiche e le forme di Stato, un laboratorio in cui è testata la durabilità delle strutture statali e delle associazioni umane. Schmitt osserva e analizza questi esperimenti, non dal punto di vista distaccato dello studioso, bensì proiettando le sue posizioni e i suoi concetti sulle “scale dei tempi”.<sup>256</sup>

Le sue risposte alle sfide dei tempi, come già sottolineato, potrebbero essere contestabili, di parte, o addirittura biasimevoli; tuttavia, nei tanti problemi che pongono, esse riflettono la virulenza dei tempi. Il suo lavoro è una guida per la storia politica e la storia delle idee di questo secolo, e che lo rende ancora di attuale interesse.

Il secondo elemento è dato dai temi su cui Schmitt ha pensato e scritto. Egli non si lascia confinare dai limiti della sua disciplina. I suoi interessi teorici hanno raggiunto ben oltre la dottrina giuridica e incluso la filosofia, la sociologia, la scienza politiche, la teologia, e la critica letteraria. La ricchezza dei temi che ha discusso, il numero di libri pubblicati ed i nomi degli autori che ha conosciuto e con cui ha corrisposto sono impressionanti. La risposta alle sue opere è corrispondentemente ricca. Ci sono probabilmente solo pochi autori che sono diventati oggetto di discussione interdisciplinare tanto quanto lui. Tutto questo rende la sua opera un “filo di Arianna” per la storia intellettuale tedesca ed europea in questo secolo.<sup>257</sup>

Il terzo è il metodo da lui usato. Non solo gli argomenti da lui trattati portano tanti autori a prendere il “filo d'Arianna” e ad entrare nel suo mondo. Ancor più, è il suo modo di lavorare e il suo stile. Schmitt cita in modo non convenzionale e, talvolta, non del tutto, tessendo informazioni mascherate, suggerimenti e messaggi nei suoi testi. Il lettore vi riscontra chiarezza concettuale, ma al contempo nebulosità. La sua opera e la sua biografia spingono ad elaborare ancora tesi e riflessioni.

Ad ogni modo, la vastità della sua opera, la molteplicità dei suoi interessi e la lunga operosità della sua vita rendono ardua la ricerca su «uno studioso sulla breccia da settanta anni e protagonista di un periodo tanto turbinoso della storia moderna»,<sup>258</sup> tanto da far sembrare «che di Schmitt non ce ne sia uno solo, ma tanti quanti sono le epoche e

<sup>256</sup> Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, Berlin, 1958, p. 8.

<sup>257</sup> B. Willms, *Carl Schmitt-Jüngster Klassiker des politischen Denkens?*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 577-597.

<sup>258</sup> P. Schiera, *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, cit., p. 15. I primi sessanta anni della vita di Schmitt sono anni turbolenti e il suo destino è indissolubilmente legato al periodo più tormentato della storia tedesca, tanto che egli stesso a ritroso avrebbe dichiarato: «Ho sperimentato le scudisciate del destino / I trionfi e le disfatte, le rivoluzioni e le restaurazioni» (J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 29).

gli eventi che egli si è trovato ad indagare con la forza congiunta della sua geniale intelligenza e della sua amplissima e varia cultura».<sup>259</sup>

È stato e continua ad essere oggetto di accese polemiche, di interpretazioni contrastanti e in apparenza inconciliabili. «Ora demonizzato come il Mefistofele *fons et origo malorum germanicorum* o come S.S. dello Spirito, ora riabilitato come ultimo erede del pensiero politico della modernità»; così moderno da essere denominato «l'Hobbes del XX secolo», ma così antimoderno da essere stimato come «il teorico che vede nella politica l'insuperabile maledizione del peccato originale». Sostenitore di un impianto dagli argomenti univoci e coerenti e tuttavia orientato verso un occasionalismo che svela i suoi concetti fondamentali come plurivoci; scettico e dogmatico; scienziato rigoroso e saggista sistematico; fautore della legittimità, ma incapace di presentare un fondamento legittimo della politica; pensatore che si pone oltre lo Stato, eppure inguaribile nostalgico della forma-Stato; decisionista e istituzionalista; ultimo rappresentante, insieme a Kelsen, della tradizione giuridica tedesca, ma anche demolitore dell'autonomia del diritto; convinto assertore dell'illegittimità dell'entrata in Parlamento delle forze estremistiche e successivamente collaboratore del nazionalsocialismo, definito "*Kronjurist des Dritten Reiches*"<sup>260</sup>; "nazista senza coraggio"<sup>261</sup> e custode di una tradizione nazionale, danneggiato né dal nazionalsocialismo né dai vincitori; "*a dangerous mind*"<sup>262</sup> (mente pericolosa) e "il massimo giurista del XX secolo"; un *sozialer Aufsteiger und Aussenseiter* (un arrampicatore sociale e un *outsider*). Celeberrimo giurista (nella letteratura giuspubblicistica del secondo dopoguerra, è il più citato in Germania) a cui tuttavia non è stata accordata l'iscrizione all'associazione dei giuristi tedeschi. Giurista, politologo, filosofo, ideologo, sofista; considerato «ora superato e inservibile, ora di bruciante attualità». In breve, «colui la cui opera è stata definita "una costante lotta intellettuale contro l'ambiguità" parrebbe ospitare nel proprio pensiero una non piccola serie di ambiguità irrisolte».<sup>263</sup>

<sup>259</sup> M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 15, 1986, p. 691.

<sup>260</sup> L'espressione è coniata da Waldemar Gurian, nato in Russia da famiglia ebrea, si trasferisce in Germania, ove da giovane entra in contatto con Schmitt, di cui diventa amico e stretto collaboratore, sino a quando è costretto a rifugiarsi in Svizzera a causa dell'ondata antisemita portata dal nazismo; qui, Gurian scatena «una vera e propria offensiva anti-schmittiana sui fogli della resistenza antinazista», taccia Schmitt di opportunismo, «ricordando i suoi passati legami con intellettuali ebraici, il suo interesse per il pensiero marxiano, la sua freddezza verso le teorie razziali e soprattutto la sua forte matrice cattolica» e conia per lui «la squalificante etichetta di *Kronjurist*, una malevola investitura destinata ad imperituro successo» (F. Ruschi, *Carl Schmitt e il nazismo*, cit., pp. 134-135, anche in nota).

<sup>261</sup> Così A. Predieri, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Firenze, 1988.

<sup>262</sup> Così J.W. Müller, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, London, 2003.

<sup>263</sup> C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, pp. V-VII. Come ha notato lo storico Heinrich Muth, Carl Schmitt «è uno dei pochi teorici del nostro secolo di indiscusso valore, ma senza dubbio è anche il più controverso» (J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 24).

La sua è una figura intellettuale e umana, segno di contraddizione, esempio in prima persona di *complexio oppositorum*; Schmitt ha contraddetto e si è contraddetto, definendosi “un avventuriero intellettuale” e al contempo “l’ultimo esponente del pensiero classico dell’ordine giuridico moderno”. Risulta indeterminato e sfuggente (tanto da essere etichettato come Proteo o Camaleonte) e a tratti indecifrabile (egli stesso talvolta si definisce una Sfinge).<sup>264</sup>

Ciò che, invece, è ormai chiaro è che la sua azione intellettuale si è svolta alla luce dell’impegno totale, come riconosciuto dallo Schmitt maturo, ormai ottantenne, in una trasmissione radiofonica del 1972, riassumendo la realtà di partecipazione viva agli eventi del tempo – sulla cui base è maturata l’adesione al nazismo –, esclamando: «Engagement», «On s’engage, puis on voit» (Impegno, ci si impegna, poi si vede).<sup>265</sup>

Schmitt è un lettore, un interprete del suo tempo, ma anche un dottrinario «che sa produrre schemi di comprensione del reale e di intervento sul medesimo magari caduchi e impopolari ma efficaci nel rapporto con le esigenze politiche del momento». <sup>266</sup> Lo Schmitt che più interessa è «quello che riflette sulle forme politiche della modernità, nella cui opera precipitano le contraddizioni e le ambivalenze del politico in età moderna»,<sup>267</sup> senza dimenticare con quanta forza ed orgoglio egli abbia sempre rivendicato la sua appartenenza al mondo dei giuristi. Afferma di essere «un teorico, un puro scienziato, nient’altro che uno studioso» e che oggetto della sua attività scientifica è «il diritto concreto e vivente» del popolo di cui egli è parte integrante. A ciò aggiunge: «il mio lavoro acquista il suo significato nel fatto che io non sono nient’altro che un organo di questo diritto sostanziale del popolo concreto, al quale io appartengo». <sup>268</sup> E per scacciare via ogni dubbio sul proprio conto, dichiara:

Mi sento al cento per cento un giurista e niente altro. E non voglio essere altro. Io sono un giurista e lo rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta.<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> *Ivi*, p. VII. Si riporta, qui di seguito, un’affermazione di Schmitt su Hobbes riutilizzabile sul giurista renano: «Non è impresa da poco voler comprendere un grande pensatore, e proprio di quest’epoca, meglio di quanto egli stesso si sia compreso» (C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986, p. 170). «Ci sono, in Schmitt, alcune cose tenute segrete, e molte mascherate. Su molte delle sue opere potrebbe figurare quel celebre frontespizio del Leviatano, in cui il “sipario che pende nel mezzo accenna al fatto che qui non solo si dicono molte cose, ma che, oltre a queste, c’è anche qualcosa di nascosto”» (R. Racinaro, *Interpretazione e decisione in Carl Schmitt*, in Id. (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, Napoli, 1987, p. 47). «L’opera di Schmitt è caratterizzata da una sorprendente ricchezza di contraddizioni, non solo in relazione ai suoi diversi stadi di sviluppo, ma anche addirittura all’interno di una stessa posizione» (H. Hofman, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, a cura di R. Miccù, Napoli, 1999, p. 43).

<sup>265</sup> A. Campi, *Carl Schmitt nell’Europa tra le due guerre*, cit., p. 117. Le citazioni di Schmitt sono tratte da A. Caracciolo, *Presentazione* a C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. VIII (traduzione mia).

<sup>266</sup> P. Schiera, *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, cit., p. 16.

<sup>267</sup> M. Fioravanti, *Recensione*, cit., p. 431.

<sup>268</sup> Le citazioni di Schmitt sono tratte da A. Caracciolo, *Presentazione* a C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. VII.

<sup>269</sup> C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, 2005, p. 183.

Un giurista che si pone domande, in quanto scorge problemi specifici in relazione a questioni concrete, a cui cerca di fornire risposte.

Questo è il Carl Schmitt, tra i tanti delineati, di cui ci si occuperà nella presente opera: un giusfilosofo<sup>270</sup> nel secolo della democrazia di massa. In particolare si analizzerà la risposta che Schmitt ha dato in una situazione storico-costituzionale alquanto critica per la Germania ai tempi di Weimar, contenuta nella teoria sul “Custode della Costituzione”.

### 1. *Carl Schmitt: un giusfilosofo nel secolo della democrazia di massa*

Studioso affermato già durante la prima guerra mondiale, Carl Schmitt raggiunge l’apice delle sue facoltà intellettuali durante la Repubblica di Weimar. Negli anni Venti del XX secolo figura tra le personalità più autorevoli del *milieu* culturale europeo e tra i teorici del diritto e della politica più letti, tanto che gli scritti di tale periodo costituiscono un importante punto di riferimento nel dibattito giusfilosofico circa l’attuabilità di un sistema democratico in Germania. Nel 1928 lascia Bonn per approdare alla cattedra di diritto appena lasciata vacante da Hugo Preuss (padre della Costituzione di Weimar) a Berlino, mentre la Repubblica si accinge ad attraversare un altro periodo prolungato di crisi, «tanto che gli anni a venire avrebbero visto la paralisi del governo, la depressione economica e una rinnovata violenza politica, insomma l’ultima prova per la democrazia weimariana».<sup>271</sup>

Sullo sfondo di crescenti forze centrifughe, il giurista renano, indirizzando tutti i suoi sforzi al ripristino della stabilità, indica una via d’uscita dalla crisi. Quando nel marzo 1929 presenta per la prima volta la sua idea di custode della Costituzione in un articolo dall’omonimo titolo,<sup>272</sup> Schmitt è un promettente studioso di diritto distaccato dalle lotte politiche al pari di ogni altro accademico tedesco, ignaro di quanto la sua interpretazione della Costituzione avrebbe pesato nell’immediato futuro.<sup>273</sup> Ma dietro quella teoria v’è lo studio della grande tradizione della scienza giuridica tedesca e l’influsso di una schiera di pensatori che forgiarono la sua eredità intellettuale. Inizialmente di matrice cattolica, Schmitt si avvicina ai filosofi cattolici della controrivoluzione Louis de Bonald, Joseph de Maistre e Juan Donoso Cortés, da cui trae un giudizio critico sulla natura umana, passa ad analizzare il romanticismo, per poi dedicarsi a concrete questioni costituzionali, lasciandosi influenzare da autori classico-

<sup>270</sup> Già nel 1914, in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, la più importante opera giovanile di Schmitt, egli stesso «capisce che per essere giurista deve farsi filosofo: proprio dall’intellettuale filosofo, infatti, egli si attende esplicitamente la capacità di rispondere ai problemi dell’epoca» (C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 325). Per uno sguardo d’insieme al pensiero giuridico-politico di Schmitt, cfr. D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, cit., pp. 38-101.

<sup>271</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 139.

<sup>272</sup> Si tratta di *Der Hüter der Verfassung*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», IX, 1929, pp. 161-237.

<sup>273</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 145.

moderni, quali: Jean Bodin da cui mutua la natura assoluta della sua definizione di sovranità; Thomas Hobbes da cui matura la convinzione che *auctoritas, non veritas facit legem* e di cui instancabilmente cita la «reciproca relazione fra protezione e obbedienza»;<sup>274</sup> Jean-Jacques Rousseau di cui adotta, reinterpretando, l'identità tra governanti e governati e l'idea che la volontà generale debba costituire il fondamento dell'azione statale;<sup>275</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel con cui condivide l'assunto che lo Stato sia una sfera della ragione oggettiva, un'entità superiore rispetto alle altre associazioni umane.<sup>276</sup> Inoltre ricava la propria energia scientifica dalla rivisitazione e dal confronto interlocutorio tra le principali esperienze intellettuali contemporanee, da Sorel a Simmel, da Weber a Jünger, da Kelsen a Heller, da Strauss a Voegelin, da Jellinek a Smend, oltreché dalla «partecipazione esistenziale» alle vicende giuridico-politiche degli ultimi anni della Repubblica di Weimar.<sup>277</sup>

Dunque, la dottrina schmittiana del periodo weimariano affonda le proprie radici nell'humus di variegata esperienze filosofiche, cresce nel mondo empirico degli avvenimenti e nel 1931 dà vita a *Il custode della costituzione*, frutto maturo in cui è possibile snocciolare i concetti fondamentali della grande stagione intellettuale di Carl Schmitt – che ha il proprio nucleo concettuale in *Teologia politica* (1922), il proprio testo politico-costituzionale centrale in *Dottrina della costituzione* (1928) e in *Der Begriff des politischen* (1927) la propria sintesi.

Si rende, pertanto, indispensabile leggere il testo del 1931 di Schmitt in sinergia con le sue precedenti prestazioni scientifiche, in modo da riuscire a trovare «il nocciolo duro dentro al bel frutto schmittiano»;<sup>278</sup> e sebbene appaia complicato sezionare con precisione i tanti tronchi della sua opera, analizzarne – seppure in breve – i concetti chiave permetterà di tenere uniti i diversi pezzi del mosaico. *Il custode della costituzione*, infatti, rappresenta la soluzione ad un nuovo problema per cui Schmitt utilizza, in parte, categorie di pensiero già elaborate durante gli anni Dieci e Venti, in quanto anche queste mirano a spiegare il fenomeno della crisi, *leitmotiv* delle idee del giusfilosofo in questione.

---

<sup>274</sup> Solo chi detiene l'autorità può esigere obbedienza, ma non sempre è il sovrano legittimo a possedere l'autorità necessaria; ne consegue che il sovrano non in grado di proteggere i propri sudditi non può vantare il diritto di pretendere obbedienza (G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 51).

<sup>275</sup> In Rousseau l'identità tra governanti e governati risiede nel concetto di volontà generale in cui ciascun membro della comunità è contemporaneamente sovrano e suddito; in Schmitt, invece, la volontà generale è incarnata dall'unico soggetto scelto dal popolo, escludendo che quest'ultimo possa rientrare in tutte le fasi del processo decisionale (*ivi*, p. 52).

<sup>276</sup> Sia in Hegel, sia in Schmitt, la società civile rappresenta solo un momento dello Stato; tuttavia nel primo lo Stato è uno strumento per realizzare la più alta forma di esistenza, nel secondo risalta l'interesse alla preservazione dello Stato del suo tempo dall'irruzione della società civile (*ivi*, p. 54).

<sup>277</sup> Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 42-55 e C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. XIX.

<sup>278</sup> L'espressione appartiene a P. Schiera, *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, cit., p. 15.

### 1.1. *Il concetto di dittatura*

Dopo i quattro anni del primo conflitto mondiale – risolvendosi nella più totale disfatta e nel crollo del vecchio ordinamento tedesco – la stabilità garantita dallo Stato autoritario dell'epoca guglielmina stride con gli sbandamenti e con le continue crisi caratterizzanti per mezzo secolo la storia della Germania. Proprio la drammatica novità di questa situazione giustifica, in larga misura, le future preoccupazioni di Schmitt circa i grandi problemi della stabilità, dell'ordine e della pace. Sebbene lo Stato, in quanto istituzione della società, entità politica con cui il popolo si identifica, occupi sin da subito una posizione centrale nel pensiero schmittiano, dopo il 1914, nel momento in cui la sopravvivenza nazionale è messa in pericolo, lo Stato assume un'importanza ancora maggiore. Il suo ruolo nella vita del popolo tedesco è reso più incisivo dalle necessità della guerra totale, al punto da accrescere il proprio potere e decretare la legge marziale (in conformità alle leggi sullo stato di assedio prussiana del 1851 e bavarese del 1912), implicante problemi pratico-giuridici per la cui soluzione Schmitt inizia a maturare un interesse via via crescente per la dittatura e per lo stato d'eccezione. Non il fine etico, ma il pericolo concreto – che più tardi definirà “situazione concreta” – determina l'azione statale e diventa il centro del problema giuridico, la sfida che lo Stato deve vincere.<sup>279</sup>

Durante il periodo bellico, pubblica due articoli<sup>280</sup> sulle implicazioni giuridiche dello stato di assedio in Germania in cui è già chiaramente deducibile il senso precipuo dei futuri lavori di Schmitt in materia di diritto costituzionale. Perna del suo pensiero giuridico sono la sicurezza dello Stato e le modalità di preservazione dell'ordine costituzionale vigente; negli scritti che preludono alle pubblicazioni weimariane, il giurista di Plettenberg analizza i limiti entro cui sospendere la legge costituzionale per poter fronteggiare pericoli incombenti e ristabilire uno stato di normalità. Circa la legge marziale, ad esempio, egli ritiene che un comandante militare, in caso di minaccia allo Stato, necessiti di un margine d'azione non riducibile dai limiti del diritto comune e debba avere la facoltà di sospendere temporaneamente le leggi costituzionali o di istituire misure temporanee (*Massnahmen*), ma per nessun motivo emanare nuove leggi (*Gesetze*) o sospendere l'ordinamento legislativo costituzionale. La distinzione tra *Gesetze* e *Massnahmen* sarà negli anni a venire la pietra angolare dell'interpretazione schmittiana dei poteri di emergenza del Presidente della Repubblica di Weimar: l'uso di tali poteri in periodi di crisi è necessario al fine di difendere la Costituzione, salvo spingersi fino alla sua abrogazione o all'istituzione di una dittatura permanente.<sup>281</sup>

<sup>279</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 43-47.

<sup>280</sup> Si tratta di *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», XXXVIII, 1916, pp. 138-161 e di *Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», XXXVIII, 1917, pp. 783-797.

<sup>281</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 47-48.

Sebbene il fine ultimo delle sue teorie sia in senso lato la salvaguardia della Costituzione – espressione che verrà spiegata in seguito *stricto sensu* attraverso un’analisi graduale dei suoi prodotti scientifici, in stretta correlazione tra loro – è da sottolineare che quando la Costituzione di Weimar entra in vigore nel 1919, Schmitt, “guidato” dalla chiesa cattolica e politicamente dal Partito del Centro, partecipante attivo alla formazione della Repubblica, sostenitore della nuova Costituzione e moderatore delle tendenze estremistiche, accetta la Repubblica, nonostante consideri tale forma di governo poco adatta ad un Paese privo di solide tradizioni liberal-democratiche come la Germania. Nel momento in cui l’Assemblea nazionale eletta da popolo ratifica la Costituzione, una nuova autorità, legalmente costituita, sostituisce la monarchia. Schmitt rapidamente si rassegna al fatto che la Costituzione weimariana è ormai il contesto legale in cui deve operare, in qualità di giurista e di docente di diritto costituzionale. L’obbedienza all’autorità legalmente costituita sarà sempre, d’altronde, uno dei principi fondamentali della sua filosofia giuridico-politica, seppure ciò lo metterà in futuro davanti a scelte difficili.<sup>282</sup>

Lo Stato, per Schmitt, malgrado la sua essenza politica si sia trasformata, continua a rappresentare la Germania come entità nazionale unitaria, in quanto il popolo, accettando la nuova Costituzione, non rinnega la propria identità, ma intende rinnovare il *Reich* senza fondarne uno nuovo. Tuttavia quell’unità nazionale, già nell’immediato dopoguerra, verrà più volte minacciata dal rischio di disordini interni che solo la nuova Costituzione, negli auspici di Schmitt, è in grado di eliminare, gettando le basi della futura sicurezza e stabilità dello Stato. Si deduce da ciò come Schmitt sia «un *Vernunftsrepublikaner*, uno che [accetta] la repubblica più per “buon senso” che per interiore convincimento», per mancanza di un’alternativa migliore in quelle circostanze, motivo per cui cerca di favorire la stabilizzazione della situazione politica nel contesto della Costituzione di Weimar, in modo da poter affrontare una situazione critica sin dall’inizio per la neonata Repubblica.<sup>283</sup>

E proprio in un periodo di crisi prolungata, reso ancora più incerto dal pericolo di ulteriori disordini, Schmitt scrive su un argomento che rimarrà strettamente legato al suo nome. *La dittatura*, che appare nel 1921 come studio delle origini e dello sviluppo di tale istituzione dalla Roma antica al regime leninista (*dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*), pur rappresentando il prosieguo dei suoi lavori sullo stato di eccezione, trae ispirazione dagli avvenimenti del presente. L’ondata rivoluzionaria del dopoguerra, infatti, pone in primo piano problemi connessi alla legalità e legittimità di un nuovo ordinamento politico, e la situazione tedesca, in particolare, pone la questione di chi e come possa custodire un sistema costituzionale dalle minacce verso la sua autorità. Nei suoi precedenti studi, Schmitt esamina l’uso del potere dittatoriale come mezzo di preservazione dell’ordine costituito, ma senza ancora

---

<sup>282</sup> *Ivi*, pp. 55-57.

<sup>283</sup> *Ivi*, pp. 57-58. La citazione di Bendersky è *ivi*, p. 58.

fare il fondamentale distinguo tra “dittatura sovrana” e “dittatura commissaria”, tema di fondo dell’opera del 1921.<sup>284</sup>

La chiave per comprendere quest’opera è la sconnessione di principio tra norma ideale di diritto (“sostanza del diritto”) e diritto concreto, mentre la questione giuridica centrale è la realizzazione del diritto (*Rechtsverwirklichung*). La dittatura, secondo Schmitt, non dipende dalla normalità; anzi è questa ad essere spiegabile a partire dalla discontinuità tra idea e contingenza, diritto e potere, ossia dallo stato d’eccezione.<sup>285</sup>

Dal punto di vista della filosofia del diritto qui è l’essenza della dittatura, cioè nella possibilità generale di una separazione fra norme del diritto e norme di realizzazione del diritto. Una dittatura che non mirasse a un obiettivo corrispondente a una Idea normativa (però da realizzare nel concreto), cioè a rendersi superflua, si ridurrebbe a un dispotismo arbitrario.<sup>286</sup>

Lo scritto in esame tratta della natura della dittatura in generale e della natura della dittatura presidenziale basantesi sull’art. 48 WRV, argomento, quest’ultimo, inserito per mettere in luce determinate funzioni costituzionali di cui il Presidente tedesco dispone per far fronte a situazioni di crisi. Proprio al fine di definire correttamente il tipo di dittatura *ex art. 48*, Schmitt analizza le dittature fino ad allora esistite,<sup>287</sup> sottolineando che per comprenderne la natura è necessario conoscere il contesto storico in cui essa si produce e se essa miri all’abrogazione o alla preservazione dell’ordine costituzionale vigente.<sup>288</sup>

Le esperienze dittatoriali di Silla e Cesare, in quanto molto diverse dalle precedenti e quella rivoluzionaria francese, vera prima manifestazione del tipo, forniscono a Schmitt il modello sulla cui base elaborare la definizione di dittatura sovrana:

La dittatura sovrana vede in tutto l’ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non *sospende* una costituzione vigente facendo leva su di un diritto da essa contemplato, e perciò esso stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica. In altre parole, la dittatura sovrana si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare.<sup>289</sup>

Un dittatore *legibus solutus*, respingendo la legittimità dell’ordine costituito, afferma di agire nell’interesse del popolo, perché la sua autorità emana da tale “*informe pouvoir*

<sup>284</sup> *Ivi*, pp. 59-60.

<sup>285</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 326.

<sup>286</sup> C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975, p. 9.

<sup>287</sup> G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell’eccezione*, cit., p. 60.

<sup>288</sup> C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 1-3.

<sup>289</sup> *Ivi*, pp. 149-150.

*constituant*”; egli, incaricato dal popolo che rappresenta, crea le condizioni formali per realizzare la volontà popolare nella forma di un nuovo sistema politico e costituzionale. La dittatura sovrana è, secondo Schmitt, «una transizione, che ha termine quando il nuovo ordine viene stabilito», come nel caso dell’Assemblea nazionale di Weimar che trae l’autorità dal popolo, ma termina con la ratifica della Costituzione, momento in cui predispone un nuovo ordinamento politico.<sup>290</sup>

Il soggetto del potere costituente è il popolo, la cui prima decisione è la rivoluzione che smantella l’ordine giuridico, avvertito come «impedimento al libero esercizio del *pouvoir constituant*».<sup>291</sup> Esso ha il diritto di darsi qualsivoglia tipo di Costituzione, ma essendo vaga la volontà del popolo amorfo, può al massimo affermare il desiderio di averne una.<sup>292</sup> Per questo il popolo delega il proprio potere ad un’assemblea rappresentativa i cui membri sono commissari dipendenti del potere costituente, sicchè «la dittatura sovrana è commissione d’azione del *pouvoir constituant*». La potenza rivoluzionaria del popolo implica un “contesto giuridico”, un “minimo di costituzione”, per cui si rende necessaria la dittatura sovrana che deve «realizzare il “contenuto indistinto” della volontà popolare, divenendo così essa stessa la sede della decisione sovrana».<sup>293</sup> Per Schmitt, tale dittatura «vede nella globalità dell’ordine esistente la situazione che essa tende a spazzar via con la propria azione»; il suo fine ultimo è «creare le condizioni per cui una Costituzione che sia una vera Costituzione divenga possibile».<sup>294</sup>

La dittatura commissaria, invece, trova il suo modello nella dittatura romana, magistratura straordinaria con poteri straordinari, di durata limitata, con la funzione di far fronte ad una situazione di pericolo per lo Stato, che emana da un potere costituito già esistente al fine di garantirlo o ricostruirlo su basi più solide;<sup>295</sup> evolutasi attraverso la prassi cinque-seicentesca dei commissari di governo nel loro rapporto di mandato

<sup>290</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 60-61.

<sup>291</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 579. Cfr., per una trattazione dettagliata del potere costituente nelle sue varie interpretazioni, M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992 e i seguenti saggi contenuti in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996: E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, pp. 231-252, M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, pp. 253-289, G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, pp. 42-52. Cfr., per una disamina della duplice problematica del potere costituente e di quella, ad essa correlata, del custode della Costituzione, P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 18-28, di cui, tra le tante osservazioni circa il potere costituente, si riporta quella più espressiva: «Il potere costituente è il canto del cigno della sovranità, un estremo atto di autoaffermazione che prelude al suo depotenziamento» (*ivi*, p. 26).

<sup>292</sup> G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell’eccezione*, cit., p. 65.

<sup>293</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 580. «Dittatura (sovrana) è l’agire politico che assume la crisi – ovvero (...) il popolo rivoluzionario, intrinsecamente conflittuale – come origine di un ordine concreto, del quale rivela anche, contemporaneamente, la contingenza e la originaria instabilità. Dal fatto che la dittatura insiste sul caso concreto come “eccezione” deriva per Schmitt» che «la dittatura nega proprio quella normalità che vuole realizzare» (*ivi*, p. 326).

<sup>294</sup> C. Schmitt, *La dittatura*, cit., p. 137.

<sup>295</sup> L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, Roma-Bari, 1996, p. 6.

esecutivo rispetto al principe, trova stabilità nelle burocrazie del regime assolutistico.<sup>296</sup> Ne è un esempio moderno, nell'ottica schmittiana, il potere dittatoriale *ex art. 48*.

Il dittatore [commissario] non è un tiranno e la dittatura [commissaria] non è una forma assolutistica di governo, ma un metodo esclusivamente repubblicano e costituzionale per preservare la libertà.<sup>297</sup>

Il commissario trae la propria autorità da un organo costituzionale, è commissario del *pouvoir constitué* e mantiene la propria posizione solo nel contesto costituzionale vigente; è chiamato in causa solo in vista di una seria minaccia all'ordine costituzionale e il suo mandato è limitato alla durata della crisi. Per neutralizzare una minaccia durante questo periodo, egli ha la facoltà, qualora sia necessario, di sospendere temporaneamente la Costituzione e la legislazione ordinaria, ma non di modificarle, abrogarle o emanarne di nuove; la sospensione della Costituzione è finalizzata alla sua tutela e al suo ripristino una volta eliminato il pericolo e consolidato le fondamenta del sistema. Perciò il dittatore, ristabiliti l'ordine e la sicurezza, è sollevato dal suo incarico da quel potere costituito che lo ha legittimato.<sup>298</sup>

Egli, secondo Schmitt, riceve «il mandato di compiere ciò che di volta in volta è reso necessario dalle circostanze nell'interesse generale, congiunto con le appropriate facoltà di rappresentare l'autorità dello Stato».<sup>299</sup> La dittatura commissaria richiede «un'autorità suprema (...) giuridicamente in grado di sospendere il diritto», ossia di eliminare, davanti ad un'"eccezione concreta" i limiti e i freni legali che ostano al conseguimento di uno scopo politico.<sup>300</sup>

Dunque, la dittatura sovrana si basa sul *pouvoir constituant* e punta all'abrogazione dell'ordine costituzionale esistente, quella commissaria è fondata da un *pouvoir constitué* al fine di preservarlo. Dietro la fondamentale distinzione tra le due categorie di dittatura – implicitamente presenti in molti scritti successivi di Schmitt – si nascondono, nella concreta situazione storica della Repubblica di Weimar, due preoccupazioni politiche in antitesi: quella di chi vuole rovesciare il potere costituito e quella di chi vuole difenderlo. I modelli di dittatura schmittiani si riferiscono allo storico conflitto che vede contrapporsi nella Germania del primo dopoguerra le autorità repubblicane e gli oppositori (comunisti o monarchici reazionari, quando Schmitt scrive nel 1921) dell'ordinamento weimariano. Come più volte sottolineato, la forma di governo repubblicana nasce in condizioni avverse e cresce in un clima di crisi economica e politica, tanto che il ricorso da parte del Capo dello Stato all'art. 48 diviene una prassi per riportare ordine nel Paese. Tuttavia, seppur tale meccanismo sia previsto

<sup>296</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 576.

<sup>297</sup> C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 18-19.

<sup>298</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 62.

<sup>299</sup> C. Schmitt, *La dittatura*, cit., p. 51.

<sup>300</sup> *Ivi*, p. 10.

dalla Costituzione e ideato per la sua salvaguardia, si pone la questione sui diritti e sui limiti costituzionali di un Presidente nel corso di una crisi. In tale contesto Schmitt interpreta il ruolo del *Reichspräsident* come quello di un dittatore commissario e diventa un convinto sostenitore dell'uso dell'art. 48 come mezzo di difesa della Costituzione. L'unico modo di affrontare una situazione eccezionale consiste nel contrapporre alla dittatura sovrana quella commissaria; la dittatura è epistemologicamente uno "stato d'eccezione", che segue la "logica delle circostanze", che chiede di «reperire i mezzi adeguati per ottenere nel caso concreto un risultato concreto».<sup>301</sup>

Ad ogni modo, Schmitt è consapevole che l'art. 48 è un'arma a doppio taglio, prevedendo l'ipotesi che una dittatura commissaria legittimata dal 48 possa trasformarsi in una dittatura sovrana in grado di sovvertire lo Stato ed abolire la Costituzione di Weimar – analogamente a Silla e Cesare che, disattendendo le prescrizioni della dittatura commissaria, abrogano le costituzioni vigenti. Quindi nonostante coltivi l'idea che il Presidente debba avere la più ampia libertà nell'istituire le misure di emergenza richieste dalla situazione di crisi, nutre comunque dei dubbi derivanti dai pericoli sottesi ai poteri eccezionali. A prova di ciò, Schmitt asserisce che le misure necessarie al ristabilimento della sicurezza e dell'ordine «dovranno essere sempre misure di fatto, altrimenti questa autorizzazione illimitata significherebbe dissolvere lo stato di diritto esistente e attribuire la sovranità al presidente del Reich; non potranno mai essere atti legislativi o giurisdizionali».<sup>302</sup>

In questi termini, Schmitt, nel 1921, definisce la natura della dittatura *ex art. 48*, una dittatura commissaria in mano al Presidente del *Reich* delegato da un potere costituito. Questa è la base di partenza teorica da cui Schmitt svilupperà l'idea di chi e per quali ragioni deve essere il "custode della costituzione", idea che si avvarrà dei concetti e delle teorie derivanti dagli studi compiuti durante il periodo weimariano, fino all'arrivo della crisi del '29.

## 1.2. Sovranità, decisione, stato d'eccezione

Tra gli studi maturati nel periodo post-bellico che alimentano il pensiero schmittiano, un ruolo decisivo è svolto da un piccolo libro pubblicato nel 1922: *Teologia politica*, il *Grundwerk* del decisionismo schmittiano incentrato sulla definizione e sull'incastro dei concetti di sovranità, decisione e stato d'eccezione.<sup>303</sup>

<sup>301</sup> *Ivi*, p. 23.

<sup>302</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 62-63. La citazione di Schmitt è tratta *ivi*, p. 63. Tuttavia nel 1929, l'evoluzione dello stato d'eccezione militare e poliziesco ad uno economico-finanziario imporrà che il Presidente potrà ricevere anche poteri legislativi.

<sup>303</sup> Per una trattazione complessiva differenziata di tali concetti, cfr. G. Miglio, *Oltre Schmitt*, pp. 44-45, A. Brandalise, *Ritorno del «classico» e critica della ragione strumentale*, pp. 93-94, G. Zaccaria, *La*

Dopo aver accantonato la nozione di “legge suprema” e i concetti astratti di diritto, ora Schmitt ritiene che le teorie giuridiche debbano essere collegate alle attuali situazioni politiche e sociali: la “situazione concreta” è preminente rispetto alle costruzioni astratte.<sup>304</sup> Il “caso concreto” prende il nome di “stato d’eccezione”, istituto giuridico, concetto della sfera estrema con una paradossale centralità rispetto all’ordine. Esso, in quanto non prevedibile, né preventivamente regolabile, «viene a essere (...) quella concretezza del tutto opaca, non sussumibile nell’architettura delle norme, quell’opacità non trasformabile in “fattispecie”, che richiede, quando è correttamente colta e interpretata, la sospensione o l’abrogazione dell’ordinamento giuridico (...); si consuma qui la differenziazione fra diritto e norma, ovvero fra norma astratta e norma concreta».<sup>305</sup>

In tal modo, Schmitt si contrappone al normativismo puro di Kelsen – il quale identifica la giurisprudenza col normativismo, affermando che l’intero sistema giuridico scaturisce dalle norme basilari e unificanti, essenza di una Costituzione, per cui un giurista deve limitarsi ad analizzare ed interpretare i vari aspetti della legge entro i confini delle norme, non lasciandosi influenzare dalla politica, dalla sociologia, dall’etica, dalla storia, in modo da lasciare incontaminata la dottrina pura del diritto da fattori pregiudicanti le idee giuridiche – sostenendo che i normativisti, preoccupandosi della “obiettività scientifica”, finiscono per ignorare la realtà dei mutamenti politici e sociologici.<sup>306</sup>

Essi, secondo il parere schmittiano, tralasciano il problema cruciale del caso d’eccezione, non vincolabile per definizione ad alcuna norma. Il giurista decisionista crede fermamente che ogni filosofia del diritto che faccia riferimento al mondo reale – e

*critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt*, pp. 143-145, C. Galli, *La teologia politica in Carl Schmitt: proposte per una rilettura critica*, pp. 127-137 e M. Montanari, *Note sulla crisi e la critica della democrazia negli anni venti*, pp. 159-160, contenuti in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit. Per un sintetico contributo sul tema della politica in Schmitt, cfr. L.V. Kaplan, *The political. From Weimar to the Present*, in L.V. Kaplan-R. Koshar (eds.), *The Weimar moment*, cit., pp. 185-196.

<sup>304</sup> *Ivi*, pp. 63-64. Bendersky avvalorava la propria tesi, adducendo che *Teologia politica*, in effetti, pullula di espressioni riconducibili al concreto e al reale, quali “filosofia della vita concreta” e “concretezza giuridica” (*Ibidem*).

<sup>305</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 335.

<sup>306</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 65. Il tono polemico di Schmitt (decisionista) nei confronti di Kelsen (normativista) è ravvisabile già nel periodo iniziale del secondo capitolo di *Teologia politica*: «Se è vero che le teorie e i concetti di diritto pubblico si trasformano sotto la spinta di avvenimenti e di mutamenti politici, è chiaro che la discussione intorno ad essi sorge innanzi tutto in base ai punti di vista pratici del momento e modifica le concezioni precedenti in funzione dello scopo di volta in volta perseguito. L’attualità nuova può provocare un nuovo interesse sociologico ed una reazione contro il metodo “formalistico” di trattare i problemi di diritto pubblico. È però anche possibile che compaia la tendenza a rendere la trattazione giuridica indipendente dal mutamento delle condizioni politiche e a conquistare l’obiettività scientifica proprio attraverso un procedimento di trattazione formale e conseguente. È dunque chiaro che dalla medesima situazione politica di fatto possono derivare differenti tendenze e correnti scientifiche» (C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, p. 43).

ciò vale in particolar modo per la Repubblica di Weimar – debba considerare l’eccezione quanto la normalità. Il problema specifico individuato da Schmitt è lo stato d’eccezione: una situazione in cui l’ordine interno o la sopravvivenza dello Stato sono compromessi da crisi economiche o politiche, non ascrivibile entro un ordinamento normativo,<sup>307</sup> in quanto «ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita, sui quali essa di fatto deve trovare applicazione e che essa sottomette alla propria regolamentazione normativa. La norma ha bisogno di una situazione media omogenea». «Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima deve essere stabilito l’ordine: solo allora ha un senso l’ordinamento giuridico». Lo stato d’eccezione rivela ciò che la *routine* della normalità occulta. L’eccezione non può essere sussunta in una norma *et ergo* rigorosamente circoscritta.<sup>308</sup>

Allora, *quis iudicabit?* o *quis interpretabitur?* Chi concretamente decide, in caso di conflitto, «dove consiste l’interesse pubblico o statale, la sicurezza e l’ordine pubblico, la *salut public* e così via»?<sup>309</sup> In altri termini, chi può decidere quando si verifica lo stato d’eccezione e quali misure occorrono per ripristinare la situazione di normalità? A tali domande, Schmitt risponde affermando che:

Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione.

Il concetto di sovranità è assunto come concetto limite, la cui definizione non è applicabile al caso normale, ma ad un caso limite. Perciò egli intende lo stato d’eccezione come concetto generale della dottrina dello Stato, appropriato alla definizione giuridica di sovranità. «La decisione intorno alla eccezione è decisione in senso eminente, poiché una norma generale, contenuta nell’articolo di legge normalmente vigente, non può mai comprendere un’eccezione assoluta e non può perciò neppure dare fondamento pacificamente alla decisione che ci si trova di fronte ad un vero e proprio caso d’eccezione».<sup>310</sup> (Ecco tracciato il confine tra “politico” e “giuridico”).

Schmitt ritiene non si possa affermare incontrovertibilmente quando sussista un caso d’emergenza, né cosa accada nella sua realtà fenomenica. La Costituzione può al massimo indicare il soggetto agente in siffatta situazione, dunque il sovrano. «Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell’ordinamento giuridico

---

<sup>307</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 65.

<sup>308</sup> C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 39.

<sup>309</sup> *Ivi*, p. 34. Cfr., sul “chi” decide sullo stato d’eccezione, G. Marramao, *Carl Schmitt: la decisione senza presupposti e il fantasma dello Stato*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, p. 77: «Il “soggetto” (ma meglio sarebbe dire il *Träger*, il portatore) della sovranità è definibile solo *fattualmente*: in termini esistenziali e non normativi. L’esistente è infatti, per Schmitt, contingente: non è mai, in alcun modo, *deducibile*».

<sup>310</sup> *Ivi*, p. 33.

normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa».<sup>311</sup>

Inoltre «bisogna creare una situazione normale, e sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero. Ogni diritto è “diritto applicabile ad una situazione”».<sup>312</sup>

L’eccezione, sempre secondo Schmitt, è ciò che è irriducibile, si sottrae all’ipotesi generale, ma contemporaneamente palesa un elemento formale giuridico: la decisione (*Entscheidung*), di cui il sovrano detiene il monopolio,<sup>313</sup> è «l’agire che crea la forma giuridica».<sup>314</sup> «Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (...) l’autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto».<sup>315</sup> La decisione si affranca da ogni limite normativo, mentre lo Stato, nel caso d’eccezione, sospende il diritto in virtù di un “diritto di autoconservazione”.<sup>316</sup>

La decisione, dunque, assume in Schmitt un ruolo di primaria importanza; secondo il giurista in questione, basti pensare che, in caso di conflitti all’interno di uno Stato, la sovranità consiste nel decidere i conflitti, nello stabilire cosa siano ordine e sicurezza e quando essi siano in pericolo e che ogni Stato deciderà in modo diverso quando siano salvaguardati o minacciati. Ne consegue che «anche l’ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma».<sup>317</sup>

In *Teologia politica*, viene rimarcato il dato che la sovranità implica la decisione invece che lo Stato, tanto che questa spetta al sovrano nel caso d’eccezione, il quale deve decidere se una concreta situazione abnorme è sì eccezionale da mettere in pericolo l’esistenza dell’ordinamento e da richiedere la sospensione di questo per salvarlo o addirittura il suo annullamento per crearne un altro.<sup>318</sup> «Per la realtà della vita giuridica ciò che importa dunque è *chi* decide»,<sup>319</sup> cioè importa chi sia il sovrano.

Inoltre che l’autorità non abbisogni del diritto per crearlo non presuppone la propria estraneità alla sfera giuridica, ma solo che deve creare norme in una situazione che ne è priva. Solo dal punto di vista delle norme, e non del Diritto, la decisione sul caso d’eccezione, per Schmitt, nasce da un nulla ed è in grado di annullare le norme;

<sup>311</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>312</sup> *Ivi*, pp. 39-40. Schmitt, già all’inizio dei suoi studi, scrive: «Nessuna legge può attuare se stessa, solo gli uomini possono essere chiamati a difendere le leggi» (la citazione, tratta da *Id.*, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, 1914, p. 83, è tradotta e riportata da J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 66); più tardi dirà che «ogni norma presuppone una situazione normale e non vi è norma che possa aver valore per una situazione completamente abnorme nei suoi confronti» (C. Schmitt, *Il concetto di ‘politico’*, in *Id.*, *Le categorie del ‘politico’*, cit., p. 130) e che «La regola segue la situazione mutevole per la quale è stata fissata» (*Id.*, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Id.*, *Le categorie del ‘politico’*, cit., p. 259).

<sup>313</sup> *Ibidem*.

<sup>314</sup> La citazione appartiene a C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 335.

<sup>315</sup> C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 40.

<sup>316</sup> *Ivi*, p. 39.

<sup>317</sup> *Ivi*, p. 36-37. La citazione di Schmitt è *Ivi*, p. 37.

<sup>318</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 336.

<sup>319</sup> C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 58.

essa è anzi trattata alla stregua di un istituto giuridico, al punto da affermare che sia la norma sia la decisione permangono nell'ambito del giuridico.<sup>320</sup>

In ogni caso, sebbene una crisi possa indurre il sovrano ad andare oltre le norme vigenti o a sospendere temporaneamente la Costituzione, egli opera comunque all'interno di un contesto legale. La sua autorità deriva dal sistema giuridico esistente, e le possibili deviazioni costituzionali sono consentite solo al fine di custodire la Costituzione e di ristabilire l'ordine e la sicurezza necessari al funzionamento dell'ordinamento normativo. In tal modo il sovrano si colloca al di fuori dell'ordinamento giuridico, pur essendo parte integrante di esso. È proprio in questo punto che convergono le idee schmittiane di sovranità, dittatura e potere presidenziale: il sovrano ha il potere di dichiarare lo stato d'eccezione ed istituire una dittatura commissaria per risolvere la crisi. Nella Repubblica weimariana, lo stato d'eccezione viene dichiarato dal Presidente del *Reich*, il quale divide tuttavia la sovranità col *Reichstag* che può revocare le misure prese *ex art.* 48, assumendo, secondo Schmitt, il ruolo di dittatore commissario in una situazione di crisi.<sup>321</sup>

E in una situazione di normalità cosa fa il sovrano? «In tempi normali il sovrano, per così dire, dorme, per essere prontamente destato al momento cruciale: cioè al confine fra normalità e stato d'eccezione».<sup>322</sup>

E siccome la Germania di Weimar, sin dagli inizi, è soggetta a situazioni di crisi, Schmitt si preoccupa della conservazione del sistema esistente allo scopo di garantire ordine e pace, reclamando un'autorità solida e uno Stato forte in grado di padroneggiare le continue crisi. Nella fase iniziale della Repubblica, nello specifico, egli lamenta il fatto che il Presidente non sia dotato di sufficienti poteri, salvo poi osservare, tramite l'interpretazione dell'art. 48, che in tempi eccezionali un adeguato esercizio di quei poteri può ripristinare l'ordine.

Risulta evidente come per Schmitt – e per la Germania, d'altronde, data la frequenza con cui ivi tale fenomeno si verifica – lo stato d'eccezione sia un problema a cui dedicare sempre maggiore interesse – a dispetto dei normativisti che lo ignorano, considerandolo di natura politica e non giuridica – dal quale dipende la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico.

Ecco perché il giusfilosofo renano stima l'eccezione «più interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma

---

<sup>320</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 341-342. Cfr. A. Campi, *Carl Schmitt nell'Europa tra le due guerre*, cit., pp. 121-122 in cui valuta il sostegno logico-concettuale della costruzione schmittiana del concetto giuridico di decisione di natura extragiuridica, in quando Schmitt quando rivela la propria predilezione per l'eccezione rispetto alla regola «ricorre all'armamentario filosofico delle dottrine di orientamento vitalistico in quegli anni predominanti», appellandosi alla “filosofia della vita concreta”, chiamando in causa “la forza della vita reale” e parlando di “energica passionalità”.

<sup>321</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 66-67.

<sup>322</sup> G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 85.

la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione. Nell'eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione».<sup>323</sup>

L'eccezione offre la propria mediazione allo scopo di realizzare la regola. La forza dell'eccezione consiste nella sua polemicità rispetto alla normalità e nel dato che da essa questa dipende, perché le è «demandato quel potere di de-cidere che lega la libertà del senso comune della collettività all'azione di colui che la risveglia».<sup>324</sup>

L'eccezione si scontra con la regola. In uno stato d'eccezione, in cui le regole della normalità sono sospese, conta la decisione a cui l'ordinamento normativo deve lasciare spazio. Anche sulla scorta di tali riflessioni, più tardi Schmitt potrà indicare l'organo in grado di difendere la Costituzione, in quanto questo sarà capace, durante uno stato d'eccezione, di porsi al di sopra delle norme.

### 1.3. *Dal parlamentarismo al potere presidenziale*

La distanza dai grandi scontri di potere non impedisce a Schmitt di avvertire la gravità dei problemi politici che nel 1923 dilanano la Germania; nei suoi primi anni all'Università si confronta con la questione dell'instabilità politica e con quelle forze tendenti ad indebolire la Repubblica. Gli studiosi di politica di tale periodo sono costretti a continui cambi di posizione per la difficoltà nel mantenere un distacco teorico nei dibattiti sulle istituzioni che inevitabilmente toccano problemi del presente. Tuttavia è cristallino che la causa di molti mali è da cercare nella debolezza del sistema parlamentare e nell'operato politico dei partiti. Inoltre le istituzioni liberali tradizionali non sono in grado di controllare l'ingresso delle masse in politica. A dispetto dell'ideale liberale del compromesso pacifico, i parlamenti diventano campi di battaglia per lotte tra gli emergenti partiti di massa.<sup>325</sup>

Schmitt comincia a ritenere improbabile una relativa stabilità per la Germania, dato che ingenti settori della popolazione si dividono tra l'apatia e l'opposizione militante verso il sistema weimariano. Perciò comincia a cercare nelle idee politiche della sua Costituzione le risorse cui Weimar può attingere.<sup>326</sup> In questo clima di rinnovata crisi e crescente sconforto, egli interviene nel dibattito sul rapporto tra liberalismo e democrazia – da cui le sue critiche al parlamentarismo e al testo costituzionale del 1919 – pubblicando un libretto sui fondamenti filosofici del parlamentarismo: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923,

<sup>323</sup> C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 41.

<sup>324</sup> M.S. Barberi, *Il senso del politico. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1990, p. 78.

<sup>325</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 93-96.

<sup>326</sup> G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 98-99.

1926) – un testo estremo, brillante, uno snodo fondamentale della sua prestazione scientifica, un lavoro preparatorio a *Dottrina della costituzione*.<sup>327</sup>

Schmitt afferma che un sistema politico non possa reggersi solo sulla forza o su tecnici meccanismi governativi, quanto su una serie di presupposti filosofici da cui trarre legittimità ed autorità.<sup>328</sup> Sono il liberalismo ed il parlamentarismo forme di governo idonee al mantenimento di un sistema che il popolo attraverso la Costituzione si è dato? A tale domanda, Schmitt risponde negativamente: il parlamentarismo non poggia più sui suoi presupposti morali ed intellettuali originari, è un apparato vuoto incapace di difendersi dai nascenti movimenti ideologici.<sup>329</sup>

Il Parlamento ricalcato sugli ideali del XIX secolo è il luogo della discussione e della pubblicità<sup>330</sup> in cui emerge l'opinione più ragionevole, presa nell'interesse generale tramite un confronto pacifico; i partiti ottocenteschi si basano sul libero reclutamento e sulla competizione elettorale. Al contrario, nell'epoca della democrazia di massa, il comportamento reale dei partiti e del Parlamento non collima affatto con quegli ideali, soprattutto da quando i partiti, mutati profondamente nella loro natura, dominano la vita pubblica: la discussione è diventata superflua, in quanto ciascun deputato è soggetto alla disciplina di gruppo e rimane inchiodato nella posizione del proprio partito; la pubblicità è inesistente, in quanto le decisioni fondamentali sono prese in segreto e al di fuori del Parlamento, riflettendo interessi di parte. Il Parlamento è diventato, per Schmitt, una facciata che cela il potere dei partiti, perdendo il suo originario significato.<sup>331</sup>

Inoltre la sua critica al parlamentarismo concerne anche il fulcro del sistema giuridico weimariano, ossia lo Stato come *Rechtsstaat* (Stato di diritto) nel senso di *Gesetzesstaat* (Stato legiferante), in cui l'ultima parola spetta al legislatore, cioè al Parlamento, che *ex art. 76* può emendare la Costituzione, giuridicamente intesa come una legge. Schmitt, a differenza dell'orientamento prevalente che crede nella modificabilità senza limiti della Costituzione, sostiene la necessità fondamentale di distinguere tra emendabilità e possibilità di distruggere una costruzione costituzionale –

<sup>327</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 96; C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 513.

<sup>328</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 96-97.

<sup>329</sup> *Ibidem*; L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., p. 15.

<sup>330</sup> La “discussione pubblica”, presupposto fondamentale del parlamentarismo, affonda le sue radici nella metafisica razionalista dell'illuminismo, oltretutto negli scritti di Locke, Montesquieu, Bentham, Mill e Guizot – quest'ultimo, in particolare, evidenzia tre caratteristiche fondamentali del parlamentarismo per il XIX secolo (discussione, dibattito parlamentare pubblico e libertà di stampa), accolte e utilizzate da Schmitt per analizzare il sistema parlamentare di Weimar, che non ha più ragion d'essere nel XX secolo proprio per la loro inoperosità. Dalla libera espressione di opinioni contrastanti dei deputati, si suppone sarebbero emerse decisioni razionali ed equilibrate, nonché leggi frutto di dibattiti pubblici razionali e non della politica segreta di gabinetto; inoltre la sorveglianza da parte della libera stampa e dell'opinione pubblica avrebbe controllato la corruzione e l'esercizio arbitrario del potere; la forza sostituita dalla discussione e la legge vincente sul potere con il conseguente progresso della società.

<sup>331</sup> L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., pp. 15-16; G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 106-108; J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 97-98.

operazione possibile attraverso la modifica dell'art. 1. A suo giudizio, nessun emendamento può mettere in discussione l'assetto repubblicano, se si vuole garantire l'esistenza e la continuità della Costituzione.<sup>332</sup>

La tesi schmittiana è diretta a contrastare una visione meramente meccanica del parlamentarismo, per cui qualsiasi maggioranza qualificata può decidere sulla natura della Costituzione e, osservando la variegata composizione del Parlamento weimariano, sarebbero possibili ogni giorno diverse forme di governo. Perciò Schmitt avanza l'idea che solo il popolo, *pouvoir constituant*, può assumere decisioni sul genere di Costituzione da adottare. È chiaro come egli intenda difendere la Costituzione, probabilmente sperando di osteggiare la possibilità che partiti estremisti si addentrino legalmente nelle stanze del potere e distorcano la Costituzione in forza dell'art. 76. Sicuramente, pur non essendo entusiasta della forma repubblicana, egli vuole prevenire qualunque sfida ai poteri del Presidente eletto dal popolo, che, a suo parere, rappresenta, insieme alla burocrazia e all'esercito, "il regno della ragione oggettiva", in quanto organi interessati alle sorti dell'intera nazione. In sostanza, dato l'alto rischio che la Costituzione corre di essere violata da uno dei movimenti estremi, Schmitt opta per una soluzione di tipo presidenziale.<sup>333</sup>

A scapito di un sistema fondato sulla meccanica applicazione della legge tramite le procedure di voto in Parlamento, egli predilige una forma di governo in cui il Presidente trae legittimità dall'acclamazione popolare di un leader forte, realizzabile sottoforma di plebiscito. Quindi la sua proposta consiste nella creazione di un Governo basantesi sul potere legittimo, che faccia «discendere la legalità dalla legittimità (...), anziché porre la legalità in antitesi alla legittimità o in condizioni di superiorità rispetto ad essa».<sup>334</sup>

La sua strategia – che arriva a compimento in *Il custode della costituzione* –, che prevede un nuovo grande ruolo per l'Esecutivo e il superamento della forma-legge in un originale rapporto tra decretazione d'urgenza e legittimazione plebiscitaria, deriva dalla sua particolare accettazione della democrazia come tecnicizzazione e massificazione della società – conseguentemente politicizzata dal protagonismo inedito dei partiti – quanto come spazio di nuova forma politica. Schmitt non guarda più al Parlamento come centro di gravità della vita politica, quanto come "istituzione utile" con efficacia secondaria e surrogatoria;<sup>335</sup> "uno status quo privo di idee", troppo debole per reggere allo scontro ideologico con i partiti radicali che al sistema parlamentare preferiscono "l'azione diretta".<sup>336</sup>

<sup>332</sup> G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 108-109.

<sup>333</sup> *Ivi*, pp. 110-111.

<sup>334</sup> *Ivi*, p. 111.

<sup>335</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 516.

<sup>336</sup> J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 102-103. "L'azione diretta" è una dottrina irrazionale coniata dagli anarchici nel XIX secolo e riformulata da Sorel; essa postula l'irrazionalità umana, in opposizione al principio liberale secondo cui gli uomini razionali sono impegnati nel governo rappresentativo; prevede che gli uomini sono guidati nelle scelte dall'istinto e dall'intuizione e non dal

La sua tempestiva analisi (nel 1923) solleva seri quesiti sulla situazione in cui versa il sistema parlamentare tedesco e la storia della Repubblica conferma la fondatezza dei suoi timori. Infatti la sopravvivenza della Repubblica dopo il 1923 è dovuta unicamente ad un deciso e costante intervento dell'Esecutivo tramite l'art. 48 per restaurare ordine e sicurezza. Sebbene Schmitt non offra soluzioni pratiche per colmare le carenze del sistema parlamentare da lui stesso denunciate, ad ogni modo crede fermamente che il Presidente investito dei suoi poteri possa prevenire il collasso dell'ordinamento politico o la presa del potere ad opera delle frange estremiste. Tuttavia, egli non vede nel Presidente un *Ersatzkaiser*, né un usurpatore dei diritti fondamentali di cui il Parlamento gode, tant'è che già nel 1919 formula la sua interpretazione sulla natura commissariale dell'art. 48, pensando al Presidente come ad un tutore dello Stato e della Costituzione.<sup>337</sup>

Proprio dall'interpretazione di Schmitt dei poteri presidenziali e della definizione dei relativi limiti costituzionali, nasce una vivace discussione sulla precisa formulazione e sulla *ratio* dell'art. 48; sebbene la maggior parte dei giuristi dell'epoca individui chiari vincoli ai suddetti poteri nel secondo paragrafo dell'art. 48 e sostenga l'opportunità di una legge costituzionale esecutiva che definisca l'ambito dei poteri del Presidente, al fine di limitare la sua autorità e conseguentemente l'aumento di violazioni costituzionali ed ogni possibile abuso, Schmitt ribadisce che il Capo dello Stato debba assumere ampi poteri nei periodi di disordine – compresa la sospensione di altri articoli costituzionali oltre ai sette indicati dall'art. 48 –, oltre ad opporsi all'entrata in vigore di una legge specifica che circoscriva tale autorità. Il “suo Presidente” non è un dittatore sovrano al di sopra della Costituzione, tant'è che, a suo parere, «una nazione può avere “o una dittatura sovrana o una costituzione, poiché l'una esclude l'altra”». Come già sottolineato, il Presidente, in uno stato d'eccezione, è un dittatore commissario col compito di preservare l'ordine costituzionale, e benché abbia il potere di sospendere singole parti della Costituzione, le misure da lui adottate sono temporanee e la Costituzione va ripristinata nella forma originaria, una volta risolta la crisi.<sup>338</sup>

In ogni caso, Schmitt afferma l'impossibilità di trasformare la Costituzione *ex art.* 48 e di sospendere, pur se in uno stato d'eccezione, le prerogative del *Reichspräsident*, del *Reichstag* e del *Reichsregierung*, perché queste costituiscono il “minimo istituzionale” necessario al continuo funzionamento dell'ordinamento. Con tali limiti e col consenso parlamentare, è opportuno concedere al Presidente un potere d'azione più ampio in base alle esigenze della situazione concreta. Inoltre, prevedere in anticipo e nel dettaglio le misure necessarie per una situazione imprevedibile è impossibile e per

---

ragionamento e che i miti, e non la discussione razionale, galvanizzano e incoraggiano le masse in funzione dell'azione diretta. Nel momento in cui il Governo parlamentare, non realizzando gli ideali liberali, si avvia al proprio declino, il razionalismo filosofico su cui si fonda l'intero sistema della politica liberale è minacciato da tale teoria, in quanto sostenuta dai movimenti estremisti (Cfr. *ivi*, pp. 98-100).

<sup>337</sup> *Ivi*, pp. 100 e 103.

<sup>338</sup> *Ivi*, pp. 104-106.

conseguenza delle precise restrizioni ai poteri presidenziali tradirebbero lo scopo dell'art. 48.<sup>339</sup>

Schmitt, consapevole dei potenziali abusi del potere presidenziale, pensa al Presidente come ad una persona leale nei confronti della Costituzione che rappresenti l'intera nazione, una forza neutrale al di sopra dei partiti capace di salvaguardare la Costituzione e di guidare uno Stato moderno. In particolare, Weimar necessita di un Presidente in grado di garantire il funzionamento della macchina statale nei momenti in cui il Parlamento si inceppa a causa degli estremismi o dell'assenza di una maggioranza e che sia affidabile, data l'eccezionalità dei poteri affidatigli e visto che la Costituzione weimariana consente di legalizzare con molta facilità un colpo di Stato.<sup>340</sup>

In definitiva, dall'analisi schmittiana della tradizione democratica emerge principalmente che la classe politica parlamentare del XX secolo non è in grado di decidere, di esprimere la volontà popolare. Schmitt sottopone ad un'analisi spietata la «trasformazione del parlamentarismo nel passaggio dal liberalismo ottocentesco alla democrazia di massa, traendone la conclusione dell'irrimediabile anacronismo di quel modello costituzionale». L'alternativa liberalismo-democrazia viene così ad essere il preambolo per la proposizione della democrazia plebiscitaria.<sup>341</sup>

#### 1.4. *La Costituzione*

Prima di giungere ad analizzare *Il custode della costituzione* nel suo insieme – traguardo che può essere tagliato solo dopo aver superato alcune tappe del lungo e tortuoso viaggio nel pensiero di Schmitt fino al 1929 – v'è un'ultima tappa obbligata da percorrere, che consiste nella spiegazione dell'oggetto del custodire, schmittianamente inteso (il concetto di Costituzione). Se un oggetto richiede protezione, sulla quale si accende un dibattito – tuttora non ancora spento – finalizzato all'individuazione del soggetto e delle modalità più adatti alla sua migliore realizzazione, significa che esso è ritenuto così prezioso, di vitale importanza da temere per la sua stessa esistenza. Chiarito che l'oggetto in questione è la Costituzione, nascono al riguardo dei dubbi: perché essa necessita di un custode? Perché è considerata importante? Per sciogliere tali dubbi, occorre porsi un'ulteriore domanda: che cos'è la Costituzione? Per rispondervi – sempre seguendo la teoria schmittiana – non rimane che comprenderne la sua essenza, data come presupposta la sua importanza, attraverso lo studio parziale dell'opera di Schmitt in cui è contenuta la sua concettualizzazione: *Dottrina della costituzione (Verfassungslehre)*.

<sup>339</sup> *Ivi*, p. 106. Seppure le argomentazioni di Schmitt su questo tema non convincono molti dei suoi colleghi, tuttavia trovano un sostenitore in Hugo Preuss, per cui si veda *ivi*, pp. 107-109.

<sup>340</sup> *Ivi*, pp. 109-110.

<sup>341</sup> P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, in «Storia e Politica», Milano, anno XVI, fasc. III, 1977, pp. 513-514.

#### 1.4.1. *La dottrina costituzionale*

Considerata a giusto titolo l'*opus maius* dell'intera letteratura schmittiana, *Dottrina della costituzione* (1928) – «opera in cui si manifesta con ancora maggiore evidenza il doppio registro tipico dell'argomentazione schmittiana, oscillante fra prospettive storico-epocali e analisi politico-costituzionali contingenti»<sup>342</sup> – è al contempo un trattato di storia costituzionale e un saggio sulla Costituzione di Weimar, un lavoro teoretico in cui l'autore delimita un campo di indagine compreso tra la dottrina generale dello Stato (*Allgemeine Staatslehre*) e il diritto pubblico (*Staatsrecht*). Lungi dall'adottare la forma di un commentario dei singoli articoli del testo costituzionale weimariano o di una serie di trattazioni monografiche su singole questioni teorico-costituzionali, Schmitt tenta di costruire sistematicamente una dottrina della Costituzione come un settore particolare della dottrina di diritto pubblico. Illustra, prescindendo dalla Costituzione del singolo Stato, «la dottrina della Costituzione dello Stato borghese di diritto» o, più in generale, «il tipo di una Costituzione democratica dello Stato di diritto», cui corrisponde interamente quella weimariana. Tuttavia Schmitt esorta a non assumere il tipo a dogma assoluto, ignorando «il condizionamento storico e la relatività politica»; anzi, proprio tra le funzioni della dottrina costituzionale, include quella di «dimostrare quanto talune formule e concetti tradizionali dipendano totalmente da situazioni precedenti ed oggi non siano più nemmeno otri vecchi per un vino nuovo, ma solo etichette invecchiate e false» e di procedere, se necessario, alla sostituzione di vecchi apparati concettuali con categorie più appropriate alle nuove sollecitazioni, evitando il rischio di «disconoscere fatti essenziali della vita costituzionale». Egli lamenta l'assenza di una dottrina costituzionale autonoma, una teoria generale che, pur muovendo dalla realtà giuridico-costituzionale del proprio tempo, astragga da questa al fine di ricavarne una costruzione tipologica universale.<sup>343</sup>

<sup>342</sup> C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 584.

<sup>343</sup> C. Schmitt, *Prefazione a Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, pp. 5-7. Le citazioni di Schmitt sono *ivi*, pp. 7 e 8. Cfr. A. Caracciolo, *Presentazione a C. Schmitt, Dottrina della costituzione*, cit., p. XIII, il quale, inoltre, ritiene che l'opera in questione possa fornire elementi oggettivi per valutare in modo unitario il pensiero schmittiano nella sua interezza, tanto che l'idea originaria della *Dottrina* che risale al 1919 è un punto di riferimento per i materiali raccolti da Schmitt, dal 1924 al 1954, per una dottrina costituzionale (*ivi*, p. XVII); L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., p. 36; G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996, p. 4; M. Caserta, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Roma, 2005, p. 151-152. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 610, interpreta, invece, il «tentativo di sistema» del 1928 «come la ritrascrizione (...) della scienza politica e giuridica, nello sforzo di fornire uno schema di classificazione genealogica delle forme politiche a partire dalla loro consapevolezza dell'origine». Per P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 82 tale opera rappresenta un notevole cambiamento nel panorama letterario giuridico sulla costituzione, in quanto le precedenti monografie emulerebbero il diritto pubblico labandiano che organizza le leggi statali esistenti in base ad una serie di concetti astratti oppure i commentari di Anschütz che interpretano le singole leggi costituzionali; il testo di Schmitt, invece, al contrario, inizia domandandosi cosa è una costituzione, chiedendosi cosa siano le decisioni fondamentali della costituzione e dove individuare limiti all'attività legislativa e alla revisione costituzionale, e argomenta che la teoria costituzionale deve esaminare lo Stato come una unità esistenziale reale, ragion

Tale opera, dunque, sebbene si profili come un'innovativa proposta dottrinarina,<sup>344</sup> invero contiene il notevolissimo bagaglio tematico di Schmitt, il quale *ivi* ripropone in modo organico argomenti fondamentali elaborati tra il 1919 e il 1927, quali l'individualismo borghese, i concetti di sovranità, decisione ed eccezione, il potere costituente, la critica al parlamentarismo, i concetti di identità e rappresentazione, il rapporto tra popolo e capo, oltre a rinviare al coevo "concetto del politico".<sup>345</sup>

In Germania sono i concreti e urgenti problemi posti dal funzionamento del sistema politico della Repubblica di Weimar ad orientare la riflessione giuridica su quell'oggetto della vita politica tedesca che è la Costituzione. Quella di Weimar si trova ben presto di fronte alla questione capitale delle *chances* della propria sopravvivenza, minacciata da forze politiche che non si riconoscono nelle scelte fatte dai costituenti nel 1919 all'indomani della sconfitta nella prima guerra mondiale, motivo per cui Schmitt – a partire da *Dottrina della costituzione* fino al *Custode della costituzione* – offre una soluzione al problema dell'instabilità della forma di governo parlamentare tedesca, forzando la Costituzione weimariana nel senso del presidenzialismo o del *Präsidentsystem*, avendo individuato i limiti dettati dai condizionamenti storici del modello costruito dallo Stato borghese di diritto.

Dal punto di vista della storia costituzionale, il termine "Costituzione", tipico degli storici dello Stato di diritto liberale, viene impiegato per misurare la costituzionalità di ogni singolo ordinamento giuridico sulla base dei principi delle libertà borghesi, ossia dei diritti dell'uomo in quanto persona singola e isolata.<sup>346</sup> Schmitt contesta l'identificazione dello Stato di diritto con il concetto di Costituzione: «l'elemento tipico dello Stato borghese di diritto (...) è scambiato ancora con tutta quanta la costituzione, benché esso in realtà da solo non possa essere sufficiente, ma si aggiunga soltanto all'elemento politico».<sup>347</sup>

---

per cui egli rifiuta una pura analisi del diritto positivo; il suo libro assomiglia meno ad un trattato sistematico della costituzione che ad una serie di saggi sulla situazione politica concreta della Costituzione weimariana.

<sup>344</sup> In Germania, l'emersione della dottrina della Costituzione come «ambito autonomo del diritto pubblico, da trattare a sé» avviene nel 1928 grazie alla pubblicazione sia di *Dottrina della costituzione* di Carl Schmitt, che di *Costituzione e diritto costituzionale (Verfassung und Verfassungsrecht)* di Rudolf Smend, le quali segnano la nascita, nelle università tedesche, di una nuova disciplina: la Teoria della Costituzione (*Verfassungstheorie*). Da quando Samuel Pufendorf viene chiamato ad insegnare *Natur und Völkerrecht* ad Heidelberg nel 1661, è la Dottrina dello Stato a rappresentare il *trait d'union* che lega il diritto pubblico positivo alla riflessione politica, nel senso ampio che il termine "politica" ha in Aristotele. A partire dalla pubblicazione nel 1928 delle opere di Schmitt e di Smend, si contrappongono nella teoria della costituzione due scuole: la *Schmitt-Schule* cui appartengono Ernst Rudolf Huber, Werner Weber, Ernst Forsthoff, Roman Schnur, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Helmuth Quaritsch e Josef Isensee; e la *Smend-Schule* tra i cui esponenti figurano Gerhard Leibholz, Ulrich Scheuner, Konrad Hesse, Horst Ehmke, Peter Häberle, Friedrich Müller, Friedrich Hufen e Martin Morlok.

<sup>345</sup> La parte giuridica si mescola con quella politologica in un tutto unitario, rendendo inseparabile il concetto del politico, parte integrante dell'opera, dall'elemento giuridico.

<sup>346</sup> L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., p. 36.

<sup>347</sup> C. Schmitt, *Prefazione a Dottrina della costituzione*, cit., p. 8.

La completa equiparazione dei principi dello Stato borghese di diritto con la Costituzione impedisce di comprendere, a livello teorico, il concetto di Costituzione in cui l'elemento giuridico-formale si fonde con quello politico-sostanziale. La "costituzione moderna"<sup>348</sup> è per Schmitt un sistema binario. Essa è il risultato della commistione di questi due diversi elementi: il primo è il portato della tradizione del costituzionalismo, del liberalismo e della concezione individualistica ad esso sottesa, e trova nel complesso di principi ed istituzioni che va sotto il nome di *Rechtsstaat*, il proprio prodotto finale; il secondo fa capo alla tradizione della sovranità popolare e della teoria democratica di Rousseau che privilegia la comunità politica e il bene comune a scapito delle garanzie delle libertà individuali e degli interessi dei singoli e dei gruppi.

Si pone, in tal modo, il tema centrale intorno a cui ruota il modello costituzionale schmittiano: la compresenza tra dimensione giuridica e dimensione politica nel concetto di Costituzione<sup>349</sup> – la cui corretta articolazione consente di spiegare il fondamento logico e la realtà storica della Costituzione – che duplica la prospettiva interna alla lettura schmittiana della dottrina costituzionale. Da un lato essa impedisce di ricercare la base logica della Costituzione in un mero processo di validazione formale, mentre permette di individuare il suo momento originario nell'elemento politico. Si avverte, qui, la polemica contro il normativismo e la repulsione dell'approccio formalista ai fini della comprensione del concetto di Costituzione. Dall'altro essa genera la differenza tra due modi di intendere la Costituzione, fra *Konstitution* (mezzo di garanzia delle aspettative e della libertà della collettività, ossia l'ordine normativo supremo tramite cui il potere si autolimita e tutela, riconoscendoli, i diritti soggettivi) e *Verfassung* (articolazione nell'ordinamento statale della concreta realtà politica di una collettività) che, sebbene non venga espressamente teorizzata da Schmitt, rimarca l'insufficienza del modello di Stato costituzionale di diritto borghese nell'esprimere totalmente l'idea di Stato costituzionale in quanto tale. Schmitt critica così la mancanza di teorizzazione del "politico" nella dottrina statale e delinea il confine tra la Costituzione dello Stato borghese di diritto e il concetto di Costituzione.<sup>350</sup>

<sup>348</sup> «Per costituzione moderna, ossia dello Stato borghese di diritto, [Schmitt] intende una specie di costituzione, di cui fa parte la maggior parte delle costituzioni moderne. Solo per questo motivo questa specie di costituzione si chiama [in *Dottrina della costituzione*] "moderna"» (C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 171).

<sup>349</sup> «Non vi è (...) nessuna costituzione che sia interamente nient'altro che un sistema di norme giuridiche a protezione del singolo di fronte allo Stato. Il politico non può essere separato dallo Stato – dall'unità politica di un popolo –, e depolitizzare il diritto pubblico non significherebbe altro che "destatalizzare" il diritto pubblico» (*ivi*, pp. 171-172).

<sup>350</sup> M. Caserta, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, cit., pp. 152-154. Analizzando le differenze tra le due idee di Costituzione, risulta in modo chiaro che la *Konstitution*, «tipica espressione della condizione storico-spirituale della borghesia liberale», è tesa ad assicurare la differenza fra Stato e società e a stabilire modalità e vincoli di azione del potere rispetto all'individuo, ma non riesce ad individuare il momento originario di fondazione dell'autorità politica, finendo per rompere il legame tra Stato e società, di cui compromette l'identità politica (*ivi*, p. 154). Al contrario la *Verfassung*, «concreta situazione complessiva dell'unità politica e dell'ordine sociale di un determinato Stato», indica

Insomma, il rapporto tra politica e diritto nello Stato<sup>351</sup> viene a trovarsi al centro dell'interesse scientifico e il filone di pensiero giuridico che si occupa di diritto facendo a meno della politica diventa il bersaglio preferito della critica schmittiana. Il metodo formale di indagine incarnato da Laband, Jellinek e Kelsen è ampiamente stroncato nell'ambiente giuridico tedesco, specie da Schmitt, in quanto riduce il diritto costituzionale ad una mera interpretazione letterale del testo.<sup>352</sup> Come predetto, la teoria costituzionale è confusa e trattata indistintamente insieme alla dottrina generale dello Stato e al diritto pubblico, per cui non è formulata, nella Germania degli anni Venti del '900, una nozione specifica di Costituzione, né una relativa trattazione.

#### 1.4.2. I concetti di Costituzione

Per sopperire alle carenze della teoria costituzionale del suo tempo, Schmitt, «fedele all'assunto metodico di fare chiarezza in questo bagaglio dottrinale e nelle trasformazioni che ha subito, (...) apre la *Verfassungslehre* con un'analisi dei differenti concetti di costituzione».<sup>353</sup> Il suo scopo è quello di definire un concetto specifico di Costituzione, dopo averlo declinato nei suoi diversi significati possibili.

---

l'impossibilità dell'uso di modelli dicotomici, supera la distinzione tra Stato e società e aiuta a comprendere il tema complesso della trasformazione dello Stato (G. Duso, *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in Id. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., p. 51).

<sup>351</sup> Cfr., sul rapporto tra diritto e politica in Schmitt, M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., pp. 692-694: in Schmitt, diritto e politica sono due fenomeni indissolubilmente connessi, utili ad interpretare la storia dello Stato moderno. Schmitt intende integrare e rinnovare la giuridicità dello Stato, fermando il processo di invecchiamento e di disfacimento della concezione giuridica dello Stato, dovuto a due ordini di evento: la negazione in astratto, in nome della purezza del diritto, del rapporto tra diritto e politica, da parte della dottrina formalista, legalitaria e positivista di tipo kelseniano e la messa in discussione dell'assetto politico e giuridico dello Stato, tendente a romperne il monopolio, da parte delle idee pluralistiche e neutralistiche. Egli vuole combattere la degenerazione e l'impotenza di detta concezione, riproponendo il rapporto diritto-politica, sottolineando l'elemento politico. Nigro vede nella «riproposizione insistita e appassionata della necessità di reintrodurre (...) la politica nel diritto, di riconoscere che il secondo ha la sua radice, la sua fonte di alimentazione, il suo metro di giudizio nella prima» uno degli apporti più originali alla conoscenza giuridica dello Stato. L'inseparabilità tra diritto e politica si esprime e si realizza nello Stato, «terreno di cultura della simbiosi politica-diritto». A testimonianza di ciò si veda C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 171: «lo Stato di diritto, malgrado ogni giuridicità e normatività, rimane pur sempre uno Stato e perciò contiene sempre oltre l'elemento specifico dello Stato di diritto anche quello specificamente politico». Si veda, per una trattazione generale dell'antica battaglia tra diritto e politica dopo l'avvento della Corte costituzionale nelle costituzioni del '900, R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.

<sup>352</sup> Cfr. J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 133: «Le preoccupazioni di Schmitt nei confronti di una eventuale interpretazione formale della costituzione» derivavano dal pericolo da lui avvertito che, «in particolari circostanze politiche, l'interpretazione letterale di alcuni articoli della costituzione poteva paralizzare tutte le competenze del governo, e di conseguenza minacciare la costituzione o la sicurezza dello stato. Era dell'opinione che sarebbe stato illogico e non realistico sostenere l'inviolabilità della costituzione ed esprimere la propria fedeltà alla repubblica ignorando i pericoli politici all'ordinamento costituzionale vigente, e fermamente convinto che la situazione concreta, nel momento in cui si fossero prese in considerazione le questioni di tipo costituzionale, avrebbe prevalso sui principi astratti o sulle interpretazioni strettamente formali».

<sup>353</sup> G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., p. 5.

La parola «costituzione» ha più di un significato. In un'accezione generale della parola tutto, uomini e cose, aziende e società, è in una «costituzione» e tutto ciò che è possibile può avere una costituzione. Da ciò non vien fuori nessun concetto specifico. La parola «costituzione» deve essere limitata alla costituzione dello *Stato*, cioè all'unità politica di un popolo, se la si vuol rendere intellegibile.<sup>354</sup>

“Costituzione”, dunque, è un termine polisemico, che ha subito trasformazioni nel corso della sua storia, che in ambiti semantici diversi acquista usi linguistici particolari e di cui esiste anche un senso generico proprio del linguaggio comune.

In principio Schmitt individua quattro significati di Costituzione: assoluto, relativo, positivo e ideale.<sup>355</sup> Nel prosieguo della trattazione, dopo aver delineato un quadro storico della nascita delle Costituzioni europee moderne, egli aggiunge all'iniziale classificazione altre due accezioni del termine: Costituzione come contratto sociale (*Gesellschaftsvertrag*) e Costituzione come contratto costituzionale (*Verfassungsvertrag*).

Il concetto assoluto di Costituzione<sup>356</sup> («la costituzione come tutto unitario») può in primo luogo significare «il concreto *modo di esistere* che è dato spontaneamente con

---

<sup>354</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 15. Il giurista decisionista riporta inoltre, criticandola, la definizione usuale dei manuali di diritto pubblico della sua epoca che si rifà a Kelsen, ponendosi, anche in tale circostanza, in polemica col suo avversario storico: «costituzione = norma o legge fondamentale. Cosa significhi “fondamento”, rimane per lo più oscuro; spesso significa soltanto, quasi come una parola d'ordine, qualcosa di politicamente assai importante o di inviolabile» (*ivi*, pp. 15-16).

<sup>355</sup> Il concetto ideale di Costituzione è quello meno rilevante e meno adoperato da Schmitt, per cui se ne riporta una trattazione sintetica. Il concetto ideale di Costituzione («“Costituzione” così detta in un senso peculiare, a causa di un determinato contenuto») rimanda alla valutazione politica su di un determinato contenuto valoriale della Costituzione. Schmitt ritiene che per motivi politici venga indicata come “vera” o “pura” quella Costituzione corrispondente ad un determinato ideale di Costituzione. I partiti politici in lotta riconoscono come tale la Costituzione che soddisfi le proprie richieste, altrimenti arrivano a rifiutare «il nome di costituzione ad ogni costituzione». Così la borghesia liberale, in lotta contro la monarchia assoluta, pone un determinato concetto ideale di Costituzione, fondato sul rispetto della libertà personale e della proprietà privata, e lo identifica *tout court* col concetto di Costituzione. Al contrario, da un punto di vista marxista, una Costituzione che riconosca i principi dello Stato borghese di diritto, soprattutto la proprietà privata, non è affatto una Costituzione ideale, ma una “costituzione fittizia e reazionaria” (*ivi*, pp. 58-59). «Sono perciò possibili tanti concetti di libertà e costituzione quanti sono i principi e le convinzioni politiche» (*ivi*, p. 60). Guardando allo sviluppo storico della Costituzione moderna, Schmitt segnala il successo di un particolare concetto di Costituzione, quello dello Stato borghese di diritto, tale che dal XVIII secolo sono indicate come Costituzioni solo quelle rispondenti alle richieste della libertà borghese e contenenti determinate garanzie di tale libertà. Trattasi di una Costituzione scritta, un sistema di garanzie delle libertà borghesi, che organizza il potere dello Stato mediante il principio della separazione o distinzione dei poteri (*ivi*, pp. 60-63). «Lo sforzo dello Stato borghese di diritto va a ricacciare indietro il politico, a limitare tutte le manifestazioni della vita statale in una serie di normative ed a trasformare ogni attività statale in competenze, cioè in attribuzioni esattamente circoscritte ed in linea di principio limitate», per cui esso «può rappresentare solo una parte della costituzione complessiva dello Stato, mentre un'altra parte contiene la decisione positiva sulla forma dell'esistenza politica» (*ivi*, p. 64).

<sup>356</sup> Cfr., per un'interpretazione del concetto assoluto di Costituzione di Schmitt, C. Mortati, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 522, che assimila tale concetto a quello di “costituzione materiale”: «espressione di una situazione, cui attribuisce valore esistenziale, auto creativo, realizzante una decisione politica fondamentale avente ad oggetto l'attuazione di una particolare specie di unità dell'ordine sociale, operante come principio attivo del processo dinamico dell'unità stessa, che pertanto ne contrassegna l'identità accompagnandola in tutti i successivi svolgimenti».

ogni unità politica esistente», che in quanto riferito allo Stato può esprimere lo Stato stesso, il singolo specifico Stato come unità politica o forma dell'esistenza statale – dove “spontaneamente” non indica che una Costituzione si possa produrre e mantenere senza statuizione imperativa, ma che essa si dà automaticamente, a condizione che sussista un potere che garantisca l'ordine.<sup>357</sup>

In questo primo significato si ravvisano tre specifiche determinazioni.

1) La Costituzione come «concreta condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale di un determinato Stato» a cui ineriscono unità politica ed ordinamento sociale, a prescindere dai loro principi e dall'istanza che in una situazione di crisi decide normativamente i conflitti. «Lo Stato non ha una costituzione, “conforme alla quale” si forma e funziona una volontà statale, ma lo Stato è la costituzione, cioè una condizione presente conforme a se stessa, uno *status* di unità e ordine. (...) La costituzione è la sua “anima”, la sua vita concreta e la sua esistenza individuale».<sup>358</sup>

2) La Costituzione come «una specie particolare di ordinamento politico e sociale», forma particolare del potere (monarchica, aristocratica o democratica) di cui ogni Stato è titolare e a cui ogni Stato corrisponde essendo da essa determinato, in quanto è inseparabile dalla sua esistenza politica. Ma anche qui è più esatto dire non che lo Stato ha una Costituzione, ma che lo è: esso è una monarchia, un'aristocrazia, una democrazia. Essa è forma di Stato, *forma formarum*.<sup>359</sup>

3) La Costituzione come «il principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità con una forza ed un'energia che sta alla base o che agisce dalle fondamenta», attraverso cui si attua quel moto di integrazione del variegato complesso di istanze diversificate della società nell'unità politica statale e nella conseguente capacità di espressione di una volontà generale.<sup>360</sup>

---

<sup>357</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 15-16. Trattasi del concetto assoluto di Costituzione in senso esistenziale come un *Sein* (Essere).

<sup>358</sup> *Ivi*, p. 16. Questo significato di Costituzione è riscontrabile in alcuni filosofi greci. Per Aristotele, lo Stato è un ordinamento della convivenza naturale degli uomini di un territorio che concerne il potere e la sua articolazione e in forza del quale v'è un sovrano cui spetta il fine vivente di tale ordinamento, insito nella peculiarità della forma politica concreta; per cui se tale Costituzione è rimossa, cessa lo Stato, mentre se ne è posta una nuova, ne sorge uno nuovo. Per Isocrate, la Costituzione è l'anima della polis (*ivi*, pp. 16-17). Cfr. G. Zarone, *Occasio e causa. Metafisica e politica della volontà decisiva*, in R. Racinaro (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, cit., pp. 73-76: «Qui l'esistenza non solo è riferita allo status già determinato di unità e di ordine, non solo è riferita alla identità come unità della “presenza conforme a se stessa”, ma è interpretata come dimensione *individuale di vita*. L'atto di nascita coincide così con il suo costituirsi fondamentale quale entità di natura politica. Nascita o costituzione sono, anche linguisticamente, n a t i o , che è poi il nome latino delle dea delle nascite» (*ivi*, p. 73).

<sup>359</sup> *Ivi*, p. 17. Qui Costituzione vale per forma di Stato: si ha dunque la classica tipologia delle Costituzioni monarchica, aristocratica o democratica che si tramanda, senza radicali variazioni, dalla *Politica* di Aristotele alla *Summa Theologica* di Tommaso d'Aquino e alla *Republique* di Bodin (*Ivi*, p. 18).

<sup>360</sup> *Ivi*, p. 18.

Il concetto assoluto (“la costituzione come tutto unitario”) può in secondo luogo significare «una *regolamentazione legislativa di base*, cioè un sistema unitario e chiuso delle norme più alte e ultime», *norma normarum*. La Costituzione è un “semplice dovere”, la formazione globale della vita statale, la legge fondamentale come unità conclusa, *lex legorum* a cui tutte le altre leggi siano riconducibili e su cui poggia lo Stato che da ente portatore diventa ordinamento giuridico portato dalla Costituzione. La Costituzione è lo Stato, perché questo deve essere conforme ad una norma fondamentale sovrana che vige conformemente al dovere. Tuttavia «può essere sovrano soltanto qualcosa di concretamente esistente, non una norma che è semplicemente vigente».<sup>361</sup>

In realtà, secondo Schmitt, «una costituzione vige, perché emana da un potere costituente (...) ed è posta dalla sua volontà», la quale «indica un’entità esistente in quanto origine di un dovere». Una norma mai può autoporsi, ma è riconosciuta come giusta, in quanto deriva da principi, e la sua essenza, che le permette di vigere, è sia giustizia sia positività, ossia “esistenza fattualmente emanata”. «Non esiste nessun sistema costituzionale chiuso di genere puramente normativo ed è arbitrario considerare come unità e ordinamento sistematico una serie di singole disposizioni, che sono intese come leggi costituzionali, se l’unità non sorge da una volontà unitaria presupposta». Inoltre unità ed ordine non risiedono in leggi, regole o normatività, bensì nell’esistenza politica dello Stato, sicché parlare della Costituzione come di una “norma fondamentale” in cui diverse singole disposizioni sono ridotte ad unità sistematica è una finzione. Ad esempio, secondo Schmitt, l’unità dello Stato tedesco non poggia sui

---

<sup>361</sup> *Ivi*, pp. 20-21. Trattasi del concetto assoluto di Costituzione in senso normativo come un *Sollen* (dover essere). I rappresentanti del liberalismo borghese, i dottrinari, definiscono la Costituzione “sovrana”, che governa al di sopra degli uomini e quindi di ogni potere politico. Anche Kelsen rappresenta lo Stato come un sistema e un’unità di norme giuridiche, ma senza spiegare il loro principio logico ed oggettivo, né la loro origine: «l’essere o il divenire politico dell’ordine dell’unità statale è trasformato in un funzionare, la contrapposizione di essere e dovere è continuamente confusa con la contrapposizione di essere sostanziale e funzionamento conforme alla legge». Per Schmitt, se devono essere le norme a rappresentare l’essenza politica della Costituzione, queste devono corrispondere ad una realtà, cioè ad un sistema di idee e principi coerente e creduto: «Nella sua grande epoca nel XVII e XVIII secolo, la borghesia trovò la forza per un vero sistema, cioè per il diritto naturale e razionale individualistico, e formò con concetti come proprietà e libertà personale norme valide in se stesse, che hanno vigenza davanti e al di sopra di ogni essere politico, perché sono giuste e razionali e perciò senza riguardo alla realtà esistente, cioè giuridico-positiva, contengono un autentico dovere. Ciò era normatività conseguente; qui si poteva parlare di sistema, ordinamento e unità. In Kelsen, invece, hanno vigenza soltanto norme positive, cioè quelle norme che hanno effettiva vigenza; esse vigono non perché debbono vigere per la loro maggiore giustizia, ma senza riguardo a qualità come razionalità, giustizia, ecc., solo perché sono *positive*. Qui cessa improvvisamente il dovere e cade la normatività; al suo posto appare la tautologia di una cruda effettività: qualcosa vige, se vige e perché vige. Questo è “positivismo”. Chi insiste seriamente sul fatto che “la” costituzione deve valere come norma fondamentale e da qui deve derivarsi quanto altro v’è di vigente, non può prendere come fondamento di un puro sistema di pure norme qualsivogliano concrete disposizioni perché sono poste da una determinata autorità, sono riconosciute e perciò sono indicate come “positive”, cioè sono solo attualmente efficaci. Solo da principi sistematici, normativamente conseguenti senza riguardo alla vigenza “positiva”, cioè giusti in se stessi, in forza della loro razionalità o giustizia, si può far derivare una unità o un ordinamento normativo» (*ivi*, pp. 21-23).

centottantuno articoli della WRV e sulla loro vigenza, ma sull'esistenza politica del popolo tedesco che dandosi questa Costituzione la fa vigere.<sup>362</sup>

Il concetto relativo di Costituzione<sup>363</sup> («la costituzione come molteplicità di singole leggi») indica la singola legge costituzionale, ossia la legge costituzionale secondo caratteri esteriori e secondari, cioè formali. La Costituzione unitaria si è dissolta «in una molteplicità di singole leggi costituzionali, formalmente eguali» di cui è impossibile distinguere il contenuto e l'oggetto. Non v'è un fondamento oggettivo per definire una disposizione legislativa come “fondamentale”, sicché tutto ciò che contiene una Costituzione è relativamente eguale e fondamentale, sia che stabilisca la forma di Stato, sia che riguardi i diritti e i doveri dei cittadini, sia che si tratti della regolamentazione di materie singolari.<sup>364</sup>

Ad esempio, Schmitt vede nella Costituzione di Weimar un ampio contenitore di disposizioni legislative costituzionali non fondamentali nel senso di “legge delle leggi”, in quanto volute dai partiti di riferimento dell'Assemblea nazionale nel 1919.<sup>365</sup>

Nel primato accordato al concetto relativo di Costituzione, la Costituzione come unità e la legge costituzionale come particolarità sono poste sullo stesso piano e scambiate vicendevolmente; “costituzione in senso formale” e “legge costituzionale in senso formale” sono indistinte; infine, i contrassegni che determinano il carattere “formale” consistono nell'identificazione della “costituzione in senso formale” in una “costituzione scritta” e nel procedimento aggravato per la modifica della Costituzione e della legge costituzionale.<sup>366</sup>

---

<sup>362</sup> *Ivi*, pp. 23-24. Storicamente, le rappresentazioni della Costituzione come un'unità normativa e in senso assoluto risalgono ad un'epoca in cui la Costituzione è pensata come una codificazione chiusa. Nel 1789, in Francia, domina la «fede razionalistica nella saggezza di un legislatore» e l'idea di poter predisporre una struttura socio-politica completa. Nel 1927, al contrario, «la fede nella possibilità di un sistema di disposizioni normative, chiuso, abbracciante lo Stato nella sua totalità e definitivamente giusto» lascia spazio alla consapevolezza che i testi costituzionali dipendono dalle contingenti situazioni socio-politiche e la scelta di inserire certe statuizioni legislative in una Costituzione e non in una legge ordinaria scaturisce da considerazioni politiche e combinazioni di coalizioni partitiche. Anche il concetto normativo puro della Costituzione – presupposto dall'idea liberale di un assoluto Stato di diritto – è caduto, ad avviso di Schmitt, in quanto non vi sono più le premesse metafisiche del diritto naturale borghese. La Costituzione, dunque, è diventata «una serie di singole leggi costituzionali positive», per cui parlare ancora di “norma fondamentale” e simili equivale a servirsi di formule tradizionali vuote (*ivi*, pp. 24-25). In tal modo, Schmitt introduce il concetto relativo di Costituzione.

<sup>363</sup> Cfr., per un'interpretazione del concetto relativo di Costituzione di Schmitt, C. Mortati, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 522, che assimila tale concetto a quello di “costituzione formale”: «si concreta nelle leggi costituzionali, che valgono come decisioni secondarie e subordinate, non viventi di vita propria, perché semplici riflessi della volontà politica su cui poggia la costituzione [in senso assoluto]».

<sup>364</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 26-27.

<sup>365</sup> *Ibidem*. «Per un metodo di trattazione indistintamente formalizzante e relativizzante queste singolarità legislative costituzionali sono tutte egualmente “fondamentali”. La frase dell'art. 1 comma 1 cost.: “Il Reich tedesco è una repubblica” e la frase dell'art. 129, secondo cui “L'impiegato pubblico ha il diritto di prendere conoscenza del suo fascicolo personale”, si chiamano entrambe “norme fondamentali”, “legge delle leggi”, ecc.» (*ivi*, p. 27).

<sup>366</sup> *Ivi*, pp. 27-28.

Circa il primo contrassegno, la determinazione concettuale formale “costituzione in senso formale = costituzione scritta” significa che la Costituzione è una serie di leggi costituzionali scritte, con la conseguenza che il concetto di Costituzione cade in quello di legge costituzionale singola. Tale concetto formale relativizza quello proprio di Costituzione: ne fa «nel senso di un’unità chiusa una quantità di disposizioni legislative contrassegnate esteriormente, che si indicano come “leggi costituzionali”». <sup>367</sup>

Circa il secondo contrassegno, il rispetto delle formalità di un articolo costituzionale sulle modificazioni della Costituzione – per la WRV, l’art. 76 – garantisce durata e stabilità alla Costituzione stessa. «Se questo fosse veramente il concetto definitivo di costituzione, allora la disposizione sulle modificazioni della costituzione (...) sarebbe il nocciolo (...) della costituzione. L’intera costituzione sarebbe soltanto un che di provvisorio e in effetti soltanto una legge in bianco (...). Ad ogni frase della costituzione vigente dell’attuale diritto costituzionale tedesco dovrebbe essere aggiunto l’attributo: salvo una modifica *ex art. 76 cost.*». Tuttavia, ammonisce Schmitt, né logicamente né giuridicamente tale concetto è possibile; non si può determinare il concetto di costituzione sulla base di una modifica costituzionale, né definire una legge costituzionale come una legge modificabile con un particolare procedimento, in quanto il meccanismo aggravato poggia sempre su una disposizione costituzionale e ne presuppone il concetto. «Dal procedimento di modificazione non si può in alcun modo definire l’essenza dell’oggetto modificato», altrimenti si confonde il potere costituente del popolo con la competenza a eseguire modificazioni legislative costituzionali. <sup>368</sup>

Il fatto che la scrittura e la modificabilità aggravata siano i caratteri formali distintivi di una Costituzione è troppo poco per Schmitt, ma è comunque emblematico per comprendere il grado di immaturità di una coscienza giuridica che rimanda l’essenza della Costituzione a siffatti requisiti. Con tale lettura della Costituzione si nega la “normatività conseguente”, ossia la capacità di riconoscere una scala obiettiva di valori insiti nella Costituzione, il richiamo ad un criterio di razionalità sostanziale della legge: elementi che forniscono identità sostanziale ad una carta costituzionale e ne impediscono una deriva in senso formalista. Se ciò si è invece verificato, è a causa della progressiva priorità accordata all’elemento formale della Costituzione a scapito di quello sostanziale, motivo per cui, conclude Schmitt, v’è «bisogno di una definizione della costituzione che sia diversa da quella “formale”». <sup>369</sup>

Il concetto positivo di Costituzione («la costituzione come decisione totale sulla specie e la forma dell’unità politica») sostanzia il fondamento della Costituzione come punto di contatto critico tra la dimensione concreta, politico-esistenziale e quella formale, giuridico-normativa. La sua illustrazione segue l’esposizione del significato

---

<sup>367</sup> *Ivi*, pp. 31-32.

<sup>368</sup> *Ivi*, pp. 36-37.

<sup>369</sup> *Ivi*, p. 37.

assoluto e di quello relativo con cui Schmitt traccia le linee guida che la dottrina costituzionale deve seguire per comprendere correttamente il concetto di Costituzione.

In tale concetto si assiste al passaggio dalla determinazione politica, dalla realtà della scelta di aggregazione politica di una collettività, alla formalizzazione ed istituzionalizzazione della stessa in un conseguente ordinamento giuridico. La collettività, a partire dalla propria decisione politica, produce la propria Costituzione e istituzionalizza il principio politico dello Stato da cui discende l'intero ordinamento. In questo contesto la decisione è “*forma formarum* della politica”, l'elemento di tramite tra l'esistenza politica concreta di un popolo in un determinato periodo storico, e la volontà di originare un ordinamento stabile in cui si determini formalmente la scelta politica compiuta che presiede e fonda l'ordine giuridico costituzionale.<sup>370</sup>

L'accento posto sulla differenza tra Costituzione in senso proprio e leggi costituzionali, esprime chiaramente la concezione politica della Costituzione in Schmitt. Le singole disposizioni costituzionali sono modificabili dal legislatore attraverso procedure rinforzate, mentre non lo è la Costituzione nel caso in cui si intenda travolgere il presupposto politico su cui essa si fonda e da cui trae legittimazione, in quanto negherebbe una scelta politica già compiuta; la Costituzione è una decisione politica manifestantesi nella misura in cui un popolo si riconosce e si identifica a partire dalla propria differenziazione politica; la sua modifica radicale costituisce una nuova decisione politica. In Germania, «le decisioni politiche fondamentali della costituzione sono materia del potere costituente del popolo tedesco e non spettano alla competenza delle istanze competenti per le revisioni e le modifiche legislative costituzionali».<sup>371</sup>

Schmitt ritiene che la Costituzione in senso positivo nasca da un atto del potere costituente, un atto della legislazione costituzionale che, in quanto tale, non contiene specifiche singole normative, ma «definisce con una sola decisione il complesso dell'unità politica rispetto alla sua forma speciale di esistenza. Questo atto *costituisce* la forma e la specie dell'unità politica, la cui esistenza è presupposta. (...) La costituzione in senso positivo contiene soltanto la determinazione consapevole della forma speciale complessiva, per la quale l'unità politica si decide». Tale forma è modificabile e sostituibile, senza che l'unità politica del popolo, riassunta nello Stato, cessi di esistere. Volontà e soggetto capace di agire sempre si danno nella fondazione di una Costituzione, per cui l'unità politica, cristallizzata nel potere costituente, «comporta di per sé e si dà da se stessa» una tale Costituzione, una decisione consapevole.<sup>372</sup>

Costituzione, unità politica e decisione sono intimamente legate. Il punto di partenza è l'unità politica che è possibile solo grazie alla specifica determinazione politica di una data collettività; di tale identificazione in una concreta specificità politica, la Costituzione come decisione esprime la consapevolezza, la coscienza

<sup>370</sup> P. Schiera, *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, cit., p. 19.

<sup>371</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 147.

<sup>372</sup> *Ivi*, p. 39.

formale di questa identità. Contrapponendosi al normativismo formalista, per Schmitt la Costituzione «non è quindi niente di assoluto, non essendosi originata da se stessa», né tanto meno ha vigenza «in forza della sua compiutezza sistematica»; il suo legame con la specificità politica di una collettività è il fattore essenziale grazie al quale l'ordinamento giuridico statale non può caratterizzarsi come un insieme formale di norme subalterno ad una Costituzione. Allo stesso tempo, non abbracciando posizioni giusnaturaliste, per Schmitt la Costituzione non vige nemmeno «in forza della sua giustezza normativa», ma in virtù «della volontà politica esistente di chi la pone».<sup>373</sup>

Le leggi costituzionali, invece, presuppongono una Costituzione sulla cui base hanno vigenza. Ogni legge, anche costituzionale per essere valida necessita di una decisione che la preceda presa da un potere politicamente esistente. «Ogni unità politica esistente ha il suo valore ed il suo “diritto all’esistenza” non nella giustezza o utilizzabilità delle norme, ma nella sua stessa esistenza». Considerando poi che «ogni essere è un essere concreto e di natura determinata, ad ogni esistenza politica concreta spetta una qualche costituzione» diventa chiaro come l’argomentazione schmittiana, avviata col concetto assoluto di Costituzione giunge conseguentemente a conclusione nella sua definizione positiva. Tuttavia, questo è il punto, «non ogni grandezza politicamente esistente decide con un atto consapevole sulla forma di questa esistenza politica ed assume con propria, consapevole determinazione la decisione sul suo modo concreto di essere». Perciò il momento decisionale è decisivo, in quanto è l’espressione della volontà di una soggettività politica di determinarsi, con consapevolezza, in una forma specifica.<sup>374</sup>

La Costituzione come decisione rappresenta il momento in cui la collettività si esprime nella soggettività politica, che in un concreto tempo e spazio, la identifica e che, a ragion di ciò, si manifesta come potere costituente, come soggetto che pone il suo ordine, decide per la sua forma. La Costituzione, secondo Schmitt, è la «*decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente*» – il popolo in una democrazia (principio di identità), il monarca in una monarchia pura (principio di rappresentazione) –, la quale precede ogni normazione, ragion per cui l’essenza della Costituzione non è rintracciabile in una legge o in una norma. Ciò rende possibile la distinzione tra Costituzione e legge costituzionale, dimodoché il concetto assoluto che vede la Costituzione come unità si coniuga con quello relativo che riconosce la relatività delle singole leggi costituzionali.<sup>375</sup>

---

<sup>373</sup> *Ivi*, p. 40.

<sup>374</sup> *Ivi*, pp. 40-41.

<sup>375</sup> *Ivi*, p. 41. Per una comprensione più completa della definizione schmittiana di Costituzione, si riporta di seguito, in sintesi, la teoria del potere costituente come origine della politica e della legittimità. «Potere costituente è una volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l’esistenza dell’unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto» (*ivi*, pp.109-110). «Una

L'origine della Costituzione dalla decisione politica del potere costituente, l'identificazione tra esistenza dell'unità politica e legittimità della decisione e della Costituzione, la distinzione tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetze* e la riduzione del potere di revisione ad un potere costituito sono i pilastri del concetto positivo di Costituzione sui quali Schmitt edifica la propria interpretazione della Costituzione di Weimar.

Le decisioni politiche fondamentali che formano la sostanza della Costituzione tedesca del 1919 sono: la decisione per la democrazia; la decisione per la Repubblica; la decisione per la struttura federale; la decisione per la forma rappresentativa e parlamentare della legislazione e del Governo; la decisione per lo Stato borghese di diritto coi suoi principi cardine, cioè i diritti fondamentali e la separazione dei poteri. Tali disposizioni, per Schmitt, non sono *Verfassungsgesetze*, bensì decisioni politiche concrete (*Grundentscheidungen*) che stabiliscono la forma dell'esistenza politica del popolo e costituiscono la condizione necessaria per le altre formazioni, comprese quelle delle leggi costituzionali.<sup>376</sup>

Tuttavia, la Costituzione di Weimar, oltre alle decisioni politiche fondamentali, presenta, secondo l'interpretazione che ne dà Schmitt, taluni compromessi e oscurità non contenenti alcuna decisione, che anzi i partiti di coalizione cercano di eludere. Tanto nell'attuazione legislativa costituzionale quanto in singole disposizioni v'è un insieme di programmi dai più disparati contenuti, reso possibile solo da un apparente compromesso tra concezioni borghesi e socialiste, risoltosi a favore dello Stato borghese di diritto – la decisione su tale punto è indispensabile ed ineludibile per l'esistenza stessa della Costituzione. Inoltre le disposizioni della WRV contengono anche una serie di compromessi impropri, fittizi, in quanto non concernenti alcuna «decisione oggettiva raggiunta con una concessione reciproca», e miranti al

---

costituzione è legittima, cioè riconosciuta non solo come situazione di fatto, ma anche come ordinamento giuridico, quando è riconosciuta la forza e l'autorità del potere costituente, sulla cui decisione essa si basa. La decisione politica (...) vale perché esiste l'unità politica della cui costituzione si tratta ed il soggetto del potere costituente può stabilire la specie e la forma di questa esistenza. (...) Laddove prevale il punto di vista dell'autorità, sarà riconosciuto il potere costituente del re; laddove regna il punto di vista democratico della *maiestas populi*, la validità della costituzione si baserà sulla volontà del popolo» (*ivi*, p. 125).

<sup>376</sup> *Ivi*, pp. 42-43. La WRV è piena di esempi pratici utili a distinguere la Costituzione dalle leggi costituzionali: *ex art. 76* è possibile modificare le leggi costituzionali, ma non la Costituzione nel suo complesso; la Costituzione è inviolabile, mentre le leggi costituzionali sono passibili *ex art. 48 c. 2* di sospensione, violazione e temporanea abrogazione, senza toccare le decisioni politiche fondamentali che in tal modo vengono salvaguardate – è un controsenso dedurre dall'invulnerabilità della Costituzione quella di ogni singola legge costituzionale; la Costituzione garantisce i diritti fondamentali, ma la loro regolamentazione va distinta dalla loro garanzia, tant'è che sono consentiti in essi ampi interventi, ma non il loro annullamento che violerebbe la Costituzione stessa; una controversia costituzionale in senso proprio non concerne la violazione di ogni particolarità legislativa costituzionale, ma solo della Costituzione come decisione politica fondamentale; il giuramento di fedeltà alla Costituzione (*art. 176*) non riguarda ogni singola norma legislativa costituzionale, ma solo la Costituzione in senso positivo; l'alto tradimento è un attacco non alla singola legge costituzionale, ma alla Costituzione; disposizioni costituzionali sono valide anche dopo la rimozione della Costituzione, mentre questa, se rimossa, non viene più presa in considerazione (*ivi*, pp. 44-48).

differimento e all'aggiornamento di una decisione. Il compromesso si risolve in una "formula dilatoria" che tenga conto di tutte le richieste contraddittorie e si palesa in una locuzione ambigua che lascia spazio a diverse interpretazioni: un "compromesso formale dilatorio". Quindi pur di prendere le decisioni politiche fondamentali, considerando la composizione mista dell'Assemblea costituente, è comprensibile ed inevitabile che, tramite tali compromessi, le decisioni di questioni non fondamentali non siano prese, ma lasciate a futuri aggiornamenti. «Nel fatto che [la WRV] racchiuda le decisioni politiche fondamentali sulla forma politica e i principi dello Stato borghese di diritto, si trova – sia politicamente che giuridicamente – la sua sostanza».<sup>377</sup>

Da tale trattazione, dunque, è possibile dedurre che il concetto di Costituzione articolato da Schmitt trova concreta determinazione nella sua accezione positiva, per cui la Costituzione è da intendersi come decisione. Egli stesso sottolinea che nell'esposizione della *Dottrina* la parola "Costituzione" è usata in tal senso, ricordando che sempre è da distinguersi fra Costituzione e legge costituzionale.<sup>378</sup>

## 2. La visione schmittiana della situazione costituzionale di Weimar

Dopo aver sviluppato i concetti chiave del pensiero schmittiano che aprono la riflessione sul *Custode della costituzione*, non resta che compiere un ultimo passo, decisivo, prima di giungere alla sua trattazione scientifica – come lo stesso Schmitt afferma: la presentazione della "concreta situazione costituzionale" della Repubblica di Weimar, operazione difficile e pericolosa per la straordinaria confusione delle mutevoli e critiche condizioni giuridico-costituzionali della Germania alla fine degli anni Venti del XX secolo. Nel fare il punto sulla situazione dello Stato tedesco, infatti, Schmitt ha davanti a sé un'accozzaglia di sistemi e tendenze in contraddizione tra loro. Ma a rendere sommamente ardua la conoscenza di detta situazione è «il contemporaneo collegamento ed incrocio dell'organizzazione federalistica con altri principi di formazione della volontà statale».<sup>379</sup>

Inoltre, come sempre, il suo pensiero va considerato nel contesto storico in cui e per le contingenze del quale si origina. In tal caso, quando nel 1929 mette per la prima volta nero su bianco la sua idea di custode, Schmitt è ormai consapevole del lento declino cui si avvia una Germania che ha conosciuto una «crisi prima della crisi»,<sup>380</sup>

---

<sup>377</sup> *Ivi*, pp. 48-56. Per Schmitt, i compromessi formali dilatori sono «della più grande importanza giuridica, perché dimostrano come qualche disposizione costituzionale non contenga assolutamente nessuna decisione, neppure una decisione di compromesso». Inoltre, aggiunge: «se la costituzione di Weimar non contenesse altro che questi compromessi dilatori, il suo valore sarebbe veramente illusorio» (*ivi*, p. 56).

<sup>378</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>379</sup> C. Schmitt, *Prefazione a Il custode della costituzione*, cit., p. 5.

<sup>380</sup> La citazione è tratta da C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 640.

sotto l'aspetto economico, sociale e politico. In tale atmosfera, il giurista e politologo renano articola la propria critica, via via più penetrante, al sistema weimariano.

### 2.1. *Le diverse manifestazioni dello sviluppo dei rapporti di diritto pubblico*

Dopo aver ripreso e sviluppato alcune precedenti analisi sulle contraddizioni del parlamentarismo in una democrazia di massa, Schmitt caratterizza la “concreta situazione costituzionale” dello Stato tedesco mediante i concetti di pluralismo, policrazia e federalismo, da lui definiti non già fenomeni politici o sociali, ma – nella misura in cui incidono sull'organizzazione statale e sui rapporti di forza e di equilibrio ad essa sottesi – «manifestazioni dello sviluppo dei (...) rapporti di diritto pubblico», aventi in comune «l'opposizione contro una compiuta e totale unità statale». Ognuno dei tre fenomeni opera in autonomia o insieme agli altri due per allearsi od opporsi; ciascuno può ripararsi dietro l'altro o trovare nell'abuso dell'altro la propria giustificazione. A seconda della posizione tattica assunta, l'uno può servirsi dell'altro, sostenerlo o scazarlo, contrastarlo o appoggiarlo.<sup>381</sup>

Schmitt, trattando delle forme di governo e di Stato, arriva al cuore della Costituzione; il settore pubblicistico esprime l'articolazione evolutiva dei poteri, nonché le dinamiche dei soggetti non statuali. Le tensioni disgregative insite nel federalismo, l'occupazione delle istituzioni da parte degli interessi parziali, l'infeudamento partitico dei centri di potere economico-finanziario formalmente pubblici, sono fenomeni diversi, i cui effetti, aggregati, si rivelano dannosi. Le cause di ciò sono da ricercare nell'aumento di poteri forti extra-statali e nello svuotamento della nozione di interesse generale legittimo. «Tutti possono essere responsabili di tutto, quindi nessuno lo è. La rete dei rapporti “incestuosi” è infinita, la negoziazione, come la discussione, autoreferenziale e ripetitiva. Lo “Stato sociale”, che Schmitt interpreta (...) come un illogico Stato della società frammentata, (...) trova nel “Legislativo” la sua cassa di risonanza».<sup>382</sup>

<sup>381</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 113-114. Per spiegare le dinamiche di tali fenomeni, Schmitt riporta i seguenti esempi: «I complessi di forze sociali, che attraversano i confini del Land, sono stabilmente organizzati e producono il pluralismo, possono essere indicati insieme con i loro partiti politici, ramificati in tutto il Reich, come una difesa dal pericolo di un frazionamento federalistico-particolaristico del Reich; ma viceversa siffatti partiti politici, se detengono il potere statale in un Land, possono anche fare appello nei confronti di un partito ad essi nemico e determinante nel Reich agli elementi federalistici della costituzione del Reich. La policrazia dell'economia pubblica, nella misura in cui è sorretta dagli enti territoriali autonomi, specialmente dall'amministrazione autonoma comunale, può pure servire ad un partito politico e al complesso di potere sociale, cui il partito appartiene, come appoggio ed aiuto nei confronti di un altro partito, anche se non nella stessa misura che nell'autonomia federalistica; ma allora tutto il pathos tradizionale dell'amministrazione autonoma serve in realtà alla plurizzazione dello Stato tedesco. Il federalismo può giustificarsi dicendo che è un'organizzazione di Stati e che per tale ragione neutralizza e supera i protagonisti del pluralismo che agiscono solo sul piano sociale e perciò senza una coscienza della responsabilità statale» (*ivi*, p. 114).

<sup>382</sup> G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., pp. 41-42.

Questa è, sommariamente, la situazione intricata «di forze centrifughe» e «di contromovimenti centripeti» in cui Schmitt, alle soglie degli anni Trenta, vede il *Reich* tedesco e di cui egli stesso lamenta la mancanza di un'adeguata trattazione, indispensabile – al pari della definizione dei concetti di Costituzione e di controversia costituzionale, da lui stesso fornita – per l'istituzione di un custode della Costituzione.<sup>383</sup>

### 2.1.1. *Il pluralismo e il partitismo politico*

Per “pluralismo”, termine di cui fa uso per la prima volta nel 1915 il pensatore inglese Harold Lasky, Schmitt intende «una molteplicità di complessi di potere sociale, stabilmente organizzati, che passano attraverso lo Stato»,<sup>384</sup> della cui formazione della volontà si impadroniscono.

Tale fenomeno dimostra, secondo Schmitt, che la situazione costituzionale del suo tempo è completamente mutata, a differenza di numerose istituzioni e normative che sono rimaste quelle del XIX secolo. Nella vecchia Germania imperiale, è per Schmitt fondamentale la distinzione tra Stato (*Staat*) e società (*Gesellschaft*), dove il primo – il concreto Stato monarchico, burocratico e militare, rappresentato dal potere regio e dal Governo – si pone irriducibilmente in contrasto con la seconda – che è tutto ciò che non è Stato e non vi appartiene, rappresentata dal Parlamento. Il dualismo dello Stato della monarchia costituzionale tedesca non è che l'espressione di quello più generale, fondamentale di Stato e società. Nei termini di tale dissidio si svolge la vita costituzionale del XIX secolo, contraddistinta da tentativi di sopraffazione della monarchia a danno dell'organo di rappresentanza popolare. In tali circostanze, è inevitabile che il Parlamento – «concepito come un teatro sul quale la società appariva e affrontava lo Stato»,<sup>385</sup> in cui essa deve integrarsi – si consideri l'unico e vero custode e garante della Costituzione, portando nella sua composizione e per sua natura la garanzia che l'esercizio delle sue funzioni mai può avvenire con spirito contrario alla Costituzione.<sup>386</sup>

Tale situazione, tuttavia, è possibile solo fintantoché il potere regio e il Governo rimangono ostili nei confronti di «una Costituzione strappata per forza» e che osservano malvolentieri.<sup>387</sup> Nell'immaginario comune, il Governo, che chiede imposte ed è votato a fare spese, merita sfiducia, mentre la rappresentanza popolare è parsimoniosa e

<sup>383</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 114-115.

<sup>384</sup> *Ivi*, p. 113.

<sup>385</sup> *Ivi*, p. 117.

<sup>386</sup> *Ivi*, pp. 115-117 e 122. Cfr., sull'evoluzione del rapporto tra Stato e società in Germania, M. Einaudi, *La protezione della Costituzione*, in «La riforma sociale», anno XXXVIII, vol. XLII, 1931, pp. 641-642 e M. Tronti, *Marx e Schmitt: un problema storico-teorico*, G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 38-39.

<sup>387</sup> M. Einaudi, *La protezione della Costituzione*, cit., p. 642.

risparmiatrice. In effetti, il liberalismo ottocentesco tende a limitare lo Stato ad un minimo, a ostacolarlo negli interventi e nelle ingerenze in campo economico, a neutralizzarlo di fronte alla società, affinché società ed economia prendano le decisioni secondo principi propri. Sulla base della libera propaganda, nel libero gioco delle opinioni, nascono i partiti, la cui discussione genera la pubblica opinione, determinando il contenuto della volontà statale. Si delinea, in tal modo, uno Stato neutrale di fronte alla società e all'economia, non-interventista.<sup>388</sup>

Ma la guerra, la caduta della monarchia, la nuova Costituzione repubblicana di Weimar trasformano radicalmente lo stato delle cose, mettendo fine allo Stato neutrale e con esso alla costruzione dualistica di Stato e società, nonché allo Stato legislativo, tale in quanto il Parlamento, che rappresenta la società, si mostra superiore al Governo, che rappresenta lo Stato – è il classico metodo schmittiano di classificare gli Stati in base al settore centrale dell'attività statale. Schmitt fa notare che lo Stato è diventato “auto-organizzazione della società”.<sup>389</sup>

Caduta la distinzione di Stato e società, entrambi si fondono e si identificano, dimodoché «tutti i problemi sociali ed economici diventano immediatamente problemi statali e non si può distinguere fra ambiti statali-politici e sociali-non politici. (...) La società divenuta Stato è uno Stato dell'economia, della cultura, dell'assistenza, della beneficenza, della previdenza; lo Stato divenuto auto-organizzazione della società, (...) abbraccia tutto il sociale, cioè tutto quanto concerne la convivenza umana. Non c'è più nessun settore rispetto al quale lo Stato possa osservare un'incondizionata neutralità nel senso del non-intervento. I partiti, in cui si organizzano le tendenze ed i diversi interessi sociali, sono la società stessa divenuta “Stato dei partiti”, e poiché ci sono partiti economicamente, confessionalmente e culturalmente determinati, allo Stato non è più possibile rimanere neutrale in campo economico, confessionale, culturale. Nello Stato divenuto auto-organizzazione della società non c'è più nulla che non sia almeno potenzialmente statale e politico».<sup>390</sup>

Schmitt ritiene che il liberalismo, mentre cerca di creare distinzioni e mantenere ordine, non riesce a contrastare l'indistinzione e il disordine dilaganti, il pluralismo costituzionale, politico, sociale ed economico, in una parola, lo “Stato totale”. Già prima della crisi del '29, le condizioni di equilibrio tra Stato e società vengono a mancare in seguito alla loro identificazione; lo Stato di diritto neutrale a base parlamentare non è in grado di esistere politicamente e si trasforma nello Stato totale, espressione derivante, solo terminologicamente, dalla jüngeriana “mobilitazione totale” che Schmitt vede come una situazione in cui ciascun ambito della società è potenzialmente politico e quindi privo di forma, in cui il nuovo Stato abbraccia ogni ambito, risultato della

<sup>388</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 122-123.

<sup>389</sup> *Ivi*, p. 123. Cfr. M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 697, il quale ritiene che l'autorganizzazione della società travolge il modello della società borghese di diritto, inabissatosi dopo la vittoria della nuova società sul vecchio Stato, rivelatasi perciò come una vittoria di Pirro.

<sup>390</sup> *Ivi*, p. 124.

moderna neutralizzazione passiva. La società che si auto-organizza in Stato passa dallo Stato assoluto del XVII e XVIII secolo attraverso lo Stato neutrale e liberale del XIX secolo a quello totale dell'identità di Stato e società.<sup>391</sup>

La trasformazione più radicale si ha nel campo economico: l'economia della finanza pubblica si è estesa al punto da determinare una crescita quantitativa ed un cambiamento qualitativo che si riflettono non solo negli affari economici, ma anche in tutti i settori della vita pubblica. Si è passati dal sistema della partecipazione, in cui allo Stato spetta una parte del reddito nazionale, al sistema del controllo, in cui lo Stato, per i rapporti tra economia finanziaria ed economia nazionale e per l'aumento di bisogni pubblici ed entrate statali, condiziona in modo decisivo l'economia nazionale, in quanto percepisce e ridistribuisce il reddito nazionale, fungendo contemporaneamente da produttore, consumatore e datore di lavoro. Ai fini della teoria costituzionale, Schmitt ritiene fondamentale che il rapporto dello Stato con l'economia sia il vero oggetto delle questioni di politica interna, in quanto questa, infatti, incontra le più serie difficoltà proprio nei problemi di natura economica. La politica interna e quella estera sono ormai diventate in gran parte politica economica.<sup>392</sup>

Nella situazione specifica della Germania del dopoguerra, una politica non-interventista dello Stato sarebbe, ad avviso di Schmitt, utopistica e autocontraddittoria, perché si tradurrebbe in un intervento a favore di diversi gruppi di potere, a cui sarebbe lasciata via libera nei conflitti socio-economici e negli antagonismi. La svolta verso lo Stato economico (Stato totale degli interessi economici) rappresenta il mutamento più evidente rispetto allo Stato dell'800. Schmitt non reputa strano che la difesa dall'espansione dello Stato in campo economico appaia come difesa dallo Stato legislativo, per cui è forte la richiesta di salvaguardia contro il legislatore, sempre più potente ed invadente.<sup>393</sup>

Il Parlamento, in seguito alla vittoria sullo Stato monarchico, diventa una formazione contraddittoria, che rinnega i propri presupposti. Infatti la sua precedente posizione, il suo impeto nei confronti del Governo, il suo debutto in nome del popolo, tutto ciò presuppone quella distinzione tra Stato e società venuta a mancare con la caduta della monarchia, il suo storico avversario in politica interna, che determina anche il suo disfacimento. A questo punto Schmitt si domanda, assodato che lo Stato è autorganizzazione della società, come questa raggiunga l'unità e se l'unità scaturisca

---

<sup>391</sup> *Ivi*, pp. 124-125. Cfr., sull'antipluralismo e sull'antipartitismo schmittiani colti nel *Custode* e sul "mutamento strutturale" dello Stato neutrale in Stato totale, C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 641-643 e 647-652.

<sup>392</sup> *Ivi*, pp. 125-127.

<sup>393</sup> *Ivi*, pp. 127-128. I primi tentativi di rimedio per ottenere un contrappeso al potere del legislatore sono giudicati da Schmitt negativamente, in quanto cadono nell'errore di ricorrere ad una giurisdizione vincolata da norme dello stesso legislatore o armata di principi indeterminati e controversi, che mai avrebbe avuto un'autorità superiore a quella del legislatore. Perciò l'unico organo, secondo Schmitt, che può rimediare a tale situazione è il Governo, non di certo la giurisdizione (*ivi*, p. 128). Si è parzialmente anticipato in tal modo l'oggetto della trattazione del prossimo paragrafo concernente il custode della Costituzione in senso schmittiano.

realmente dall'autorganizzazione (procedimento che si oppone ai metodi precedenti, non più esistenti, di formazione della volontà e dell'unità statale).<sup>394</sup>

I titolari dell'autorganizzazione sono, per Schmitt, i partiti politici, anch'essi notevolmente trasformati. Nelle Costituzioni borghesi dello Stato di diritto, compresa quella di Weimar, è presupposta una concezione del partito quale formazione basantesi sulla libera propaganda che, evitando, teoricamente, ogni pressione sociale ed economica e riconoscendo come motivazione il solo libero convincimento di persone intellettualmente indipendenti, capaci di un giudizio autonomo, le impedisce di essere stabile, solida, permanente e ben organizzata. Infatti la WRV cita il partito solo una volta in modo negativo (art. 130), perché lo considera come non esistente, a dispetto della reale situazione politica interna. Schmitt, affermando ciò non ritiene di dire qualcosa di nuovo o scandaloso, giacché ricorda che anche Preuss, prima di lui, circoscrive i partiti in quel "fluido indefinibile" non organizzabile che è l'opinione pubblica. Invece, i partiti di massa weimariani sono formazioni organizzate, con burocrazie influenti, un esercito permanente ed una rete di organizzazioni collaterali a cui è legata una clientela dal punto di vista ideologico, sociale ed economico.<sup>395</sup>

Perciò Schmitt giunge a dire che a Weimar non v'è propriamente uno Stato totale, ma formazioni partitiche sociali che aspirano alla totalità, la cui correlazione crea e regge lo Stato pluralistico, come un nuovo Stato feudale dei ceti, il cui sistema cozza con le normative costituzionali. La profonda trasformazione del concetto di partito – come testimonia anche una sentenza della Corte Costituzionale del 1928 che considera partiti nel processo costituzionale solo le società di persone la cui partecipazione alle elezioni sia rilevante e pone una serie di requisiti per classificarli in senso parlamentare – si ripercuote sulla forma di Stato e sul concetto di elezione, anch'essi notevolmente mutati. Per impedire la messa in minoranza, il sistema proporzionale ne organizza la rappresentanza, lasciando esistere un gran numero di partiti minori. Inoltre il voto di lista determina che gli elettori non scelgono più i deputati, in quanto viene loro presentata una lista di nomi scelta in segreto da comitati di partito, col risultato di un raggruppamento statistico e di una divisione della massa in base a liste partitiche. Da una parte v'è l'appello ai membri socialmente vincolati alle organizzazioni di partito, con conseguente accertamento statistico della divisione pluralistica dello Stato, dall'altra una specie di plebiscito nei confronti dei cittadini non appartenenti ad alcun blocco che danno una spinta alla bilancia.<sup>396</sup>

L'effetto di tali trasformazioni, argomenta Schmitt, è riscontrabile anche nella formazione della volontà statale, affidata ad «una labile maggioranza parlamentare mutevole caso per caso di numerosi partiti eterogenei», sempre di coalizione e diversa in base ai vari campi della lotta politica. Quello tedesco è uno Stato di partiti

---

<sup>394</sup> *Ivi*, p. 129.

<sup>395</sup> *Ivi*, pp. 129-130.

<sup>396</sup> *Ivi*, pp. 131-136.

democratico-parlamentare, un “labile Stato di partiti di coalizione”, per Schmitt, che produce imprevedibili maggioranze e governi incapaci di governare e irresponsabili, in quanto vincolati a compromessi di partito e di frazione. Pure i partiti che con senso dello Stato prediligono l’interesse collettivo agli scopi di partito sono costretti dai loro “clienti”, oltreché spinti dal pluralismo immanente al sistema, a scendere a compromessi o a rimanere inerti, ritrovandosi nella situazione di quel cane della favola di La Fontaine che, messosi con le migliori intenzioni a fare la guardia all’arrosto del suo padrone, vedendo gli altri cani scagliarvisi sopra, non resiste alla tentazione e partecipa al pasto comune.<sup>397</sup>

Così «i forti gruppi sociali, (...) titolari dello Stato pluralistico, fanno del parlamento, dove i loro esponenti appaiono in forma di frazioni, un ritratto fedele della divisione pluralistica dello Stato». Il Parlamento, da campo di battaglia in cui la società scende per combattere lo Stato, «da teatro di una discussione libera e costruttiva dei liberi rappresentanti del popolo, da trasformatore degli interessi partitici in una volontà sovrapartitica», viene ad essere «il teatro di una divisione pluralistica delle forze sociali organizzate. La conseguenza è che o diventa per il suo immanente pluralismo incapace di esprimere una maggioranza e di agire oppure che una maggioranza così formata usa tutte le possibilità legali come (...) mezzi per garantirsi il potere, utilizzi il periodo di permanenza nel potere statale in tutte le direzioni e soprattutto cerchi (...) di limitare all’avversario più forte e pericoloso la possibilità di fare altrettanto».<sup>398</sup>

Il gruppo o la coalizione dominante indica lo sfruttamento di tutte le possibilità legali e la rivalutazione delle funzioni statali e costituzionali, in nome della legalità, per cui ogni critica o minaccia alla sua situazione diviene illegalità, sovversione, violazione dello spirito della Costituzione. Invece, gli avversari politici, lesi da tale metodo governativo, ricorrono al dato che la violazione dell’eguale opportunità costituzionale contrasta fortemente con qualsivoglia Costituzione democratica, rigettando il monito della maggioranza. Tra maggioranza e opposizione, teme Schmitt, «la costituzione stessa è annientata».<sup>399</sup>

Per tali motivi, Schmitt sottolinea l’importanza della capacità dello Stato di collocarsi al di fuori della società, dovendo servire l’intera società e non forze egoistiche in essa presenti. Lo Stato è diventato, come entità politica, un’arma nelle mani delle

---

<sup>397</sup> *Ivi*, pp. 137-138. Da questo esempio è deducibile che Schmitt non simpatizza affatto per i partiti, vedendo in essi una minaccia per l’unità politica, condizione esistenziale di un popolo e nel loro sistema un regime corrotto e corruttore. Questi, curanti solo del proprio guicciardiniano *particolare*, producono la lottizzazione dei pubblici poteri, le compatibilità illimitate nell’assunzione delle cariche, il compromesso quotidiano, disinteressandosi delle interdipendenze generali. Rappresentanti del pluralismo politico, sono dissolutori di ogni sistema politico. Inoltre esaminando alcuni partiti weimariani, Schmitt ne denuncia la natura totalitaria: oltre a tentare la scalata al potere, i partiti ideologici di massa tendono a imbrigliare e indottrinare le menti proponendo la loro giusta visione delle cose. Quanto più essi politicizzano il popolo, tanto più l’unità dello Stato si sgretola. In ciò si evidenzia il suo antipluralismo e antipartitismo nel periodo weimariano.

<sup>398</sup> *Ivi*, pp. 138-139.

<sup>399</sup> *Ivi*, pp. 140-141.

diverse parti politiche; l'unità del popolo che esso ha il compito di realizzare viene costantemente minacciata dal pluralismo e da un multipartitismo esasperato che rendono impossibile la sua realizzazione, salvo l'intervento di un custode che salvaguardando la Costituzione recuperi l'unità politica (unità *versus* pluralismo).<sup>400</sup>

Tale concettualizzazione è leggibile come un'appassionata difesa, da parte di Schmitt, delle ragioni della tradizione giuridica continentale e del primato del principio sovrano contro la minaccia della pluralizzazione dei centri di potere – *potestates indirectae* che ripropongono il pericolo della dissoluzione dell'ordinamento giuridico – per l'autorità statale. Da qui nasce la sua implacabile polemica contro la WRV e la precoce intuizione della novità rappresentata dalla diffusione delle teorie pluraliste.

### 2.1.2. La policrazia

Lo Stato totale, dal punto di vista economico, è caratterizzato da quella che Schmitt definisce, mutuando il termine da Johannes Popitz, “policrazia”, con cui intende «la molteplicità dei titolari giuridicamente autonomi dell'economia pubblica, [centri di potere economico] alla cui indipendenza la volontà statale trova un limite (...) possibile sulla base di un *distacco* dallo Stato e di una autonomizzazione rispetto alla volontà statale». <sup>401</sup> Questa è l'informe situazione politica che vede sommarsi alla dissoluzione pluralistica dello Stato, generata dai partiti totali, lo sforzo dello Stato di controllare l'economia, tentativo che fallisce per l'incapacità dello Stato di garantire unità politica, dando vita a centri di economia pubblica in rapporto di potere con i partiti, fattori di disarticolazione dello Stato. Nella svolta verso lo Stato economico appare lo sviluppo delle tendenze pluralistiche che si esprimono e si riuniscono nel corpo legislativo. In un Parlamento dalle labili maggioranze e dai compromessi di partito come quello tedesco, osserva Schmitt, è impossibile raggiungere quell'unitarietà funzionale alla realizzazione di un programma finanziario ed economico solido e corale. Per tali carenze, l'economia pubblica, risentendo del pluralismo della forma di Stato, lascia la titolarità a numerosi ed autonomi centri di potere economico. <sup>402</sup>

La policrazia si fonda principalmente sotto l'aspetto giuridico sull'autonomia e sull'amministrazione autonoma dei comuni; il principio dell'universalità della sfera d'azione consente una vasta estensione dell'economia comunale, mentre la forma privatistica delle aziende municipalizzate permette di sfuggire al controllo statale e di

---

<sup>400</sup> Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 118 e A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 505. «Il sistema pluralistico con i suoi continui accordi di partito e di frazione trasforma lo Stato in un intrigo di compromessi e di accordi, attraverso cui i partiti che di volta in volta partecipano all'oggetto della coalizione, si spartiscono tutti gli incarichi, le entrate e i vantaggi secondo la legge della quota e sentono per quanto possibile come giustizia la parità che in tal modo osservano» (C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 168).

<sup>401</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 113.

<sup>402</sup> *Ivi*, pp. 141-142.

crearsi una specie di proprietà libera da vincoli e tributi. «Se lo Stato diventa l'autorganizzazione della società e le posizioni dell'amministrazione autonoma sono occupate dagli stessi titolari del pluralismo politico, (...) allora il rapporto fra controllo statale ed amministrazione autonoma diventa problematico. Ogni tentativo di progettare e far passare un vasto programma finanziario ed economico con direttive unitarie di gestione pubblica incontra gli intralci e gli ostacoli di questa multiforme policrazia, che è pubblicisticamente protetta da un forte bastione di difesa legislativa ed anche costituzionale». La sua resistenza e la sua importanza politica, d'altronde, sono rese forti dallo stretto legame con i titolari del pluralismo statale, in quanto alcuni ricevono posizioni di potere a favore delle loro organizzazioni, mentre altri offrono protezione e neutralizzazione politica.<sup>403</sup>

La policrazia dell'economia pubblica viene a coincidere con la dissoluzione pluralistica di uno Stato parlamentare di diritto, contemporaneamente allo sviluppo dello Stato in senso economico. Un simile Stato che coesista con un Parlamento pluralisticamente determinato, in una situazione abnorme di grandi difficoltà economiche che necessita di direttive unitarie e di vasti piani economici e finanziari, conclude Schmitt, non è una prospettiva realizzabile nella Germania dei fine anni Venti.<sup>404</sup>

Se lo Stato corrispondesse al sistema policratico descritto, diventerebbe, secondo l'ipotesi schmittiana, un compromesso permanente, mentre la sua Costituzione un contratto dei complessi sociali di potere basantesi sul principio *pacta sunt servanda*, risultando prigioniera di partner sociali pronti a modificarla.

Schmitt, dunque, riproponendo con una chiave di lettura personale una definizione popitziana, diagnostica la "malattia mortale" della Costituzione di Weimar in termini di "dissoluzione policratica" della sovranità statale.

### 2.1.3. *Il federalismo*

Partendo dalla questione generale circa l'incompatibilità tra il sistema parlamentare e determinate forme di organizzazione statale, Schmitt arriva a ragionare nello specifico sul rapporto tra parlamentarismo e federalismo.<sup>405</sup> Il vero motivo per cui tali posizioni, secondo il diritto federale tedesco della Costituzione bismarkiana, si escludono reciprocamente, è da ricercare nello speciale rapporto tra democrazia (e non parlamentarismo) e federalismo. A Weimar si è conservata l'organizzazione federale e nel contesto di una democrazia nazionale si è introdotto il parlamentarismo nel *Reich* e

---

<sup>403</sup> *Ivi*, pp. 143-144.

<sup>404</sup> *Ivi*, pp. 145-146.

<sup>405</sup> Qui "federalismo" esprime la vicinanza e la solidarietà di una molteplicità Stati in un'organizzazione federale, dove l'influsso sulla formazione della volontà statale e la libertà dallo Stato nell'ambito della propria indipendenza si uniscono (*ivi*, p. 113).

perfino in ogni singolo *Land*. Federalismo e parlamentarismo coesistono nella Repubblica weimariana, testimoniando di fatto la loro conciliabilità, spiegabile col fatto che per un verso nel *Reichstag* sono rappresentati influenti partiti federalistici, per un altro le diverse organizzazioni sociali che costituiscono lo Stato pluralistico hanno interesse a difendere le posizioni di potere nei singoli *Länder* in modo da essere garantite nei confronti dei partiti nemici dominanti nel *Reich*. In tal modo anche le istituzioni federali possono allearsi col pluralismo, a scapito della solidità dell'unità statale.<sup>406</sup>

Ad ogni modo, Schmitt, prescindendo da tale ipotesi, propone un'interpretazione ulteriore del federalismo, affermando che solo un'organizzazione federale può fungere da contrappeso ai gruppi di potere pluralistico e alla relativa politica di parte in uno Stato pluralistico di partiti, attraverso un effettivo decentramento territoriale. In conclusione, sintetizza Schmitt, nella Repubblica weimariana, organizzata in federazione e retta dal sistema parlamentare, il federalismo «è un mezzo ausiliario per un giusto decentramento territoriale» e può servire da «rimedio contro i metodi di un pluralismo politico di parte».<sup>407</sup>

## 2.2. *Analisi delle diverse forme risolutive del caso Weimar*

### 2.2.1. *La Costituzione economica*

Nella riforma della WRV, resa urgente dalla politica interventista dello Stato nel settore economico, Schmitt vede una possibile soluzione ai problemi causati da pluralismo e policrazia. Se lo Stato è diventato “economico”, lo stesso non può dirsi per la sua Costituzione, la quale ignorando la presenza di nuove forze ed entità economiche, non contiene alcuna relativa regolamentazione, risultando in tale campo “neutrale”. L'Assemblea costituente nel 1919 rifiuta il sistema della Costituzione economica, malgrado alcune fantasiose interpretazioni che vedono nell'art. 165 un mezzo di trasformazione della Costituzione in senso economico. Quindi si ha uno Stato economico, ma non una Costituzione economica, rendendo necessaria un'opera di armonizzazione a seconda che si intenda diseconomizzare o economizzare lo Stato.<sup>408</sup>

Il primo tentativo trasformerebbe i partiti ideologici in formazioni libere e renderebbe indipendenti i deputati, introducendo rigide “inconciliabilità”, ossia incompatibilità economiche (quelle ad esempio tra mandato parlamentare e determinate professioni economiche come quella di sindaco, di segretario di partito, etc.) preziose

---

<sup>406</sup> *Ivi*, pp. 146-148. Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 120-121, il quale sottolinea la dura critica che Schmitt muove allo statuto federale di Weimar che produce un dannoso effetto destabilizzante per le politiche statali di interesse nazionale.

<sup>407</sup> *Ivi*, p. 148.

<sup>408</sup> *Ivi*, pp. 149-152.

nei singoli casi, ma inutili nel complesso, visto che il sistema che si basa su una solida unione tra Stato ed economia è ineliminabile.<sup>409</sup>

Il secondo tentativo consiste nel dare una Costituzione economica allo Stato che diventerebbe uno Stato dei ceti, dei sindacati o dei Soviet, con conseguente vantaggio in termini di onestà e adeguamento al reale, in apparenza, perché in realtà ingannevole e pericoloso. Metterebbe in pericolo l'unità della volontà statale ed evidenzerebbe le contraddizioni economiche e sociali, in quanto i gruppi di lotta salterebbero lo *step* del suffragio generale diretto e quello della rappresentanza popolare.<sup>410</sup>

Ecco perché Schmitt parla al riguardo di “tentativi di una costituzione economica”, e verrebbe da dire, in base alle obiezioni da lui stesso riportate contro siffatte tendenze apparentemente plausibili, inutili alla causa weimariana.

### 2.2.2. Neutralità e depolitizzazione

In presenza di metodi pluralistici di formazione della volontà statale, Schmitt comprende la necessità di istanze e procedimenti neutrali, ossia indipendenti dallo Stato dei partiti, anticipando che già esistono, seppur poco note o visibili, istituzioni ed organizzazioni apolitiche che rimediano a tali metodi, senza le quali lo Stato non reggerebbe, ma che «non si lasciano caratterizzare come tentativo di uno *Stato politicamente neutrale nei confronti dei partiti*». Per “neutrale”, parola ambigua e determinata dalla sua concreta opposizione, Schmitt intende l'opposizione nei confronti delle forze e dei metodi del labile Stato delle coalizioni partitiche.<sup>411</sup>

Nello specifico, la WRV tutela la burocrazia con garanzie istituzionali e costituzionali dai metodi predatori della politica parlamentare (artt. 129-130),<sup>412</sup> proibendo ad esempio che gli impiegati servano qualsivoglia partito e garantendo loro una posizione di indipendenza. Negli elementi dello Stato burocratico, quindi, Schmitt scorge un fattore importante nel sistema statale politicamente neutrale e “salvifico” del

<sup>409</sup> *Ivi*, pp. 152-153. Schmitt elenca le ragioni per cui il rapporto tra Stato ed economia non può essere abolito dalla legge: gli elettori sono sempre indirizzati da interessi economici; l'introduzione delle incompatibilità per certe professioni darebbe vita a ineguaglianze ed ingiustizie rispetto ad altre pur caratterizzate in senso economico; le influenze dei gruppi sociali ed economici sono esercitabili tramite soluzioni legislativamente inafferrabili, onde poi far sorgere la necessità di nuovi *escamotage* sottobanco (*ivi*, p. 153).

<sup>410</sup> *Ivi*, p. 153. Schmitt ritiene particolarmente indicativo che solo la Russia comunista col sistema dei Soviet e l'Italia fascista con lo Stato corporativo abbiano costituzioni economiche, in quanto non essendo all'apice dello sviluppo economico, rivelano che dietro quelle costituzioni si nasconde un'organizzazione di partito centralizzata, il cosiddetto “Stato a partito unico”, tradendo in tal modo l'autenticità dello scopo iniziale di economizzare lo Stato (*ivi*, pp. 153-154).

<sup>411</sup> *Ivi*, pp. 154-155.

<sup>412</sup> Si veda in particolare l'art. 130 WRV: «Gli impiegati sono al servizio della collettività, non di un partito. A loro sono assicurati la libertà del pensiero politico e quella di riunione. Altre leggi del Reich garantiranno agli impiegati speciali rappresentanze professionali» [C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 134].

senso di un'oggettività non partitica. Ma è pur consapevole che essi non sono in grado di rimediare alle scelleratezze del *Parteienstaat*, cioè all'assenza di un Governo stabile abile a governare; le mansioni della burocrazia professionale ineriscono solamente alla giustizia e all'amministrazione; essa riceve direttive dal Parlamento o dal Governo, non può per proprio conto prendere una decisione politica e stabilire una linea politica; può, d'altro canto, porre ostacoli e freni, esercitando un effetto neutralizzante, ma non decidere e governare propriamente.<sup>413</sup>

Schmitt reputa ancora meno realizzabile l'idea di «fondare lo Stato neutrale sulla giurisdizione e rinviare con mascheramenti giurisdizionali le decisioni politiche a tribunali o corti costituzionali occupate da giudici di professione» appartenenti come entità politicamente neutrale allo Stato degli impiegati. In tal modo, prosegue Schmitt, «si metterebbe in pericolo tanto questa posizione professionale del giudice quanto il fine di un'oggettività non partitica, se si volesse utilizzare ciò per far passare come Stato neutrale uno Stato giurisdizionale criptopolitico». D'altra parte, egli fa notare che «simili piani di “giuridificazione della politica” sono giudicati, nel suo tempo, con più consapevolezza, tanto quanto sono meglio riconosciuti gli stretti limiti della giurisdizione che vanno difesi, nell'interesse di una giustizia indipendente e dello Stato di diritto, dalla “politicizzazione partitica”».<sup>414</sup>

Inoltre è invalsa l'idea di creare uno Stato neutrale in cui le decisioni politiche siano demandate a periti e consulenti, specialisti dei singoli settori, in particolare tecnici amministrativi, finanziari o economici.<sup>415</sup> Ma anche singoli *Länder*, ad avviso di Schmitt, possono assurgere a poli neutralizzanti: pur essendo Stati di partiti a regime parlamentare, la diversa composizione delle coalizioni di Governo rispetto al *Reich*, determina comunque un contrappeso. Con ciò il vecchio federalismo, assumendo una *ratio essendi* del tutto rinnovata, ottempera indirettamente ai compiti di uno Stato politicamente neutrale di fronte ai partiti.<sup>416</sup>

A tal punto, Schmitt si pone delle domande, chiedendosi se dall'istituzione di nuove formazioni autonome sia possibile ricavare un principio generale di organizzazione statale e se sia giusto con ciò proiettarsi consapevolmente verso il pluralismo. Per rispondere in modo compiuto e chiaro, comincia col definire, in base alle sue categorie concettuali, termini come “neutralità”, “depolitizzazione” e

---

<sup>413</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 156-157.

<sup>414</sup> *Ivi*, pp. 157-158 e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 203-213.

<sup>415</sup> Come esempi di tali figure nella Repubblica di Weimar, Schmitt riporta le seguenti istituzioni: il commissario della cassa di risparmio del *Reich*, i dodici membri del Consiglio economico, le commissioni parlamentari tra cui in primo piano quelle del bilancio, quella per l'accertamento delle condizioni della produzione e del mercato dell'economia tedesca, le camere e i comitati consultivi nei diversi rami dell'amministrazione, i membri esperti del tribunale economico, la Banca del *Reich* e la Società ferroviaria del *Reich* (*ivi*, pp. 158-164).

<sup>416</sup> *Ivi*, pp. 164-165.

“oggettività” prelati ad una falsa generalizzazione che sovente confonde finalità diverse e contraddittorie, annullando i rimedi trovati.<sup>417</sup>

Se da un lato, lo Stato dei partiti produce un “non-governo”, una “non-decisione”, per la ricerca positiva dei quali si avviano diverse fughe dalla sostanza politica, dall’altro si contrasta la mancanza di imparzialità e obiettività delle decisioni politiche, e dacché è inevitabile che in ognuna di esse qualche interessato trovi svantaggi, è sempre possibile proclamare una «lotta contro la politica in genere» e chiedere «la depolitizzazione assoluta in quanto assoluta oggettività». Nel primo caso, il bisogno di una decisione politica e di un governo, datane la mancanza, è la ragione fondamentale per cui nascono le formazioni contrarie; nel secondo si cerca di organizzare un sistema privo di decisioni politiche, ma con oggettività e tecnicità, in cui regna l’autogoverno. Proprio nella ricerca di depolitizzazione, entrambe si confondono, poiché la politica di partito è considerata non come vera politica e quindi non obiettiva, dimodoché le negazioni delle due opposte tendenze si uniscono e i due mali opposti, da combattere con mezzi opposti, andrebbero «colpiti con una stessa parola d’ordine», motivo per cui «nessuno dei due è colpito».<sup>418</sup>

La mancanza di chiarezza della maggior parte delle neutralizzazioni si riflette anche nella realizzazione dei propri obiettivi. Schmitt infatti avverte che l’interesse dei partiti e delle frazioni non contrasta necessariamente con gli interessi delle formazioni divise ed autonomizzate; anche qui, come nei rapporti tra pluralismo, policrazia e federalismo sono possibili incroci e collegamenti trasversali, con la tragica conseguenza di un totale disgregamento dell’unità tedesca.<sup>419</sup>

L’errore fondamentale dei tentativi di depolitizzazione è implicito nella sua formula, fuorviante ed equivoca. Tale termine indica, per Schmitt, la rimozione della politica di partito, quindi una “departitizzazione”, nel senso della politica di partito del labile Stato delle coalizioni partitiche. In ogni caso – rivelando la centralità della politica nel suo pensiero e la sua ostilità per i modelli di strutture spoliticizzate come forme di soluzione della crisi dello Stato moderno – «la politica è inevitabile ed inestirpabile. (...) ogni ambito pensabile dell’attività umana è per quanto possibile politico e diventa subito politico, quando i problemi ed i conflitti decisivi si spostano in questo ambito. Il politico può unirsi con ogni materia e le dà (...) una “nuova svolta”». Per tali motivi, Schmitt reputa equivoco ed ingannevole esprimere con il termine “depolitizzazione” la possibilità che «la scomoda responsabilità ed il rischio del politico» siano evitabili ed eliminabili. «Tutto ciò che è in qualche modo di interesse pubblico, è in qualche modo politico, e niente che per essenza spetti allo Stato, può essere seriamente depolitizzato. La fuga dalla politica è fuga dallo Stato. Dove finisca

---

<sup>417</sup> *Ivi*, pp. 165-166.

<sup>418</sup> *Ivi*, pp. 166-167.

<sup>419</sup> *Ivi*, pp. 167-168.

questa fuga e dove approdi la fine di questa fuga, nessuno può prevederlo; in ogni caso è certo che il risultato sarà o il tramonto politico o una nuova specie di politica». <sup>420</sup>

Definita la “depolitizzazione”, Schmitt passa a chiarire i diversi significati, le funzioni e i risvolti polemici della parola “neutralità”, la cui ambiguità genera una confusione che rischia di rendere inutile o inapplicabile un concetto, per lui, essenziale.

Egli muove da quattro intendimenti negativi della parola in oggetto che allontanano dalla decisione politica: 1) Neutralità come sinonimo di non-intervento, *laissez passer*, tolleranza passiva che rende lo Stato neutrale ed agnostico, relativista, la cui Costituzione è neutrale principalmente rispetto all’economia nel senso di non-ingerenza; 2) Neutralità dello Stato strumentale, inteso come mezzo tecnico che funziona con valutabilità obiettiva e dia ad ognuno uguali possibilità di utilizzazione; 3) Neutralità che offre eguali possibilità nella formazione della volontà statale, realizzabile nello Stato liberale; 4) Neutralità come parità, ossia eguale ammissione dei gruppi alle stesse condizioni a godere di vantaggi o altre prestazioni statali, concretizzabile in uno Stato pluralista. <sup>421</sup>

Dopo di questi, Schmitt spiega i quattro significati positivi del termine in questione che portano ad una decisione: 1) Neutralità del giudice che decide oggettivamente e concretamente, ma non politicamente, sulla base di una legge riconosciuta; 2) Neutralità dell’esperto che decide «sulla base di una cognizione di causa non egoisticamente interessata», rendendosi indipendente rispetto al conflitto di interessi; 3) Neutralità quale «espressione di una unità e globalità che abbraccia i raggruppamenti contrapposti e che perciò relativizza in sé tutte queste antitesi», di cui si serve lo Stato nel decidere le contrapposizioni ad esso interne, di fronte al suo frazionamento in partiti e interessi particolari, in nome della sua unitarietà; 4) Neutralità dello straniero all’estero che in qualità di terzo, in caso di necessità, genera dall’esterno la decisione e con essa un’unità. <sup>422</sup>

Dalla chiarificazione di tali espressioni terminologiche, risulta facilmente deducibile che Schmitt risponde negativamente alle domande di cui sopra, respingendo i

---

<sup>420</sup> *Ivi*, p. 169. Cfr. C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., pp. 84-85, in cui è già viva una spietata critica di Schmitt contro la depoliticizzazione del diritto e dello Stato: «Oggi non vi è nulla di più moderno della lotta contro la politica. Finanziari americani, tecnici industriali, socialisti marxisti e rivoluzionari anarco-sindacalisti si uniscono nel richiedere che venga messo da parte il dominio non obiettivo della politica sulla obiettività della vita economica. Ormai devono esistere solo compiti tecnico-organizzativi e sociologico-economici, ma non problemi politici. Il tipo oggi dominante di pensiero tecnico-economico non consente più nemmeno di percepire un’idea politica. Lo Stato moderno sembra esser diventato davvero ciò che Max Weber vide in esso: una grande fabbrica. In generale, un’idea politica viene compresa solo quando si riesce ad individuare la cerchia di persone che ha un interesse economico plausibile a servirsi di essa a suo vantaggio. Se l’elemento politico si muta qui in quello economico o tecnico-organizzativo, allo stesso modo esso si stempera nel dialogo eterno delle categorie generali della filosofia della cultura e della storia che, con caratterizzazioni estetiche, contraddistinguono un’epoca come classica, romantica e barocca. In entrambi i casi è venuto meno il nucleo dell’idea politica, l’orgogliosa decisione morale».

<sup>421</sup> *Ivi*, pp. 170-174.

<sup>422</sup> *Ivi*, pp. 175-176.

rimedi alla crisi dello Stato analizzati, in quanto tentano di neutralizzare e depoliticizzare lo Stato, « di dar vita ad una sorta di oggettività non-politica, la quale prenda (...) il posto e le funzioni del sistema giuridico formalista e positivista e come questo aveva tenuto lontana dallo stato la politica (...), comprima (...) e regoli gli anarchismi politici i quali, in mancanza di un autentico spirito politico (...) stanno producendo la dissoluzione dello stato». <sup>423</sup>

### 2.2.3. *L'articolo 48 comma 2 WRV*

Nell'appurare la debolezza dello Stato weimariano, Schmitt ne ricerca la causa nell'assenza di un potere forte ed efficace che, contrastando i potenti raggruppamenti e i relativi interessi, si trasformi in Stato e realizzi la funzione politica di assumere decisioni nell'interesse comune. Come ogni Costituzione razionale, anche quella di Weimar, sostiene Schmitt, predispone un sistema organizzatorio capace di realizzare la formazione della volontà statale e un Governo efficiente che sappia governare, ragion per cui essa contiene un bilanciamento ponderato della democrazia parlamentare con quella plebiscitaria. <sup>424</sup> In questo quadro, particolare importanza riveste l'art. 48 c. 2, dalla cui interpretazione dipende il contenuto delle funzioni e dei poteri del Presidente del *Reich*, organo rappresentativo della democrazia plebiscitaria.

Schmitt sottolinea che le disposizioni del 48 comma 2 sono pensate «come qualcosa di provvisorio concepito in modo intenzionalmente ampio, a cui proprio la legge introduttiva da emanare secondo l'art. 48 comma 5 dà la sua particolareggiata limitazione». <sup>425</sup> Tuttavia, in tale confusione, sia la prassi che una vasta letteratura sanciscono alcuni principi sull'interpretazione del 48 c. 2, riconosciuti a livello generale. In primo luogo è stabilito che il Capo dello Stato ha il potere di emanare decreti sostitutivi della legge o ordinanze di necessità sulla base di poteri eccezionali; in secondo luogo è riconosciuto lo sviluppo di uno stato di necessità e d'eccezione economico e finanziario in cui è ammessa l'applicazione dei poteri eccezionali ai pericoli e alle situazioni d'emergenza economiche e finanziarie. Tali due risultati si basano su un'interpretazione decennale dell'art. 48 che risponde alla eccezionale situazione di uno Stato economico assediato, soggetto a tributi e che assume su di sé il carico di prestazioni sociali. V'è quindi una pratica permanente, avvalorata da una solida convinzione giuridica, che conferisce al provvisorio del 48, il quale perdura fino alla legge *ex c. 5*, il suo contenuto da considerare come giuridicamente positivo. <sup>426</sup>

Sulla base dei poteri eccezionali, dunque, sono ammissibili ordinanze anche dal contenuto di diritto finanziario, a condizione che rispettino i limiti costituzionali dei

<sup>423</sup> M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 698.

<sup>424</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 176-177.

<sup>425</sup> *Ivi*, p. 179.

<sup>426</sup> *Ivi*, pp. 180-185.

poteri eccezionali. Inoltre, parificati i poteri di decretazione eccezionali al potere di legge ordinaria, la riserva finanziaria di legge può essere adempiuta anche da un'ordinanza *ex art. 48 c. 2*, in virtù di una prassi di decretazione lunga di anni.<sup>427</sup>

È altresì riconosciuto che il Presidente può emanare *ex art. 48 c. 2* ordinanze sostitutive della legge anche nell'ambito del diritto tributario, compresi il bilancio e le autorizzazioni di credito e di garanzia, in quanto il sistema delle finanze statali è dominato dal principio dell'unità e della totalità.<sup>428</sup>

Al di là di altre questioni tecniche, Schmitt ribadisce che il fatto che le disposizioni del Presidente siano considerabili come ordinanze sostitutive della legge va accettato come diritto positivo del 48 c. 2. Quindi esse sulla base di una disposizione costituzionale assumono carattere costituzionale; sono eguali alla legge ed in quanto tali non possono adempiere alla riserva di legge.<sup>429</sup>

Il vero fondamento di tutte le riflessioni contro le ordinanze in questione è da ricercare più nella storia costituzionale e nelle conseguenze di precedenti conflitti costituzionali che in valutazioni di diritto formale. Schmitt evidenzia l'importanza della trasformazione del sistema costituzionale che non prevede più la situazione della monarchia costituzionale con le separazioni di Stato e società, politica ed economia. Il concetto di legge incondizionatamente formale è un mezzo della società borghese, separata dallo Stato, contro eventuali abusi legislativi del Governo regio della monarchia costituzionale, indipendente dalla rappresentanza popolare, cioè dal Parlamento; la formalizzazione sta qui per "politizzazione". La riserva di legge serve per limitare ulteriormente il potere di decretazione del re in determinati ambiti da riservare al legislatore, ovverosia alla collaborazione del Parlamento. In particolare, la legge formale del diritto di approvazione del bilancio si sviluppa nella lotta contro il Governo regio e non contro un potere di decretazione delegato legislativamente o costituzionalmente.<sup>430</sup>

Ma dal 1919, la situazione costituzionale è profondamente diversa: la legge di bilancio non è un patto tra Parlamento e Governo; il Parlamento, qualora esprima una solida maggioranza, è dotato di forti mezzi di controllo e di influenza sul Governo; il Presidente del *Reich* è eletto da tutto il popolo di cui è un rappresentante; la WRV è una Costituzione democratica, basantesi su un equilibrio di elementi parlamentari e plebiscitari, la quale prevede che il popolo decida di fronte ai maggiori organi costituzionali, compreso il Presidente. Quindi, siccome in tale contesto non esiste un potere illimitato e incontrollato del Presidente, presupposti, contenuto e limiti dei suoi

---

<sup>427</sup> *Ivi*, pp. 186-187.

<sup>428</sup> *Ivi*, pp. 187-188.

<sup>429</sup> *Ivi*, p. 191. La formazione del riconoscimento del diritto di decretazione sostitutivo della legge è frutto dell'indistinzione teoretica tra provvedimenti ed atti giuridici, contro cui Schmitt ha combattuto per anni, sottolineando la valenza della distinzione anche nella prassi dell'art. 48, per cui il Presidente, secondo tale interpretazione, potrebbe solo assumere certi provvedimenti e non promulgare leggi, altrimenti violerebbe l'art. 68 c. 2 il quale dispone che le leggi vanno approvate dal Parlamento.

<sup>430</sup> *Ivi*, pp. 194-196.

poteri eccezionali vanno sviluppati seguendo lo spirito, appena espresso, della Costituzione, fino all'emanazione di una legge di attuazione. Il vero limite dei poteri eccezionali del Presidente e la vera garanzia contro un abuso del suo potere sono individuati da Schmitt nei poteri di controllo del Parlamento, quali la richiesta di abrogazione delle ordinanze presidenziali (art. 48 c. 3) o la mozione di sfiducia nei confronti del Governo (art. 54). Tuttavia, data la sua trasformazione in un «teatro del sistema pluralistico», il Parlamento non è capace di ciò, ma «non ha il diritto di chiedere che anche tutti gli altri uffici responsabili siano incapaci di agire».<sup>431</sup>

Il passaggio da uno stato d'eccezione militare e poliziesco ad uno economico-finanziario impone, a giudizio di Schmitt, che sia il Presidente, cardine dello stato d'eccezione (e non «un parlamento pluralisticamente scisso»), in base ai poteri che la Costituzione gli attribuisce, a cercare di salvare lo Stato legislativo nella svolta verso uno Stato economista. Col fatto che, secondo Schmitt, solo il Presidente del *Reich* possa costituzionalmente e legalmente trovare un rimedio alla crisi dello Stato, non lascia molti dubbi sull'organo costituzionale a cui egli affidi il ruolo di custode della Costituzione.<sup>432</sup>

### 3. *Il custode della Costituzione*

La soluzione studiata da Schmitt, coadiuvato nella sua ricerca dall'intreccio dei concetti fondamentali del suo pensiero, per uscire dalla critica situazione costituzionale in cui si trova la Repubblica di Weimar, è cristallizzata nella sua forma definitiva nel *Custode della costituzione*, opera del 1931.<sup>433</sup> Tuttavia, il tema della difesa della Costituzione è trattato da Schmitt già in altre opere: nel paragrafo sulle controversie costituzionali di *Dottrina della Costituzione*, della quale il *Custode* può considerarsi una

---

<sup>431</sup> *Ivi*, pp. 197-198. Per una dettagliata trattazione della natura commissaria dell'art. 48 e della sua ricostruzione storica ad opera di Schmitt – con cui giunge alla conclusione che il Presidente può prendere tutte le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica e trova il suo freno nel Parlamento e nello spirito della Costituzione –, cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 69-76, il quale riprende la seconda edizione del 1928 di *La dittatura* di Schmitt.

<sup>432</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, p. 199.

<sup>433</sup> Cfr. P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, cit., pp. 505-506, il quale pur aggettivando l'opera come fortemente datata per i continui riferimenti ad una situazione specifica, non riscontra in ciò un limite se è vero che «l'ingegneria costituzionale» in tanto ha un senso, in quanto si proponga di fornire strumenti praticabili per il conseguimento di determinati obiettivi nel quadro di situazioni storiche specifiche, e non di disegnare – con l'illusione dell'universalità, ma con la tara reale dell'astrattezza – modelli buoni per tutti i temi e per tutti i Paesi». Per un'analisi del *Custode* di Schmitt allargata alla sua *Dottrina della Costituzione* e al suo *Legalità e legittimità*, cfr. D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, cit., pp. 70-84, in cui l'autore evidenzia preliminarmente quelli che ritiene essere i due scopi principali dell'opera schmittiana *de qua*: 1) dimostrare che la corte istituita dall'art. 19 per decidere problemi costituzionali dovrebbe non essere considerata il guardiano della Costituzione, in quanto ciò richiederebbe di agire politicamente e così in violazione della funzione giudiziaria; 2) dal momento che tale conclusione deriva dalla definizione schmittiana della funzione giudiziaria, provare che il vero guardiano della Costituzione è il Presidente.

parte speciale, nel saggio *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* e nell'articolo *Der Hüter der Verfassung*, entrambi lavori preliminari del 1929. L'argomento sarà inoltre ripreso nel 1932, in un saggio sulla seconda parte della Costituzione, *Grundrechte und Grundpflichten*.

Il titolo dell'opera in esame riprende la formula “*Wächter und Hüter der Reichsverfassung*” il cui conio è ascrivito a Paul Laband,<sup>434</sup> maestro di Schmitt a Strasburgo, con cui in *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* usa definire il *Kaiser*. Ma l'espressione è già presente pure in Sieyes, il teorico del potere costituente della nazione e della distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, che propone l'istituzione di un “*Gardien de la Constitution*” nella veste di organo giudiziario collegiale (il *jurì constitutionnaire*),<sup>435</sup> oltreché adoperata dal Presidente della Repubblica Ebert all'inizio del mandato in merito alla propria funzione.

Schmitt con tale espressione designa l'unico organo costituzionale in grado di salvaguardare la decisione fondamentale del popolo, dopo aver individuato ed esaminato le «diverse forme e possibilità di difesa della costituzione»<sup>436</sup> e spiegato le ragioni per cui gli organi indicati per ottemperare a tale funzione non sono considerabili i “veri” custodi della “vera” Costituzione, nella concreta situazione statuale e costituzionale di Weimar.

### 3.1. *Le diverse forme di custodia della Costituzione*

Schmitt apre il *Custode della costituzione* affermando che l'appello ad un difensore della Costituzione è, nella maggior parte dei casi, segno di condizioni costituzionali critiche. A dimostrazione di ciò, ricorda che la richiesta di un simile organo, sia in Inghilterra sia in Francia, avviene per la prima volta in una fase di disgregazione politica e in procinto di grandi rivoluzioni. In Germania, invece, il problema della sicurezza costituzionale nel XIX secolo non è minimamente avvertito, mentre la domanda di un custode della Costituzione in seguito ai conflitti prussiani è «tacciata come “politica”». Ma nel tempo si è acquisita la consapevolezza «che è un artificio specificamente politico la rappresentazione della propria concezione come non politica, e dei problemi e delle opinioni dell'avversario come politici» e «che i problemi della teoria dello Stato e della costituzione non sono risolti per il fatto che li si neghi e ci

<sup>434</sup> Cfr. E.R. Huber, *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, 1988, p. 36.

<sup>435</sup> Cfr. J.E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, p. 802.

<sup>436</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 7.

si rifiuti di vederli». Solo con l'avvento della WRV nasce, in Germania, il bisogno di speciali garanzie della Costituzione per cui si richiede un custode.<sup>437</sup>

La maggior parte dei progetti volti a soddisfare l'esigenza di speciali garanzie della Costituzione per cui si richiede un custode nel quindicennio weimariano, riporta Schmitt con vena polemica, domanda ad una "corte" la decisione delle controversie costituzionali, dei dubbi e delle diverse interpretazioni sulla conformità costituzionale delle leggi statali, in un processo giurisdizionale. La ragione di ciò, secondo Schmitt, è da ascrivere alla tendenza dei "giuristi della giurisdizione" di rimettere ad un processo giurisdizionale la soluzione di qualsivoglia problema e di non considerare la differenza tra una decisione processuale e la decisione del contratto di opinioni sul contenuto di una norma costituzionale. Il problema della difesa della Costituzione è circoscritto arbitrariamente al problema della difesa contro leggi anticostituzionali, in quanto i più pensano che la Costituzione vada difesa dal Legislativo. Ecco perché il custode viene cercato nell'ambito della giurisdizione, travisando in tal modo il vero problema.<sup>438</sup>

Ad ogni modo, Schmitt ritiene che problemi di tal fatta debbano sempre essere contestualizzati e a prova di ciò, «di fronte alle frettolose astrazioni di quei primi tentativi di soluzione», ricorda le diverse figure di custode della Costituzione presentatesi nell'ampio arco storico del diritto costituzionale, classificandole in due specie. La prima si basa sul modello classico degli efori spartani ancora citato nel XIX secolo con l'ineludibile «*quis custodiet ipsos custodes?*»<sup>439</sup> e con il rischio che il custode possa trasformarsi in padrone della Costituzione diventando il secondo Capo dello Stato; a tale specie appartengono, secondo Schmitt, altre istituzioni quali quelle dei tribuni, dei censori e dei sindaci. La seconda specie si fonda sul modello del Senato romano, considerato per la sua funzione di ostacolo e conservazione un vero difensore della Costituzione di Roma, la cui autorità sancisce le decisioni del popolo per impedire violazioni dell'ordine costituzionale e degli obblighi internazionali; anche tale modello ha influenzato il pensiero costituzionalista europeo, tant'è che su di esso si basa l'istituzione di una seconda camera in qualità di custode, come pure la Camera elettiva, soprattutto dopo la fondazione di un comitato di sorveglianza nato per tutelare i diritti della rappresentanza popolare di fronte al Governo.<sup>440</sup>

<sup>437</sup> *Ivi*, pp. 9-11. Nel 1924, il Presidente del tribunale del *Reich* indica il tribunale come "difensore e guardiano" della Costituzione, mentre nel 1927 è la Corte costituzionale dello Stato tedesco ad auto considerarsi come custode della Costituzione (*ivi*, pp. 11-12).

<sup>438</sup> *Ivi*, pp. 12-13.

<sup>439</sup> Un tentativo di rispondere a tale domanda è contenuto in E. Bindi, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, 2010, dove per custodi si intendono le Corti costituzionali garanti delle costituzioni democratiche.

<sup>440</sup> *Ivi*, pp. 17-21. Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 11-13, il quale nel ricordare che «i tentativi di difesa della costituzione sono antichi come la riflessione sui problemi dello stato» e che «le garanzie della costituzione che sono state immaginate esprimono in tutti i contesti la radicata aspirazione a stabilizzare le regole della convivenza politica e a difenderle dalla minaccia del caso abnorme imprevisto», afferma che «non ritenendosi sufficiente garanzia il puro e semplice lealismo costituzionale delle forze in campo e il loro spontaneo equilibrio, si prevedono strumenti *ad hoc*», di cui fornisce una classificazione. Anche Zagrebelsky, con alcuni distinguo rispetto a Schmitt, divide i soggetti

Schmitt, riportando tali dati, intende dimostrare che ogni istituzione che riveste il ruolo di custode della Costituzione è da considerare «sempre soltanto nel concreto contesto generale della struttura costituzionale».<sup>441</sup>

Se nel XIX secolo, fa notare Schmitt a giustificazione della sua tesi, la Costituzione si regge su un contratto tra principe e popolo, governo e rappresentanza popolare, ogni parte contrattuale può presentarsi come custode della parte di Costituzione riguardante i diritti e le competenze propri e vedere nella Costituzione quelle norme vantaggiose per le proprie pretese politiche. Quindi «se nelle costituzioni tedesche del XIX secolo una speciale corte costituzionale per la “protezione giudiziaria della costituzione” è prevista accanto ad altre garanzie», diventa chiaro che essa può rappresentare solo una parte delle istituzioni votate a difendere la Costituzione. Inoltre, a detrimento della protezione giudiziaria, non bisogna dimenticare, incalza Schmitt, i ristrettissimi limiti di ogni giurisdizionalità e le tante altre forme di garanzia costituzionale.<sup>442</sup>

### 3.2. *Il custode giurisdizionale*

#### 3.2.1. *Il generale “potere sostanziale di controllo giudiziario”*

Schmitt inizia la propria argomentazione a sfavore della individuazione, nella situazione costituzionale tedesca, del custode della Costituzione in una giurisdizione, negando *scripto sensu* il ruolo in questione ai tribunali decidenti nelle forme processuali

---

deputati alla difesa della Costituzione in due modelli: 1) istanze neutrali che difendono la Costituzione come diritto costituzionale astratto dai possibili abusi degli organi costituzionali, quali i tribuni della Costituzione francese del 1799 e i censori della Costituzione della Pennsylvania del 1776; 2) organi politicamente impegnati che difendono la Costituzione come situazione costituzionale concreta da minacce sterne, come gli efori della Costituzione di Sparta i quali, sebbene siano sovente ascritti al primo modello – come fa Schmitt – costituiscono una magistratura politica tesa ad esercitare poteri tirannici e i diversi tipi di Senato, assemblee moderatrici della vita politica. Cfr., per una trattazione dei diversi modelli di custode della Costituzione nella storia, anche il contributo di P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., pp. 18-34, il quale ritiene che dalla proposta platonica di un organo di vigilanza costituzionale, Il Consiglio notturno, scaturisce il problema del rapporto tra conservazione e innovazione costituzionale: «quella che viene argomentata da Platone è in fondo l'esigenza di un vertice riflessivo delle istituzioni con compiti di stabilizzazione e autocontrollo. Posto che ogni cosa, per natura, possiede in sé un suo “principio di conservazione”, e che l'intelligenza, insieme ai sensi più nobili, agisce da principio conservatore dei viventi, si tratta di identificare chi nella *pólis* possa meglio assolvere il compito di “conservare una costituzione e le nostre leggi”» (*ivi*, p. 22).

<sup>441</sup> *Ivi*, p. 22. Su questo punto, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 14, pare ricalcare il pensiero di Schmitt, risultando pienamente d'accordo col giurista di Plettenberg: «Ogni esempio dovrebbe studiarsi in sé e nella situazione costituzionale generale in cui esso era chiamato a operare. Non si potrebbe quindi trarre ispirazione da qui per ricavare utili precedenti rispetto ai tanto diversi istituti odierni. Ma questi riferimenti sono significativi [della] generale aspirazione a un sistema di relazioni costituzionali stabilizzate e protette». Poi aggiunge un dato, per lui importante, mostrato dall'ampio ventaglio di difensori della Costituzione: «l'ambiguità della nozione di “difesa della costituzione”, che deriva dalle diverse concezioni di “difesa” (neutrale o politica) e di “costituzione” (norma o situazione)».

<sup>442</sup> *Ivi*, pp. 22-23.

della giurisdizione civile, penale o amministrativa. Chiamarli “custodi” è un errore dovuto all’inesatta equiparazione dell’esercizio del “potere sostanziale di controllo giudiziario” – che consiste nel verificare la conformità del contenuto di singole leggi al dettato costituzionale e nel disapplicare la legge ordinaria in caso di contrasto – con la funzione propria di custodia. Tale tendenza deriva dalla divulgazione di una certa concezione sull’Alta Corte di Giustizia degli Stati Uniti d’America, diventato un mito presso alcuni giuristi tedeschi, al punto da proporla come modello in sede di Assemblea costituente a Weimar. In realtà, Schmitt, contestando tale proposta, afferma che il modello singolare della Corte americana, sviluppatosi in uno Stato giurisdizionale di tipo anglosassone, non è trasferibile nel contesto politico e sociale totalmente diverso di uno Stato continentale europeo. La Corte Suprema, istanza processualmente decisoria, non è una corte costituzionale, né la sua giurisdizione è costituzionale o statale, ma giudica solo i reali casi di natura giudiziaria, rifiuta prese di posizioni politiche o legislative ed esamina con l’aiuto di principi generali la giustizia e la ragionevolezza delle leggi, trattando in base a ciò una legge come non applicabile, in quanto «si pone di fronte allo Stato come custode di un ordine economico e sociale – i cui principi sono considerati come il più alto ordinamento e la vera Costituzione – in linea di principio non contestato».<sup>443</sup>

Schmitt, volendo impedire vane trasposizioni e mitizzazioni, puntualizza che il potere di controllo giudiziario rende i tribunali “custodi”, solo in uno Stato giurisdizionale che sottoponga la vita pubblica al loro controllo, dove la Costituzione comprenda i diritti fondamentali borghesi, la libertà personale e la proprietà privata da proteggere contro i poteri statali.<sup>444</sup>

Al contrario, il potere di controllo giudiziario, rivendicato dal Tribunale del *Reich* tedesco con la sentenza del 4 novembre 1925, è meno importante e risulta fortemente limitato rispetto a quello americano, a giudizio di Schmitt. Una delle motivazioni della sentenza citata si basa sul seguente principio: il fatto che il giudice possa negare «validità» ad una legge statale o a singole sue norme perché in contrasto con la Costituzione non esclude l’indipendenza e la soggezione dei giudici alla legge (art. 102 WRV). Da ciò Schmitt ricava che vi sono disposizioni costituzionali la cui disciplina legislativa prevale in caso di collisione circa la stessa fattispecie con la disciplina legislativa ordinaria. Solo la sussunzione sotto la fattispecie della disciplina legislativa costituzionale consente al giudice, non di negare «validità» come riportato nella sentenza, ma – dice Schmitt – «di negare applicazione alla legge ordinaria» e di decidere il caso; questa non è privazione della validità, bensì «non applicazione al caso concreto della legge ordinaria in conseguenza dell’applicazione di una subentrante legge costituzionale».<sup>445</sup>

<sup>443</sup> *Ivi*, pp.27-30. Secondo R. Gneist, la Corte Suprema ha un potere che trascende lo Stato.

<sup>444</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>445</sup> *Ivi*, pp. 31-32. Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell’eccezione*, cit., pp. 122-123.

Inoltre, sempre dalla famosa sentenza, Schmitt evince che solo le leggi ordinarie sono sottoponibili alla verifica della magistratura, mentre quelle che modificano la Costituzione *ex art. 76 WRV* ne sono escluse. Da ciò si deduce che la Corte suprema tedesca non ha voce in capitolo riguardo a questioni che toccano direttamente l'esistenza stessa della Costituzione.<sup>446</sup>

Infine, dalla sentenza del 1925, Schmitt enuclea che la Corte non intende valutare la conformità delle leggi ordinarie rispetto allo spirito della Costituzione e ai suoi principi generali – cioè i diritti fondamentali e la distinzione dei poteri che fondano l'elemento di Stato di diritto della Costituzione tedesca –, ma solo rispetto a norme costituzionali sussumibili singolarmente.<sup>447</sup>

Sulla base di tali argomenti, Schmitt afferma che il potere di controllo giudiziario della Corte Suprema tedesca ha le stesse caratteristiche di quello dei tribunali decidenti in forme processuali: è “accessorio”, applicato occasionalmente ad una sentenza giudiziaria e da parte di ogni giudice, quindi “diffuso”. Inoltre la sua disapplicazione della legge, limitata alla decisione del singolo processo, produce un mero effetto di precedente della sentenza di un tribunale supremo, in Germania, accanto a tanti altri. Il potere di controllo della giurisdizione americana, invece, preserva i principi generali, rendendo il tribunale custode dell'ordine economico e sociale, ruolo che la Corte Suprema tedesca non può in alcun modo assumere per i limiti cui è soggetta. In uno Stato come quello tedesco, il potere di controllo giudiziario è riferito a norme che rendano possibile una sussunzione conforme alla fattispecie, perché *ivi* «il centro di gravità della decisione politica rimane riservato alla legislazione».<sup>448</sup>

Dunque, la giurisdizione è vincolata alla legge e il fatto che prediliga la fedeltà verso la legge costituzionale rispetto a quella verso la legge ordinaria, non fa di essa un custode della Costituzione, posizione che potrebbe ricoprire solo in uno Stato giurisdizionale puro.<sup>449</sup>

### 3.2.2. *Oggettività dei limiti di ogni giurisdizione*

Cosa può fare la giurisdizione per difendere la Costituzione? Quanta possibilità c'è di organizzare speciali istituzioni nel suo ambito al fine di dare garanzia e sicurezza alla Costituzione? Queste sono le domande, in cui dimorano due distinti problemi, che nessuno nel primo dopoguerra si è posto, mentre – racconta Schmitt – in tale periodo regna la convinzione che esiste solo una difesa giudiziaria della Costituzione per mezzo di una Suprema Corte di Stato e si cerca nel settore della giurisdizione un custode della

---

<sup>446</sup> *Ivi*, pp. 32-33.

<sup>447</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>448</sup> *Ivi*, pp. 36-37.

<sup>449</sup> *Ivi*, p. 39.

Costituzione. Schmitt individua le ragioni di tale fenomeno, soprattutto in un'astratta ed equivoca rappresentazione dello Stato di diritto:

È facile concepire come ideale dello Stato di diritto il disbrigo in forma giurisdizionale di tutti i problemi politici e vedere quindi come, con l'espansione della giurisdizione in una materia forse non giurisdizionabile, la giurisdizione può essere soltanto danneggiata. Giacché la conseguenza sarebbe (...) non una qualche *giuridificazione della politica* ma una *politicizzazione della giurisdizione*. (...) Non ci sono più difficoltà oggettive e scrupoli, se tutte le differenze obiettive possono essere trascurate (...). Appena si trasforma il diritto in giurisdizione e dopo si formalizza ancora la giurisdizione, chiamando giurisdizione tutto ciò che un'autorità giudiziaria fa, il problema dello Stato di diritto è rapidamente risolto, e sarebbe la cosa più semplice lasciar determinare dal tribunale del Reich secondo buona fede le direttive della politica, per completare in senso formale lo Stato di diritto.

Su una tale confusione di concetti si fonda, probabilmente, in parte, la pretesa di una corte statale suprema dalle illimitate competenze, secondo Schmitt, il quale esorta a non appellarsi in maniera ingenua allo Stato di diritto, ma ad utilizzare i concetti e le distinzioni di una concreta teoria costituzionale.<sup>450</sup>

Oltre a questa, v'è per Schmitt un'ulteriore spiegazione circa il bisogno di un custode giurisdizionale. Se nel XIX secolo tale organo è richiesto per proteggersi dal Governo, nel XX secolo il pericolo si chiama Legislatore (mutevole maggioranza parlamentare) – contro cui la legislazione costituzionale tutela certi affari ed interessi della minoranza, ancorandoli alla propria competenza, violando il principio democratico della maggioranza. Pertanto, – è questo il nocciolo della spiegazione – se non si vede più un custode nell'Esecutivo, per la secolare lotta contro il Governo, né nel Legislativo, non rimane che il Giurisdizionale.<sup>451</sup>

Allora Schmitt si domanda in che misura sia possibile fondare un custode della Costituzione nell'ambito della giurisdizione e se la funzione di custode sia tutelabile in forma giurisdizionale e trova prontamente una risposta nei casi in cui una violazione di disposizioni costituzionali conduca ad un processo giudiziario penale, civile o amministrativo. In quelli civili ed amministrativi, si tutela l'interesse giuridico di una parte, di cui si realizzano le pretese. Mentre in quelli penali per determinati delitti (quelli politici), si protegge la Costituzione nella sua interezza, mostrando la loro natura politica per i deviazioni dalla competenza giudiziaria penale che, in tali casi, viene attribuita a tribunali speciali. Ma, anche con questi accorgimenti, la sostanza non cambia: trattasi pur sempre «di una punizione postuma di una colpa che sta nel passato, di una giustizia penale repressiva e vendicativa» che può sì fungere da custode della Costituzione, ma solo per fattispecie passate e concluse.<sup>452</sup> «La logica interna di ogni tipo di giurisdizione pensata a cose fatte conduce inevitabilmente a che la giusta

<sup>450</sup> *Ivi*, pp. 41-44. Il pezzo citato di Schmitt è *ivi*, pp. 41-42.

<sup>451</sup> *Ivi*, pp. 44-46.

<sup>452</sup> *Ivi*, pp. 46-48.

decisione giudiziaria giunga soltanto *post eventum*»; la giurisdizione, finché resta tale e non diventa qualcos'altro, arriva sempre troppo tardi, politicamente. Tutto si riduce al *quis iudicabit*, ma la giurisdizione nei casi dubbi violerebbe la propria indipendenza, dovendo prendere una decisione inevitabilmente politica, o si troverebbe a disattendere la propria soggezione alla legge contenente precisi limiti oggettivi.<sup>453</sup> Anche così Schmitt dimostra che la giurisdizione non può occuparsi dei casi realmente interessanti della custodia della Costituzione.

### 3.2.3. *Distinzione tra giurisdizione costituzionale e legislazione costituzionale*

Nell'intento di acclarare che la giurisdizione non può essere indicata come custode della Costituzione, Schmitt ritiene utile ripetere che «non v'è alcuno Stato borghese di diritto senza una giurisdizione indipendente, nessuna giurisdizione indipendente senza legame sostanziale a una legge, nessun legame sostanziale alla legge senza un'effettiva differenza di legge e sentenza». Lo Stato di diritto si basa sulla distinzione dei poteri, che può sì essere disconosciuta, lasciando al giudice una certa libertà, ma non domandandogli la decisione politica, che spetta al legislatore. Seppur – come afferma Ferdinand Larnaude – vi sono «tante divisioni dei poteri quanti sono gli Stati»,<sup>454</sup> per lo Stato borghese di diritto, quella tra legislativo, esecutivo e giudiziario è fondamentale per l'esistenza della Costituzione. Perciò, ad avviso di Schmitt, al di là delle interpretazioni sulla divisione dei poteri, la distinzione tra legislazione e giurisdizione non viene meno e una giurisdizione, nello Stato di diritto borghese, esiste solo come sentenza giudiziaria che è «la decisione di un “caso” sulla “base di una legge”». Da ciò la differenza tra legge e sentenza e per conseguenza anche tra legislatore e giudice.<sup>455</sup>

Tuttavia, tale distinzione non sempre è colta, denuncia Schmitt, specie se si cade nella logica formalistica che «chiama legge tutto ciò che gli uffici legislativi espletano nelle forme della legislazione e giurisdizione tutto ciò che un tribunale fa», dimodoché la decisione delle controversie costituzionali e dei contrasti di opinione diventa giurisdizione costituzionale. Ma in tal modo tutto è sostituibile a tutto, tutto può divenire giurisdizione, e non solo. L'erroneità di tale logica è rilevata da Schmitt anche

<sup>453</sup> *Ivi*, pp. 55-57. Cfr., per una trattazione sintetica dei motivi per cui Schmitt nega alla giurisdizione, a Weimar, la qualità di custode della Costituzione, G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 122-123, J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 143-144, C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 656-657, L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., pp. 44-45.

<sup>454</sup> La citazione di Larnaude – (1853-1942) giurista francese che ha contribuito alla conoscenza della cultura giuridica tedesca in Francia –, tratta da *Revue politique et parlementaire*, 126 (1926), p. 186, è riportata *ivi*, p. 62.

<sup>455</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 62-63. Dalla decisione sulla base di una legge – decisione dedotta nel suo contenuto da un'altra decisione, misurabile e calcolabile, racchiusa nella legge – deriva per Schmitt, la posizione al di sopra delle parti, l'obiettività, l'indipendenza e l'inamovibilità del giudice nello Stato di diritto (*ivi*, pp. 63-64).

nel problema del custode della Costituzione, in cui ci si riferisce alla protezione della norma più forte, più difficilmente modificabile di fronte ad una più debole. Ma una norma, avverte Schmitt, può essere protetta normativamente solo tramite una norma ancora più forte; quindi se si intende proteggere la legge costituzionale come la più alta e forte, tale operazione risulta impraticabile. Qui la logica formalistica non riscontra alcun problema, in quanto ritiene che la validità più debole non può minacciare la più forte, non riuscendo a comprendere che proprio qui il problema ha inizio.<sup>456</sup>

La giurisdizione costituzionale verrebbe ad essere «una giurisdizione della legge costituzionale sulla legge ordinaria, vale a dire la giurisdizione di una norma in quanto tale su di un'altra norma in quanto tale». Tuttavia, ciò non è possibile se il concetto di “norma” mantiene un significato chiaro e preciso – ma che in realtà ha già perduto, secondo Schmitt. Allora con “giurisdizione costituzionale”, Schmitt indica una specie di giurisdizione determinata solo dalla specie di legge utilizzata come base della decisione. Inoltre egli distingue tanto l'applicazione di una norma ad un'altra dall'applicazione di una norma ad una fattispecie, quanto la sussunzione di una legge sotto un'altra dalla sussunzione di una fattispecie regolata sotto la sua regolazione. Occorre accertare una contraddizione tra la legge ordinaria e quella costituzionale e dichiarare non vigente quella ordinaria. Ma ciò non corrisponde all'applicazione della legge costituzionale alla legge ordinaria, in cui invero, si confrontano delle norme e in caso di contrasto l'una annulla l'altra, nello stesso senso dell'applicazione giurisdizionale della legge al caso singolo, dove quest'ultimo è sussunto sotto i concetti generali. Se una legge costituzionale stabilisce un fatto e una legge ordinaria il contrario, che prevalga l'una o l'altra sarà applicazione della legge ad una fattispecie e la decisione sarà raggiunta con una sussunzione, conforme al fatto, sotto una legge. Se, invece, si confronta il contenuto delle due leggi e si rileva un contrasto, da cui si solleva la questione di quale delle due debba avere validità, in tal caso si confrontano regole generali, ma non sono sussunte o applicate le une alle altre. Con tale caso di collisione di norme, Schmitt vuole dimostrare che l'evento giurisdizionale della decisione giudiziaria presa con una sussunzione conforme al fatto non è presente nella decisione di una collisione di norme; non si sussume, ma si prende atto di una contraddizione, per poi decidere quale tra le due norme debba valere e quale non essere applicata.<sup>457</sup>

L'interesse di natura pratica ad una decisione sulla collisione tra leggi non è rivolto, per Schmitt, ai casi di evidente contraddizione, tra l'altro infrequenti in tempi normali, ma alla questione di chi decide i dubbi e le divergenze di opinione, nel caso in cui vi sia una contraddizione. Nella WRV, specie nella seconda sezione, la

---

<sup>456</sup> *Ivi*, pp. 64-68.

<sup>457</sup> *Ivi*, pp. 68-71. Schmitt distingue la contraddizione di una norma nei confronti di un'altra, dove l'una stabilisce il contrario dell'altra, dalla contraddizione con una norma, come nelle sentenze di colpevolezza, in cui si accerta che si è violato il precetto di quella norma (*ivi*, p. 71, in nota). Sulla configurazione dell'attività giurisdizionale da parte di Schmitt, diretta ad attaccare la tesi del custode giurisdizionale, cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 158-159.

contraddizione è rilevabile nelle stesse disposizioni costituzionali, in quanto si basano sui più disparati principi, dimodoché la collisione non si risolve con la gerarchia delle norme. Nel caso di una contraddizione tra legge ordinaria e legge costituzionale, non si giunge ad una sussunzione conforme alla fattispecie nel senso della mera giurisdizione, perché il dubbio concerne solo il contenuto della legge costituzionale. Si domanda se la fattispecie che cade sotto la legge ordinaria, cada anche sotto quella costituzionale; sotto due leggi è sussunta la stessa fattispecie. E si domanda in quale delle due debba essere sussunta la fattispecie concreta. Quindi tali domande riguardano solo il contenuto della legge costituzionale e non la sussunzione di una legge ordinaria sotto una disposizione costituzionale. Anche nella decisione di dubbi e divergenze di opinione sull'esistenza di una contraddizione tra due norme non è applicata una norma all'altra, ma si chiarisce e si dichiara autentico il contenuto dubbio di una norma. «Questo è in effetti rimozione di un'oscurità sul contenuto della legge costituzionale e perciò “determinazione del contenuto della legge”, quindi in effetti legislazione, addirittura “legislazione costituzionale”, e non giurisdizione».<sup>458</sup>

Schmitt indica due alternative: la manifesta e indubbia contraddizione con le disposizioni costituzionali punita dalla corte alla maniera di una giurisdizione penale vendicativa oppure la fondatezza del dubbio sul contenuto di una norma e l'oscurità della norma nel suo contenuto sono tali che non sussiste una violazione, se il tribunale è di diverso avviso rispetto al legislatore o al Governo, costituendo la sua decisione un'interpretazione autentica.

Ogni istanza, che ponga autenticamente fuori dubbio il contenuto dubbio di una legge, funge in effetti da legislatore. Se pone fuori dubbio il contenuto dubbio di una legge costituzionale, in tal caso essa funge da legislatore costituzionale.

La ragione di ciò è individuata da Schmitt nel “decisionismo”: in ogni decisione è presente un elemento di mera decisione che non può provenire dal contenuto di una norma. La decisione, significato e scopo della sentenza, non si fonda su un'argomentazione convincente, ma nella rimozione autoritaria del dubbio, il quale è frutto delle numerose opinioni contrastanti.<sup>459</sup>

Ciò vale, per Schmitt, anche nel caso della Costituzione weimariana, la quale contiene svariate formule ambigue (“compromessi dilatori di formule”) da cui trarre la decisione, tenendo conto di diversi e contraddittori punti di vista, per cui la decisione sui dubbi e sulle divergenze d'opinione è in realtà effettiva normazione. L'istanza giudiziaria che decide sulla conformità alla Costituzione di tali formule, determina il

<sup>458</sup> *Ivi*, pp. 72-74. La citazione di Schmitt è *ivi*, p. 74.

<sup>459</sup> *Ivi*, pp. 74-76. Il pezzo riportato di Schmitt è *ivi*, p. 74. Cfr. sul punto M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 157, in cui si rileva come vacilli la ripresa da parte di Schmitt della distinzione tra deliberazione politica (attività discrezionale) e giurisdizione (attività logico-formale), adoperata come ulteriore argomento contro il giudice costituzionale.

contenuto delle norme, diventando «legislatore costituzionale in alta funzione politica».<sup>460</sup>

#### 3.2.4. *Il tribunale costituzionale del Reich*

Questioni di ordine pratico-politico. Con tale espressione Schmitt indica sia l'attribuzione a istanze giudiziarie dell'accertamento in modo vincolante del contenuto di leggi costituzionali incerte, per bilanciare il potere legislativo, sia l'esposizione di una giurisdizione burocratizzata ad una prova di portata politica. Questioni da affrontare, in ogni caso, secondo il parere schmittiano, seguendo una coscienza teorico-costituzionale, sulla base di concetti obiettivi e contenutistici. Soprattutto, Schmitt denuncia la formalizzazione del concetto di controversia costituzionale, tramite la quale si qualifica tutto come controversia costituzionale, per cui una corte (o tribunale) costituzionale è resa competente.<sup>461</sup>

Perciò, il primo presupposto di una giurisdizione statale è un determinato concetto di controversia costituzionale distinto dagli altri, in quanto palesa una coesione oggettiva diretta con la Costituzione. Sarebbe azzardato lasciare che la corte stessa definisca tale concetto, permettendole di assumersi le proprie competenze, ammonisce il giurista renano. Al pari degli altri organi costituzionali, anche la corte può estendere l'ambito delle proprie funzioni fino a diventare un'autorità di vasto influsso politico. Tuttavia, Schmitt ritiene pericoloso che l'istanza che dovrebbe risolvere le controversie della WRV sia priva di un concetto di controversia costituzionale; in tal modo la Corte non ha altra limitazione della sua competenza che una definizione vuota, secondo cui ogni controversia su una disposizione costituzionale è una controversia costituzionale; ciò equivale a demandarle la decisione sulla propria competenza, una "competenza della competenza".<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> *Ivi*, pp. 77-78.

<sup>461</sup> *Ivi*, pp. 78-79. Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 157-162, in cui già tratta il concetto di controversia costituzionale: «Il concetto di controversia costituzionale deve essere desunto da un concetto esattamente inteso di costituzione. Non ogni controversia di un avente interesse in seguito ad una qualsiasi violazione di una disposizione legislativa costituzionale è una controversia costituzionale in senso proprio (...). Una controversia costituzionale non è un c.d. ricorso costituzionale, cioè nessun mezzo legale generale del singolo, attraverso cui di fronte ad un atto ufficiale si dimostra una violazione di diritti protetti con legge costituzionale. (...) L'interpretazione storica tradizionale con la sua limitazione della controversia costituzionale ad una controversia fra governo e rappresentanza popolare non può essere più mantenuta nella sua originaria semplicità. Essa era possibile solo finché la costituzione (...) poteva essere intesa come un contratto fra il principe e gli Stände, il governo e la rappresentanza popolare. In una costituzione democratica pura, che è data dal popolo in forza del suo potere costituente, non sono più possibili questi rapporti contrattuali e quindi neppure simili giochi delle parti. (...) non ogni controversia di un qualsiasi interessato a causa di una qualsiasi disposizione legislativa costituzionale deve essere vista come una controversia costituzionale (...). Non deve esser data ad ogni cittadino dello Stato (...) una possibilità illimitata per azioni popolari di ogni specie. L'art. 19 cost. non significa che la protezione della costituzione deve essere affidata in generale ai cittadini».

<sup>462</sup> *Ivi*, pp. 79-80.

Il tribunale costituzionale del *Reich*, non volendo discostarsi dal proprio ufficio di effettiva giurisdizione, si sarà trovato, secondo Schmitt, davanti ad un dilemma: essere una giurisdizione *post eventum*, qualora si tratti di violazioni certe ed evidenti della Costituzione o essere qualcosa d'altro che una giurisdizione, nel caso si tratti di casi dubbi, perché v'è una generale presunzione a favore della validità degli atti legislativi o esecutivi e perché la nullità, l'invalidità o l'inosservanza di tali atti raramente conseguono alla violazione di una norma. Il compito di una corte costituzionale è generalmente individuato nel fatto che essa scioglie i dubbi sul contenuto di una disposizione costituzionale, ma ciò non è, per Schmitt, giurisdizione quanto «un oscuro collegamento di legislazione e consulenza giuridica». Per questo, nella sua prassi, la Corte cerca di rientrare nei confini della giurisdizione vincolata alla norma, evitando di opporsi al legislatore o al governo statale o regionale, operazione con cui diventerebbe produttore di diritto; essa stessa pare riconoscere i limiti obiettivi della giurisdizione. Con ciò Schmitt vuole chiarire che le funzioni della giurisdizione devono rimanere nella sfera di una sussunzione conforme alla fattispecie, senza oltrepassare i limiti dati da una connessione a norme determinabile nel contenuto.<sup>463</sup>

Riprendendo alcuni stralci della sentenza del 17 febbraio 1930 del Tribunale costituzionale tedesco, Schmitt mostra come esso stesso dichiara, indirettamente, che la decisione di indeterminatezze, incertezze, dubbi e differenze di opinione è materia del legislatore o del Governo. Seppure la richiesta di una corte costituzionale sia storicamente finalizzata alla decisione giurisdizionale di dubbi su disposizioni costituzionali, quella tedesca afferma di volersi opporre solo alle violazioni evidenti della Costituzione, non alle dubbie.<sup>464</sup> «Se la corte costituzionale si oppone soltanto alle violazioni evidenti della costituzione prive di dubbi, accertabili con sicurezza, essa è precisamente il contrario di un'istanza chiamata alla decisione di dubbi e incertezze».<sup>465</sup>

Oltre a tali questioni, Schmitt vede una stretta connessione tra i concetti “controversia costituzionale”, “giurisdizione costituzionale” e “costituzione”, tale che il mutamento di uno modifica l'essenza dell'altro. Se la Costituzione è intesa come contratto (rapporto giuridico tra più parti), allora, dice Schmitt, le controversie costituzionali saranno quelle tra le parti del contratto o compromesso sul contenuto dei loro accordi. Tuttavia se la Corte costituzionale ammette come parti i più disparati gruppi sociali, si arriva ad una concezione pluralistica dello Stato, trasformando la Costituzione da decisione politica in sistema di diritti acquisiti per contratto, l'osservanza dei quali può essere ottenuta coattivamente dai gruppi tramite un processo statale.<sup>466</sup>

---

<sup>463</sup> *Ivi*, pp. 81-82. Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 164-166, in cui già si occupa della questione di quanto convenga affidare ad un procedimento giurisdizionale la soluzione di dubbi e divergenze di opinione sull'interpretazione delle leggi costituzionali.

<sup>464</sup> *Ivi*, pp. 82-84.

<sup>465</sup> *Ivi*, pp. 84-85.

<sup>466</sup> *Ivi*, pp. 85-87.

La rappresentazione della Costituzione come contratto è spiegata da Schmitt con motivi storici e sussiste solo all'interno della monarchia costituzionale in cui si contrappongono principe e popolo, Governo e rappresentanza popolare.<sup>467</sup> In uno Stato federale la Costituzione è contratto come «costituzione federale degli Stati uniti in federazione dal patto federale», per la cui interpretazione possono nascere controversie contrattuali fra le parti, decise da un'apposita istanza.<sup>468</sup> Tuttavia, fa notare Schmitt, dopo il 1919 la situazione costituzionale tedesca è radicalmente mutata, tant'è che la Costituzione di Weimar si basa su un atto del potere costituente del popolo unito che rompe le barriere dei diversi Stati della federazione; perciò essa non è un contratto, né tantomeno una Costituzione federale.<sup>469</sup>

Il Tribunale costituzionale è competente *ex art.* 19 a dirimere le controversie di natura pubblica tra il *Reich* e i *Länder* e quelle tra *Länder*, che sorgono da un rapporto contrattuale federale o derivano da un coordinamento delle formazioni statali, e le controversie all'interno di un *Land*, storicamente riconducibili alle controversie tra Parlamento e Governo provenienti dal contratto costituzionale tra loro. Per Schmitt, la federazione è interessata a queste ultime in vista della pacificazione, insita in ogni federazione, per cui la loro decisione è fortemente collegata all'organizzazione federale. Perciò, ritenendo inammissibile che la Corte costituzionale del *Reich*, competente per le controversie costituzionali all'interno di un *Land*, lo sia pure per quelle all'interno del *Reich*, egli vede bene l'istituzione di una speciale Corte costituzionale federale. Non può una stessa corte avere una funzione di diritto federale ed una di diritto statale interno.<sup>470</sup>

Malgrado ciò, la Corte costituzionale tedesca ha esteso le propria competenza, in quanto essa stessa dice di trattare come controversie costituzionali all'interno di un *Land*, quelle radicate nella WRV, qualora sia dubbia una sua norma che completa la Costituzione o altre norme costituzionali del *Land*. Addirittura, a Schmitt pare anche che il Governo statale si serva della Corte per sottrarsi a prese di posizioni politiche. Perciò, egli avverte che l'attività del Tribunale costituzionale deve sempre lasciar riconoscere un nesso con la Costituzione, quella "vera".<sup>471</sup>

Trattare la Costituzione come contratto, prosegue Schmitt, non è solo il presupposto del diritto federale, ma può essere anche quello di una giurisdizione statale. Infatti quando lo Stato non è visto come una unità effettiva, esso si basa in modo pluralistico sul contratto di più parti, che stabilisce specie e forma della sua esistenza politica. Così è per lo Stato medievale per ceti, quanto per la Germania del XIX secolo, nella quale, dunque, le controversie costituzionali sono solo quelle tra Governo e

---

<sup>467</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 93.

<sup>468</sup> Id., *Il custode della costituzione*, cit., pp. 87-88.

<sup>469</sup> Id., *Dottrina della costituzione*, cit., p. 96.

<sup>470</sup> Id., *Il custode della costituzione*, cit., pp. 88-89.

<sup>471</sup> *Ivi*, pp. 91-95.

Parlamento, parti del contratto costituzionale, circa i dubbi sull'interpretazione di singoli punti del documento sottoscritto, che la Corte costituzionale deve risolvere.<sup>472</sup>

Invece, la Costituzione tedesca del 1919 «si attiene all'idea democratica dell'unità omogenea, indivisibile di tutto il popolo tedesco, che si è dato esso stesso questa costituzione, in forza del suo potere costituente, con una decisione politica positiva, cioè con un atto unilaterale. Perciò tutte le interpretazioni e le applicazioni della costituzione di Weimar, che si studiano di farne un contratto, un compromesso o qualcosa di simile, sono respinte, in modo solenne, come violazioni dello spirito della costituzione». Tuttavia, Schmitt è consapevole che, sebbene il presupposto federale venga meno a Weimar, sono presenti comunque due elementi riconosciuti come contrattuali: quello federalistico, dato dalla permanenza dell'organizzazione federale, racchiudente rapporti contrattuali, e quello pluralistico, dato da una pluralità di complessi solidamente organizzati che si impadroniscono della formazione della volontà statale e delle posizioni di potere pubblico, a livello statale e regionale. Così la Costituzione appare un compromesso tra i diversi soggetti del pluralismo statale, i quali trasformano lo Stato in una formazione pluralistica. La Costituzione diventa la costituzione dei partiti, che su di essa fanno valere i loro diritti all'esercizio del potere statale, forti del fatto che essi sono i titolari del compromesso, del patto stipulato.<sup>473</sup>

I “pluralisti” sfuggono volentieri all'elaborazione sistematica della loro prassi, perché, secondo Schmitt, evitano di fronte ai loro elettori di cadere nel “politico”, nascondendo la realtà tramite il “formalismo” e tenendola «in una confusa luce crepuscolare mediante una confusa antitesi ai “giuridico” e “politico”, che serve a tutte le scappatoie e volatizzazioni». Il processo costituzionale è diventato, per Schmitt, terreno di scontro delle formazioni pluralistiche che formano lo Stato, trattando l'oggetto del conflitto costituzionale come se fosse soggetto al loro accordo e quindi alla loro discrezione. Ad ogni modo, la prassi del Tribunale costituzionale si rivela, secondo Schmitt, assai prudente, evitando di diventare mezzo del pluralismo statale.<sup>474</sup>

Alle tendenze pluralistiche, Schmitt contrappone il sistema di uno Stato costituzionale democratico con un concetto della Costituzione in senso positivo. Perciò, conclude:

Se si tiene per certo che la costituzione di Weimar significa una decisione politica del popolo tedesco unito come titolare del potere costituente e che in forza di questa decisione

---

<sup>472</sup> *Ivi*, pp. 95-98.

<sup>473</sup> *Ivi*, pp. 98-100.

<sup>474</sup> *Ivi*, p. 101 e 108. Secondo il punto di vista schmittiano, nella situazione costituzionale tedesca del XX secolo «le diverse istanze che partecipano alla formazione della volontà statale fanno oggetto di accordi e di processi, che sono condotti in analogia con i processi civili, l'interpretazione della costituzione e l'esercizio delle loro funzioni, senza che la letteratura dello Stato di diritto abbia trovato in ciò qualcosa di strano. Essa sembra piuttosto appagarsi (...) di registrare i precedenti e di consegnare al futuro i gravi effetti di un principio dello Stato del tutto nuovo ed inconsapevolmente introdotto» (*ivi*, pp. 105-106).

il Reich tedesco è una democrazia costituzionale, allora alla questione circa il custode della costituzione si può rispondere in modo diverso che con forme giurisdizionali fittizie.<sup>475</sup>

### 3.3. *Il Presidente del Reich: il custode decisore*

Dopo aver fornito la definizione schmittiana del concetto positivo di Costituzione, assodato che per Carl Schmitt la custodia della Costituzione si sostanzia in un atto politico concreto (prendere le decisioni che, contrastando il dissolvimento pluralistico e partitocratico, riportino il popolo ad unità) e spiegato i motivi per cui egli nega il ruolo di custode della Costituzione alla giurisdizione, tenuta ad applicare il diritto e non a produrlo, e al Parlamento, teatro delle lotte di partito e luogo di spartizione di interessi privati, non rimane che svelare qual è l'organo costituzionale stimato da Schmitt più idoneo all'espletamento di tale funzione, chi è, in altri termini, il soggetto del custodire schmittianamente inteso, per poi illustrare l'origine, il sostrato culturale e le ragioni tecniche (giuridiche, politiche, costituzionali) che motivano l'elaborazione della teoria del Presidente del *Reich* come custode della Costituzione.

Sin dal 1924 – in *Reichstagaufösungen*, saggio sul potere presidenziale di scioglimento del Parlamento, in *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, monografia sulle ordinanze dittatoriali del Presidente, in *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, opera del 1925 e in *Dottrina della costituzione* – Schmitt analizza scientificamente il ruolo del Presidente nella scena istituzionale allestita nel 1919 a Weimar.

Lo studioso renano vede nel Presidente della Repubblica un *Gegengewicht* (contrappeso) del Parlamento e delle politiche partitiche, un correttivo delle legge elettorale proporzionale e del sistema delle liste. Ma non solo. Il Capo dello Stato tedesco è, per Schmitt, il titolare di poteri straordinariamente grandi che gli consentono di esercitare al meglio il ruolo di contrappeso del Parlamento;<sup>476</sup> l'istanza popolare in grado di porre in essere una custodia della Costituzione efficace e legittima, che servendosi dell'art. 48 può esercitare una dittatura commissaria che ripristini l'unità politica compromessa dal pluralismo partitico weimariano.

Su questa strada si incammina la riflessione che guiderà Schmitt fino alla teoria sul custode della Costituzione.

---

<sup>475</sup> *Ivi*, p. 109.

<sup>476</sup> I poteri di cui parla Schmitt coincidono grossomodo con quelli suggeriti da Weber in *Il Presidente del Reich*, opera dei primi mesi del 1919 in cui espone i motivi a sostegno dell'elezione diretta del Capo dello Stato: il potere di sciogliere il *Reichstag* (art. 25), la rappresentanza del *Reich* nella politica estera (art. 45), il potere di nomina di impiegati e ufficiali (art. 46), il comando supremo delle forze armate (art. 47), i poteri dittatoriali in caso d'eccezione (art. 48), il diritto di grazia (art. 49), la nomina del Cancelliere del *Reich* e, su consiglio di questi, dei ministri (art. 53), il potere di indire un referendum su una legge votata dal *Reichstag* (art. 73).

### 3.3.1. *La teoria del pouvoir neutre*

Dal punto di vista dottrinale, il referente della teoria schmittiana sul custode non è Weber con le sue riflessioni sulla legittimazione plebiscitaria del Presidente che, pur non potendo essergli ignote, non paiono centrali nella teoria del Presidente-custode, la quale poggia su presupposti storico-sociali diversi da quelli presenti in Weber. La fonte prossima della figura costituzionale individuata come custode da Schmitt è la teoria classicamente costituzionale dello Stato borghese, ma non ancora contraddistinta dall'assolutismo parlamentare, cosiddetta del *pouvoir neutre*, elaborata da Benjamin Constant con riferimento alla posizione del sovrano nella monarchia costituzionale, per compensare la dissociazione tra il “*régner*” e il “*gouverner*” determinata dall'ascesa della rappresentanza parlamentare e per conferire al re l'*autorité neutre et intermédiaire* nel crocevia dei tre poteri costituzionali.<sup>477</sup>

Per introdurre la «speciale dottrina del *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*», Schmitt ribadisce che le divergenze di opinioni sulla Costituzione non sono punibili giurisdizionalmente, ma sono rimosse o da un terzo potere, di rango più elevato, stante al di sopra delle opinioni divergenti – ma in tal caso, si parlerebbe di «signore sovrano dello Stato» – o da un potere terzo neutrale che non si colloca al di sopra, ma affianca, coordinandosi con essi, gli altri poteri costituzionali, pur avente competenze proprie. Questo *pouvoir neutre et intermédiaire* è una istituzione speciale che tramite specifiche funzioni deve assicurare il funzionamento degli altri poteri e proteggere la Costituzione.<sup>478</sup>

---

<sup>477</sup> Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 659 e A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 501. Schmitt richiama la dottrina risalente a Constant già in *Dottrina della costituzione*, quando si occupa della dottrina della monarchia: «La posizione del monarca si basa (...) soprattutto nel fatto che egli sta al di sopra dei partiti. Se con la parlamentarizzazione e la democratizzazione lo Stato si trasforma in uno Stato dei partiti, questa diventa una posizione particolare, assai importante. Il re assume nell'organizzazione dei diversi “poteri”, di fronte al legislativo come pure all'esecutivo, una funzione peculiare. Egli diventa un potere neutro, un *pouvoir neutre*, un invisibile momento temperante e moderatore, che appiana tutte le contrapposizioni e i dissidi fra le diverse attività e funzioni statali, un *indivisible modérateur*» (C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 378). Inoltre la concezione del potere neutro è, per Schmitt, di immediato interesse anche nella costruzione della funzione del Presidente della Repubblica – «analoga a quella di un capo monarchico dell'Esecutivo» –, il quale è descritto come «il monarca repubblicanizzato della monarchia parlamentare, [che] deve essere conservato per ragioni di divisione dei poteri e fornito di determinate attribuzioni (...), affinché il governo nei confronti del parlamento sia equilibrato da una certa autonomia» (*ivi*, pp. 384-385).

<sup>478</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 203-204. La teoria di Constant, riporta Schmitt, è «adottata alquanto letteralmente» nella Costituzione brasiliana del 25 marzo 1824 (art. 98) e in quella portoghese del 29 aprile 1826 (art. 71) (*ivi*, pp. 204-205). Per una chiara e sintetica esposizione della concettualizzazione schmittiana del “potere neutro”, cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 42, 2013, pp. 154-155, in cui non manca di riportare l'assunto di Schmitt per cui il nesso strutturale tra l'indipendenza del giudice e la sua soggezione alle norme positive si spezza, a scapito dell'indipendenza giudiziale, se al giudice viene concesso il potere di decidere sulla legge, in termini assi logici, come avviene nelle controversie di legittimità costituzionale della legge.

Schmitt ritiene molto importante tale teoria della Costituzione e dello Stato, perché ad essa si richiamano i poteri attribuiti al Capo dello Stato (monarchico o repubblicano) dalle costituzioni del XIX secolo – inviolabilità o privilegi, redazione e promulgazione delle leggi, diritto di grazia, nomina dei ministri e degli impiegati, scioglimento del Parlamento –, ma soprattutto perché spiega cosa significhi in uno Stato borghese di diritto (monarchia costituzionale o democrazia costituzionale) il Capo dello Stato e a cosa servano i suoi poteri, se il Legislativo appartiene solo alle camere, se i Ministri dipendono dalla fiducia accordata dal Parlamento e se il Capo dello Stato stesso è vincolato dalla controfirma dei Ministri, al punto da dire «*il règne et ne gouverne pas*». Proprio sulla distinzione tra *régner* e *gouverner* si sofferma la riflessione di Schmitt, ricordando come questa non sia in Germania compresa né in teoria, per l'obsolescenza della distinzione tra *auctoritas* e *potestas*, né in pratica, visto che il re nella monarchia costituzionale regna e governa.<sup>479</sup>

Allora alla domanda di Max von Seydel – cosa rimane del *régner* se viene meno il *gouverner* –<sup>480</sup> Schmitt risponde affermando «che il Capo dello Stato (...) rappresenta la *continuità* e la *permanenza* dell'unità statale e del suo funzionamento unitario, e che per ragioni di continuità, di considerazione morale e di fiducia generale deve avere un genere speciale di autorità, che appartiene alla vita di ogni Stato quanto il potere e la potestà di comando quotidianamente attiva». Con ciò Schmitt anticipa la funzione del terzo neutrale che è mediatrice, tutelatrice e regolatrice, attiva se necessario e discreta nella sua normale applicazione. Essa è un *pouvoir préserveur*.<sup>481</sup>

Seppure una legge costituzionale non possa, secondo Schmitt, disporre le qualità personali idonee all'assolvimento del ruolo di potere neutro, ciò non priva di importanza teorica e pratica un simile concetto. Infatti, la funzione di Presidente del *Reich* nel quadro della WRV può essere definita solo con l'ausilio tecnico di una dottrina rielaborata del potere neutrale, mediatore, regolatore e preservatore. Schmitt sostiene che, nonostante il Presidente tedesco detenga prerogative che lo rendono indipendente dall'ambito legislativo, egli è comunque vincolato alla controfirma di ministri che dipendono dalla fiducia del *Reichstag*. I poteri costituzionali di cui egli è titolare (nomina degli impiegati *ex art. 46*, diritto di grazia *ex art. 49*, promulgazione delle leggi *ex art. 70*) sono, per Schmitt, in armonia a quelli fissati per il Capo dello Stato da Constant, seppur non ancora sufficienti a configurare un difensore della Costituzione forte e potente. Perciò, il bilanciamento dell'elemento plebiscitario con quello parlamentare, il nesso di una indipendenza dal Legislativo con una dipendenza dall'Esecutivo, la difesa della Costituzione statale davanti alle Regioni e quella della

<sup>479</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 204-207.

<sup>480</sup> Seydel – (Germersheim, Palatinato, 1846 - Monaco di Baviera, 1901), giurista e professore di diritto pubblico nell'Università di Monaco (1881-1901) – è citato da Schmitt che in lui trova un'argomentazione convincente: «il monarca in ogni caso dovrebbe effettivamente governare ed avere effettivamente il potere, giacché del *régner* non rimarrebbe più niente se si toglie il *gouverner*» (*ivi*, p. 208).

<sup>481</sup> *Ivi*, pp. 208-210.

Costituzione nel suo insieme nello stato d'eccezione *ex art. 48*, sarebbero previsioni incomprensibili ed inutilizzabili senza l'apporto della dottrina rievocata da Schmitt. Questi denuncia l'inconsapevolezza di ciò da parte dei costituenti, i quali tuttavia parlano del Presidente come di un "polo tranquillante", di un organo mediatore tra Governo e Parlamento, prevedendo l'assenza di una maggioranza e di conseguenza la mancata formazione di un Governo e presagendo il frazionamento di uno Stato pluralistico delle coalizioni di partito.<sup>482</sup>

A riprova di ciò, Schmitt passa in rassegna l'attività dei due Presidenti tedeschi, riscontrandovi una composizione neutrale e mediatrice dei conflitti; tale posizione è altresì riconosciuta dal Presidente del Tribunale del *Reich* Simons, che rivolgendosi al Capo dello Stato – di certo non competente a decidere ricorsi formali – nel suo conflitto col Governo, dimostra di vedervi «il più alto custode del diritto e della costituzione», dato non smentito dal testo costituzionale, anzi da questo avvalorato con gli artt. 42 e 48.<sup>483</sup>

Dunque, Schmitt non si accontenta della figura di un re, titolare di un potere neutro, separato dagli altri poteri statali, che regna ma non governa; egli la integra, immaginando un potere che si fa attivo e si trasforma in vero custode della Costituzione, ma senza voler riproporre il principio monarchico del secondo *Reich*, in quanto la situazione del XX secolo è profondamente mutata e la Costituzione di Weimar già prevede implicitamente una figura simile.<sup>484</sup>

### 3.3.2. *Il potere neutrale nello Stato pluralistico dei partiti*

L'analisi schmittiana della teoria del potere neutro non ha fini puramente ermeneutici o filologici, ma è volta a far emergere il nucleo della sua proposta istituzionale e a verificare le pretese e i problemi che il concetto di neutralità attiva comporta in un sistema pluralistico. La formula del *pouvoir neutre*, funzionale alla dottrina costituzionalistica, può essere estesa anche alla dottrina dello Stato e a questo applicata. Ciò si spiega, secondo Schmitt, col fatto che il destino di uno Stato spesso segue quello del suo Capo, specie in presenza di quell'autorganizzazione della società che caratterizza uno Stato pluralistico, in cui la Costituzione diventa oggetto di continuo compromesso tra le parti che manipolano la loro opera di cui si ritengono padroni. Allora si domanda Schmitt – trattasi di un interrogativo che assilla ogni pensatore del

<sup>482</sup> *Ivi*, pp. 210-212. Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 124-125.

<sup>483</sup> *Ivi*, pp. 212-214, anche in nota.

<sup>484</sup> Cfr., per una analisi della trattazione schmittiana della teoria del potere neutro, C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 659-660, il quale afferma che quello di Schmitt è ben più che un tentativo di restaurare la monarchia costituzionale; cfr. G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., pp. 58-63, il quale ritiene che Schmitt tenta di staccare la sua interpretazione del ruolo del Presidente da un eccessivo ancoraggio monarchico-costituzionale, rendendo il suo custode più che un decisore, un abile mediatore.

periodo weimariano – «Cosa è in una simile situazione lo “Stato” e la “totalità” dell’unità politica di un popolo?»<sup>485</sup>

La risposta più semplice è individuata da Schmitt nella costruzione dell’equilibrio tipicamente liberale e classicamente espressa da J. St. Mill: in ogni società è data la presenza di due partiti controbilancianti i cui interessi si annullano al punto da formare un contrappeso, sicché un terzo neutrale può «regolare il piatto della bilancia in favore del relativamente giusto» e «aiutare la ragione a vincere». Nella società industriale, questi due gruppi che si controbilanciano, sì da richiedere una decisione neutrale, sono simbolicamente rappresentabili dai datori di lavoro e dai prestatori d’opera. Siccome anche in Germania, aggiunge Schmitt, sia i rapporti di partito che quelli dei diversi gruppi sociali paiono in equilibrio, le controversie tra datori e prestatori di lavoro possono bene riprodurre l’immagine della struttura statale. Come la società nel XIX secolo si è sviluppata di fronte allo Stato riuscendo ad emergere, così i giudici e i conciliatori, che agiscono come terzi in nome dello Stato, assumono nelle controversie di lavoro di fronte ai giurati (rappresentanti dei datori e dei prestatori di lavoro) una funzione rappresentativa dello Stato nella sua interezza.<sup>486</sup>

La conciliazione attraverso, per Schmitt, diversi stadi. Nel primo, in cui manca un’autorità politica, il conciliatore appare come promotore dell’accordo tra le due parti, agente mediatore dotato di neutralità equilibratrice, analogamente ai buoni uffici nel diritto internazionale e al Parlamento nello Stato costituzionale borghese del XIX secolo, in cui la formazione della volontà deriva dal consenso e non da una decisione. Se tale stadio non porta ad un accordo tra le parti, il conciliatore passa ad un secondo in cui egli, da terzo, «dà il colpo decisivo», provoca una decisione che determina la maggioranza, posandosi su uno dei due piatti della bilancia. Di tale ruolo, Schmitt distingue due specie: una è quella di Mill, secondo cui lo Stato, terzo, neutrale, obiettivo e imparziale, fondandosi su una rappresentazione democratica e agendo in nome dell’unità, è quindi legittimato ad alterare coattivamente l’equilibrio degli interessi e a formare la maggioranza; l’altra è quella che Schmitt ascrive all’azione di uno Stato che in un sistema pluralistico (oligarchico e non democratico) appare come un ulteriore complesso di potere accanto agli altri, che alleandosi ora con l’uno ora con l’altro partito produce la decisione, per cui la formazione della maggioranza diventa uno strumento di predominio esterno. I partiti, in funzione dei propri interessi, riconoscono l’autorità dello Stato se questo è dalla loro parte, mentre lo considerano un disturbatore della lotta economica e del lavoro se esso sta dalla parte avversaria.<sup>487</sup>

<sup>485</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 215-216. La domanda di Schmitt è *ivi*, p. 217.

<sup>486</sup> *Ivi*, pp. 217-219.

<sup>487</sup> *Ivi*, pp. 219-224. Per Schmitt, è lapalissiano che «in uno Stato pluralistico dei partiti ogni partito faccia valere l’“autorità” dello Stato, se al momento ha lo Stato dalla sua parte, e che viceversa intoni il grande pathos del liberalismo ottocentesco, e parli di dittatura, Stato autoritario, reazione, fascismo o bolscevismo, ecc., se la decisione statale risulta vantaggiosa al partito avversario. Ciò appartiene interamente alla natura dello Stato pluralistico dei partiti, che rende possibile ai titolari del sistema pluralistico, a seconda della situazione ora di apparire come organizzazioni puramente sociali, non statali,

Se il sistema pluralistico riesce a trasformare le istanze di conciliazione rendendole incapaci di agire – tanto quanto il parlamentarismo ha trasmutato il Parlamento in un teatro del pluralismo – si pone, ad avviso di Schmitt, un’inesorabile alternativa: cessare di esistere come unità o tentare con la forza dell’unità di produrre una decisione indispensabile. In tal modo si arriverebbe, dice Schmitt, al «quarto grado della neutralità, quello di una decisione aperta, emanata dallo Stato, nella quale tanto la proposta dell’istanza di conciliazione quanto la sua dichiarazione di obbligatorietà sono soltanto opera dello Stato».<sup>488</sup>

La neutralità positiva, efficace in situazione critiche, è contraddistinta dall’autonomia imperativa e dalla totale indipendenza da ogni calcolo di forze o vincolo ricattatorio di consenso. In altri termini, trattasi per Schmitt di una decisione statale non scaturente dall’accordo tra gli interessati o dalla formazione della maggioranza tra Stato e interessati. L’imparzialità della decisione statale, la cui forza è messa alla prova nel caso d’eccezione, può trovare la propria base solo nell’unità politica. Ciò, secondo Schmitt, è possibile se il sistema pluralistico non abbia occupato o distrutto tutti i luoghi della politica dello Stato, se i partiti, con concezioni eterogenee, si limitino reciprocamente, se altre forze presenti nel popolo vengano incluse in organizzazioni partitiche a cui lo Stato permetta di interagire con un sistema istituzionale stabile. Qui Schmitt situa il significato e l’uso del discorso di legittimazione plebiscitario, sostenendo che la Costituzione di Weimar ha già in sé quella base su cui ergere la propria imparzialità, costituita dagli elementi plebiscitari della sua parte organizzatoria. La Costituzione rappresenta l’unità politica del popolo, che esso stesso ha ricercato dandosi una costituzione; quell’unità, che rende imparziale le decisioni dello Stato, può essere incarnata, secondo Schmitt, solo dal Presidente del *Reich*, in quanto eletto da tutto il popolo.<sup>489</sup>

---

non ufficiali, cioè irresponsabili, intente con buona coscienza al loro egoismo di partito e non esposte ad alcun rischio politico; ora invece, dalla parte dello Stato, che essi appunto tengono occupato, di identificarsi con lo Stato, di presentarsi improvvisamente come autorità statale e di trattare il partito avversario come nemico dello Stato. Questa politica *à deux mains* ha per le organizzazioni degli interessati il grande vantaggio per cui essi di volta in volta possono spacciarsi come qualcosa di diverso dalla politica (...) e quindi sfruttare tutti i vantaggi della statualità. Ciò è veramente possibile solo finché da una qualche parte non si assume una decisione: sia da parte delle forze della totalità statale ciononostante ancora esistenti sia attraverso il passaggio allo Stato a partito unico, che impone ad un partito il rischio del politico» (*ivi*, p. 225 in nota).

<sup>488</sup> *Ivi*, pp. 225-226.

<sup>489</sup> *Ivi*, pp. 226-227. Cfr., per una analisi della visione schmittiana sul potere neutrale nello Stato pluralistico dei partiti, G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., pp. 63-66, il quale ritiene che «la legittimazione autonoma, democratico-plebiscitaria, del “capo dello Stato” rappresenta di fatto per Schmitt un sostituto intenso della tramontata legittimità monarchica» (*ivi*, p. 66).

### 3.3.3. La burocrazia e le possibili forme di indipendenza dal pluralismo

Sia nel contesto delle grandezze neutrali sia nella questione dell'unità statale, la burocrazia assume, per Schmitt, un ruolo decisivo. Caduta la distinzione tra lo Stato burocratico monarchico e la società, la burocrazia, grandezza imparziale, non è più al di sopra o al di sotto di una società da essa separata. Essa è garantita istituzionalmente come elemento costituzionale di stabilità (artt. 129-130 WRV), per cui la sua grande tradizione di professionalità deve essere mantenuta anche nello Stato democratico, poggiando su un nuovo fondamento rintracciabile, secondo Schmitt, nel dato che a nominare e dimettere gli impiegati, servitori della collettività, è competente il Presidente del *Reich* ex art. 46. In ciò Schmitt scorge un ulteriore ostacolo ai metodi di occupazione degli uffici usati dai partiti: è il Capo dello Stato indipendente dal Parlamento, e quindi dai partiti, a nominare gli impiegati, non ad esempio il collega di partito diventato Ministro.<sup>490</sup>

Schmitt, dunque, ricerca nell'eredità ottocentesca «un nuovo *ordine verticale*, ripoliticizzato», attivo, in grado di salvaguardare quella misura tra autorità e libertà ancora garantita tra Sette e Ottocento, prima ad opera dell'assolutismo illuminato prussiano, poi dalla monarchia costituzionale tedesca. In conseguenza all'uscita della società dalla tutela politica dello Stato, occorre, suggerisce Schmitt, l'assunzione del nuovo principio di legittimazione democratico – operazione realizzata nei suoi fondamenti teorici in *Dottrina della costituzione*, per poi essere esplicitata nel *Custode*.<sup>491</sup> Difatti Schmitt, valorizzando «la connessione sistematica fra lo Stato burocratico costituzionalmente garantito ed un presidente del Reich che domina l'elemento plebiscitario della costituzione del Reich e sta su un fondamento plebiscitario»,<sup>492</sup> collega la tradizione dello Stato amministrativo tedesco con una lettura della democrazia come rappresentazione dell'unità statale nel soggetto imperativo monocratico.

Questa, è per Schmitt, l'unica possibilità, nell'ambito di una Costituzione democratica, di avere un'istanza indipendente e neutrale, senza cui non può aversi alcun custode della Costituzione. L'indipendenza è dunque il presupposto fondamentale del custode della Costituzione schmittiano. Tuttavia, non è chiaro quante istanze indipendenti esistano nel sistema statale e per quali ragioni nuove istituzioni siano eliminate dal suo ambito. Perciò, Schmitt elenca le diverse possibili forme di indipendenza presenti al suo tempo: del giudice, dell'impiegato statale e una composta da entrambe, ossia dell'impiegato statale giudiziario; una del Presidente e dei membri della Corte dei conti; una dei deputati parlamentari, una dell'esperto e del perito; infine v'è l'indipendenza del Capo dello Stato, sia del re nella monarchia costituzionale, la cui

<sup>490</sup> *Ivi*, pp. 227-229.

<sup>491</sup> Cfr. G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., pp. 66-67.

<sup>492</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 229.

indipendenza si regge sull'ereditarietà della successione al trono e sulla inviolabilità della sua persona, sia del Presidente del *Reich* in una democrazia costituzionale, la cui indipendenza è garantita costituzionalmente con l'elezione da parte di tutto il popolo tedesco (art. 41), con un mandato di durata settennale (art. 43 c. 1) e con la previsione di diverse difficoltà per i procedimenti di destituzione dal suo incarico (art. 43 c. 2).<sup>493</sup>

Perciò, Schmitt valuta l'indipendenza giudiziaria solo come un caso speciale, tra l'altro composto, in quanto con essa ci si riferisce all'impiegato statale giudiziario, il quale, in virtù delle garanzie previste per il mantenimento della sua posizione giuridica, diventa indipendente e quindi neutrale ed imparziale. Inoltre, l'indipendenza del giudice nello Stato weimariano è data dalla previsione, *ex art.* 104, di ulteriori garanzie poste a fondamento del pubblico impiego – i giudici della giurisdizione ordinaria sono nominati a vita e non possono, senza la loro volontà, essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio o trasferiti ad altro ufficio, o collocati a riposo, se non in forza di una decisione giudiziaria e solo per motivi e con le forme stabilite dalla legge. Perciò, una corte di giudici professionali inamovibili e dotati di speciali garanzie appare come un'istanza indipendente, neutrale e oggettiva, in quanto sembra depoliticizzare le controversie costituzionali. In realtà, puntualizza Schmitt, «l'indipendenza giudiziaria è soltanto l'altro lato del vincolo giudiziario alla legge e la costituzione non può in generale produrre un simile vincolo»; con essa si è pensato all'indipendenza dell'impiegato professionale giudiziario corroborata dall'indipendenza della burocrazia di carriera. La richiesta di garanzie sempre più forti dimostra, secondo Schmitt, che giustizia e giurisdizione, nelle proposte di una Corte costituzionale, sono dei mezzi funzionali alla creazione di un'istanza neutrale e indipendente, una “permanenza”, una “statica”, davanti al fervore dei partiti politici.<sup>494</sup>

Il custode della Costituzione pensato da Schmitt «deve essere veramente indipendente e politicamente neutrale». Introdurre un tribunale di giuristi impiegati di professione, nei casi in cui appaiano opportune l'indipendenza e la neutralità, significa abusare dei concetti di giustizia e giurisdizione, oltretutto delle garanzie istituzionali dei burocrati professionali tedeschi; addossare le decisioni politiche, per cui occorre indipendenza e neutralità politica, all'amministrazione della giustizia e alla burocrazia professionale comporta un aggravio insostenibile per l'espletamento dei loro compiti. Per di più l'insediamento di un tale custode contrasta fortemente con l'effetto politico del principio democratico, cui l'istituzione posta a salvaguardia della Costituzione dovrebbe ispirarsi. Nel XIX secolo, sia in Francia sia nelle monarchie costituzionali tedesche, il potere di controllo giudiziario (sia diffuso sia accentrato) è risultato efficace

<sup>493</sup> *Ivi*, pp. 229-231. «In questa transizione “istituzionale” del modello dello Stato-persona si troverebbe la sola possibilità, in una costituzione “democratica”, di mantenere un ancoraggio tra “politico” e “statuale”. Con il cortocircuito popolo-presidente, che allude ad una sorta di “monarchia elettiva”, con la forzatura di un forte interventismo plebiscitario, Schmitt crede di salvaguardare il plusvalore politico e gli essenziali valori liberistici dello Stato borghese di diritto» (G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., p. 67).

<sup>494</sup> *Ivi*, pp. 231-234.

politicamente contro il potere di decretazione regio; nella Repubblica di Weimar, argomenta Schmitt, esso contrasterebbe non più il monarca, ma il Parlamento, mutando radicalmente la funzione dell'indipendenza giudiziaria. Ancora una volta, Schmitt tiene a mente l'avvenuta separazione tra Stato e società, con cui giustifica l'inutilizzabilità di formule e argomentazioni del XIX secolo per la situazione costituzionale tedesca del XX secolo.<sup>495</sup>

Pertanto, con l'accentramento del potere di controllo giudiziario in una singola corte, composta da magistrati di carriera inamovibili e perciò indipendenti, sarebbe istituita, a parere di Schmitt, una seconda camera di impiegati professionali. «Nessuna forma di giurisdizione potrebbe ingannare sul fatto che con una simile corte costituzionale o statale si tratti di un'istanza altamente politica con funzioni di legislazione costituzionale. Dal punto di vista democratico sarebbe assai difficile trasferire queste funzioni ad una aristocrazia della toga».<sup>496</sup>

### 3.3.4. *Il principio democratico: base della posizione del Presidente-custode*

La funzione di rendere possibile una forte formazione della volontà politica, svincolata dai metodi dello Stato pluralistico dei partiti che tende a dissolvere l'unità statale, non è ravvisata da Schmitt nell'indipendenza dei giudici. Questa non è in alcun modo funzionale alla creazione di un titolare della formazione della volontà politica, ma trova il suo fine nel garantire la soggezione della giustizia alla legge in uno Stato ordinato. Tale dato, poco preso in considerazione per la confusione tra i concetti di "neutralizzazione", "depolitizzazione partitica" e "depolitizzazione", è tuttavia facilmente riscontrabile se si giunge a notare che alle diverse forme di indipendenza corrispondono diverse inamovibilità, immunità e incompatibilità. L'incompatibilità della funzione di Presidente del *Reich* con quella di deputato (art. 44) rende chiaro, ad esempio, come la Costituzione di Weimar abbia reso autonomo il sistema plebiscitario di fronte a quello parlamentare, lasciando intravedere una indipendenza politico-partitica, seppur non apolitica.<sup>497</sup>

Pertanto, nei diversi tipi di indipendenza, Schmitt ritiene necessario osservare se l'indipendenza garantisce difensivamente e negativamente una tutela contro la formazione di una volontà politica o se assicura un'autonoma partecipazione positiva alla determinazione della volontà politica. In ogni caso, egli reputa fondamentale che l'indipendenza dell'impiegato professionale, quella del deputato parlamentare e la posizione del Capo dello Stato siano saldamente legate alla rappresentazione della totalità dell'unità politica – come prevede la stessa Costituzione di Weimar: gli

---

<sup>495</sup> *Ivi*, pp. 235-236.

<sup>496</sup> *Ivi*, p. 236.

<sup>497</sup> *Ivi*, pp. 236-237.

impiegati sono i servitori della collettività (art. 130); i deputati rappresentano l'intero popolo (art. 21); il Presidente della Repubblica è eletto da tutto il popolo (art. 41) –, affinché questa, contrapponendosi, riesca a prevalere sui raggruppamenti pluralistici della vita economica e sociale.<sup>498</sup>

Da ciò Schmitt ricava la posizione che la Costituzione di Weimar assegna al Presidente del *Reich*, il quale «sta al punto centrale di un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza, costruito su un presupposto plebiscitario», è l'affidatario dell'ordinamento statale e l'unico organo in grado di contrastare l'attività del sistema pluralistico che inceppa il funzionamento dello Stato legislatore. Per tali ragioni, Schmitt raccomanda che prima di insediare come custode della Costituzione una corte che «risolva» conflitti e questioni altamente politiche, aggravando e minacciando la giustizia con tale politicizzazione, andrebbe ricordato il contenuto positivo della Costituzione del 1919 e del suo impianto legislativo costituzionale, dalla cui interpretazione è possibile riconoscere il naturale custode della Costituzione nel Presidente del *Reich*. L'elezione diretta del popolo tedesco per sette anni, la possibilità di destituzione aggravata, l'indipendenza da vacillanti e mutevoli maggioranze parlamentari e coalizioni partitiche, la rappresentanza internazionale dello Stato, la nomina e il licenziamento di ufficiali e impiegati, il comando supremo delle forze armate, il diritto di grazia, l'esecuzione del *Reich* contro un *Land* e il potere di sciogliere il Parlamento, di indire nuove elezioni, di presentare referendum, di emanare e promulgare la legge e di difendere la Costituzione *ex art. 48 c. 2* «hanno il senso di creare una posizione partiticamente neutrale, a causa della sua connessione immediata con la totalità statale, la quale in quanto tale è il difensore designato e il custode delle più alte istanze del Reich e per il caso d'emergenza è munita di poteri efficaci per una difesa attiva della costituzione».<sup>499</sup>

Inoltre è la stessa Costituzione, *ex art. 42*, a prevedere che il Presidente si impegni ad osservare e difendere la Costituzione, prestando un giuramento politico che, secondo la tradizione del diritto costituzionale tedesco, fa parte della garanzia della Costituzione, e il cui testo indica in modo piuttosto evidente, a parere di Schmitt, il Presidente del *Reich* quale custode della Costituzione. Perciò, il giurista di Plettenberg crede non si possa ignorare l'autenticità del dettato costituzionale, al di là dell'importanza con cui viene valutato il giuramento politico.<sup>500</sup>

---

<sup>498</sup> *Ivi*, pp. 238-239.

<sup>499</sup> *Ivi*, p. 240. Cfr. J.W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 144-145, G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 123-126, L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., pp. 43-46, C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 660-662, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 502-503, G. Perrotti, *Carl Schmitt e la ragione moderna*, in AA. VV., *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, cit. p. 196, M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit., pp. 95-98.

<sup>500</sup> *Ivi*, pp. 240-241.

Il fatto che il presidente del Reich sia il custode della costituzione, corrisponde però anche da solo al principio democratico, su cui si basa la costituzione di Weimar. Il presidente del Reich è eletto da tutto il popolo tedesco, e i suoi poteri politici nei confronti delle istanze legislative (specialmente lo scioglimento del Reichstag e l'indizione di un *referendum*) sono in effetti un «appello al popolo». Facendo del presidente del Reich il punto centrale di un sistema plebiscitario come anche di funzioni ed istituzioni partitamente neutrali, la costituzione (...) del Reich cerca di ricavare proprio dal principio democratico un contrappeso al pluralismo dei gruppi di potere sociale ed economico e di difendere l'unità del popolo come totalità politica.<sup>501</sup>

Ad ogni modo, perché l'elezione plebiscitaria del Presidente dovrebbe sottrarsi necessariamente alle deprecate mediazioni partitiche dominanti nel parlamento? Questa è la stessa domanda che Schmitt si pone pensando alla vulnerabilità della costruzione della sua teoria sul custode della Costituzione – fondata sulla presupposta contrapposizione tra unità del popolo nel plebiscito e sua divisione partitica nelle elezioni dei rappresentanti al Parlamento – come via d'uscita dalla crisi e per rispondere alla quale manifesta anch'egli, in parte, dei dubbi non ancora sciolti. Infatti, egli, nelle pagine conclusive del *Custode*, afferma:

Forse si può dubitare se sarà a lungo possibile sottrarre all'influenza dei partiti politici la posizione del presidente del Reich e di mantenerla in una oggettività e neutralità apartitica, determinata dalla totalità statale; forse si può temere che il destino del Capo dello Stato nell'Europa repubblicana segua il destino del monarca e il destino del presidente del Reich plebiscitario il destino precedente del *referendum* di iniziativa popolare, che è stato ormai reso innocuo. La costituzione di Weimar persegue in ogni caso il suo tentativo assai consapevolmente e con mezzi specificamente democratici. Essa presuppone tutto il popolo tedesco come una unità, che fa direttamente da mediatrice, senza le organizzazioni dei gruppi sociali, è capace di agire, può esprimere la sua volontà e nel momento decisivo,

---

<sup>501</sup> *Ivi*, p. 241. Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 458-460, in cui il giurista renano, trattando della prassi del sistema parlamentare della Costituzione weimariana, in particolare della possibile sottospecie del sistema presidenziale, già analizza la posizione del Presidente del *Reich*, basandola sull'elemento monarchico, utilizzato in una Costituzione dello Stato di diritto per costruire un equilibrio tra Legislativo ed Esecutivo, accanto al quale sono attive nel sistema presidenziale anche idee di democrazia diretta. *Ivi* Schmitt riprende alcuni passi che ripropone quasi fedelmente nel *Custode*: «Il presidente del Reich è eletto da tutto il popolo tedesco. Il suo potere di scioglimento del Reichstag (art. 25) o davanti ad una legge approvata dal Reichstag di indire una consultazione popolare (art. 73), gli dà la possibilità di rivolgere un "appello al popolo" e di produrre contro il parlamento un'unione diretta con i cittadini elettori. Il "popolo" è il terzo in più alto grado che decide tanto di fronte al parlamento quanto di fronte al governo e il presidente del Reich ha un contatto diretto con il popolo. Egli è idealmente raffigurato come un uomo che al di là dei limiti e dell'ambito delle organizzazioni e delle burocrazie di partito unisce a sé la fiducia di tutto il popolo, non come uomo di partito, ma come l'uomo di fiducia di tutto il popolo. Un'elezione del presidente del Reich (...) sarebbe un'imponente acclamazione del popolo tedesco ed avrebbe tutta l'irresistibilità, che in una democrazia spetta a simili acclamazioni. Ma quale altro senso e scopo potrebbe avere una posizione del presidente del Reich così fondata se non quello di una guida politica? Se veramente in un solo uomo si unisce la fiducia di tutto il popolo, ciò non accade perché egli rimanga politicamente privo di importanza, tenga discorsi ufficiali e ponga il suo nome sotto decisioni altrui. È quindi evidente e corrisponde perfettamente ai concetti fondamentali dell'art. 41 cost. che il presidente del Reich è un capo politico. (...) [Egli] ha la fiducia di tutto il popolo, non mediata dal tramite di un parlamento diviso in partiti, ma unita direttamente alla sua persona».

superando le divisioni pluralistiche, deve riunirsi e imporsi. La costituzione cerca di dare soprattutto all'autorità del presidente del Reich la possibilità di unirsi direttamente con questa volontà politica generale del popolo tedesco e proprio perciò di agire come custode e difensore dell'unità costituzionale e della totalità del popolo tedesco. Sul fatto che questo tentativo riesca, si basano stabilità e durata dello (...) Stato tedesco.<sup>502</sup>

---

<sup>502</sup> *Ivi*, pp. 241-242. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 662, il quale ritiene che nell'ultima frase citata, la quale riassume gran parte dei termini chiave del pensiero schmittiano, risulta chiaramente «che il presidente custodisce e rappresenta l'Intero (...), la concretezza democratica e materiale della costituzione, il che ne fa in realtà un'istanza indipendente dai partiti ma non apolitica, che rappresenta non solo lo Stato e le sue forme, ma anche, e “concretamente”, il popolo e la sua volontà di unità politica, di totalità. (...) il presidente custode è da Schmitt espressamente dichiarato estraneo alla sovranità, anche se, capace di fare “appello al popolo”, il presidente non è solo un dittatore che produce misure di fatto, ma è un “legislatore straordinario” che non è per nulla limitato dalla separazione costituzionale de poteri, in quanto rappresenta il potere popolare precedente quella separazione e difende la costituzione, non ogni singola disposizione legislativa costituzionale».

### CAPITOLO III HANS KELSEN

«Se c'è un modo per sottrarsi all'influenza del potere,  
questo è la scienza. Magari proprio la scienza del potere,  
che diviene allora una dottrina pura dello Stato e del diritto»  
da Hans Kelsen, *Formalismo giuridico e teoria pura del diritto*

Analizzare il Kelsen del periodo weimariano potrebbe significare, in un primo momento, raccogliere le sue opere pubblicate in quei quattordici anni, selezionarle in base ai temi trattati e inquadrarle nel momento storico in cui hanno preso vita. Tuttavia, sebbene tale arco temporale non sia poi così lungo rispetto ai numerosi anni della sua produzione scientifica, l'analisi del lavoro svolto nel periodo weimariano da Kelsen necessita di una premessa sia a livello biografico sia a livello scientifico sul Maestro di Vienna.<sup>503</sup> Ciò, in quanto le opere “weimariane” di Kelsen sono il frutto di una storia personale, professionale e intellettuale precedente, discendono da un dibattito giuridico, politico e filosofico pregresso, si sviluppano gradualmente in base alle contingenze storiche e molti di questi scritti costituiscono i pilastri delle teorie di un pensatore eclettico, e ormai imprescindibile, come Kelsen: la teoria “pura” del diritto, la teoria della democrazia e la teoria costituzionale. Teorie, queste, che nascono proprio per rispondere alle domande intorno al diritto, alla democrazia e alla costituzione sorte all'alba della Repubblica di Weimar.

---

<sup>503</sup> I dati concernenti la vita e le opere di Kelsen evidenziati nel presente capitolo sono tratti principalmente da F. Riccobono, *Hans Kelsen, in Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti*, a cura di A. Negri, Milano, 1991, pp. 99-124, Id., Voce *Kelsen, Hans*, in *Treccani Filosofia*, vol. I., Roma, 2008, pp. 536-538, in cui oltre alla parte biografica, presenta una lucida sintesi del pensiero kelseniano nella sua declinazione filosofico-giuridica e in quella filosofico-politica, Id., *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in A. Ballarini *et alia*, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, p. 219-243, in cui è disponibile anche un'essenziale biografia di Kelsen (*ivi*, p. 219, in nota), C. Jabloner, *Hans Kelsen. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 67-76. Al riguardo, cfr. l'indispensabile saggio di R.A. Métall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien, 1969 e il più recente contributo di N. Bersier Ladavac, *Hans Kelsen (1881-1973). Biographical Note and Bibliography*, in «European Journal of International Law», n. 9, 1998, pp. 391-400. Circa le opere di Kelsen, in particolare, non può sfuggire la monumentale *opera omnia* di Hans Kelsen, *Hans Kelsen Werke*, Bände I-V, Herausgegeben von Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2007 ff., tuttora in fase di realizzazione, per un'analisi della quale si rimanda a M.G. Losano, *Verso la pubblicazione dell'opera omnia di Hans Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», vol. 2, 2006, pp. 547-555. Oltre ai due scritti autobiografici di Kelsen, inclusi nel primo volume dell'opera pubblicato nel 2007, la *Hans Kelsen Werke*, è composta attualmente da cinque volumi che coprono le pubblicazioni del giurista viennese dagli esordi sino al 1922; in totale, è prevista la pubblicazione di trentacinque volumi – a cura del Prof. Jestaedt, docente di diritto pubblico presso la Albert-Ludwigs-Universität di Freiburg im Breisgau e animatore della Hans-Kelsen-Forschungsstelle e coadiuvata dall'Hans Kelsen Institut di Vienna – in cui raccogliere solo i testi kelseniani già pubblicati, seguendo l'ordine cronologico delle edizioni originali (la prima edizione nella lingua di stampa).

Pertanto, non solo non risulta banale, ma diventa necessario ripercorrere, sebbene brevemente, le strade, diverse, che hanno portato Kelsen alla costruzione ed alla realizzazione delle sue teorie, le quali fomentano il dibattito giusfilosofico che caratterizza l'epoca di Weimar, offre soluzioni alla sua crisi, sviluppa concetti e dottrine esistenti e produce innovazioni che risulteranno fondamentali nel periodo post-bellico per le democrazie future.

Hans Kelsen (Praga, 11 ottobre 1881 – Berkley, 19 aprile 1973)<sup>504</sup> nasce in una modesta famiglia borghese a Praga, la quale si trasferisce a Vienna presto, ove egli supera i suoi esami del Ginnasio nel 1900, studia giurisprudenza e consegue il titolo di *Doctor iuris* nel 1906. Al 1905 risale la sua prima pubblicazione, una monografia sul pensiero giuridico di Dante (rielaborazione della sua tesi di laurea), *Der Staatslehre des Dante Alighieri* (La Teoria dello Stato di Dante Alighieri).<sup>505</sup> Nel 1908 coglie

---

<sup>504</sup> Fino al 2006, di Kelsen esisteva solo la biografia pubblicata dal suo allievo Rudolf Aladár Métall nel 1969, redatta con l'ausilio del diretto interessato, in cui Métall si riferisce ad un testo autobiografico inedito, messogli a disposizione dal suo maestro. Una copia di questo viene dapprima reperito negli USA in occasione della raccolta del materiale per l'*opera omnia* di Kelsen e poi pubblicato in una edizione non commerciabile nel 2006 (*Hans Kelsen in Selbstzeugnis*, Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006. Herausgegeben von Matthias Jastaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2006) – per il centotrentacinquesimo anniversario della nascita del padre della teoria pura –, inclusa nel primo volume dell'*opera omnia* nel 2007 e infine tradotta in italiano nel 2008 (H. Kelsen, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, 2008); il “volumetto” italiano presenta una prefazione di Losano sui rapporti di Kelsen con del Vecchio, Treves e Bobbio e sul viaggio di Kelsen in Sudamerica, due scritti autobiografici di Kelsen, di cui uno del 1927 ha la forma di un curriculum dettagliato e un altro concluso nel 1947 è una autobiografia del giurista viennese (la stessa cui Métall si riferisce nella sua biografia), le sole note di stampo storico-culturali aggiunte dal curatore tedesco Matthias Jastaedt, un albero genealogico della famiglia Kelsen con tanto di dati circa vita e attività di Kelsen in ordine cronologico e un'iconografia del Kelsen diversa da quella ufficiale.

<sup>505</sup> H. Kelsen, *Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien-Leipzig, 1905, traduzione italiana di W. Sangiorgi e introduzione di V. Frosini, *La teoria dello Stato in Dante*, Bologna, 1974. «Nel 1907 Arrigo Solmi aveva dedicato un contributo a *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, l'opera giovanile di Kelsen, pubblicata da Deuticke nel 1905 [A. Solmi, *H. Kelsen. Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in «Bollettino della Società Dantesca italiana», 2, pp. 98-111, ristampato in Id., *Il pensiero politico di Dante*, Firenze, 1922, pp. 109-134]. Kelsen interprete di Dante aveva quindi già destato l'attenzione critica di uno studioso italiano, ma l'eco che in Italia si ebbe della prima monografia del giurista austriaco fu sorprendente, come sorprendenti potevano apparire gli interessi del giovane Kelsen: eccezion fatta per lo scritto di Solmi, l'eco fu nulla. *Die Staatslehre des Dante Alighieri* rimase circondata da un silenzio che perdurò sino alla fine degli anni Sessanta» (A. Merlino, *La recezione di Kelsen in Italia: Santi Romano e Giuseppe Capograssi*, in L. Campos Boralevi (a cura di), *Challenging Centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze, 2011, p. 215). A tale proposito, a questi anni e a quelli immediatamente successivi, risalgono due saggi di interpreti italiani sull'opera *de qua* e la sua traduzione italiana con introduzione di Frosini, per cui cfr. V. Frosini, *Kelsen e Dante*, in «Scritti in onore di Antonino Guiffré, vol. I, Milano, 1967, pp. 519-522, H. Kelsen, *La teoria dello Stato in Dante*, cit. e F. Riccobono, *Gli inizi di Kelsen: La teoria dello Stato in Dante*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1976, 2, pp. 261-289, saggio riproposto in Id., *Interpretazioni kelseniane*, Milano, 1989, pp. 1-32: «“Sicuramente niente di più che una esercitazione scolastica scarsamente originale” – così Kelsen definì più tardi il suo primo lavoro (...). Il destino, cui *Die Staatslehre des Dante Alighieri* andò incontro, sembra confermare il giudizio dell'autore: dopo una positiva accoglienza, l'opera si ritrova presso la più accreditata critica dantesca soltanto in citazioni marginali anche laddove, per la sua angolazione specificamente giuridica, avrebbe potuto essere più largamente utilizzata. Né maggiore fortuna ha avuto presso gli studiosi del pensiero kelseniano, come prova il ristrettissimo spazio che vi dedica R.A. Métall

L'opportunità di studiare e proseguire la ricerca ad Heidelberg, sotto la guida di Georg Jellinek – tra i più grandi giuspubblicisti di quei tempi –, sulla teoria generale dello Stato. Kelsen giunge alla notorietà nel mondo della filosofia del diritto nel 1911, quando pubblica la sua prima grande opera, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Problemi fondamentali nella teoria del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica). Qui, pone le basi per la costruzione della sua teoria del diritto, segnando una svolta nella scienza giuridica – il cui oggetto di studio smette di essere il diritto privato (riferimento dell'autonomia delle parti contraenti), a favore del diritto pubblico (sino ad allora tacciato di esprimere la volontà arbitraria del legislatore) – e l'avvio di un progetto teorico che porta alla fondazione della Scuola di teoria del diritto di Vienna, in cui il Maestro e diversi suoi colleghi ed allievi elaboreranno lungo gran parte del Novecento la sua dottrina. Nello stesso anno appare la meno nota ma considerevole *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (Sui limiti tra il metodo giuridico e quello sociologico), in cui Kelsen riassume i postulati metodologici contenuti in *Problemi fondamentali*.

Sempre nel 1911, Kelsen ottiene l'abilitazione all'insegnamento universitario per il diritto pubblico e la filosofia del diritto e durante il primo periodo di docenza, intorno agli anni Venti, la sua produzione scientifica sarà concentrata soprattutto sulla teoria della democrazia e sulla critica del marxismo.<sup>506</sup>

In tale periodo, il giurista praghese è impegnato sia in ambito scientifico, essendo nominato nel 1918 professore di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Vienna e pubblicando diversi scritti, sia in quello politico, in qualità di operatore giuridico, divenendo nel 1919 consigliere legale del governo austriaco e contribuendo, su invito del cancelliere Renner, alla redazione della Legge Costituzionale Federale per la Repubblica austriaca del primo ottobre 1920, progettando l'istituzione, senza precedenti nella storia, di una corte costituzionale con la funzione di sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, assurgendo a “legislatore negativo”.

Da qui, iniziano per Kelsen anni di alto impegno istituzionale, venendo eletto nel 1921 giudice vitalizio della Corte costituzionale austriaca, assolvendo alla sua carica in totale autonomia dai partiti politici, pur sposando le posizioni socialdemocratiche. La costruzione delle basi teoriche e costituzionali della corte costituisce un impegno costante del giurista praghese. Raggiunge, altresì, ottimi risultati sul piano accademico, ricoprendo il ruolo di decano della Facoltà di Giurisprudenza nel biennio 1921-22.

Kelsen è soprattutto un giurista, «che proviene dalle regioni di confine del giuridico, da discipline, come il diritto costituzionale e il diritto internazionale, espone

---

nella sua biografia di Kelsen. Può risultare dunque utile una lettura di queste prime pagine kelseniane, per poterne verificare l'effettivo valore e cogliervi eventuali collegamenti con la problematica giuridica ed ideologica del Kelsen più maturo» (*ivi*, p. 1).

<sup>506</sup> Cfr. G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, Roma-Bari, 1995, p. 4, il quale rileva la “simultaneità” di tali scritti anche nel suo precedente *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Napoli, 1992.

più di ogni altra alle tentazioni del politico». <sup>507</sup> Ma risulta un teorico del diritto, anche quando analizza la politica. Fedele all'idea di Stato come ordinamento giuridico, egli ritiene che la scienza giuridica sia competente circa la materia statale. D'altronde, Kelsen propone le sue teorie, quella politica e quella giuridica, sempre come scientifiche o avalutative e non come filosofiche o valutative, sebbene quale teorico della democrazia sia più discusso da filosofi politici e storici delle dottrine politiche, piuttosto che dagli scienziati politici. <sup>508</sup>

Il primo Kelsen vive in una situazione politica in cui la democrazia non indica più il valore condiviso come per gli intellettuali in Europa dello scorso secolo, né un concetto da analizzare empiricamente, quanto piuttosto l'oggetto principale del dibattito tra le due guerre. Peraltro, le opere di Kelsen sulla democrazia sono valutate più per la difesa delle deboli istituzioni parlamentari in Austria e in Germania, suscettibili di essere attaccate sia dalla destra nazionalista e nazista, sia dalla sinistra marxista e filosovietica, che per l'analisi filosofica dei concetti politici. <sup>509</sup> Sarà proprio Kelsen, tuttavia, in *Sulla nascita della Dottrina pura del diritto* a dichiarare di essersi sempre occupato di questioni di teoria politica accanto a quelle di dottrina giuridica e statale. <sup>510</sup>

Ciò risulta maggiormente dalle sue opere sulla teoria della democrazia dagli anni Venti in poi.

Nel 1920, pubblica la prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Essenza e valore della democrazia), esponendo da costituzionalista i principi giuridici, politici e filosofici alla base della democrazia moderna.

A Vienna, Kelsen si preoccupa principalmente di mantenere un minimo di continuità nelle istituzioni, attesa la profonda trasformazione del sistema costituzionale austriaco, come si evince in *Democrazia nell'amministrazione*. <sup>511</sup>

Sul piano scientifico, nel 1925, si segnalano due opere rilevanti circa la produzione kelseniana.

Nell'ambito del diritto pubblico, *Allgemeine Staatslehre* (Teoria generale dello Stato) è un'opera confinata nella teoria statale di Kelsen come fenomeno giuridico, in cui egli offre un notevole contributo alla Dottrina dello Stato e descrive la politica quale etica sociale e tecnica, o più specificatamente per un verso, quale filosofia politica, normativa o valutativa, concernente scopi politici, e per un altro, quale scienza avalutativa della politica, riguardante i mezzi necessari al raggiungimento di quegli scopi. <sup>512</sup>

<sup>507</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, 1995, p. 8.

<sup>508</sup> *Ivi*, pp. 19-20.

<sup>509</sup> *Ivi*, p. 21.

<sup>510</sup> H. Kelsen, *Sulla nascita della Dottrina pura del diritto* (1927) in Id. - R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, 1992, p. 31.

<sup>511</sup> Cfr. R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, 2003, p. 29.

<sup>512</sup> H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994, *passim*. Mentre *General Theory of Law and State* del 1945 mostrerà l'intera teoria dello Stato kelseniana all'interno della sua teoria giuridica, venendo definita un'opera "magistrale" di scienza giusfilosofica e politica, che recupera alcune teorizzazioni politiche

Nell'alveo della teoria democratica, *Il problema del parlamentarismo* del 1925 è l'opera in cui Kelsen afferma la saldezza del rapporto tra democrazia e parlamentarismo e rileva un contrasto tra il concetto democratico della identità di governanti e governati, che legittimerebbe soltanto la democrazia diretta, e il contesto moderno della divisione del lavoro, che pretenderebbe la democrazia rappresentativa.

L'ultima parte di tale contributo, in cui Kelsen si scaglia contro Schmitt, e gli scritti del 1926, l'articolo *Zur Soziologie der Demokratie* (sulla sociologia della democrazia) e la relazione al quinto congresso dei sociologi tedeschi *Democrazia* approntano il maggiore contributo di Kelsen sulla democrazia, ossia la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* del 1929, dall'impianto teorico quasi immutato rispetto alla prima edizione,<sup>513</sup> in cui sono rielaborati temi già affrontati, ma portati ad uno stadio ulteriore di astrazione.

Nel 1929, Kelsen pubblica anche il saggio *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre* (Formalismo giuridico e teoria pura del diritto), ove intende difendere il proprio metodo dalle critiche mossegli. Il contributo punta dritto verso la battaglia sui metodi e i fini (*Methoden- und Richtungsstreit*) nella Repubblica di Weimar. Nell'ambiente politico incandescente del periodo weimariano, Kelsen è un protagonista degli aspri dibattiti circa il diritto pubblico. Dietro la battaglia succitata si celano differenze politiche e rancori personali. La teoria normativa dello Stato di cui alla teoria pura è attaccata a destra e a sinistra. Il suo formalismo è denunciato dai conservatori come "liberalismo" e dai marxisti come "fascismo".<sup>514</sup>

Nel periodo di tale pubblicazione, la democrazia austriaca affronta un periodo critico antecedente alla revisione costituzionale del 1929: muta la situazione politica viennese per lo squilibrio del sistema politico e costituzionale che dal 1918 sino a quel momento si è retto sul partito cristiano-sociale e su quello socialista. Ciò comporta notevoli problemi a Kelsen, il quale viene costretto a dimettersi dall'incarico alla Corte costituzionale austriaca e lascia volontariamente quello all'Università.<sup>515</sup>

La dimostrazione dell'insofferenza di Kelsen per il mutamento avvenuto è offerta nei suoi stessi scritti sulla democrazia, in cui il giurista viennese non manca di evidenziare la «funzione insostituibile dei partiti politici» e la «esigenza di mantenere l'azione del partito di governo entro limiti che risultino accettabili anche per il partito all'opposizione».<sup>516</sup>

usate precedentemente (G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, cit., p. 88). Per un approfondimento del Kelsen impegnato nel diritto pubblico, si veda M. Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tübingen, 2013.

<sup>513</sup> Cfr. G. Gavazzi, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di G. Gavazzi, Bologna, 1981, p. 12.

<sup>514</sup> C. Jabloner, *Hans Kelsen. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 70.

<sup>515</sup> M.G. Losano, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. Kelsen - U. Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, a cura di M.G. Losano, Milano, 1999, pp. 30-31.

<sup>516</sup> P. Petta, *Presentazione* a H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, p. XIV.

Nel 1929, Kelsen lascia Vienna, in seguito allo scioglimento della Corte costituzionale proposta dal partito cristiano-sociale e all'offensiva dei suoi colleghi universitari. Così accetta l'offerta della cattedra di diritto internazionale all'Università di Colonia – che abbandonerà nel 1933, venendo destituito dal governo nazista per le sue origini ebraiche.<sup>517</sup>

Quello di Kelsen in Germania è un tempo fatto di soddisfazioni a livello accademico nell'Università di Colonia, ove viene chiamato grazie al collega Fritz Stier-Somlo, sino al 1933, quando ormai la crisi della democrazia weimariana trova il proprio culmine nella nomina a cancelliere di Hitler, tanto quanto la carriera di Kelsen all'Università che lo licenzia senza nemmeno il riconoscimento della pensione. Ciò, peraltro in maniera illegittima, atteso che Kelsen non risulta più iscritto al partito socialdemocratico, nel momento in cui viene applicata la norma del 1933 sul pubblico impiego che prevede l'allontanamento degli iscritti alla socialdemocrazia dagli incarichi pubblici. Così i suoi colleghi intervengono attivamente in suo favore, domandando alle autorità il ritiro del provvedimento di “congedo” ai danni del giurista i cui scritti, tra l'altro, manifestano persino una critica al marxismo. Ma tale protesta non raggiunge l'obiettivo sperato – ed è questo il dato interessante – per la mancata firma sulla richiesta collettiva di reintegrazione proprio del professore universitario che prende il posto di Stier-Somlo grazie alla benedizione di Kelsen, al quale non ricambia il favore: Carl Schmitt.<sup>518</sup>

Se Kelsen, infatti, mette da parte l'avversione intellettuale nei confronti di Schmitt, appoggiando l'assegnazione della cattedra al suo “avversario”, quest'ultimo, invece, traduce il suo antagonismo teorico sul piano personale, provocando la cacciata del suo “nemico”.<sup>519</sup>

Nel periodo vissuto a Colonia, Kelsen si concentra sulla polemica con Smend per il suo *Costituzione e diritto costituzionale* del 1928, cui risponde con *Der Staat als Integration* del 1930 e su quella con Schmitt per il suo *Custode della costituzione* del 1931, cui replica con *Chi deve essere il custode della costituzione?*, quest'ultimo annoverabile tra le opere sulla democrazia. Ciò sulla base dell'osservazione che il vero oggetto della disputa tra gli autori non è propriamente la giustizia costituzionale, ma la forma di governo. La *querelle* tra Kelsen e Schmitt, tra l'altro, prima dell'avvento di Hitler al potere – con cui Schmitt diventa presidente dei giuristi nationalsocialisti – rimane nei confini della democrazia, in quanto la proposta di Schmitt di concedere poteri eccezionali al Presidente al fine di evitare l'approdo nazista al potere trova il

<sup>517</sup> Cfr. F. Riccobono, Voce *Kelsen, Hans*, p. 536 oppure Id., *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 219 in nota e M.G. Losano, *Presenze italiane in Kelsen*, cit., p. 32.

<sup>518</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., pp. 31-32.

<sup>519</sup> M.G. Losano, *Presenze italiane in Kelsen*, cit., p. 34 e M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, p. 26.

favore di tanti sostenitori della democrazia e non per un'adesione da parte di Schmitt ad una forma plebiscitaria di democrazia.<sup>520</sup>

Con *Chi deve essere il custode della Costituzione?* – «uno degli scritti più significativi della polemica liberal-democratica di Kelsen»,<sup>521</sup> un saggio «feroce come non mai», in cui la polemica dottrinale kelseniana si colora «di passione politica»<sup>522</sup> – Kelsen si rivela nelle dispute dottrinali sempre «un avversario tagliente e feroce» anche se, sul piano personale, riconosce i meriti intellettuali dell'avversario.<sup>523</sup>

Per Kelsen garanzia della costituzione equivale a certezza di non oltrepassamento dei propri limiti, i quali necessitano di una sorveglianza da parte di soggetti diversi da coloro i quali hanno la possibilità di valicarli. Il potere di controllo non può essere assegnato al Parlamento che potrebbe minacciare con i propri atti di violare la Costituzione, né al Governo che potrebbe peccare di imparzialità risultando potenzialmente giudice e imputato al contempo, ma ad «una terza obiettiva istanza» al di sopra di Parlamento e Governo, «titolare di un potere neutrale».<sup>524</sup>

La polemica con Schmitt, il quale sin dal periodo weimariano teorizza, motivandoli, il depennamento della dialettica dei partiti e l'avvento della dittatura, prosegue dopo «il custode» con alcuni saggi, tra i più importanti sulla democrazia di Kelsen, scritti in un periodo di mutamento radicale e drammatico per la Germania.<sup>525</sup>

Al 1932 risale *Vertidigung der Demokratie* (Difesa della democrazia), definito un «ultimo appello» per la Repubblica weimariana, in cui i conflitti sociali e gli sfilacciamenti ideologici occorsi dopo la crisi del 1929 si riversano sui partiti, ormai privi di mediazione e sintesi a livello politico e di legittimazione quali rappresentanti del popolo; l'avvento del nazionalsocialismo non è paragonabile a quello di un qualsiasi altro partito estremista, in quanto ha tolto «spazio e significato a tutti i partiti, in quanto tali».<sup>526</sup>

Un anno dopo, nel 1933, viene dato alle stampe *Forme di governo e concezioni del mondo*, in cui Kelsen riprende quasi letteralmente i concetti della seconda edizione di *Essenza*, proponendo un confronto tra democrazia ed autocrazia, nei termini di una contrapposizione tra razionalismo e irrazionalismo.<sup>527</sup>

Dopo la salita al potere di Hitler (30 gennaio 1933), Kelsen è consapevole che l'unica via da prendere è quella che lo conduce fuori dai confini tedeschi, se intende

<sup>520</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 25-26.

<sup>521</sup> P. Petta, *Presentazione* a H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, p. XIII. Petta, in Id., *Schmitt, Kelsen e il "custode della Costituzione"*, cit., pp. 505-55, include tale saggio tra quelli riguardanti la democrazia, in quanto la materia del contendere tra Kelsen e Schmitt sarebbe non già la giustizia costituzionale, ma la forma di governo (*ivi*, p. 543).

<sup>522</sup> G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, cit., p. 87.

<sup>523</sup> M.G. Losano, *Presenze italiane in Kelsen*, cit., p. 30.

<sup>524</sup> H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., pp. 232-234. Sul punto cfr. R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., pp. 32-33.

<sup>525</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., p. 33.

<sup>526</sup> P. Petta, *Presentazione* a H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., p. XV.

<sup>527</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., p. 34.

salvarsi. Infatti è già in Svezia, quando diviene pubblica la notizia che ai professori “in congedo” la legge prevede di ritirare il passaporto. Tuttavia, Kelsen torna a Colonia, per poi recarsi a Ginevra, insegnando dal 1933 al 1940 diritto internazionale all’Istituto universitario di Studi internazionali avanzati e occasionalmente all’Università Tedesca di Praga.<sup>528</sup>

Seppure gli scritti sulla teoria della democrazia occupano un ruolo centrale nella biografia intellettuale di Kelsen, è necessario ricordare come proprio nel periodo ginevrino, il giurista viennese pubblica nel 1934 *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (La dottrina pura del diritto. Introduzione alla problematica scientifica del diritto), che è invero il frutto di più di venti anni di studi e riflessioni, dal 1911, anno in cui pubblica gli *Hauptprobleme* ove sono poste le basi del suo sistema giuridico e *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, passando per il 1931, anno in cui compare il saggio *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (Teoria generale del diritto e materialismo storico), nell’*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*.<sup>529</sup> Sebbene Kelsen intenda liberare la sua teoria da qualsiasi elemento in grado di contaminarla, molti interpreti ritengono che essa presenti una chiara connotazione politica.<sup>530</sup>

Nel 1938 lascia la cattedra a Praga in seguito a violente contestazioni da parte dei nazisti e nel 1940 emigra negli Stati Uniti d’America per la generale situazione di insicurezza in Europa. Insegna prima due anni alla Harvard Law School e poi nel dipartimento di scienza politica dell’Università della California a Berkley, dal 1945 al 1952, anno in cui torna a Ginevra per la docenza di diritto internazionale. Nell’anno successivo, insegna la stessa materia presso il Naval War College di Newport; nel 1954, rientra per un anno a Berkley, insegnando scienza politica. Per il suo novantesimo compleanno, nel 1971, il governo austriaco istituisce lo “Hans Kelsen-Institut”, al fine di documentare la sua opera scientifica e il riscontro internazionale dalla sua dottrina. Non torna nella sua terra natia, se non per le sue visite a Vienna e per vari riconoscimenti internazionali.<sup>531</sup>

Nel periodo post-weimariano, negli anni Cinquanta, Kelsen riprende il filo degli anni Venti e Trenta, concentrandosi sulla critica al marxismo e sulla teoria della democrazia, senza riproporre concetti già elaborati negli scritti precedenti. Nel 1955 apparirà la sua terza grande opera sulla teoria democratica, *I fondamenti della democrazia*, ove Kelsen sembra guardare da una nuova prospettiva la questione della

---

<sup>528</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>529</sup> H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, introduzione e traduzione di F. Riccobono, Roma, 1979.

<sup>530</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., pp. 38-39. Per un approfondimento sulla connotazione politica della teoria pura di Kelsen, cfr. N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, Introduzione a H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, p. VIII e M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 9-19.

<sup>531</sup> F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 219 in nota e C. Jabloner, *Introduzione a Hans Kelsen*, cit., pp. 67-68.

democrazia, più che ripensare i principi politici e filosofici alla base della moderna democrazia, presenti già nella seconda edizione di *Essenza* del 1929.<sup>532</sup>

Pertanto, risulta ormai opportuno analizzare l'opera kelseniana, periodizzando un autore così longevo, complesso e multiforme. Si parla della teoria di Kelsen, specificando a quale periodo essa fa riferimento. Eugenio Bulygin distingue tre periodi nella produzione scientifica di Kelsen: Kelsen "europeo", "tedesco" o "austriaco", caratterizzato prevalentemente dal neokantismo, autore di *Hauptprobleme* del 1911, *Reinrechtslehre* del 1933, di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* del 1929, per citarne alcuni; Kelsen "americano", in cui il neokantismo è equilibrato dall'empirismo e dal neopositivismo, autore di *General Theory of law and State* del 1945 e di *Dottrina pura* del 1960, attaccato soprattutto dai neogiusnaturalisti postbellici e dai neocostituzionalisti liberali, criticato anche in Italia per la seconda edizione della teoria pura, da Giuseppe Capograssi che la descrive come "concezione del diritto come nuda forza", ma anche da Nicola Matteucci, sebbene questi per primo la proponga come teoria democratica, e nel dibattito internazionale da Friedrich August von Hayek, maggiore teorico liberale del Novecento; l'ultimo Kelsen, autore di *Diritto e logica* del 1965 e della *Teoria generale delle norme* del 1979, ove l'empirismo prevale nettamente sul neokantismo e diverse tesi prima centrali sono addirittura rinnegate, meno criticato, trattando soprattutto di logica delle norme e dei sistemi normativi.<sup>533</sup>

La periodizzazione più comune, invece, distingue il Kelsen continentale o mittleuropeo da quello anglosassone. Quest'ultimo, acquisisce un significato più per il Kelsen teorico puro del diritto e giurista, dapprima costituzionalista, poi internazionalista, ma non per il teorico della democrazia, secondo Gavazzi. Tra *Essenza* del 1920 e *I fondamenti* del 1955 (opera più compiuta), molto è cambiato. I sistemi politici di diversi Stati europei si sono democratizzati, mentre a livello teorico Kelsen non si confronta più attivamente con Weber "l'*amicus*" e Schmitt "l'*hostis*", ma con Brunner, Niebhur, Maritain, teologi cristiani che tentano di incorporare l'ideale democratico nella loro concezione religiosa del mondo, e Hayek, tra quei borghesi laici che tendono a monopolizzare l'ideologia democratica.<sup>534</sup>

<sup>532</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., pp. 40-41.

<sup>533</sup> E. Bulygin, *Validità e positivismo*, in Id., *Norme, validità e sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 189-211.

<sup>534</sup> G. Gavazzi, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, cit., p. 15. Sul rapporto tra religione e politica nella teoria giuridica di Kelsen, si veda F. Riccobono, *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», Speciale, 2013, pp. 121-136, che muove dall'idea che questo riveste un'importanza cruciale nella comprensione della teoria pura del diritto kelseniana come progetto e svolge un ruolo determinante nella riflessione del Maestro di Vienna sul relativismo etico e sulla democrazia. Sul rapporto tra i *Fondamenti* e gli scritti precedenti sulla teoria politica, esistono due filoni dottrinali. Per Gavazzi, il trasferimento di Kelsen negli Stati Uniti incide solo marginalmente sulla teoria della democrazia esposta nella seconda edizione di *Essenza* del 1929; sebbene dal 1929 al 1955, molti Stati si siano democratizzati e gli interlocutori siano diversi, la concezione della democrazia di Kelsen rimane quasi invariata, salvo alcune aggiunte (*ibidem*). Per Barberis, i *Fondamenti* non ripropongono meramente la teoria esposta nelle opere precedenti al pubblico anglosassone; qui, Kelsen colloca la questione della democrazia nell'ambito del dibattito concernente il cognitivismo etico che caratterizza gli studi di etica in America; nel primo

Guardando alla sua attività scientifica, diventa possibile distinguere diverse anime che insieme formano il suo profilo scientifico: teorico del diritto, della Costituzione, dello Stato, della politica, della democrazia, filosofo del diritto e della politica, sociologo e antropologo, storico del pensiero giuridico-politico.<sup>535</sup>

Non solo. V'è un "altro Kelsen", oltre il più noto teorico del diritto, della politica e della democrazia, il legislatore, il giudice costituzionale, il sociologo: il giurista di diritto pubblico. Da tale prospettiva è possibile rivedere innovazioni e continuità e rivalutare le sue teorie, anche grazie alle discussioni e agli scontri sul pensiero giuridico del suo tempo. Ciò permetterebbe di rileggere il pensiero kelseniano non più nell'ambito teorico della Dottrina pura, ma sul piano pratico, anche per liberarlo dalle etichette che la critica negli anni lo ha bollato solo come formalista, relativista o positivista. V'è, quindi, il Kelsen delle opere giuspubblicistiche (di *Hauptprobleme, Allgemeine Staatslehre*) che muove dalla centralità della posizione "staats- und verwaltungsrechtlich" (statale e amministrativa) e che giunge all'annullamento della "realtà" dello Stato, con notevoli effetti nel diritto pubblico.<sup>536</sup>

Osservando la sua biografia, emerge un Kelsen impegnato nelle scienze, quale teorico, scrittore e professore universitario, il Maestro di Vienna, e al contempo un Kelsen dedito a ruoli istituzionali e politici, quale giudice costituzionale, legislatore e consigliere giuridico.

Per analizzare Kelsen nella Repubblica di Weimar, enucleare le sue teorie rilevanti nella soluzione della crisi e fissare i termini del dibattito e delle polemiche con gli altri protagonisti di Weimar, si rende necessario delineare un quadro completo dell'Autore sia a livello biografico sia a livello scientifico. Solo il Kelsen teorico del

capitolo, *Democrazia e filosofia*, è ripresa una tesi già elaborata nel periodo weimariano di cui viene riformulato il carattere metodico o procedurale della democrazia; il secondo e il terzo, *Democrazia e religione* e *Democrazia ed economia*, invece, contrastano alcuni filoni del pensiero politico di quel tempo, quali la "teologia democratica" di matrice protestante e cattolica, e il primato dell'economia sulla politica, di derivazione liberistica e collettivistica; inoltre, qui, afferma che la democrazia non può stabilire rapporti necessari con il socialismo e il capitalismo, polemizzando rispettivamente con i marxisti e Hayek (M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 28-29).

<sup>535</sup> Cfr. G. Vassalli, *Hans Kelsen a cento anni dalla nascita*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 7-8, in cui sono distinti cinque aspetti che rappresentano la personalità di studioso di Kelsen: teorico generale del diritto; filosofo del diritto – nonostante la contestazione di Bruno Leoni per cui Kelsen avrebbe tentato, invano, di trasferire i postulati della dogmatica nella filosofia –, in quanto si interessa costantemente di filosofia e della giustizia, perché la sua Teoria pura, riproponendo l'antitesi tra essere e dover essere applicandola al diritto, tanto quanto quella tra validità e valore, è annoverabile tra le teorie giusfilosofiche e per la sua critica al giusnaturalismo e al marxismo; costituzionalista, per avere messo a punto e definito concetti e istituti del diritto costituzionale, approfondito le forme di governo e di rappresentanza e contribuito alla redazione della Costituzione austriaca, introducendovi istituti divenuti esemplari per le costituzioni successive; internazionalista, poiché indaga a fondo circa i limiti di operatività del diritto internazionale e il rapporto tra questo e il diritto statale, segue e incoraggia le mosse dell'organizzazione internazionale finalizzate al mantenimento della pace tra le due guerre mondiali, lo sviluppo dell'ordinamento internazionale e la fondazione dell'ONU; teorico delle istituzioni e delle dottrine politiche, promuovendo l'idea democratica come la migliore forma possibile di vita politica e sociale, da assurgere a teorico della democrazia.

<sup>536</sup> B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 24-25.

diritto, della costituzione, della democrazia risulta attuale e utile allo scopo di una ricerca complessa che vede la crisi di Weimar sullo sfondo degli studi dei giusfilosofi in esame.

Nel delineare, sinteticamente, la vita e il pensiero di Kelsen nell'arco del quindicennio weimariano, è bene concentrarsi sull'intreccio tra la sua teoria giuridica e sulla sua lotta a difesa della democrazia e della costituzione tramite la sua idea di "custode".

Secondo molti, la teoria pura di Kelsen ha in sé un significato politico. Se ciò possa apparire, per alcuni, una considerazione azzardata, non lo è quella per cui la teoria giuridica pura e quella democratica sono legate l'una all'altra. A dimostrazione di ciò, è sufficiente notare come la teoria pura rappresenti una frattura con la tradizione giuridica tedesca e come gli studi costituzionalistici di Kelsen influiscano sulle decisioni delle istituzioni democratiche austriache.<sup>537</sup>

La scelta verso la democrazia non esclude la purezza, il formalismo e l'avalutatività propri di Kelsen, il quale, peraltro, nega il carattere politico dei propri scritti, affermando che la Teoria pura non rappresenta il proseguimento della teoria liberale-individualistica dello Stato di diritto, pacifismo e democraticismo politico. L'autore, infatti, in base al caposaldo dell'avalutatività scientifica, ritiene che una teoria non può apparire pura e allo stesso tempo rivestire un aspetto liberale, democratico e pacifista.<sup>538</sup>

Atteso il ritardo nell'affermazione della liberaldemocrazia in Austria e Germania rispetto alla Francia, gli Stati Uniti d'America e l'Inghilterra, la Teoria pura per rimediare si presenta come giuridica, ma anche giuridicamente pura, priva di assilli politici. Essa segue il modello concreto di diritto della legislazione, parlamentare e costituzionale, rappresentando «il rovescio giuridico della medaglia politica liberaldemocratica».<sup>539</sup>

Da "tipo reale" con qualche istituzione liberaldemocratica, come la legislazione parlamentare e lo Stato costituzionale, "a doppio livello di legalità", a "tipo ideale", valevole per ogni contesto sociopolitico. D'altronde, il formalismo e l'avalutatività di un modello tale, che si applica a situazioni anche diverse od opposte a quelle su cui si basa, fondano le critiche alla Teoria pura di contrassegnare quale Stato di diritto qualsivoglia sistema politico, anche se illiberale o antidemocratico. Pure per tali ragioni, conviene interpretare il Kelsen filosofo politico per capire meglio quello teorico del diritto. Quest'ultimo, dagli anni Trenta, si è concentrato soprattutto nella generalizzazione e nella purificazione della Teoria pura, celando i contenuti che la congiungono alla liberaldemocrazia, con l'effetto di presentarla come una

<sup>537</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 8-9.

<sup>538</sup> H. Kelsen, *Formalismo giuridico e Dottrina pura del diritto* (1929), in H. Kelsen - R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, 1992, p. 44.

<sup>539</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 11.

inconsapevole difesa di qualsiasi potere concreto. Ciò accade durante la disfatta della democrazia in Germania.<sup>540</sup>

Eppure, anche nella tesi per cui una legge incostituzionale sarebbe valida perché posta da un organo con l'autorità di farlo fino all'annullamento di una Corte costituzionale, tesi implicita nella giustizia costituzionale kelseniana e ribadita negli ultimi scritti, cela un carattere liberaldemocratico. Ciò, in quanto mostra come la Costituzione risulterebbe sterile senza il controllo di legittimità costituzionale delle leggi, fondamentale per la democrazia, secondo il Kelsen degli anni Venti. Emerge, anche da qui, la correlazione tra le tesi teorico-giuridiche e quelle teorico-politiche.<sup>541</sup>

Per tali ragioni, si è affermato che la spendibilità del pensiero kelseniano nella contemporaneità del mondo occidentale risiede nella commistione tra il carattere teorico-giuridico e quello teorico-politico della sua opera (Kelsen teorico del diritto e della politica).

In altri termini, Kelsen quale teorico del diritto e della politica congiuntamente sarebbe attuale. E, perciò, attuale risulterebbe la sua teoria della democrazia. Tuttavia, nel dire ciò, occorre tenere presente che egli sceglie tesi avanzate dal pensiero liberale e democratico sin dal periodo delle rivoluzioni occidentali, per poi legarli in una teoria valida nell'ampio dibattito teorico del Novecento sulla democrazia e fedele alle idee diffuse all'epoca, proprio tirando le somme dalla crisi dello Stato liberale dell'Ottocento. Ricordare che Kelsen resta uno dei giuristi più influenti sulla Costituzione italiana, come su altre nel mondo, vale ancor di più oggi, in un periodo di riforme costituzionali, se oggetto di queste sono proprio i capisaldi della dottrina kelseniana: parlamentarismo, consociativismo, proporzionalismo.<sup>542</sup>

Ma allo stesso tempo, come la teoria pura, anche quella della democrazia è più storicizzata che sviluppata. A livello filosofico-politico e costituzionalistico, essa non è di certo una novità assoluta, mentre a livello di scienza politica è superabile da teorie successive. Dunque, l'attualità di Kelsen è data soprattutto dalla commistione della sua teoria giuridica con quella sua politica. Il rapporto tra diritto e politica caratterizza la modernità, cui anche Kelsen appartiene, lungi dall'annoverarlo tra i giuristi della tradizione tedesca o tra i teorici dell'indipendenza del diritto dalla politica.<sup>543</sup>

Dunque, Kelsen non è solo il giurista della Teoria pura, ma anche studioso del diritto positivo, storico del pensiero politico-giuridico, antropologo-sociologo e filosofo politico. Il Kelsen teorico generale del diritto è interdipendente con quello filosofo

---

<sup>540</sup> *Ivi*, pp. 15-16.

<sup>541</sup> *Ivi*, p. 19. Sulle tesi kelseniane appena brevemente esposte, cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 123.

<sup>542</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>543</sup> *Ivi*, p. 39. Cfr. sull'appartenenza di Kelsen alla tradizione giuridica tedesca, M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit., pp. 51-103e C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 257-345.

politico.<sup>544</sup> Kelsen è tra i principali filosofi del diritto della prima metà del Novecento ed uno tra i più originali teorici della politica.<sup>545</sup>

Norberto Bobbio considera Kelsen giurista e teorico politico, cui si è ispirato per le proprie teorie su democrazia e pace, argomenti che, insieme a quello del riconoscimento e della protezione dei diritti umani, sono strettamente collegati, in quanto «tre momenti necessari dello stesso movimento storico».<sup>546</sup>

Come già sottolineato, Kelsen non è solo giurista e teorico del diritto, ma studioso di diritto pubblico, si occupa di teoria dello Stato dal punto di vista giuridico, da cui emergono due temi fondamentali, quali la democrazia e la pace. La democrazia quale «un insieme di regole destinate a permettere a un insieme di individui di prendere decisioni collettive col massimo di consenso»; la pace quale forma di pacifismo istituzionale, attraverso il diritto. Kelsen occupa, per Bobbio, di cui si dice debitore, nella storia del pensiero giuridico e politico contemporaneo un posto più vasto di quello limitato ai temi della norma e dell'ordinamento giuridico, delle fonti del diritto o del potere di produrre diritto.<sup>547</sup>

---

<sup>544</sup> G. Gavazzi, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di G. Gavazzi, Bologna, 1981, pp. 8-9.

<sup>545</sup> G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, 1992, p. 257.

<sup>546</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. VII.

<sup>547</sup> N. Bobbio, *Prefazione* a Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, pp. 11-12. Intorno al 1930, Bobbio e Treves iniziano gli studi di filosofia del diritto, la cui patria in quegli anni è senza dubbio la Germania. Jhering, Bergbohm, Lasson, Kohler, Thon, Bierling, Merkel, Jellinek, Stammler, Binder, Radbruch sono alcuni dei maggiori filosofi di quel periodo. Quelli italiani della generazione precedente a quella di Bobbio e Treves, Giorgio Del Vecchio, Adolfo Ravà, Gioele Solari sono di cultura tedesca. Negli anni dell'apprendistato di Bobbio, Kelsen – di cui già sono pubblicati *Hauptprobleme* e *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* – è iniziato a essere tradotto e studiato. Bobbio e Treves, entrambi allievi di Solari si indirizzano alla filosofia giuridica tedesca, dividendosi il campo: Treves studia la Scuola di Marburgo, cui si ispira Kelsen, mentre Bobbio la fenomenologia, che già si è tentato precedentemente di estendere al diritto. Al 1934 risalgono le pubblicazioni *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo* di Treves, dal quale discende la fortuna di Kelsen in Italia, e *L'indirizzo fenomenologico della filosofia sociale e giuridica* di Bobbio, i cui studi sulla fenomenologia della teoria del diritto non hanno seguito. Se dagli inizi della carriera accademica Bobbio è considerato non tanto un “non-kelseniano”, quanto un “anti-kelseniano”, dagli anni '40 e '50 del secolo scorso avviene la sua conversione al kelsenismo, venendo poi considerato il “responsabile della kelsenite italiana”. Bobbio parla della Scuola di Vienna come «uno dei più interessanti fatti culturali che hanno avuto luogo ed esercitato profondo influsso negli studi giuridici» in quegli anni. La conversione di Bobbio al kelsenismo è interpretabile come il prodotto ultimo di una emancipazione dalla tradizione culturale in cui si forma. La filosofia che domina il periodo in cui Bobbio avvia i propri studi è l'idealismo, una filosofia speculativa. «Avvenne allora nell'ultimo anno prima della fine della guerra, dopo che ebbi rifiutato le seduzioni dell'esistenzialismo interpretato come filosofia del decadentismo, l'incontro salutare con la filosofia positiva di Carlo Cattaneo e con la sua critica radicale delle “scuole braminate”». Che la filosofia positiva fosse per molti filosofi italiani una non-filosofia, non fu per me ragione di turbamento. Cattaneo aveva affrontato nella sua vita problemi reali di riforma dell'economia, delle istituzioni, del governo centrale e locale, si era occupato di ferrovie e di carceri, di agricoltura e di commerci, tutti problemi che il nostro paese avrebbe dovuto risolvere dopo la catastrofe di una guerra perduta». «Abbandonata la filosofia speculativa per la filosofia positiva, la filosofia del diritto mi si venne sempre più risolvendo nella teoria generale del diritto. Quindi, definita la teoria generale come teoria formale, finii per trovarmi faccia a faccia con Kelsen e la sua *Reine Rechtslehre*, “pura” perché “formale”, tanto che fui indotto a prenderne calorosamente, direi quasi baldanzosamente, le difese dai suoi numerosi detrattori, per un verso, i sociologi, per un altro verso, i giusnaturalisti, con quell'articolo del 1954 (...) – [La teoria pura del diritto e i suoi critici, di cui si dirà *infra* nel testo] e a tentare di darne una

La maggior parte degli interpreti di Kelsen sono concordi nel rilevare che il padre della teoria pura ricopre un ruolo centrale nel pensiero giuridico e politico del primo Novecento e che la comprensione dei due ambiti della sua ricerca è possibile se gli aspetti giuridici sono analizzati insieme a quelli politici, in quanto indivisibili.

In Italia, è più conosciuto il Kelsen teorico del diritto “puro” e del diritto internazionale, rispetto al Kelsen teorico della politica e della liberaldemocrazia. Una dicotomia, questa, risalente agli anni Trenta, periodo in cui, tramite soprattutto ad Arnaldo Volpicelli e Renato Treves la cultura italiana entra in possesso delle prime formulazioni delle teorie kelseniane.<sup>548</sup>

Agli intellettuali italiani di quel tempo risulta più agevole trattare i concetti puri e formali della teoria giuridica, di cui si appropriano, che quelli concernenti il rapporto tra democrazia e diritto, capitalismo e socialismo. In ciò, Gavazzi vede una “doppia” ingiustizia ai danni di Kelsen: «da un lato per il Kelsen della *Reine Rechtslehre*, che fu letto come il santo protettore di qualsiasi sistema politico, e dall’altro per il Kelsen teorico della democrazia, che fu sostanzialmente ignorato».<sup>549</sup>

Ad ogni modo, come noto, Kelsen è stato e continua ad essere bersagliato dai critici da diverse angolature, come pure è stato difeso e continua ad esserlo da molti interpreti del suo pensiero, oltreché, naturalmente, da coloro i quali si considerano suoi allievi o debitori.

interpretazione autentica, in un articolo dello stesso anno, in cui distinguevo il formalismo giuridico, che accettavo e attribuivo a Kelsen, dal formalismo etico, che ripudiavo. Da allora il mio kelsenismo ebbe il suo pubblico suggello» (*ivi*, pp. 5-8). In sintesi, già dagli anni Trenta, alcuni scritti di Kelsen iniziano a circolare in Italia grazie soprattutto a Treves, mentre il pensiero di Kelsen diviene influente nel dibattito giusfilosofico italiano negli anni Cinquanta grazie a Bobbio che ne diventa interprete e divulgatore.

<sup>548</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., p. 42. Treves – come già *supra* accennato – è l’autore in Italia dei primi contributi di natura filosofica sulla teoria pura del diritto di Kelsen, nonché, insieme a Giorgio Del Vecchio, il corrispondente italiano del giurista austriaco per oltre trenta anni; Bobbio, invece, con cui Treves inizia i propri studi di filosofia in Italia e in Germania, non ha rapporti diretti con Kelsen, salvo che una sola volta in occasione del convegno sul diritto naturale del 1957 a Parigi). Sul tema della fortuna di Kelsen in Italia e per una ricerca bibliografica sul Maestro di Vienna, si segnalano i seguenti contributi: M.G. Losano *et alia*, *Reine Rechtslehre in Italien*, in AA.VV., *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien, 1978, pp. 151-179, “saggio bibliografico ragionato”, già concluso nel 1977 in lingua italiana, poi tradotto in lingua tedesca per la «Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts» e infine rielaborato in lingua italiana in M.G. Losano *et alia*, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 8, 1979, pp. 465-500, ristampato in M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, pp. 179-212; V. Frosini, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in «Il Veltro. Rivista della civiltà italiana», XXI, 1977, nn. 5-6, pp. 761-768; F. Riccobono, *Kelsen in Italia. Bibliografia*, in «Il Veltro. Rivista della civiltà italiana», fasc. 5-6, 1977, pp.769-782, bibliografia poi ampliata in F. Riccobono, *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, 1983, pp.199-217; A. Merlino, *La recezione di Kelsen in Italia*, cit.: secondo Frosini «il nome di Kelsen era entrato “nel circolo vitale della cultura giuridica italiana” con la critica che Santi Romano aveva rivolto alla dottrina pura del diritto nelle pagine de *L’ordinamento giuridico*, pubblicato in prima edizione a Pisa nel biennio 1917-18 e riedito nel 1946» (*ivi*, p. 215).

<sup>549</sup> G. Gavazzi, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, cit., pp. 12-13.

A causa del carattere antigiusnaturalista, normativista e formalista della sua teoria scientifica del diritto, viene tacciato di essere precursore di una dittatura nazista o comunista e di aver contribuito alla disfatta della Germania.

Molti studiosi, tra cui Matteucci, intervengono a favore di Kelsen, rilevando come le critiche mosse al giurista praghese siano frutto di un grande abbaglio. Ciò, basandosi sull'analisi kelseniana delle istituzioni democratiche fondate sulla libertà, del ruolo dei partiti nello Stato democratico che necessitano di una formalizzazione costituzionale, del sistema proporzionale declinato in senso liberale e del fondamentale apporto del popolo nell'iniziativa legislativa e sulla ricerca kelseniana circa la cultura più compatibile con la libertà e la tolleranza umana.<sup>550</sup> Secondo Vittorio Frosini, «per filosofare occorre kelsenizzare: il giurista siciliano era persuaso che la scienza giuridica non potesse prescindere dalla *Reine Rechtslehre* di Hans Kelsen (...). Per Frosini kelsenizzare significava storicizzare il pensiero giuridico kelseniano e la sua eredità».<sup>551</sup>

Tuttavia, come noto, non finiscono qui le frecce scoccate dall'arco dei critici di Kelsen.

All'indomani della pubblicazione di *Lineamenti di dottrina pura del diritto* nel 1952 in Italia (traduzione ad opera di Renato Treves della prima edizione della *Reine Rechtslehre* del 1934 di Kelsen), la distinzione kelseniana tra scienza del diritto e sociologia non suscita grandi reazioni, essendo quest'ultima inesistente e la giurisprudenza sociologica criticata da Kelsen ignorata. Anche il movimento antiformalistico non si scaglia contro il formalismo kelseniano, in quanto nel campo dell'interpretazione Kelsen lo abbandona, dichiarando che la funzione giurisdizionale crea il diritto e non lo dichiara, negando la certezza del diritto come gli antiformalisti. Qualche critica, sul punto, proviene dai marxisti, seppur confusa, come quella sulla ideologia politica attribuita a Kelsen, ossia manifestazione dell'individualismo e del liberalismo borghese.<sup>552</sup>

Una reazione più vivace si riscontra, invece, per la distinzione tra scienza giuridica e politica che include la critica al giusnaturalismo. Gli studiosi italiani, in quegli anni, non solo accusano Kelsen di indifferenza ai problemi della politica, di legalismo e di pessimismo circa la razionalizzazione della giustizia, ma valutano la sua dottrina ideologica, anche nelle distinzioni nelle norme tra validità ed efficacia e tra validità e valore. Tra questi, spunta Giuseppe Capograssi che proprio nel 1952, in *Impressioni su Kelsen tradotto*, nega il successo di tali distinzioni, sostiene che Kelsen non si astenga da giudizi di valore, malgrado il suo proposito contrario, e definisce la

<sup>550</sup> Cfr. N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, cit., *passim*.

<sup>551</sup> A. Merlino, La recezione di Kelsen in Italia: Santi Romano e Giuseppe Capograssi, in L. Campos Boralevi (a cura di), *Challenging Centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze, 2011, p. 215.

<sup>552</sup> R. Treves, *Prefazione* (1967) a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, traduzione di R. Treves, Torino, 1952, pp. 17-18.

dottrina pura una ideologia della forza tramite norme in grado di annientare intere generazioni umane.<sup>553</sup>

Ciò, dimenticando che Kelsen rifiuta fermamente una siffatta ideologia, scrive diversi saggi a salvaguardia della libertà e della democrazia e progetta la Costituzione austriaca del 1920 che si fonda su tali principi. Pertanto, arriva nel 1954, l'articolo di Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, rilevando che Kelsen è un difensore della democrazia e che le critiche mosse da Capograssi al giurista di Praga derivano dal medesimo errore commesso dai giusnaturalisti, ossia la «confusione tra criterio di validità e criterio di giustificazione del diritto», criteri che Kelsen invece tiene a distinguere, tanto quanto le questioni ad essi collegate.<sup>554</sup>

«Che le leggi razziali (...) siano inique, non toglie che purtroppo siano esistite e siano state non soltanto valide, ma anche (per il modo con cui furono messe in atto e trovarono esecutori entusiasti e masse di consenzienti) efficaci. E, se sono esistite, è chiaro che il problema della loro validità, o applicazione, o interpretazione era nell'ordinamento in cui vigevano un problema diverso da quello della loro valutazione». Bobbio, così, riconosce il tentativo di Kelsen di separare il concetto di “validità del diritto” da quelli di “valore del diritto” ed “efficacia del diritto”. Ciò non significa che Kelsen sia immune da incongruenze nella sua dottrina, come rilevato dai critici nel corso degli anni. Tuttavia, tali rilievi non consentono di giudicare la teoria pura come ideologica, ma soltanto imperfetta. Perciò, osserva Treves nel 1967, «la scienza giuridica odierna, per progredire, deve andare oltre Kelsen, magari contro Kelsen». Di certo, allora come oggi, la trattazione dei problemi della scienza giuridica non può prescindere dalla conoscenza e dallo studio del Maestro della Scuola di Vienna.<sup>555</sup>

Peraltro, grazie al superamento dell'orientamento formalistico precedente e alla posizione ferma sulla “purezza” del diritto, Kelsen suscita interesse e riceve approvazione, al punto che vi si forma attorno una scuola composta da giuristi del calibro di Merkl, Verdross e Kaufmann che nel diritto pubblico e nella filosofia giuridica vanno anche oltre la teoria originaria. Si tratta della c.d. “Scuola di Vienna”, ove Kelsen inizia la carriera da docente universitario, la quale varca i confini austriaci e tedeschi per espandersi in quelli latini, notevolmente influenzati dal pensiero kelseniano.<sup>556</sup>

Se dalla sua ricezione in Italia agli anni '50 del '900 Kelsen è oggetto di studio e discussione da parte di giovani studiosi di diritto costituzionale, internazionale e privato – costituendo la sua teoria generale “una vera e propria iniziazione agli studi giuridici” –, nel 1954, anno di pubblicazione del saggio *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, Bobbio scrive che il Maestro viennese «è avvicinato con preconcetta diffidenza, e

---

<sup>553</sup> *Ivi*, pp. 18-19.

<sup>554</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>555</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>556</sup> *Ivi*, p. 24.

quindi meno compreso, talora superficialmente messo da parte come autore dannoso, talora incipientemente e acrimoniosamente osteggiato».<sup>557</sup>

Così Bobbio, divenuto ormai kelseniano tende a difenderne la portata: «il valore dell'opera di un giurista della statura di Hans Kelsen – statura, piaccia o non piaccia, imponente – non si misura col metro delle correnti di opinioni che si fanno e si disfano per il mutare degli eventi e delle ideologie che li muovono, e tanto meno col metro degli umori e delle “impressioni” personali». Inoltre, e ciò vale sempre, «per dissipare sospetti, per eliminare incomprensioni preconcepite, per ristabilire scale di valori sovvertite, per contrapporre ciò che è vivo a ciò che è morto, nulla val meglio che una onesta e franca rilettura dell'opera contesa».<sup>558</sup>

Ciò che appare inconfutabile è che Kelsen è un “creatore di diritto”. Crea una teoria giuspositivistica senza compromessi – divenendo il padre delle scuole giuridiche moderne, oltreché della Scuola giuspositivistica di Vienna –, la Dottrina pura del diritto, le cui basi sono poste già negli *Hauptprobleme* del 1911 e la sua applicazione è coronata dalla scoperta della norma fondamentale quale teoria della fondazione della costituzionalità della produzione di diritto ad ogni suo livello, legislativo, giurisdizionale e amministrativo. Tale scoperta come fondamento logico dell'unità dell'immagine giuridica interna dello Stato e come essenza dell'ordinamento

---

<sup>557</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p. 16. Sulla recezione della dottrina pura del diritto di Kelsen in Italia, cfr. V. Frosini, *La critica italiana a Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 38, 1961, pp. 201-213, ristampato in Id., *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971, pp. 263-277 e A. Merlino, *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, Napoli, 2013. Inoltre, come fa notare Riccobono, in Id., *L'antikelsenismo di Costantino Mortati. Temi e luoghi*, parte II di V. Frosini-F. Riccobono, *Mortati e Kelsen*, in M. Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007, p. 610, una certa influenza nella recezione italiana della *Reine Rechtslehre* è esercitata dall'opera antikelseniana di Mortati, *La costituzione in senso materiale*, stante l'evidente conoscenza della letteratura di Kelsen e il peso critico *ivi* espressi. Sul rapporto tra Mortati e Kelsen, si veda V. Frosini-F. Riccobono, *Mortati e Kelsen*, cit., pp. 593-620, saggio «pensato ed elaborato congiuntamente dai due autori» – già apparso in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, 1999, pp. 407-430 – composto da una prima parte di Frosini, *Per un confronto fra Mortati e Kelsen: spunti metodologici*, pp. 593-602, e da una seconda di Riccobono, *L'antikelsenismo di Costantino Mortati. Temi e luoghi*, pp. 602-620, in cui viene tracciato il pensiero di due importanti giuristi che percorrono il medesimo “territorio storico”, ma i cui “tracciati di pensiero” viaggiano parallelamente a livello cronologico, ma inversamente a livello ideologico, rendendo pieno di significato il confronto tra i due (*ivi*, p. 593), caratterizzato da una «scarsa “simpatia” dottrinale ed ideologica avvertita da Mortati per il padre della *Reine Rechtslehre*» per la «ovvia distanza tra una teoria incentrata sulla conversione giuridica del fatto sociale e una concezione giuridica compiutamente formalistica», da cui nasce «il duplice atteggiamento mortatiano verso l'opera di Kelsen: da una parte, un diffuso silenzio, anche laddove la specificità della trattazione avrebbe richiesto numerosi e articolati rimandi; dall'altra parte, circoscritti spazi di dura critica su temi ben selezionati» (*ivi*, p. 602); in altri termini, «l'indifferenza nelle tematiche più propriamente tecnico-costituzionali e la dura ma costruttiva critica nelle tematiche teoriche e teorico-costituzionali»; inoltre, «La facilità di cogliere i due atteggiamenti mortatiani verso Kelsen finora esaminati (...) è bilanciata dalla ardua decifrazione dell'atteggiamento antikelseniano nelle tematiche politiche. Se, infatti sono evidenti, nei risultati, le coordinate intellettuali e politiche dell'incontro tra il pensiero di Mortati e la concezione kelseniana della democrazia e del parlamentarismo, molto frammentari sono gli spazi dedicati al Kelsen politico nelle pagine mortatiane, così da suggerire l'immagine di un dissidio del quale appaia solo la vetta senza i tracciati del confronto puntuale che a tale vetta hanno condotto» (*ivi*, p. 617).

<sup>558</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p. 16.

costituzionale fa guadagnare alla sua teoria la denominazione di “giuspositivismo critico”. Il Maestro di Vienna inventa e sviluppa «l’associazione di democrazia e diritto, Stato e diritto, repubblica e diritto. Egli associa il sistema democratico all’idea che tale sistema debba consistere in una democrazia rappresentativa». <sup>559</sup>

Per tutti questi motivi, e non solo, Kelsen «è unanimemente considerato come il più insigne giurista del Novecento, che ha lasciato tracce indelebili nel campo del diritto costituzionale e del diritto internazionale e che, soprattutto, ha innalzato una costruzione teorica – la c.d. “Dottrina pura del diritto” (...) – costituente un epocale punto di rottura con il pensiero giuridico ottocentesco e un insopprimibile momento di confronto, nell’accoglimento o nel rifiuto dei suoi postulati, per la speculazione successiva nell’ambito della teoria giuridica e della filosofia del diritto». <sup>560</sup>

Rileggere gli scritti di Kelsen che dalla teoria del diritto portano alla teoria della democrazia, passando per la sua nozione di costituzione e la sua teoria sul custode, dai primi anni Dieci del Novecento e lungo tutto il quindicennio weimariano, significa riscoprire e ricordare il «giurista che maggiore influsso ha esercitato sulla scuola giuridica italiana, nel ventennio fra le due guerre», nonché riesaminare il «pensiero kelseniano alla luce delle critiche che da ogni parte si sono sollevate contro di esso, per un raffronto tra lui e i suoi oppositori, e forse per il ristabilimento di più giusti o meno appassionati giudizi». <sup>561</sup>

### 1. *La teoria del diritto dagli Hauptprobleme alla Reine Rechtslehre*

Il nocciolo duro della produzione scientifica kelseniana è la sua teoria del diritto, la quale non si riduce solamente alla sua *Reine Rechtslehre* del 1934. Essa, come già accennato, è il risultato di oltre venti anni di studio, segnati da almeno tre tappe fondamentali.

*Hauptprobleme* rappresenta la prima grande opera che contiene le basi della costruzione giuridica kelseniana. Da qui in poi, Kelsen gradualmente vi costruisce sopra la propria teoria, affiancando la dinamica giuridica alla statica, in modo da poterla applicare a determinate questioni, oltreché difenderla dagli attacchi dei critici. In più di venti anni, dal 1910 al 1934, la produzione scientifica di Kelsen, fitta e variegata, tratta la sistematica e la teoria generale del diritto e dello Stato, affronta questioni di diritto costituzionale ed internazionale, approfondisce problemi teorici di filosofia giuridica e

<sup>559</sup> F. Ermacora, *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco* in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 27-28; la citazione riportata è *ivi*, p. 28.

<sup>560</sup> F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 219-220.

<sup>561</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p. 16. Per una critica di talune presunte aporie nell’opera di Kelsen (otto nella teoria del diritto e due nella teoria della democrazia, tra loro variamente collegate) e relative a tesi già discusse nella letteratura sul pensiero kelseniano, si veda la recente sistematizzazione di L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016.

di metodologie delle scienze, problemi storici circa il pensiero politico antico e medievale.<sup>562</sup>

Le opere scritte in questi anni, pur nella diversità dei temi trattati, presentano un'omogeneità di fondo che esprime nell'insieme la dottrina giuridica kelseniana, presentata chiaramente e sinteticamente nella Teoria pura del 1934 – «definitiva sistematizzazione della dottrina giuridica del Kelsen pre-americano» –, ma destinata a svilupparsi progressivamente.<sup>563</sup>

Nel presente paragrafo, dunque, si intende offrire una panoramica del percorso scientifico che ha condotto Kelsen, nell'arco di circa venticinque anni, alla realizzazione della sua teoria giuridica. Ciò, tramite la presentazione di opere (*Hauptprobleme* del 1911, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* del 1911 e *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* del 1931) che si reputano di rilevante importanza per la definizione della *Reine Rechtslehre* del 1934, alla quale sarà dedicata un'analisi più approfondita.

### 1.1. Hauptprobleme: i fondamenti della teoria giuridica kelseniana

Nel febbraio del 1911, viene pubblicato il libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, ove sono posti i pilastri che sostengono la sua idea di sistema giuridico. La teoria del diritto kelseniana, presentata qui in modo non definitivo per la prima volta, rappresenta il *trait d'union* degli indirizzi formalistici sviluppatasi nella scienza e nella filosofia del diritto, oltreché il superamento dei punti estremi toccati da questi, depurando radicalmente l'impianto formale del diritto dal suo contenuto valutativo ed empirico. Perciò, la sua teoria è definita prima "normativa", poi "pura".<sup>564</sup> La sua tesi del 1911, gli *Hauptprobleme*, costituisce già un primo ed efficace tentativo per risolvere i problemi della teoria dello Stato adoperando una metodologia unicamente giuridica. Tale approccio è riscontrabile anche nelle sue successive opere principali, le quali danno corpo ad una teoria coerente ed unitaria, in linea con gli orientamenti scientifici di base kelseniani.<sup>565</sup>

---

<sup>562</sup> R. Treves, *Prefazione (all'edizione italiana del 1952)* a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 26.

<sup>563</sup> *Ivi*, p. 27. La definizione della teoria giuridica di Kelsen qui citata appartiene a F. Riccobono, *Introduzione* a H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 1.

<sup>564</sup> R. Treves, *Prefazione (all'edizione italiana del 1952)* a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 24.

<sup>565</sup> Trattasi della già menzionata *Hauptprobleme*, di *Allgemeine Staatslehre* (Teoria generale dello Stato) del 1925, di *Reine Rechtslehre* (Teoria pura del diritto) del 1934, di *General Theory of Law and State* (Teoria generale del diritto e dello Stato) del 1945 e di *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria generale delle norme) del 1979.

Da *Hauptprobleme* del 1911, secondo la maggior parte degli interpreti, inizia la produzione scientifica kelseniana e, secondo Kelsen stesso, muovono le sue ricerche successive, il cui valore “essenziale” e “programmatico” è dato dal “teorema” su cui è basato detto lavoro. Nella *Premessa ai Problemi fondamentali*, il maestro viennese afferma che «il principio del metodo è portato così in primo piano che l’esposizione e la soluzione dei problemi della dottrina del diritto dello stato affioranti entro i confini stabiliti non ci sono tanto grazie a loro stessi quanto, piuttosto, grazie ad una esemplificazione intuitiva dei principi metodologici riconosciuti come giusti».<sup>566</sup>

Un lavoro “eminente metodologico”, per usare le parole di Kelsen, in quanto ogni sua ricerca giuridica poggia sulla corretta applicazione del principio metodologico, la cui definizione e le cui condizioni di possibilità sono i problemi fondamentali. Solo in base a tale principio sono riconosciuti i problemi da trattare in una teoria del diritto dello Stato.<sup>567</sup>

Kelsen sostiene che proprio la corretta impostazione di tale principio rende possibile la conoscenza del diritto e il diritto stesso. Solo questo determina se e quando un fatto è da ritenersi giuridico: «metodologicamente, *prima* viene la questione del principio, della sua definizione, delle sue condizioni di possibilità, della sua corretta applicazione, *e solo dopo* si potrà affrontare il problema della norma, della sanzione, dell’ordinamento giuridico, delle fonti». Dunque, «i *fondamenti* sono le vere e proprie questioni preliminari alle quali riallacciarsi continuamente, sono gli *Hauptprobleme*». Kelsen, pur consapevole dei rischi delle speculazioni metodologiche e della mancanza di favore nell’ambiente giuridico di siffatte analisi, afferma che solo tale principio del metodo dovrà guidare ogni trattazione concernente la teoria del diritto statale, definendolo, pertanto, “principio metodologico fondamentale”.<sup>568</sup>

Gli *Hauptprobleme* – poste come “fondamenti” le “questioni preliminari” – rendono la teoria del diritto dello Stato una tesi fondamentale sul diritto, sulla cui base definiscono oggettivamente il campo di ricerca, il metodo, le condizioni di possibilità e gli obiettivi di una scienza positiva del diritto positivo.<sup>569</sup>

La risposta di Kelsen agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* è la costruzione di una *Reine Rechtslehre*. La conoscenza giuridica, così come la conoscenza in generale, infatti, secondo il Maestro di Vienna, deve tendere alla purezza, puntare all’oggetto diritto e allo spazio occupato dalle sue forme, senza falsificazioni che lo

---

<sup>566</sup> A. Ballarini, *L’ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Torino, 2000, p. 87. La citazione *ivi* riportata è tratta da H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, 1991, pp. 1-2.

<sup>567</sup> *Ibidem*.

<sup>568</sup> *Ivi*, p. 88. Si veda *ivi*, pp. 89 ss., per l’individuazione e la relativa spiegazione dei cinque punti tramite cui è possibile definire il “principio metodologico fondamentale”, che poi sono le “questioni preliminari” che Kelsen pone quale base della sua ricerca.

<sup>569</sup> *Ivi*, p. 113.

snaturino. Tale purezza diventa possibile tramite un'operazione metodologica di sostituzione dell'essere con la forma.<sup>570</sup>

La dottrina pura del diritto è fondata sui principi e sulla struttura degli *Hauptprobleme*, divenendo così la prima realizzazione di una conoscenza del diritto nuova, resa necessaria dal principio di realtà rispetto ad ogni forma fenomenica. Essa è pura, in quanto tramite una corretta applicazione del principio metodologico fondamentale (contrasto irriducibile tra contenuto e forma) entra nel campo della forma privo dei contenuti dell'essere.<sup>571</sup>

L'ordine giuridico ricostruito da Kelsen è "l'ordine dell'accadere", autonomo, oggettivo secondo il mondo moderno, basato sulle conclusioni cui tale oggettività porta necessariamente. Il "principio metodologico fondamentale" di Kelsen è dato dall'antitesi tra contenuto e forma e tra essere e dover essere, presente in ogni suo scritto: la mancanza dell'essere; il darsi esclusivo dell'apparire; la sostituzione dell'autonomia dell'accadere allo schema metafisico del fondamento; la riconduzione dell'oggettiva validità del diritto a tale autonomia, ai suoi elementi, alle sue condizioni di possibilità.<sup>572</sup>

Con tale principio, Kelsen accetta e adopera "il principio di realtà", valido per ogni scienza positiva del diritto positivo e per sistemare l'ordine giuridico moderno in base alla realtà medesima. Ne consegue, in Kelsen, un'interpretazione del diritto "essenzialmente formale", in quanto tale (priva di essere e di fondamento, legittima, autonoma, artificiale) è "la positiva oggettività delle cose". E ne consegue, pure, "la nuova sintassi giuridica" basata da Kelsen sul "fatto" che le categorie che riportano l'accadere alla metafisica sono falsificanti. Essendo formale, l'ordine giuridico è strutturato in base a due categorie che annullano gradualmente le precedenti, ovvero forma e formalismo, che sorrette dalla positività individuano esclusivamente i problemi fondamentali (*Hauptprobleme*) di qualsivoglia scienza positiva del diritto positivo.<sup>573</sup>

La forma è contrapposta da Kelsen, negli *Hauptprobleme*, al contenuto. Essa alza il muro insuperabile tra oggettività e falsificazione, postula primariamente che le leggi giuridiche non spiegano l'essere, né sono espressione di un accadere reale, sostituisce la "positività metafisica" con la "positiva artificialità del fisico", ripropone in campo giuridico i *Grundsätze* concernenti la relazione tra essere e apparire e la "estraniazione metafisica", stabiliti soprattutto da Marx e Nietzsche agli albori dell'era contemporanea.<sup>574</sup>

---

<sup>570</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>571</sup> *Ivi*, p. 135.

<sup>572</sup> A. Ballarini, *L'ordine giuridico moderno*, cit., pp. 29-30. Al riguardo, cfr. H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 3-13.

<sup>573</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>574</sup> *Ivi*, pp. 30-31. Per la prima comparizione della "forma" in contrapposizione al contenuto in Kelsen, si veda direttamente *Id.*, *Problemi fondamentali*, cit., p. 3; per un approfondimento sul limite segnato dalla forma tra oggettività e falsificazione, si veda *ivi*, p. 5; mentre, per un'analisi del primo postulato fornito

Il formalismo, invece, indica l'idea del mondo ispirata al radicale realismo. Essendo espressione dell'oggettività dell'accadere, esso contraddistingue ogni scienza positiva, rappresenta lo spartiacque tra scienza positiva del diritto positivo e interpretazione ideologica, indicizza il livello di oltrepassamento del diritto naturale ed «è sinonimo di ordine giuridico postmetafisico e della sintassi conforme all'oggettiva validità del diritto che deriva dall'autonomia dell'accadere».<sup>575</sup>

Gli *Hauptprobleme* sono le “questioni principali o “problemi fondamentali” che Kelsen intende impostare in modo corretto e risolvere, al fine di eliminare l'elemento metafisico inserito nell'ordine delle cose dai premoderni. Esse costituiscono le condizioni in base alle quali la scienza giuridica può operare in una realtà non più falsificata. Esse emancipano l'ordine giuridico da ogni schema tradizionale tramite un programma di “correzione dalla falsificazione”, lo stesso di quello pianificato dagli studiosi che muovono dalla premessa dell'autonomia dell'accadere. Nell'individuazione di tali questioni, Kelsen esclude qualsiasi conoscenza esplicativa perché questa prevede ancora l'essere, va oltre il modello delle scienze causali, oggettive, ma non formali in senso puro e nega ogni categoria che tende a interpretare metafisicamente il diritto.<sup>576</sup>

Ad avviso di Kelsen, l'ordine giuridico moderno, orientato all'accadere autonomo, può essere correttamente impostato tra forma e formalismo, tramite i problemi fondamentali individuati, grazie alle conclusioni e ai postulati espressi nei suoi scritti quali limiti entro cui vive il diritto reale. Non offrendo le leggi giuridiche spiegazione dell'essere né esprimendo un accadere reale, Kelsen riporta il diritto al “nesso di imputazione”, lo qualifica come “uno specifico sistema di senso” ed “una specifica tecnica sociale” e rimette la sua “oggettiva validità” alla “*Grundnorm*”.<sup>577</sup>

L'esposizione dei concetti elaborati da Kelsen nell'opera in esame – e qui parzialmente e sinteticamente riproposti – indica tutta la sua importanza ai fini della costruzione di una più completa teoria giuridica. Ma non è tutto.

Nella *Prefazione alla seconda edizione* degli *Hauptprobleme* (presente nella traduzione italiana), Kelsen svela anche il suo programma di ricerca:

Il fine cui sono rivolti i *Problemi fondamentali* e che da allora ha determinato anche tutti gli altri miei lavori è una *teoria pura del diritto come teoria del diritto positivo*. Già nella mia prima opera ho cercato di assicurare in un duplice senso la purezza della dottrina ovvero – il che è lo stesso – l'autonomia del diritto come oggetto di conoscenza scientifica.<sup>578</sup>

---

dalla forma («le leggi giuridiche non sono una spiegazione dell'essere, non esprimono un accadere reale»), si veda *ivi*, p. 36.

<sup>575</sup> *Ivi*, p. 31. Cfr. sul punto H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 179.

<sup>576</sup> *Ivi*, pp. 31-32.

<sup>577</sup> *Ivi*, p. 32.

<sup>578</sup> *Ivi*, p. 43 in nota. La citazione *ibidem* riportata è tratta da H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 11; per una ricostruzione del piano di ricerca di Kelsen, edificato sulla base di tre pilastri principali, si veda A. Ballarini, *L'ordine giuridico moderno*, cit., pp. 44 ss.

Kelsen afferma che la scienza giuridica può trattare unicamente del diritto positivo, posto da uno Stato legislatore, se vuole rimanere fedele a se stessa, ossia scienza del diritto. Al contempo, indica gli elementi strutturali della norma giuridica che non permettono di scorgervi soltanto un imperativo derivante da una volontà che detiene il potere di fare leggi. Al fine di evidenziare la distanza dal dogma della volontà legislatrice proprio dell'Ottocento, usa in *Hauptprobleme*, il termine neutro *Rechtssatz* (proposizione giuridica) – che esprime, inoltre, «la complessità epistemologica delle categorie delle scienze sociali impegnate a far valere la propria specificità contro la supremazia semplificatrice delle scienze naturali» –, in luogo di *Rechtsnorm* (norma giuridica), che riflette l'imperativismo ottocentesco.<sup>579</sup>

La capacità di «conoscere esclusivamente ed unicamente (...) che cosa e come è il diritto»<sup>580</sup> sarà il fattore determinante usato da Kelsen per spiegare la “purezza” della sua teoria del diritto positivo “reale e possibile” e non di un diritto giusto e per questo “radicalmente realistica ed empirica”, priva di attività assolutorie o condannatorie, scienza e non metafisica,<sup>581</sup> dunque, oggettiva ed esatta.<sup>582</sup>

## 1.2. Il metodo “puramente” giuridico

In *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* del 1911, Kelsen assoggetta la teoria del diritto dello Stato dell'ultima fase del costituzionalismo monarchico tedesco ad un'analisi ed una critica radicali, asserendo ripetutamente che i concetti della Scuola di Gerber e Laband, contrariamente alle asserzioni dei due autori, sono piene di sincretismo metodologico, andando oltre i limiti del puramente giuridico. Kelsen contrasta questo sincretismo con il proprio postulato metodologico fondamentale, influenzato dal neokantismo,<sup>583</sup> in base al quale “essere” e “dover essere” denotano diverse, logicamente irreconciliabili strutture di pensiero. Tali differenti forme di pensiero costituiscono diversi campi di conoscenza. Infatti, per Kelsen, il contrasto tra essi costituisce la base della divisione in discipline teoriche esplicative e normative, conoscenza di cause e conoscenza di norme.<sup>584</sup>

La scienza giuridica può essere concepita solo come conoscenza di norme; i suoi concetti possono solo provenire dal mondo del dover essere. Pertanto, Kelsen rifiuta, definendolo impossibilità logica, l'argomento di Jellinek e Weber per cui possono esserci differenti parti in uno stesso concetto. Un concetto, per Kelsen, non può avere

<sup>579</sup> F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 220.

<sup>580</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

<sup>581</sup> *Ivi*, p. 179 (*La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in appendice).

<sup>582</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>583</sup> Sulla teoria giuridica neo-kantiana, si veda H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986, pp. 70 ss.

<sup>584</sup> S. Koriath, *The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, Prologue to A.J. Jacobson-B. Schlink* (eds.), *Weimar*, cit., p. 46.

due contenuti concettuali. Così, la validità di una norma giuridica è un concetto esclusivamente normativo e la validità giuridico-sociologica delle norme è meramente una questione di efficacia di una norma. Kelsen riconosce solo la parte normativa della teoria a due facce di Jellinek.<sup>585</sup>

Il senso precipuo di tale opera di Kelsen del 1911 risiede nel suo tentativo di determinare precisamente la posizione metodologica della scienza giuridica. Fornisce una costruzione teorica e una certezza, prima mancanti, alla richiesta, avanzata sin dal 1850, di una autonomia metodologica della teoria del diritto dello stato. Il rigore metodologico di Kelsen assoggetta la scienza giuridica a precisi, esatti e oggettivi criteri scientifici. Il compito di sviluppare un positivismo epistemologicamente semplice lo guida alla sua teoria pura del diritto.<sup>586</sup>

Mentre, in base a diversi esponenti di matrice tedesca della letteratura giuspolitica e giuspubblicistica sulla Germania tra il XIX e il XX secolo, Kelsen, come Weber e Jellinek, resta fedele alla tradizione della seconda metà del diciannovesimo secolo, altri autori si distanziano dal programma positivista anche prima del 1914. Rimane dubbio se il loro obiettivo è il superamento del positivismo o semplicemente integrarlo, attese le deviazioni dal positivismo. La tendenza, in sostanza, è quella di scostarsi dai suoi riflessi metodologici. Ciò è rilevabile nelle prime opere di Kaufmann, Smend e Schmitt, autori che durante gli anni Venti sono tra i principali sostenitori di un distacco dalla tradizione formalista dell'Impero della teoria del diritto pubblico e di un passaggio dalla forma alla sostanza. L'emergente antipositivismo favorisce la mobilitazione delle forze della "vita", la forza dei fatti politici e delle idee storiche sul moderato, razionale e apparentemente basso tecnicismo del positivismo. Le teorie dello stato e del diritto sono dirette alla vita reale.<sup>587</sup>

Appare evidente come la metodologia di Kelsen sia influenzata dal neokantismo, mentre la visione antipositivistica corrisponda alla contemporanea scuola filosofica della "filosofia della vita" (*Lebensphilosophie*).<sup>588</sup>

---

<sup>585</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>586</sup> *Ibidem*.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

<sup>588</sup> "Vita" qui non si riferisce a fatti biologici e la relativa filosofia non intende fornire una risposta al significato della vita. "Vita" è un concetto culturale polemico, che punta contro «la civilizzazione che è diventata intellettualista e anti-vita» contro cui pone il potere della "vera esperienza" in tutta la sua irrazionalità (H. Schnädelbach, *Philosophie in Deutschland, 1831-1933*, Frankfurt am Main, 1983, pp. 172 ss.), traduzione mia. Tale scuola esprime un primo disagio con l'aumento della complessità del mondo, manifestantesi con la meccanizzazione e l'industrializzazione di tutte le aree della vita umana. Tracce di scetticismo verso il moderno (aumento della popolazione, democratizzazione, pluralismo sociale delle associazioni e delle organizzazioni economiche e isolamento dell'individuo in una società liberale carente di significato e orientamento) sono evidenti negli scritti di Schmitt, Smend e Kaufmann prima del 1914.

### 1.3. Teoria generale del diritto e materialismo storico

Il saggio *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* è un'opera fondamentale ai fini dell'inquadramento dell'assetto teorico della *Reine Rechtslehre* del 1934 – come ha opportunamente «messo nel giusto rilievo» per la prima volta il filosofo del diritto Francesco Riccobono, che nel 1979 si è curato di introdurla e tradurla al pubblico italiano. Ciò, in quanto la prima edizione della dottrina pura del 1934 ripropone pedissequamente pagine già scritte in questo saggio del 1931, il quale, dunque, presenta per la prima volta svariati concetti e criteri rilevanti di quella teoria. Inoltre, l'importanza di tale opera è data anche dalla compresenza di tali anticipazioni con la confutazione dei teorici del diritto marxisti, in particolar modo i sovietici Stučka e Pašukanis, su cui è maggiormente concentrato il testo. Ciò, perché qui Kelsen accusa i teorici marxisti di rientrare nella scienza giuridica tradizionale e di scadere nell'ideologia – più che per la loro esperienza politica e giuridica. Dunque, entrambe le considerazioni portano a sostenere che anche l'opera del 1931 in questione preannuncia il metodo anti-ideologico sul quale è basata la sua teoria pura del diritto.<sup>589</sup>

Pagine molto chiare Kelsen scrive all'inizio del saggio *de quo* (nel paragrafo intitolato, per l'appunto, “La concezione materialistica della storia, la dottrina ideologica e la dottrina pura del diritto”) al fine di fissare la “problematica” *ivi* racchiusa:

Il compito spettante alla concezione materialistica della storia rispetto alla teoria generale del diritto non può consistere in altro che nel tentativo di mostrare la teoria generale del diritto – quale è presente nelle opere dei giuristi borghesi ed è insegnata nelle scuole statali – come un'ideologia, o almeno di mostrare la funzione ideologica dei concetti e delle tesi da essa prodotti. La concezione materialistica della storia deve far ciò, in primo luogo, constatando, dal punto di vista di una critica immanente, le contraddizioni interne al sistema della teoria data – presupposta come tipo medio –, e, poi, spiegando queste contraddizioni intrasistematiche con la contraddizione nella quale i concetti e le tesi della teoria generale del diritto – come ideologia – stanno rispetto al loro oggetto, il diritto reale. La contraddizione interna (logica) è di regola sintomo di un sistema ideologico, potendo questo consistere non soltanto in proposizioni che nascondono la realtà, ma anche in proposizioni che la rappresentano. La critica immanente alla teoria generale del diritto vien fatta per una buona parte già dalla stessa, cioè da autori che non partono (...) dal punto di vista della concezione materialistica della storia, né da un punto di vista politico, né, in particolare, dal punto di vista politico che la stessa concezione materialistica della storia indica come il proprio: dal punto di vista dell'interesse di classe del proletariato.<sup>590</sup>

<sup>589</sup> F. Riccobono, *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 1-2. Il giusfilosofo italiano tiene a precisare che «la polemica antimarxista di Kelsen aveva già raggiunto la sua punta massima nel 1923 con la seconda edizione di *Sozialismus und Staat* e pagine più complete sui teorici sovietici del diritto Kelsen scriverà più tardi, seppure in uno stile ormai ripetitivo e scolorito» (*ivi*, p. 1).

<sup>590</sup> H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 55-56.

Grazie ad *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* diventa possibile sciogliere alcuni nodi irrisolti nella *Reine Rechtslehre*, concernenti la relazione tra la scienza e l'oggetto della conoscenza: 1) la mancata spiegazione del criterio di oggettività della conoscenza ovvero «del procedimento di verifica delle asserzioni scientifiche»; 2) la possibilità o l'impossibilità di una scienza della politica ovvero «di una scienza di ambiti non razionalmente strutturati», «di una trattazione scientifica del mondo dei valori».<sup>591</sup>

Circa il primo problema, occorre muovere dai paragrafi 2 e 3 del saggio *de quo*, dedicati l'uno al rapporto tra realtà e ideologia e l'altro a quello tra diritto e teoria del diritto,<sup>592</sup> in cui Kelsen separa l'«ideologia in senso stretto (occultamento e distorsione)» dall'«ideologia in senso lato (lo stesso mondo del *Geist* e delle strutture significanti del pensiero)», delineando un quadro che vede intersecarsi i rapporti ideologia-realtà e diritto-teoria del diritto. Così, Kelsen ritiene necessario indicare tre stadi maturati dalla contrapposizione relativa tra realtà e ideologia:

una infrastruttura di realtà sociale, consistente in atti giuridici psico-fisici, nei quali si esprime un rapporto di dominio in parte politico, in parte economico; un ordinamento giuridico, interamente di carattere ideologico (nel senso più ampio della parola), portato da questi atti e determinante questi stessi atti in un senso normativo; e una teoria del diritto, che non solo tenta – come ideologia nel senso più vasto – di portare ad una sistematicità di diritto come ideologia, ma anche – come ideologia nel senso più stretto – si adopera a legittimarlo, e proprio con questa sua funzione reagisce sulla conformazione del secondo livello.

Tramite tale schema è possibile cogliere «il carattere riduttivo della concezione kelseniana dell'ideologia».<sup>593</sup>

Da tali tre stadi «emerge, dunque, una singolare confluenza del senso più ampio nel senso più stretto dell'ideologia». Kelsen qui mostra la convinzione che il senso proprio dell'ideologia risieda nella sua accezione in senso stretto. Con le parole di Kelsen: «C'è qui 'ideologia' nel senso più stretto e proprio della parola, in quel significato in cui soltanto si dovrebbe parlare di ideologia».<sup>594</sup>

Per Kelsen la “vera” ideologia, quella in senso stretto, risulta nient'altro che «una distorsione o un occultamento della realtà, dipendente da un giudizio soggettivo di valore ovvero discendente dalla volontà particolare di un soggetto individuale o collettivo, indipendente produttore di opinioni». Tramite tale conclusione, *La Teoria*

<sup>591</sup> F. Riccobono, *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 9-10.

<sup>592</sup> H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 60-72.

<sup>593</sup> F. Riccobono, *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 10-11. La citazione di Kelsen, riportata *ibidem*, è tratta da H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 68.

<sup>594</sup> *Ivi*, pp. 14-15. La citazione di Kelsen, riportata *ibidem*, è tratta da H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 63.

*generale del diritto e il materialismo storico* svela il “criterio di oggettività” di *Dottrina pura del diritto*, ovvero “il criterio di obiettività della conoscenza” oltre gli “opposti interessi politici”, indicando la mancanza in questa di qualsiasi considerazione epistemologica e illustrando le fasi tramite cui Kelsen definisce “obiettiva” una teoria.<sup>595</sup>

A tale riguardo, valgono ancora le seguenti parole di Kelsen:

È soprattutto la tendenza nota sotto il nome di «Dottrina pura del diritto» o di «Scuola normativa della scienza del diritto» che da due decenni conduce una energica lotta contro la maggior parte delle posizioni della teoria giuridica tradizionale, e proprio secondo il metodo di una critica dell'ideologia. In quanto a ciò i risultati di questa tendenza della più recente scienza giuridica corrispondono in vastissima misura con le tendenze della concezione materialistica della storia e le tornano a favore. Ma la Dottrina pura del diritto esamina il proprio oggetto con la dichiarata intenzione di non servire ad un fine politico, ma solo ad un fine scientifico, di non servire ad una determinata volontà, ma esclusivamente alla conoscenza. La Dottrina pura del diritto cerca di mantenere contro ogni opposizione da destra e da sinistra l'esigenza di una separazione di principio tra politica e scienza (...). In ogni caso un criterio per tale obiettività della conoscenza risiede nel fatto che essa sia decisa a penetrare il carattere ideologico dei prodotti intellettuali, che da diverse parti le si offrono, non unilateralmente, e sia infine pronta a riconoscere il carattere ideologico anche dei propri risultati. (...) giacché riconosce come tali le ideologie di entrambe le parti, i suoi risultati sono sospettati da ognuna delle due parti come ideologia dell'avversario. E così non c'è da meravigliarsi che la Dottrina pura del diritto sia rifiutata da parte borghese come ideologia socialista e da parte socialista come ideologia borghese, né che i democratici la spieghino come fascismo e i fascisti come democraticismo. Ma proprio in ciò sta già una prova sicura della sua obiettività.<sup>596</sup>

Per Kelsen, dunque, l'obiettività nasce dall'annullamento di opinioni contrastanti.

Anche il secondo problema, quello della possibilità o meno di una scienza della politica, è risolvibile sempre restando nel campo dell'ideologia in senso stretto. Muovendo dall'assunto che la politica è espressione dell'ideologia, Kelsen assume che la scienza e la politica sono rigidamente separate e reciprocamente indipendenti, relativamente al metodo della ricerca, e che non è possibile avere una politica scientifica

---

<sup>595</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>596</sup> H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 55-58. In altri termini, quelli di Riccobono, «sempre nell'ambito del senso ristretto dell'ideologia, il carattere ideologico di un sistema teorico appare chiaramente a chi persegue l'interesse politico opposto a quello che si nasconde dietro il sistema in questione: ognuno vede l'altrui ideologia, ma rimane cieco verso la propria. Basterà superare questa unilateralità di giudizio e riconoscere il carattere ideologico dei propri risultati. La Dottrina pura del diritto manifesta tali intenzioni, e la prova che tali intenzioni si siano tradotte in realtà sta nel fatto che borghesia e socialisti, fascisti e democratici vedano in essa ognuno una manifestazione della parte avversa» (F. Riccobono, *Introduzione* a H. Kelsen, *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 15).

né una scienza della politica che non sia subalterna, con riguardo all'oggetto della ricerca.<sup>597</sup>

Così Kelsen non esita a svelare il criterio di obiettività della conoscenza né i passaggi della sua ricerca di una purezza metodologica, per raggiungere la quale reputa indispensabile smontare l'impalcatura ideologica della scienza giuridica tradizionale e al contempo confrontarsi con le linee di pensiero giuridico "nemiche", testimoniando gli attacchi dai quali è costretto a difendersi lungo gli anni di realizzazione della sua dottrina giuridica, innanzitutto tramite la separazione tra politica e scienza.

Da quanto sinora sostenuto, emerge chiaramente come il saggio in esame valga a preparare il terreno ad una prossima sistematizzazione della dottrina giuridica kelseniana, intendendo qui il Maestro di Vienna fornire in alcuni casi e ribadire in altri la definizione di taluni concetti chiave nella sua teoria pura del diritto e schierarsi apertamente contro alcune scuole giuridiche perché ritenute ideologicamente orientate.

Dunque, – riprendendo le lucide osservazioni di Riccobono – non può sfuggire come *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, saggio qui presentato in linea generale e toccato solo in alcuni suoi punti, manifesti la compresenza del dissolvimento della struttura ideologica della scienza del diritto tradizionale e del confronto con le scuole di pensiero giuridico divulgatrici di un programma politico e sociale, tra cui innanzitutto quella sovietica, esatti dalla ricerca della purezza metodologica da parte di Kelsen, nell'origine intellettuale e materiale della sua *Dottrina pura del diritto*.<sup>598</sup>

#### 1.4. *La teoria pura del diritto*

*Reine Rechtslehre* è un'opera di riferimento per la scienza giuridica, con notevole successo in Italia e in tutto il mondo occidentale e dal valore immutato.

Quando Kelsen decide di emigrare, intende diffondere la sua dottrina pura del diritto anche nei paesi non di lingua tedesca, ove è già famigerata, per cui ne espone i principi essenziali in un breve saggio, dapprima tradotto e pubblicato nel 1933 in diversi paesi – in Italia, *La dottrina pura del diritto. Metodi e concetti fondamentali*, «Archivio giuridico», vol. 2, 1933 –, poi leggermente modificato ed implementato da un ultimo capitolo sullo Stato e il diritto internazionale nel 1934 a Vienna – *Reine Rechtslehre*.

---

<sup>597</sup> F. Riccobono, *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 16.

<sup>598</sup> Sono ancora parole di Riccobono, le seguenti, utili a sintetizzare l'approccio di Kelsen con il materialismo storico di Marx in relazione alla sua concezione di ideologia (in senso stretto) su cui basa la sua teoria del diritto: «Dal punto di vista [del suo] concetto dell'ideologia e della epistemologia che su di esso si fonda diviene, dunque, per Kelsen una necessità teorica più che un impegno politico il confronto con la concezione materialistica della storia. E la pietra dello scandalo non può consistere in altro che nella costituzione ideologica e reale a un tempo del diritto secondo il marxismo, ovvero nel concetto di ideologia visto alla luce della dialettica struttura-sovrastuttura» (*ivi*, p. 23).

*Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (La dottrina pura del diritto. Introduzione alla problematica scientifica del diritto).

In Italia, solo dopo la guerra, nel 1952, Treves fa pubblicare l'edizione tedesca del 1934 da lui tradotta in italiano, con il titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto* e con l'aggiunta di due saggi. Eppure, già nel 1923 e fino all'inizio del secondo conflitto mondiale gli studiosi italiani trattano la materia kelseniana, sicchè tale pubblicazione – come anche *Teoria generale del diritto e dello Stato* dello stesso anno e *Società e natura. Ricerca sociologica* del 1953 – appare tardiva. Inoltre, questi e quelli seguenti sono gli anni dell'antiformalismo nella scienza giuridica, tanto che tali pubblicazioni sembrano quasi reazionarie per alcuni. Tuttavia, esse risultano fondamentali per la conoscenza del pensiero kelseniano in Italia, nonché per il dibattito scaturente dalle cruciali e sempreverdi questioni *ivi* espresse.<sup>599</sup>

Ed è Kelsen stesso, nella prefazione alla prima edizione di *Reine Rechtslehre*, a presentare mirabilmente la sua teoria e a svelare lo scopo principale da cui questa muove:

Una dottrina pura del diritto, cioè una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico naturalistico, una dottrina giuridica, cosciente del suo carattere particolare dovuto alla autonomia del suo oggetto. Anzitutto, il mio scopo è stato quello di elevare la giurisprudenza, che palesemente od occultamente si dissolveva quasi del tutto nel ragionamento politico-giuridico, all'altezza di una scienza autentica, di una scienza dello spirito. Si trattava di sviluppare le sue tendenze dirette non alla creazione, ma esclusivamente alla conoscenza del diritto, e di avvicinare il più possibile i suoi risultati all'ideale della scienza: oggettività ed esattezza.<sup>600</sup>

#### 1.4.1. *Analisi breve della teoria pura del diritto*

Circa la struttura dell'opera, la Teoria pura, così come illustrata nella sua prima edizione del 1934, consta di due parti.

La prima, “statica”, contiene l'estremo processo di depurazione delle strutture giuridiche formali dai contenuti empirici e metafisici. Nei primi due capitoli (I, *Diritto e*

---

<sup>599</sup> R. Treves, *Prefazione* (1967) a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 11-13. Per l'analisi della Teoria pura di Kelsen, adotto la prima edizione della *Reine Rechtslehre* del 1934, tradotta da Treves e pubblicata nel 1952, (e non la seconda del 1960, poi tradotta da Losano e pubblicata nel 1966, frutto di rielaborazione, ampliamento, un'opera diversa, per l'oggetto delle indagini più vasto e per il metodo usato per trattare i problemi mutato, con fini differenti e per un altro tipo di pubblico), in quanto frutto del lavoro di Kelsen che parte nel 1911 con gli *Hauptprobleme* e si sviluppa prendendo forma nel periodo weimariano, fino al 1934. Per una disamina ordinata ed esaustiva della Dottrina pura di Kelsen, si veda F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 219-243; per una sua interpretazione peculiare, si veda A. Ballarini, *L'ordine giuridico moderno*, cit.. Per una valutazione sintetica della scienza giuridica di Kelsen, definita “teoria pura in pratica”, si veda D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, cit., pp. 102-160.

<sup>600</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 41.

*natura*; II, *Diritto e morale*), il diritto quale oggetto della teoria pura, appartenente alla sfera del dover essere, conoscibile e razionale per sua natura è distinto dai fatti naturali e dai valori della morale e della giustizia, appartenenti alla sfera del dover essere, ideali irrazionali non conoscibili. Nel terzo e nel quarto (III, *Il concetto del diritto e la dottrina della proposizione giuridica*; IV, *Il dualismo della dottrina del diritto e il suo superamento*), secondo la sua concezione normativa quale giudizio ipotetico, le forme pure del diritto sono liberate dagli elementi estranei, psicologici e volutaristici. La distinzione tra validità ed efficacia è utile a delimitare il diritto come dover essere dalle condotte umane effettive quale essere. Il concetto di persona è ridotto a punto di imputazione di norme in modo da eliminarvi gli elementi psicologici e naturalistici e le ipostatizzazioni metafisiche. La critica delle distinzioni tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, tra rapporti giuridici personali e reali, tra individuo e comunità è funzionale all'individuazione e alla relativa eliminazione dalla scienza giuridica tradizionale degli ultimi sedimenti lasciati dal giusnaturalismo.<sup>601</sup>

La seconda, dinamica, composta dagli altri cinque restanti capitoli (V, *L'ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi*; VI, *L'interpretazione*; VII, *I metodi della produzione del diritto*; VIII, *Diritto e stato*; IX, *Stato e diritto internazionale*), evidenzia il riconoscimento da parte di Kelsen dei limiti del formalismo e il relativo bisogno di superarli. Nella trattazione della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, la produzione e l'applicazione del diritto e i rapporti tra Stato e diritto emerge il tentativo di porre in relazione il diritto (dover essere) con le condotte umane che lo creano e applicano (essere). In tal modo, si chiarisce che l'ordinamento giuridico è valido ed esistente in quanto efficace e che esso dipende da una norma fondamentale, spiegabile in termini di ipotesi, fatto o ideologia. La posizione e la scelta di questa avvengono tramite un atto di volontà, non di conoscenza, come nel caso della superiorità della norma di diritto internazionale rispetto a quella statale. Inoltre, si rileva che, a livello dinamico, produzione e applicazione del diritto non differiscono sostanzialmente. Circa l'interpretazione legislativa, infine, si consiglia di rifiutare la giurisprudenza dei concetti, tipica del formalismo giuridico, e di accogliere la teoria per cui il giudice crea il diritto e la giurisdizione non solo lo dichiara, ma lo produce.<sup>602</sup>

Per cominciare un'analisi – sintetica ed avente ad oggetto solo alcuni punti – della teoria giuridica di Kelsen, conviene partire dalle parole usate da Kelsen per definire la dottrina “pura” del diritto, rivelare il suo “principio metodologico fondamentale” e constatare la tendenza della scienza giuridica a snaturarsi.

---

<sup>601</sup> R. Treves, *Prefazione (all'edizione italiana del 1952)* a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 27.

<sup>602</sup> *Ivi*, p. 28.

La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali.

Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto.

Se viene indicata dottrina “pura” del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il suo principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti.

Uno sguardo alla scienza tradizionale del diritto nel suo sviluppo durante il corso dei secoli XIX e XX dimostra però chiaramente quanto questa sia ancor lontana dal rispondere a una tale esigenza di purezza. In modo del tutto acritico la giurisprudenza si è infatti mescolata con la psicologia e la biologia, con l’etica e la teologia. Oggi non esiste quasi più una scienza speciale nella quale il giurista non si creda competente; anzi, egli crede di poter accrescere la sua fama scientifica col prendere appunto in prestito elementi da altre discipline. Con ciò, naturalmente, la vera e propria scienza giuridica va perduta.<sup>603</sup>

Dunque, Kelsen definisce la dottrina pura del diritto quale una teoria del diritto positivo ovvero del positivismo giuridico<sup>604</sup> in grado di conoscere programmaticamente il diritto senza l’influenza di qualsivoglia giudizio di valore, motivo per cui essa è detta avalutativa. La “purezza” della sua teoria è data, per un verso dal rifiuto nella conoscenza del diritto di ogni condizionamento derivante da ideologie politiche, credenze religiose o convinzioni morali, sulla scia della *Wertfreiheit* (libertà dal valore) della ricerca scientifica di stampo weberiano, per un altro dalla capacità di raggiungere e salvaguardare l’autonomia della specificità del fenomeno giuridico, il cui fulcro è rappresentato per Kelsen dalla norma giuridica positiva, senza alcuna contaminazione di altre scienze. Nella concezione kelseniana, il diritto non è un fenomeno naturale. Non è rinvenibile un atto percepibile come diritto in sé o individuabile come tale nelle scienze naturali. L’atto percepibile nello spazio e nel tempo e aderente al principio di causalità diventa atto giuridico soltanto se qualificato tale tramite l’attribuzione sociale di un significato giuridico da parte di una norma, quale schema qualificativo di atti e fatti, su cui si fonda la specificità del diritto. Da qui, il normativismo con cui usualmente il pensiero giuridico kelseniano viene definito. Il diritto, per Kelsen, è un fenomeno sociale, la cui esistenza non è da confondere con quella dei fenomeni naturali. A sottolineare tale differenza è lo stesso giurista austriaco, il quale chiama validità (*Geltung*) l’esistenza della norma, per cui non conta se se esista o meno, ma se sia valida o meno, esprimendone così la realtà spirituale, prodotto di significati culturali e sociali, cui appartiene il diritto. Il diritto concepito da Kelsen è distinto, così, dalla natura. Ma esso lo è pure dalla morale. Per questo, la Teoria pura e il normativismo di

<sup>603</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>604</sup> Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 76.

cui è intrisa subiranno forti critiche dai giusnaturalisti, con cui Kelsen si pone ulteriormente in contrasto. Il diritto non è per Kelsen un ambito della morale, né rappresenta un valore di giustizia, in quanto questa è espressione di un valore assoluto che non può essere determinato dalla conoscenza razionale. Qui risiede una delle critiche più acute di Kelsen al giusnaturalismo, che valuta il diritto positivo, legittimandolo o meno in base ad un criterio di giustizia, inaccessibile alla conoscenza umana. Invece, il normativismo e il giuspositivismo di Kelsen fondano l'avalutatività della sua dottrina, al punto da trattare solo del diritto reale, il diritto positivo risolvendosi nelle norme, l'unico diritto conoscibile e attingibile dalla scienza giuridica. All'assolutezza del dovere morale e alla pretesa di assolutezza di quello giuridico di matrice giusnaturalistica, Kelsen contrappone un dovere giuridico basato sulla «autonomia concettuale del diritto» e sulla «autonomia categoriale della scienza del diritto» di stampo giuspositivistico. Il dover essere (*Sollen*) è rigorosamente distinto dall'essere (*Sein*) della realtà naturale, oltretutto dal dovere morale, che esprime contenuti valutati presuntivamente come buoni e giusti. Il *Sollen* giuridico è una categoria formale, trascendentale, applicabile a qualsiasi contenuto, e perciò non assolutizzabile come pretende il dovere morale, né valutabile in termini di giustizia. Il diritto, qui, non è più legato ad un ordine divino o ad una moralità naturale, come nelle tradizionali teorie giusnaturalistiche; esso appare solo come una specifica tecnica sociale concernente l'uso della forza al fine di realizzare lo stato sociale voluto.<sup>605</sup>

Nella norma, il dovere giuridico kelseniano assume la sua specifica forma. La norma giuridica (*Rechtsnorm*) è presentata da Kelsen in *Hauptprobleme* e nella prima edizione della Dottrina pura quale proposizione giuridica (*Rechtssatz*) – chiaro segno di un netto rifiuto della norma giuridica imperativa ottocentesca traducibile nella formula “tu devi fare o omettere di fare ciò” –, ossia «un giudizio ipotetico del tipo “se A, deve essere B”», in cui «la condizione A rappresenta l'illecito, la conseguenza B rappresenta la sanzione, il dover essere (*Sollen*) esprime lo specifico rapporto di *imputazione* che consente la connessione tra condizione e conseguenza giuridica, senza ricadere nella legge di causalità, che regola la connessione fra fatti naturali come una relazione necessaria». Il *Sollen*, difatti, non sta ad indicare un «dover necessariamente accadere», ma «una relazione che potrebbe anche non verificarsi nella realtà dei fatti, senza, per questo, annullare la validità della regola in questione».<sup>606</sup>

<sup>605</sup> F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 221-223 e Id., Voce *Kelsen*, *Hans*, cit., pp. 536-538.

<sup>606</sup> Id., *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 223-224. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 63-64: «La dottrina pura del diritto (...) cerca cioè di distinguere totalmente il concetto della norma giuridica da quello della norma morale da cui è sorto e assicura l'autonomia del diritto anche di fronte alla legge morale. Questo avviene facendo in modo che la norma giuridica, contrariamente alla dottrina tradizionale, venga intesa non come imperativo al pari della norma morale, ma bensì come giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata. La norma giuridica diventa la proposizione giuridica che esprime la forma fondamentale della legge. Come la legge naturale connette un determinato fatto come causa a un altro come effetto, così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto (cioè con la

Questa concezione, basata sulla specificità del dover essere giuridico, si contrappone irreversibilmente al giusnaturalismo, definito da Kelsen come un'ideologia della legittimazione del potere e della giustificazione del diritto vigente. Invece, la critica kelseniana del dogma della volontà, propria della scienza giuridica dell'Ottocento, per cui la norma giuridica è il comando di una volontà sovrana, non è definitiva, stante la successiva separazione di Kelsen, nella seconda edizione della Dottrina pura, tra gli aspetti prescrittivi e autoritativi della norma giuridica, che giunge a definire *Rechtsnorm*, rispetto alla funzione eminentemente conoscitiva del *Rechtssatz*.<sup>607</sup>

Fin qui, nella prima parte dell'opera in esame, la rappresentazione statica della norma giuridica, la quale spiega la natura coercitiva del diritto e la differenza tra diritto e morale, ma non la modalità e il motivo per cui solo alcuni atti o prescrizioni acquistano significato giuridico, si da divenire norme giuridiche. Aspetti, questi, chiariti nella seconda parte della Dottrina pura dedicata alla norma dinamica che analizza il modo di produzione del diritto, il cui concetto principale è l'ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*), definito quale sistema di norme giuridiche aventi un comune fondamento di validità in un'unica norma. Tale norma è la *Grundnorm* (norma fondamentale),<sup>608</sup> il momento iniziale di un procedimento dinamico-formale di

---

così detta conseguenza dell'illecito). Nell'un caso la forma della connessione dei fatti è la causalità, nell'altro è l'imputazione in cui la dottrina pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto. Come l'effetto è attribuito alla sua causa, così la conseguenza giuridica è attribuita alla sua condizione giuridica, ma quella non può essere considerata come causalmente prodotta da questa. La conseguenza del diritto (o della violazione del diritto) è imputata alla condizione giuridica. (...) L'espressione di questo rapporto designato come "imputazione" (che è insieme l'espressione dell'esistenza specifica del diritto, della sua validità, cioè del significato particolare in cui sono posti nel loro reciproco rapporto i fatti appartenenti al sistema del diritto) non è altro che il dover essere (*das Sollen*) con cui la dottrina pura del diritto rappresenta il diritto positivo; così come la necessità (*das Müssen*) è l'espressione della legge di causalità. (...) La legge naturale dice: Se c'è A deve necessariamente (*muss*) esserci B; la legge giuridica dice: Se c'è A deve (*soll*) esserci B, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore, cioè del valore morale o politico, di questo rapporto».

<sup>607</sup> F. Riccobono, Voce *Kelsen, Hans*, cit., p. 537.

<sup>608</sup> Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 95-99: «Il diritto come ordinamento, o l'ordinamento giuridico, è un sistema di norme giuridiche. E la prima domanda alla quale si tratta qui di rispondere è stata posta dalla dottrina pura del diritto nel modo seguente: su che cosa è fondata l'unità d'una pluralità di norme giuridiche? Perché una determinata norma giuridica appartiene a un determinato ordinamento giuridico? Una pluralità di norme forma un'unità, un sistema, un ordinamento quando la sua validità può essere ricondotta a un'unica norma come fondamento ultimo di questa validità. Questa norma fondamentale (*Grundnorm*), come fonte comune, costituisce l'unità nella pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento. L'appartenenza di una norma a un determinato ordinamento dipende solo dal fatto che la sua validità possa essere ricondotta alla norma fondamentale che costituisce questo ordinamento» (*ivi*, p. 95). «La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo invece non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico, la posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto. Essa è il punto di partenza di un procedimento; ha un carattere assolutamente dinamico-formale. Da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Esse debbono essere prodotte da un particolare atto che le pone, atto non di pensiero, ma di volontà» (*ivi*, p. 97). «La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che

produzione delle norme particolari, che si dispongono su diversi livelli gerarchici, in una costruzione a gradi (*Stufenbau*).<sup>609</sup> Per Kelsen, la *Grundnorm* è una norma *presupposta*, che manifesta il carattere logico-trascendentale del metodo della conoscenza giuridica positiva. Una norma, questa, indeterminata quanto al contenuto, che serve da fondamento ipotetico dell'ordinamento giuridico, attribuendo senso giuridico a quegli ordinamenti coercitivi del comportamento umano sufficientemente stabili ed efficaci.<sup>610</sup>

In sintesi, la teoria pura del diritto potrebbe svolgere una duplice funzione: quella di fungere da metodologia per i giuristi su cui basare la propria dottrina e quella di sfida alla dottrina giuridica ordinaria che Kelsen accusa per aver distorto il diritto positivo per motivi ideologici mascherati con sovrastrutture giuridiche.

Il giurista praghese critica così l'ideologia, andando oltre la teoria giuridica convenzionale e corredando la propria teoria giuridica con fondamenti nella storia della conoscenza.<sup>611</sup> In *Reine Rechtslehre*, vengono ricavate due definizioni del termine "ideologia": 1) lo spirito in opposizione alla natura in generale; 2) la rappresentazione della realtà esaltata o deformata. L'impostazione kelseniana della tendenza

---

tale norma sia valida, è valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda su di essa. (...) Essa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-trascentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva» (*ivi*, pp. 98-99). Per un'ulteriore spiegazione della *Grundnorm* indicata da Kelsen nella sua Teoria pura, si veda A. Ballarini, *L'ordine giuridico moderno*, cit., pp. 34 e 72-73.

<sup>609</sup> Cfr. *ivi*, p. 105: «La costruzione a gradi (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico (e con ciò si pensa innanzi tutto all'ordinamento giuridico dello stato singolo) può forse essere rappresentata schematicamente nel modo seguente: al di sotto del presupposto della norma fondamentale (il significato di questo presupposto è già stato precedentemente indicato) il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla costituzione, dalla costituzione nel senso materiale della parola la cui funzione essenziale consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione. La costituzione può però anche determinare il contenuto delle leggi future e non è per nulla infrequente il caso che le costituzioni positive facciano ciò in modo da prescrivere o escludere certi contenuti. Nel primo caso, il più delle volte, esiste solo una promessa solenne di emanare certe leggi, dato che per ragioni tecnico-giuridiche non si può agevolmente collegare una sanzione al fatto che non si siano emanate delle leggi di un contenuto prescritto. Con maggior efficacia si possono invece impedire per mezzo della costituzione di leggi di un contenuto determinato. L'enunciazione dei diritti fondamentali e di libertà che costituisce la parte integrante e tipica delle costituzioni moderne non è essenzialmente altro che una di tali determinazioni negative».

<sup>610</sup> F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 228-229. Sul ripensamento da parte di Kelsen sullo statuto teorico della norma fondamentale – «la cui natura ipotetica viene negata in un breve saggio del 1964 su *La funzione della costituzione* e nella postuma *Allgemeine Theorie der Normen*, sostenendone la natura fittizia» –, si veda *ivi*, pp. 230-231.

<sup>611</sup> C. Jabloner, *Hans Kelsen. Introduction to J. Jacobson-B. Schlink* (eds.), *Weimar*, cit., pp. 68-69.

antideologica della Dottrina pura del diritto si fonda su quest'ultima definizione. Tale dottrina esamina il diritto reale, senza valutarlo; il suo scopo «è la conoscenza dell'ordinamento giuridico, non la legittimazione in termini di giustizia di tale ordinamento». Tale legittimazione, infatti, è «opera di una volontà protesa a difendere determinati interessi sociali e politici, al fine di “nascondere” o “esaltare”, “conservare” o “distruggere” la realtà esistente. E in funzione di tali interessi è l'ideologia, “velo ... che copre il vero e troppo doloroso stato delle cose”, ostacolo ed avversaria della conoscenza nel suo operare verso la scoperta del proprio oggetto. Dell'ideologia così concepita la politica è la manifestazione più evidente».<sup>612</sup>

Ad ogni modo, non solo nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, ma in tutta la sua produzione scientifica Kelsen tenta di chiarire come la scienza giuridica sia una scienza rigorosa. Ciò, affrancandola dalle scienze naturali e slegandola dalle ideologie politiche e da fattori morali in grado di alterare l'oggettività logica propria di una scienza.

Nel primo caso, distingue l'essere dal dover essere, i fatti dalle norme e la natura dalla società. La scienza naturale indaga la realtà, connettendo due fatti grazie al concetto di causa (A causa B), mentre la scienza giuridica grazie a quello di imputazione nella forma del dovere (ad A, illecito, consegue B, sanzione). Per Kelsen, il giurista analizza le norme quali «schemi di qualificazione della giuridicità di determinati comportamenti, organizzandole in un sistema coerente di significati linguistici, nella struttura e interne articolazioni dell'ordinamento giuridico». Ne consegue che la giurisprudenza normativa non deve tenere conto delle condotte umane, dei soggetti produttori del diritto e del sistema economico che ne deriva. Essa valuta la validità delle norme in conformità all'ordinamento in cui sono previste, vede nella norma fondamentale la pura condizione logica per la creazione del sistema del diritto positivo e analizza formalmente il diritto. Ciò non toglie che il diritto può essere studiato quale “essere”, frutto della realtà sociale che governa; le norme possono essere trattate per mezzo del concetto di causalità, nella loro relazione con gli attori politici e sociali e le condotte concrete umane. È questo il metodo proprio della giurisprudenza sociologica, la quale vaglia l'effettività dell'ordinamento, ne scorge la causa nella norma fondamentale, come fatto che produce il diritto ed evidenzia il compromesso tra gli interessi alla base dell'ordinamento positivo.<sup>613</sup>

Nel secondo caso, per Kelsen il giurista non deve guardare all'ordinamento nel suo valore intrinseco, prendendovi posizione, ma deve soltanto conoscerlo circa la sua positività. La scienza, in tal caso, è neutrale per l'oggetto che tratta, ossia la norma sostanziatesi in elementi formali e non in contenuti. «Il diritto non è un fine, un valore, ma un mezzo, una specifica tecnica (...) che mira a ottenere una determinata condotta

<sup>612</sup> F. Riccobono, *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 2-3. Per un inquadramento riassuntivo, in quattro punti, della natura e della concezione kelseniana dell'ideologia, si veda *ivi*, pp. 21-23.

<sup>613</sup> N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, cit., pp. XVIII-IX.

mediante la minaccia di misure di coercizione. Il diritto è solo un modo per mantenere l'ordine e la pace sociale caratterizzato dal monopolio della forza da parte dello stato, modo che la scienza può studiare senza entrare in merito alle concrete soluzioni da dare ai conflitti sociali, senza risolvere il problema politico e morale del contenuto delle norme». <sup>614</sup>

Per tali ragioni, Kelsen pone su un piano la legalità e i “valori di diritto” e su un altro la giustizia e i “valori di giustizia”.

Sul primo piano, logico, il giudizio riguarda la conformità o meno di una data condotta alle norme positive. Trattasi, dunque, di un giudizio oggettivo, ovvero riscontrabile nei fatti. La legalità attiene, quindi, all'applicazione dell'ordinamento di riferimento. Sul secondo piano, volitivo, il giudizio dichiara il valore o meno di un dato ordinamento rispetto ad un ideale di giustizia irrazionale e soggettivo. Trattasi, pertanto, di un giudizio soggettivo scaturente esclusivamente da un valore di cui non è possibile riscontrare il contenuto e l'esistenza, derivando dalla peculiare ideologia del suo titolare. La giustizia concerne, pertanto, il contenuto dell'ordinamento cui si riferisce. Così, per evitare di giustificare moralmente il diritto, Kelsen distingue legalità e giustizia, ponendosi sempre in contrasto al diritto naturale, che seppure valuti la validità del diritto con un criterio metagiuridico, tenta sempre di mostrare giuste le norme positive. Eppure, Kelsen non si oppone tanto al diritto naturale quale ideologia, quale ipotesi di un giudizio morale, quanto alla metafisica incarnata dai suoi seguaci che la innalzano a giustificazione ideologica dell'ordinamento e criterio scientifico. Pertanto, secondo il giurista praghese, la giurisprudenza normativa diventa scienza esatta che interpreta il diritto positivo quale ordinamento giuridico, soltanto adoperando i due criteri metodologici che differenziano giudizio sulla validità e giudizio sull'efficacia delle norme, da un lato, e giudizio di legalità e giudizio di valore, dall'altro. <sup>615</sup>

Questo è l'argomento costante che dona continuità al pensiero kelseniano, nel primo periodo della sua attività scientifica, in cui Kelsen si propone di definire in termini filosofici il diritto, traducendolo in una “universale e necessaria struttura logica”. Solo in un secondo momento, il giurista praghese evolve la trattazione di detto tema, passando da un'impostazione filosofica ad una metodologica, da un'indagine tesa a spiegare la struttura universale e necessaria del diritto ad una ricerca indirizzata alla soluzione di una particolare questione, valida solo rispetto alla metodologia predeterminata e, perciò, relativa. Tale sviluppo dipende, probabilmente, dalla consapevolezza di Kelsen che quella definizione filosofica del diritto tende a delegittimare altre indagini sul diritto, riducendo la questione giuridica ad un “giusnaturalismo logico” e riconoscendo nella scienza giuridica normativa l'unica scienza possibile. Così, muta l'oggetto e il metodo della sua indagine, finendo per indicare, in *General Theory of Law and State* del 1945 (Teoria generale del diritto e

---

<sup>614</sup> *Ivi*, pp. IX-X.

<sup>615</sup> *Ivi*, p. X.

dello Stato) soltanto i concetti fondamentali utili a spiegare il diritto positivo di un dato ordinamento giuridico, dando spazio anche ad altre indagini e ad altri metodi. Dal neokantismo, si passa alla filosofia analitica e al positivismo logico.<sup>616</sup>

#### 1.4.2. *Il processo alla teoria pura di Kelsen: accusa, difesa e “sentenze”*

La teoria giuridica di Kelsen è stata oggetto di un dibattito che inizia in Germania sin dalla sua comparsa e prosegue in Italia e in altri paesi, in cui si contrappongono visioni diverse, critiche acerbe, difese sfrontate e interpretazioni più o meno costruttive, avendo pur sempre come comune denominatore le questioni fondamentali che essa ancora è capace di sprigionare.

In Italia, la dottrina giuridica kelseniana non trova dei veri proseliti, ma viene analizzata e dibattuta. Ciò è dimostrato dal fatto che le premesse formalistiche alla teoria di Kelsen sviluppatesi in Germania attecchiscono in Italia quasi contemporaneamente. Nell'ambito propriamente giuridico, i maestri di diritto pubblico (Orlando prima di tutti, il quale vede nella teoria kelseniana il punto di arrivo dell'orientamento formalistico) seguono tali tendenze, tant'è che conferiscono un carattere esclusivamente giuridico alla loro materia, sgravandola da pesi di tipo etico, politico e sociologico. Nell'ambito giusfilosofico, pure, l'opera di Kelsen è accolta favorevolmente. Basta pensare, infatti, che la scuola neokantiana si è diffusa quasi alla pari in Italia rispetto alla Germania, spingendo i giusfilosofi italiani a trattare questioni formali relative alla logica e alla gnoseologia giuridica. E ancora che i seguaci del filone neohegeliano, affermatosi successivamente, si interessano a tali tematiche, concentrandosi sulla dottrina kelseniana con cui trovano punti di contatto, nonostante muovano da premesse speculative differenti.<sup>617</sup>

Oltre al successo riscontrato a cavallo tra le due guerre in Europa, nella scienza del diritto come nella filosofia giuridica, la dottrina di Kelsen influenza profondamente anche la legislazione. Kelsen, infatti, come già sottolineato, non solo è l'autore del progetto di Costituzione della Repubblica austriaca del 1920, ma ispira con la sua opera giuridica diverse altre costituzioni in Europa.<sup>618</sup>

---

<sup>616</sup> *Ivi*, p. XI. Solo successivamente, Kelsen condivide l'idea che la conoscenza produce il proprio oggetto e che le condizioni trascendentali dell'atto del conoscere, lungi dall'essere assolute, sono meri criteri metodologici, mezzi logici funzionali alla conduzione di una ricerca e non momenti della realtà creati dallo Spirito. Dunque, il Maestro di Vienna finisce per offrire vari criteri con cui analizzare il diritto positivo, evitando di ridurre il diritto a momento dello Spirito o di mostrare l'essere trascendentale del carattere positivo del diritto. Ammette la giurisprudenza sociologica o l'indagine intorno alla giustizia, definendole come questioni a parte che necessitano di differenti procedure cognitive, metodologie relative alle questioni cui si riferiscono. Infine, lascia la ricerca aperta a qualsiasi indirizzo (*ivi*, pp. XII-XIV).

<sup>617</sup> R. Treves, *Prefazione (all'edizione italiana del 1952)* a H. Kelsen (traduzione di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 25.

<sup>618</sup> *Ivi*, p. 26.

Sulla teoria pura, dunque, è stato incardinato un processo che ha visto dibattere accusa e difesa, dalle cui tesi è possibile tuttora trarre spunti di riflessione.

Un'avversione alla teoria pura del diritto senza precedenti è riscontrata *in primis* dal suo autore, il quale la spiega in termini di incomprendimenti il più delle volte non interessate. Tale dottrina, infatti, non è nuova né contraria all'esistente nella giurisprudenza. Kelsen ritiene sia il prosieguo di orientamenti del positivismo giuridico del diciannovesimo secolo. Ciò che scatena l'attacco degli oppositori, quindi, non è la novità quanto la coerenza della teoria: Kelsen non pretende di cambiare completamente l'orientamento da cui muove, ma che la scienza giuridica sia conforme ad uno degli orientamenti a cui fa riferimento senza convinzione. Pertanto, all'autore pare che alla base dell'avversione contro la sua teoria non vi siano ragioni prettamente scientifiche quanto politiche.<sup>619</sup>

Il contrasto non riguarda la posizione della teoria giuridica nella scienza con i relativi effetti, ma la relazione e la separazione tra scienza giuridica e politica, il rifiuto di invocare bisogni di carattere politico e, dunque, soggettivo, presentandosi quale l'ideale di una classe, di una religione o di una nazione, in nome della scienza giuridica che è, invece, un'istanza oggettiva. Tale è il motivo dell'avversione alla Teoria pura, secondo il suo autore. Un'avversione che mina gli interessi della società e del giurista, il quale si vede perciò costretto, a rinunciare «malvolentieri a credere e a far credere agli altri che con la sua scienza possiede la soluzione del come possano essere risolti “giustamente” i conflitti di interesse contro la società, che in quanto conosce il diritto è anche chiamato a plasmarlo nel suo contenuto, e che, nel suo sforzo di influire sulla creazione del diritto, si trova in maggior vantaggio di fronte agli altri uomini politici che non un puro tecnico della società».<sup>620</sup> Con ciò Kelsen mostra i danni della lotta contro la sua teoria, nella convinzione che uno scienziato del diritto, in linea con i principi posti alla base della sua teoria, rappresenti l'unico soggetto sociale in grado di risolvere i conflitti sociali, conoscendo questi il diritto e potendolo così creare e modificare.

Kelsen ritiene che gli avversari della sua teoria sono tali per timore delle conseguenze sconvenienti che subirebbero i politici dalla separazione del diritto dalla politica indicata dall'autolimitazione della scienza giuridica, ragion per cui essi non sono disposti ad accettare una simile teoria. Non solo, per opporvisi la snaturano, ponendo in essere critiche non già alla autentica teoria pura del diritto, ma alla contraffazione che essi compiono sulla base dei loro interessi, le quali finiscono per autovanificarsi, rendendo quasi inutile una contestazione.

La teoria pura è veementemente criticata sotto diversi punti di vista e da diverse prospettive, ingiustificatamente secondo Kelsen: senza contenuto, insieme di concetti vani, per alcuni; dal contenuto pericoloso per lo Stato e il suo diritto, a causa della sua

---

<sup>619</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 42.

<sup>620</sup> *Ivi*, p. 43.

inclinazione alla sovversione, per altri; molto frequentemente definita scevra da elementi politici, distaccata dalla vita concreta e per questo senza valore scientifico.<sup>621</sup>

Spesso, inoltre, viene criticata per la presunta mancata soddisfazione della sua esigenza metodologica fondamentale, risultando “espressione d’una determinata valutazione politica”. Per i fascisti è un “liberalismo democratico”, per i liberali o i socialdemocratici “precorritrice del fascismo”, per i comunisti “ideologia d’uno statalismo capitalista”, per i capitalisti nazionalisti “crasso bolscevismo” o “anarchismo mascherato”. Secondo alcuni è vicina alla scolastica cattolica, secondo altri ad una teoria protestante dello Stato e del diritto, mentre per altri ancora è atea. In sintesi, il fatto che tale teoria sia accostata a ogni indirizzo politico avvalorata, a detta di Kelsen, il suo aggettivo, “pura”, meglio di quanto faccia il suo contenuto.<sup>622</sup>

Kelsen vede una differenza fondamentale tra la scienza della natura e le scienze sociali. Non di certo nel rischio, che ogni scienza corre, di subire l’influenza che gli interessi politici cercano di esercitarvi. Anche la scienza della natura, proprio perché «persino una potenza mondiale si sentì minacciata dalla verità sul corso degli astri», è a lungo imbrigliata dalla politica. La differenza sta nel fatto che la scienza della natura si libera dalla politica dietro la forte spinta dell’interesse sociale «per il progresso della tecnica che può esser garantito solo dalla libera ricerca». Mentre le scienze sociali – nel 1934, in un periodo di contrasto tra gli stati e negli stati, in cui la vita sociale è scombuscolata dalla guerra, anno in cui scrive la prefazione alla teoria pura – sono ancora regolate dagli interessi politici, in quanto non v’è una tale forza sociale che spinge da una teoria sociale verso il progresso della tecnica sociale – «il quale ci assicura vantaggi incontestabili, come è la via che dalla fisica e dalla chimica conduce alle conquiste della costruzione di macchine e della terapia medica». Sussiste, invece, la forza di chi è al potere e di chi vi aspira a promuovere la teoria dei propri desideri, l’ideologia sociale. Kelsen sostiene che «l’ideale di una scienza oggettiva del diritto e dello stato ha la prospettiva di essere riconosciuto universalmente solo in un periodo di equilibrio sociale».<sup>623</sup>

Pertanto, la teoria di Kelsen che punta a difendere la propria purezza appare inopportuna ai più, a differenza di altre teorie disposte a concedersi al potere.

Le ostilità mostrategli all’indomani del primo conflitto mondiale da giuristi e giusfilosofi in Europa sono da ascrivere sia all’antiformalismo in voga in quegli anni in Germania come in Italia sia ai mutamenti politici e sociali causati dalla guerra. Pertanto, questi passano dallo studio delle forme giuridiche vuote all’analisi delle forme concrete che creano, cambiano e distruggono tali forme. Dunque, anche in Italia l’antiformalismo giuridico spinge gli studiosi inclini al realismo e alla metafisica verso

---

<sup>621</sup> *Ivi*, pp. 43-44.

<sup>622</sup> *Ivi*, p. 44.

<sup>623</sup> *Ivi*, pp. 44-45.

l'esame dell'esperienza giuridica nella sua concretezza e nella eterogeneità, pluralità e dinamicità delle sue espressioni, a scapito dell'analisi della sua struttura formale.<sup>624</sup>

La teoria pura proprio per il suo carattere estremamente formalistico mostra elementi antiformalistici per andare oltre il formalismo stesso. Fatto, questo, non pienamente rilevato dagli oppositori né da Kelsen. Gli antiformalisti, infatti, non cercano nella dinamica kelseniana un mezzo di superamento del formalismo, quanto una dimostrazione della sua assurdità, tramite le contraddizioni della teoria pura. Kelsen, invece, non transige sul formalismo della propria dottrina, al fine di difendersi in modo compatto dai suoi avversari, come emerge dalla sua prefazione, scritta in un periodo in cui il carattere politico delle critiche mossegli inasprisce notevolmente il dibattito sulla sua teoria.<sup>625</sup>

Ad ogni modo, le critiche mosse a Kelsen, seppure derivanti da vari indirizzi politici o pensieri giuridici, vertono sempre sul suo formalismo e sulla tentata depurazione della giurisprudenza da fattori ad essa esterni. Tali critiche sono riconducibili a due filoni. Nel primo, si ritiene che il formalismo kelseniano produce l'allontanamento e il rifiuto della vita concreta, mentre la concentrazione di Kelsen sulle forme vuote del diritto si esaurisce in una inutile operazione logica, ignorando le forze sociali produttive del diritto. Kelsen è accusato per la riduzione della intera questione giuridica alla sua prospettiva assolutizzata. In sintesi, viene confutata la scientificità della giurisprudenza normativa e la sua funzionalità alla soluzione di casi concreti. Nel secondo, si sostiene che la teoria pura nasconde una ideologia indefinita. Kelsen è attaccato per il tentativo illusorio di trascendere l'ideologia, nelle cui premesse resta intrappolato. In breve, viene stroncata la presunta velata ideologia che fonderebbe la giurisprudenza normativa.<sup>626</sup>

Eppure, tali ordini di critiche sono accomunati dal fatto che non tengono conto dell'orientamento teoretico dell'indagine kelseniana, che guarda alla giurisprudenza normativa e ammette l'esistenza di una sociologica, a condizione che siano studiate separatamente e con metodi diversi. Un giusnaturalista potrebbe contestare la differenziazione tra forma e contenuto della norma, sostenendo che il diritto è dato dal suo contenuto, tanto quanto farebbe un marxista, per cui il diritto è espressione degli interessi della classe dominante, la forma dei rapporti produttivi e che, dunque, rifiutando la premessa relativistica di Kelsen, ammetterebbe come unica interpretazione valida scientificamente quella sociologica.<sup>627</sup>

Mentre tali critiche muovono da una spiegazione filosofica del diritto che inibisce a priori l'autonomia della ricerca scientifica, Kelsen parte da una circoscrizione metodologica di ogni indagine, postulando che la "verità", in tal caso, non è assoluta e

---

<sup>624</sup> R. Treves, *Prefazione (all'edizione italiana del 1952)* a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 26.

<sup>625</sup> *Ivi*, pp. 28-29.

<sup>626</sup> N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, cit., pp. XIII-XIV.

<sup>627</sup> *Ivi*, pp. XIV-XV.

totale, ma relativa e parziale rispetto alla indagine predeterminata. La disputa tra Kelsen e i suoi avversari si risolve nel contrasto tra metafisica e relativismo filosofico, filosofia e metodologia e atteggiamenti differenti nei confronti dell'esperienza.

I sostenitori di una ideologia nel concetto di diritto proposto nella teoria pura kelseniana puntano sia sul fatto che questa è definita dal suo autore pura tecnica per dirimere pacificamente i conflitti sociali sia sull'ipotesi che l'ideale di giustizia scelto da Kelsen corrisponde alla pace sociale, compromesso che caratterizza il diritto. Ma proprio sul compromesso, Kelsen fonda la sua difesa, proponendo sul piano concreto una forma di governo che garantisca la composizione degli interessi configgenti, mezzo tramite cui il diritto agisce per sua natura.<sup>628</sup>

Le critiche, peraltro, vanno oltre il piano scientifico, quando giungono ad incolpare Kelsen e la sua teoria pura di precorrere il nazismo o esprimere i principi del totalitarismo bolscevico. Alcuni, invece, credono che la dottrina giuridica kelseniana incarni l'ideologia del liberalesimo democratico. In effetti, volgendo lo sguardo al suo pensiero politico e alla sua salda opposizione contro l'assolutismo e considerando che le Costituzioni dell'Austria e della Spagna vi si sono ispirate, tale ultima associazione potrebbe risultare giustificata, seppur senza l'acredine mostrata dai suoi critici.<sup>629</sup>

Tuttavia, qui non si tratta di difendere la moralità del giurista praghese o spiegare le ragioni del suo pensiero politico, quanto di individuare il nesso tra la sua posizione politica e morale e quella scientifica, relativistica e anti-ideologica espressa nella teoria pura. Si punta a trovare il senso della legalità in uno Stato democratico e a definire i rapporti tra teoria pura, relativismo etico e relativismo filosofico. Kelsen definisce il diritto anche quale "organizzazione della forza", superando il dualismo tra ordinamento giuridico e stato, diritto e forza. A livello normativo, lo Stato è l'ordinamento giuridico nazionale, eliminando le contraddizioni derivanti dal concetto antropomorfo e ideologico di Stato. Così, la teoria dello Stato diventa una branca della teoria del diritto positivo, che subordina un ordinamento ad un altro, in virtù della costruzione sistematica monistica delle norme valide e valuta quello internazionale superiore a quelli nazionali, di cui delimita l'ambito di validità, in base al principio di effettività che legittima il Governo in grado di garantire il rispetto delle norme prodotte.<sup>630</sup>

Tra i capi d'accusa sostenuti contro la teoria pura, in Germania prima della guerra e in Italia subito dopo, oltre a quelli sinora indicati, figura anche la distinzione operata dalla dottrina kelseniana dei settori di studio e dei metodi della ricerca della scienza giuridica da quelli della sociologia e della politica. Accusa mossa soprattutto da studiosi che non pongono in essere tale distinzione. Perciò, Kelsen viene da questi incolpato di non occuparsi delle questioni sociologiche e politiche e di ideologizzare la giustizia

---

<sup>628</sup> *Ivi*, pp. XV-XVI.

<sup>629</sup> *Ivi*, pp. XVI-XVII.

<sup>630</sup> *Ivi*, p. XVII.

come decisione del più forte, quale filosofo e giurista. Accuse, queste, smentite sia dalla vita da cittadino di Kelsen, sia dalla Teoria pura stessa.<sup>631</sup>

Dunque, per comprendere appieno la portata della dottrina giuridica kelseniana e dimostrare l'interesse di Kelsen per i problemi legati alla sociologia e alla politica, occorre illustrare la separazione operata dal Maestro austriaco tra questi e quelli relativi alla giurisprudenza.

Innanzitutto, riprendendo la definizione propria di Kelsen, la sua scienza giuridica è «teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali».<sup>632</sup> In quanto tale, il suo oggetto è la conoscenza delle norme giuridiche valide, ovvero esistenti. In particolare, tale scienza esamina i loro elementi costitutivi e i rapporti tra esse e le ordina sistematicamente. Essa, quindi, tratta la validità e non l'efficacia delle norme, assurgendo a scienza normativa, del dover essere, basata sul principio di imputazione, per cui intende conoscere e spiegare le disposizioni che comandano il comportamento degli uomini e le sanzioni in caso di violazione.<sup>633</sup>

Tale scienza, dunque, si differenzia dalla sociologia giuridica che è naturalistica, dell'essere, basata sul principio di causalità, che indaga sui comportamenti umani concreti e si domanda la ragione per cui il legislatore emana certe norme, quali conseguenze producono, come i fattori extra-giuridici influenzano l'attività giurisdizionale e perché i destinatari dell'ordinamento giuridico si conformano o meno ad esso. Ne riconosce l'importanza e la legittimità, ma nega che essa rappresenta l'unica scienza del diritto – come affermano i sostenitori della “giurisprudenza sociologica” –, affermando che coesiste parallelamente alla scienza giuridica normativa. Per Kelsen, infatti, il diritto è una tecnica sociale specifica che aspira allo stato sociale tramite la minaccia di misure cogenti per le condotte umane.<sup>634</sup>

Inoltre, la scienza del diritto di Kelsen si distingue dalla politica. La prima si riferisce ad una “istanza oggettiva” e intende conoscere il diritto esistente, senza legittimarlo ideologicamente. La seconda, invece, si richiama a necessità soggettive e si propone di qualificare giusto o sbagliato il diritto, basandosi su ideologie spinte dalla volontà e non dalla conoscenza e soprattutto da interessi sganciati dalla verità. Ciononostante, Kelsen non critica la politica come tale, attribuendole valore e funzionalità impareggiabili nella tutela della libertà e della democrazia. Piuttosto, egli si oppone a chi confonde il diritto oggetto della scienza giuridica con la politica, conferendo il valore assoluto della giustizia all'ideologia politica prescelta, tentando di rimpiazzare il diritto con la giustizia e sostenendo che il diritto è tale se conforme alla giustizia. Trattasi di chi appartiene ai diversi indirizzi delle dottrine giusnaturalistiche, caratterizzate, per Kelsen, politicamente o ideologicamente e divise tra conservatrici e rivoluzionarie. Le prime provano ad elevare il diritto vigente a estrinsecazione

<sup>631</sup> R. Treves, *Prefazione* (1967) a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 14.

<sup>632</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

<sup>633</sup> R. Treves, *Prefazione* (1967) a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 14.

<sup>634</sup> *Ivi*, p. 15.

dell'ordine naturale giusto in assoluto, mentre le seconde a modificarlo, in quanto in contrasto con un presupposto ordinamento assoluto.<sup>635</sup>

L'ordinamento assoluto invocato da entrambe corrisponde all'ideale della giustizia, quale "ideale della felicità sociale", necessario ai fini della volontà e dell'agire dell'uomo, ma pur sempre non conoscibile, in quanto non razionale. Lo spirito umano si è sforzato, invano, nei secoli di razionalizzarlo, riuscendo soltanto a ridurlo a formule vacue, come «fa il bene ed evita il male», «a ciascuno il suo», «mantieniti nel giusto mezzo». I giusnaturalisti, secondo Kelsen, pretendono di sostituire il diritto positivo con quello naturale, sostenendo che il primo è diritto se conforme al secondo, in quanto subordinano la validità, «condizione dell'esistenza del diritto positivo al valore, «fondamento ideologico del diritto naturale».<sup>636</sup>

La teoria pura, dunque, combatte contro il diritto naturale e la sociologia. La lotta contro il primo avviene sulla base della oggettività della scienza, che ha la funzione di conoscere la realtà e non di valutarla; il diritto naturale è il terreno fertile di ogni ideologia che ha preteso di valutare il diritto positivo al fine di renderlo conforme ad alcuni ideali di giustizia, come le ideologie conservatrici, o difforme a queste, come le ideologie rivoluzionarie. Contro l'oggettività della teoria pura, il diritto naturale manifesta valori soggettivi o irrazionali, e dunque non riducibili ad analisi scientifica. La lotta contro la sociologia, d'altro canto, avviene sulla base della distinzione tra "essere", di cui fanno parte i fenomeni sociali, e "dover essere", di cui fa parte il diritto, che quale ordinamento è una struttura che qualifica la realtà sociale, e solo in tale veste va analizzato non già dalla sociologia che usa il metodo causale caratteristico delle scienze naturali, ma da una scienza particolare normativa che si occupa di norme che qualificano fatti e non di fatti fisici, sociali e psichici.<sup>637</sup>

Giusnaturalisti e sociologi, seppur appartenenti a campi diversi, metafisico i primi e dell'esperienza i secondi, sono uniti nella lotta alla teoria kelseniana, rivelandosi entrambi anti-kelseniani. Anche in Italia, la critica a Kelsen proviene da tali categorie e macroscopicamente da chi pretende uno più stretto rapporto del giuspositivista con la giustizia da cui il diritto positivo trae ispirazione, per un verso, e con la realtà sociale sulla quale prende forma, per un altro.<sup>638</sup>

Anche dalla lotta a tali avversari è possibile comprendere le pretese avanzate dalla teoria pura: voler essere scienza e non ideologia, ponendosi quale vera scienza, contro la pseudo-scienza di giusnaturalisti e studiosi che subordinano l'analisi del diritto alle ideologie; voler essere la scienza che si occupa dell'oggetto specifico della propria analisi, ossia il diritto, e non di altri oggetti simili quali quelli trattati dalla sociologia,

---

<sup>635</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>636</sup> *Ivi*, p. 17.

<sup>637</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p. 17.

<sup>638</sup> *Ivi*, p. 18.

ponendosi come unica scienza, contro le scienze simili orientate a sostituirsi alla giurisprudenza normativa.<sup>639</sup>

Per Kelsen la sua Scuola rappresenta un luogo ideale ove «ognuno cerca di imparare dagli altri senza rinunciare per questo a seguire la propria strada».<sup>640</sup> Molti, pur non seguendo la Teoria pura, ne traggono qualche risultato, a volte anche inconsapevolmente o magari opponendovisi, rendendola in tal modo utile.

La teoria pura, infatti, non è stata solo oggetto di accuse e difese, come quelle improntate dai vari interpreti appena riportate. Essa rappresenta soprattutto la fucina di idee dalle quali sono nate teorie e scuole di pensiero che ancora oggi tentano di rispondere alla domanda “che cosa è il diritto?” e provano a collocare il dato giuridico nella società, guardando all’evoluzione di entrambi.

Di natura interpretativa e propositiva è la tesi di chi ritiene che quella di Kelsen, più che una dottrina, sia il “progetto di una *Reine Rechtslehre*”:

Sul piano della positività e dell’oggettività dell’accadere, quella che si dà è, infatti, una dottrina che *parte* dall’accadere dei fatti, *rispetta* la logica che essi imprimono negli eventi, *segna* premesse, condizioni, obiettivi da questi derivanti, facendone il suo *principio metodologico fondamentale* e il suo *piano di ricerca*: una dottrina che *imposta e segue* l’opera di revisione con la quale coincide il modo d’essere dell’accadere giuridico postmetafisico. Proprio per questo, sul piano teorico ad uso della conoscenza, è corretto parlare di un *progetto*, perché, dove regna l’accadere, *gli eventi sono l’unica misura*. E Kelsen ha a che fare con una *fase di passaggio*, con l’inizio della sua realtà. Può solo correttamente assumere l’impostazione e descrivere le prime conseguenze.<sup>641</sup>

Guardando alla realtà, è possibile sostenere che il giurista praghese riesca bene nell’intento di creare la teoria pura del diritto quale “scienza positiva del diritto positivo”, necessariamente nei confini imposti dall’accadere alla positività del diritto. Una positività, questa, legata all’oltrepassamento della metafisica. In altri termini:

<sup>639</sup> *Ivi*, p. 17. Per un approfondimento sulle critiche tipiche mosse alla teoria pura del diritto da parte di correnti giuridiche, giusnaturalisti e sociologi, che Kelsen combatte, oltretutto sulla resistenza della medesima teoria a tali critiche, si veda *ivi*, pp. 18-31, in cui Bobbio, alla fine, evidenzia l’errore dei critici, consistito nell’aver esposto obiezioni alla teoria kelseniana in modo confuso e fumoso, sottolineando, tuttavia, che tale dottrina non è immune da critiche.

<sup>640</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 41.

<sup>641</sup> A. Ballarini, *L’ordine giuridico moderno*, cit., p. 83. Osserva il filosofo del diritto maceratese che la scienza positiva del diritto positivo include le questioni giudicate teoriche, pur se metafisiche, ovvero i fatti che delineano la sua forma specifica. Perciò, Kelsen nella sua ricerca intorno al diritto muove dai contrasti tra le concezioni del mondo, tra forma e contenuto e tra essere e dover essere, indicandoli come principio metodologico fondamentale di tutta la sua analisi giuridica. Così, Kelsen tratta in ogni suo scritto del diritto naturale, rimanendo ancorato alla positiva oggettività del reale. Egli subordina la scienza giuridica a tali questioni fondamentali, senza oltrepassare i confini della positività. «Anzi, posto che l’essere manca, è ideologica proprio quella scienza del diritto che non rispetta premesse, problemi e logica impressi in essa dallo specifico modo d’essere dell’accadere». La teoria pura del diritto di Kelsen, scaturita dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, è la scienza conforme alla realtà data dalla predominanza della forma, in cui l’accadere giuridico si sviluppa dal diritto naturale a quello positivo (*ivi*, pp. 79-84, in cui sono anche individuati e spiegati tre motivi della purezza della dottrina giuridica kelseniana).

*la misura, con la quale si afferma, ed attraverso la quale è dato conoscere il diritto che è, è subordinata alle possibilità concesse dagli accadimenti dai quali è imposta. Compiuto il passaggio, realizzata la nuova sintassi e accadendo soprattutto successivi modi d'essere, anche i termini dettati dagli eventi saranno completamente diversi. E diversa sarà la misura idonea alla conoscenza del diritto che è. Ora, a fronte del carattere metafisico che ha falsificato l'accadere giuridico, è giusto opporre la forma al contenuto, il dover essere all'essere, la validità al fondamento.*<sup>642</sup>

Tuttavia – ed è qui che si svela l'appunto mosso alla teoria giuridica di Kelsen, si coglie la portata propositiva della tesi in esame e si giustifica il carattere progettuale della *Reine Rechtslehre* di Kelsen –, limitarsi a ciò produrrebbe un cortocircuito, un controsenso, una contraddizione dei fini che Kelsen si è dato nella costruzione della sua teoria giuridica.

Fermarsi definitivamente qui, significherebbe, però, *reintrodurre essenze*: ancora una volta, il diritto avrebbe *categorie indipendenti dal modo d'essere degli accadimenti*. Per questo, stante l'ordine delle cose che Kelsen considera oggettivo, stante che, in questo ordine, ogni *teoria* è anch'essa un *fatto*, la sua *Reine Rechtslehre* si ferma dove finiscono le possibilità concesse dagli accadimenti. Qui si fermano anche le sue definizioni ed i suoi risultati. Se così non fosse, la *teoria* si sovrapporrebbe di nuovo alla *prassi*, diventando *ideologia*.<sup>643</sup>

Un'altra osservazione – tra le tante rinvenibili nella letteratura italiana, tedesca e angloamericana – che offre indubbi spunti di riflessione e rende l'idea della continuità e dell'interazione a livello concettuale nella produzione scientifica di Kelsen nel periodo weimariano verte sull'innesto della democrazia nell'impostazione della teoria pura del diritto.<sup>644</sup>

Kelsen posiziona lo Stato ad un livello intermedio tra le comunità minori e quella internazionale nell'unità dell'ordine giuridico universale. Da qui, sorge il quesito di come la teoria pura di Kelsen si rapporti al valore e all'essenza della democrazia analizzati nell'omonimo saggio. Quale è la definizione di democrazia nella teoria pura del diritto? Quanto e come l'indagine sull'essenza della democrazia segue i criteri metodologici di scienza pura e dove questa manifesta la scelta politica di un valore?

Kelsen definisce lo Stato come ordinamento coercitivo, funzionale alla composizione pacifica dei conflitti sociali tramite l'uso della forza monopolizzata. Inoltre, egli classifica i governi in modo diverso dalla tradizione dell'epoca. Nella dottrina kelseniana non si ravvisa tanto un formalismo etico che riduca la giustizia alla

---

<sup>642</sup> *Ivi*, p. 84.

<sup>643</sup> *Ibidem*.

<sup>644</sup> «A chi studia la “teoria pura” di Hans Kelsen non sfugge che il meglio di quella ambiziosa impresa giusfilosofica, le sue idee più provocatorie e radicali, il nucleo “serio” e impegnato d'essa, si rinvengono proprio nella produzione di quegli anni tempestosi e nel suo tentativo di dare un futuro alla democrazia in Austria e in Germania», sebbene le proposte del periodo weimariano «saranno tutte travolte nella catastrofe e si troveranno inghiottite dal mostro, dal Behemoth nazionalsocialista» (M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 7).

pace sociale, l'etica alla legalità, quanto un intenso orientamento liberale che valuta la pace sociale e la legalità caratterizzanti le democrazie quali i mezzi più idonei per garantire la libertà dell'individuo nelle comunità organizzate.<sup>645</sup>

«La teoria formale del diritto è agnostica di fronte ai contenuti, ma suppone il relativismo filosofico».<sup>646</sup> Secondo Kelsen l'ideale di una scienza oggettiva giuridica e statale, sgravata da ogni peso politico ideologico, può riscuotere un successo maggiore in un periodo di equilibrio sociale, «di quell'equilibrio sociale a cui tende, attraverso il compromesso, la democrazia, e che presuppone l'uguaglianza nella relatività delle varie ideologie. Ma in un periodo di tensione sociale e di lotta ideologica è certo assai più difficile mantenersi fedeli all'autonomia della scienza e della politica, autonomia che il Kelsen sostenne sempre con fermezza e con calore nel periodo fra le due guerre della *trahison des cleres*».<sup>647</sup> Nella sua teoria giuridica egli propone il metodo del dialogo e del compromesso che «impongono con tono mistico una nuova verità assoluta, non rilevano dall'alto agli *insipientes* una nuova soluzione, ma solo agevolano il compito della ragione diretto a risolvere i problemi della convivenza umana. (...) “Ogni disordine viene non dalla tolleranza, ma dall'intolleranza”».<sup>648</sup>

La teoria della democrazia di Kelsen, dunque, si collega a quella pura del diritto tramite il relativismo dei valori. L'autore austriaco, se nella sua teoria giuridica evidenzia che la validità del diritto non può basarsi su norme o valori prepositivi, nella sua teoria della democrazia sottolinea l'importanza di non imporre limiti alle decisioni del popolo, ossia alla maggioranza. Limiti che, secondo Kelsen, presuppongono valori assoluti e diventano possibili solo nel quadro di una ideologia metafisica, religiosa e mistica.<sup>649</sup>

Da ultimo, v'è chi si pone il problema dell'utilità dell'ipotesi della norma fondamentale pensata da Kelsen per il passaggio della scienza giuridica dal piano dei fatti a quello delle norme, fenomeni fattuali che avvengono sul terreno della politica,

<sup>645</sup> N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen, Introduzione a H. Kelsen, Democrazia e cultura*, cit., pp. XVIII-XXI.

<sup>646</sup> *Ivi*, p. XXV.

<sup>647</sup> *Ivi*, p. XXVI.

<sup>648</sup> *Ivi*, p. XXVII. «Molti, di fronte al radicale relativismo del Kelsen, proprio per una vecchia tradizionale diffidenza verso questo atteggiamento, lo accuseranno di infiacchire il volere col suo scetticismo morale e parleranno di crisi della civiltà. Ma la ragione umana non deve lasciarsi spaventare dalle parole o rinunciare a intendere la realtà per quello che essa è. Invece di mistificarla con illusioni metafisiche, essa deve cercare di apprestare i mezzi per superare realmente i pericoli là dove esistono, e per trasformare quelle situazioni dense di ricchi e di tensioni in condizioni per un migliore e più ricco sviluppo dell'umanità. E come il metodo del compromesso non solo impedisce alla democrazia di degenerare nell'anarchia o nella dittatura autocratica di partito di destra o di sinistra, ma anzi promuove col tempo una maggiore integrazione sociale, così pure il metodo del dialogo – che è intrinseco ad ogni cultura che non s'illude di detenere l'assoluta verità – è il migliore antidoto contro i pericoli del relativismo. E li elimina perché ogni cultura è costretta ad affinarsi ed arricchirsi nel libero confronto e nella discussione ad affidare le proprie ragioni agli argomenti alle prove alle verifiche, sviluppando proprio quell'atteggiamento scientifico, libero da miti metafisici e da pregiudizi ideologici, al quale solo è consentito oggi affidare la possibilità di una ragionevole convivenza fra gli uomini» (*ivi*, pp. XXVI-XXVII).

<sup>649</sup> C. Jabloner, *Hans Kelsen. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 73-74.

sulle cui modalità denuncia una mancanza di chiarezza. Oltre a ciò, si interroga sulla natura della norma fondamentale, «se essa sia un espediente epistemologico (come peraltro pare)» o se invece essa agisca realmente», valutando l'utilità di «rinunciare ad una forzata *reductio a d un unum* ed andare ad esaminare le singole norme, tenendo altresì presenti i dati offerti dalla situazione storica». Alla fine, come molti, peraltro, afferma che «con il sistema gradualistico in realtà non si realizza affatto quella rigorosa separazione della scienza giuridica dalla politica e dalla morale, così come non si ottiene affatto la auspicata (ma forse irrealizzabile) netta distinzione del piano della norma da quello dei fatti». Piuttosto, con il sistema ideato da Kelsen si assisterebbe «ad una elegante e raffinata inserzione di un complesso di principi in un sistema di norme, inserzione che si rivela peraltro inconciliabile con una rigorosa applicazione dei principi che presiedono al sistema stesso».<sup>650</sup>

Dunque, la dottrina pura del diritto potrebbe risultare sorpassata in alcuni punti rispetto alle novità elaborate della scienza giuridica, guardando ai fatti. Ad esempio, la sanzione usata da Kelsen per definire la norma giuridica potrebbe non apparire idonea a spiegare il ruolo attuale del diritto quale risorsa per l'individuo nella società. Il sistema gerarchico dell'ordinamento giuridico potrebbe non sembrare adeguato rispetto alle fonti di diritto concorrenti a livello nazionale ed internazionale. Anche la dottrina e la cultura giuridica avanzano posizioni distanti da quelle kelseniane, circa le idee. La distinzione tra norma giuridica e norma morale non trova il favore di certi orientamenti filosofici che accorciano la distanza tra diritto e morale. Il rapporto diritto-forza viene contestato, essendo ritenuto idoneo a rappresentare la resa di fronte al potere. D'altro canto, resta comunque possibile smentire il superamento nei fatti e le contestazioni nelle idee della dottrina pura, punto su punto.

La comprovata scarsa incidenza sociale di modelli di comportamento veicolati solo da norme giuridiche potrebbe suonare ancora a conferma della teorizzazione kelseniana dell'efficacia del diritto o come la separazione tra diritto e morale abbia, nella versione kelseniana, l'effetto non di deprimere l'aspetto della responsabilità morale ma di porre gli individui, comunque, di fronte alle proprie scelte, senza invocare la copertura di automatismi legali. Né può essere taciuta l'evoluzione di un'organizzazione giuridica internazionale proprio nella direzione e nella forma auspicata dalla dottrina kelseniana. Gli esempi favorevoli e contrari possono moltiplicarsi a piacimento ma, forse, il motivo della grandezza della dottrina pura del diritto non deve, oggi, cercarsi nella bontà delle singole argomentazioni ma nel coraggio del tentativo di fornire una rappresentazione complessiva del fenomeno giuridico, che sappia essere critica e realistica al tempo stesso, anzi, con un gioco di parole solo apparente, critica perché realistica e realistica perché critica. Kelsen ha denunciato "finzioni" giuridiche, ha abiurato dogmi del diritto, ha spinto fino al paradosso alcune argomentazioni come nel caso della giuridicità di un ordinamento criminale rispondente al requisito dell'efficacia continua. Ha avuto, cioè, la forza di issarsi, con la sua norma fondamentale, al di sopra dell'ordinamento giuridico per scrutarlo con uno sguardo

---

<sup>650</sup> C. Roehrsen, *Kelsen e la scienza giuridica tedesca*, in Id. (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 21-25.

di giurista e, insieme, di scienziato sociale, di teorico della conoscenza e di intellettuale che vuole essere moralmente e politicamente responsabile del proprio giudizio.<sup>651</sup>

Questo lungo e complesso “processo” non giunge tuttavia ad una “sentenza definitiva”. Oltre alle critiche, alle apologie e alle tesi sulla teoria del diritto di Kelsen, oltre alla teoria pura stessa, ha però lasciato aperto uno spazio in cui sia i teorici sia gli operatori del diritto potrebbero, e forse dovrebbero, ritrovarsi. È lo spazio liberato dal pensiero di Kelsen contenuto negli scritti pregressi alla *Reine Rechtslehre* ed *ivi* riassunto. Uno spazio in cui continuare a riflettere, a dibattere, a scrivere nuove “sentenze” sempre appellabili, «nella speranza che il numero di coloro che tengono in considerazione lo spirito più della forza sia (...) maggiore di quanto non possa sembrare, (...) che una generazione più giovane, nel selvaggio strepito di questi giorni, non rimanga completamente priva della fede in una libera scienza del diritto, e nella ferma convinzione che i frutti di questa non debbano andar perduti in un prossimo avvenire».<sup>652</sup>

---

<sup>651</sup> Riccobono F., *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 242-243.

<sup>652</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 45. Al riguardo, cfr. le riflessioni del recentissimo saggio di T. Gazzolo, *Essere / dover essere. Saggio su Kelsen*, Milano, 2016, in cui ripercorrendo la prima edizione della *Reine Rechtslehre*, tramite una rilettura dei concetti principali del pensiero kelseniano, viene posto nuovamente in discussione il senso della “dottrina pura”, che l’autore incentra nella domanda sul dover essere, non esitando a svelare il suo insegnamento da Kelsen: «La filosofia di Kelsen può essere letta (...) come il più radicale – e forse ultimo – tentativo di “salvare” il diritto rispetto ad ogni tentativo di ricondurlo ad un *fatto dell’essere* – al potere, alla morale, etc. (così rileggiamo ora il passo: “essa vuole liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei”)». Sono ancora parole di Gazzolo: «Non si va mai *contro* un pensatore, se si vuole pensarne realmente la profondità (...). Ma con ciò, ovviamente, non è in questione il problema se Kelsen sia stato o meno il “più importante giurista del nostro tempo” (Roscoe Pound). Piuttosto, si tratta di andare *incontro* a Kelsen, di *lasciarsi* ancora spiazzare dall’*impensato* del suo pensiero – che non è una *carezza*, ma, al contrario, l’apertura essenziale che consente ad esso di continuare a interrogarci. Tale apertura passa, a nostro avviso, per il problema della differenza tra *Sein* e *Sollen* che non soltanto attraversa la logica kelseniana, ma che, più propriamente, la rende possibile, la costituisce. Questa “differenza”, in Kelsen, non è mai tuttavia *già data*, ma sempre e continuamente da *tracciarsi* (...). Se Kelsen *può* scrivere, se si dà uno spazio per la scrittura di una “dottrina pura”, è soltanto perché essa deve *ancora* sempre giungere ad assicurare, fissare, mantenere la differenza tra essere e dover-essere, la quale pertanto *non precede*, non è un *assunto* della teoria kelseniana (non è un *dato*, un fatto “originario”), ma si *traccia* nel corso della *fondazione* del diritto. Quel che, pertanto, deve ancora essere discusso, e messo in questione, è ciò che consente alla *scrittura* di Kelsen di scriversi, la logica che la attraversa e che produce il concetto di dover-essere. Soltanto se sapremo pensare *incontro* – e non *contro* – a questa logica (...), potremo, forse, riuscire realmente a portarci verso una concezione del *diritto* che sia al di là di essa. La “dottrina pura” è dunque un *insegnamento*, e non un *sapere*. Il problema della *conoscenza* del diritto, infatti, non dà luogo, in Kelsen, ad un *sapere*, se con esso si intende una serie finita e trasmissibile di enunciati scientifici, dal contenuto determinato. È in questione, piuttosto, una *conoscenza senza-conoscenze*, che è la sola a rendere possibile al diritto di esser tale, perché è solo risalendo, ogni volta, ad essa, che Kelsen riesce a ritracciare la “separazione” tra essere e dover-essere che è la condizione affinché possa darsi *diritto*. (...) Kelsen insegna, soprattutto, un *saper-scrivere*, una pratica che consenta di mantenere aperto, in costante discussione, il gioco delle differenze tra *Sein* e *Sollen*» (*ivi*, pp. 117-118).

## 2. La teoria della democrazia

I temi principali della filosofia politica kelseniana sono il rapporto convergente tra il principio di tolleranza e il principio democratico e la disamina dell'idea di democrazia quale sintesi di libertà ed eguaglianza, deducibili dalla sua dottrina relativistica dei valori.<sup>653</sup> Se la teoria giuridica di Kelsen si evolve nell'arco della sua produzione scientifica, la sua concezione della democrazia resta sostanzialmente identica nel tempo, andandosi a rinsaldare tramite una lunga polemica contro la teoria corporativista e quella politica di stampo marxiano – tacciata dal Maestro di Vienna di far convergere, servendosi del metodo proprio del materialismo storico, una prospettiva teorico-esplicativa con una pratico-politica, senza un'ideale distinzione tra evoluzione storico-fattuale e programmazione etico-politica riguardo ad un sistema socialista della società.<sup>654</sup>

La produzione scientifica di Kelsen sui temi riguardanti la democrazia è piuttosto prolifica durante il periodo weimariano, dal 1920 al 1933 – come già evidenziato nell'introduzione del presente capitolo.

Nella prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* del 1920, Kelsen cristallizza i principi giuridici, politici e filosofici su cui si fonda la democrazia moderna e pone gli argomenti che riproporrà negli scritti successivi: l'incarnazione della democrazia nell'idea di libertà e non in quella di eguaglianza, la critica della sovranità e della rappresentanza, l'antitesi tra democrazia e anarchia, l'apologo finale di Cristo e Barabba. Un'opera, questa, diversa dalle successive, circa la democrazia, in quanto qui il giurista viennese appare più radicale, più astratto e più filosoficamente orientato. Da tale scritto in poi, invece, tratterà la democrazia più nella veste di costituzionalista, anche per i ruoli di membro della Corte costituzionale e consigliere giuridico del governo socialdemocratico ricoperti in Austria negli anni Venti.<sup>655</sup>

In *Il problema del parlamentarismo* del 1925 Kelsen afferma l'inscindibilità del nesso tra democrazia e parlamentarismo, negando il ritorno al corporativismo e il ricorso al plebiscitarismo vagheggiati dalla politica del centro Europa in quegli anni. Ma non solo. Propone correttivi al probabile svuotamento del parlamentarismo – e della

---

<sup>653</sup> Per una breve disamina delle tematiche filosofico-politiche aventi anche punti di contatto con i presupposti e l'elaborazione della Teoria pura del diritto, si veda F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 240-242. Dello stesso Autore, si veda anche il saggio *La finzione della rappresentanza politica*, in Id., *Interpretazioni kelseniane*, cit., pp. 75-99, orientato a sistematizzare il pensiero di Kelsen sulla rappresentanza, delineando un quadro riassuntivo dello stretto rapporto tra democrazia, parlamentarismo e rappresentanza illustrato nei contributi kelseniani degli anni Venti ed evidenziando come il tema della rappresentanza politica risulti un elemento fondamentale della Teoria pura e di tutta la produzione scientifica kelseniana.

<sup>654</sup> F. Riccobono, Voce *Kelsen, Hans*, cit., pp. 537-538: «Gli argomenti che la giustizia assoluta sia un ideale irrazionale, che la soluzione del problema di una gerarchia dei valori sia una soluzione soggettiva, valida solo per il soggetto del giudizio, e che l'adesione a valori sia, in ultima istanza, dettata dalla componente emotiva della coscienza umana esprimono i tratti salienti del relativismo etico kelseniano».

<sup>655</sup> M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 22-23.

democrazia, attesa l'indissolubilità del loro legame, per Kelsen –, quali l'iniziativa legislativa popolare, l'istituto referendario, il controllo degli elettori sugli eletti, la limitazione dell'immunità parlamentare. Ciò, ferma la base dei principi di una rappresentanza parlamentare e di un sistema elettorale proporzionale.<sup>656</sup>

L'anno successivo, appare *Sociologia della democrazia*, aperto da Kelsen con l'analisi del dualismo tra ideologia e realtà – tratto distintivo delle premesse di alcuni suoi scritti sulla democrazia, seppur in tal caso, declinato diversamente rispetto alle altre opere – andando a trattare preliminarmente delle «formazioni sociali che costituiscono l'oggetto della conoscenza sociologica», quali lo Stato, la nazione, le classi e così via. Qui, l'ideologia è il luogo in cui quelle figure si mostrano alla coscienza dei soggetti che le formano, mentre la realtà è il posto materiale in cui si svolgono concretamente i rapporti intercorrenti tra i componenti di quelle formazioni sociali.<sup>657</sup> Se la premessa è diversa da quelle delle opere successive, non lo sono le argomentazioni, le quali vertono sempre intorno al concetto di libertà, alle sue limitazioni più rilevanti, al principio di maggioranza e a quello di rappresentanza, al bisogno della divisione del lavoro, alla tendenza verso la differenziazione sociale, al parlamentarismo, alla finzione della rappresentanza.<sup>658</sup> E come fa nei lavori successivi, anche qui tiene a sottolineare la necessità del Parlamento per la funzione legislativa, ai fini dell'evoluzione sociale al di là di qualunque ideologia politica.<sup>659</sup> Da qui, ritorna dunque al punto di partenza, in cui manifesta la scissione tra ideologia e realtà, al punto da ipotizzare per assurdo che «la

<sup>656</sup> *Ivi*, pp. 23-24. Cfr. H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 156-157.

<sup>657</sup> H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, p. 27. Così Kelsen attribuisce alla concezione materialistica della storia il merito di aver scoperto la caratteristica particolare delle formazioni sociali, un fenomeno qualificato come “dualismo sociologico”, sulle cui cause si interroga tale concezione. Kelsen, invece, qui, tenta di scorgerne gli effetti. Un tentativo, questo, che egli compie muovendo dall'ipotesi che l'ideologia può presentarsi quale ordinamento normativo o meglio quale sistema di norme giuridiche o etiche che producono una circostanza equivalente all'ordinamento normativo, in quanto derivante da condotte umane. Tuttavia, tiene a precisare che talvolta la stessa realtà può essere un'ideologia, per cui la sociologia potrebbe dovere imbattersi in più livelli di ideologia. Ne deriva che il dualismo sociologico non è identificabile con quello epistemologico di idea e realtà, valevole per qualsiasi oggetto del conoscere, provocando problemi nell'isolamento della questione epistemologica da quella scientifica all'interno della conoscenza sociologica (*ibidem*). Dice ciò per introdurre la consuetudine, nella teoria politica e sociale di cui fa parte anche quella della democrazia, secondo cui «si sono verificate parecchie confusioni per il fatto di assumere come democrazia ciò che per qualche ragione si spaccia esso stesso come tale» (*ivi*, p. 28).

<sup>658</sup> Parlamentarismo è qui descritto come il «compromesso tra la tendenza democratica della libertà e il principio della divisione del lavoro che condiziona ogni progresso tecnico-sociale» (*ivi*, p. 28), mentre la finzione della rappresentanza quale «l'affermazione secondo cui è il popolo che forma, per mezzo del suo parlamento o del suo governo, la volontà statale (...), questa evidente finzione volta a camuffare il reale e notevole pregiudizio che il principio di libertà subisce da parte del parlamentarismo», che appare a Kelsen l'argomento dei detrattori della democrazia, per i quali questa si fonda su una palese falsità (*ivi*, p. 29).

<sup>659</sup> *Ivi*, p. 30. La produzione di norme generali non può che derivare da un organo collegiale, quale il Parlamento, organismo dello Stato moderno, la cui eliminazione non porterebbe a nulla di buono. Mentre nel caso di norme individuali o decisioni tali, ossia quando la democrazia è declinata nell'esecuzione, giurisdizione e amministrazione, allora sorge un problema tra l'idea di democrazia e la sua realizzazione, che raggiunge la massima criticità quando tocca la legalità dell'esecuzione (*ivi*, pp. 30-31).

particolare funzione della ideologia democratica sia quella di mantenere l'illusione della libertà, indifendibile nella realtà sociale» e che «la squillante melodia della libertà che nasce dall'eterno desiderio dell'umanità [voglia] coprire il motivo più cupo nel quale rimbombano le onorevoli catene della realtà sociale».<sup>660</sup>

Come si ricava dagli argomenti descritti, l'ultima parte di *Il problema del parlamentarismo*, in aperta polemica con Schmitt, e i contributi del 1926, *Sociologia della democrazia* e *Democrazia* preparano l'opera più rilevante di Kelsen sulla democrazia, ossia la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* del 1929. Kelsen, qui, parte, come nella precedente edizione, dalla "democrazia", già concetto di riferimento del liberalismo e del socialismo dal 1989, dai quali, invece, secondo Kelsen, è costretta a difendersi. In tale opera, pare che Kelsen non miri a difendere se stesso dagli attacchi multilaterali alle sue teorie, ma ad analizzare realisticamente la situazione politica sotto i suoi occhi. Nelle repubbliche di Vienna e Weimar, caratterizzate da società divise in classi e sfilacciate ideologicamente, un Parlamento votato democraticamente rappresenta "una sorta di camera di compensazione dei conflitti", per Kelsen, che chiosa: «"la democrazia è il punto di equilibrio verso il quale il pendolo politico, oscillante a destra e a sinistra, dovrà sempre ritornare"». Pertanto, secondo l'autore, solo la democrazia parlamentare costituisce la forma politica in grado di risolvere un tale conflitto sociale in modo pacifico.<sup>661</sup> Da ciò emerge che il Kelsen teorico della democrazia prende le mosse da una concezione dei rapporti sociali classistica e conflittualistica e che egli pare sopravvaluti il grado di resistenza delle istituzioni in Austria e in Germania in quegli anni. Tuttavia, la fine di tale saggio dimostra come Kelsen sia consapevole dei possibili effetti della crisi centro-europea: l'apologia di Cristo e Barabba rappresenta l'avvertimento che la democrazia, quale metodo di decisione politica, contempla anche soluzioni come quella presa da Barabba.<sup>662</sup>

In alcuni saggi sulla democrazia di Kelsen, scritti in un periodo di mutamento radicale e drammatico per la Germania, ritorna peraltro la polemica con Schmitt.

*Difesa della democrazia* del 1932 è considerato l'"ultimo appello" per la Repubblica di Weimar in cui Kelsen, pur conscio che la democrazia weimariana è in procinto di essere abbattuta, non abbraccia l'ipotesi di adottare come estrema ratio per la sua difesa metodi antidemocratici. Tale saggio rappresenta, dunque, l'ultimo disperato tentativo di salvare la Costituzione di Weimar, rinunciando tuttavia a difenderla in modo antidemocratico, seppure ciò resti l'ultimo rimedio per chi ancora la sostiene.

---

<sup>660</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>661</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 24-25. La citazione riportata è tratta da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 115-116.

<sup>662</sup> *Ivi*, p. 24.

Infatti, qui, Kelsen spiega bene come la democrazia preveda principi tali da non poter venir meno neanche quando si tratti di salvare essa stessa.<sup>663</sup>

In *Forme di governo e concezioni del mondo* del 1933, Kelsen indica la chiara istituzionalizzazione del nesso tra legislazione e democrazia: «La democrazia tende a spostare l'importanza delle funzioni statali sulla legislazione, a diventare Stato di leggi. L'ideale della legalità gioca qui un ruolo decisivo, e con esso l'idea che gli atti statali individuali possano trovare – nella loro legittimità – una giustificazione razionale. La certezza del diritto ha qui la precedenza sulla giustizia, considerata problematica, e si è propensi più al positivismo giuridico che al diritto naturale».<sup>664</sup>

L'opera risalente al periodo già post-weimariano, *I fondamenti della democrazia* del 1955, poi, mostra come Kelsen tratti in modo diverso rispetto agli anni precedenti il tema della democrazia. Infatti, non ripresenta ad un pubblico diverso teorie già avanzate negli anni Venti, ma polemizza con autori e filoni contemporanei e rielabora tesi del periodo weimariano. Qui pone la questione della democrazia nel dibattito sul cognitivismo etico che domina negli USA in quel periodo, indicando che essa non richiede la fede nell'esistenza di un bene comune determinabile obiettivamente. V'è necessità di democrazia, secondo Kelsen, ossia di discutere e prendere decisioni a maggioranza, in quanto il bene comune non è dato conoscere.<sup>665</sup>

Ciascuno di tali contributi, ognuno con un peso diverso, favorisce la formazione della teoria della democrazia di Kelsen, una teoria politica che occupa una posizione di rilievo nella storia della democrazia liberale, in quanto l'autore non solo sceglie valori e questioni divenute focali nel dibattito del Novecento, ma si concentra sulle soluzioni ancora vagliate dalla teoria e sperimentate dalla prassi politico-costituzionale negli anni Duemila: democrazia procedurale o sostanziale, soggettività od oggettività dei valori, ruolo dei partiti, scelta del sistema elettorale.

Oggi giorno, i saggi che palesano i principi fondanti la teoria della democrazia di Kelsen e che hanno attraversato il buono e il cattivo tempo della storia (*Essenza e valore della democrazia*, *Il problema del parlamentarismo* e *Fondamenti della democrazia*) sono ormai comunemente riconosciuti quali classici di filosofia politica e del diritto. Quelli appena menzionati sono tra gli scritti più impegnati sulla democrazia di Kelsen, di ispirazione etico-politica, ovvero di quella parte del pensiero kelseniano meno conosciuto in Italia, in cui è tuttora più famigerato «il rigoroso teorico della *Reine Rechtslehre* che l'intellettuale liberale preoccupato del destino della democrazia e sensibile ai contrasti di valori e ai conflitti ideologici che dilanano il mondo contemporaneo».<sup>666</sup>

Le opere kelseniane del periodo weimariano più rilevanti, basate sui capisaldi della Rivoluzione francese, ma scritte tra il tramonto della democrazia e l'alba dei

<sup>663</sup> H. Kelsen, *Difesa della democrazia* (1932), cit., p. 50.

<sup>664</sup> H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo* in Id., *Il primato del parlamento*, cit., p. 48.

<sup>665</sup> M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 28.

<sup>666</sup> N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, cit., p. VII.

totalitarismi, costituiscono un punto di riferimento per l'analisi della concezione kelseniana della democrazia – e per il presente paragrafo –, il cui valore fondante, *ivi*, appare la libertà, la non-interferenza nelle scelte dell'individuo, nel segno della congiunzione tra la tradizione politica liberale e quella democratica, marchio di fabbrica dell'Occidente europeo dopo il 1989.<sup>667</sup>

Kelsen affronta – e al contempo difende – la democrazia in modo originale, in quanto muove dalla critica dell'ideologia e con questa anche di quella democratica, evitando il ricorso comune alla dicotomia “democrazia buona-autocrazia cattiva”; il contrasto “buono-cattivo”, che determina una valutazione soggettiva, è il metodo proprio delle ideologie, estraneo a Kelsen, il quale propende per la critica scientifica dei fenomeni. Pertanto, Kelsen, innanzitutto, distingue l'idea democratica dalla realtà democratica, l'ideologia democratica dalla democrazia reale. Nelle sue qualità di scienziato del diritto, dello Stato e della politica, egli tiene in considerazione solo la «“trasformazione” che l'ideale democratico deve necessariamente subire per diventare *realtà*, ordinamento politico esistente nel mondo dei rapporti sociali, dominati dalla legge della differenza tra chi comanda e chi è comandato»; d'altronde, non contempla «l'ideale democratico fondato su motivazioni soggettive, su emozioni psichiche, sulla rappresentazione distorta o tendenziosa dei fatti reali al fine di coprire interessi personali o di gruppo o semplicemente legati ad impulsi ed istinti depositati nel profondo della personalità». Secondo ciò che Kelsen reputa sia scienza, egli “conosce” i fatti naturali in base al principio di causalità e i valori, il dovere e le norme in base al principio normativo. Quindi, la sua non è una teoria della democrazia intesa in senso ampio, ma della democrazia politico-giuridico-formale, reale, come ordine statale.<sup>668</sup>

### 2.1. *Riflessioni sulla definizione di democrazia (democrazia ideale vs democrazia reale)*

L'analisi su un fenomeno complesso quale la democrazia necessita di una preliminare definizione in base al predeterminato ambito scientifico di partenza, attesi gli innumerevoli orientamenti dottrinali e le diverse prospettive prodotti dalla

---

<sup>667</sup> M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 7.

<sup>668</sup> A. Carrino, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen. Introduzione a H. Kelsen, Sociologia della democrazia*, cit., pp. 5-6. Al fine di chiarire i termini della trattazione di un fenomeno complesso quale è la democrazia, si reputa opportuno distinguere e definire sinteticamente i vari tipi di democrazia analizzati nelle opere di Kelsen che formano la sua teoria della democrazia. Reale o formale o politico-giuridica: realtà democratica come ordine statale; democrazia come realtà nel senso della specifica esistenza della democrazia come metodo, organizzazione, tecnica e forma giuridica; forma di governo reale, prescrizione delle regole e dei metodi di formazione della volontà statale; frutto di una visione scientifico-razionale del mondo. Ideale: ideologia democratica come libertà dell'individuo da ogni ordine sociale, in cui rientra quella sostanziale o sociale, tesa alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale; frutto di una visione mitologico-irrazionale del mondo; detta anche proletaria di derivazione marxista, ossia un ordinamento sociale che assicura una partecipazione formalmente uguale alla formazione della volontà generale e promette una distribuzione equa dei beni tra i cittadini (*ivi*, pp. 6-7).

concretezza storica. Al riguardo, Alexis de Tocqueville, in *La Démocratie en Amérique* (1835 e 1840), avverte che «ciò che getta il massimo di confusione nello spirito è l'uso che si fa delle parole: democrazia, governo democratico» e che «fino a che non si riuscirà a definirle chiaramente e a intendersi sulla definizione si vivrà in una confusione di idee inestricabile, con grande vantaggio dei demagoghi e dei despoti». <sup>669</sup>

Avvertimento, questo, preso in considerazione non solo da Giovanni Sartori, che ne fa un motto in *Democrazia e definizioni*, ma anche dalla maggior parte degli studiosi contemporanei di democrazia, i quali, sovente, introducono o contrassegnano i propri scritti con la contrapposizione tra “valori” e “fatti”, “essere” e “dover essere”, “ideali” e “rozza materia”. In altri termini, trattasi di distinguere la democrazia ideale (che segue i principi della sua ideologia) e la democrazia reale (che opera in circostanze concrete), il piano ideale che è un valore-limite da quello della realtà effettuale, tra i quali esiste un gap tale da non poter essere ignorato. Sartori cerca di fare chiarezza nel linguaggio politico sia elaborando concetti sia distinguendo il piano fattuale da quello assiologico, trattando la democrazia dal punto di vista della scienza politica e dunque usando la “descrizione” e l’“accertamento” e non la “deontologia” e la prescrizione”. <sup>670</sup>

Dunque, la definizione della democrazia può essere duplice, prescrittiva e descrittiva, tenendo conto che la prescrizione per essere reale necessita dell'accertamento, ma la democrazia non esisterebbe senza la sua idea. Perciò, stante la complessità e la delicatezza di un'operazione come la definizione della democrazia, Sartori ha tentato di sgravare la democrazia dal caos verbale e mentale che la imbrigliano, sino a definire la liberaldemocrazia, suo modello politico di riferimento. <sup>671</sup>

Non solo Sartori, tra gli studiosi della democrazia, ma anche Bobbio afferma a chiare lettere l'ambivalenza del termine “democrazia”, che può descrivere il reale e incarnare l'ideale, individuare l'essere e prescrivere il dover essere e così via.

Nel suo saggio *Il futuro della democrazia*, Bobbio rappresenta sinteticamente le trasformazioni della democrazia quali “promesse non mantenute” ed evidenzia la differenza tra democrazia ideale, così come ideata dai suoi fondatori e democrazia reale, così come è vissuta nel quotidiano. Le promesse non mantenute sono sei: la sopravvivenza del potere invisibile, la permanenza delle oligarchie, la soppressione dei corpi intermedi, la rivincita della rappresentanza degli interessi, la partecipazione interrotta, il cittadino non educato. Alcune delle promesse non hanno potuto trovare realizzazione, in quanto già mere illusioni dall'origine per l'irraggiungibilità degli obiettivi posti, mentre altre costituiscono “speranze mal riposte” ed altre ancora si sono imbattute in barriere inaspettate. <sup>672</sup>

Pertanto, Bobbio non parla di “degenerazione” della democrazia, ma di un «naturale adattamento dei principi astratti alla realtà o della inevitabile contaminazione

<sup>669</sup> R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit., pp. 13-14.

<sup>670</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>671</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>672</sup> N. Bobbio, *Premessa all'edizione 1984*, in *Id.*, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2005, pp. XX-XXI.

della teoria quando è costretta a sottomettersi alle esigenze della pratica». Tutte, salvo la sopravvivenza del potere invisibile sotto o accanto a quello visibile. Chi ha dato vita ai primi regimi democratici si è prefissato di distruggere il potere invisibile contenuto dal nucleo più interno del potere, che corrompe la democrazia – obiettivo che non è stato raggiunto. Ciò vale in linea con la definizione minima di democrazia offerta da Bobbio, procedurale o formale, per cui il regime democratico è «un insieme di regole di procedura per la formazione di decisioni collettive, in cui è prevista e facilitata la partecipazione più ampia possibile degli interessati».<sup>673</sup> Più precisamente, Bobbio intende la democrazia unicamente come la forma di governo, contrapposta a quelle autocratiche, contraddistinta da «un insieme di regole (primarie o fondamentali) che stabiliscono *chi* è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali *procedure*», con la garanzia dei diritti di libertà per chi è chiamato a decidere, diritti sulla cui base è nato lo Stato liberale ed è stata creata la dottrina dello Stato di diritto. Perciò, per Bobbio, lo Stato liberale è il presupposto sia storico sia giuridico di quello democratico. Occorre lo Stato liberale e le sue libertà per il corretto esercizio del potere democratico ed occorre quest'ultimo per assicurare l'esistenza delle libertà. Un'interdipendenza, questa, provata anche dalla circostanza storica per cui se cade l'uno, cade al contempo pure l'altro.<sup>674</sup>

A tale riguardo, Bobbio riprende una sua vecchia idea, secondo cui diritto e potere sono «due facce della stessa medaglia: solo il potere può creare il diritto e solo il diritto può limitare il potere. Lo stato dispotico è il tipo ideale di stato di chi si pone dal punto di vista del potere; all'estremo opposto c'è lo stato democratico, che è il tipo ideale di stato di chi si pone dal punto di vista del diritto».<sup>675</sup>

Trattando l'ambivalenza della definizione di democrazia, l'autore precisa che i testi raccolti nel volume muovono dal principio basilare che v'è un divario tra democrazia "ideale" e democrazia "reale" e, ciò posto, per mezzo di ognuno di questi, egli si propone di stigmatizzare tale differenza, di percorrere il tragitto che dal mondo delle idee conduce a quello delle azioni attorno a cui sviluppare l'oggetto della trattazione scientifica, di «far discendere la democrazia dal cielo dei principî alla terra dove si scontrano corposi interessi». Ciò, egli considera «l'unico modo per rendersi

---

<sup>673</sup> *Ivi*, p. XXI. Questa appare a Bobbio l'unica definizione chiara di democrazia esistente e l'unica che fornisca un criterio efficace per distinguere due ideali contrastanti di forme di governo. Il giusfilosofo italiano precisa che includendo nell'idea di democrazia la strategia del compromesso tramite la libera discussione ai fini della formazione della maggioranza, la sua definizione di democrazia si adatta meglio alla democrazia rappresentativa che a quella diretta. A differenza di Kelsen, sostiene che il referendum, prevedendo la scelta di una tra due alternative impedisce un vero compromesso e genera scontri, risultando più opportuno nella soluzione di controversie sui principi che conflitti di interessi. Mentre, è d'accordo con Kelsen sulla necessità richiesta dalla democrazia di rispettare le istituzioni, tra cui figurano i partiti quali unici soggetti mediatori tra governo e singoli, con l'effetto di favorire il metodo. Per Bobbio, un regime democratico funziona correttamente solo per mezzo del modo di governare, risalente ad una tradizione antica, denominata "governo delle leggi" (*ivi*, p. XXIII).

<sup>674</sup> N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 4-7.

<sup>675</sup> N. Bobbio, *Premessa all'edizione 1984*, in *Id.*, *Il futuro della democrazia*, cit., p. XXIV.

conto delle contraddizioni in cui versa una società democratica e delle vie tortuose che deve seguire per uscirne senza smarrirvisi, per riconoscere i suoi vizi congeniti senza scoraggiarsi e senza perdere ogni illusione nella possibilità di migliorarla».<sup>676</sup>

Nel corpo del medesimo saggio, Bobbio conia ed adopera un'altra formula appena inizia a trattare, più che della trasformazione, del tema specifico del «divario tra gli ideali democratici e la “democrazia reale” (...) nello stesso senso in cui si parla di “socialismo reale”». Ci si riferisce alle battute conclusive del romanzo *Dottor Živago* di Boris Pasternak, fatte pronunciare a Gordon e che Bobbio riporta nel terzo paragrafo di *Il futuro della democrazia*: «È successo più volte nella storia. Quello che era stato concepito come nobile e alto, è diventata rozza materia. Così la Grecia è divenuta Roma, così l'illuminismo russo è diventata la rivoluzione russa».<sup>677</sup> E «così [aggiunge Bobbio] il pensiero liberale e democratico di un Locke, di un Rousseau, di un Tocqueville, di un Bentham e di John Stuart Mill è diventato l'azione» di qualsiasi soggetto che abbia attuato o meno certe promesse fatte. Di tale “rozza materia” e non di “ciò che è stato concepito nobile e alto”, del divario tra ciò che è stato promesso e ciò che è stato concretamente attuato Bobbio esorta a discutere, con chiaro riferimento al contrasto tra democrazia ideale e democrazia reale.<sup>678</sup>

Invero, il divario tra democrazia ideale e democrazia reale costituisce la premessa di diversi scritti sulla democrazia di Hans Kelsen, già nei primi anni del Novecento. Nel periodo tra le due guerre mondiali, Kelsen premette la distinzione tra la democrazia ideale e la democrazia reale, fornisce una chiara e ferma definizione di “democrazia”, poi sviluppata, analizzata e criticata da molti altri, e argomenta sull'uso improprio del termine.

Democrazia è la parola d'ordine che, nei secoli XIX e XX, domina quasi universalmente gli spiriti; ma, proprio per questo, essa perde, come ogni parola d'ordine, il senso che le sarebbe proprio. Per seguire la moda politica, si pensa di dover usare la nozione di democrazia – di cui si è abusato più di ogni altra nozione politica – per tutti gli scopi possibili e in tutte le possibili occasioni, tanto che essa assume i significati più diversi, spesso fra di loro assai contrastanti, quando la solita improprietà del linguaggio volgare politico non la degrada addirittura ad una frase convenzionale che non esige più un senso determinato.<sup>679</sup>

<sup>676</sup> *Ivi*, p. XXV.

<sup>677</sup> La citazione tratta da B.L. Pasternak, *Il dottor Zivago*, Milano, 1957, p. 673 è riportata da N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit. p. 8.

<sup>678</sup> N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit. p. 8.

<sup>679</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., pp. 43-44. La rivoluzione sociale, effetto della prima guerra mondiale, porta ad una revisione di tale valore politico. Il movimento del proletariato, una volta orientato ad attuare i principi del socialismo e della democrazia, si scinde in due frazioni, una delle quali vira verso un'autocrazia, divenendo dittatura del proletariato, basata sulla teoria neocomunista e praticata dal partito bolscevico russo. Da qui, stante la notevole influenza esercitata dal movimento dei proletari sull'ambiente popolare e su quello politico anche la borghesia assume un atteggiamento democratico, che scaturisce, in Italia, ad esempio, nel fascismo. La questione democratica è posta al cospetto della dittatura di partito, un tempo già autocrazia monarchica (*ivi*, p. 44).

## 2.2. *Principali caratterizzazioni kelseniane della concezione di democrazia*

La concezione kelseniana della democrazia è soprattutto relativistica. Concezione, questa, adatta all'era del "crepuscolo degli idoli e del politeismo dei valori". Nella modernità data dall'illuminismo e dalla Rivoluzione francese, non esiste un bene comune, per cui non rimane che la mediazione tra valori in contrasto tra loro, non monopolizzabili dal potere, ma valutabili seppur consapevoli della loro relatività e della loro soggettività.<sup>680</sup>

Invero, tale posizione traballa quando non considera che senza un valore comune si rischia di delegittimare il principio della maggioranza. Come dimostra l'esperienza weimariana, la discussione perde senso davanti a valori irrimediabilmente configgenti. Ed è ciò che similamente lo stesso Kelsen ammette, quando sostiene che il malfunzionamento della democrazia dipende dal contrasto irriducibile tra minoranza e maggioranza, che esclude qualsivoglia compromesso.<sup>681</sup>

La concezione kelseniana della democrazia è altresì formale e procedurale, dove per democrazia si intende il metodo di discussione e votazione a maggioranza usato per prendere decisioni politiche. Il dato che la concezione non sia sostanziale non rappresenta un problema, in quanto è ormai comunemente condiviso l'assunto che proprio l'osservanza di precise regole formali caratterizza maggiormente la democrazia. Potrebbe costituire un problema, invece, l'aspetto procedurale della concezione della democrazia di Kelsen (vicina a quella di Schumpeter degli anni Quaranta), dal punto di vista giusfilosofico e, precisamente, rispetto alle teorie procedurali della giustizia o dell'argomentazione avanzate più avanti nel tempo da John Rawls, Jürgen Habermas e Robert Alexy, le quali tendono ad attribuire alle Corti costituzionali poteri decisionali spettanti al Parlamento secondo le costituzioni. Questi sono, a ben vedere, gli stessi approdi cui giungono le varie teorizzazioni neocostituzionalistiche (di un "diritto mite" o di una teoria materiale dei valori) che delegano alle Corti costituzionali l'amministrazione della Costituzione.<sup>682</sup>

Ma nonostante ciò, Kelsen si oppone fermamente a ipotesi simili, non tollerando il conferimento alla Corte costituzionale del potere di annullare le leggi in virtù di valori costituzionali, quale è quello della giustizia. «La concezione della giustizia della maggioranza dei giudici potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione, e contrasterebbe evidentemente con quella del Parlamento che ha voluto la legge».<sup>683</sup>

Ancora, la concezione kelseniana della democrazia è realistica, elitistica e individualistica. È realistica, sulla scia del realismo politico da Machiavelli in poi, per

<sup>680</sup> M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 31.

<sup>681</sup> *Ivi*, p. 32 e H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 372.

<sup>682</sup> *Ivi*, pp. 33-34.

<sup>683</sup> *Ivi*, p. 35. La citazione *ibidem* riportata è tratta da H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 190.

la distanza tra ideologia e realtà politica indicata da Kelsen. È elitistica, in linea con l'elitismo politologico, rifiutando, Kelsen, le dottrine della rappresentanza e della sovranità popolare, perché ideologiche e indicando la democrazia "reale" quale procedura finalizzata alla scelta dei capi.<sup>684</sup>

È individualistica, nell'accezione dell'individualismo metodologico, osservando, Kelsen, che i concetti di Stato e di popolo da lui criticati corrispondono a fenomeni collettivi analizzabili solo se ridotti a soggetti e rapporti individuali, ossia i giudici.<sup>685</sup>

Inoltre, la concezione in questione è parlamentaristica, eretta sulla base del primato del Parlamento. Kelsen concepisce il presidenzialismo solo come forma velata di autocrazia, definendo quello americano, ad esempio, una razionalizzazione del sistema monarchico costituzionale inglese. Né ammette la riduzione dei poteri del Parlamento a funzioni politiche con relativa attribuzione della produzione legislativa a organi tecnici, come propone Hayek.<sup>686</sup>

Quella di Kelsen è anche una concezione partitica, consociativistica e proporzionalistica della democrazia, ampiamente usurata e criticata, per cui i partiti rappresentano i veri soggetti della democrazia che puntano al compromesso grazie al carattere proporzionale del sistema elettorale.<sup>687</sup>

Addirittura, la concezione *de qua* è pacifistica, riguardo sia alle relazioni interne agli Stati, in cui la democrazia è il mezzo di soluzione dei contrasti sociali, sia alle relazioni fra Stati, sulla base del principio espresso nel 1944 in *La pace attraverso il diritto* (a cura di L. Ciaurro, Torino, 1990) della "pace attraverso il diritto".<sup>688</sup>

Infine, essa è liberale, in quanto Kelsen nel 1955 sostiene che la democrazia non è scindibile dal liberalismo politico, ovvero dal principio di non interferenza del governo in determinati settori di interessi degli individui.<sup>689</sup>

Dato, questo, non di poco conto, se si pensa che ormai la democrazia è intesa prevalentemente come liberaldemocrazia, anche grazie all'incontro non ineluttabile della tradizione liberale con quella democratica, favorito anche da Kelsen.

Ad ogni modo, la concezione kelseniana della democrazia potrebbe, secondo alcuni critici, lasciare privo di soluzione il problema della stabilità. Ciò perché manca la presenza dell'istituzione, un filtro più efficace della norma. Tuttavia, l'ordine normativo è dato proprio dall'istituzione quale ordinamento, sistema, organizzazione. D'altronde, l'opera kelseniana è finalizzata all'individuazione della mediazione istituzionale, ossia la democrazia giuridica, un "filtro" tra i più potenti della storia occidentale, per riuscire a mantenere anche le società costantemente in conflitto. Per molti versi, al di là dei

<sup>684</sup> *Ibidem*. Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit. pp. 127 e 40.

<sup>685</sup> *Ivi*, p. 36. Cfr. H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., p.p. 53-54.

<sup>686</sup> *Ibidem*.

<sup>687</sup> *Ivi*, p. 37.

<sup>688</sup> *Ivi*, pp. 37-38.

<sup>689</sup> *Ivi*, p. 38. Cfr. H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 245.

pericoli che passano le democrazie reali per i propri nemici interni, queste resistono, si adattano e durano più delle dittature.<sup>690</sup>

La democrazia giuridica corrisponde all'ordinamento giuridico, complesso di norme e azioni ordinate gerarchicamente, mezzo tecnico delle norme giuridiche che regolano le società moderne, per cui la rappresentanza parlamentare degli Stati democratici sarebbe una finzione, mentre nelle autocrazie vi sarebbe una mescolanza delle due forme di governo. Addirittura un ordinamento autocratico assurge a democrazia formale, tecnica, procedura, metodo, combinato a misticismo, che regge – se regge e sotto che forma specifica di autocrazia – proprio per gli elementi di formalismo, di razionalità scientifica, di democrazia reale, connaturati a ogni società organizzata nell'era della tecnica, della burocrazia, della divisione del lavoro. Ogni Stato è Stato di diritto, per questo. Ciò che propriamente distingue autocrazia e democrazia, allora, è il principio di pubblicità.<sup>691</sup>

La democrazia giuridica è «una legge di struttura del corpo sociale di ogni società con «un certo grado di sviluppo tecnico», il nocciolo della razionalità e della auto-coscienza della società moderna, che sempre più tende a dissolvere ogni residuo sostanzialistico, ogni comunità di tipo organico o patriarcale verso una equiordinazione di puri momenti rappresentativi. Se l'autocrazia, “secondo la sua più intima natura, è una comunità di tipo patriarcale” cui si addice come forma categoriale centrale il rapporto di paternità – nelle sue forme teologiche, psicologiche, politiche –, la democrazia è “fratellanza matriarcale”: essa è, secondo il suo concetto, “una società senza padre”».<sup>692</sup>

Se è vero che democrazia e autocrazia si differenziano perché la prima vanta più contenuti possibili della regolazione giuridica della seconda, ossia più “verità” possibili in competizione reciproca, posta la necessità di una decisione relativa, allora la democrazia mostra il tempo storico moderno in una forma adeguata, per cui Kelsen la identifica con la modernità medesima. La dittatura, invece, è soltanto la resistenza che la pre-modernità, in termini di tempi e mentalità, oppone al progresso democratico.<sup>693</sup>

---

<sup>690</sup> A. Carrino, *Scienza e democrazia*, cit., p. 22.

<sup>691</sup> *Ivi*, pp. 22-23.

<sup>692</sup> *Ivi*, p. 23.

<sup>693</sup> *Ivi*, pp. 10-11. Perciò, Carrino, da ciò non rileva una netta opposizione tra il normativismo di Kelsen e il decisionismo di Schmitt. Nel primo, egli vede «la forma relativistica, critica, del decisionismo, la forma tipicamente moderna del fatto (...) che governare significa, in ultima istanza decidere». Piuttosto, Kelsen si contrappone decisamente a Schmitt per «la diversa calibratura della decisione, provvisoria per il primo, radicale e definitiva (pre-moderna) per il secondo». I due esprimono nella teoria politico-giuridica due visioni del mondo antitetiche, probabilmente di derivazione popperiana per Kelsen e di derivazione heideggeriana per Schmitt. Si contrappongono, dunque, una società aperta e una chiusa, un decisionismo relativistico e critico ed uno ultimativo e definitivo. Il normativismo kelseniano e il decisionismo schmittiano sono frutto di valori, radici e logiche diverse, pur se Kelsen sia interpretabile in chiave decisionista. Se Kelsen basa la propria teoria giuridica e democratica sul compromesso, Schmitt muove e resta nell'antagonismo, nella dicotomia “amico-nemico” (*ivi*, pp. 12-15). Cfr. C. Sbailò, *Weimar*, cit., in cui il contrasto tra Kelsen e Schmitt è riletto a tratti nei termini di una convergenza tra i due.

Kelsen rivela che anche le dittature sono democrazie formali, in quanto anche in esse operano meccanismi formali e procedurali tesi alla scelta dei capi, alla formazione della volontà politica e alla produzione del consenso filtrato dal compromesso, seppure in forma oligarchica, segreta e priva di controllo. Eppure, per Kelsen, la democrazia è contrapposta alla dittatura: la prima esprime il relativismo politico, manifesta un peculiare livello di sviluppo sociale raggiunto dall'uomo grazie ai sacrifici compiuti per svincolarsi dal principio di piacere ed abbracciare quello di realtà, coerenza logica e responsabilità; la seconda esprime una concezione assolutistica della politica e della verità, la quale dipende ancora da forme sostanzialistiche, metafisiche e mitiche in cui prevale l'individuo soggetto al principio di piacere e dal bisogno di soddisfare il desiderio.<sup>694</sup>

### 2.3. *Sociologia, essenza e valore della democrazia parlamentare*

Nelle opere principali sulla democrazia del periodo weimariano (*Il problema del parlamentarismo, Sociologia della democrazia, Essenza e valore della democrazia*) Kelsen tratta un tema di tipo etico-politico certamente meno noto di quelli di tipo meramente giuridico contenuti nella sua teoria giuridica pura. Qui emerge il Kelsen liberale che si interessa da vicino alle sorti della democrazia e si imbatte nei conflitti ideologici imperanti negli anni della Repubblica di Weimar. Con l'analisi di tali contributi, è possibile portare a sintesi il pensiero kelseniano del periodo weimariano nei suoi caratteri scientifici, politici ed etici, intrecciando la dottrina pura del diritto, il relativismo filosofico e l'ideale democratico.

#### 2.3.1. *La libertà*

Dall'idea che noi siamo, idealmente, uguali, si può dedurre che nessuno deve comandare a un altro. Ma l'esperienza insegna che, se nella realtà vogliamo essere tutti uguali, dobbiamo lasciarci comandare. Perciò l'ideologia politica non rinuncia ad unire la libertà con l'uguaglianza. La sintesi di questi due principii è appunto la caratteristica della democrazia.<sup>695</sup>

Kelsen riporta la distinzione di Rousseau tra suddito e cittadino, ove il primo rinuncia alla propria libertà per riottenerla nuovamente nella veste di cittadino. Egli descrive l'evoluzione del concetto di libertà, segnalando la contraddizione tra il significato iniziale e quello finale, ma affermando l'inevitabilità di tale trasformazione ai fini della realizzazione della democrazia che permetterebbe a determinate condizioni

<sup>694</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>695</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., pp. 45-46.

l'uguaglianza e la libertà stessa. Kelsen segue Rosseau, colui che meglio di chiunque altro ha saputo analizzare la democrazia, a detta del Maestro di Vienna, anche nell'assunto che «il cittadino è libero soltanto attraverso la volontà generale e che in conseguenza, obbligandolo ad obbedirvi, lo si costringe ad esser libero». <sup>696</sup>

È più di un paradosso, è un simbolo della democrazia, che, nella Repubblica di Genova, sulle porte delle prigioni e sulle catene a cui, nelle galere, erano legati gli schiavi, si leggesse la parola "Libertas". <sup>697</sup>

### 2.3.2. *Il popolo*

Secondo Kelsen, «la metamorfosi dell'idea di libertà porta, dall'idea, alla realizzazione della democrazia». Per l'autore, "l'essenza della democrazia" può essere compresa solo considerando il contrasto tra ideologia e realtà, di primaria importanza nella questione democratica. Osserva il Maestro di Vienna che molti fraintendimenti nel dibattito su tale questione derivano da una trattazione univoca o dell'idea o della realtà del fenomeno, senza coniugare tali elementi e senza esaminare la realtà alla luce dell'ideologia che la governa e l'ideologia dalla prospettiva della realtà che la regge. Inoltre, prosegue Kelsen, l'antitesi tra idea e realtà vale per il principio fondamentale della democrazia, l'idea di libertà, come per tutti gli elementi che la costituiscono, quale la nozione di popolo. La democrazia sul piano dell'idea, per Kelsen, «è una forma di Stato o di società in cui la volontà generale o, senza tante metafore, l'ordine sociale, vengono realizzati da chi è a quest'ordine sociale sottomesso, cioè dal popolo». <sup>698</sup>

In altri termini e ad un livello più generale, Kelsen definisce la democrazia come «identità di governanti e governati, di soggetto e di oggetto del potere, governo del popolo sul popolo», mentre «la partecipazione alla formazione della volontà generale è il contenuto dei cosiddetti diritti politici». <sup>699</sup>

Poiché il "popolo", che rappresenta il substrato dell'idea democratica, è il popolo che comanda, non il popolo che è comandato, sarebbe lecito, da un punto di vista realistico, ridurre ulteriormente la nozione in questione. Nella massa di coloro che, esercitando effettivamente i loro diritti, partecipano alla formazione della volontà dello Stato, bisognerebbe distinguere fra coloro che, come massa senza giudizio, si lasciano guidare dall'influsso degli altri senza opinione propria, e quei pochi che intervengono realmente con una decisione personale – secondo l'idea della democrazia – conferendo una determinata direzione alla formazione della volontà comune.

<sup>696</sup> *Ivi*, pp. 54-55. La citazione riportata è *ivi*, p. 55.

<sup>697</sup> La citazione riportata *ibidem*, è tratta da J.J. Rosseau, *Contrat Social*, I, IV, cap. 2.

<sup>698</sup> *Ivi*, p. 57.

<sup>699</sup> Le citazioni riportate sono rispettivamente *ivi*, p. 58 e p. 60.

Da tale ricerca, Kelsen presenta i partiti politici – raggruppamenti di persone dalla stessa opinione, che *ivi* trovano la garanzia di influenzare effettivamente la gestione pubblica dei propri interessi – tra gli elementi più importanti della democrazia reale. Qui, per Kelsen, si consuma una parte fondamentale della formazione della volontà generale. Qui, si originano le questioni poi dibattute nei parlamenti. Su di essi si basa la moderna democrazia. La centralità del loro ruolo è direttamente proporzionale all'applicazione del principio democratico.<sup>700</sup>

In ciò trova giustificazione la formalizzazione costituzionale dei partiti e l'attribuzione ad essi di uno statuto giuridico conforme alla qualità di organi che formano la volontà statale. In altri termini, in ciò si esprime la razionalizzazione del potere strettamente legata alla democratizzazione dello Stato moderno. Per Kelsen, dunque, non vi può essere democrazia senza partiti, formazioni collettive capaci di realizzare nello Stato la volontà dei singoli individui che perseguono gli stessi scopi politici, al contrario dei singoli individui isolati, impossibilitati ad influire sulla formazione della volontà dello Stato. Chi contrasta il ruolo dei partiti politici, contrasta l'idea stessa di democrazia, come dimostra l'ostilità mostrata dalla vecchia monarchia.<sup>701</sup>

La volontà generale risulta dai compromessi fra interessi in conflitto, realizzabili solo tramite la formazione del popolo in partiti politici. Pertanto, le forze politiche ostili a tale formazione – e, dunque, alla democrazia – puntano al dominio incontrastato di un solo gruppo, coprendo la reale natura degli interessi che promuovono con la formula “interesse collettivo organico”. Al contrario, la democrazia, quale Stato di partiti, presuppone che la volontà generale scaturisca dalla volontà dei partiti, ripudiando la finzione di una volontà organica. Per Kelsen è necessario cogliere la possibilità di democratizzare la formazione della volontà generale, offerta dalla consacrazione dell'esistenza dei partiti politici nelle costituzioni, se si intende scongiurare una deriva aristo-autocratica della formazione della volontà comune.<sup>702</sup>

Tuttavia, ricollegandosi alla differenza tra ideologia e realtà, l'ideale democratico subisce diverse limitazioni. Posto che soltanto nella democrazia diretta il sistema sociale è realmente creato dalla decisione della maggioranza dei titolari dei diritti politici che esercitano il loro diritto nella Assemblea del popolo, la democrazia dello Stato moderno è quella indiretta, parlamentare, in cui la volontà generale direttiva è formata da una maggioranza di eletti dalla maggioranza dei titolari dei diritti politici. Questi, ovvero la libertà, sono ridotti ad un mero diritto di voto. L'idea di libertà e della democrazia è limitata soprattutto dal parlamentarismo, fenomeno da comprendere per cogliere l'essenza reale dei gruppi sociali considerati democrazie.<sup>703</sup>

---

<sup>700</sup> *Ivi*, p. 62.

<sup>701</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>702</sup> *Ivi*, pp. 69-71.

<sup>703</sup> *Ivi*, p. 72.

### 2.3.3. Il parlamentarismo democratico

Il tema del parlamentarismo è affrontato da Kelsen preliminarmente nel saggio *Il problema del parlamentarismo* del 1925, ove anticipa molto di *Essenza e valore della democrazia* del 1929 (molte pagine scritte nel primo sono letteralmente riprodotte nel secondo).<sup>704</sup> L'autore traccia un quadro storico che parte dalla lotta al parlamentarismo, passa per la sua conquista e i benefici che ha prodotto, riporta i motivi delle critiche mosse, prevede una spinta verso le dittature, ma alla fine dichiara che solo il parlamentarismo rappresenta la forma di governo adeguata e funzionale ad un sistema democratico, magari con correttivi che lo perfezionino.<sup>705</sup>

Kelsen esordisce affermando che la lotta risalente alla fine del secolo XVIII ed al principio del XIX contro l'autocrazia è combattuta a salvaguardia dell'istituto parlamentare. Allora, ogni speranza è riposta nel progresso politico, nella creazione di un ordinamento sociale basato sulla giustizia e nel raggiungimento di un'epoca migliore. Tutto ciò grazie alla realizzazione di una costituzione che dia peso alla rappresentanza popolare nella formazione della volontà statale ed elimini la dittatura del monarca assoluto e impedisca all'ordinamento giuridico di concedere privilegi a determinati ceti sociali. Tuttavia, nonostante la forma di governo parlamentare dei secoli XIX e XX vanti meriti indiscutibili (l'emancipazione della borghesia dalla nobiltà, l'equiparazione politica del proletariato e, di conseguenza, l'inizio della sua emancipazione dalla classe capitalistica), negli anni Venti del Novecento, sia la storiografia sia l'ideologia politica, di destra e di sinistra, non sono di tale avviso, al punto da invocare quasi la dittatura o un ordinamento corporativo. Addirittura, continua ad osservare Kelsen, anche i partiti di centro sembrano staccarsi dagli ideali di un tempo.<sup>706</sup>

Pertanto, il giurista viennese parla di una particolare disaffezione nei confronti del parlamento, ma non di una vera e propria crisi del parlamentarismo, già aleggiata inevitabilmente nel secolo precedente a causa della persistenza della monarchia, ma mai realizzatasi concretamente, attesa l'avanzata del movimento democratico basato sul parlamento.

Dunque, se Kelsen non è stupito della ovvia ostilità al parlamento durante il regime monarchico dell'800, lo diventa per l'avversione al parlamentarismo dei suoi tempi, ossia in un regime parlamentare: «per una repubblica democratico-parlamentare il problema del parlamentarismo è un problema di esistenza: dal fatto che il parlamento sia o no uno strumento atto a risolvere i problemi sociali del nostro tempo dipende l'esistenza stessa della moderna democrazia».<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> Cfr. *ivi*, pp. 73-83.

<sup>705</sup> H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in *Id.*, *La democrazia*, cit., *passim*.

<sup>706</sup> *Ivi*, p. 155.

<sup>707</sup> *Ivi*, p. 156.

Seppure, per Kelsen, parlamentarismo e democrazia non si equivalgano e la democrazia, quella diretta, possa esistere anche senza il parlamento, ciò diventa impraticabile nello Stato moderno. Il parere del maestro al riguardo è chiaro: il parlamentarismo resta l'unica possibile forma reale, in cui nella realtà sociale dei suoi tempi l'idea della democrazia possa trovare realizzazione; condannare il parlamentarismo significa condannare la democrazia.

Parlamentarismo è: formazione della volontà normativa dello Stato mediante un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed eguale per tutti, cioè dunque democraticamente, secondo il principio della maggioranza. A chi tenti di rendersi conto del principio che informa questo modo di creazione dell'ordinamento sociale appare evidente che il principio dominante è quello della libertà, della autodeterminazione democratica. La lotta per il parlamentarismo fu lotta per la libertà politica, e questo è troppo facile dimenticare oggi, quando si muove al parlamento una critica sotto molti riguardi ingiusta. In possesso, ormai pacifico ed incontestato e perciò non più apprezzato, della libertà – possesso che è però garantito unicamente dal parlamento – si crede di poter rinunciare a questa libertà come norma fondamentale di valutazione politica. Ma l'idea di libertà è e resterà sempre la dominante fondamentale di qualsiasi speculazione politica, sebbene – o appunto perché – l'idea di libertà porti nella sua più profonda essenza alla negazione di tutto ciò che è sociale e perciò politico, formando così quasi il contrappunto di ogni teoria sociologica e di ogni pratica politica.<sup>708</sup>

Per tali ragioni, collegandosi a quanto già sostenuto nella prime edizione di *Essenza e valore della democrazia* del 1920, Kelsen afferma che la libertà non ha la possibilità di partecipare completamente e autenticamente al gioco sociale o politico, ma solo per mezzo di fattori ad essa estranei con cui sarebbe costretta a familiarizzare.

Avvisa Kelsen che l'idea di libertà nel parlamento è caratterizzata da due elementi che ne depotenziano la forza originaria. Il primo è il principio di maggioranza accolto dal parlamento, che priva l'idea di libertà dell'unico bisogno a sé congeniale dell'unanimità dei voti nella formazione della volontà statale, nel tentativo di realizzare un ordinamento sociale. Il secondo è dato dalla circostanza che la formazione di tale volontà è indiretta, in quanto non emana direttamente dal popolo, ma da un parlamento seppure eletto da esso. Dunque, il concetto di libertà, come autodeterminazione, si congiunge al bisogno irriducibile della divisione del lavoro, della differenziazione sociale, la quale contraddice l'idea democratica di libertà. La volontà statale dovrebbe, infatti, derivare soltanto da tutti gli aventi diritto al voto, senza alcuna differenziazione dello Stato data dalla divisione del lavoro, né alcun trasferimento di funzioni statali ad organi diversi dal popolo, le quali limiterebbero inevitabilmente la libertà. Sulla base della formazione indiretta della volontà statale, Kelsen parla del parlamento quale

---

<sup>708</sup> *Ivi*, p. 157.

«compromesso fra il postulato democratico della libertà ed il principio della divisione differenziale del lavoro, che è la condizione di ogni progresso della tecnica sociale». <sup>709</sup>

Dunque, Kelsen fa notare la tendenza di dissimulare la limitazione che l'idea democratica riceve dalla formazione della volontà statale da parte del parlamento, ossia da un organo diverso dal popolo. Per un verso, data la complessità dei rapporti sociali, la forma primitiva della democrazia diretta non pare a Kelsen né possibile né preferibile rispetto ai vantaggi offerti dalla divisione del lavoro. Più alto è il numero dei componenti della collettività associata, più bassa è la possibilità del popolo di contribuire direttamente a formare la volontà statale, al punto da costringerlo per ragioni di tecnica sociale a votare e monitorare l'organo competente alla formazione di tale volontà. Per un altro verso, Kelsen osserva come sia tipico dei suoi tempi dare l'impressione che anche nel parlamento l'idea della libertà democratica trovi attuazione. Per il raggiungimento di tali fini, si è resa indispensabile la finzione della rappresentanza,

il concetto che tende a legittimare il parlamento dal punto di vista della sovranità popolare, che il parlamento non sia che il rappresentante del popolo, e che il popolo non possa che nel parlamento e per mezzo del parlamento manifestare la sua volontà; e ciò ad onta che in tutte le costituzioni, senza eccezioni, al regime parlamentare vada congiunta la norma che i deputati non debbano assumere dagli elettori alcun *mandato imperativo*, sebbene dunque il parlamento sia nella sua funzione *giuridicamente indipendente* dal popolo stesso. <sup>710</sup>

Dal riconoscimento di indipendenza del parlamento da parte del popolo si origina l'istituzione moderna parlamentare, La finzione della rappresentanza serve a legittimare il parlamento sotto l'aspetto della sovranità popolare, riuscendoci appieno durante i regimi monarchici. Ma in seguito all'affermazione definitiva del principio parlamentare, appoggiatosi a quello della sovranità popolare tramite la finzione della rappresentanza, questa ha iniziato a subire ovvie critiche, andando a scalfire la legittimità democratica del parlamento. Perciò, Kelsen non si stupisce che tra gli argomenti contro il parlamentarismo figura la circostanza che la volontà parlamentare non esprime né può esprimere esattamente quella popolare. Tuttavia, tale argomento risulta valido, per Kelsen, solo se usato contro il tentativo di legittimare il parlamentarismo tramite il principio di sovranità, spiegandone la natura in termini di libertà. Solo in tal caso, infatti, il parlamento verrebbe meno ad una promessa mai realizzabile. <sup>711</sup>

Ad ogni modo, «la natura del parlamentarismo (...) può definirsi anche senza il bisogno di ricorrere alla finzione della rappresentanza, e se ne può giustificare il valore anche solo come specifico mezzo tecnico sociale per la creazione dell'ordinamento statale». Sarebbe sufficiente, prosegue Kelsen, «concepire il parlamento come un indispensabile

---

<sup>709</sup> *Ivi*, p. 158.

<sup>710</sup> *Ivi*, p. 159.

<sup>711</sup> *Ivi*, pp. 159-161.

compromesso tra l'idea assoluta di libertà politica ed il principio della divisione differenziale del lavoro, perché già si delineino distintamente le direzioni secondo le quali deve procedere una eventuale riforma del parlamentarismo».<sup>712</sup>

Infine, Kelsen giunge a confutare l'ultima tesi contro il parlamentarismo. Questa sostiene che tale istituzione trae origine dall'ideologia del liberalismo che «come da una concorrenza economica perfettamente libera attende la massima armonia degli interessi economici, così dal libero cozzo delle opinioni nel dibattito parlamentare attenderebbe lo scaturire di una verità, di un valore politico in qualche modo assoluti». Perciò, sulla base del fatto che il parlamento non è giunto a niente del genere, detta tesi afferma che esso privandosi del suo presupposto teorico, sopravviverebbe per inerzia nella sua inutilità.<sup>713</sup>

Kelsen – posto che la procedura antitetico-dialettica non mira alla “sempre irraggiungibile verità assoluta”, né alla formazione di una “volontà statale assolutamente adeguata”, bensì esclusivamente al raggiungimento dell'equilibrio tra gli interessi di minoranza e maggioranza – smentisce la riduzione della democrazia liberale, che fonderebbe il parlamentarismo, ad una concezione metafisico-assoluta, così come argomentato dalla tesi appena esposta. La smentisce, osservando che il parlamentarismo democratico muove da una concezione critico-relativistica, e sulla scia del relativismo filosofico esclude verità e valori assoluti, ritiene sempre possibile lo scambio tra pareri contrari e propende per una compensazione tra quelli maggioritari. Insomma, il medesimo meccanismo del parlamentarismo, il quale riconosce il diritto delle minoranze tramite il procedimento antitetico-dialettico diretto al raggiungimento di un compromesso.<sup>714</sup>

Piuttosto, continua Kelsen, è la dittatura a reggersi sulla fede metafisico-religiosa dei suoi assoggettati, fino a quando, inevitabilmente, la libertà (non quella della anarchia, “riscontro della dittatura”) della democrazia, ovvero del compromesso e della pace sociale, avrà la meglio.<sup>715</sup>

Per Kelsen, il parlamentarismo resta l'unica soluzione possibile ai fini della formazione pacifica della volontà collettiva, senz'altro preferibile a qualsivoglia forma di autocrazia. D'altronde, «come lo spirito umano si trova sempre di nuovo costretto a rinunciare alle audaci e fallaci speranze della speculazione metafisica ogni volta che va ad urtare invano contro i limiti inesorabili tracciati dalla conoscenza, così anche l'umanità sedotta a sanguinosa servitù dalle promesse messianiche dei suoi svariati dittatori, torna sempre a cercare la via della pace nella conciliazione sociale. Poiché in definitiva a noi uomini non resta che questo: di fronte ai limiti posti alla nostra conoscenza la rassegnazione, e nella nostra attività sociale la tolleranza».<sup>716</sup>

---

<sup>712</sup> *Ivi*, p. 161.

<sup>713</sup> *Ivi*, p. 184.

<sup>714</sup> *Ivi*, pp. 184-185.

<sup>715</sup> *Ivi*, pp. 185-187.

<sup>716</sup> *Ivi*, pp. 187-188.

#### 2.3.4. *La riforma del parlamentarismo*

Kelsen pensando ad una riforma del parlamentarismo,<sup>717</sup> valuta come proficuo il rafforzamento dell'elemento democratico al suo interno, ovvero di un contributo maggiore del popolo nella formazione della volontà dello Stato. Ciò, stante la riduzione dell'intervento popolare nelle decisioni statali al diritto di voto e all'atto parlamentare e attesa la critica mossa al Parlamento di essere estraneo al popolo. Sebbene riconosca l'impossibilità del popolo di creare l'ordine statale in ogni grado, Kelsen riflette sull'opportunità di una maggiore applicazione e sulla necessità di una riforma di due istituti di partecipazione popolare, oltretutto sulla potenzialità di successo di alcuni principi e meccanismi, ai fini di un intervento più diretto del popolo nella formazione della volontà statale.<sup>718</sup>

Il referendum risulta un istituto senz'altro da sviluppare ai fini di una più stretta associazione del popolo all'ordine statale. Al riguardo, Kelsen discute non solo della bontà del referendum costituzionale, ma valuta positivamente anche l'ipotesi di un referendum legislativo preventivo, magari facoltativo, e, dunque, di una pronuncia popolare non già su una legge in vigore, bensì su un testo votato solo dal Parlamento.<sup>719</sup>

L'iniziativa popolare rientra tra gli istituti segnalati da Kelsen, in quanto almeno in grado di orientare l'attività legislativa del Parlamento, ma di cui andrebbe facilitata l'attuazione della richiesta di plebiscito, visto che prevede non la proposizione di un progetto ma di direttive generali.<sup>720</sup>

Circa i principi e i meccanismi utili ad una maggiore democratizzazione del sistema parlamentare, Kelsen esclude il ritorno del mandato imperativo, ritiene possibile giuridicamente il controllo permanente dei deputati da parte di gruppi di elettori riuniti in partiti, con l'effetto positivo di riconciliare il popolo con il principio parlamentare, e valuta non necessario l'istituto dell'irresponsabilità del deputato e quello dell'immunità parlamentare, tra le cause principali di disaffezione nei confronti del parlamento. Inoltre vaglia anche l'ipotesi di attribuire il compito di formare la volontà statale sia ad un parlamento politico organizzato in base al principio democratico sia ad una Assemblea rappresentativa organizzata in virtù del principio corporativo, evidenziandone, tuttavia, l'inopportunità, per la difficoltà che le due Camere avrebbero di trovare un accordo sulle questioni da votare. Ciò, con l'effetto negativo di bloccare la macchina statale e la realizzazione della volontà popolare. Pertanto, Kelsen giunge alla conclusione che il

---

<sup>717</sup> Tema affrontato in *Il problema del parlamentarismo*, cit., pp. 162-163, oltretutto negli stessi termini in *Essenza e valore della democrazia*.

<sup>718</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit., p. 87.

<sup>719</sup> *Ibidem*.

<sup>720</sup> *Ivi*, p. 88.

parlamentarismo, nonostante le critiche ricevute, non va sostituito dal corporativismo, come molti conservatori auspicano in quegli anni.<sup>721</sup>

Ciò, per varie ragioni rintracciabili nella sua teoria della democrazia, come illustrato nei sottoparagrafi che seguono.

### 2.3.5. *La rappresentanza professionale*

L'organizzazione corporativa, per professioni, concentrandosi solo sugli interessi professionali, non comprenderebbe tutti gli interessi del popolo, come quelli etici, civili, religiosi, e così via, secondo Kelsen. Il numero delle professioni aumenta con l'evoluzione della società, al punto che diventerebbe impossibile far convivere centinaia di organizzazioni professionali e delimitare l'ambito delle professioni stesse. Sarebbe, insomma, impossibile l'accordo tra i gruppi professionali. E, seppure, ogni gruppo fosse rappresentato proporzionalmente in un'Assemblea rappresentativa professionale, pur sempre il principio della maggioranza, come nel parlamentarismo, verrebbe adoperato per prendere decisioni comuni. Allora, tanto vale affidare tali decisioni ad un Parlamento che rappresenti la volontà degli elettori, quali soggetti di diritto membri dello Stato e non solo quali lavoratori, interessati a qualsiasi questione di competenza statale e non solo a quelle di natura professionale. L'unica soluzione per Kelsen resta, ancora una volta, l'attribuzione ad un Parlamento eletto democraticamente dal popolo del potere di decidere i conflitti di tutti gli interessi fra gruppi, professionali e non. L'organizzazione corporativa non è in grado di assicurare un principio di integrazione tale da controbilanciare la tendenza alla differenziazione sociale. Essa, al massimo può affiancare il Parlamento, ma mai sostituirlo completamente.<sup>722</sup>

Tale organo potrebbe informare il legislatore, esprimendo gli interessi delle categorie professionali, ma null'altro. Perciò, l'idea di una siffatta organizzazione professionale non risolverebbe la questione della forma dello Stato, lasciando invariata l'alternativa tra democrazia e autocrazia. Attesa tale situazione, Kelsen prosegue osservando come l'organizzazione professionale nella storia rappresenti una forma di dominio di un gruppo sugli altri. Quindi, presume che la proposta di ricorrere ad una organizzazione simile derivi non dal bisogno di una partecipazione organica di ogni gruppo professionale alla formazione della volontà statale, quanto dalla smania di potere di certi gruppi di interesse lasciati a mani vuote dal sistema costituzionale democratico. Un'organizzazione corporativa che non rappresenta realmente gli interessi dei lavoratori, ma muove dalle spinte verso il potere dei datori di lavoro, che non prevede una totale comunione di interessi tra proletari e che punta solo a raggiungere una

---

<sup>721</sup> *Ivi*, p. 89.

<sup>722</sup> *Ivi*, pp. 95-98.

maggioranza politica, conclude Kelsen, non potrà sostituire il parlamentarismo senza costituire una dittatura di classe.<sup>723</sup>

### 2.3.6. *Il principio di maggioranza*

Il dominio di classe è scongiurabile, nel sistema parlamentare, proprio dal principio di maggioranza, a condizione di tutelare le minoranze che lo stesso principio necessariamente presuppone, funzione principale dei diritti e delle libertà fondamentali, garantiti dalle moderne costituzioni nei sistemi democratici parlamentari. La riflessione kelseniana, al riguardo, verte sull'affermazione del principio di maggioranza qualificata, nelle decisioni sui diritti e sulle libertà fondamentali, la quale tutelerebbe maggiormente le minoranze e porterebbe ad una quasi unanimità nella formazione della volontà statale. Dunque, gli atti concernenti certi interessi ritenuti primari necessitano di un accordo tra maggioranza e minoranza; la formalizzazione costituzionale dei diritti fondamentali da mezzo di tutela dell'individuo contro lo Stato diventa mezzo di tutela della minoranza qualificata contro la maggioranza assoluta.<sup>724</sup>

Il significato del principio maggioritario nella democrazia reale è rappresentato dal compromesso scaturente dall'intera procedura parlamentare caratterizzata dalla «tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti». Un principio che Kelsen usa definire “maggioritario-minoritario”, per l'organizzazione degli individui in due gruppi essenziali, diretti alla formazione della volontà generale tramite l'accordo, il compromesso. Da tale prospettiva Kelsen muove per stabilire quale sistema elettorale sia adeguato ad una democrazia parlamentare: quello proporzionale.<sup>725</sup>

Nel caso ideale dell'elezione proporzionale, non vi sono sconfitti, in quanto non v'è necessità di ottenere una maggioranza per essere eletti, ma un minimo. La rappresentanza è eletta «coi voti di tutti e contro i voti di nessuno, cioè all'unanimità». Nel caso reale, Kelsen procede per casi-limite, ponendo varie ipotesi: minoranze non rappresentate, per non aver ricevuto il minimo dei voti utile a ricevere un mandato, per cui la proporzionalità troverà la massima applicazione, quanto più alto sarà il numero dei mandati da assegnare in base ai voti dati;<sup>726</sup> un solo mandato in palio, per cui solo una votazione unanime realizzerebbe la proporzionalità; la rappresentanza proporzionale di qualsiasi partito, anche il più piccolo votato da un solo elettore, per cui occorrerebbe un eletto per ogni elettore, annientando di fatto il sistema parlamentare. Solo comprendendo il limite di tali casi estremi, fa notare Kelsen, si potrà abbracciare il principio della democrazia. «Come io voglio obbedire alla legge alla creazione della

<sup>723</sup> *Ivi*, pp. 99-100.

<sup>724</sup> *Ivi*, pp. 101-103.

<sup>725</sup> *Ivi*, p. 105.

<sup>726</sup> *Ivi*, p. 107.

quale ho contribuito, così nella formazione della volontà dello Stato, posso soltanto riconoscere come mio rappresentante – se pur debbo riconoscerne uno – qualcuno che sia stato designato come tale da me e non contro la mia volontà. Così, mentre l'idea della proporzionale si inserisce nell'ideologia democratica, la sua effettiva azione si inserisce nella realtà della democrazia: il parlamentarismo». <sup>727</sup>

Alla critica mossa al sistema proporzionale di favorire la nascita di partiti piccoli e di comportare la disgregazione dei partiti medesimi e difficoltà nelle decisioni della maggioranza, Kelsen risponde con la possibilità, ferma la realizzazione della proporzionalità, di formare coalizioni tra partiti, trascurando lievi differenze tra i gruppi e unendosi sugli interessi maggiori, in seno al Parlamento. Questa integrazione politica, che costituisce la coalizione partitica e che il principio di maggioranza richiede, non comporta un danno alla società, ma costituisce un progresso, secondo Kelsen. Ad ogni modo, il sistema proporzionale è l'unico a garantire una adeguata integrazione, assicurata dal principio di maggioranza. <sup>728</sup>

Ed anche se è vero, argomenta Kelsen, che l'evoluzione sociale conduce alla contrapposizione di due gruppi in conflitto di interessi (secondo la concezione materiale della storia) o che il contrasto tra queste due classi può produrre un equilibrio delle loro forze (secondo il marxista Otto Bauer), allora la democrazia risulta l'unica forma di espressione politica cui la “situazione sociale generale” tenderà nella lotta con le dittature. In altri termini, sempre quelli di Kelsen, «la democrazia è il punto di equilibrio verso il quale il pendolo politico, oscillante a destra e a sinistra, dovrà sempre ritornare». <sup>729</sup>

Per Kelsen, l'unica forma politica in grado di risolvere il conflitto sociali tra diversi gruppi di interesse o classi in modo pacifico, senza rivoluzioni è la democrazia parlamentare, «la cui ideologia è, sì, la libertà non raggiungibile nella realtà sociale, ma la cui realtà però è la pace». <sup>730</sup>

### 2.3.7. *L'amministrazione*

Kelsen pensa alla necessità di una giurisdizione amministrativa delle norme individuali contenute negli atti amministrativi (prodotto di istanze democratiche e, quindi, accessibili alle influenze di partito), così come ritiene che anche le norme generali dei regolamenti e delle leggi vanno sottoposte ad un controllo giurisdizionale. Le prime vanno vagliate in base alla loro conformità alla legge e le seconde in base alla loro conformità alla Costituzione. Un controllo, questo, riservato alla giustizia costituzionale. Ne risulta una funzione fondamentale per la democrazia, perché

<sup>727</sup> *Ivi*, p. 108.

<sup>728</sup> *Ivi*, pp. 109-110.

<sup>729</sup> *Ivi*, pp. 115.

<sup>730</sup> *Ivi*, pp. 116.

l'osservanza della Costituzione, nella procedura legislativa, costituisce un importante interesse della minoranza, la quale è tutelata proprio dai meccanismi costituzionali. Pertanto, Kelsen ritiene opportuno che la minoranza possa ricorrere al giudice costituzionale. «Il destino della democrazia moderna dipende in sommo grado da un'organizzazione sistematica di tutte queste istituzioni di controllo. La democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio della legalità, si autodistrugge».<sup>731</sup>

### 2.3.8. *La scelta dei capi*

Kelsen ribadisce l'assunto che non è realizzabile l'ideale di libertà della democrazia tanto quanto la mancanza di capi, di dominio. Ciò, in quanto Kelsen vede la realtà sociale fatta di dominio e comando. Pertanto, si concentra piuttosto sulla modalità di formazione della volontà dominante e, quindi, della creazione del capo.<sup>732</sup>

A caratterizzare la democrazia, per Kelsen, non è la realizzazione del dominio della volontà popolare, quanto la partecipazione al processo di formazione della volontà, ovvero alla legislazione, da parte di un numero sempre crescente di membri della comunità. Ciò significherebbe che i capi, ossia il Governo, verrebbero destinati a svolgere la funzione di esecuzione della legge, per cui sarebbe necessaria la messa in funzione di un diverso organo collegiale, ossia il Parlamento. In ciò, Kelsen vede un tratto essenziale della democrazia reale, cui tende lo sviluppo della moderna essenza statale. Se fino a qui, Kelsen basa la sua analisi sulla dicotomia tra ideologia e realtà, è costretto a farne a meno laddove, riguardo alla tendenza alla forma democratica, pone il problema della differenziazione degli organi di cui anche alla teoria della separazione dei poteri, sulla quale esiste il dubbio se essa esprima o meno un principio democratico. Dalla prospettiva ideologica, la separazione dei poteri è in contraddizione con il principio della sovranità popolare. Ma dalla prospettiva della realtà, essa si è sviluppata in senso democratico per quanto attiene alla organizzazione degli Stati.<sup>733</sup>

Dunque la separazione dei poteri, alla fine, per Kelsen produce una pluralità di capi, dal Governo al Parlamento, divenendo il problema centrale della democrazia reale, risolvibile dalla comunità solo attraverso il classico metodo di scelta democratico che è l'elezione. E su questo punto, Kelsen ritorna ad usare come chiave di lettura dell'analisi sociologica della democrazia il divario tra ideologia e realtà. Infatti, ritorna il concetto della finzione della libertà e della "fittizia identificazione degli elettori con gli eletti",

---

<sup>731</sup> *Ivi*, pp. 12-123.

<sup>732</sup> H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 33.

<sup>733</sup> *Ivi*, p. 34. La separazione dei poteri sarebbe valutata da Kelsen, talvolta come un dogma a favore della monarchia costituzionale per lasciare potere al monarca nell'esecutivo e non sempre come una prerogativa della democrazia (H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., pp. 130-132).

nell'interpretazione ideologica dell'elezione che vuole questa come "trasferimento di volontà dagli elettori agli eletti".<sup>734</sup>

D'altronde, nell'analisi reale Kelsen fa notare come uno degli elementi principali della democrazia, ossia la creazione del capo, e il comando che ne deriva, non è un dato assoluto, ma relativo, stante la pluralità dei soggetti che concorrono a ricoprire tale ruolo assegnato dalla comunità, la temporaneità dell'incarico, la dirigibilità dello stesso e la sua soggezione alla critica. Ciò che più rileva nella democrazia reale è, quindi, sempre la pubblicità degli atti di comando, a differenza dell'autocrazia, in cui il capo è un soggetto esterno, al di sopra e assoluto rispetto alla comunità, le cui azioni sono basate sul principio di segretezza. Nel primo caso, deriva la responsabilità di chi comanda e il cambiamento periodico dei titolari del potere. Nel secondo caso, invece, esiste un rapporto assolutamente vincolante e tendenzialmente immutabile tra il capo e i comandati.<sup>735</sup>

Al mutamento dei capi, Kelsen collega il processo in cui trovano applicazione le norme che regolano la funzione dei governanti, ossia l'esecuzione della legge secondo il principio di maggioranza, che prosegue ad analizzare sempre sulla base della dicotomia ideologia-realtà, così come nella prima edizione di *Essenza* e negli scritti successivi alla *Sociologia*, circa la democrazia. E nella democrazia reale, il significato del principio di maggioranza è dato dalla divisione prima e della integrazione poi di due gruppi, maggioranza e minoranza, costretti ad accordarsi per la formazione della volontà complessiva, ovvero al compromesso: «abbandonare ciò che separa coloro che devono essere associati a favore di ciò che li unisce». Anche in tal caso, Kelsen mostra la differenza tra autocrazia e democrazia reale: nella prima, manca la possibilità di comporre tendenze politiche in conflitto, perché non vi sono in generale correnti e contro-correnti politiche e le emozioni politiche sono rimosse; nella seconda, invece, il sistema istituzionale tende a «sollevare le emozioni politiche delle masse oltre la soglia della coscienza sociale per farle lì placare».<sup>736</sup>

Da qui deriva, per Kelsen, l'accentuata predisposizione nell'autocrazia alla rivoluzione, rispetto alle democrazie.

In sintesi, per Kelsen, nell'ideologia democratica non vi sarebbe necessità di un capo, mentre nella democrazia reale sarebbe necessaria la scelta di più capi, ruolo ricopribile potenzialmente da ogni cittadino.<sup>737</sup>

---

<sup>734</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>735</sup> *Ivi*, p. 36.

<sup>736</sup> *Ivi*, pp. 36-38. Le citazioni riportate sono entrambe *ivi*, p. 38.

<sup>737</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 139.

### 2.3.9. *Democrazia formale e democrazia sociale*

La democrazia, che è forma, metodo di creazione dell'ordine sociale, contiene più libertà che uguaglianza, ad avviso di Kelsen. Al riguardo, quest'ultimo respinge l'opposizione concettuale, propria dei marxisti, tra la democrazia "formale", basata sul principio maggioritario e la democrazia "sociale" o "proletaria", un ordine sociale che assicurerebbe al popolo sia una partecipazione equa alla formazione della volontà generale sia una eguale quantità di ricchezza. Ciò, in quanto egli afferma che «è il valore di libertà e non quello di uguaglianza a determinare, in primo luogo, l'idea di democrazia». La storia dimostra, per Kelsen, che la lotta per la democrazia è una lotta per la libertà politica, ossia per la partecipazione popolare alle funzioni legislativa ed esecutiva. Nell'ideologia democratica, osserva Kelsen, anche l'uguaglianza ricopre il suo ruolo seppure formale e secondario, in quanto ogni individuo deve essere libero e partecipare alla formazione della volontà statale e, quindi, in grado uguale. Questa è quella che Kelsen definisce "uguaglianza formale nella libertà", "uguaglianza dei diritti politici", la quale è nettamente diversa dall'uguaglianza in senso proprio dei marxisti che non c'entra niente con la democrazia. Ciò è provato, argomenta Kelsen, dalla circostanza che l'uguaglianza materiale, e non quella politica formale, è realizzabile probabilmente meglio in regime autocratico, dittatoriale che in regime democratico.<sup>738</sup>

Kelsen obietta al concetto di democrazia sociale, innanzitutto, che risulta improbo rintracciare una quantità abnorme di beni da distribuire ai cittadini e poi che la diversità delle molteplici interpretazioni attribuibili al concetto di uguaglianza rende impossibile un collegamento diretto tra tale concezione e quella di democrazia. Per cui, egli ritiene che tale "uguaglianza" corrisponda alla "giustizia", risultando, come questa, polivalente. La dottrina bolscevica, variante della teoria marxista intende sostituire l'ideologia della giustizia con quella della libertà, tramite il termine "democrazia", il che, per Kelsen, rappresenta un abuso. La democrazia, nella visione kelseniana, sia nella realtà sia nell'ideologia, altro non è che

un certo metodo di creazione dell'ordine sociale, per indicare un contenuto di quest'ordine sociale, che non ha alcun rapporto essenziale col suo metodo di creazione. Tale manipolazione terminologica finisce col far sì che il grande potere di legittimazione e tutto il valore affettivo che la parola "democrazia" ha in sé grazie alla sua ideologia di libertà, vengano stornati a vantaggio di uno spiccato sistema di dittatura politica. Con questa nozione di democrazia sociale, opposta alla nozione formale di democrazia, si nega semplicemente la differenza fra democrazia e dittatura e si considera la dittatura che si asserisce realizza la giustizia sociale come "vera" democrazia. Ne risulta, indirettamente, un ingiusto svilimento della democrazia attuale e, in conseguenza, del merito della classe che l'ha favorita perfino, in parte, contro i propri interessi materiali.<sup>739</sup>

<sup>738</sup> *Ivi*, pp. 141-142. La citazione riportata è *ivi*, p. 141.

<sup>739</sup> *Ivi*, p. 142.

Insomma, Kelsen non si risparmia nella critica del marxismo.<sup>740</sup> In particolare, egli contrasta la concezione marxista della democrazia, quella sociale, proletaria, ossia un ordinamento che prevede una partecipazione formalmente uguale dei governati alla formazione della volontà generale ed una distribuzione dei beni equa, in cui l'uguaglianza è sinonimo di giustizia. Pertanto, Kelsen, che assume a fondamento della democrazia la libertà, confuta l'operazione dei marxisti di sostituire l'ideologia della libertà con quella dell'uguaglianza, nel nome della democrazia. Non solo. Il giurista praghese accomuna il marxismo al fascismo, in quanto entrambi si sarebbero spinti ad asserire che «la vera democrazia è la dittatura», atteso che l'ordinamento economico teorizzato dal socialismo marxista può essere realizzato e mantenuto tramite un sistema dittatoriale più che uno democratico. Ciò avrebbe provocato, per Kelsen, un ingiustificato screditamento della democrazia.<sup>741</sup>

Inoltre, Kelsen controbatte la dottrina marxista per cui il principio di maggioranza si applicherebbe solo in un ordinamento caratterizzato da una totale comunità di interessi dei suoi membri e non in una società in cui esistono conflitti di classe, in quanto tale principio non sarebbe funzionale alla composizione di interessi vitali, ma solo al superamento di differenze di opinione. La replica kelseniana a tale posizione consiste nell'affermare che non v'è società di uomini accompagnata dalla nascita dall'armonia di interessi, la quale, invece, va creata tramite compromessi e va rinnovata in continuazione, proprio in quanto le differenze di opinione (superabili secondo la teoria marxista dal principio di maggioranza) possono mutare in conflitti di interesse.

---

<sup>740</sup> Per una panoramica delle critiche di Kelsen al marxismo si veda R. Guastini, *Kelsen critico del marxismo* in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 135-148. Mentre, per uno sguardo d'insieme circa la critica kelseniana della teoria politica comunista del diritto e dello Stato di stampo marxista – critica basata sugli stessi postulati di cui alla *Dottrina pura del diritto* e presente in *Socialismo e Stato* del 1920 –, oltretutto la rivendicazione della teoria kelseniana che intende indagare lo Stato e l'ordinamento giuridico, senza commistioni ideologiche e separando scienza giuridica e sociologia, si veda L. Colletti, *Kelsen e la teoria comunista del diritto e dello Stato*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 109-120, in cui è descritto il concetto di Stato secondo il marxismo – «lo Stato nasce dalla divisione in classi della società; esiste con lo scopo di garantire e ribadire, attraverso gli strumenti della costrizione giuridica, il predominio economico della classe sfruttatrice; tramonta o deperisce, infine, fino a estinguersi completamente, quando la divisione in classi della società è stata rimossa e abolita» –, oltretutto spiegato il dissenso di Kelsen dal marxismo – «Lo Stato è “un'associazione di dominio”, è un “ordinamento costrittivo” che coincide con l’“ordinamento giuridico”: “è ovvio – dice Kelsen – che ogni dominio, ogni costrizione dell'uomo sull'uomo, viene esercitato non come scopo in sé, ma a causa di uno scopo estraneo, rispetto a cui dominio e costrizione sono presi in considerazione solo come mezzo”. Il torto del marxismo è di non aver considerato che il dominio chiamato “Stato” o “ordinamento giuridico” “non è caratterizzato dal suo scopo sociale, ovvero – il che è lo stesso – dal suo contenuto”; ma che, al contrario, “si tratta di una forma specifica della vita sociale, che può assumere contenuti molto variabili, di un mezzo di tecnica sociale, con cui possono essere perseguiti gli scopi più diversi”» (ivi, p. 109). «Il significato dell'obiezione è evidente. Lo Stato è un mezzo, una tecnica indispensabile a qualsiasi società. È un errore credere – come il marxismo e come il liberalismo – che l'ordinamento costrittivo dello Stato sorga solo ed esclusivamente per la difesa e la tutela della proprietà privata. Marx è caduto nello stesso abbaglio in cui era già incorso Adam Smith. In realtà, gli scopi a cui può essere finalizzato lo Stato sono i più diversi. Esso può servire a ribadire lo sfruttamento economico, ma può servire anche allo scopo opposto» (ivi, pp. 109-110).

<sup>741</sup> H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 39.

Secondo Kelsen, dunque, la ricusa del principio di maggioranza a fondamento della democrazia e il diniego del parlamentarismo per la società divisa in gruppi poggiano sull'intenzione di risolvere il conflitto di classe usando in modo rivoluzionario la violenza e non la pace, in chiave autocratico-dittatoriale e non democratico-compromissorio. Dietro al respingimento del principio di maggioranza si nasconde quello del compromesso che lo presuppone.<sup>742</sup>

Allora, osserva Kelsen, se è vero, come sostiene la concezione materialistica della storia, che l'evoluzione sociale porta ineluttabilmente alla contrapposizione di due soli gruppi portatori di interessi configgenti e che occorre trovare un equilibrio tra essi, allora non c'è alternativa tra democrazia formale o dittatura sociale. Solo la democrazia formale è «l'espressione adeguata della effettiva situazione di forza, (...) la forma politica, la situazione sociale complessiva così qualificata, che si continuerà a cercare contro gli attacchi temporaneamente forse vittoriosi della dittatura». Solo nella democrazia si trova «il punto di quiete cui il pendolo politico sempre oscillante verso la destra e la sinistra deve necessariamente sempre ritornare». Solo la democrazia è «con il suo principio di maggioranza e di minoranza, che costituisce un'essenziale distinzione binaria, l'espressione *vera* della società», divisa in classi. E nell'individuare la forma di governo più idonea a dirimere il conflitto di classe presente in ogni società umana, conclude:

se c'è in generale una forma che offre la possibilità di non spingere su via cruenta e rivoluzionaria fino alla catastrofe questo forte contrasto, che si può deplorare ma non negare, bensì di comporlo pacificamente e gradualmente, questa forma è la forma della democrazia parlamentare, la cui ideologia è certo la libertà, irraggiungibile nella realtà sociale, ma la cui realtà è la pace.<sup>743</sup>

### 2.3.10. *Democrazia e concezioni della vita*

Se la democrazia, per Kelsen, è meramente un metodo di creazione dell'ordine sociale, una forma, sorge il problema più importante del contenuto dell'ordine statale. Per risolvere il problema sociale, dunque, occorre individuare sia il metodo di creazione delle norme sia il contenuto di queste. A Kelsen pare che i dibattiti politici si concentrino sempre sull'alternativa democrazia o autocrazia, privilegiando la forma rispetto al contenuto. Egli, infatti, crede che risolta la questione della forma di governo e, quindi, la determinazione dell'ordinamento statale da parte del popolo che vi è interessato, non è risolta al contempo anche quella del contenuto politico, il contenuto che il popolo deve attribuire alle leggi. Al contrario, solo chi ritiene il popolo detentore della verità assoluta per via metafisica potrebbe considerare risolte entrambe le

---

<sup>742</sup> *Ivi*, pp. 39-40.

<sup>743</sup> *Ivi*, p. 40.

questioni solo con la scelta della forma politica. Infatti, «la causa della democrazia risulta disperata se si parte dall'idea che sia possibile la conoscenza della verità assoluta, la comprensione di valori assoluti».<sup>744</sup>

Laddove ogni strada appena percorsa non porti alla soluzione della questione del contenuto politico, Kelsen si incammina in un sentiero che conduce dritto alla giustificazione della democrazia.

#### 2.4. Difesa della democrazia

Ancora persiste l'opinione che addebita al positivismo giuridico formalista e relativista, specie quello kelseniano, importanti responsabilità nel fallimento di Weimar. Quindi, Kelsen è spesso indicato tra i giuristi "colpevoli" di non aver protetto la Repubblica, rientrando nella stessa schiera dei suoi avversari, Schmitt tra tutti. Tuttavia, tali considerazioni, scaturenti dalla reazione della scuola di diritto naturale all'inizio della seconda Repubblica tedesca, possono essere agevolmente smentite proprio rileggendo la teoria della democrazia di Kelsen. Una disamina della giuspubblicistica weimariana mostra che la democrazia tedesca è notevolmente indebolita da posizioni antirepubblicane, antidemocratiche, antiparlamentari, e non ascrivibili al relativismo dei valori. Ma non corrisponde al vero che niente viene fatto per contrastarle. Di sicuro, Kelsen è tra coloro che vi si oppongono. Egli, come più volte sostenuto, non è soltanto un giurista; infatti, adopera le proprie abilità analitiche per un esame della forma di Stato che ritiene migliore, ossia la democrazia parlamentare. Nutre un forte interesse per la democrazia, quale un'idea politica. Per Kelsen, la democrazia, quale mezzo di creazione del diritto, realizza l'idea di libertà; essa deve accettare, come il parlamentarismo, un compromesso con la divisione del lavoro, condizione indispensabile per il progresso sociale. Un compromesso, peraltro, indispensabile al raggiungimento dell'identità tra governanti e governati.<sup>745</sup>

Kelsen non trascura il problema della democrazia, ossia il pericolo di una sua autodistruzione. In *Vertidigung der Demokratie* (Difesa della democrazia) del 1932, Kelsen si domanda se la democrazia non debba difendersi contro una maggioranza che vuole distruggerla. Tuttavia, già tale domanda, per Kelsen, contiene in sé la risposta, in senso negativo. Una democrazia che si difende dalla volontà della maggioranza non è una democrazia: «il governo del popolo non può continuare ad esistere contro il popolo». Così, Kelsen delinea il comportamento del democratico ideale: deve rimanere fedele alla democrazia anche se sconveniente.

---

<sup>744</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., pp. 145- 147. La citazione riportata è *ivi*, p. 147.

<sup>745</sup> C. Jabloner, *Hans Kelsen. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 73.

Quando nei giorni più duri della grande guerra i pensieri, per sopportare il tremendo presente, si volgevano al futuro, quando si cercava di immaginare il futuro politico come un futuro migliore, non lo si poteva pensare altrimenti che come realizzazione della democrazia. E appena la grande guerra trovò la sua triste fine, la stragrande maggioranza del popolo tedesco fu perciò solidale nel volere che la forma della sua vita politica non dovesse essere altra che la repubblica democratica. Il monumento di questa convinzione è la Costituzione di Weimar.<sup>746</sup>

Così, Kelsen racconta la ragione per cui il popolo tedesco all'indomani del primo conflitto mondiale sceglie quale forma della vita politica futura della Germania una repubblica democratica sorretta dalla Costituzione di Weimar: la realizzazione della democrazia rappresenta l'unica soluzione per un futuro politico migliore. Non solo. Per Kelsen, la nascente democrazia tedesca è corroborata dalla Costituzione più libera e, dunque, più democratica mai esistita, per i diritti riconosciuti ai cittadini e per la derivazione di ogni potere dal popolo. Identifica lo Stato tedesco con il popolo tedesco: «ciò che Nietzsche fa dire al “nuovo idolo”, al “più freddo di tutti i mostri”: “Io, lo Stato, sono il popolo”, se lo è da qualche parte, qui non è una menzogna». Tuttavia, a dispetto delle lodi tessute alla Costituzione weimariana, questa, “la più democratica del mondo”, a distanza di poco più di un decennio dalla nascita della prima Repubblica democratica tedesca, è criticata per essere la più estranea al suo popolo, il quale in larga parte vi si contrappone duramente, quasi a voler rifiutare la libertà che essa sprigiona e che esso stesso un tempo si è concesso. La stessa parte di popolo che nel 1919 inneggia alla Costituzione di Weimar, in quanto portatrice di democrazia e libertà tanto sospirate, nei primi anni Trenta pare disprezzarla senza troppi complimenti.<sup>747</sup>

Kelsen racconta una storia, quella della prima democrazia tedesca. Una storia che nasce dal bisogno di un popolo di vivere la libertà nella forma della democrazia e che finisce perché quello stesso popolo non ha difeso la democrazia dagli attacchi di due fronti nel segno della dittatura: quello dell'estrema sinistra, il movimento bolscevico, che ha attirato a sé gran parte della classe operaia, e quello dell'estrema destra, il nazionalsocialismo, che ha attratto la maggioranza della classe borghese. In sintesi, quel popolo ha riposto le proprie speranze nella dittatura. Kelsen, già nel 1931, prima dell'avvento del nazionalsocialismo al potere, scrive questa storia, nel momento in cui ne sta vivendo le battute finali e di cui già prevede il finale, ammonendo sull'importanza di agire a difesa di quella democrazia e della democrazia.<sup>748</sup>

Non solo gruppi politici e forze sociali combattono la democrazia. Kelsen parla anche di una “lotta degli spiriti”. Nell'ambito della teoria sociale, sottocategoria dell'ideologia politica, la valutazione della democrazia è cambiata profondamente dagli

---

<sup>746</sup> H. Kelsen, *Difesa della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, p. 41. La versione originale in lingua tedesca è *Verteidigung der Demokratie*, in «Blätter der Staatspartei», 2. Jahrgang, Heft 3/4, April 1932, pp. 90-98.

<sup>747</sup> *Ibidem*.

<sup>748</sup> *Ivi*, p. 42.

anni Venti ai Trenta. Osserva Kelsen che molti teorici non apprezzano più tale forma di Stato, e altri ancora ne parlano con sarcasmo, prediligendo quella che vedono come l'inizio di una nuova era, la dittatura. A ciò corrisponde un mutamento nel campo della filosofia: «dalla chiarezza del razionalismo empirico-critico, diffamato come piattezza, si torna all'oscurità, considerata profondità, della metafisica, al culto di un irrazionale nebuloso, di questa specifica atmosfera nella quale hanno meglio prosperato le più differenti forme di autocrazia. Questa è oggi la parola d'ordine».<sup>749</sup>

Per tali ragioni, Kelsen esorta, nei primi anni Trenta, i pochi sostenitori della democrazia «quei pochi le cui teste sono ancora libere dall'obnubilamento delle ideologie politiche» a intervenire pubblicamente per erudire le masse sull'essenza e sul valore della democrazia, «prima ancora che la sua perdita abbia insegnato agli altri che cosa hanno perduto». Kelsen è pienamente consapevole che la perdita è ormai imminente, ma certo della bontà di tale forma di Stato, cui si schiera a favore in più occasioni, ritiene obbligatorio per un democratico professare la democrazia anche e soprattutto quando essa versi in condizioni disperate: «c'è, infatti, anche una fedeltà all'idea che non dipende dalla possibilità di realizzare quest'idea; e c'è anche senso di riconoscenza per un'idea che travalica la tomba della sua realizzazione». Fedeltà e riconoscenza che il Maestro di Vienna dimostra difendendo con forza e pubblicamente la democrazia alle obiezioni, a suo dire ingiuste, che sinistra e destra le muovono.<sup>750</sup>

L'obiezione più grave deriva dai socialisti, i quali sostengono che la democrazia produca solo un'eguaglianza formale, politica e non quella materiale, sociale, con l'effetto di assurgere a democrazia politica dei borghesi e non dei proletari, da essa sfruttati.<sup>751</sup>

Nel replicare a tale obiezione, Kelsen non si serve di fatti che ritiene scontati, in quanto obiettivamente riscontrabili: il fatto che la democrazia prevede non tanto l'uguaglianza quanto la libertà e l'auto-determinazione politica, principi, questi ultimi due, pienamente realizzati in Germania, la quale ha mantenuto ciò che ha promesso; e il fatto che sia la legislazione sia l'amministrazione prevede principi di politica sociale che hanno obbligato l'apparato sociale a soddisfare anche gli interessi dei non abbienti. Il giurista viennese, premettendo che quella tedesca è in realtà una democrazia borghese-capitalistica, risponde all'accusa del socialismo non realizzato nella democrazia, controbattendo che la ragione o la colpa di ciò è ascrivibile non già alla democrazia, ma al socialismo stesso incapace di sostituirsi a tale forma politica. La democrazia è rimasta di tipo borghese-capitalistico, in quanto il proletariato volto al socialismo non è stato in grado di divenire maggioranza nel popolo. Inoltre, Kelsen tiene a sottolineare che solo grazie alla democrazia fatta dai borghesi, il proletariato è diventato classe politica

<sup>749</sup> *Ivi*, pp. 42-43. La citazione riportata è *ivi*, p. 43.

<sup>750</sup> *Ivi*, p. 43.

<sup>751</sup> *Ibidem*.

partecipe della formazione della volontà statale – seppure nella Germania di Weimar, esso si presenta diviso in due partiti. Rivolgendosi ai comunisti intenti a denigrare la democrazia davanti ai proletari al fine di portarli alla dittatura, Kelsen afferma a gran voce che «la democrazia è la forma di Stato dell'ascesa politica del proletariato», la quale, peraltro, risulta essersi realizzata più rapidamente di quella borghese ai danni della nobiltà.<sup>752</sup>

Con ciò, il Maestro di Vienna vuole ribadire la coerenza della democrazia nel realizzare il principio che la fonda, la libertà.

La borghesia combatte per ottenere la democrazia, ponendo le basi per lo sviluppo politico proprio e delle altre classi sociali e, dunque, per la realizzazione del socialismo contrapposto al sistema economico borghese-capitalistico. Pertanto, la mancata realizzazione del socialismo è da ascrivere al socialismo stesso, il quale non è riuscito a imporsi politicamente, nonostante la possibilità di svilupparsi concessagli dalla democratizzazione dello Stato, voluta e ottenuta dai suoi avversari borghesi. Ad ogni modo, per Kelsen, la democrazia non rappresenta la forma di presa del potere da parte del proletariato proteso al socialismo. Proprio per questo, il partito socialista si divide tra i comunisti che snobbano la democrazia perché ritenuta inadatta alla realizzazione del socialismo e i socialdemocratici che vi restano aggrappati. Secondo Kelsen, Marx ed Engels scelgono di legare il proletariato alla lotta per la democrazia, raffigurandosi lo Stato di transizione ovvero il dominio del proletariato quale democrazia, in quanto sono convinti che il proletariato orientato verso il socialismo può raggiungere la maggioranza del popolo, in base alla teoria dell'impoverimento. In ciò Kelsen vede due errori di valutazione: il primo, circa la situazione economica, consiste nell'aver trascurato la fascia di proletariato tra nullatenenti e ricchi; il secondo, circa la situazione psicologica, è dato dall'aver ignorato che la borghesia proletarizzata non mira ad una nuova coscienza di classe, quella proletaria, ma si affida all'ideologia nazionalsocialista. Proprio tale sottocategoria di proletariato si disaffeziona alla democrazia, in quanto – al contrario dei comunisti – non punta alla realizzazione del socialismo, potenziando politicamente la grande borghesia, la quale pure si scosta dalla democrazia, tacciata di non garantire più tutela al sistema capitalistico dall'avanzata del socialismo.<sup>753</sup>

L'abbandono della democrazia, fa notare Kelsen, dimostra che tale sistema politico non si conforma ad un conflitto di classe destinato a concludersi con il trionfo di un partito e la disfatta di un altro:

La democrazia, infatti, è la forma politica della pace sociale, della composizione dei contrasti, della reciproca compressione su una linea mediana. E se c'è in generale una via su cui il tremendo conflitto delle classi che lacera così catastroficamente l'unità del popolo tedesco non spinge ad una sanguinosa catastrofe rivoluzionaria, ma dev'esser risolto per via

---

<sup>752</sup> *Ivi*, p. 44.

<sup>753</sup> *Ivi*, p. 45.

pacifica, questa è la via della democrazia, che appunto non è voluta da tutti coloro che non vogliono la pace e quello che della pace è il prezzo: il compromesso.<sup>754</sup>

Da destra, invece, le obiezioni mosse alla democrazia consistono, a detta di Kelsen, in un viluppo di svariati temi, talvolta contraddittori. Tra questi, quello secondo cui nella democrazia attecchirebbe la corruzione. A tale accusa, Kelsen replica, sostenendo che tale fenomeno è maggiormente presente nell'autocrazia, ma meno evidente per la segretezza che la contraddistingue, a differenza della democrazia che si regge sulla pubblicità, grazie alla quale risulta più agevole individuare il male ed estirparlo. A ciò, seguono l'insufficienza della forza militare e la debolezza della politica estera, accuse smontate dalla buona prova data dagli Stati democratici in entrambi i settori nel corso della storia. Ad ogni modo, il tema principale adoperato, sin dai tempi di Platone, contro la democrazia e a favore della dittatura è l'inadeguatezza del principio di maggioranza a garantire la giusta formazione della volontà generale.<sup>755</sup>

A tale accusa, Kelsen risponde adducendo che la maggioranza non garantisce, in quanto tale, il bene dell'ordinamento da essa stessa creato, né decide, ma consiste in un metodo di formazione della volontà, senza determinarne il contenuto. È comunemente accettato che debba essere il migliore a governare, che l'ordinamento sociale debba avere il contenuto migliore. Ma alle domande “chi è il migliore”, “cosa è meglio” e “quale procedura garantisce che il migliore salga al potere e lo mantenga contro i nemici”, la destra non ha fornito risposte. La parte politica antidemocratica della destra crede di risolvere tali quesiti con la scelta del capo che assume toni giusnaturalistici, mistici, oscuri, nascondendo ideologicamente la questione dell'organizzazione della creazione del capo e rivelando il trionfo del più forte che comanda sui più deboli. Se in dittatura, il tema dell'organizzazione è affrontato con la “fede nel miracolo sciale”, in democrazia, invece, è risolto dal “metodo razionale” ovvero dalle elezioni pubbliche per la scelta dei governanti, una procedura controllabile dal popolo. Alla teoria del governo del migliore, si accoda la pretesa del governo dei tecnici, contrapponendo l'organizzazione democratica con quella professionale.<sup>756</sup>

Kelsen, invece, non vede un contrasto netto tra principio democratico e quello tecnico-professionale. Ritiene secondario il ruolo del tecnico, incapace a determinare i fini sociali – che è ciò che più rileva nel sistema politico – e opportuno solo a seguito della decisione sui fini. Valuta inavveduto chi, come molti nella Germania di Weimar, sovrastima il tecnico, in quanto «l'abdicazione della ragione politica a favore di un ideale di tecnicità, che è stato in ogni tempo una delle più potenti ideologie dell'autocrazia» produce la perdita del diritto di autodeterminazione. Infatti, capita spesso già nei settori tecnico-scientifici, scientifico-naturali e tecnico-sociali un conflitto tra tecnici, che solo il politico è in grado di dirimere. Secondo Kelsen,

<sup>754</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>755</sup> *Ibidem*.

<sup>756</sup> *Ivi*, p. 47.

Un'organizzazione cetuale-professionale non è in grado di dare autonomamente le decisioni opportune, ma solo consulenze ad un parlamento o un dittatore, in quanto “la determinazione del fine sociale ultimo” trascende qualsiasi specialismo o tecnicismo e sia le questioni di potere sia i conflitti di interesse sono risolvibili solo per via democratica tramite il compromesso o per via autocratica tramite il diktat.<sup>757</sup>

Alle domande millenarie “cosa è socialmente giusto, bene, meglio”, “qual è il contenuto migliore dell'ordinamento sociale” non è dato rispondere in modo assoluto perché l'umanità non conosce il valore assoluto. Solo chi fosse in possesso di tale conoscenza, potrebbe eventualmente biasimare la democrazia e imporre la propria volontà a quella altrui. Tuttavia, posto che la conoscenza umana dispone di soli valori relativi, la coercizione di questi utile alla loro realizzazione si giustifica solo con il consenso della maggioranza. In ciò consiste il principio democratico: «il principio della maggiore libertà possibile come opposizione relativamente minore possibile tra la *volonté générale*, il contenuto dell'ordinamento statale, e la *volonté de tous*, la volontà dei singoli soggetti sottoposti a questo ordinamento». Tale libertà, osserva Kelsen, si perde inevitabilmente in qualsivoglia forma politica che non sia quella democratica, specie nella dittatura, nazionalista o socialista che sia, tanto quanto conseguentemente la libertà intellettuale, ossia della scienza e del convincimento etico, religioso e artistico.<sup>758</sup>

Infine, l'ultima obiezione nei confronti della democrazia, potrebbe derivare, per Kelsen, nientemeno che dai democratici stessi. Ciò suonerebbe strano, se non fosse che la democrazia è la forma di Stato che meno si schermisce dagli attacchi dei propri avversari.<sup>759</sup>

Kelsen, nel suo ultimo accorato appello alla democrazia di Weimar e nella sua apologia della democrazia in generale, sembra già guardare in faccia quel nemico spietato con cui la democrazia egli ritiene sia destinata sciaguratamente a doversi tenere in seno. Di certo, egli avverte l'avanzata della dittatura che reputa sì forte e veloce da schiacciare una democrazia impreparata, sguarnita e impotente. Eppure, non sarà il convincimento di una *débâcle* della democrazia ormai imminente a fargli credere che essa debba lasciarsi andare. L'analisi kelseniana è più lucida di quanto possa apparire.

Kelsen ritiene che l'accettazione da parte della democrazia della propria distruzione non debba derivare dalla consapevolezza della maggiore forza della dittatura invocata da molti, quanto dalla fedeltà della stessa ai propri principi, secondo cui essa deve assicurare a qualsiasi movimento e opinione politica la medesima chance di farcela e sostituirla persino. Così, egli è spettatore del «singolare spettacolo per cui la democrazia va eliminata secondo quelle che sono le sue stesse e più proprie forme, per cui un popolo pretende di riprendersi quei diritti che esso si è dati perché si è inteso far credere a questo popolo che il suo male maggiore è il suo proprio diritto». In ciò, egli

---

<sup>757</sup> *Ivi*, p. 48.

<sup>758</sup> *Ivi*, pp. 48-49.

<sup>759</sup> *Ivi*, p. 49.

esorta a non credere alla pessimistica massima di Rosseau per cui la democrazia, quale «perfetta formula di governo è troppo buona per gli uomini» e «che solo un popolo di dèi potrebbe durevolmente governarsi in maniera democratica». Né tantomeno a «smetterla di difendere la democrazia con le teorie, se la democrazia non debba essere difesa anche contro il popolo che non la vuole più, contro una maggioranza unanime solo nella volontà di distruzione della democrazia».

Una democrazia che cerchi di affermarsi contro la volontà della maggioranza, di affermarsi con la forza, ha cessato di essere democrazia. Un potere popolare non può continuare ad esistere contro il popolo. E non deve nemmeno tentarlo: chi è per la democrazia non può farsi prendere nella funesta contraddizione di ricorrere alla dittatura per difendere la democrazia. Bisogna rimanere fedeli alla propria bandiera anche quando la nave affonda; nell'abisso della libertà si può portar con sé solo la speranza che l'ideale della libertà sia indistruttibile e che quanto più sprofonda con tanto maggior passione tornerà a vivere.<sup>760</sup>

### 3. Il custode della costituzione

Se sulle tesi esposte da Hans Kelsen nello scritto *Le garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* del 1928 interviene, stroncandolo, Carl Schmitt con il saggio *Der Hüter der Verfassung* del 1929 – «una freccia nel fianco delle tesi kelseniane»<sup>761</sup> –, nel 1931 arriva la contro-stroncatura di Kelsen, il quale con *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* replica alla teoria schmittiana sul custode della Costituzione,<sup>762</sup> dando vita tra i due giuristi ad un acceso dibattito,<sup>763</sup> che assume i toni

<sup>760</sup> *Ivi*, p. 50.

<sup>761</sup> A. La Pergola, *Premessa a H. Kelsen, La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, p. IX.

<sup>762</sup> I lavori citati di Kelsen sono rielaborati e pubblicati in lingua italiana in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit.: *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, pp. 143-228, in cui viene esaminato il problema della giustizia costituzionale della quale si illustra la natura giuridica, muovendo dal sistema delineato in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, per poi ricercare i mezzi più idonei per conseguirla; *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, pp. 229-291, in cui Kelsen reagisce alle opinioni di Schmitt sul custode della Costituzione con la robusta e tagliente *vis* polemica che lo caratterizza. Il lavoro di Schmitt, rimaneggiato e ampliato, è pubblicato in lingua italiana in C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit.

<sup>763</sup> Per l'analisi della polemica tra Schmitt e Kelsen, specie in ordine al custode della costituzione, si segnalano, tra gli innumerevoli riferimenti, i seguenti. Nella letteratura italiana: M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 42, 2013, pp. 153-178, disponibile anche in lingua inglese, Id., *Who's Afraid of the Constitutional Judge? Decisionism and Legal Positivism*, in H. Greif – M.G. Weiss (a cura di), *Ethics, Society, Politics. Proceedings of the 35<sup>th</sup> International Ludwig Wittgenstein Symposium Kirchberg am Wechsel, Austria 2012*, Berlin, 2013, pp. 361-386, in cui il giusfilosofo italiano affronta la questione della giustizia costituzionale, in termini teorici e pratici, rilevandone preliminarmente la spinosità di una sua trattazione giuridica e giusfilosofica, attese l'ostilità riservata nella rivoluzione francese, la sua mancata concettualizzazione da parte del giuspositivismo ottocentesco, la sua tarda acquisizione negli Stati democratici europei e la sua problematicità riscontrata nel sistema costituzionale britannico; perciò, qui, La Torre fissa i punti cruciali del dibattito tra Schmitt e Kelsen sul custode, quale base storica di un argomento – il giudice costituzionale – di interesse prevalentemente

dello scontro nel periodo più turbinoso della Repubblica di Weimar e che proseguirà, allargandosi con l'apporto di altri nomi illustri della giuspubblicistica tedesca, senza mai arrestarsi. Dibattito, questo, ancora in grado di offrire spunti di riflessione per diverse prospettive e di mostrare problemi fondamentali di ordine giuridico, filosofico e politico, riguardanti la forma di governo, la concezione della democrazia, la politica in generale e, naturalmente, la delicata questione del tema e della pratica della giustizia costituzionale, di cui giova qui rimarcare la crucialità per la filosofia del diritto: «da essa dipende o intorno ad essa ruota la configurazione teorica che si intende e riesce a dare della relazione tra diritto e potere per un lato e del rapporto tra diritto e morale per altro lato. Insomma – se si vuole – qui è in ballo lo stesso concetto di diritto».<sup>764</sup>

### 3.1. *La costituzione e la sua custodia*

Come per Schmitt, anche per Kelsen occorre sottolineare che per rispondere alla domanda “chi dev'essere il custode della costituzione?”, e quindi individuare l'organo costituzionale più idoneo all'espletamento della funzione di garanzia costituzionale, è necessario rintracciare nel fondatore della Scuola di Vienna tanto la sua nozione di costituzione, quanto le modalità in cui si sostanzia la sua custodia.

Lo stesso Kelsen afferma che per risolvere il problema della garanzia e delle modalità attraverso cui custodire la costituzione, occorre basarsi su una nozione chiara di costituzione, che egli ricava dalla teoria della struttura gerarchica (*Stufenbau*) dell'ordinamento, il quale trova il proprio fondamento di validità nella *Grundnorm* (norma fondamentale presupposta), punto di partenza dinamico formale di tutte le altre

---

teorico ed istituzionale, con cui prepara il terreno alla presentazione dell'offensiva del giusfilosofo inglese Jeremy Waldron alla “judicial review”, di cui illustra e critica quattro tra gli argomenti tesi a provare la mancanza di fondamento teorico e pratico di un giudice costituzionale, per poi offrire le proprie riflessioni sul tema; P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, cit., pp. 513-514; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 28-33; Id., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, pp. 30-34; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, pp. 491-503; E. Malfatti-S. Panizza-R. Romboli, *La giustizia costituzionale*, Torino, 2007, pp. 7-8; C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 684-688; M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 95-103; G. Zarone, *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli, 1982; P.P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, cit., *passim*; L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., pp. 46-47. Nella letteratura di matrice estera: C.M. Herrera, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in «Revista de estudios políticos», n. 86, ottobre-dicembre 1994, pp. 195-227; S.L. Paulson, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the «Guardian of the Constitution»: the Issue of Subsumption*, in «Diritto e cultura», 1995, pp. 169-188; P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, London, 1997, pp. 107-116; D. Diner-M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a juxtaposition*, Gerlingen, 1999; M. Nogueira De Brito, *Schmitt's Spectre and Kelsen's Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution*, in L. Pereira Coutinho - M. La Torre - S.D. Smith (a cura di), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, 2015, pp. 89-104. L. Vinx, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge, 2015.

<sup>764</sup> M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., pp. 153-154.

norme giuridiche. Il suo perno ruota attorno ad un principio supremo che determina l'intero ordinamento statale e l'essenza della comunità da esso costituita. La costituzione è, per Kelsen, la norma giuridica fondamentale che rappresenta il più elevato grado del diritto positivo; essa regola l'assetto fondamentale dell'ordinamento statale, ossia gli organi e il procedimento legislativi (costituzione in senso stretto o formale) e determina i diritti fondamentali degli individui, cioè il contenuto in positivo e in negativo della legislazione (costituzione in senso lato o materiale).<sup>765</sup>

Da ciò nasce l'idea di assicurarle la massima stabilità, di differenziare le norme costituzionali da quelle ordinarie, assoggettandone la revisione ad una procedura speciale aggravata; in altri termini, da ciò parte l'esigenza di prevedere una garanzia della costituzione, ossia della regolarità dei gradi dell'ordinamento giuridico ad essa immediatamente subordinati, della costituzionalità delle leggi, la quale è una garanzia giurisdizionale appartenente al sistema degli strumenti tecnici posti a tutela del regolare esercizio delle funzioni statali.<sup>766</sup>

In considerazione di ciò, Kelsen, nonostante la tentazione di affidare l'annullamento degli atti incostituzionali – garanzia principale e più efficace della regolarità della costituzione – allo stesso organo che li ha posti in essere, ritiene che tale compito spetti ad un organo diverso e indipendente da quello creatore del diritto, cioè ad una giurisdizione o tribunale costituzionale. Il presupposto, secondo Kelsen, incontestabile di un'efficace garanzia della costituzione è costituito dalla dichiarazione di irregolarità di un atto giuridico e dal dovere di annullamento dello stesso da parte di un organo diverso da quello che lo ha emanato, quindi dall'alterità tra controllore e controllato.<sup>767</sup>

Tuttavia, come Schmitt, seppur con presupposti diversi, anche Kelsen sostiene l'improponibilità di una soluzione uniforme per qualsivoglia costituzione, in quanto ritiene che l'organo di giustizia costituzionale debba essere organizzato in base alle peculiarità di ciascuna di esse, attenendosi in ogni caso a linee guida di natura universale, quali il numero esiguo dei suoi componenti, giuristi di professione che non

<sup>765</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., pp. 152-153.

<sup>766</sup> *Ivi*, pp. 153 e 145-146. Cfr., sui perché della giustizia costituzionale, A. Pisaneschi, *Introduzione a E. Bindi, La garanzia della Costituzione*, cit., pp. XI-XVII.

<sup>767</sup> *Ivi*, pp. 171-172. A tale sistema vengono mosse due principali obiezioni: l'incompatibilità di un tale istituto con la sovranità del Parlamento, a cui Kelsen risponde sostenendo, innanzitutto che la sovranità appartiene all'ordinamento statale nel suo complesso e poi che la Costituzione regola il procedimento legislativo nello stesso modo in cui le leggi regolano quello dei tribunali e delle autorità amministrative, quindi la legislazione è subordinata alla Costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione e il postulato della costituzionalità delle leggi è identico a quello della legittimità della giurisdizione e dell'amministrazione; l'incompatibilità col principio della separazione dei poteri, a cui Kelsen replica affermando che il tribunale costituzionale non esercita una vera funzione giurisdizionale, in quanto, ponendo l'annullamento solo una norma generale di segno negativo, opera come legislatore negativo in applicazione delle norme della Costituzione, senza la libertà creativa che caratterizza la funzione legislativa, dimostrando con ciò che la giurisdizione costituzionale non contrasta col principio di divisione dei poteri – ripartizione del potere fra diversi organi al fine di un controllo reciproco che impedisca la concentrazione del potere nelle mani di un solo organo e che garantisca la regolarità del funzionamento degli organi – ma ne è un'affermazione (*ivi*, pp. 172-174).

siano membri del Parlamento e del Governo, reclutati con un sistema misto di elezione (ad esempio elezione del Parlamento su proposta del Governo), impedendo così ogni influenza politica sulla giurisprudenza del tribunale di giustizia costituzionale.<sup>768</sup>

L'esigenza di garantire la regolarità della forma legislativa rispetto alla forma costituzionale, cioè l'annullamento degli atti incostituzionali, deriva, per Kelsen, dall'esigenza di assicurare l'obbligatorietà della costituzione, la sua forza giuridica superiore, perché una costituzione in cui gli atti costituzionalmente illegittimi restano validi equivale ad un voto sprovvisto di forza obbligatoria, ad un atto privo di validità giuridica. Perciò Kelsen spinge per la creazione di un tribunale costituzionale che potenzi la forza obbligatoria della costituzione e quindi la sua validità.<sup>769</sup>

Inoltre, la giurisdizione costituzionale riveste un'importanza speciale, mutevole in base ai tratti peculiari di ogni costituzione, specie in una Repubblica democratica – come quella di Weimar –, tra le cui condizioni di esistenza figurano le istituzioni di controllo. Pertanto, Kelsen ritiene che il modo migliore di preservare tale forma di governo dagli attacchi, parzialmente giustificati, che ha subito nel quindicennio weimariano sia «proprio quello di organizzare tutte le possibili garanzie della regolarità delle funzioni statali. Più essa si democratizza, più deve esservi rafforzato il controllo». La giurisdizione costituzionale è chiamata a svolgere non un ruolo di difesa politica contro le minacce all'esistenza dell'unità costituzionale intesa come situazione, ma un controllo giurisdizionale sulla regolarità costituzionale degli atti in cui si svolge quotidianamente la vita costituzionale; essa, assicurando la formazione costituzionale delle leggi, viene ad essere «un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza», il cui dominio è sopportabile solo se esercitato in maniera regolare.<sup>770</sup>

Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza.<sup>771</sup>

La garanzia giurisdizionale della costituzione è quindi, per Kelsen, uno strumento di unità, ma in un senso diverso da Schmitt; l'unità trova il proprio fondamento nella superiorità della costituzione intesa come norma e attraverso la garanzia del

---

<sup>768</sup> *Ivi*, p. 175.

<sup>769</sup> *Ivi*, pp. 199-201.

<sup>770</sup> *Ivi*, pp. 201-202. Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 31-32.

<sup>771</sup> *Ivi*, pp. 202-203.

compromesso politico-parlamentare assicurata mediatamente dal custode-giudice si realizza nel pluralismo.<sup>772</sup>

### 3.2. “Chi dev’essere il custode della costituzione?” (La risposta di Hans Kelsen a Carl Schmitt)

Nella tempestiva e pungente replica di Kelsen a Schmitt sul custode della costituzione, il primo riprende diversi argomenti già trattati in *Garanzia giurisdizionale della Costituzione*, con cui completa la formulazione della propria teoria sul custode, e sferra precisi attacchi alla monografia di Schmitt, di cui contesta la nozione di costituzione, la concezione di custodia costituzionale e logicamente l’individuazione dell’organo deputato alla difesa della costituzione, manifestando, almeno nella maggior parte delle questioni di natura giuridico-costituzionale, una distanza teorica e pratica irriducibile.

#### 3.2.1. La garanzia giurisdizionale della costituzione

Kelsen inizia la sua opera polemica osservando che la richiesta, nell’ambito della “politica del diritto”, di garanzie costituzionali<sup>773</sup> – istituti che consentano di controllare la conformità alla costituzione di atti giuridici, definizione con cui sottintende la natura giurisdizionale della sua idea di garanzia o custodia costituzionale – è perfettamente in armonia col principio della legalità dell’azione statale, tipico di uno Stato di diritto. Egli informa delle diverse opinioni possibili, in base al punto di vista politico e in relazione alla peculiarità delle varie costituzioni, sull’opportunità di tale esigenza e dimostra la propria apertura rispetto ad eventuali ed ulteriori dialoghi. Ciò che, invece, desta il suo stupore e provoca la sua chiusura, è la messa in discussione dell’alterità tra controllore e controllato, presupposto fondamentale della garanzia costituzionale pensata da Kelsen, in teoria fuori questione e libero da ogni dubbio. Perciò, Kelsen, nel prospettare un modello di garanzia repressivo diretto all’annullamento dell’atto irregolare, si oppone all’idea di affidare il controllo di costituzionalità degli atti statali, del Parlamento e del Governo su tutti, allo stesso organo che ha emanato gli atti da controllare. Egli sottolinea che la funzione politica della costituzione consiste nel porre limiti giuridici all’esercizio del potere e che la garanzia della costituzione sta nella certezza che tali limiti non saranno superati. Kelsen è fermamente convinto che l’organo cui la

<sup>772</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 32 e A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, pp. 504-505.

<sup>773</sup> Per una disamina delle diverse garanzie sviluppate per la tutela della Costituzione, preventive o repressive, personali od oggettive, cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., pp. 160-171.

costituzione attribuisce l'esercizio del potere, che ha per conseguenza le opportunità giuridiche e le spinte politiche per violarla, sia il meno adatto ad assolvere tale funzione, sostenuto in ciò da un principio tecnico-giuridico tra i più condivisi: «nessuno può essere giudice in causa propria». Pertanto se la costituzione serve a porre limiti giuridici al potere, ne consegue che, poiché il potere non può porsi da sé, la custodia della costituzione non è esercitabile dall'Esecutivo – tesi sostenibile solo in via teologico-ideologica –, né dal Legislativo, ma da un organo indipendente che agisca per via giurisdizionale: un tribunale costituzionale.<sup>774</sup>

Secondo Kelsen, i costituzionalisti del XIX secolo, dunque, promuovendo l'idea del re come naturale custode della costituzione, si rivelano portatori dell'ennesima ideologia del costituzionalismo, mirante a dissimulare il vero scopo politico di rimpinguare il Capo dello Stato del potere parzialmente perduto nel passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale, impedendo efficaci garanzie costituzionali.<sup>775</sup>

Se è vero che la costituzione monarchica ripartisce il potere politico tra due organi, Parlamento e Governo, di cui il secondo, al cui vertice sta il monarca, gode di un potere statale maggiore *de facto* (nella realtà politica) e *de iure* (a norma della costituzione), in continua concorrenza con quello parlamentare, allora – argomenta Kelsen – la dottrina che vede nel monarca il naturale custode costituzionale, per accreditare tale tesi, nasconde la sua reale funzione, descrivendolo come «una terza obbiettiva istanza posta al di sopra del contrasto (...) tra i due organi del potere e titolare di un potere *neutrale*». Come può, dunque, il monarca, titolare di gran parte del potere statale, essere neutrale rispetto all'esercizio del suo potere da venir chiamato al controllo della sua costituzionalità? Trattasi di «una finzione di notevole audacia», di una strategia finalizzata al respingimento della richiesta di un tribunale costituzionale, già viva nel periodo monarchico.<sup>776</sup>

### 3.2.2. La dottrina del *pouvoir neutre*

Guardando alla critica situazione politica weimariana in cui la costituzione, sul finire degli anni Venti del Novecento – momento in cui essa al fine di autodifendersi si è rifugiata nell'art. 48, «spazio giuridico palesemente troppo angusto» per scampare ai pericoli da cui stava fuggendo – si è ineludibilmente venuta a trovare, Kelsen valuta conveniente rimandare la discussione circa le garanzie costituzionali, dato il delicatissimo periodo attraversato dalla Repubblica. Perciò si sorprende che proprio in quel periodo venga pubblicata un'opera – *Il custode della costituzione* – concernente il

<sup>774</sup> H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, cit., pp. 231-232. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 684.

<sup>775</sup> *Ivi*, p. 232.

<sup>776</sup> *Ivi*, pp. 233-234.

problema della garanzia della costituzione; ma ancor di più è stupito dal fatto «che in questo scritto si tiri fuori dai ripostigli del teatro costituzionale il pezzo di scenario più vecchio, cioè la tesi che il capo dello stato e nessun altro organo sia il qualificato custode della costituzione, allo scopo di rimettere in uso, per la repubblica democratica in generale e per la costituzione di Weimar in particolare, un arnese giustamente abbandonato alla polvere». Qui Kelsen polemizza chiaramente contro l'utilizzo della dottrina del *pouvoir neutre* del monarca di Constant, da lui annoverata tra le ideologie del costituzionalismo monarchico, da parte di Schmitt, dal quale non si aspetta simili anacronismi, visto che proprio il giurista di Plettenberg, risulta esserne un accanito oppositore.<sup>777</sup>

La coscienza storico-critica permette a Kelsen di riconoscere nella teoria del potere neutro una ideologia contingente del costituzionalismo, creata per una specifica situazione storico-politica, riutilizzata da Schmitt per interpretare la Costituzione del 1919 in modo da giustificare la tesi secondo cui custode della costituzione non è la Corte costituzionale, ma il Presidente del *Reich*. Kelsen sostiene che la dottrina in questione, dividendo l'Esecutivo in due poteri, attivo e passivo, fa apparire quello del re come passivo per renderlo neutrale, inscenando una palese finzione, dati i grandi poteri del re, simile a quella operata da Schmitt che, applicando la teoria di Constant al Presidente di una Repubblica democratica, caratterizza il potere neutro come un organo equiordinato agli altri, del quale cerca di ampliare le competenze tramite una più che estensiva interpretazione dell'art. 48 che lo rende incompatibile con la funzione di custode della costituzione.<sup>778</sup>

Secondo Kelsen, Schmitt afferma che il pericolo di violazioni costituzionali derivano, nella monarchia costituzionale, dall'Esecutivo – motivo per cui il monarca capo del Governo non dovrebbe essere indicato come organo neutrale e custode della costituzione – solo al fine di dichiarare che nel XX secolo, invece, provenendo quel pericolo dal Legislativo, solo il Presidente è in grado di custodire la costituzione da eventuali attacchi del Parlamento. Ma Schmitt, denuncia Kelsen, dimentica che nella Repubblica democratica weimariana il Parlamento non è l'unico organo potenzialmente in grado di violare la costituzione; anche il Governo, «composto dal presidente e dei ministri» svolge *ex art. 48* un'attività che può dar vita a problemi di costituzionalità.<sup>779</sup>

### 3.2.3. *La natura politica della giurisdizione costituzionale*

Al fine di perorare la sua dottrina del Presidente-custode, Schmitt cerca di affossare quella che introduce la giurisdizione costituzionale, cioè che affida la garanzia

---

<sup>777</sup> *Ivi*, pp. 234-235.

<sup>778</sup> *Ivi*, pp. 236-238.

<sup>779</sup> *Ivi*, p. 238.

della costituzione ad un tribunale indipendente che decida in modo accentrato tramite un contenzioso sulla costituzionalità di atti del Parlamento o del Governo già impugnati, che saranno cassati se incostituzionali, e giudichi sulla responsabilità degli organi posti sotto accusa. Kelsen ammette che tale istituto, sulla cui opportunità è possibile discutere, non è efficace in ogni circostanza, ma ritiene irrilevante il problema cruciale per Schmitt se l'organo titolare della garanzia costituzionale possa essere un tribunale e se la sua funzione sia o meno giurisdizionale. Nulla impedisce di attribuire la funzione di garanzia costituzionale ad un organo collegiale composto da membri indipendenti nei confronti del Parlamento o del Governo, chiamata giudiziaria perché generalmente concessa ai tribunali. Il fatto che Schmitt deduca dal suo concetto di giurisdizione che il tribunale costituzionale sia impossibile o inattuabile, rappresenta per Kelsen, un tipico caso di "giurisprudenza dei concetti" ormai superata.<sup>780</sup>

Kelsen prosegue nella sua invettiva contro Schmitt, reputando strano e incoerente da parte del suo avversario negare il titolo di custodi della costituzione ai tribunali civili, penali e amministrativi tedeschi, che esercitano un controllo materiale sulle leggi da applicare, e non alla Corte suprema americana la quale è deputata alle stesse funzioni dei tribunali tedeschi, con la differenza che la Corte rende invalida la legge incostituzionale non solo per il caso concreto, come fanno i tribunali in Germania, ma per tutti i casi. Nella negazione della qualifica di custodi ai tribunali da parte di Schmitt, Kelsen non vede altro che un'affermazione terminologica priva di fondamenti sul piano della politica del diritto e sotto il profilo tecnico-giuridico. Gli argomenti addotti da Schmitt sono sorretti da presupposti che Kelsen giudica erronei: l'incompatibilità tra funzioni giurisdizionali e funzioni politiche e l'idea che la decisione sulla costituzionalità delle leggi e l'annullamento delle leggi incostituzionali siano attività politiche e non giurisdizionali. Schmitt, sbagliando, contrappone l'esercizio del potere a quello del diritto, intendendo per "politica" la funzione del legislatore che assoggetta gli individui alla propria volontà e li costringe a perseguire i loro interessi nei limiti delle norme che egli pone, mentre per "giurisdizione" la funzione di attuare l'ordinamento creato dal legislatore come strumento. Tale concezione risulta a Kelsen errata, in quanto Schmitt presuppone che l'esercizio del potere sia circoscritto al procedimento legislativo, mentre esso è in realtà esteso alla giurisdizione e all'amministrazione. Se Schmitt individua l'elemento politico nella decisione, allora dovrebbe riconoscerlo in ogni sentenza giudiziaria, visto che in essa sempre è rintracciabile un elemento decisorio, un esercizio del potere.

Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la «vera» giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due

---

<sup>780</sup> *Ivi*, p. 239.

varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere «politico» che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione.

Entrambe, dunque, possiedono un carattere politico, differenziato, secondo Kelsen, solo a livello quantitativo.<sup>781</sup>

Il giurista praghese crede che, siccome ogni conflitto giuridico è un conflitto di interessi o di potere, ogni controversia giuridica sia caratterizzata dall'elemento politico e ogni conflitto possa essere deciso come una controversia giuridica. Il giurista renano, invece, ritiene che le questioni di ordine politico non possano essere oggetto di giurisdizione.<sup>782</sup>

La formulazione teorica di Kelsen consiste nel sostenere che la funzione giurisdizionale di un tribunale costituzionale indipendente ha un carattere politico più accentuato rispetto a quello degli altri tribunali, e che coloro i quali l'hanno istituito mai hanno negato il significato politico delle sue sentenze.<sup>783</sup>

Dato che per Schmitt è importante dimostrare che la giurisdizione costituzionale non è giurisdizione, Kelsen si attende da lui almeno una chiara definizione di giurisdizione, che a suo dire manca. Tuttavia dalle osservazioni schmittiane, egli riesce a ricavarne una: la giurisdizione sarebbe per Schmitt legata per sua natura a norme, non dubbie e controverse, che permettano la sussunzione di una fattispecie; in ragione di ciò, nella decisione sulla costituzionalità di una legge, non essendovi mai sussunzione di una fattispecie, ma determinazione del contenuto di una legge costituzionale dubbia, non vi sarebbe giurisdizione.<sup>784</sup>

---

<sup>781</sup> *Ivi*, pp. 240-242. Cfr., sulla natura del compito spettante ad una Corte costituzionale, nello specifico quella italiana, come giudice delle leggi, G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, pp. 46-53: «Essa, innanzitutto ha a che fare con norme giuridiche di natura particolare. Le vere norme costituzionali (...) sono norme di principio (...) che più delle altre radicano la costituzione nella storia, legando il passato al futuro, e scavano nelle ragioni profonde del vivere costituzionale», di cui non si comprende il significato, perché la Costituzione si limita a dare i concetti «che devono essere riempiti di contenuto, tramite “concezioni”», compito cui assolve la Corte costituzionale. Inoltre il costituzionalista italiano ritiene che lo *ius* costituzionale prevalga sulla *lex* ordinaria «perché il primo è il diritto della stabilità e la stabilità prevale sulla volatilità delle manifestazioni occasionali del potere espresse con legge. Nel rapporto costituzione-legge non vale il criterio della *lex posterior* perché la Costituzione è la norma della durata, sottoposta certo anch'essa a mutamenti, ma le cui forze agenti sono radicate nel profondo dei fatti sociali di natura culturale. La *lex* è la norma del cambiamento, ma il cambiamento, nello Stato costituzionale, deve avvenire nella continuità». La natura del giudice costituzionale si giustifica, qui, «per l'esigenza di dare accesso al giudizio costituzionale, tramite giudici che non sono solo tecnici della legge (...). La giurisprudenza costituzionale, nel giudizio sulle leggi, è garanzia del diritto nella sua interezza, ciò è dire della sua duplice natura di *ius* e *lex*. Se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l'identificazione del diritto con la legge».

<sup>782</sup> *Ivi*, p. 243. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 686.

<sup>783</sup> *Ivi*, pp. 243-244.

<sup>784</sup> *Ivi*, p. 244.

Kelsen si meraviglia quando Schmitt sostiene che i tribunali dovrebbero applicare solo norme dal contenuto non dubbio e controverso e occuparsi solo di questioni di fatto e non di diritto, in quanto per Kelsen la giurisdizione è intrinsecamente legata al dubbio interpretativo sulle norme da applicare e le questioni di diritto avvalorano il carattere giurisdizionale. Alla differenza posta da Schmitt tra decisione di una causa e decisione di dubbi e divergenze circa il contenuto di una disposizione costituzionale, Kelsen obietta «che la maggior parte delle decisioni di cause sono decisioni di dubbi e divergenze sul contenuto di una disposizione di legge». Al contrario di ciò che pensa Schmitt, «la giurisdizione comincia di solito proprio nel momento in cui il contenuto delle norme diventa dubbio e controverso, giacché altrimenti vi sarebbero solo controversie su fatti e mai vere controversie *giuridiche*».<sup>785</sup>

Inoltre Kelsen ritiene inesatta la tesi che la decisione sulla costituzionalità di una legge non implichi la sussunzione di una fattispecie, perché crede che Schmitt sia vago nel delineare il concetto di “fattispecie”. La fattispecie da sussumere sotto la norma costituzionale, nella decisione sulla costituzionalità di una legge, non è una norma, ma la produzione di una norma: «è una vera “fattispecie”, quella fattispecie che è regolata dalla norma costituzionale e che, in quanto e nella misura in cui è regolata dalla costituzione, può essere “sussunta” sotto la costituzione come qualunque altra fattispecie sotto qualunque altra norma. È infatti possibile “sussumere” una fattispecie sotto la norma solo in quanto la norma regola la fattispecie, la pone cioè come condizione o come conseguenza». Che un tribunale ordinario decida una causa o che un tribunale costituzionale dichiari una legge incostituzionale, è sempre la fattispecie della produzione di una norma ad essere sussunta sotto la norma che la regola, riconosciuta conforme o contraria a quest’ultima. A ciò Kelsen aggiunge che il tribunale costituzionale reagisce alla cognizione dell’incostituzionalità di una legge con un *actus contrarius* alla fattispecie incostituzionale della produzione della norma, ovverosia con l’annullamento della norma incostituzionale.<sup>786</sup>

La concezione schmittiana del controllo di costituzionalità di una legge – confronto del contenuto di una legge con quello di un’altra, senza sussunzione o applicazione di regole – gli impedisce di comprendere «la differenza tra la legge come *norma* e la produzione della legge come *fattispecie*», ragion per cui nega la giurisdizione della legge costituzionale su una ordinaria e la giurisdizione di una norma sopra un’altra. Quindi, a differenza di ciò che sostiene Schmitt, la giurisdizione costituzionale, afferma Kelsen, consiste «nel fatto che una norma dev’essere annullata

---

<sup>785</sup> *Ivi*, pp. 244-245. Sulla difesa del giudice costituzionale da parte di Kelsen, incentrata sulla confutazione della tesi di Schmitt circa la particolare configurazione dell’attività giurisdizionale, cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 159 e G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 30.

<sup>786</sup> *Ivi*, pp. 246-248.

nel caso concreto o in linea generale perché la fattispecie della sua produzione contrasta con la norma che regola questa fattispecie e che è quindi di grado più elevato».<sup>787</sup>

### 3.2.4. *Il controllo di costituzionalità: giurisdizione o legislazione?*

Nel giustificare la tesi secondo cui il controllo di costituzionalità corrisponde a legislazione, e non a giurisdizione, Kelsen imputa al suo avversario l'errore di essersi aggrappato alla concezione – ormai ritenuta da tempo superata – per cui «la decisione giudiziaria, già bell'e pronta nella legge, viene solo “dedotta” mediante un'operazione logica: la giurisdizione come automatismo giuridico».<sup>788</sup> Anche tale dottrina deriva dal sistema ideologico della monarchia costituzionale: il giudice, indipendente dal re, è un automa che non crea il diritto, ma lo trova già formato, cioè trova la decisione nella legge. Dopo essersene servito per distinguere la giurisdizione come semplice applicazione dalla legislazione come creazione del diritto e averne tratto l'argomento per contrastare il controllo di costituzionalità – «una legge non è una sentenza, una sentenza non è una legge», Schmitt la rinnega, senza suscitare sorpresa in Kelsen, dichiarando che ogni decisione contiene un elemento decisorio non deducibile dal contenuto della norma; in tal modo serve su un piatto d'argento a Kelsen la prova che tra legge e sentenza non v'è differenza qualitativa, che la sentenza di un tribunale costituzionale è sia un atto di legislazione o produzione del diritto sia un atto di giurisdizione o applicazione del diritto e che, essendo l'elemento decisorio rintracciabile sia nella funzione legislativa sia in quella giurisdizionale, questa possiede al pari di quella carattere politico. Così Kelsen, aiutato dalle presupposte contraddizioni di Schmitt, smonta la tesi schmittiana secondo cui il controllo costituzionale non sarebbe giurisdizione per la sua natura politica.<sup>789</sup>

Kelsen ritiene che l'unica spiegazione per cui Schmitt mantenga la tesi che il controllo di costituzionalità non è giurisdizione, cadendo in evidenti contraddizioni con le proprie vedute, risiede nel fatto che essa rappresenta il presupposto di una richiesta di politica del diritto; non essendo giurisdizione, il controllo di costituzionalità non può essere attribuito ad un collegio di giudici, ma ad un altro organo, il Presidente del *Reich*. Schmitt, fa notare Kelsen, usa «dedurre da un concetto giuridico presupposto una

---

<sup>787</sup> *Ivi*, p. 248.

<sup>788</sup> «Ecco un modo di costruire falsi concetti per poi combatterli più facilmente!» (G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 30).

<sup>789</sup> *Ivi*, pp. 249-250. Cfr. L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., p. 47, secondo il quale nel fatto, adoperato dallo stesso Schmitt, che in ogni sentenza v'è un elemento decisionale, non deducibile dal contenuto della norma, motivo per cui tra legge e sentenza non v'è differenza qualitativa e la sentenza è quindi sia applicazione sia produzione del diritto, assumendo la funzione giurisdizionale, che contiene l'elemento decisionale, carattere politico, risiede l'argomento principale usato da Kelsen nel tentativo di inferire il colpo decisivo a Schmitt, che tra l'altro indurrà il Maestro della Scuola di Vienna a revisionare totalmente il suo pensiero, abbandonando il logicismo per l'irrazionalismo e il volontarismo.

struttura giuridica desiderata: il tipico miscuglio di *teoria* giuridica e *politica* del diritto». <sup>790</sup>

Il metodo di Schmitt viene messo in discussione anche quando afferma che prima di introdurre un tribunale come custode, sovraccaricando e mettendo in pericolo, politicizzandola, la giurisdizione, andrebbe ricordato il contenuto positivo della Costituzione di Weimar che attribuisce, a suo parere, la funzione di custode al Capo dello Stato. Infatti, se il controllo di costituzionalità non è, secondo il suo pensiero, giurisdizione, ne consegue che questo non può sovraccaricare, mettere in pericolo e politicizzare la giurisdizione. <sup>791</sup>

Ciò su cui, invece, Kelsen concorda con Schmitt è la necessità di individuare dei limiti alla giurisdizione, ordinaria e costituzionale. Per ridurre il potere della magistratura e quindi il carattere politico della loro funzione, è necessario limitare l'ambito della discrezionalità che le leggi le attribuiscono per la propria applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale deve applicare, specie quelle che sanciscono il contenuto delle leggi future, mediante la fissazione di principi e diritti fondamentali, vanno formulate in modo chiaro e preciso, senza contenere parole vaghe e generiche come "libertà", "uguaglianza", "giustizia" e simili. Altrimenti – Kelsen ne è ben consapevole – v'è il rischio di uno spostamento di potere dal Parlamento ad un organo ad esso esterno, una Corte costituzionale che potrebbe arrivare a rappresentare forze politiche diverse da quelle che si esprimono in Parlamento. <sup>792</sup> Tale problema non

<sup>790</sup> *Ivi*, pp. 250-251. «Kelsen nega che l'eventuale politicità della costituzione la debba sottrarre al dominio della giurisprudenza: per lui la "confusione" tra diritto e politica – che egli imputa a errori metodologici di Schmitt – è, anche se fattualmente reale, scientificamente superabile» (C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 686).

<sup>791</sup> *Ivi*, p. 253.

<sup>792</sup> H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, cit., pp. 253-254, Id., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., p. 190. Cfr. sul punto, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, pp. 494-495 e M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 161-163, in cui l'autore non risparmia critiche alla soluzione avanzata da Kelsen per la questione della legittimità della giurisdizione costituzionale, ritenendola limitata e problematica, soprattutto con riguardo alla concezione dei diritti fondamentali che ne fuoriesce, giudicandola "anacronistica ed insoddisfacente", in quanto *ivi* i diritti fondamentali «risultano ammessi e legittimi solo come una sorta di riserva di legislazione o di mera norma programmatica»; di qui, pare che Kelsen non contempli né ammetta «il ricorso diretto dei cittadini al giudice costituzionale per ottenere la tutela di un diritto fondamentale in capo ad un soggetto individuale», con l'effetto di tradire due capisaldi della giustizia costituzionale. «Il primo è che si tratti di vera funzione giurisdizionale, giacché ad essa possono accedere individualmente i singoli consociati, ricevendone la protezione dei loro diritti soggettivi più importanti. La giustizia costituzionale dunque sarebbe vera *giustizia*, e non "politica", perché essa verte su controversie e violazioni di diritti soggettivi. Il secondo argomento – che invero è una riformulazione del primo – è che nel caso della giustizia costituzionale si tratta di una sfera di attività statale dotata di specifica legittimità democratica. Giacché è solo mediante questa attività che i diritti fondamentali del cittadino ricevono la protezione dell'ordinamento nel caso concreto. La legge non può riparare la violazione inferta all'individuo dei suoi propri diritti fondamentali, i quali sono uno dei fondamenti del regime democratico garantendone il quadro assiologico: tale riparazione può solo essere offerta da un giudice, vale a dire da un organo che decida in maniera imparziale su una controversia specifica che riguardi posizioni giuridiche singole e concrete, ed in particolare di controversie tra i cittadini e l'autorità pubblica. Ora, questo organo giudicante assume le fattezze del giudice costituzionale, soprattutto là dove i diritti fondamentali del cittadino debbano poter essere garantiti anche rispetto al legislatore».

riguarda esclusivamente la giurisdizione costituzionale, ma anche quella ordinaria. In ciò Kelsen rivede l'antico dilemma platonico: «*politeia* o *nomoi*, re-giudice o re-legislatore»? Sia un tribunale ordinario che quello costituzionale competente a cassare le leggi applicano e producono diritto, ma mentre il primo produce norme individuali, il secondo, applicando la costituzione ad una fattispecie di produzione legislativa e addivenendo all'annullamento della norma incostituzionale, annulla una norma generale, pone in essere l'atto contrario che corrisponde alla produzione giuridica, agisce in funzione di legislatore negativo per tutti i casi, a differenza del tribunale "intermedio" che, disapplicando incidentalmente una legge che giudica incostituzionale o un regolamento che valuta illegittimo, annulla una norma generale per un caso singolo.<sup>793</sup>

### 3.2.5. *La realtà costituzionale della Repubblica di Weimar*

Per rispondere a Schmitt, che gli contesta la confusione tra giurisdizione e legislazione, Kelsen afferma che il procedimento giurisdizionale ricalca sostanzialmente quello parlamentare, per il carattere tipicamente contenzioso. La forma di tale procedimento è detta "giudiziaria", perché è comparsa inizialmente nei tribunali, ma nell'antica Atene, ricorda Kelsen, è assunta anche nel procedimento legislativo: la vecchia legge prima di essere sostituita con una nuova viene processata dai nomoteti. Quindi, il procedimento dialettico del Parlamento assomiglia alla forma giudiziaria del processo davanti ad un tribunale. Come nel caso della questione di incostituzionalità di una legge, esso rivela i *pro* e i *contra* di una specifica soluzione, risultato meglio garantito affidando la pretesa e la difesa ad organi diversi e conseguibile anche nel caso in cui siano in ballo interessi diversificati. Ogni processo giurisdizionale comporta valutazioni di interessi e ne palesa il contrasto, sicché si traviserebbe il significato della forma giudiziaria, non guardando alla realtà sociologica da cui scaturisce il procedimento contenzioso, al dato cioè che, «come nelle altre figure giuridiche, così anche nella decisione di un tribunale, e in particolare di un "custode della costituzione", si contrappongono interessi *contrastanti* e che ogni "decisione" decide su contrasti d'interessi, cioè a favore di uno o dell'altro di essi o nel senso di una loro mediazione; sicché un procedimento contenzioso serve quanto meno a *portare alla luce l'effettiva situazione degli interessi*». Tuttavia, ciò diventa invisibile «se il contrasto di interessi viene mascherato con la finzione di un interesse comune o di una unità d'interessi». Il riferimento a Schmitt diviene esplicito quando Kelsen parla della «tipica finzione cui si ricorre quando si opera con l'"unità" della "volontà" dello stato o con la "totalità" del collettivo in senso non meramente formale» per legittimare una struttura statale con un determinato contenuto. A tale raffigurazione, secondo Kelsen, corrisponde anche la

<sup>793</sup> H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, cit., pp. 254-258.

trattazione in cui Schmitt contrappone la categoria dello “Stato totale” al sistema del “pluralismo”, due concetti introdotti per descrivere la concreta situazione costituzionale della Repubblica weimariana. Il pluralismo di Schmitt, in cui la formazione della volontà statale è dominata da un gruppo di forze sociali, è possibile solo in caso di reale contrasto tra Stato e società, solo quando esista una sfera di vita libera dallo Stato; il trapasso allo Stato totale, in cui Schmitt riconosce lo Stato legislativo tedesco, avviene, sempre a suo dire, se manca il contrasto tra Stato e società, nel momento in cui lo Stato diventa autorganizzazione della società.<sup>794</sup>

Kelsen critica negativamente l’analisi sociologica attraverso cui Schmitt è giunto alla propria proposta, nella quale tra l’altro coglie ulteriori inesattezze e contraddizioni.

Il concetto schmittiano di Stato totale non delinea una visione nuova della realtà sociologica, ma solo un termine nuovo che indica ciò che da tempo è chiamata “azione statale espansiva”; inoltre lo Stato totale non è una novità, come Schmitt vuole far credere, visto che lo sono sia lo Stato antico sia quello assoluto di polizia del XVIII secolo, figure storiche dell’espansione delle competenze dell’attività statale cui si oppone lo Stato liberale del XIX secolo. Con ciò Schmitt non fa che «dare nuove denominazioni a realtà conosciute da tempo», dando sfoggio del metodo preferito dalla letteratura politica.<sup>795</sup>

Nella descrizione della concreta situazione costituzionale, Schmitt si serve di due elementi che si escludono reciprocamente. Se il pluralismo si ha, per Schmitt, solo se la formazione della volontà statale sia dominata da una sfera sociale, nella cui soppressione consiste il trapasso allo Stato totale, risulta impossibile, secondo Kelsen, che la situazione definita da Schmitt culmini nel pluralismo e costituisca allo stesso tempo il trapasso allo Stato totale. Con “pluralismo” e “Stato totale”, Schmitt «unisce insieme due coppie di opposti che non hanno nulla in comune – l’opposizione tra stato e società e l’opposizione tra una formazione della volontà autocratico-accentrata e una formazione democratico-decentrata».<sup>796</sup>

La stroncatura di Kelsen si avvale anche del fatto che Schmitt fa coincidere lo Stato totale con l’omogenea inscindibile unità di tutto il popolo tedesco – che Kelsen reputa una finzione – a fa coesistere nello Stato totale due entità incompatibili, quali il pluralismo, che implica la differenza tra Stato e società, e i partiti totali, che comporterebbe l’assurdo di una totalità parcellizzata. Lo Stato totale, quello che si occupa di tutta la società, è per Kelsen solo lo Stato socialista, mentre per Schmitt si riduce ad essere il mezzo per perpetuare il dominio borghese sulla società, dato che il Parlamento ha perso la titolarità di tale funzione.<sup>797</sup>

---

<sup>794</sup> *Ivi*, pp. 258-262.

<sup>795</sup> *Ivi*, p. 262. Cfr., sull’analisi delle contraddizioni di Schmitt, rilevate da Kelsen sullo Stato totale e sul pluralismo, C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 685.

<sup>796</sup> *Ivi*, pp. 262-263. La citazione di Kelsen è *ivi*, p. 263.

<sup>797</sup> *Ivi*, pp. 263-265.

Ad ogni modo, la categoria del “pluralismo”, una minaccia per l’unità dello Stato, è usata da Schmitt per contrastare l’introduzione del controllo di costituzionalità – dato che in questo vi scorge un carattere pluralistico – come soluzione al problema della garanzia della costituzione, mentre quella di “Stato totale” per dare un fondamento alla opposta soluzione, ritenuta giusta perché garantisce l’unità statale, eliminata dal contrasto pluralistico tra Stato e società.<sup>798</sup>

Il carattere pluralistico del controllo di costituzionalità sta, per Schmitt, nel fatto che questo si svolge nella forma di un processo in cui sono fatti valere diritti soggettivi allo Stato o alla costituzione, motivo per cui il giurista renano vede in ciò la dissoluzione del concetto di Stato. Contro tale osservazione, si scaglia Kelsen, il quale ribatte affermando che il “diritto soggettivo”, possibilità di attivare presso un’autorità centrale un procedimento volto all’annullamento di un atto incostituzionale o alla rimozione di un illecito, non è altro che un «*espediente tecnico a garanzia dell’ordinamento statale*», il contrario della dissoluzione pluralistica dello Stato.<sup>799</sup>

All’ipotesi di Schmitt che il Governo e non certo la giurisdizione sia il custode della costituzione richiesto contro l’allargamento della competenza del legislatore, Kelsen replica che l’espansione legislativa è attuata in misura considerevole, anche mediante il potere di ordinanza del Governo, specie quando questo, in base all’interpretazione estensiva dell’art. 48 c. 2 fornita dallo stesso Schmitt, subentra al potere legislativo del Parlamento. Poiché la Costituzione ripartisce il potere tra Parlamento e Governo (organo composto da Capo dello Stato e Ministri che ne controfirmano gli atti – dice Kelsen), viene a crearsi un antagonismo tra tali organi che può sfociare in violazioni della costituzione che consistono nel superamento dei limiti loro assegnati. Quindi, per il fatto che Parlamento e Governo sono parti in causa nei casi più rilevanti di violazione costituzionali, Kelsen ritiene opportuno affidare la decisione della controversia ad un tribunale costituzionale, organo terzo, estraneo all’esercizio del potere ripartito dalla Costituzione tra Parlamento e Governo e al di fuori del loro contrasto, in quanto non partecipa sin dall’inizio all’esercizio del potere. La dottrina dello “Stato totale”, prosegue Kelsen, sminuisce la portata di tale argomento, perché non riconoscendo il suddetto contrasto non vede nell’ipotetico Governo-custode una parte in causa di eventuali controversie costituzionali. In altri termini, Schmitt crede che il contrasto tra Parlamento e Governo, conseguenza del dualismo di Stato e società, sia eliminabile col trapasso allo “Stato totale” capace di far sparire ogni separazione antitetica. Naturalmente Kelsen è convinto, invece, che nello Stato moderno tali contrapposizioni siano ancora pulsanti, tra tutte quella in seno al Parlamento tra una minoranza ed una maggioranza che ha nel Governo il proprio fiduciario, per cui diventa

---

<sup>798</sup> *Ivi*, p. 267.

<sup>799</sup> *Ivi*, pp. 267-268.

arduo trovare la via che dallo Stato totale conduce al Presidente del *Reich* come custode della costituzione.<sup>800</sup>

La via percorsa da Schmitt, immagina Kelsen, è quella dell'omogenea e inscindibile unità di tutto il popolo tedesco – vera e propria realtà sociale, cui il pluralismo si oppone –, fondamento della tesi per cui il custode della costituzione è il Presidente del *Reich*. Siccome per Schmitt la Costituzione di Weimar è la decisione politica dell'unitario popolo tedesco in quanto titolare del potere costituente, solo il Capo dello Stato, perché eletto da tutto il popolo, e non una fittizia forma giudiziaria, può custodire l'unità del popolo come insieme politico. A tutto ciò Kelsen ribatte dicendo in primo luogo che la costituzione è in realtà «deliberazione di un parlamento, la cui identità con l'«unitario popolo tedesco» può essere affermata solo mediante la *finzione* della rappresentanza; in secondo luogo che il senso schmittiano di custode è inapplicabile ad un tribunale costituzionale, «sicché il contrapporre il presidente ad un tribunale costituzionale ha tanto poco senso quanto affermare che, poiché l'esercito è la migliore difesa dello stato, non abbiamo bisogno di ospedali»; infine che un tribunale costituzionale non è una fittizia forma giudiziaria – come ammonisce Schmitt –, ma un organo effettivo istituito dalla costituzione che gli conferisce precisi poteri riscontrabili nella prassi costituzionale. Se proprio qualcosa è da qualificare come fittizia, quella secondo Kelsen è l'unità del popolo che Schmitt, sulla base di un presunto fondamento costituzionale, presuppone come esistente, salvo dichiararla allo stesso tempo eliminata dal sistema pluralistico; ancora una volta Kelsen sostiene che il suo avversario strumentalizzi alcune proposizioni, in questo specifico caso al fine di poter presentare il Capo dello Stato come soluzione alla situazione critica determinata dal pluralismo e come ripristinatore di quella unità che quel sistema va erodendo.<sup>801</sup>

### 3.2.6. *Disamina delle funzioni del Presidente del Reich*

Per dimostrare che il Capo dello Stato non è l'organo adatto al tipo di custodia da lui pensata per la situazione weimariana, Kelsen ne analizza le funzioni, cercando di smentire gli argomenti che Schmitt, anche in virtù della natura e delle attribuzioni presidenziali delineate nella Costituzione di Weimar, pone alla base della sua tesi sul custode.

Innanzitutto la funzione di rappresentare all'esterno l'unità statale è attribuita al Capo dello Stato da ogni costituzione che prevede un simile organo. In realtà, afferma Kelsen, tale istituzione è il simbolo di una unità dello Stato postulata sul piano etico-politico e non il fattore di una unità reale quale effettiva solidarietà di interessi, come

<sup>800</sup> *Ivi*, pp. 269-272.

<sup>801</sup> *Ivi*, pp. 272-274. Si legga in proposito G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

suggerisce Schmitt. Il vero senso della dottrina del potere neutro che Schmitt adatta al Presidente repubblicano consiste, secondo Kelsen, nel celare l'effettivo e radicale conflitto di interessi esistente nella realtà dei partiti e del conflitto di classe sottostante. Riformulata da Kelsen in termini pseudo-democratici, la teoria di Schmitt sulla funzione presidenziale appare nei seguenti termini: «il popolo che forma lo stato è un collettivo unitario omogeneo e ha quindi un interesse collettivo unitario che si esprime in una volontà collettiva unitaria. Questa volontà collettiva che sta al di là dei contrasti d'interessi e quindi al di sopra dei partiti politici – è la “vera” volontà dello stato – non è creata dal parlamento, il quale è lo scenario dei contrasti d'interessi, dello smembramento partitico (...). Ne è artefice e strumento il capo dello stato». Appare chiaro a Kelsen il carattere ideologico di tale interpretazione, in quanto contrasta con la previsione costituzionale che lega gli atti presidenziali alla collaborazione dei Ministri responsabili nei confronti del Parlamento.<sup>802</sup>

Secondo Kelsen, il Capo dello Stato, cercando di imboccare la via del compromesso, giunge di regola a garantirsi la sua posizione di indipendenza dai gruppi di interessi in conflitto. Tuttavia, il suo potere non è realmente neutrale, in quanto per essere tale, dovrebbe consistere in qualcosa di più che nella composizione degli interessi, possibilità in cui tra l'altro è frenato dall'obbligo di collaborare con i Ministri legati alla maggioranza parlamentare. Per tale motivo, Kelsen ritiene che se si vede la neutralità del Capo dello Stato nella possibilità di condizionare la formazione della volontà statale nel senso di un compromesso, allora non si può negare che, a tal proposito, il re ereditario offre più del Presidente teorizzato da Schmitt.<sup>803</sup>

Anche l'elezione plebiscitaria del Capo dello Stato, che è di sicuro un metodo di nomina democratico, non gli garantisce *tout court* l'indipendenza, svolgendosi tra l'altro sotto la pressione dei partiti politici. Esso non è realmente eletto da tutto il popolo, ma da una maggioranza o da una minoranza del popolo in lotta con altri gruppi, non esprimerà la volontà collettiva dell'intero popolo, perché questa di fatto non esiste e perché l'elezione non garantisce una funzione di composizione degli interessi in conflitto. Osserva Kelsen: «vedere nell'elezione, come fa Schmitt (...), una garanzia d'indipendenza è possibile solo a patto di chiudere gli occhi davanti alla realtà». Tale garanzia non è ricavabile pienamente neppure allungando la durata del suo mandato o rendendo più difficile la sua revoca, visto che tali mezzi perdono la loro efficacia a causa della rieleggibilità del Presidente, o prevedendo una serie di incompatibilità, irrilevanti sul piano pratico.<sup>804</sup>

Perciò, Kelsen non trova buoni motivi per cui l'indipendenza del Capo dello Stato elettivo sia maggiore o meglio garantita di quella dei magistrati. Secondo Schmitt, per evitare che la risoluzione in forma giudiziaria delle controversie diventi uno strumento

<sup>802</sup> *Ivi*, pp. 275-276. Cfr., sul punto, L. Albanese, *Il pensiero politico di Schmitt*, cit., p. 47.

<sup>803</sup> *Ivi*, p. 276.

<sup>804</sup> *Ivi*, pp. 276-277.

di politica, in quanto la nomina dei giudici potrebbe essere influenzata dagli effettivi detentori del potere politico, la competenza a nominare i giudici spetterebbe al Capo dello Stato e non al compagno di partito divenuto Ministro. A tali osservazioni Kelsen ribatte affermando che, siccome di regola i giudici sono nominati dal Capo dello Stato, anche questo è un effettivo detentore del potere politico, mentre se lo fossero solo i partiti, la mancanza di neutralità dei giudici sarebbe comunque il riflesso di quella dell'organo che li nomina; inoltre anche il Capo dello Stato può essere un compagno di partito o essere influenzato dai partiti politici. Dunque, continua Kelsen, «se la neutralità garantita dall'“indipendenza” è presupposto essenziale per la funzione di custode della costituzione, il capo dello stato non ha punti d vantaggio – *quanto meno* – rispetto a un tribunale indipendente; mentre è certo che la neutralità del giudice è un requisito implicito alla sua stessa deontologia.<sup>805</sup>

Allora, sostiene Kelsen, non potendo dimostrare la piena indipendenza e neutralità del Presidente del *Reich*, Schmitt tenta di screditare l'affidamento di decisioni e compiti politici a giudici e burocrati, prevedendo che questo sovraccaricherebbe la loro mole di lavoro, evidenziando in tal modo di aver sostituito il parametro di giudizio della qualità con quello della quantità, a giudizio di Kelsen, invano. Infatti, quest'ultimo afferma che ciò non prova alcunché: «non si può paragonare la giurisdizione ad un cammello che stramazza a terra se viene caricato anche della soma del controllo di costituzionalità». La discussione non verte intorno alla giurisdizione in sé, ma ad un singolo tribunale, i cui compiti non «sovraccaricano la “giurisdizione” (*Justiz*), che non esiste come quantità ed è qualcosa di astratto e come tale non può venire sovraccaricato, ma solo quel concreto tribunale, del quale peraltro Schmitt ha in precedenza dimostrato che non è autorità *giurisdizionale*».<sup>806</sup>

Per di più, Kelsen crede che a confermare l'idoneità del tribunale costituzionale a ricoprire il ruolo di custode della costituzione, ci pensa lo stesso Schmitt, confezionando una formula che si adatta perfettamente al tribunale e non al Presidente, quando teorizza che sarebbe illogico affidare detta funzione ad uno dei poteri esistenti (il Presidente del *Reich*), che acquisterebbe preminenza sugli altri e potrebbe sottrarsi al controllo diventando il signore della costituzione e non ad uno speciale potere neutrale da affiancare agli altri (il Tribunale del *Reich*).<sup>807</sup>

---

<sup>805</sup> *Ivi*, pp. 277-278. Sul punto, cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 256, che rileva attentamente come sia sorprendente che proprio il propulsore della “purezza” del diritto e della separazione tra diritto e morale affermi letteralmente che il «il giudice è spinto alla neutralità dalla sua stessa etica professionale» (H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, cit., 278), per dimostrare la non minore indipendenza politica del giudice rispetto a quella del capo dello Stato, grazie alla funzione svolta e alla relativa etica.

<sup>806</sup> *Ivi*, pp. 278-279.

<sup>807</sup> *Ivi*, pp. 279-280. Per una lucida spiegazione degli effetti cui condurrebbe l'attribuzione del ruolo di custode della Costituzione al capo dello Stato, ci si affida alle parole, chiare, di M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 157: «Attribuire al capo dello Stato la dignità di custode della costituzione avrebbe come effetto quello di neutralizzare la possibilità d'un controllo sulla legittimità (costituzionale) dei suoi atti. E poiché il capo dello Stato è un potere ricollegabile a quello esecutivo, del

Kelsen non nega che il Capo dello Stato sia uno dei garanti della costituzione accanto alla Corte costituzionale e ai tribunali ordinari che esercitano un potere di controllo sulle leggi; infatti, tra le numerose funzioni che la Costituzione di Weimar gli attribuisce, figura anche quella di esaminare la costituzionalità delle leggi e di altri atti.<sup>808</sup> Il Maestro contesta a Schmitt il fatto di indicare il Presidente del *Reich*, non solo come l'organo più adatto alla funzione di custode, ma come l'unico a cui tale funzione appartiene, in ossequio alla costituzione. Ciò, per Kelsen, va in palese contraddizione con le disposizioni costituzionali. Come Schmitt afferma che, nelle costituzioni del XIX secolo, è prevista una speciale corte per la difesa giudiziaria della costituzione, accanto ad altre garanzie, per cui essa è solo uno degli organi posti al suo presidio, così Kelsen dichiara che nella WRV è previsto come garante della costituzione il Presidente del *Reich*, accanto ad altre garanzie, per cui esso è solo uno degli istituti di garanzia costituzionale.<sup>809</sup>

La tesi dell'esclusività del Presidente nel ruolo di custode può sussistere solo attribuendo al concetto di custode della costituzione un significato che non ha e non corrispondente alle disposizioni costituzionali. Infatti, per Kelsen, sbaglia Schmitt quando annovera tra i compiti del Presidente in cui si esprime la sua funzione di custode anche quelli che con la garanzia costituzionale non c'entrano; l'autore del *Custode* ravvisa l'esercizio di tale funzione in tutti i compiti che la costituzione attribuisce al Presidente, anche in quelli che non la concernono, quali la rappresentanza nei rapporti internazionali, la dichiarazione di guerra, la conclusione della pace, la nomina dei funzionari, il comando supremo delle forze armate, lo scioglimento del Parlamento, l'indizione del referendum popolare e, in particolar modo, i poteri derivanti dall'art. 48. Se custodire la costituzione significa esercitare tutte le funzioni affidategli dalla costituzione, il custode della costituzione schmittiano, sostiene Kelsen, altro non è che un *esecutore* di essa.<sup>810</sup>

Inoltre, Kelsen fa notare che quando Schmitt si aggrappa alla formula del giuramento (art. 42), per giustificare la tesi che la Costituzione assegna esplicitamente la funzione di custode al Presidente, dimentica che il giuramento prevede di tutelare non

---

quale in varie aree e materie risulta essere il vertice, attribuirgli la dignità di "custode della costituzione" potrebbe avere come effetto ulteriore quello di mettere il potere esecutivo al riparo dal controllo di legalità costituzionale. La mossa di Schmitt condurrebbe così a rendere l'esecutivo irresponsabile rispetto al potere legislativo e a quello giudiziario, almeno in ultima istanza. Tutta la normale dinamica della separazione dei poteri ne risulterebbe alterata e sbilanciata a favore di uno dei poteri, quello esecutivo, che tenderebbe dunque ad assumere dei tratti autoritari, se non proprio autocratici. Al governo delle leggi si sovrapporrebbe il governo degli uomini, o meglio di *un uomo*».

<sup>808</sup> Il Presidente del *Reich* svolge tale funzione in diversi casi previsti dalla Costituzione: quando *ex art. 70* nega la promulgazione ad una deliberazione legislativa che contrasta con la Costituzione; quando *ex art. 48 c. 1* costringe, con l'aiuto delle forze armate, all'adempimento dei propri doveri un *Land* che abbia violato la Costituzione; quando non si limita ad eseguire una pronuncia di un tribunale che ha accertato la violazione della Costituzione in un procedimento oggettivo, non agendo come mero organo esecutivo di un custode della Costituzione (*ivi*, p. 280).

<sup>809</sup> *Ivi*, pp. 280-281.

<sup>810</sup> *Ivi*, pp. 281-282.

solo la costituzione, come si limita a dire Schmitt, ma anche le leggi del *Reich*, il che equivale ad *eseguire* la Costituzione e le leggi, osservarle nell'esercizio delle proprie funzioni.<sup>811</sup>

Schmitt, dunque si concentra su funzioni totalmente diverse dal controllo di costituzionalità, che peraltro reputa antidemocratico, rileva Kelsen. Quest'ultimo ritiene che il vero significato che Schmitt imprime al concetto di custode della costituzione risieda nella democraticità del suo fondamento, requisito di cui il Tribunale costituzionale sarebbe privo. Ma il carattere democratico di un tribunale costituzionale, come quello del Capo dello Stato, può essere dato solo dal criterio della sua nomina e dalla sua posizione giuridica, dice Kelsen; perciò se al Tribunale viene negato il ruolo di custode solo in quanto è privo di una struttura democratica, tale mancanza è colmabile facendolo eleggere dal popolo o dal Parlamento e prevedendo limiti per l'occupazione di posti di ruolo da parte dei suoi membri, proprio come il Capo dello Stato, salvo valutare l'opportunità del modo di creare tale organo in relazione alla sua funzione. In tal modo Kelsen prova a confutare la tesi del difetto di legittimità democratica del giudice costituzionale sostenuta da Schmitt, riferendosi in particolare al tribunale costituzionale istituito dalla Costituzione austriaca del 1920, «tutt'altro che "un'aristocrazia della toga"»<sup>812</sup> – espressione adoperata da Schmitt per definire una singola corte composta da magistrati di carriera inamovibili e perciò indipendenti, una seconda camera di impiegati professionali, un'istanza altamente politica in cui sarebbe accentrato il potere di controllo giudiziario con funzioni di legislazione costituzionale, che il giurista renano valuta antidemocratico.

Un altro motivo dell'antidemocraticità del Tribunale, addotto tacitamente da Schmitt, è rilevato da Kelsen nel fatto che il Tribunale sarebbe rivolto contro il Parlamento, di cui quindi costituirebbe un contrappeso. Ma nella realtà costituzionale di Weimar, osserva Kelsen, il Tribunale non contrasta solo il Parlamento, ma anche il Governo. Schmitt cerca di ignorare che il Capo dello Stato o il Governo possano violare la Costituzione, nonostante sia palese la perpetua possibilità offerta al riguardo dall'art. 48 e, per sostenere la tesi – per Kelsen «indimostrata e indimostrabile» – che il Tribunale si opporrebbe solo al Parlamento, trasforma la funzione di custode da controllo di costituzionalità a contrappeso del Parlamento. Naturalmente Kelsen, non ritiene possibile che il Tribunale costituzionale funga da contrappeso al Parlamento, ma

---

<sup>811</sup> *Ivi*, p. 282.

<sup>812</sup> *Ivi*, pp. 283-284. Cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale?*, cit., p. 164, che nutre dei dubbi sull'efficacia della risposta di Kelsen alla tesi schmittiana del difetto di legittimità democratica del giudice costituzionale, specie se quel difetto è inteso quale mancanza di una decisione presa dai rappresentanti del popolo. Ciò, in quanto – aggiunge La Torre – il giudice, pur se eletto, non assurge facilmente a “rappresentante” dei cittadini. «Su questo punto – conclude l'autore – che tiene o cade l'ammissibilità del giudice costituzionale in democrazia, ed è ancora qui che si decide la partita teorica più recente», riferendosi alla insostenibilità teorica e pratica del giudice costituzionale, avanzata da Waldron.

ammettendo che tale funzione spetti al Presidente, crede che esso sia doppiamente necessario.<sup>813</sup>

### 3.2.7. *Insostenibilità del confronto tra il custode-giudice e il custode-Presidente: due organi diversi per due funzioni diverse*

In conclusione, Kelsen ritiene insostenibile e ingiustificabile la contrapposizione del Presidente del *Reich* quale custode della costituzione ad un tribunale costituzionale, ossia l'idea che questo non possa assurgere a custode perché tale ruolo è già ricoperto dal Presidente. In realtà non si tratta di due organi deputati ad espletare la stessa funzione. Se il Presidente è il contrappeso del Parlamento, tale funzione non è qualificabile come custodia della costituzione se in tal modo è allo stesso tempo denominata la garanzia della costituzione tramite il controllo di un tribunale costituzionale. Tale precisazione è, secondo Kelsen, di fondamentale importanza, poiché da tale inaccettabile equivoco Schmitt ricava uno tra i suoi argomenti principali, tesi a contrastare l'istituzione di un controllo di costituzionalità, che gli permette di sopravvalutare la competenza funzionale del Capo dello Stato e di sottovalutare quella del Parlamento. Il fatto che, per Schmitt, il Parlamento rifletta il sistema pluralistico non lo autorizza a giudicarlo come incostituzionale, dato che la Costituzione weimariana ha istituito sia un Presidente del *Reich* eletto da tutto il popolo sia un Parlamento eletto democraticamente, e quindi con esso il sistema pluralistico. «Se la costituzione fa del presidente un “contrappeso” al Reichstag, è solo perché pone *quest'ultimo*, e quindi il sistema “pluralistico” che necessariamente vi fa capo, come “peso” nel gioco delle forze politiche».<sup>814</sup>

Kelsen pensa che il sistema pluralistico non sarebbe incostituzionale neanche se il *Reichstag*, per mancanza di una maggioranza stabile o per ostruzionismo di una minoranza, non riuscisse a funzionare, tesi che potrebbe essere confermata qualora la costituzione indicasse come vicario del Parlamento il Capo dello Stato. Schmitt, invece, ritiene che, in forza delle attribuzioni costituzionali e del potere di sostituirsi al Parlamento non in grado di funzionare, il Presidente del *Reich* è dichiarato custode, mentre la funzione del *Reichstag*, teatro del sistema pluralistico, contrapposta alla funzione del Presidente e quindi avversa alla tutela costituzionale, appare come illegale.<sup>815</sup>

Kelsen racconta come dal sistema pluralistico Schmitt enuclei i metodi dissolvitori dello Stato pluralistico dei partiti idonei a distruggere la costituzione, la quale equivale alla situazione dell'unità del popolo tedesco. «Da concetto costituzionale

<sup>813</sup> *Ivi*, pp. 284-286.

<sup>814</sup> *Ivi*, pp. 286-287. La citazione di Kelsen è *ivi*, p. 287. Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 32 e C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 721, in nota.

<sup>815</sup> *Ivi*, pp. 287-288.

*positivo*, questa “unità” diviene ideale *giusnaturalistico*», tramite cui si può dedurre che per Schmitt il sistema pluralistico riflesso nel Parlamento è una violazione, mentre la custodia della costituzione è la funzione del Presidente che ripristina o protegge l’unità del popolo.<sup>816</sup>

Questa interpretazione della costituzione non può culminare se non in un’*apoteosi* dell’art. 48. Essa conduce al risultato (...) che l’elemento che «nel Reich tedesco in misura notevole turba o mette in pericolo la sicurezza e l’ordine pubblico» è il sistema pluralistico cioè, in chiare lettere, il Reichstag, la cui vera funzione appare in sostanza, quella di rendere permanente la condizione cui la costituzione di Weimar collega l’applicazione dell’art. 48 comma 2. Dei due organi portanti del potere statale creati dalla costituzione l’uno diviene nemico, l’altro amico dello stato; uno vuole distruggerlo, cioè distruggere la sua unità, l’altro vuole difenderlo da tale distruzione; l’uno viola, l’altro custodisce la costituzione.<sup>817</sup>

Nelle ultime righe della risposta che Kelsen dà a Schmitt, il Maestro della Scuola di Vienna ribadisce il valore politico della richiesta di espansione del potere presidenziale e del conseguenziale rifiuto del controllo di costituzionalità e dichiara che il motivo che lo ha maggiormente spinto a criticare il *Custode* risiede nell’uso da parte di Schmitt di «metodi che si presentano come conoscenza sociologica e interpretazione costituzionale, in breve come “trattazione scientifica”», al fine di raggiungere uno scopo politico. Kelsen chiede, dunque, a Schmitt di separare conoscenza scientifica e giudizio politico, se non vuole essere associato al tipico metodo della moderna ideologia che si avvale della commistione tra scienza e politica. Il valore intrinseco della scienza, totalmente distinto da quello etico-politico, può resistere solo se la scienza è così forte da non cadere nella tentazione di unirsi alla politica, proprio ciò che Schmitt nel suo scritto, ad avviso di Kelsen, non può e non riesce a fare.<sup>818</sup>

---

<sup>816</sup> *Ivi*, p. 288.

<sup>817</sup> *Ivi*, pp. 288-290.

<sup>818</sup> *Ivi*, pp. 290-291. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 686.

CAPITOLO IV  
RUDOLF SMEND

«Lo Stato esiste solo perché e in quanto  
si integra continuamente, si costruisce  
nei e a partire dai singoli – e in questo processo  
consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale»<sup>819</sup>  
da R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*

Il “Rudolf Smend giurista” è quasi interamente conoscibile tramite il suo libro principale, *Verfassung und Verfassungsrecht* del 1928. Smend è definito “l’uomo di un solo libro”, soprattutto se ci si riferisce alla produzione nel campo prettamente giuridico, nonostante la sua opera sia avvalorata da altri scritti. Ciò in quanto “il suo unico libro” di teoria giuridica gli vale la reputazione di filosofo, giurista, antagonista di Kelsen e soprattutto di protagonista del dibattito giusfilosofico e giuscostituzionalistico occorso negli anni di Weimar e proseguito nel secondo dopoguerra in diversi ambiti, da quello teorico-accademico a quello politico-giuridico.<sup>820</sup>

Ad ogni modo, anche nel caso di Smend si ritiene opportuno riportare le tappe del suo percorso biografico, culturale, professionale e scientifico, al fine di offrire un quadro più completo di uno dei protagonisti del dibattito giusfilosofico di Weimar.

Rudolf Smend (Basilea, 15 gennaio 1882 - Göttingen, 5 luglio 1975) nasce in una famiglia di giuristi e teologi. Il suo lavoro scientifico, anche se relativamente di volume limitato, è fondamentale per lo sviluppo, in Germania, nel secolo scorso, delle teorie dello Stato, intese in senso lato, e del diritto pubblico, concepito come una questione di dottrina. I temi principali del lavoro di Smend riguardano la storia giuridica e costituzionale, lo stato e la teoria costituzionale, e, infine, in particolare dopo il 1945, il diritto della chiesa protestante e il diritto della Chiesa e dello Stato. Smend si concentra sui concetti fondamentali di Stato e di teoria costituzionale, mentre è meno interessato a iniziative dottrinali e sistematiche nel diritto positivo.<sup>821</sup>

Smend da giovane è attivo nella riformata chiesa protestante e si dedica ad intervalli a questioni di diritto ecclesiastico durante tutto l’arco della sua produzione scientifica, in cui è possibile scorgere la sua teologia politica e una sorta di interdisciplinarietà nella trattazione di concetti chiave nella sua opera, quali Stato, Chiesa, costituzione, integrazione. Il calvinismo combina la dottrina della predestinazione e dell’immanenza degli umani al mondo della necessità con una visione della congregazione della chiesa come un organico gruppo di credenti, ciascuno dei

<sup>819</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 76.

<sup>820</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 138.

<sup>821</sup> S. Koriöth, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 207.

quali adempie i propri doveri. Come Smend affermerà tanti anni dopo, un individuo non può essere compreso a prescindere dal “mondo sociale spirituale” in cui questo partecipa come un “membro di una comunità”. La formazione religiosa di Smend determina il timbro della sua teoria giuridica, e in particolare della sua teoria dell’integrazione. I preconcetti con cui Smend approccia al diritto costituzionale possono avere effetti conservativi se essi portano ad affermare la supremazia della comunità e l’obbligo dell’individuo a conformarsi. Ma essi possono anche avere un effetto iconoclastico, non dissimile dalla critica scettica kelseniana della sostanza di Schmitt. Smend rifiuta l’idea che uno stabile “punto di appoggio” sia possibile nel mondo umano e critica la ricerca di Schmitt per un organo trascendente che rappresenta realmente lo Stato. L’ambiguità politica della teoria di Smend riflette le stesse ambiguità dell’approccio organico al diritto costituzionale nell’impero. Mentre i rappresentanti più vecchi di quella tradizione, Otto von Gierke, Albert Hänel e Hugo Preuss, mostrano associazioni con la tradizione liberale, i rappresentanti più giovani, come Smend e Kaufmann, considerano la nozione di Stato come organismo in una direzione conservativa. La teoria organica del diritto nel tardo impero difende il sistema esistente come un’autentica espressione della nazione tedesca formata storicamente. Smend e Kaufmann ripudiano ciò che lo stesso Smend definirà più tardi le “rappresentazioni senza colori” di Laband.<sup>822</sup>

Nella dissertazione di laurea presentata a Göttingen all’età di ventidue anni nel 1904,<sup>823</sup> Smend ritorna sulle prescrizioni di Laband per un’analisi giuridica scientifica e mostra come le condizioni storiche specifiche della Prussia hanno determinato il significato del termine “legge” nella costituzione prussiana del 1850. La politica dei giovani giuristi organici si traduce in una difesa cieca della posizione assunta durante la prima guerra mondiale. In tale lavoro, egli elabora i principi del diritto prussiano-tedesco dello stato monarchico, usando come esempio la Costituzione prussiana del 1850; paragona questa con la Costituzione belga, contenente alcune delle stesse espressioni, ma basantesi sul principio della sovranità popolare. Questo approccio comparativo già porta Smend non a limitare la sua interpretazione costituzionale all’interpretazione dei testi e alla costruzione di concetti, ma a portare nella struttura storica e politica del diritto costituzionale la spiegazione di significati differenti di disposizioni costituzionali identiche.<sup>824</sup>

Nel 1908, ottiene la sua *Habilitationsschrift*,<sup>825</sup> concernente l’analisi della *Reichskammergericht* (la più alta corte del Sacro Romano Impero) dal punto di vista

---

<sup>822</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, London, 1997, pp. 121-122.

<sup>823</sup> Si veda al riguardo R. Smend, *Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, Göttingen, Dietrichsche Universitäts Buchdruckerei (con Friedrich Kaestner), 1904.

<sup>824</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 207 e P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 122.

<sup>825</sup> Si veda al riguardo la successiva pubblicazione, R. Smend, *Das Reichskammergericht. Erster Teil: Geschichte und Verfassung*, Weimar, 1911.

della storia giuridica, a Kiel sotto Albert Hänel, uno dei più forti critici del positivismo di Laband. Solo un anno più tardi, Smend è nominato professore a Greifswald. Questa nomina è seguita dalle cattedre a Tubinga (1911), Bonn (1915) e Berlino (1922). Egli rifiuta di collaborare con il regime nazista, limitando le sue pubblicazioni tra il 1933 e il 1945 alla storia del diritto; nel 1935, è costretto a cedere la sua cattedra a Berlino e ad accettare una a Göttingen, ove lavora fino alla sua morte, occupando dal 1945 al 1946 il ruolo di primo rettore del dopoguerra dell'università. Dal 1945 al 1955, Smend è membro del Consiglio della Chiesa Protestante in Germania (*Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*), il corpo principale della chiesa.<sup>826</sup>

Nella *Dissertation* e nella *Habilitationsschrift*, dunque, Smend pone già le basi del suo metodo, le stesse proprie dell'analisi comparata e della storia del diritto pubblico.<sup>827</sup>

Negli anni successivi, Smend va oltre i limiti della comparazione dogmatica e della concezione storica della teoria generale dello Stato di Stahl e si concentra sulle questioni della storia del diritto pubblico e della vita costituzionale, traendo ispirazione da Andreas Heusler, Karl Zeumer e Albert Hänel. Il suo metodo storico, in questi anni, si basa soprattutto sulla storia del significato dei concetti giuridici e politici (*Bedeutungsgeschichte*). Smend vede la storia soprattutto come storia della scienza, delle dottrine e delle idee, non limitandosi ad una *Geistesgeschichte*. Per Smend, la teoria costituzionale più moderna, basata sull'osservazione della storia e della vita costituzionale moderna, è rappresentata dalla teoria di Lorenz von Stein. Dalla critica di tale dottrina, Smend tenta di elaborare la propria concezione dello Stato e della costituzione. «La costituzione poteva dunque conservare l'unità politica dello Stato anche indipendentemente dai “rapporti reali di potere” (Lassalle). Il concetto storico delle teorie costituzionali della *Restauration* era ormai superato e si trattava invece di creare lo spazio per una politica costituzionale nuova. L'espressione “lo Stato definisce” non presuppone però alcun *pouvoir constituant* e nemmeno un *factum unionis civilis*, ma significa semplicemente una concezione della costituzione come *instrument of government*». Così Smend rivitalizzando lo Stato, ricompone la frattura tra Stato e società, inizia a muovere i primi passi nel mondo dell'integrazione.<sup>828</sup>

Nel periodo del primo conflitto mondiale, Smend passa dalle questioni di politica costituzionale a quelle di interpretazione costituzionale, concentrandosi sul federalismo. Inoltre, agli ultimi anni dell'Impero risalgono i primi tentativi di Smend di superare il positivismo giuridico nelle teorie dello Stato e del diritto pubblico. La sua opera più importante in questa fase è *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen*

<sup>826</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 208.

<sup>827</sup> Per una breve analisi delle prime opere di Smend, da *Die preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen* del 1904 fino a *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* del 1923, da Göttingen a Berlino, in cui sono rintracciabili i primi elementi della dottrina dell'integrazione, si veda J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. Gozzi-G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, cit., pp. 178-187.

<sup>828</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., pp. 178-181.

*Bundesstaat* (Diritto costituzionale non scritto nello Stato federale monarchico) del 1916<sup>829</sup> – un saggio dedicato a Otto Mayer, che segue le tracce della costituzione del 1871 per un “diritto non scritto” di fiducia e amicizia tra i capi degli stati membri e percorre la sua teoria dell’integrazione. Il suo scritto ruota intorno alla “mutabilità” della costituzione e alla relazione tra diritto formale e diritto materiale a livello costituzionale,<sup>830</sup> che traduce in termini di coincidenza, in cui rintraccia una regola e dell’interpretazione teorica e dell’applicazione pratica del diritto costituzionale. La ratio di tale regola (con cui Smend trae le conclusioni di un argomento già elaborato da Hegel in *La costituzione della Germania* del 1802) risiede nella efficacia della costituzione, ovvero nell’effetto popolare del relativo testo (*volkstümliche Wirkung*), da leggere quale un libro per il popolo (*Volksbuch*) e non un atto di diplomazia (*diplomatisches Aktenstück*).<sup>831</sup>

Smend inizia ad analizzare la prassi politica del sistema federale sotto l’Impero e scopre molti elementi che secondo il suo parere contraddicono le norme della Costituzione del 1871. Poi vi applica il suo approccio innovativo: abbandona la dicotomia, tipica del positivismo giuridico, di *sein* e *sollen*, della realtà costituzionale e delle norme costituzionali. Smend chiede che la teoria del diritto pubblico medii tra norme e realtà. Egli crede che i punti di vista degli attori politici vadano inclusi nell’interpretazione delle norme costituzionali. Questo approccio, che Smend non ha ancora teoricamente giustificato durante l’Impero, è in disaccordo con un tipo di pensiero giuridico che riduce la costituzione ad una “logica immanente” del suo testo scritto. Il risultato di questo lavoro dottrinale del 1916 si trova nello sviluppo di diritti e doveri federali “non scritti”. Tali trattative conducono alla “cortesia federale” (*Bundestreue*) che il governo centrale e i singoli stati si devono a vicenda, pur non essendo una norma costituzionale espressa. Smend così stabilisce un espediente legale con effetto a lungo termine. Anche nel contesto del tutto alterato dello Stato federale democratico sotto la Legge fondamentale del 1949, la Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) utilizza ancora il concetto di “rispetto o cortesia federale”, citando il lavoro preweimariano di Smend, nella trattazione del rapporto tra il Governo federale e i *Länder*.<sup>832</sup>

<sup>829</sup> R. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, Tübingen, 1916, ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968, pp. 39-59.

<sup>830</sup> «La relativa indeterminatezza del diritto costituzionale scritto apriva uno spazio alla controversia tra le dottrine costituzionali dell’unitarismo e del federalismo, controversia che poteva essere risolta soltanto con un’analisi della prassi costituzionale in questa materia. Questa prassi, che si fondava su consuetudini e convenzioni politiche tra gli Stati singoli, diventava fonte di diritto e integrava quindi la costituzione scritta» [J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell’integrazione*, cit., p. 182].

<sup>831</sup> *Ivi*, p. 182.

<sup>832</sup> S. Koriioth, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 208. Smend enfatizza le proprie radici dello Stato contro il dinamismo della società e il concetto liberale e razionale del suffragio. Anche prima del 1914, alcuni argomenti riflettono l’interesse sulla stabilità dello Stato come unione nazionale e un’associazione tramite il dominio. E non è sorprendente che molti scrittori politicamente conservatori dopo il 1918 si focalizzano soprattutto sul problema dell’unità dello Stato al cospetto di un’organizzazione dello Stato e della società sempre più differenziata (S. Koriioth, *The*

La Costituzione di Weimar nel 1919 supera gli assunti smendiani circa i criteri della politica costituzionale e la formazione del diritto costituzionale non scritto, circostanza che spinge Smend a cambiare piano di lavoro e metodo, come si evince in *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* del 1919,<sup>833</sup> in cui approva il parlamentarismo e preferisce il suffragio maggioritario a quello proporzionale, che, a suo dire, conferisce troppo potere ai partiti, “proporzionalizza” il parlamento e indebolisce la pubblicità dello scontro politico. In tal modo, il giurista tedesco mostra di ridurre la questione della formazione dell’unità politica al rapporto Stato-individuo, mancando di approfondire il tema dell’integrazione dei partiti politici, oltretutto di dare una svolta al proprio metodo, quando dichiara che solo una teoria della costituzione con basi sociologiche può fondare una nuova teoria giuridica dello Stato nella nuova Germania di Weimar. L’intento di Smend diventa quello di sviluppare un metodo diverso e teorie nuove funzionali alla prassi costituzionale incardinata sulla nuova costituzione. La prima nuova teoria, quella del potere politico, è contenuta in *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* del 1923,<sup>834</sup> in cui introduce l’integrazione quale funzione del governo, inteso come potere politico. La seconda nuova teoria è proposta in *Das Recht der freien Meinungsäußerung* del 1927,<sup>835</sup> in cui affronta i diritti fondamentali concependoli quali valori culturali e beni politici, tra cui quelli di minoranza e i compromessi.<sup>836</sup>

Al centro della sua opera figura la “teoria dell’integrazione” – elaborata inizialmente già nei suoi primi scritti – che rappresenta il tentativo di Smend di opporre al positivismo del diritto pubblico associato a Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek e Hans Kelsen una teoria dello Stato e della costituzione, “idealmente” e “sociologicamente” orientata.

Il suo lavoro principale, *Costituzione e Diritto costituzionale* del 1928, contiene la sua “teoria dell’integrazione” nella sua versione “completa”, portando a sintesi le riflessioni avanzate nelle opere precedenti intorno all’integrazione, sovrapponendo all’aspetto del senso delle azioni politiche del governo (integrazione concepita nel 1923), quello della connessione di esperienze delle masse, indipendente dalla volontà e della consapevole intenzione integratrice dello Stato. Qui, Smend sviluppa i fattori dell’integrazione funzionale, cui affianca quelli del dominio, della personalità del capo e la simbologia politica, ricollegandosi alla concezione della legittimità di Max Weber,

---

*Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, Prologue* of A.J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 48).

<sup>833</sup> R. Smend, *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919), ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1994, pp. 60-67.

<sup>834</sup> R. Smend, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, cit., pp. 68-88, ove il giurista di Basilea offre l’esempio più noto tra i sostenitori del Novecento della costituzione-ordine che si occupano del tema della *Regierung*, della funzione di governo quale centro propulsore delle istituzioni.

<sup>835</sup> R. Smend, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 4, Berlin, 1928, pp. 44-74.

<sup>836</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell’integrazione*, cit., pp. 183-184.

per poi “integrarli” nell’unità del sistema di integrazione, ricorrendo alla connessione fenomenologica di esperienze vissute dal singolo nella massa, alla astuzia della ragione di Hegel e alla dialettica di una legislatività dello spirito rispetto ai valori.<sup>837</sup>

Dunque, nel corso degli anni Venti, Smend inizia a riconciliarsi con il nuovo sistema e ad esaminare il diritto costituzionale nella nuova democrazia costituzionale. Nel suo trattato di rottura del 1928, egli argomenta che lo Stato è una totalità sociale costantemente nel processo di integrazione e reintegrazione dei cittadini nella società. L’approccio immanente di Smend alla costituzione vivente pone i problemi che i costituzionalisti hanno evitato sotto l’influenza del positivismo labandiano, in particolare quello di come uno studioso possa affermare di essere obiettivo e scientifico, per lasciare la politica fuori dall’analisi costituzionale.<sup>838</sup>

La teoria di Smend condivide il punto di vista antipositivista e antiformalista di Heinrich Triepel, Carl Schmitt, Hermann Heller ed Erich Kaufmann – cui è legato per l’appartenenza alla *Kampfgemeinschaft* contro la teoria pura del diritto – autori tra loro diversi sul piano metodologico e oggettuale, ma accomunati non solo dall’antiformalismo e dall’antipositivismo, ma anche dalla concezione concreta della costituzione. Tuttavia, nella sua riformulazione della teoria costituzionale e dello Stato, Smend muove da un’altra prospettiva, distante da quella degli altri innovatori. La dottrina dell’integrazione rientra nella reazione comune dei costituzionalisti weimariani prima al positivismo formalistico nello studio del diritto pubblico, rappresentato dalla linea Gerber-Laband-Jellinek, poi al puro normativismo metodologico di Kelsen, accusato per l’intento di sradicare il diritto dal suo terreno storico-materiale. Smend pensa ad una scienza costituzionale impegnata, non strumentale ad un partito. Il giurista di Basilea coniuga l’idea dell’inerenza dello Stato alle scienze dello spirito, che prevedono “coinvolgimento di vita”, alla percezione del pericolo corso dalla Repubblica di Weimar di essere disintegrata. In tal senso, l’opera principale di Smend contiene un progetto etico-politico di consolidamento della Costituzione weimariana, contrapposto a quello decisionistico di Schmitt. In seguito alla seconda guerra mondiale, la sua dottrina dell’integrazione sarà recepita nel contesto meno conflittuale della Repubblica di Bonn, influenzando maggiormente l’analisi costituzionale dell’epoca.

La dottrina dell’integrazione riceve maggiore attenzione negli ultimi anni della Repubblica di Weimar ed è oggetto di vivace dibattito. Anche se i suoi detrattori appaiono veementi (come dimostra il netto rifiuto di Kelsen), la teoria dell’integrazione di Smend riceve anche una diffusa approvazione.

Dopo il 1933, tentativi sparsi sono esperiti per utilizzare una versione modificata del concetto smendiano di integrazione per spiegare lo stato nazista, presentandolo come un esempio di un sistema funzionante di integrazione. Smend non ha preso parte a tali sforzi. Tali tentativi terminano bruscamente; giuristi autorevoli dopo il 1933 sono

---

<sup>837</sup> *Ivi*, p. 185.

<sup>838</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 123.

uniti nel loro rifiuto della teoria dell'integrazione. I critici, dopo il 1945, accusano la teoria dell'integrazione di una inclinazione implicita verso lo Stato nazista, con il suo *Führer* e la comunità nazionale. È vero che di tanto in tanto Smend menziona il fascismo italiano nella sua *Verfassung und Verfassungsrecht*, e forse considera anche possibile che forme più efficaci di integrazione potrebbero emergere in tale contesto che in una democrazia parlamentare. Ma tale è il punto fin dove arriva. Niente di ciò che Smend pubblica dopo il 1933 potrebbe essere interpretato come accettazione del nuovo sistema. Ma il fatto che molti interpreti hanno tentato, anche se timidamente, di strumentalizzare la teoria dell'integrazione in questo modo chiarisce una questione fondamentale: negli scritti di Smend, l'integrazione dei cittadini nello Stato è sottolineato come il destino dello Stato; il modo in cui l'unità statale deve essere prodotta diventa meno importante. Ne deriva che l'integrazione non è né lotta né divisione in amici e nemici, ma invece una esperienza di comunità spirituale.<sup>839</sup>

Questa moderata ed estetizzante teoria è una risposta del tutto comprensibile a Weimar. Tuttavia, il modello di Smend di normalità armoniosa sovrastima le possibilità di inclusione deliberata, intenzionale di individui nello Stato. La sua fissazione per lo Stato come una struttura unificata manca anche di una chiara prospettiva sui conflitti specifici dello stato pluralista democratico; la teoria dell'integrazione non riesce a riflettere i problemi economici, né tiene conto di partiti e associazioni-gruppi posizionati tra lo Stato e l'individuo. La teoria dell'integrazione è incentrata sullo Stato e resta legata al rapporto tra l'individuo e lo Stato. Così Smend mai affronta le circostanze reali e i problemi di Weimar. Anche se diagnostica le sue crisi, restaura l'armonia perduta e la normalità in un concetto teorico di unità statale che non è riuscito ad andare abbastanza lontano nel descrivere le condizioni e le difficoltà di creazione di questa unità.<sup>840</sup>

Dopo il 1945, Smend ammette l'unilateralità e le limitazioni della sua teoria dell'integrazione, ma mai la elaborerà ulteriormente. Elementi della teoria dell'integrazione di Smend comunque continuano ad essere citati come un'autorità, e tra gli studiosi di diritto costituzionale tedesco v'è una corrente che segue Smend ed è un elemento decisivo nel dibattito contemporaneo. Ma anche loro non sono riusciti ad elaborare la teoria dell'integrazione ulteriormente. Ciò che la discussione contemporanea deve a Smend è, in particolare, la questione, posta da lui per primo, del significato e della funzione della costituzione. La comprensione post-positivista di Smend dello Stato e della sua costituzione è uno dei motivi dell'interesse mostrato oggi

---

<sup>839</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 211. Il fascino esercitato dal fascismo su Smend è evidente nella sua opera. Appare curiosa la coincidenza tra la storia costituzionale italiana e l'elaborazione della dottrina dell'integrazione di Smend. Tutto ciò si potrebbe spiegare forse per la coincidenza di linguaggio (l'integrazione appare in diversi documenti fascisti), ma non di ideologia. Le teorie di Smend non risultano essere servite a cause totalitaristiche con riferimento ad entrambi i regimi, quanto semmai solo strumentalizzate da qualcuno (J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., pp. 203-205).

<sup>840</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 212.

da costituzionalisti tedeschi del ruolo svolto dalla costituzione nella realtà del processo politico.<sup>841</sup>

Negli anni '50, Smend tornerà con due brevissimi contributi sulla dottrina dell'integrazione, chiarendone il contenuto, la collocazione storica e sistematica, riconoscendone limiti e carenze e descrivendo le relative prese di posizione nella letteratura in *Integrationslehre* (Dottrina dell'integrazione) del 1956<sup>842</sup> e specificandone la portata e i concetti in *Integration* (Integrazione) del 1959,<sup>843</sup> in cui peraltro evidenzia ancora una volta l'importanza di un'etica protestante del singolo nello Stato, quale mezzo principale di integrazione della vita politica.

Nello scritto *Integrationslehre*, Smend dirà a posteriori che la base oggettiva della teoria dell'integrazione è stata «la visione politica del caos dello Stato costituzionale in crisi degli anni venti, da cui traeva origine l'intento di sviluppare di fronte a ciò un sano senso della vita costituzionale, cioè il suo compito».<sup>844</sup> Ma la teoria dell'integrazione riflette anche le esperienze traumatiche della prima guerra mondiale, ampiamente percepite come il crollo degli ideali illuministici di progresso. Smend volutamente contrasta l'Illuminismo, la sua fiducia nella razionalità, con l'irrazionalità almeno parziale dell'esperienza di integrazione. Egli lega l'essenza e la funzione della costituzione alla dinamica dello Stato come una personificazione spirituale della vita e dell'esperienza umana. Per lui, la Costituzione è l'ordinamento giuridico del processo di integrazione; il suo scopo è quello di stimolare e canalizzare questo processo, mantenere aperte le opportunità per un ulteriore sviluppo, e, infine, normativizzare i valori su cui i cittadini sono d'accordo, tra i quali Smend include, in particolare, le garanzie dei diritti fondamentali.

In sintesi, Smend resta “autore di un solo libro”, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), e “autore di una sola idea”, lo Stato quale integrazione, da cui deriva quella di costituzione quale regola giuridica dell'integrazione. La sua attività rientra prevalentemente nell'ambito accademico, senza implicazioni in quello politico. Le sue idee si sono diffuse soprattutto tra gli studiosi. In particolare, la sua dottrina dell'integrazione è stata un punto di riferimento nella teoria del diritto pubblico nella

---

<sup>841</sup> *Ibidem*.

<sup>842</sup> R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 268-279, traduzione italiana della versione originale Id., *Integrationslehre*, in Id., *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* (1956), pp. 299-302, ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968, pp. 475-481.

<sup>843</sup> R. Smend, *Integrazione* (1959), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 283-288, traduzione italiana della versione originale R. Smend, *Integration*, in Id., *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart-Berlin, 1959, pp. 803-805.

<sup>844</sup> R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 278. Nel medesimo scritto Smend afferma che il suo concetto di integrazione, in realtà, ha un senso dialettico, transitivo quale attività dei fattori reggenti lo Stato (nel 1923, anno della prima crisi di Weimar), intransitivo quale connessione di esperienze vissute (negli anni di ingovernabilità 1927-1928), salvo poi recuperare il primo in seguito al suo ritiro dal partito popolare tedesco.

Repubblica federale tedesca. Inoltre, le sue idee hanno trovato applicazione pratica nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in cui si rintracciano vari aspetti della sua dottrina, circa l'interpretazione della costituzione e la concezione dei rapporti costitutivi dello Stato federale.

La ricerca sull'opera di tale autore appare fondamentale, in quanto vi si scorgono le origini delle teorie interpretative della costituzione presenti anche nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche e italiane. Vi si trovano le medesime espressioni linguistiche, le stesse definizioni a prima vista comuni ma invero incisive e originali e il medesimo ping-pong concettuale. Tra la dottrina dell'integrazione e le teorie costituzionalistiche esiste una comunanza sia di contenuti, probabilmente per la stessa ispirazione pluralistico-democratica, sia di metodo, se si pensa alla "indeterminatezza concettuale" e all'assenza di "chiusura sistematica". Circa la sua attualità, invece, occorre trattare la delicata questione della separazione tra fattori sostanziali, ossia i "diritti" o la "*prudencia*", e fattori procedurali, ossia gli "argomenti" del discorso giuridico da cui si denota che la giustizia costituzionale (tema cruciale nell'opera kelseniana ed assente in quella smendiana perché elemento tecnico e quindi non rientrante nella sua idea di integrazione) si è rivelata interessata a tecniche interpretative che avrebbero trovato l'assenso di Smend più che di Kelsen, in quanto favoriscono più il valore argomentativo delle disposizioni costituzionali che quello regolativo. Anche per questo appare stimolante rispolverare e reinterpretare i testi del dibattito giusfilosofico e giuspolitico weimariano, tra cui quelli costituenti la polemica tra Smend e Kelsen, ancora una volta, «in tempi come i nostri in cui la crescita di istituzioni e organizzazioni internazionali si accompagna, sul piano interno, al risorgere di conflitti istituzionali e spinte particolaristiche sullo sfondo di un dibattito non sempre convinto e convincente sulle possibili riforme».<sup>845</sup>

Di certo, anche fuori dai confini tedeschi, la teoria dello Stato e della costituzione di Smend consente, tutt'oggi, di riflettere su una molteplicità di temi rilevanti, tra cui la funzione di governo, l'integrazione politica, la dinamica della costituzione e il senso dei diritti fondamentali. Ritornare ad approfondire le sue posizioni appare opportuno per la comprensione delle tesi e dei dibattiti della giuspubblicistica weimariana e necessario per l'analisi delle questioni di teoria e prassi costituzionale negli odierni sistemi democratici costituzionali.<sup>846</sup>

---

<sup>845</sup> M.A. Cabiddu, *Presentazione* a H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, a cura di M.A. Cabiddu, Milano, 2001, pp. XI-XII.

<sup>846</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., p. 177.

### 1. I fondamenti metodologici dell'opera smendiana

I presupposti filosofici della concezione smendiana dello Stato quale realtà spirituale derivano dalla fenomenologia dialettica del filosofo Theodor Litt<sup>847</sup> – e in particolare dal suo libro *Individuum und Gemeinschaft*<sup>848</sup> – ispiratore anche del sistema filosofico di Smend e punto di riferimento del filone rappresentativo della situazione spirituale della Germania, tramite la sociologia di Simmel, la fenomenologia di Husserl, la filosofia della vita di Dilthey e parte della teoria di Hegel. Litt, infatti, risulta essere l'autore maggiormente citato nel libro smendiano. Lo stesso Smend offre il risultato di tali premesse alla trattazione della sua teoria su Stato e costituzione all'inizio della sua opera maggiore. Pertanto, egli stesso – oltre ai critici, che giudicano tale parte la più debole del libro proprio per tale ragione – riconosce la mancanza di originalità rispetto a tali presupposti, affermando di essersi servito dei lavori di Litt per mostrare come la sua teoria di scienza spirituale possa alimentare una dottrina statale, utilizzando i fondamenti metodologici littiani. Appare chiaro che Smend non intenda creare una nuova teoria filosofica, quanto valorizzare gli effetti di teoria dello Stato e della costituzione delle concezioni della fenomenologia dialettica.<sup>849</sup>

La storia della teoria tedesca dello Stato si caratterizza, ad avviso di Smend, per la relazione inversa tra i suoi risultati materiali e la riflessione epistemologica e metodologica dei suoi protagonisti. Se il metodo acritico di Gierke favorisce la scoperta di importanti questioni, quello della linea Jellinek-Kelsen porta ad «uno svuotamento progressivo di risultati oggettivi fino al punto zero (...) raggiunto del tutto consapevolmente dalla *Dottrina generale dello Stato* di Kelsen del 1925». Smend riconosce che la critica di Kelsen rappresenta comunque una svolta che spinge a lavorare solo dopo aver acquisito una base metodologica definita.<sup>850</sup>

Ma a parte ciò, continua a puntare il dito contro la linea Jellinek-Kelsen, «vicolo cieco senza scopo e fine»:

con la sua spregiudicatezza metodologica, infatti, è riuscita a distruggere nel contempo anche tutto ciò che, in quel modo tradizionale di pensare e lavorare, era ancora comunque fruttuoso. È riuscita a cancellare la dottrina generale dello Stato con tutti quei pregi e difetti che le erano propri, senza peraltro concedere anche solo la possibilità di un suo rimpiazzamento. E finora non ha fatto registrare progressi nel campo che le è proprio. Ossia quello della teoria generale del diritto dello Stato e del diritto positivo dello stato. Questi risultati non potranno mai maturare se essa non rinuncia a se stessa. Le prestazioni che erano ancora possibili al formalismo ingenuo, poiché questo di fatto – come nessuno meglio di Kelsen ha dimostrato – non era un formalismo puro, un monismo metodologico: queste prestazioni sono vietate al formalismo puro proprio perché è puro. Il formalismo giuridico ha bisogno

<sup>847</sup> Per una breve analisi della teoria littiana e delle relative argomentazioni seguite da Smend, si veda M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 140-141.

<sup>848</sup> T. Litt, *Individuum und Gemeinschaft. Grundlegung der Kulturphilosophie*, Leipzig, 1924.

<sup>849</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 11.

<sup>850</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 62.

di una rielaborazione metodologica dei contenuti materiali – per non dire sociologici e teleologici – che sono presupposto ed oggetto delle sue norme. In particolare, dunque, la dottrina del diritto dello Stato richiede una teoria materiale dello Stato. Ma anche a prescindere da ciò, quest'ultima ha un proprio *status* quale scienza dello spirito relativa all'autonomo campo spirituale e culturale della vita dello Stato.

In ciò Smend trova una certa convergenza con gli altri combattenti avversari del formalismo giuridico, ovvero, «in quanto non si sia di Vienna», mentre riprende le distanze dai suoi colleghi pur antiformalisti per i fondamenti metodologici di una dottrina statale.<sup>851</sup>

Due sono gli elementi della teoria sociale di Litt trasposti nella teoria dello Stato di Smend, divenendo condizioni storiche di ciò che Bobbio definisce «quella artificiosa e oscura costruzione ancora programmatica (e forse oscura e artificiosa apparentemente a causa della sua programmaticità), che è la dottrina dello Stato come integrazione». Il primo è il motivo concernente il metodo che consiste nella creazione di una fenomenologia dialettica quale condizione fondamentale di qualsiasi scienza spirituale. Il secondo è il motivo concernente il contenuto che consiste nella posizione di superare l'universalismo e l'individualismo tramite la teoria del circolo chiuso.<sup>852</sup> Smend vede nella teoria sociale littiana il punto di partenza per delineare una nuova dottrina dello Stato in alternativa e in contrasto a quella all'epoca dominante di Kelsen. È lo stesso Smend ad affermare di essersi limitato a indicare come una teoria generale delle scienze spirituali abbia le potenzialità per fondare una teoria statale, sulla base dell'opera littiana. Come nel pensiero di Litt, l'idea metafisica primaria di Smend è la separazione tra “ordine ideale” (*Sinnordnung*) e “vita reale” (*Lebenswirklichkeit*), che riconosce e tenta di attuare. Se per Kelsen lo Stato è un sistema normativo slegato dal tessuto sociale e rientrante nel mondo ideale, per Smend esso è una realtà spirituale.<sup>853</sup>

Smend non si limita a registrare ciò che avviene, come nella metodologia sociologica, ma intende trovare soluzioni ai problemi della Repubblica di Weimar, rifondando una teoria dello Stato e della costituzione idonea a salvaguardare la propria autonomia. Pertanto, un approccio teorico che metta ordine nella dinamica di elementi imprescindibili come individuo, società, formazioni sociali, Stato, necessita di una

---

<sup>851</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>852</sup> La teoria del circolo chiuso permette il superamento del contrasto tra universalismo e individualismo. All'interno di tale “circolo”, «“non sorge nessuna persona superindividuale, perché il tutto è e rimane la compagine unitaria dei singoli partecipanti alla vita collettiva; non si tratta neppure di rapporti o di scambi tra i singoli, come portatori sostanziali, perché l'essenza della vita spirituale è appunto l'autoformazione delle monadi spirituali (che non sono da pensarsi come rigide sostanze) attraverso la partecipazione a questa vita. Questa compagine unitaria è sempre in movimento, perché è reale in quanto è sempre di nuovo attualizzata o anzi nuovamente prodotta”. Su questo terreno lo Smend combatte il Kelsen. Per il Kelsen lo Stato non è una realtà sociale, ma appartiene alla sfera formale e normativa del “Sollen”. Per lo Smend lo Stato, in quanto circolo chiuso, è innanzi tutto una realtà sociale e spirituale» (N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934, pp. 58-59 in nota).

<sup>853</sup> *Ivi*, pp. 58-59.

connessione al reale. Anche per tali ragioni, Smend aderisce al metodo *geisteswissenschaftlich*<sup>854</sup> e rifiuta la separazione tra *Sein* e *Sollen*. Gli elementi succitati, “vivono”, “palpitano”, si integrano continuamente e spontaneamente in Smend, verso un’armonica unità politica.<sup>855</sup> Tale opzione metodologica gli sembra l’unica idonea a «rendere la multiformità di vita dello Stato» ed a tenere in considerazione la dinamizzazione degli elementi fondamentali del processo di integrazione (individuo, società, Stato). Il merito che egli attribuisce a tale metodo consiste nella possibilità di realizzare una dottrina dello Stato, andando oltre il formalismo giuridico tradizionale, evitando di essere una scienza protesa alla affermazione di un determinato sistema assiologico. A Smend è estranea la questione del fondamento; egli evita strumentalizzazioni ai danni dello Stato e pone la legge strutturale dello Stato come un *prius*, condizionato dal valore dell’unità politica, finendo con il porre in secondo piano concetti come sovranità e diritto, che hanno un peso considerevole nella tradizione del tardo Ottocento e risultano decisivi in autori come Schmitt ed Heller.<sup>856</sup>

## 2. “L’unico libro di Smend”

*Verfassung und Verfassungsrecht* del 1928 è comunemente definito come “l’unico libro di Smend”, contenente “la sua unica idea”. Tali espressioni, decisamente simboliche – attese la sua consistente produzione scientifica in campo giuridico e la pluralità delle sue teorie – derivano dall’importanza trasversale di questo lavoro, che di certo è il suo prodotto scientifico più conosciuto, discusso e longevo dal periodo weimariano ad oggi, la sua opera maggiore, il suo capolavoro.

Smend nella la sua opera più nota applica un criterio esplicitamente politico al diritto costituzionale, domandando cosa serve per integrare la società nel sistema politico. La monografia in questione rigetta un’analisi positivista, concependo la costituzione come la continua auto-integrazione della comunità statale. La sua prosa densa porta alla nozione di una totalità immanente.<sup>857</sup>

L’autore dichiara che il fulcro del suo “trattato” risiede nella «connessione intrinseca e necessaria» tra vari settori scientifici e metodologie di lavoro. Egli ritiene che una dottrina del diritto pubblico debba essere basata su una dottrina generale dello

<sup>854</sup> Smend non approfondisce i presupposti filosofici della propria teoria, che si limita ad accennare, a differenza di Kelsen che denuncia persino un tradimento di Smend a scapito del Litt, suo principale referente filosofico (H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., pp. 15 ss.).

<sup>855</sup> Smend giustifica l’uso di tali termini, sconosciuti al vocabolario puramente giuridico, in quanto si riferisce ripetutamente alla “vita”; Kelsen, d’altra parte, giudica tale fatto come un “vero e proprio feticismo” (H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. 41).

<sup>856</sup> G. Bisogni, *Weimar e l’unità giuridica e politica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, 2005, pp. 58-62.

<sup>857</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 6-7 e 82.

Stato e della costituzione<sup>858</sup> e che quest'ultima debba avere un metodo basato sull'epistemologia e sullo spirito. Insomma, l'autore premette al suo libro che questo non contiene solo una teoria del diritto dello Stato o solo una teoria dello Stato e della costituzione, ma elementi e metodi dell'una e dell'altra interdipendenti tra loro.<sup>859</sup>

Smend ricerca l'elemento specificamente giuspubblicistico, per lui mancante a Weimar, da una prospettiva che tenga insieme sia lo Stato sia la costituzione, evitando di propendere per uno o per l'altra, ma rinviando al concetto di statualità o più propriamente di integrazione. Perciò, l'intento della sua dottrina è di stroncare la «massima fondamentale della più grande ed affermata scuola di teoria dello Stato e di diritto dello Stato di lingua tedesca, secondo cui lo Stato non può essere considerato un elemento della realtà».<sup>860</sup> Tesi generale del lavoro, da lui stesso dichiarata, è la «connessione inscindibile fra teoria dello Stato e della costituzione e dottrina del diritto dello Stato».<sup>861</sup>

In ogni caso, descrive l'insieme degli elementi costitutivi del suo libro quale «un programma di lavoro». Dunque, il libro e la teoria sono divisi in tre parti, che Smend considera interdipendenti. Nella prima parte «fondamenti di teoria dello Stato», Smend delinea una teoria filosofica dello Stato alla ricerca di un fondamento epistemologico sulla base della filosofia luttiana, poi trovato nella scienza dello spirito. «Il principio di senso (*Sinnprinzip*) dell'integrazione, dell'associazione unificatrice (*einigender Zusammenschluß*), non è quello dello Stato in generale, ma quello della sua costituzione». Sulla base di questa, nella seconda parte «conseguenze di teoria costituzionale», spiega il significato e la funzione della costituzione e appronta una teoria generale della costituzione basandosi sulla teoria dello Stato quale scienza spirituale e non su una teoria giuridica. Mentre, nella terza parte «conseguenze di diritto positivo» tenta di dedurre conseguenze concrete per l'interpretazione della Costituzione

---

<sup>858</sup> Per un approfondimento circa la fondazione della teoria dello Stato e della costituzione concepita quale scienza dello spirito e del tentativo di fondare *ex novo* la categoria Stato, ad opera di Smend, si veda Gozzi, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, in G. Gozzi-G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale*, cit., pp. 131-176: «esso mira a superare ogni concezione dualistica che rappresenti lo Stato sia come realtà sociale che come soggetto di diritto (*Rechtssubjekt*) (ad es. nell'opera di G. Jellinek); ma respinge anche le soluzioni che, come quella di Kelsen, superano quel dualismo dissolvendo la realtà dello Stato in quella dell'ordinamento giuridico» (*ivi*, p. 131).

<sup>859</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 53. La premessa del suo libro è chiara: «Contenuto e scopo del presente trattato potevano essere definiti dal suo titolo soltanto in modo imperfetto. Il suo punto fondamentale non sta nei particolari: nei frammenti di una dottrina dello Stato, nel tentativo di una teoria della costituzione, negli accenni a singole conclusioni per il diritto positivo dello Stato in Germania, tratte da queste indagini. La sua tesi peculiare è piuttosto quella della connessione intrinseca e necessaria tra questi diversi ambiti e modalità di lavoro: non vi può essere una dottrina del diritto dello Stato, soddisfacente e veramente feconda senza una fondazione consapevole e metodologicamente chiara in una dottrina generale dello Stato e della costituzione; a sua volta, non vi può essere una dottrina dello Stato e della costituzione soddisfacente e feconda senza un proprio metodo, non giuridico bensì di scienza dello spirito (*geisteswissenschaftlich*), un metodo fondato rigorosamente e accuratamente sotto l'aspetto epistemologico tanto quanto quello di una qualsivoglia scienza dello spirito» (*ibidem*).

<sup>860</sup> *Ivi*, p. 60.

<sup>861</sup> *Ivi*, p. 54.

di Weimar dal punto di vista integrazionista di Stato e costituzione e fornisce qualche esempio di applicazione dei risultati delle due precedenti parti al diritto positivo della Germania del suo tempo, al fine di rivelare le potenzialità della sua dottrina. Da qui, dunque, «la connessione inscindibile fra teoria dello Stato e della costituzione e dottrina del diritto dello Stato».<sup>862</sup> Nella parte finale del suo libro, Smend critica nuovamente il metodo labandiano, di cui riconosce la raffinatezza della tecnica concettuale, reo di avere contribuito a spoliticizzare la generazione imperiale. Qui, egli ribadisce lo scopo del suo lavoro, premettendo la questione della delimitazione del contenuto della costituzione e dei principi metodologici della sua interpretazione (interpretazione della costituzione come intero), da cui derivano i problemi della stratificazione tra diritto dello Stato e diritto amministrativo e della distinzione tra costituzione materiale costituzione formale. «Il tentativo qui intrapreso non intende soltanto contribuire alla fondazione di una teoria, basata sulle scienze dello spirito, dello Stato e della costituzione come realtà spirituali, ma anche alla dottrina del diritto dello Stato. Infatti le concezioni qui esposte traggono origine dalla pratica quotidiana del diritto positivo e dunque devono trovare a loro volta conferma nel diritto positivo».<sup>863</sup>

Questa tripartizione rende difficile ridurre l'interesse centrale della teoria dell'integrazione ad una formula concisa. Smend stesso considera il focus della sua elaborazione teorica quale una dottrina giuridica per una corretta e completa interpretazione della Costituzione basata su alcune premesse nella teoria dello Stato. Il libro è difficile da leggere, per una serie di motivi. Uno di questi è la sua formulazione molto ristretta: Smend tratta il suo ampio tema in circa duecento pagine, con molti contenuti solo accennati o sommariamente sviluppati.<sup>864</sup>

Smend redige tale testo in pochi mesi. Il suo stile combinato alla nuova serie di problemi per il diritto costituzionale che egli considera in quel periodo risulta in un testo contorto e virtualmente faticoso da leggere. Lo stile di Smend determina confusione o anche false interpretazioni. Kelsen lo critica per le sue inconsistenze interne e per le oscillazioni dei suoi concetti principali. Ma il sarcasmo di Kelsen non potrebbe oscurare l'importanza di Smend per la teoria costituzionale weimariana. Non solo Kelsen ma anche altri giuristi importanti come Fritz Stier-Somlo e Otto Koellreutter dedicano lunghe recensioni al libro di Smend. Tra queste, si legge che l'opera smendiana appartiene a quella serie di libri che vanno conosciuti assolutamente. Al di là della sua natura imprecisa e contraddittoria, l'opera principale di Smend fornisce un importante e originale punto di partenza per la scienza costituzionale: il concetto di integrazione, termine che risuona nella cultura politica disintegrata della Repubblica di Weimar.<sup>865</sup>

In particolare, Kelsen, che ha reagito al lavoro di Smend con una polemica tagliente, trova in questo tipo di presentazione una completa mancanza di coesione

<sup>862</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 53-55.

<sup>863</sup> *Ivi*, p. 211.

<sup>864</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., p. 209.

<sup>865</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 123-124.

sistematica, un'incertezza di punti di vista che evita chiare ed esplicite decisioni, preferendo indulgere in intimazioni, e gravando ogni posizione parzialmente comprensibile con qualifiche prudenti.<sup>866</sup>

Un ulteriore motivo per la difficoltà del libro sta nella sua base metodologica, che va oltre lo stretto ambito della dottrina giuridica per coinvolgere edifici filosofici di pensiero. Il Maestro di Vienna, principale antagonista accademico di Smend, ha sempre basato la sua *Allgemeine Staatslehre* (Teoria generale dello Stato) del 1925 su premesse epistemologiche neo-kantiane, e su questa base sottoposto tutti i concetti di base tradizionali dello Stato e del diritto ad un esame radicale e ad una revisione. Questi fissa lo standard di rigore metodologico per i dibattiti circa i fondamenti teorici nel 1920; nessun nuovo concetto potrebbe sopravvivere se non è alla sua altezza. Così, Smend raccoglie la sfida. Nel tentativo di liberare la teoria dello Stato e della costituzione dal suo contesto positivista, il giurista tedesco prende come suo fondamento, in opposizione metodologica a Kelsen, il metodo fenomenologico di Litt e la sua filosofia hegeliana. Il credo epistemologico di Kelsen è caratterizzato da numerosi dualismi, come ad esempio la distanza tra il soggetto conoscente e l'oggetto conosciuto, tra natura e spirito, tra causalmente determinato, scienze naturali esplicative e umanità idealiste e normativamente determinate, che comprende la scienza giuridica. Smend risponde con un tentativo di superare queste divisioni. Si imbatte nella radicalizzazione kelseniana del positivismo giuridico con un'analisi fenomenologica, in cui la realtà sociale è vista come un universo di senso le cui leggi potrebbero essere descritte attraverso la comprensione empatica. La teoria di Smend tenta così di comprendere lo Stato e la costituzione come collegamento in continua evoluzione tra fattori spirituali e sociali, individuali e collettivi.<sup>867</sup>

Su questa base metodologica, Smend si distingue nettamente da un riduzionismo positivista, dove lo Stato è solo una persona giuridica, dotato di diritti e doveri e, in quanto tale, portatore della volontà dello Stato. Egli respinge altrettanto bruscamente l'identificazione kelseniana dello Stato con l'ordinamento giuridico, che rende la teoria dello Stato di per sé una scienza di norme. Al contrario, Smend vede lo Stato come parte di una realtà spirituale integrata, vale a dire, una realtà spirituale emergente dall'interazione dei singoli processi vitali. Integrazione significa la continua e unificante riunione dei cittadini in uno Stato, non nel senso di un contratto sociale ipotetico o storico, ma in quello della esperienza spirituale di appartenenza e di unione spirituale dei cittadini. Smend sviluppa un concetto dinamico dello Stato che è allo stesso tempo orientato verso l'armonia. La statualità è un processo continuo in cui i cittadini sono integrati nello Stato, in parte, attraverso le proprie azioni, in parte passivamente attraverso la loro esperienza di azione dello Stato. Per Weimar, scossa dalla crisi e

---

<sup>866</sup> H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. 2.

<sup>867</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 209-210.

lacerata da una controversia ideologica, questo concetto di stato fornisce, almeno a livello teorico, un'immagine positiva contrastante di unità.<sup>868</sup>

L'opera smendiana del 1928 rappresenta anche un contributo valido al dibattito sul metodo, oltre ad un esperimento di sistematizzare la dottrina dell'integrazione, proponendo una riformulata *Geisteswissenschaftliche Methode*. Smend risponde alla crisi della teoria dello Stato ascrivibile al neopositivismo di Kelsen, quale membro della comunità dei combattenti contro il positivismo, sviluppando una nuova fondazione metodologica per il diritto statale e l'etica politica, tentando di unire diritto e morale. Traendo ispirazione dai concetti littiani di "circolo chiuso" e "intreccio sociale", Smend tenta di provare, contraddicendo Kelsen, la realtà sociologica dello Stato, quale alternativa a individualismo e organicismo. Kelsen, d'altronde, critica il ricorso di Smend alle categorie di Litt in *Der Staat als Integration* del 1930, tanto quanto Mayer ed Heller. Nel 1956, in *Integrationslehre*, lo stesso Smend ammette di aver trascurato "storia ed azione" nel suo libro del 1928, riconoscendo l'errore di impostazione consistente nell'aver tratto ispirazione da Litt senza badare alla diversità di oggetto fra la realizzazione della vita costituzionale e l'espressione littiana incentrata sul circolo chiuso di una comunità prettamente linguistica.<sup>869</sup>

L'opera principale di Smend appare finalizzata a contrastare Kelsen, il quale poi la bollerà quale un attacco alla Costituzione di Weimar. Smend scrive molto rapidamente il suo libro anche per accorciare i tempi di attesa del suo collega Schmitt, il quale nelle conclusioni della sua Dottrina della costituzione del 1927 si dice ansioso di approfondire le tesi costituzionalistiche di Smend nel suo nuovo lavoro. Il rapporto tra le teorie costituzionali di Schmitt e Smend, che affrontano temi fondamentali quali Stato, costituzione, diritto e politica, rappresenta un passaggio cruciale, ma contorto, della giuspubblicistica weimariana. Tra gli argomenti principali, oggetto della relazione tra i due giuristi, figura il parlamentarismo che ha tenuto banco lungo l'intero arco del periodo weimariano. Smend cambia diverse versioni sulla propria idea di parlamentarismo,<sup>870</sup> talvolta accostandosi a Schmitt sul punto e altre volte addirittura

---

<sup>868</sup> *Ivi*, p. 210.

<sup>869</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., pp. 187-190.

<sup>870</sup> Smend nel 1919 a Bonn rifiuta il sistema elettorale proporzionale, ma reputa il parlamento quale fine in sé previsto dalla costituzione positiva; nel 1923, egli descrive il parlamentarismo come una "forma di Stato a se stante" con vari meccanismi di integrazione quali le battaglie dell'opinione pubblica, le competizioni elettorali, i dibattiti parlamentari *et similia*, contrapposta a monarchia e democrazia, in cui l'integrazione si realizza per mezzo della rappresentazione di una "pienezza statica di valori" nella prima e di un "ethos nazionale" nella seconda. Schmitt, invece, nello stesso anno, riprendendo tali formule, annuncia il superamento del parlamentarismo. Dichiarazione, questa, criticata da Smend nel 1927, nel periodo della discussione weimariana sulla crisi del parlamentarismo tedesco, perché fondata esclusivamente sulla storia delle idee, mentre si tratterebbe di un problema funzionale e istituzionale, ovvero capire le potenzialità del parlamento di comporre le lotte politiche con la votazione e la contrattazione. Tuttavia, sul finire del 1927, Smend ritiene che il parlamentarismo resta utile in Francia, ma non in un paese più democratizzato come la Germania, in cui tale tipo di integrazione, creato *ad hoc* per la borghesia, risulta fallimentare. Infine, Smend modifica la propria teoria del 1923, argomentando

criticandolo, salvo poi giungere alla medesima posizione assunta dal suo collega in *Verfassungslehre*, in cui afferma di poter seguire l'opinione di Smend per cui il parlamentarismo è una particolare forma di Stato con una funzione complementare in un sistema costituzionale misto, a patto che il sistema parlamentare svolga la funzione di equilibrare l'intero sistema istituzionale e relativizzare gli elementi delle forme di Stato. Inoltre, nel 1929 in *Il custode della costituzione*, il giurista renano torna ad appoggiare il collega di Basilea, sostenendo che il meccanismo legislativo parlamentare-democratico è caratterizzato dall'integrazione, che fornisce allo Stato legislativo dell'epoca una specifica teorizzazione. Se sul tema del parlamentarismo i due giuristi appaiono più o meno vicini, in generale risultano piuttosto distanti, come testimoniato da Smend a posteriori, molti anni dopo il dibattito weimariano.

Vi saranno non pochi lettori ingenui, che non hanno alcun'idea dell'opposizione addirittura contraddittoria tra noi due: io con il mio personalismo, il cui punto di partenza è strettamente legato all'uomo con i suoi rapporti essenziali ... e Carl Schmitt con il suo decisionismo, che vede lo Stato come dominio, la sua costituzione come un sistema di ponti di comando e la sua essenza specifica nel potere dittatoriale, cioè in un potere senza limiti. Il cardine del mio pensiero era l'uomo, tutelato da diritti fondamentali, collocati concentricamente intorno al nucleo della costituzione, mentre in Carl Schmitt l'uomo rivestiva il ruolo di un oggetto al di là persino di Hobbes.<sup>871</sup>

Tuttavia, tale resoconto del confronto tra Smend e Schmitt non è totalmente coincidente alla realtà fino al 1928. Infatti, Smend si limita ad ammonire Schmitt per il suo metodo "aristotelico-scolastico" e "antichizzante" nella sua opera principale, mentre Schmitt in *Teologia politica* insiste sul legame del decisionismo con il personalismo, rinunciando ad approfondire l'ultimo dei due concetti. Il rapporto tra i due si sfascia solo nel 1933, anno in cui Smend rigetta la teoria istituzionale dei diritti fondamentali di Schmitt, giudicandola poco personale, e contraddice l'opinione del suo collega per cui il senso della costituzione è una decisione quale sistema ideale coerente in sé, sostenendo che la sua reale funzione è di coordinare i singoli nella comunità politica.

Le garanzie dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar non sarebbero «un affare più o meno ben riuscito, che i proprietari e gli operai, i ceti medi e le donne, i funzionari e i professori, la chiesa e i sindacati avevano fatto a Weimar», bensì diritti «della professione del cittadino» che è eticamente legato allo Stato, un cittadino la cui fedeltà alla costituzione (*Verfassungstreue*) doveva essere garantita di fronte al «disordine anarchico dei gruppi politici».<sup>872</sup>

---

che il parlamentarismo quale forma pura di Stato liberale non è più autonoma, non essendo sufficiente l'integrazione funzionale ad assicurare la stabilità dello Stato (*ivi*, pp. 191-193).

<sup>871</sup> *Ivi*, pp. 190-193. La citazione, tratta da una lettera riprodotta parzialmente in F. Nuscheler - W. Steffani (a cura di), *Pluralismus. Konzeptionen und Kontroversen*, München, 1922, pp. 32 e ss. e 43, è riportata *ivi*, pp. 193-194.

<sup>872</sup> Le parti citate, tratte da R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1994, p. 319, sono riportate *ivi*, p. 194.

Il personalismo pronunciato da Smend due settimane prima dell'avvento del potere nazista, è tuttavia fondato su nuove basi e su un nuovo principio metodologico. Egli ammonisce sulla necessità di conoscere l'uomo, il cittadino proprio di una determinata epoca storica, quale presupposto immancabile del pensiero giuridico di quell'epoca e per lo sviluppo di un diritto positivo da ritagliare su misura proprio di quell'uomo, quel cittadino. Il cambio di passo metodologico di Smend verso l'antropologia avviene comunque in un periodo di metamorfosi sul finire del periodo weimariano e tende verso una forte teologizzazione politica protestante, concorrente a quella cattolico-romana di Schmitt che Kelsen già nel 1930 in *Lo Stato come integrazione* intravede e bolla come caso classico di teologia politica dello Stato, lontano dalla scienza.<sup>873</sup>

Se per Smend il parlamentarismo non sprigiona tutto l'ideale democratico della sovranità popolare, ritenendolo tuttavia l'unica forma possibile di democrazia per gli Stati moderni, è inevitabile che tale critica nasconde per Kelsen una silenziosa lotta alla democrazia.<sup>874</sup>

Con riguardo, invece, al rapporto tra individuo e società, appare chiaro che la visione della società offerta nel libro in esame sia anni luce distante dal contrattualismo, negando all'individuo un'origine logica e subordinandolo alla società. Ciò è dimostrato dalla concezione smendiana dell'io, secondo cui tale entità è pensabile solo in quanto vive spiritualmente, ovvero solo come membro della comunità che si riferisce volontariamente agli altri individui; non è concepibile dapprima in sé e per sé e poi quale un fattore della vita spirituale. L'essenza dell'io si compie e si forma esclusivamente nella vita spirituale, la quale vanta il carattere della socialità in ragione della sua struttura. Al contempo, Smend non presuppone un preesistente soggetto collettivo completamente autonomo nei confronti della soggettività individuale. Infatti, il giurista esclude nettamente l'esistenza di un io collettivo riposante su se medesimo, mentre ritiene che le collettività equivalgono alla configurazione unitaria delle esperienze vissute di senso (*Sinnerlebnisse*) degli individui, e lungi dal rappresentarne il prodotto, ne costituiscono l'essenza necessaria. L'evoluzione dell'essenza e la creazione del senso sono necessariamente intrecciati a livello sociale (*sozialverschränkt*), sono "un intreccio reciproco di vita individuale e superindividuale" (Smend, p. 65). Viene osservato, a fronte di tali affermazioni, che Smend è portatore di un "comunitarismo moderato", circa il tema ontologico della relazione tra individuo e società.<sup>875</sup>

Infine, si fa notare che gran parte delle critiche rivolte a Smend e delle insidie presenti nella sua opera maggiore è legata al suo singolare percorso scientifico. Guardando al lungo arco temporale in cui egli svolge la sua ricerca, l'area giuridica in cui si è concentrato maggiormente è quella del diritto ecclesiastico, sebbene si sia sempre occupato di diritto pubblico. Ciò spiega in parte le difficoltà riscontrate

<sup>873</sup> *Ivi*, p. 195.

<sup>874</sup> M.A. Cabiddu, *Presentazione* a H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. XLV. Per le riflessioni di Smend e Kelsen, si veda H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., pp. 123 ss. e p. 134.

<sup>875</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 139.

nell'interpretazione del suo pensiero.<sup>876</sup> E come già precedentemente rilevato, in *Dottrina dell'integrazione* (1956) e *Integrazione* (1959) è lo stesso Smend a riconoscere a posteriori i limiti e le carenze del suo libro del 1928, utili a rilevare le contraddizioni e gli attriti della proposta smendiana.

Ad ogni modo, *Costituzione e diritto costituzionale* è il contributo maggiore grazie al quale ricostruire e comprendere l'intera teoria giuridica di Smend. Ciò vale, nonostante il suo aspetto «programmatico e non sistematico», che «accenna a nodi teorici lasciati poi irrisolti, che abbozza solo disegni che non saranno più completati», producendo irriducibili ambiguità.<sup>877</sup>

### 3. La concezione dello Stato e del politico

Smend vede lo Stato come un'espressione reale dello spirito da analizzare con i mezzi di conoscenza forniti dalle scienze spirituali, una realtà spirituale appartenente al mondo della cultura, e non a quello della natura costituito da fatti interpretabili tramite rapporti di causa-effetto, né a quello del dover essere o delle realtà naturali.<sup>878</sup>

Smend tenta di elaborare i presupposti di teoria dello Stato funzionali alla creazione di una teoria della costituzione. Il giurista svizzero pensa allo Stato quale una unione reale di volontà (*realer Willens-verband*). Perciò, egli muove dalla concezione di individuo sociale, che è tale non per predisposizione naturale, ma esclusivamente grazie alla sua partecipazione alla vita collettiva. L'individuo, d'altronde, per Smend, «può essere inteso soltanto a partire dal sociale, che a sua volta non deve essere compreso come sostanza semplicemente strutturata del super-individuale, bensì come sorretto dai singoli e soltanto in essi vivente: nella polarità di individuo e comunità, che costituisce l'essenza dell'“intreccio sociale” (*soziale Verschränkung*)». Dunque, secondo Smend non è possibile concepire il sociale come serie causale che parte dal singolo per giungere all'intero, né come una sequenza teleologica, quale esecuzione reimpostata o spontanea di fini per il singolo. Tale assunto nega il modo naturale di concepire lo Stato in base ai suoi fini e a i suoi rendimenti culturali, quale punto di partenza. La spiegazione essenziale dello Stato non è ricavabile da ambiti di senso ricercati tramite la considerazione del sociale, del politico e dello statale. Ad ogni modo, la considerazione della vita culturale tende a includere la socialità in senso ampio in rapporto ad altri ambiti materiali, rinunciando tuttavia ad entrare nelle sue leggi. Colpa del razionalismo, secondo Smend, che avrebbe pregiudicato le scienze spirituali e quelle linguistiche, religiose e artistiche con un orientamento teleologico, che Smend intende superare. Peraltro, proprio tale orientamento si aggiungerebbe nella teoria del diritto e dello Stato

<sup>876</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., p. 49.

<sup>877</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 138-139.

<sup>878</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 10-11.

ad “altre fonti d’errore”, ovvero ad un pensiero individualistico che isolerebbe i singoli per poi connetterli per mezzo di relazioni giuridiche e sussumerli attraverso la persona dello Stato, con scopi extrastatali ed extragiuridici, che quali principi di spiegazione non consentono di cogliere la legge strutturale dello Stato, impedendo una comprensione preliminare necessaria.<sup>879</sup>

Smend applica la sua analisi fenomenologica, sulla scia delle argomentazioni proprie di Litt, alla sua teoria dello Stato. Egli concede allo Stato una propria sfera di esistenza. Così, si distacca da Litt, che non contempla soggettività oltre quella individuale e ritiene che lo Stato possa costituire al massimo un intreccio sociale, postulando uno spazio nella realtà del tutto autonomo riservato allo Stato, per spiegare il quale è necessario muovere da esso. Affermando che la considerazione del sociale non può ricavare da ambiti di senso fuori dal sociale (politico e statale) la spiegazione dello Stato, Smend polemizza con Kelsen, per il quale lo Stato non sarebbe considerabile quale elemento appartenente alla realtà, risultando profondamente intollerante alla teoria kelseniana, come alla concezione weberiana di Stato e per conseguenza alla nozione di Stato della dottrina giuridica allora dominante. In particolare, Smend critica l’idea kelseniana per cui lo Stato sarebbe un mero concetto giuridico funzionale al conferimento di unità ad e venti tra loro slegati e non altrimenti congiungibili. Per Smend, invece, lo Stato è una realtà sociale propria, che va a costituire l’oggetto del diritto costituzionale e di quello pubblico.<sup>880</sup>

Dunque, una impostazione più corretta per Smend è quella che concepisce la struttura della realtà spirituale e sociale quale sistema di interazioni o moto “ciclico” (espressione di F. Schlegel impiegata da T. Litt). Per il giurista svizzero, è certo che «nessun momento è deducibile concettualmente o casualmente da un altro, ma ogni singolo momento può essere compreso solo a partire dall’intero. Si può trattare perciò solo di una descrizione comprendente, ma non di una spiegazione nel senso corrente della parola». La realtà dello Stato, nell’impostazione metodologica smendiana, dalla quale vanno elaborati oggetto e concetto della costituzione, è solo quella di un ambito della realtà spirituale in cui gli individui si integrano l’un l’altro. Rimarcando ciò, Smend riflette sulla tesi negativa della teoria dello Stato kelseniana per cui lo Stato non sarebbe una “realtà sociale”. L’autore svizzero approva solo per un tratto tale tesi, perché rinnega le premesse meccanicistico-spaziali dell’orientamento giuridico tradizionale, la sociologia come intesa da Simmel, Vierkandt e von Wieser e qualsiasi forma di organicismo sostanzialistico, mentre la attacca duramente per tutto il resto, in quanto essa confuta ogni opportunità di conoscenza della realtà spirituale, giudicandola così sorpassata.<sup>881</sup>

<sup>879</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 67-69.

<sup>880</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 142-144.

<sup>881</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 69-75.

Pertanto, Smend da qui fa partire la sua invettiva contro Kelsen, criticando la teoria dello Stato in voga che postula un concetto di Stato meramente giuridico-normativo, alterandolo in forma statico-spaziale-meccanicistica e rinunciando ad uno sviluppo autonomo come invece permetterebbe il metodo proprio delle scienze dello spirito. Un virus, questo, che contagia anche la teoria del diritto dello Stato, con l'effetto di porre in secondo piano il suo oggetto principale, la Costituzione e i diritti fondamentali da essa sanciti.

Lo Stato in Smend è definito, riprendendo Litt, un "circolo chiuso" peculiare: «non è un intero immobile emanante singole espressioni di vita, leggi, atti diplomatici, sentenze, atti amministrativi, ma piuttosto esiste come tale solo in queste singole espressioni di vita, in quanto attivazioni di una connessione spirituale complessiva, e nelle ancora più importanti innovazioni e trasformazioni che hanno come oggetto esclusivo questa stessa connessione». Per Smend, l'esistenza e la vita dello Stato dipendono soltanto dal processo di rinnovamento continuo e di rigenerazione costante dell'esperienza vissuta, «vive (...) di un plebiscito che si rinnova ogni giorno (Renan)», dal processo di integrazione. Tale processo sviluppantesi nello Stato ha una legislatività propria, mentre viene positivizzato giuridicamente tramite la costituzione del gruppo degli individui che formano la società. Il processo integrativo smendiano è incosciente ed ha luogo per mezzo di una "astuzia della ragione", per cui non è coscientemente regolato giuridicamente (salvo nel caso della Costituzione imperiale del 1871 di stampo bismarkiano) e solo in casi eccezionali è analizzato teoricamente. Per tali motivi, la dottrina dell'integrazione stessa non sviluppa tale processo impostandolo a livello teorico, ma solo a livello empirico.<sup>882</sup>

Smend intende sin da subito nella sua opera svelare l'essere reale dello Stato, per mostrare che lì risiede l'unità, contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria giuridica tradizionale che invece la individua in uno Stato scollegato dalla società, al punto da dissolverla. Il giurista tedesco rifiuta il dogma della personalità giuridica dello Stato, che vede quest'ultimo come un ente fittizio, e propone l'idea dello Stato quale realtà concreta, non materialmente ma spiritualmente, che vive dell'interconnessione dei singoli ed entro questa: «per Smend, l'unità del tutto non cala dall'alto, non è appannaggio esclusivo dello Stato, ma è un valore reale, concretamente vissuto (*erlebt*), prodotto dall'integrazione dello Stato e della società. Il cedimento della capacità di contenimento della categoria-Stato genera una fluidificazione di tutti gli elementi (società; individuo; formazioni sociali; Stato stesso) che Smend acutamente rileva: a tale stato di cose egli intende reagire con una teoria che sia in grado di conferire agli stessi la capacità di muoversi in maniera elastica, evitando rigorosamente una

---

<sup>882</sup> R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 271-272.

funzionalizzazione di alcuni elementi rispetto ad altri, soprattutto del diritto e dello Stato».<sup>883</sup>

Un dato è certo: per Smend, lo Stato non è il risultato causale delle singole volontà poste in contrasto tra loro. Infatti, i singoli sono in grado di sostenere una vita comune solo grazie alla loro partecipazione ad una congregazione spirituale che sperimentano soggettivamente. A livello statico, lo Stato è *Willensverband* reale, soggettivo perché costituito dall'*Elebnis* di ognuno, oggettivo perché volto ad una *Sinnordnung* che va oltre l'esperienza individuale. Quindi, lo Stato non è “un tutto che precede le parti”, come sostengono le teorie totalitaristiche e organicistiche, né “parti che precedono il tutto” (singoli che vengono prima dello Stato), come avanzato dalle teorie individualistiche, giusnaturalistiche, contrattualistiche e utilitaristiche. I singoli rilevano nella teoria dello Stato nel momento in cui sperimentano la vita nella comunità. Lo Stato è paragonabile «a un contratto sociale in movimento, a un ‘plebiscito di ogni giorno’; esso sta nell’esperienza individuale che si intreccia con l’esperienza di tutti gli altri». Gli individui e lo Stato formano insieme un sistema unico, in cui non è dato sapere, né è necessario, chi viene prima. Solo a livello meccanicistico, essi si distinguono tra loro, mentre a livello delle scienze spirituali, v’è solo una tensione tra loro risolventesi continuamente in processi integrativi tramite cui i singoli sperimentano la propria partecipazione soggettiva allo Stato e quest’ultimo trova realizzazione nella percezione di tale coinvolgimento. Stato e individui si identificano ciascuno nell’esperienza spirituale alla vita dell’altro. Ciò rappresenta la forma perfetta di olismo e non di totalitarismo, non verificandosi l’assorbimento da parte dello Stato indipendentemente dalla volontà dei singoli.<sup>884</sup>

Nella teoria dell’integrazione di Smend si guarda sempre al “reale”, quale indispensabile momento di determinazione del concetto di Stato. Per Smend, lo Stato esiste elusivamente per il processo di continua integrazione e di costruzione orientata verso i singoli, che costituisce la sua essenza di realtà sociale e spirituale. Stante la concezione fenomenologica del “circolo chiuso” dietro alla teoria dello Stato di Smend, lo spirito si interrelaziona con la realtà e sorge una nuova relazione fra teoria e prassi, differente da quella presupposta dal neokantismo, ma non immune dal rischio di versare nello spiritualismo della realtà a livello statale e sociologico. Tale spiritualismo, dal quale si discosta Heller che trova in Litt un punto di riferimento nell’opposizione al neokantismo, condiziona Smend nell’assumere l’unità sociale quale realtà unitaria in cui la “totalità” della vita sociale è costruita in rapporto all’individualità, riconosciuta e tutelata. Quando Kelsen critica la teoria della costituzione smendiana pone in

<sup>883</sup> G. Bisogni, *Weimar e l’unità giuridica e politica dello Stato*, cit., pp. 55-56.

<sup>884</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 12-13.

contrapposizione la dottrina della conoscenza di Litt a quella dell'integrazione di Smend ritenendole contrapposte e inconciliabili.<sup>885</sup>

Tuttavia, individuare nello Stato il posto dell'integrazione significa differenziarlo dagli altri "circoli chiusi" della società. Lo Stato, per Smend, media le differenze nel conseguimento dell'unità orientata dall'azione del potere politico, costituito dal parlamento, dai partiti, dalle istituzioni, dalle classi sociali che rivestono il compito di trasformare l'ideale democratico in unità a livello politico. Il potere politico è legittimato dalla condivisione dei valori alla base della formazione della volontà politica, con l'effetto di portare ad unità la democrazia formale con quella materiale. Pertanto, la separazione tra settore tecnico e settore politico, presente anche nella Costituzione di Weimar, termina nel processo di integrazione che ricongiunge i due settori. Nella distribuzione dell'elemento politico e di quello tecnico presenti nel processo di integrazione, si innestano i tre tipi di integrazione sviluppati da Smend: l'integrazione personale, in cui l'unità è ricostruita intorno alla leadership; l'integrazione funzionale, in cui le procedure integrative, che fondano la comunità statale quale individualità, prendono forma; l'integrazione materiale che crea le due precedenti forma di integrazione nella messa in opera di fini in comune.<sup>886</sup>

La teoria smendiana è particolarmente rilevante nel dibattito costituzionale di Weimar. La ricerca di concepire lo Stato tra l'eredità monarchica e la prospettiva liberalista rientra appieno nelle discussioni teoriche del periodo weimariano.

Anche sul piano metodologico, Smend si rifà alla fenomenologia dialettica di Litt, che permette una ricerca sistematica volta a conoscere la struttura della realtà spirituale.

L'io delle scienze spirituali non è un fatto oggettivabile e soggetto a leggi causali, ma è in quanto vive come soggetto attivo e in quanto comunica cogli altri. Ora, se la psicologia coglie l'individuo isolato e oggettivato come natura, non ne coglie la vita perché, nella sua indagine naturalisticamente atteggiata, ferma lo sviluppo vitale della coscienza; solo la fenomenologia, quando sia dialetticamente intesa, coglie i propri oggetti nella loro vita concreta come momenti di un tutto, i cui membri non sono parti smembrate ed isolabili, ma sono bensì ordinate l'una con l'altra polarmente.

Sul piano dei contenuti, Smend risulta distante dalle dottrine estreme del collettivismo e dell'individualismo, ritiene lo Stato fondato sulla realtà sociale quale sistema di azioni reciproche, non sull'individuo o sulla collettività considerati a sé stanti, e cerca di rivelare l'essenza della vita spirituale in senso dialettico.

Lo Smend esprime questa struttura essenziale con una sola parola che ha avuto molta fortuna, ed è in verità una di quelle parole che per la loro indeterminatezza sembrano cariche di promesse e per la loro oscurità incutono il rispetto proprio del miracoloso:

<sup>885</sup> Abignente A., *Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito su diritto e Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 21, 1992, pp. 216-219.

<sup>886</sup> *Ivi*, p. 219.

*integrazione*. «Lo Stato non è un tutto tranquillo che emani singole manifestazioni di vita, leggi, atti diplomatici, ecc., ma esso è presente in questi singoli atti in quanto essi sono la conferma di una connessione spirituale». <sup>887</sup>

Bobbio appare critico nei confronti dell'eccesso di forme espressive nella definizione smendiana dello Stato e della formula con cui lo cristallizza:

Lo Stato è una realtà in divenire, e vive in un processo continuo di auto rinnovamento. Tutto questo s'esprime con la formula magica che ha incantato i troppo semplici e i troppo complicati: lo Stato come integrazione. Ma è chiaro che, pur esaminata in tutti i suoi aspetti, la formula non dice nulla di più di quanto si è già ormai ripetuto a sazietà: che cioè lo Stato è una realtà spirituale: il concetto di integrazione esprime l'essenza dello spirito dialettico che si autocrea, e si potrebbe definire in altri termini quale produttività, creatività, processo, ecc.

Perciò, Bobbio esorta a riflettere sull'efficacia del termine "integrazione" a definire sostanzialmente lo Stato e a distinguerlo da altri concetti, attesa la possibilità di riferire il termine adoperato da Smend alla nazione, alla chiesa, all'individuo e così via. Dunque, il giurista italiano non si limita ad esaminare tanto la formula, quanto ad analizzare le modalità di integrazione dello Stato, che secondo Smend avviene tramite le persone, le funzioni e la materialità sociale. <sup>888</sup>

Gli effetti della scienza costituzionale e della dottrina dello Stato reimpostata sul principio di integrazione sono molteplici nell'opera principale di Smend. Smend muove dal presupposto che solo dalla teoria dello Stato il diritto costituzionale può essere totalmente sistematizzato e compreso. Tali fondamenti teorici producono un rinnovato interessamento per la materia statale da opporre al comune agnosticismo e all'indifferenza liberale, rivelando la legge strutturale dello Stato. Il processo di integrazione non si riduce a mezzo per delineare il confronto tra forze politiche, ma costituisce il modo di realizzazione dello Stato, quale realtà spirituale, capace di imprimere sostanza alla finzione della persona giuridica e di rendere Stato e diritto due protagonisti della vita statale, spirituale. La legge strutturale dello Stato vincola la dottrina costituzionale e la fondazione dogmatica del diritto. Posta l'esistenza dello Stato, questo mantiene intatta la propria sostanza anche a fronte della regolamentazione giuridica tramite la sua costituzione. <sup>889</sup>

Lo Stato quale "*realer Willensverband*", "unione reale di volontà" costruito come "moto circolare" capace di eseguire l'unità di azione di una volontà comune tramite la comunitarizzazione di quelle individuali è già precostituito nella teoria dello Stato quale "totalità di valori", comunità di vita spirituale fornita di senso. La determinazione dei tre

<sup>887</sup> N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pp. 59-60.

<sup>888</sup> *Ivi*, pp. 60-62.

<sup>889</sup> B. Sordi, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 18, 1989, pp. 647-648.

tipi di integrazione, personale, funzionale e materiale dimostrerebbe, agli occhi di Smend, l'esistenza dello Stato quale sintesi della società. I diversi compiti integrativi degli individui, ossia la questione dei capi, il problema delle funzioni, ovvero delle elezioni, dei dibattiti in parlamento, della formazione del gabinetto, del referendum, dei valori rappresentano l'oggetto della teoria statale, sebbene circa la questione delle classificazioni la ricerca e il rinvigorismento spirituale di una "*Gemeinsamkeit*", di una sintesi a livello sociale, restano prevalenti.<sup>890</sup>

Secondo Smend, è possibile approssciare al diritto costituzionale, affrontare la questione del diritto pubblico e della regolamentazione giuridica dello Stato solo in forza del descritto background teorico e di una teoria materiale dello Stato. Per Smend la costituzione ha un carattere secondario, in quanto il suo significato si riferisce ad un processo di integrazione di cui ha già individuato le "leggi necessarie di svolgimento", a livello di teoria statale. La spersonalizzazione del potere viene così arrestata. Si erge, anzi, un supersoggetto nel diritto pubblico. Sebbene Kelsen contesti la possibilità di usare il concetto naturalistico di "vita dello Stato", la posizione di Smend è più complessa. Questi, infatti, non cade in un obsoleto organicismo, identificando lo Stato con un soggetto, ma si serve della nozione di "circolo chiuso", considerandolo quale "*Gesamterlebnis*". Non ne discende una persona superindividuale, in quanto l'intero rimane struttura unitaria delle singole partecipazioni all'esperienza vissuta dalla comunità nel suo complesso.<sup>891</sup>

Di certo, i consumati capitoli di teoria organica e persona giuridica cedono il passo ad una sistematica attenta alle capacità di integrazione personale. I supremi organi si discostano dalla questione formalistica dello "*Staatsoberhaupt*" e dell'unità di ordinamento, in quanto si identificano quali autorità in grado di integrare lo Stato pienamente, essendo classificati in base al diverso grado di partecipazione al processo integrativo.<sup>892</sup>

Inoltre, si rileva come alla teoria dello Stato di Smend si ricollega la sua concezione di teologia politica. Come la teologia tradizionale tratta Dio, non per conoscerne l'essenza, ma per conservarne e rafforzarne l'autorità, così la teologia dello Stato di Smend tratterebbe lo Stato. Invettiva, questa, dovuta all'asserita affinità fra il legame di integrazione con lo Stato e quello religioso con la divinità e al presupposto parallelismo tra il problema costituzionale dello Stato e quello della Chiesa presenti nell'opera smendiana. Smend già in *Costituzione e diritto costituzionale* parla di una fondazione ineluttabilmente teologica del diritto ecclesiastico e del bisogno di ricondurre la "chiesa giuridica" alla concezione di "chiesa visibile e invisibile", considerando i problemi di integrazione nel principio della fondazione della chiesa

---

<sup>890</sup> *Ivi*, p. 649. Smend si riferisce all'integrazione funzionale, pur essendo consapevole dell'unitarietà del processo di integrazione. Il senso di tali processi è una sintesi sociale, funzionale ad una condivisione dei contenuti spirituali e al rafforzamento dell'esperienza in comunità.

<sup>891</sup> *Ivi*, p. 650.

<sup>892</sup> *Ivi*, p. 651.

muovendo dalla comunità. Già grazie a tali accenni diventa impossibile intendere la teologia politica smendiana nel senso dell'analisi sociologica dei concetti svolta da Schmitt. La prima muove, infatti dalle questioni dell'unità politica spiegabili anche in chiave religioso-teologica e non dalla genealogia dei concetti, come in Schmitt. Invero, la teologia politica di Smend è soprattutto una teoria materiale della democrazia e dei diritti fondamentali. Pertanto, nel 1932 Smend analizza la relazione problematica tra il protestantesimo prussiano e la democrazia weimariana,<sup>893</sup> tentando di mediare tra Stato e Chiesa.

Anche la democrazia ha bisogno di credere in se stessa, nei propri valori e nella propria dignità; essa ha una certa tendenza a porsi come surrogato della religione e della Chiesa, soprattutto in un mondo secolarizzato; e nella misura in cui vi sono delle energie religiose secolarizzate che vivono nella democrazia, esse sono per lo più di origine protestante, come quelle che prima sono state secolarizzate nel capitalismo e in seguito nel socialismo.<sup>894</sup>

Se Kelsen vede in Smend un oppositore della prima democrazia tedesca incarnatasi nella Repubblica di Weimar e formalizzata dalla sua Costituzione, qui è possibile scorgere, invece, un attaccamento alla democrazia e un monito a rimanervi attaccati e a riporvi fede nonostante tutto. La teologia politica smendiana deriva dalle filosofie dello Stato di Hegel (Stato come “il cammino di Dio nel mondo”) e Stahl (Stato come oggetto principale della ideologia cristiana): lo Stato quale massimo valore culturale e quindi fonte di un obbligo morale del singolo verso la comunità. Teologia, questa, poi superata dalla dottrina costituzionale, ma pur sempre presente nell'opera smendiana. L'elemento teologico permea quasi ogni concetto analizzato e sviluppato da Smend: lo Stato, l'ispirazione filosofica luttiana, l'integrazione, la lealtà e la fedeltà del cittadino cristiano verso le autorità come rimedio alla crisi di identificazione e di valori dello Stato e della Chiesa, i diritti fondamentali, la nuova metodologia antropologica, la democrazia. Una teologia politica, quella di Smend, strumentale all'instaurazione di un'etica politica e sociale che renda lo Stato meno estraneo rispetto ai cittadini, andando oltre l'utilitarismo.<sup>895</sup>

Contro la profonda disgregazione dello Stato e della Chiesa propone una nuova teologia politica, in cui i governanti hanno funzioni paraecclesiastiche nei confronti del popolo di seguaci della religione dei grandi movimenti politici. Il borghese di Smend è

---

<sup>893</sup> «Il protestantesimo, ridotto dalla rivoluzione ad una mera “società religiosa”, aveva perso il suo ruolo storico quale fondamento costitutivo dello Stato prussiano, rappresentato dal monarca come *summus episcopus*. Minacciata dal “secolarismo” (*Säkularismus*) degli anni '20, “dall'emancipazione della vita da tutte le radici e dai legami religiosi ed etici”, la chiesa protestante doveva trovare una nuova posizione rispetto alle nuove autorità e quindi una concezione propria della democrazia» [J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., p. 197].

<sup>894</sup> R. Smend, *Protestantesimo e democrazia*, [trad. it. a cura di M.A. Cabiddu di R. Smend, *Protestantismus und Demokratie* (1932), ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, pp. 197-308], in H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. 174.

<sup>895</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., pp. 196-197.

un obbediente virtuoso, fedele sia alla Chiesa sia allo Stato. I diritti fondamentali divengono strutture organizzative che possono essere conformate dal legislatore e orientate al valore della giustizia, in base alla visione vocazionale del cittadino per cui i diritti assumono un significato obiettivo, e non finalizzate alla garanzia del singolo, come prevede il pensiero liberale. Smend crede di potere superare le scissioni allora esistenti anche dopo la fine di Weimar, seguitando a sostenere che «ogni singola creazione di uno Stato e dell'ordinamento costituzionale che un paese si dà, si compie inevitabilmente in un atto di obbedienza rispetto ad ordini superiori». Con ciò diventa chiaro come il bersaglio preferito di Kelsen sia reperibile proprio nella visione smendiana di una filosofia del diritto e dello Stato quale giustificazione della fenomenologia dello spirito.<sup>896</sup>

Infine, si osserva come all'analisi della concezione dello stato in Smend è necessariamente legata la considerazione della crisi dello Stato e della relativa dottrina in epoca weimariana, che ad avviso del giurista tedesco non è risalente all'epoca guglielmina. Il problema principale della situazione weimariana, per Smend, è l'assenza di una coscienza politica coesa: «l'astensione apolitica rispetto allo Stato e l'adorazione, ugualmente apolitica, del potere (...) due aspetti della medesima cosa, cioè l'insicurezza interiore di fronte allo Stato, che induce ad oscillare tra la sua sottovalutazione e la sua sopravvalutazione». È questo il problema dell'unità politica, minata dall'ingresso nella scienza pubblica della pluralità sociale e dalla rottura dei rapporti tra gli elementi fondanti il vecchio regime imperiale che nel monarca trovano il punto di coesione.<sup>897</sup>

Lo Stato esiste perché manifesta tramite i suoi atti la *Wertgesetzlichkeit des Geistes*, ovvero il significato delle sue attività sia rivolto ai valori culturali materiali e spirituali del popolo che gli è proprio. Al riguardo, Il saggio *Protestantesimo e democrazia* indica emblematicamente il tentativo di razionalizzare la crisi della relazione tra politica e cultura. Il senso espresso dallo Stato consiste, dunque, nella realizzazione di valori (*Wertverwirklichung*), partecipazione del singolo all'esperienza vissuta collettiva (*Gesamterlebnis*) e il già richiamato plebiscito rinnovantesi quotidianamente (Renan). Ne consegue che la crisi della dottrina tradizionale è legata, secondo Smend, alla rinuncia a indagare una siffatta vita statale, mescolando l'agnosticismo nella teoria al non cognitivismo nell'etica.<sup>898</sup>

La crisi della dottrina dello Stato, la quale non si riflette nella dottrina del diritto dello Stato, non mancando ai giuristi i mezzi tecnici per continuare a lavorare, dipende, secondo Smend, dall'abdicazione rispetto ai suoi capisaldi. La trattazione smendiana pone l'accento sull'importanza di tale crisi per i giuristi, in quanto «ogni lavoro di

<sup>896</sup> M.A. Cabiddu, *Presentazione* a H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., pp. LXII-LXV. La citazione tratta da R. Smend, *Staat und politik* (1945), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 369 è riportata *ivi*, p. LXV.

<sup>897</sup> *Ivi*, p. XIX. La citazione riportata *ibidem* è tratta da R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 61.

<sup>898</sup> *Ivi*, pp. LIII-LIV.

diritto dello Stato [è] condizionato da un'elaborazione preliminare di teoria dello Stato».<sup>899</sup> Smend è consapevole che a livello teorico non è più possibile rielaborare gli elementi tradizionali della dottrina dello Stato in base ad un criterio giuridico formalizzato, e che a livello pratico lo Stato non è in grado di raggiungere l'unità politica e l'obiettività del diritto, provocando agnosticismo teorico e senso di estraneità rispetto allo Stato. Ad avviso di Smend, «senza una fondata conoscenza dello Stato, infatti, non c'è neanche, a lungo andare, una feconda teoria del diritto dello Stato – e senza quest'ultima non c'è neppure, a lungo andare, una vita soddisfacente dello stesso diritto dello Stato».<sup>900</sup>

#### 4. La dottrina dell'integrazione

La dottrina dell'integrazione di Smend<sup>901</sup> è strettamente collegata al movimento in voga negli anni Venti del Novecento di reazione al formalismo e al positivismo, fino ad allora dilaganti, impersonati principalmente da Kelsen, seppure se ne allontani se confrontata con le teorie di Schmitt e Heller, sul piano dell'oggetto e del metodo. L'oggetto della dottrina dell'integrazione è preliminarmente inquadrato nell'ambito delle scienze dello spirito. Tale teoria muove dalla questione, ritenuta da Smend fondamentale, della relazione tra individuo e società, ove il primo non è concepito a livello superindividuale, ma soltanto nel mondo sociale, essendo orientato a vivere come membro di una comunità, mentre la seconda non è concepita come un'entità isolata e fine a se stessa, ma come una struttura portante in cui gli individui diventano dinamici e interagenti.<sup>902</sup>

La teoria smendiana dell'integrazione ha trovato subito terreno fertile in Germania non solo per motivi teorici ma soprattutto per esigenze politiche, mentre in Italia è resa nota innanzitutto per mezzo del “libello polemico” di Kelsen *Der Staat als Integration*, oltreché del contributo di Lachman, *Intorno alla teoria dello Stato di Smend* del 1932.<sup>903</sup>

<sup>899</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 62.

<sup>900</sup> *Ivi*, p. 60. Il giurista tedesco ascrive la responsabilità di tale crisi a Georg Jellinek, tra gli ultimi maggiori esponenti della giuspubblicistica dell'800, il cui percorso scientifico nel periodo weimariano rappresenta un passaggio obbligato per i pensatori dell'epoca che si imbattono nei problemi coevi.

<sup>901</sup> Attese le già ribadite difficoltà scaturenti dalla lettura dell'opera smendiana, date e dal particolare stile dell'autore e dalla vastità delle relative interpretazioni presenti nella letteratura critica, per una ricostruzione della dottrina dell'integrazione smendiana, priva dell'analisi immanente e sistematica di *Costituzione e diritto costituzionale*, basata sull'evoluzione storica del suo pensiero (formazione del metodo, temi dei primi scritti, dibattiti con Schmitt e Kelsen nella veste di costituzionalisti, orientamenti degli ultimi anni di Weimar, posizioni rispetto a fascismo e nazismo), si veda il sintetico contributo di J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., pp. 177-206, più volte citato nel presente lavoro.

<sup>902</sup> R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 271.

<sup>903</sup> N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 59.

La situazione delle scienze dello Stato e della costituzione in Germania al tempo di Weimar è contraddistinta dalla forza della tradizione ottocentesca rifacentesi a Gerber e Laband ed è ancora rappresentata soprattutto da Anschütz e Thoma. È la tradizione del diritto pubblico quale manifestazione di una volontà monarchica e unificatrice e della scienza del diritto pubblico quale fondazione degli istituti giuridici in cui questa volontà si realizza. Tale condizione spinge a non contemplare il senso della vita politica e a percepire i presupposti dell'ordinamento vigente e delle forze sociali come estranei al mondo del diritto.<sup>904</sup> Il positivismo giuridico tradizionale, servente una sovranità data, viene minato da una serie di nuovi orientamenti teorici. La scena giusfilosofica di Weimar inizia a essere calcata dagli attori del grande dibattito denominato “*Methodenstreit*” il cui significato è sintetizzato molti anni dopo dallo stesso Smend:

La corrente denominazione di “*Methodenstreit*” tende a ingannare. È vero che si chiedeva un altro pensiero metodologico, ma si avevano nello stesso tempo degli obiettivi materiali e perciò politici, ma non obiettivi politici di partito (...). E se si trattava in primo luogo del metodo (...) non ci si riferiva però allo stesso metodo. Si era uniti soltanto nel rifiuto del formalismo positivistico fino ad allora predominante. Sotto questo aspetto, si poteva considerare questa opposizione come una comunità di combattenti (“*Kampfgesellschaft*”), che perdurava nel tempo anche dopo la realizzazione del “*Grundgesetz*”. I risultati positivi della controversia erano la rivalutazione dei diritti fondamentali, una comprensione approfondita dei poteri costituzionali e altro ancora.<sup>905</sup>

In contrasto alle «interpretazioni ‘politologiche’ più grettamente partitiche di quel dibattito», Smend reputa non meritevoli di attenzione gli equivoci politici e le anomalie, che ricorrono tra i politologi, di tali discussioni giuridiche fra giuristi. Smend con la sua dottrina dell'integrazione rientra tra i giuristi più celebri della “schiera combattente”, notevolmente divisa al proprio interno, a sua volta. Nella lettera del 1967 che M. Friedrich pubblica in appendice al proprio saggio intitolato *Rudolf Smend (1882-1975)*, Smend, dopo aver dichiarato di appartenere all'orientamento che non ritiene i giuristi, come invece i teologi, capaci di costruire un sistema su un qualsivoglia dogma, afferma:

A me l'unità politica del popolo tedesco, negli anni successivi al 1918, appariva come un muro di creta crollato. Da ciò la “*Integrationsstheorie*” che, certamente, avrebbe dovuto giustificarsi non nel suo principio, ma nella sua applicazione. Che ciò mi trovasse sensibile a proposito dello Stato come processo, come vita, era certamente un principio di fondo; ma sicuramente c'era anche un punto di vista pratico ... Presso Leibholz – io penso – ciò non è andato in modo essenzialmente diverso.

<sup>904</sup> Cfr. H. Mayer, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends, Dissertation*, Köln, 1931, pp. 9-10, ripreso anche da U. Pomarici, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, in *Democrazia e diritto*, 1982, p. 113.

<sup>905</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 3-5. La citazione, tratta da R. Smend, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in *Festschrift für U. Scheuner zum 70 Geburtstag*, Berlin, 1973, pp. 575 ss., è riportata *ivi*, cit., p. 5.

Prima di tale osservazione, la enigmatica dichiarazione di Smend: «Che, in fin dei conti, sotto ci fosse anche altro, solo ora vedo più chiaramente».<sup>906</sup>

A tenere unite posizioni per molti versi distanti è il comune indirizzo verso una concezione concreta della costituzione e della sua scienza, oltretutto la comune ostilità nei confronti di Kelsen e del suo proposito di uscire dalla crisi metodologica tramite la riproposizione in di una teoria del diritto e della costituzione puramente normativa. Un tentativo, questo, reputato sulla linea metodologica del positivismo di Laband e della scissione di Jellinek dei diversi modi di trattare teoricamente lo Stato.

Il positivismo di stampo labandiano e quello di derivazione kelseniana basano la loro concezione di Stato e di diritto su un *a priori* fuori dalle relazioni sociali. In altri termini, si aggrappano alla concreta volontà sovrana espressa dal *Kaiserprinzip* e sulla astratta capacità unificatrice della *Grundnorm* che risolve a livello normativo la questione della sovranità. Stato e diritto, in entrambi i casi, sono concepiti a livello giuridico in un'ottica di autosufficienza e sovrapposizione rispetto ai rapporti sociali; la relazione tra stato-diritto e società è considerato in base ad una scala gerarchica discendente; la società è sottomessa e unificata sotto un principio monarchico. Smend è consapevole che nella situazione costituzionale weimariana non è più possibile giustificare l'estraneazione del diritto da ciò che non sia giuridico propugnata dai positivismi. La dottrina dell'integrazione, dunque, tenta di eliminare gli elementi monarchici dallo studio costituzionale utile alla realtà statale e giuridica di quel periodo, cercando di ricondurre quest'ultima ad un processo di vita immanente. La teoria di Smend così rientra nelle concezioni sociali immanentistiche giuridiche e statali orientate a ricomprendere diritto e Stato nella società. Essa cerca di annullare le divisioni tra società e Stato, tra società e diritto e tra le rispettive scienze poste in essere dal positivismo. In ciò, è possibile vedere, anche a detta di Smend, una convergenza nella schiera dei combattenti, fintantoché dunque non si respiri l'aria di Vienna, con chiaro riferimento a Kelsen e alla sua teoria pura, bersagli comuni degli antiformalisti.<sup>907</sup>

La teoria costituzionale di Smend, al pari di quella di Heller, si concentra sul momento della pratica, il punto in cui una norma diventa una decisione concreta. Non a caso, la sua teoria dell'integrazione inizia dall'assunto che la costituzione è un'entità reale, vitale e spirituale. La pratica giuridica è limitata non solo dal diritto scritto, ma anche da quello non scritto incluso nei bisogni politici dello Stato e nel sistema nazionale dei valori. Una gerarchia di diritti, osserva Smend, potrebbe essere derivato dai valori fondamentali della comunità in relazione ad altri valori, come espediente politico. La teoria dell'integrazione ha implicazioni conservative, specialmente quando sposta l'autorità per decidere quali azioni integrano la società dai partiti politici del

<sup>906</sup> *Ivi*, pp. 5-7. Le citazioni tratte da M. Friedrich, *Rudolf Smend (1882-1975)*, in «Arch. öff Rechts», 112, 1987, p. 25 sono riportate *ivi*, p. 7.

<sup>907</sup> *Ivi*, p. 9.

Parlamento ai valori fondamentali che Smend assume come una base consensuale per la comunità nazionale.<sup>908</sup>

La dottrina dell'integrazione di Smend è una teoria generale dello Stato, della costituzione e del diritto costituzionale che lancia un nuovo approccio metodologico alle questioni del diritto e della vita a livello costituzionale e un progetto etico-politico per la soluzione della crisi della democrazia costituzionale. Oggetto principale dell'opera smendiana è l'unità "dello, nello e attraverso lo Stato", in un periodo caratterizzato dal pluralismo e dalla distruzione dei rapporti organici della società. Smend si imbatte, dunque, nella intricata questione, comune a diversi Stati europei all'indomani del primo conflitto mondiale: come impedire la dissoluzione della struttura statale ad opera dello scontro tra forze sociali. Lungi dall'essere una teoria "pura", astratta e slegata dai problemi della sua epoca, la sua dottrina è "impura", in quanto influenzata dalla storia e orientata al raggiungimento di un fine politico contemporaneo. Lo sforzo di Smend consiste nell'elaborazione di una teoria in grado di contrastare due elementi negativi di matrice politica propri del popolo tedesco: l'astensione apolitica nei confronti dello Stato e il culto apolitico del potere statale. Due condotte opposte, queste, di una realtà caratterizzata dalla «indecisione interiore di fronte allo Stato che induce a oscillare tra la sua sottovalutazione e la sua sopravvalutazione, tra il sentimento di estraneità e quello di assoggettamento passivo». Due posizioni idonee alla trasmutazione della crisi in disfatta: la prima, forzando uno scontro sociale diretto; la seconda, spingendo verso la repressione dello Stato, ritenuto responsabile della crisi. Smend individua le basi teoriche di tali atteggiamenti: le dottrine agnostiche dello Stato quale impresa tecnica, con scopi indicati a livello extrastatale ("*Der Staat als Betrieb*"), per il primo; le dottrine storicistiche e naturalistico-organiche della "ragion di stato", per il secondo. Inoltre, Smend individua anche i nomi dietro ciò che egli considera due elementi dannosi all'unità statale: Max Weber e Friedrich Meinecke, per avere teorizzato, in modo diverso, due concezioni dello Stato atto a distanziare i singoli dalla vita pubblica, con l'effetto di ridurli a vittime o meri oggetti. Trattasi del problema della costituzione intesa a livello concreto-contenutistico, ovvero della relazione tra singoli e società, da una parte, e tra singoli e Stato, dall'altra. In altri termini, la questione centrale in ogni dottrina costituzionale consiste nella ricerca dell'unità statale nella pluralità sociale.<sup>909</sup>

La ricerca ad una soluzione al problema dell'unità porta Smend all'elaborazione dell'idea dell'integrazione, sintetizzabile in termini di implicazione etica delle forze sociali nella vita statale o di configurazione statale quale fattore immanente di coesione sociale, quale incarico assegnato a tutti i cittadini. Smend ritiene che diverse scissioni della dottrina, dello Stato e del diritto ancora irrisolte devono coordinarsi in una unità superiore, ossia integrarsi, nell'idea complessa di integrazione. Trattasi delle tensioni tra realtà sociale e realtà giuridica statale (in base alla "teoria dei due lati" di Jellinek), tra

<sup>908</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 9.

<sup>909</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 1-2.

essere e dover essere, tra potere ed etica, tra individuo e collettività, tra ordine ideale e vita reale e tra diritto dello Stato (*Staatsrecht*) e politica (*Politik*). La teoria dell'integrazione si propone quindi di ridurre le scissioni, ritenute inopportune, alla base della dottrina tradizionale tedesca dello Stato: «la costruzione dell'intero a partire dalle sue divisioni è il problema da risolvere, non il dato dell'esistenza da cui partire». La dottrina dell'integrazione, oltre a ricomporre le tensioni della teoria dello Stato e del diritto, punta a rendere la costruzione dello Stato, nell'ambiente sociale e politico proprio di quel tempo in Germania, il “fondamentale compito riconciliativo comune delle forze sociali”, dopo che sia stata eliminata “l'estraneità particolaristica e egoistica” dello Stato nei confronti della società, trasformando il contrasto in cooperazione, la distruzione in costruzione.<sup>910</sup>

Nella letteratura critica sulla dottrina dell'integrazione di Smend si registrano prevalentemente due relative interpretazioni opposte scaturenti dalle risposte alla domanda sulla provenienza del primo impulso all'integrazione politica statale – posto che Smend non propende per “soluzioni biologico-antropologiche aprioristiche”, ritenendo che la socialità degli individui dipenda dalla loro partecipazione alla vita spirituale del gruppo e non da un'attitudine naturale congenita.

In particolare, alcuni interpreti (Pomarici e Mortati) segnalano un elemento di debolezza della dottrina smendiana. Posto che l'attitudine all'integrazione non appartiene a chiunque, ma al cittadino consapevole che si occupa della propria spiritualità e del proprio miglioramento, la teoria dell'integrazione contiene una proposta di etica politica e con questa una grande ambiguità. Se l'integrazione è fondata sulla consapevolezza della sua necessità da parte degli individui, l'ipotesi della mancanza di tale consapevolezza fa sorgere il dubbio che l'integrazione possa costituire il mezzo di una politica impositiva dei cittadini “più consapevoli” su quelli “meno consapevoli” o “inconsapevoli”. Tale ambiguità, non chiarita nel libro di Smend, produce due interpretazioni di stampo politico sulla dottrina dell'integrazione. Una duplicità rintracciabile in ogni teoria che nega la questione della priorità, privilegiando la non scelta tra il tutto e le parti.<sup>911</sup>

La prima interpretazione, suggerita dall'elogio del tentativo fascista di rinnovare la vita dello Stato, valuta la dottrina dell'integrazione come precorritrice del totalitarismo del diciannovesimo secolo, evidenziando il primato dell'aspetto totale della comunità come pensata da Smend. Alcuni sostenitori di tale interpretazione provano a inserire la dottrina dell'integrazione di Smend nell'ideologia nazionalsocialista. Ad ogni modo, i fatti parlano al contrario: Smend non è l'ideatore del nazionalsocialismo né del fascismo. Si può, d'altronde, affermare che sussiste il tentativo di utilizzare o strumentalizzare la sua opera, senza particolari obiezioni da parte di Smend. La seconda, invece, sottolinea il primato dell'aspetto individuale e

---

<sup>910</sup> *Ivi*, pp. 2-3.

<sup>911</sup> *Ivi*, p. 15.

quindi della capacità del pluralismo degli individui di autointegrarsi in un sistema creato da essi stessi. I seguaci di tale interpretazione, ma più in generale chi considera la fortuna della dottrina smendiana dalla seconda metà del XX secolo in poi, premiano lo sforzo di Smend per la creazione del pensiero integrazionista.<sup>912</sup>

Tralasciando i molteplici nomi, di destra e di sinistra, nella scienza dello Stato e in quella della costituzione, che hanno tratto ispirazione da Smend, rimane il dato incontrovertibile che il giurista di Basilea ha lanciato un'idea tuttora utilizzata del modo di concepire il rapporto tra individui, società e Stato e i diritti fondamentali.

La dottrina dell'integrazione, lungi dall'essere assolutamente incanalata politicamente, «è stata tanto poco la fonte (né totale e nemmeno parziale) della dottrina giuridica del nazionalsocialismo quanto lo è stata di quella della socialdemocrazia: si tratta semmai di 'lati' o valenze apribili in una o nell'altra direzione (ciò che apparirebbe invece improponibile – come si dirà – è qualunque interpretazione liberale del pensiero smendiano)». Resta irrisolto il «dilemma tra auto-integrazione (o integrazione democratica) e etero-integrazione (o integrazione autoritaria)».<sup>913</sup>

Un'analisi critica della dottrina dell'integrazione è approntata dallo stesso Smend, a distanza di quasi tre decenni dalla pubblicazione, nello scritto del 1956 *Integrationslehre*, in cui il giurista tedesco intende chiarirne il contenuto, la collocazione storica e sistematica, riconoscendone limiti e carenze, descrivendo le relative prese di posizione nella letteratura, senza mancare anche di difenderla.

Smend spiega che la sua idea di integrazione è caratterizzata sia sociologicamente sia giuridicamente per la sua paradossalità, data dalla sua doppia anima di “compito” da un lato e ordine senza garanzie giuridiche dall'altro. Sottolinea ciò per respingere la critica che riduce la sua dottrina dell'integrazione ad una mera sociologia generale dei gruppi. Se l'integrazione di altri gruppi è rimessa al libero arbitrio dei singoli che creano rapporti oppure garantita da fattori esterni quali il diritto o la giurisdizione – argomenta Smend –, quella dello Stato è posta da questo quale compito necessario alla sua stessa esistenza:

Il sistema per così dire elastico dei fattori di integrazione deve continuamente assicurare i fondamenti della vita statale. In ciò consiste, dal punto di vista materiale, il carattere politico di tale sistema, il suo significato condizionante, fondamentale per la costituzione dello Stato e la realtà politica. In ciò consiste nel contempo, dal punto di vista formale, la

---

<sup>912</sup> *Ivi*, pp. 15-16. Cfr., nel panorama tedesco U. Scheuner, *Die nationale Revolution*, in «Arch. Öff. Rechts», 24, 1934, pp. 166, 251 e ss., Krüger, *Führer und Führung*, Breslau, 1935, 13, Höhn, *Staatsaufbau im Jungdeutschen Manifest – ein bewußtes Integrationssystem*, in «Der Meister», 4, 1928/1929, pp. 302 e ss, mentre in quello italiano, N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 62, in nota, il quale pone a confronto Smend e Kelsen e similmente C. Roehrsen, *La integrationslehre di Rudolf Smend: un sintomo significativo della patogenesi del nazismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 12, 1982, pp. 117 e ss.

<sup>913</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 17-18.

peculiarità giuridica, il significato della dottrina dell'integrazione per la teoria politica e specialmente per la teoria della costituzione.<sup>914</sup>

La dottrina dell'integrazione, secondo Smend, non intende comprendere la norma e la realtà separatamente. La norma è valida per mezzo della vita che regola e del senso la cui ricerca è il suo compito principale, mentre la vita è concepibile solo muovendo dal suo rapporto con il senso che le è assegnato quale mansione e che viene regolato dalle norme. Solo coniugando il momento normativo a quello vitale, Smend ritiene possibile ricavare dalla sua dottrina dell'integrazione una teoria della costituzione adeguata e non di certo basandosi sulle tradizionali teorie statali o rivedendo il classico positivismo.

La teoria dell'integrazione si contrappone alla tesi della sovrapposizione di livelli diversi di realtà, come la teoria dei tre elementi dello Stato (territorio, popolo, potere o costituzione), all'idea di regressione dell'ordinamento costituzionale a vantaggio di una più intensa fattualità o una supposta normatività, come vuole il principio monarchico o l'idea della costituzione di Schmitt che prevede una decisione sovrana di fatto.

Essa rifiuta ogni pensiero costituzionale orientato a una fattualità sottostante o sovrastante la costituzione, sia nel senso della riserva di una "decisione sovrana" extracostituzionale, sia nel senso della contrapposizione di qualsiasi tipo di un'unità statica arbitrariamente supposta o di un concetto di popolo grossolanamente ontologico alla vita "pluralistica" della costituzione, sia nel senso di una, anche solo eventuale, messa in parentesi concettuale del singolo, lasciato alla sua "indifferenza". La dottrina dell'integrazione rifiuta il modo in cui l'ingenua e spazializzante statica dei concetti della normologica si riverbera sul piano pratico: la sua visione del singolo come rigido portatore di diritti (cittadino, suddito, titolare di diritti fondamentali), dell'intero come soggetto giuridico dominante e monolitico, incluso i rigidi soggetti del "pluralismo" e le morte concezioni dell'universo concettuale di Gierke. Con ciò, essa esclude anche il pensiero causale e teleologico che sovente accompagna il normativismo, ogni deduzione del potere del diritto dello Stato da una sua fonte superiore e, di contro, anche a concezione strumentale della costituzione come ordinamento tecnico di un'"impresa" in funzione di "prestazioni" e "scopi" – e quindi anche contro Max Weber, pur riconoscendo il valore dei tipi strutturali genuinamente sociologici.

A distanza di quasi trent'anni dalla pubblicazione della sua opera maggiore, Smend precisa che la sua dottrina dell'integrazione tenta di definire le potenzialità della Costituzione weimariana di risolvere una situazione di crisi crescente, frantese dal formalismo positivistico che ha invece contribuito a giustificare la soppressione della medesima costituzione ad opera della legge dei pieni poteri. Se Schmitt riconduce la crisi costituzionale di Weimar a motivi politici e al tracollo di vecchie ideologie, Smend la ascrive a condotte contrarie alla costituzione, proponendo per una sua soluzione una concezione della costituzione protesa all'integrazione e alla creazione dell'unità.<sup>915</sup>

<sup>914</sup> R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 274.

<sup>915</sup> *Ivi*, pp. 275-276.

La dottrina dell'integrazione assegna alla costituzione il compito di fornire forma e orientamento alla volontà di partecipazione popolare, come fa il primo costituzionalismo, oltretutto di coinvolgere il singolo nel sistema partitico per una politica unitaria. Perciò, Smend definisce la dottrina dell'integrazione non solo una teoria della costituzione e del diritto costituzionale, ma anche un'etica costituzionale, materialmente distante dal pensiero individualistico, da quello autoritario e da idee etico-politiche alternative come quella di Naumann per cui nel mondo politico se non si è lupi si è agnelli. Heller, invece, pretende quale punto di riferimento della teoria generale dello Stato «l'esperibilità empirica e la comprensibilità dello Stato nella totalità dei suoi rapporti sociali e perciò anche giuridici», in contrasto con la dottrina statale dell'epoca dominata dai suoi concetti. Per Smend, la dottrina dell'integrazione tenta di soddisfare tale esigenza.<sup>916</sup>

Ad ogni modo, Smend riconosce nella sua dottrina dell'integrazione lacune e atteggiamenti unilaterali. Curandosi di unificare norma e fatto, manca la tensione tra questi e per l'effetto la specificità del diritto e di quello costituzionale, restringendosi oltre i limiti lo spazio per la formazione e l'organizzazione della volontà. Tale teoria, contrariamente a quella schmittiana, si concentra sulla realtà normale, tendendo ad armonizzarla esageratamente in una totalità che si auto produce quasi automaticamente, annullando azione e storia. Inoltre, essa sopravvaluta la struttura unitaria statale, invece di contemplarla quale unità d'azione come Heller, e sottovaluta la problematicità dell'inclusione del singolo nel processo integrativo. Infine, Smend invita ad una revisione della dottrina in questione, rea di non aver posto l'accento sulla «diversità d'oggetto tra la vita costituzionale, che si pone come un compito problematico, e l'elaborazione categoriale littiana, che è orientata innanzitutto al non problematico circolo chiuso della comunità linguistica».<sup>917</sup>

D'altra parte, si rileva che la dottrina dell'integrazione è tacciata di essere fascista dai conservatori, dai democratici, dai liberali e dai socialisti. Eppure, si difende Smend, il suo fondamento è costituito dalla visione politica della crisi dello Stato costituzionale in quegli anni, per la soluzione della quale nasce l'intento della teoria dell'integrazione di elaborare il significato della vita costituzionale. A livello scientifico, essa è stata approvata completamente (ad esempio da G. Holstein e A. Hensel) e avversata appieno (ad esempio da Kelsen), ostacolata dal nazismo e posta al centro del dialogo dalla scuola di Zurigo, per poi risultare cruciale nei dibattiti che hanno preceduto la nascita della Repubblica federale tedesca.<sup>918</sup>

Dopo poco più di un lustro dalla pubblicazione del 1928 di Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, contenente la "versione finale" della dottrina dell'integrazione smendiana, dopo che vari elementi della medesima teoria sono già rintracciabili in

---

<sup>916</sup> *Ivi*, pp. 276-277.

<sup>917</sup> *Ivi*, pp. 277-278.

<sup>918</sup> *Ivi*, p. 278.

alcuni suoi scritti precedenti, anche Bobbio offre alcune considerazioni critiche al riguardo. Viene giudicata come una teoria abbozzata, non completamente comprensibile e valutabile, nonostante gli esempi e i programmi forniti dall'autore. Per il giurista italiano, essa è contraddistinta da almeno due fattori: dal valore polemico con la teoria formale kelseniana, positivamente perché lo Stato è calato nuovamente nella realtà sociale da cui Kelsen la slega e nel mondo concreto che non è possibile ignorare; dalla tendenza ad una concezione universalistica dello Stato, cui sono riconosciute una realtà ed una vita spirituale manifestantesi nei tre modi di integrazione e non nelle vite dei singoli individui.<sup>919</sup>

Sicuramente, come già sottolineato, Smend segue la fenomenologia della realtà spirituale di Litt, ma senza subire profondamente l'influsso di Husserl, né tantomeno quello della sociologia scheleriana. Tuttavia, si distacca da Litt, in quanto giunge a quella concezione universalistica dello Stato contraria alla teoria littiana della mediazione delle posizioni estreme. Lo Stato di Smend vive in una propria realtà, indipendente e libera dagli individui, superiore a quella di questi, trova la propria essenza nell'integrazione, appartenendo alla realtà spirituale in cui si integra autonomamente.<sup>920</sup>

In generale, sia gli interpreti nostrani che quelli di matrice tedesca e anglosassone sono concordi nel valutare la dottrina dell'integrazione di Smend senz'altro come importante nel panorama giuspubblicistico weimariano e contemporaneo. È una teoria complessa, figlia della fenomenologia littiana, costruita sulla base di altre teorie, che si realizza necessariamente nell'intreccio di diversi temi, abbracciando varie discipline, per mezzo di quel concetto trasversale, l'integrazione, che appare risolutivo nell'impostazione teorica smendiana, ma decisamente meno nella realtà, specie quella di Weimar.

##### *5. Il concetto dell'integrazione*

Nel pensiero di Smend, le teorie dello Stato e del diritto statale riguardano lo Stato perché sono parti della realtà spirituale. Quali parti anch'esse della stessa realtà, le strutture spirituali collettive rappresentano l'unità di senso della vita spirituale reale. Esse si attualizzano e riproducono in modo funzionale, «in una conquista spirituale permanente», e sono reali solo in tale processo e per mezzo di esso. Ciò, Smend articola, per definire ancora una volta lo Stato e spiegare perché l'integrazione è un processo fondamentale della vita statale:

---

<sup>919</sup> N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 62.

<sup>920</sup> *Ivi*, p. 63.

lo Stato non è un intero immobile da cui emanano singole espressioni di vita, leggi, atti diplomatici, sentenze, atti amministrativi. Ma piuttosto esso esiste di per sé soltanto in queste singole espressioni di vita, in quanto attivano una connessione spirituale complessiva, e nelle ancora più importanti innovazioni e trasformazioni che hanno come oggetto esclusivo questa stessa connessione. Esso vive ed esiste soltanto in tale processo di rinnovamento costante, di continua rigenerazione del vissuto; esso vive, per utilizzare anche qui la famosa caratterizzazione della nazione sviluppata da Renan, di un plebiscito che si rinnova ogni giorno. Ciò costituisce il processo centrale della vita statale, se si vuole, il suo nucleo sostanziale, per caratterizzare il quale ho già proposto altrove il termine integrazione.

Smend ritiene che la vita spirituale di ciascun individuo risulta dall'autoformazione sia del singolo sia della comunità, la cui formazione costituisce il fondamento della realtà spirituale dei singoli, i quali esisterebbero biologicamente anche senza la vita collettiva. L'esistenza dello Stato, per Smend, dipende dalla sua integrazione continua, mentre la sua costruzione dai singoli: la sua "essenza di realtà sociale spirituale" consiste in questo processo costante.<sup>921</sup>

L'integrazione è il concetto centrale nella teoria dello Stato e della Costituzione di Smend. Essa non corrisponde ad un dato, qualcosa di creatosi da e in sé e sigillato da un contratto o istituito da una costituzione una volta per tutte. Trattasi di un processo che si rinnova costantemente, che va nuovamente formato e sperimentato. Lo Stato si manifesta in un processo continuo di rinnovamento. Può avere successo o fallire in base all'andamento del processo, che si manifesta sotto vari aspetti, culturale, politico e giuridico. Smend, infatti, si affida a cultura, valori e significato/scopo/fine, oltretutto alla loro comune esperienza spirituale per costituire e conservare l'unità. Il suo approccio è, dunque, idealista. Smend, come Schmitt, sviluppa la sua teoria dell'integrazione come una teoria del senso della salute della vita costituzionale contro il caos derivante dal debole Stato costituzionale degli anni Venti.<sup>922</sup>

Smend vede il processo di integrazione come l'essenza della costituzione, come una "fusione unificante". Più che un sistema per organizzare tecnicamente interessi sociali verso un risultato, lo Stato è una reale "associazione di volontà" integrata, una "significativa unità di vita reale, spirituale, di atti spirituali". Smend asserisce che il suo approccio organico supera il normativismo puro del positivismo di Kelsen e riporta lo Stato come un organismo reale nella teoria dello Stato. La teoria organica dell'integrazione offusca le distinzioni su cui la tradizione positivista labandiana e il liberalismo conservatore sono stati costruiti nell'impero tedesco: diritto pubblico e privato, Stato e società, individuo e comunità. Se lo Stato fosse visto come una totale "comunità vitale spirituale", qualsiasi distinzione assoluta tra Stato e società

<sup>921</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 75-76.

<sup>922</sup> A.J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Constitutional Crisis. The German and the American Experience*, Introduction to *Iid.* (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 18-19.

diventerebbe importante. La teoria organica di Smend parimenti porta ad una identificazione immediata di individuo e società. La sua “comprensione dialettica” della relazione tra individuo e collettività, prova a essere una immediata “esperienza di vita totale” dello Stato, in cui gli individui partecipano anche mentre dormono. Smend prontamente ammette che gli antagonismi e i disaccordi svolgono un importante ruolo nella politica, ma egli riduce il conflitto ad una funzione che assicura la coesione della comunità. Egli descrive la battaglia per determinare gli obiettivi dello Stato come un’affermazione catartica dello Stato, incurante dei risultati concreti. Votare ed esprimere il voto a scrutinio segreto, per esempio, sono “significati puramente spirituali di integrazione”. Ma passando da una nozione statica ed “anatomica” dello Stato ad una dinamica e “fisiologica”, Smend conferisce importanza alle azioni individuali solo nella misura in cui essi sono parte dell’autoformazione dello Stato.<sup>923</sup>

Il giurista di Basilea risponde alla critica di chi vede nel processo di integrazione da lui elaborato una specie del genere di processi vitali che regolano la realtà di ogni gruppo di persone, sostenendo che le formazioni sociali non statali, seppure abbiano comunque bisogno del sostegno dei propri membri, sono tutelate da poteri esterni (giurisdizione, amministrazione, coercizione sociale, politica estera, diritto internazionale) contro la dissoluzione interna. Lo Stato, invece, non gode di tali garanzie, ponendosi l’integrazione quale mero compito.

Esso riposa in ultima istanza non sul suo diritto o sul suo potere di fatto, ma sulla sempre nuova e volontaria adesione dei suoi appartenenti; e cade nella più profonda crisi di realtà se questi cessano di sorreggerlo e attuarlo tramite la partecipazione dotata di senso al gioco politico costituzionale. Il destino della repubblica di Weimar è rimasto, per coloro che lo hanno vissuto, la prova più impressionante di questa verità. Non partecipare in modo costruttivo alla vita costituzionale contribuendo così a minarne le basi, rappresenta la più grave violazione delle regole del gioco costituzionali. Quando i partiti estremisti disintegravano (...) la vita politica del popolo tedesco poiché impedivano di ricondurlo sul terreno della costituzione di Weimar, agivano in modo incostituzionale. Qui diviene evidente come l’integrazione sia oggetto di supremi obblighi costituzionali. In condizioni non patologiche, essa si compie inconsapevolmente come ogni sano processo vitale e per questa ragione la maggior parte dei documenti costituzionali evita di fare i conti con la sua messa in questione. Ciononostante, una volta ammesso che la costituzione deve essere la regola secondo cui un popolo è tenuto ad adempiere in modo responsabile al suo dovere politico, l’integrazione fa parte del contenuto della costituzione.<sup>924</sup>

Smend finisce con il trattare in modo astratto il tema della statualità, trascurando questioni importanti come la sovranità, la decisione, la coattività del diritto. Egli stesso ne è consapevole e tenta di porvi riparo aumentando il tasso di eteronomia dei suoi concetti, contraddicendo, tuttavia, i propri principi metodologici.

<sup>923</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 124.

<sup>924</sup> R. Smend, *Integrazione* (1959), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 286-287.

Al riguardo, l'integrazione, concetto centrale nella struttura teorica smendiana, svolge un ruolo fondamentale. Smend usa l'integrazione per rispondere a qualsivoglia problema si presenti nella sua indagine. Per questo, tale concetto risulta troppo agevolmente criticabile, per la facilità con cui tramite essa si giunge a certi effetti, per la genericità dei compiti ad essa affidati e per le contraddizioni che determina il suo impiego. L'integrazione, infatti, subisce l'impostazione metodologica prescelta da Smend, al punto che in alcuni passaggi essa finisce per essere una "bacchetta magica" che garantisce un buon risultato per ogni questione in cui si imbatte. Basti guardare alla tutela dell'individuo verso lo Stato, all'identità dello Stato in rapporto alla sua interazione nella società e al rispetto degli obblighi reciproci fra Stato centrale e Stati membri in un ordine federale. A livello metodologico, il giurista tedesco «non ammette un *prius* attorno al quale ruoti la realtà, l'integrazione non rimanda ad alcuna istanza ulteriore che la determini, ma funge da chiave di lettura pressoché esclusiva della totalità della vita spirituale».<sup>925</sup>

Al fine di spiegare l'integrazione e le questioni ad essa relative, Smend si riferisce esplicitamente alla "letteratura del fascismo" – «un movimento sorretto da una riflessione incessante, di costruzione pianificata di una nuova comunità del popolo e dello Stato»:

Tanto meno questa vuole offrire una dottrina compiuta dello Stato, tanto più il suo oggetto consiste nelle vie e nelle possibilità di un nuovo divenire, di una nuova creazione dello stato, della vita statale e, cioè, precisamente ciò che viene qui definito come integrazione.

Tutto ciò, valutando come necessaria «una sua analisi programmatica e sistematica» per ciò che concerne l'integrazione, ma non senza precisare che il valore del "grande contributo" che letteratura fascista è in grado di dare «sarebbe indipendente dal valore e dal futuro del movimento fascista stesso».<sup>926</sup>

---

<sup>925</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., p. 63. «A causa del sovraccarico di compiti teorici che essa dovrebbe adempiere, l'integrazione, dinanzi all'eterogeneità dei fenomeni cui deve dare senso, finisce con lo smarrire la propria primaria qualità – la concretezza. Smend stesso tradisce più di una volta un certo imbarazzo a fronte di una scarsa praticabilità del concetto causata dalla sua astrattezza: l'integrazione, infatti, in certi momenti ed in certi contesti non sembra aver bisogno di nulla perché è la sua necessità categoriale ad assicurarle un funzionamento perfetto; in altri momenti, però, abbisogna di soggetti – siano essi semplici uomini, siano esse istituzioni – che siano in grado di attuarla» (*ivi*, p. 64).

<sup>926</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 80. Cfr. sul punto M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 145, in cui il filosofo del diritto italiano collega il discorso smendiano sullo Stato a quello sull'integrazione, introducendo quest'ultimo con il chiaro riferimento di Smend al fascismo: «dietro il concetto di "integrazione" non fa capolino l'avvocato Bellotti, né Garibaldi, ma un'altra figura italiana, menzionata espressamente da Smend: è Mussolini, è il fascismo»; «quando Smend parla di "integrazione", egli intende, più che il "plebiscito" di Renan, il mito di Sorel, un fatto collettivo sì, ma collettivo o perché irrazionale e non ascrivibile a forme di deliberazione o discussione riflessiva o di aggregazione strumentale di interessi».

Il concetto di integrazione rileva anche in quanto rende la nozione smendiana del politico, considerabili quali sinonimi. Infatti, quando Smend caratterizza politicamente un organo o una funzione, punta sulla natura integrativa di questi. Qui si rintraccia il nucleo della teoria smendiana, perché qui egli affronta il tema della sovranità in modo blando, atteso l'uso interscambiabile di integrazione e politico. Sorprende che uno dei giuristi della *Methodenstreit* trascuri tale tema, che altri interpreti (Schmitt, Kelsen, Heller e altri), invece, giudicano come centrale nel dibattito giuspubblicistico weimariano. Tale peculiarità è spiegabile grazie alla capacità riconosciuta da Smend all'integrazione di assicurare sempre e in ogni circostanza il raggiungimento dell'obiettivo ai compiti prefissati. Tuttavia, tale lettura risulta semplicistica se non approfondisce l'evidente contrasto irriducibile tra Smend e gli altri membri della "comunità dei combattenti".<sup>927</sup>

Smend pare non necessiti dei concetti di sovranità e decisione, perché pur credendo nel valore dell'unità politica, questo non richiede una determinata istanza per essere realizzato, derivando automaticamente dalla processualità integrativa. L'integrazione – si noti – anche in questo caso tappa i buchi della dottrina smendiana e risolve, almeno in teoria, ogni problema rilevato dagli interpreti. Se in apparenza Smend intende affrontare e risolvere il problema della salvaguardia delle istituzioni sulla base di un sistema di valori comuni, per contrastare la crisi dello Stato e del diritto pubblico, in realtà ciò che rende nella sua teoria il valore dell'unità politica che egli persegue è ancora una volta l'integrazione. Ma ciò non basta a realizzare concretamente il suo intento. Infatti, «se ci si chiedesse *come* si pervenga ad uno *status* di unità politica così intensa quale quella sostanziale e *come* si fronteggi un contesto nel quale questa forma di unità politica così densa si riveli piuttosto irraggiungibile, in Smend non si ha alcuna risposta». In altri termini, «desiderosi di conoscere quale sia il "segreto" dell'integrazione ovvero l'istanza che la muove, condotti per mano ai pilastri di quella scienza che Smend stesso voleva fondare "rigorosamente e accuratamente sotto l'aspetto metodologico", il discorso si fa stentato, oscuro, fortemente venato di irrazionalità».<sup>928</sup> Nel mondo già integrato di Smend, ove ogni elemento è sempre collocato armonicamente nel tutto,<sup>929</sup> né la decisione, né la sovranità paiono indispensabili. Anzi, la sovranità è imputabile all'integrazione stessa.<sup>930</sup>

Da ciò deriva anche la mancata totale comprensione del vero tema sotteso alla teoria schmittiana della dittatura da parte di Smend che la bolla come "immagine antica

<sup>927</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., p. 65.

<sup>928</sup> Questa è la considerazione per cui Kelsen, per primo, seguito da molti altri critici, affonda un altro duro colpo a Smend, giudicando il suo pensiero un esempio di teologia politica e definendolo un teologo dello Stato (H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, p. 54).

<sup>929</sup> L'individuo possiede a priori l'etica politica necessaria per partecipare al processo integrativo; le formazioni sociali come i partiti politici (non visti di buon occhio da Smend) sono tenuti solo a non intralciare i processi di integrazione, rispettando l'ordinamento ed evitando l'ostruzionismo; lo Stato vede soddisfatte le proprie pretese grazie ai cittadini senza sacrificio di questi, risponde solo a se stesso.

<sup>930</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., pp. 66-68.

dello Stato” e “modo di pensare antichizzante”. Perciò, sarebbe superfluo per il giurista di Basilea indagare sul tema dello stato d’eccezione, visto che lo valuta come un momento di crisi temporanea che necessita di misure idonee a ripristinare le condizioni normali del processo di integrazione. Per Smend, la teoria dello stato deve ridurre lo stato d’eccezione a “soccorso tecnico d’emergenza”, mera tecnica transitoria e non espressione dell’essenza statale.<sup>931</sup>

In Smend, l’unità dello Stato è primariamente politica e secondariamente giuridica, ragion per cui la sua ricerca è più pubblicistica che giuspubblicistica. La concezione integrazionista pare ristabilire la realtà dello Stato e non del diritto. Ciò spiega il motivo per cui Smend si cura poco dei concetti di sovranità e di decisione. A chiarirlo è lo stesso giurista tedesco in *Costituzione e diritto costituzionale*: «Se Heller e Schmitt mettono in luce, *dal punto di vista giuridico*, la decisione sovrana come nucleo del problema dello Stato, qui si tenta di mostrare, *dal punto di vista delle scienze dello spirito*, la realtà di questa decisione come *autoformazione politica*».<sup>932</sup> Smend, quindi, non si accontenta di affrontare le questioni della sovranità e della decisione dalla prospettiva giuridica, proponendo la trattazione della *Ordnung* (oggetto della decisione), ossia «quel terreno di fondazione della vita associata e delle istituzioni, che consenta di edificare una sfera dell’interesse pubblico, insensibile ai particolarismi, alle fazioni: è il tema (...) della *Verfassung*, ma orientato in una direzione che appare una linea di fuga dal diritto». Nel fornire una risposta a tale problema, Smend appare nostalgico del passato. In particolare, egli postula l’esistenza di uomini fedeli ad un’etica comune, commettendo, secondo diversi interpreti, il solito errore: al cospetto di una società priva di omogeneità sociale e politica, manca di operare sul piano istituzionale, idealizzando una convivenza civile tra individui premuniti di un’etica politica, che dà per scontata, quando in realtà è tutta da costruire.<sup>933</sup>

A ciò si ricollega la visione smendiana dell’ordine politico, che appare distante da «una concezione ordinamentale o “antica” del diritto naturale come ordine sopraindividuale nel quale ciascun individuo e ciascuna comunità trova già predeterminati il proprio posto e il proprio ruolo», nonostante «la nostalgia per forme pure e incontaminate di integrazione materiale». Più vicina alla concezione smendiana

---

<sup>931</sup> *Ivi*, p. 69.

<sup>932</sup> La citazione riportata *ivi*, p. 81 è tratta da R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 125 (corsivo di G. Bisogni).

<sup>933</sup> G. Bisogni, *Weimar e l’unità giuridica e politica dello Stato*, cit., pp. 80-82. La sua nostalgia – che qui non significa né conservatorismo, né attaccamento incondizionato alla tradizione – è guardare al futuro in modo tradizionale, sebbene lui stesso ammetta di preferire la costituzione monarchica a quella di Weimar, poco integrativa: «Egli vuole, al fondo delle cose, rinverdire il fortunato equilibrio della costituzione ottocentesca; spera ancora in un collante etico-politico e non più, come per Savigny, etico-giuridico, che tenga coesa la collettività, senza aver bisogno della *fictio* dello Stato-persona; cerca di porre un freno al processo – di lungo periodo – di crescente disaffezione della società tedesca verso la sfera pubblica, che ormai non riusciva più a riconoscersi in un tessuto di valori comuni, ma che era dilaniata, invece, da lotte intestine; e, nell’intraprendere questo sforzo, finisce con il scivolare sulla stessa china della tradizione ovvero sul silenzio sulle cd. “cose ultime”» (*ivi*, pp. 84-85).

sembra il giusnaturalismo moderno in chiave contrattualistica, in cui non sussiste un ordine prestabilito, bensì il prodotto della volontà comune e dato dalla “dinamizzazione del concetto di Stato. Ciò, in quanto tale versione di giusnaturalismo comprende che «l’ordine politico è un *procedimento*, un qualcosa che non è dato una volta per tutte ma che ha bisogno di ripetersi costantemente nella volontà e nella coscienza dei soggetti». A sostegno di ciò, vale l’osservazione di Smend, per cui conoscono meglio lo Stato i giusnaturalisti rispetto a Weber o Laband, rei secondo il giurista tedesco di inquadrare le questioni dello Stato come un fatto tecnico, invece che come una decisione esistenziale fondamentale.<sup>934</sup>

Ciò dipende, secondo Smend, dal liberalismo che risulta estraneo rispetto allo Stato, di cui ignora la questione dell’essenza, che si limita ad una teoria statale meramente tecnica e che non vede il problema della comunitarizzazione delle volontà dei singoli in quella collettiva. Da qui, la sottovalutazione del diritto nella vita dello Stato, da parte di Smend, come di molti antipositivisti ed antiformalisti a Weimar. Al riguardo, Smend è accomunato a Schmitt: nel primo caso, prevale la decisione, nel secondo, l’autoformazione; «le norme, le regole, le procedure istituzionali impallidiscono dinanzi a cotanta vitalità». Ne deriva la consapevolezza da parte di Smend, più che di Schmitt, dell’antigiuridicità della propria dottrina politica.<sup>935</sup>

La teoria dell’integrazione offre una teoria dello Stato che, almeno in prima istanza, può prescindere dalla determinazione dell’essenza e dalla legittimazione dello Stato tramite altri valori, specialmente tramite il valore del diritto.<sup>936</sup>

## 6. I tre tipi di integrazione

Dall’osservazione e dalla consequenziale descrizione del processo integrativo derivano per Smend tre relativi gruppi di osservazioni che si traducono nei tre tipi di integrazione individuati dalla teoria smendiana, i quali non esauriscono né le prospettive da cui osservare la vita del processo né i tipi di integrazione che ne potrebbero conseguire.<sup>937</sup>

<sup>934</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 158.

<sup>935</sup> *Ivi*, p. 160.

<sup>936</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 125.

<sup>937</sup> Per la completa trattazione sistematica dei tre tipi di integrazione in Smend, si veda *ivi*, pp. 82-88 (integrazione personale), pp. 88-99 (integrazione funzionale), pp. 100-110 (integrazione personale). I medesimi tre tipi integrativi sono sinteticamente descritti anche da Bobbio [1] Personale: l’integrazione attuata tramite le persone; il *Führer* è la persona integratrice, la questione del *Führertum* corrisponde alla questione dell’integrazione personale; il capo, qui, è titolare di un’attività integratrice e non solo tecnica; come il monarca, egli rappresenta il popolo. 2) Funzionale: le funzioni integratrici sono fatti portano a sintesi gli elementi della comunità sociale, tramite il dominio (*Herrschaft*), che è la forma più universale, in quanto la vita costituzionale di ogni forma di Stato tende a formare e manifestare una volontà dominante, a differenza della lotta costituzionale propria del parlamentarismo criticato da Smend. 3)

In realtà, i tipi fondamentali di integrazione concepiti inizialmente da Smend sono due: 1) quella formale (*formell*) e 2) quella materiale (*sachlich*).<sup>938</sup>

1) I processi formali, diversi tra loro, sono accomunati dall'assenza del perseguimento di uno specifico scopo materiale da parte della comunità; Smend li paragona «alle esercitazioni e alle manovre di un esercito in tempo di pace che in tal modo diventa un'unità, o anche alla socievolezza (*Geselligkeit*), alla danza, alla ginnastica». A titolo esemplificativo, Smend riporta che quando si afferma che senza tasse e servizio militare obbligatorio non è possibile statalizzare le masse, ci si riferisce all'effetto di integrazione, che manca di fini esterni, derivante da queste istituzioni statali e dal collocamento dell'individuo in esse, contrariamente al senso tecnico e materiale dei mezzi di potere fiscali e militari.

2) Nell'integrazione materiale, invece, i valori vivono nella realtà solo nella e per mezzo della comunità che li realizza e li sperimenta. Ad ogni modo, è lo stesso Smend a precisare l'interdipendenza tra integrazione formale e integrazione materiale. La prima necessita di una comunità di valori materiali e la seconda della forma funzionale. Inoltre, una delle due risulta predominante, in quanto esistono atti della vita collettiva nello Stato in cui risalta volontariamente la funzione formale dell'integrazione, mentre ve ne sono altri in cui spicca il contenuto tecnico-materiale.

Quando la funzione formale è in primo piano, la forma prevale sull'oggetto materiale: i valori formali del gruppo si mostrano autonomi rispetto a quelli materiali (come gli scopi statali) e si pongono in comparazione a questi. Tuttavia, sebbene entrambi i momenti siano parte di una medesima istituzione costituzionale, Smend ritiene opportuno che le teorie dello Stato e del diritto statale li distinguano scrupolosamente.<sup>939</sup>

Da due, i tipi di integrazione diventano tre, in quanto l'integrazione formale si sdoppia in personale e funzionale. Pertanto, i tipi di integrazione concepiti da Smend comunemente conosciuti sono tre: personale, funzionale e materiale.

Smend raggruppa le tre forme dell'integrazione nelle categorie personale, funzionale e materiale, in cui lo Stato si identifica e dai quali è sorretto. Il diverso peso assunto da ognuna e le varie combinazioni tra loro stabiliscono le forme di Stato occorse storicamente. Le forme smendiane di integrazione scaturiscono dall'esperienza storico-spirituale della vita dei popoli (a differenza delle tre forme di potere legittimo, carismatica, razionale e tradizionale di Weber, che tenta di rispondere al problema della legittimità), nel tentativo di rispondere al problema dell'esistenza dello Stato (mentre la

---

Materiale: reale integrazione che fa riferimento alla efficacia integrativa del contenuto reale della società (N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 62)].

<sup>938</sup> «Il tipo di fondazione della comunità mediante la comunità di valori materiali si contrappone nettamente al tipo di integrazione mediante momenti formali (personali e funzionali)» (R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 99).

<sup>939</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 146. Si veda per un'ulteriore descrizione dei tipi di integrazione sviluppati da Smend, *ivi*, pp. 146-158.

questione della legittimità non lo riguarda, in quanto la sua trattazione porrebbe in essere un dualismo fra essere e dover essere, fatto e valore in contrasto con la sua ottica immanentistica). Tutte le forme integrative in esame sono “storicamente compresenti”, variandone le combinazioni e la predominanza. Quella personale è maggiormente presente nelle moderne democrazie plebiscitarie di massa, le quali non riescono a fare a meno di un sistema di valori dalla forte identificazione simbolica; quella funzionale è maggiormente presente nella democrazia liberal-democratica, la quale senza i valori di integrazione, sarebbe anarchia; quella materiale o attraverso valori è più vicina a epoche primitive in cui le società sono governate da un ordine cosmico obiettivo senza valori comuni.<sup>940</sup>

La dottrina dell'integrazione appare neutrale rispetto alle forme di Stato e non prevede una scala gerarchica tra le sue forme, in astratto e in concreto. Se la mancanza di grado tra le forme integrative in astratto è comprensibile, per i presupposti teorici dell'opera smendiana, non lo è in concreto, in rapporto alle peculiari condizioni dello Stato in Germania, attese le finalità pratiche della teoria di Smend. Tuttavia, ciò si giustifica con l'attenzione rivolta da Smend direttamente allo Stato in quanto tale e non ad una particolare forma statale. Ciò serve anche a smontare il paradosso apparente tra l'encomio dell'esperimento fascista e la difesa del parlamentarismo dall'attacco di Schmitt, per fare un nome. Dunque, la teoria di Smend non contiene giustificazioni per qualsivoglia ideologia politica. Piuttosto, essa indica diverse opportunità per rivitalizzare lo Stato. La dottrina dell'integrazione è vista più come una teoria della costituzione che dello Stato, ovvero «una interpretazione della costituzione come concetto categoriale, in relazione alla vita dello stato come tale, a prescindere dalla sua forma».<sup>941</sup>

L'integrazione personale riguarda i capi che eseguono una funzione integrante. Essa si realizza tramite la leadership e compito del capo, lungi dall'essere il dominio personale o il comando, è di tenere unito il gruppo politico alle sue spalle invitando i membri ad aderire spiritualmente e attivamente all'unità che egli incarna. Materialmente egli è deputato ad eseguire prestazioni di rappresentazione e promozione dell'unità, più che di produzione di atti governativi. Tali funzioni spettano a ogni funzionario nell'organizzazione della macchina statale: a quello politico primariamente e a quello non politico secondariamente. Ciò in quanto Smend mira teoricamente a ottenere il coinvolgimento attivo dei singoli cittadini tramite l'integrazione verso l'unità. Non rientrano in tale tipo di integrazione l'irrazionalismo, né la passività nei confronti del capo, come neppure l'esaltazione del potere personale, né la subordinazione del popolo.<sup>942</sup>

---

<sup>940</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 20-21.

<sup>941</sup> *Ivi*, pp. 21-22.

<sup>942</sup> *Ivi*, p. 22.

L'integrazione funzionale<sup>943</sup> concerne attività collettive sottoforma di procedura in grado di forza integratrice. Essa è espressa in modo variegato, tramite le marce militari, le esercitazioni ginniche, la lotta politica nelle sue forme proceduralizzate, quali la competizione elettorale, le decisioni a maggioranza, l'attività parlamentare, ossia attività in grado di produrre esperienze di vita in un ambiente politico sereno con effetto catartico. Proprio nelle procedure della lotta politica, il parlamentarismo si riscatta, contribuendo con le proprie prestazioni alla causa integrativa, a dispetto delle critiche accese dei suoi antagonisti, tra cui Schmitt. Giova ricordare che Smend propende per l'integrazione rispetto all'ideologia parlamentare, ma ammette quest'ultima quando i relativi processi svolgono una funzione integrativa e ciò solo nell'ambito di una comunità di valori comunemente o largamente condivisi. Questo significa che gli avversari politici hanno la possibilità di confrontarsi e integrarsi al contempo, senza attaccarsi ed annullarsi. La *Integrationslehre*, infatti, contempla il pluralismo degli attori sociali e dei partiti a cui richiede di convergere sui valori fondamentali, presupposto imprescindibile della salvaguardia delle forme costituzionali della democrazia parlamentare. Qui è possibile individuare il progetto di etica politica che Smend propone velatamente in tutta la sua dottrina, guardando alla polarizzata situazione politica di Weimar. La realizzazione più generale dell'integrazione funzionale è il dominio (*Herrschaft*), in quanto nello Stato una volontà dominante è indispensabile. Tale tipo di funzione integrativa è con ogni probabilità allineabile a quello della funzione del governo quale potere esecutivo.<sup>944</sup>

L'integrazione materiale inerisce ai "contenuti di senso e di valori" comuni e per questo integrativi. Detta anche integrazione attraverso i valori, tale forma integrativa non è posizionabile sul medesimo piano delle altre due, le quali soltanto nel mondo reale possibile contemporaneo sono in grado di tramutarsi in forme di Stato. Quella materiale, invece, assurge a elemento costitutivo delle altre, quale fondamento di

<sup>943</sup> Circa l'ordine politico, Smend indica due sottocategorie di integrazione funzionale: quella contrattualistica – preferita dal giurista tedesco –, ossia «la lotta costituzionalmente prevista di tipo parlamentare o plebiscitario» e quella del dominio (*Herrschaft*) (R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 97). Quando Smend parla dell'integrazione funzionale di tipo contrattualistico, si avvicina decisamente a Schmitt, sostenendo che «l'epoca delle masse supera assiologicamente la democrazia», forgiando così «un modello (moralmente, normativamente) superiore di integrazione». In tal modo, potrebbero giustificarsi "l'attenzione" e "la simpatia" che molti ritengono Smend nutra per il regime fascista, costantemente ripreso nel suo libro principale, indicandolo quale «caso eccellente di riuscita integrazione». A tale proposito, la tesi di Smend risulta simile a quella di Schmitt: «si scinde la democrazia dal regime parlamentare e in genere dalla deliberazione rappresentativa, e si reinterpreta la prima (la democrazia) come mero regime di massa e situazione *par excellence* carismatica». Sia per Schmitt sia per Smend, così, «il regime democratico risulta compatibile con lo "Stato totale" e con la dittatura cesaristica» (M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 153).

<sup>944</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 23-24. Smend riprende il fascismo, quando parla di integrazione funzionale sostenendo che «è uno dei punti di forza del fascismo, che per il resto può essere giudicato come si vuole, aver individuato con grande chiarezza questa necessità di integrazione multilaterale. Esso utilizza infatti, malgrado ogni rifiuto del liberalismo e del parlamentarismo, la tecnica dell'integrazione funzionale sostituendo consapevolmente l'integrazione materiale del socialismo che rifiuta, con un altro tipo di integrazione (mito nazionale, Stato corporativo ecc.)» (R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 115-116).

legittimità dello Stato. In altri termini, «è lo ‘sfondo’ delle altre forme di integrazione nel momento in cui esse pretendano di realizzarsi concretamente in una forma di Stato particolare». Ciò, sebbene essa non sia in grado di concretizzarsi in una propria forma politica. Attesa la sua necessari età ai fini di qualsivoglia esperimento di rivitalizzazione statale, l'integrazione materiale è il fulcro di tutta la dottrina smendiana dell'integrazione, oltreché la sua ragione primaria. Anche dall'ambiguità riscontrabile in tale concetto essenziale, derivano interpretazioni totalitarie della teoria di Smend lontane e deviazioni dalla spiritualità e dalla concretezza politica contemporanee.<sup>945</sup>

Gli esempi che Smend usa per descrivere l'integrazione illustrano meglio la natura conservatrice e totalizzante della sua natura.

La “integrazione personale” prende luogo attraverso i capi che sono la forma vitale di ciò che si rivela socialmente e spiritualmente. Il monarca, ad esempio, è nella sua persona l'incarnazione, l'integrazione della totalità del popolo. Dopo il fallimento della monarchia nel 1918, Smend afferma che altri dovrebbero prendere il posto del monarca. Ma non chiunque. Per Smend, ci sono persone che per la loro natura sono inadatti alle funzioni integranti. Egli afferma che Weber evidentemente vede gli ebrei come capi improbabili della vita statale tedesca, anche in una rivoluzione. Infatti, Smend crede che solo uno dei suoi contemporanei possiede l'abilità di unificare la Germania grazie alla propria personalità: il generale von Hindenburg. A nessun livello, Smend discute le politiche o gli obiettivi che il popolo vorrebbe vedere realizzati tramite un capo dato. L'integrazione tramite un capo appare essere un processo totale e autodeterminante privo di un contenuto concreto.<sup>946</sup>

Nella prospettiva di Smend, l'integrazione funzionale, o integrazione tramite procedure è orientata similmente verso una sintesi sociale organica. Il suo esempio di integrazione funzionale include il voto, il ballo, la ginnastica e la marcia. Smend è soprattutto interessato nel rapporto tra lavoro e ritmo e nello sforzo della psicologia del lavoro per creare un'unità spirituale tra il lavoratore e il suo lavoro per aumentare il numero dei risultati individuali. La riconciliazione di lavoratore e lavoro si realizza tramite mezzi spirituali più che tramite una negoziazione concreta. Le procedure formali di integrazione sono come tali senza scopo. Smend si riferisce al fascismo italiano per fare un esempio di “integrazione non mediata”. Il fascismo, per Smend, è più attinente a condizioni di democrazia di massa che di liberalismo o parlamentarismo. Egli afferma che il fascismo è dotato di un intuito paradossale e che il corporativismo, il militarismo e il mito sono tecniche di cui la cittadinanza di massa delle democrazie dell'epoca necessitano.<sup>947</sup>

La integrazione concreta è fatta di valori che realizzano e sono realizzati dalla comunità pubblica. L'esperienza di vita unificata dello Stato è l'esperienza di una

---

<sup>945</sup> *Ivi*, pp. 24-25.

<sup>946</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., p. 125.

<sup>947</sup> *Ibidem*.

totalità di valore, in cui ideali e comunità sono inseparabili. Tramite i simboli come bandiere, emblemi statali, capi di Stato, cerimonie politiche e celebrazioni nazionali, gli individui creano e sono creati dalla totalità. I simboli permettono ai cittadini di sperimentare la pienezza del contenuto simboleggiato con una intensità speciale. Smend descrive il processo, affermando che ognuno può sperimentare un contenuto valoriale simboleggiato “come io lo intendo”, senza la tensione o la contraddizione che la formula e la regola inevitabilmente suscitano e allo stesso tempo ognuno sperimenta ciò come una pienezza totale, in un modo irraggiungibile per altra via. I razionalisti, osserva Smend, vedono il linguaggio quale un’invenzione tecnica con lo scopo di comprendere, perciò come un manufatto tecnico invece che un elementare e necessaria forma di vita dello spirito umano. La teoria antirazionalista del linguaggio e dei simboli di Smend è priva di contenuto concreto; per esempio, di contraddizioni e battaglie per la posizione in una società frammentata politicamente. I simboli e il linguaggio invece agiscono per unificare una nazione sulla base del mito. Come esempio, Smend si riferisce all’importanza mitica della marcia di Mussolini su Roma per legittimare il fascismo.

Non è sorprendente che Smend fa riferimento all’Italia di Mussolini per i suoi esempi. Il giurista tedesco implicitamente asserisce che l’esistenza empirica del fascismo non coincide necessariamente con il suo valore morale. Ma al contempo, la teoria dell’integrazione di Smend sembra trarre valore etico o politico dalla sua esistenza. Lo Stato fascista svolge, secondo l’autore, la propria funzione di essere una comunità nazionale vivente. La maggior parte degli interpreti ritengono che al di là dei tentativi di Smend negli ultimi cinque anni della Repubblica di Weimar tesi a sviluppare argomenti per la validità della Costituzione weimariana, la sua teoria spesso mostra una concezione anticostituzionale, totale e repressiva dello Stato integrato.<sup>948</sup>

Una ulteriore interessante novità scaturente dal concetto smendiano di integrazione verte sull’argomento della tripartizione dei poteri, nell’alveo della integrazione funzionale, per cui i criteri di distinzione vanno indicati dalla diversa incidenza sul processo integrativo. Ciò in quanto la materialità della teoria delle funzioni impone di svincolarsi dai dati formalistici, al fine di dispensare classificazioni in linea con la teoria statale. In *Costituzione e diritto costituzionale*, la sistematica dei poteri ritrae gli assunti della teoria dell’integrazione. La complessa reinterpretazione di Smend dei rapporti tra i poteri è figlia dei capisaldi di teoria generale, ovvero della precostituzione dello Stato e del diritto come due entità autonome e definite. Una nuova teoria dello Stato che necessita di nuove gerarchie e nuove relazioni tra poteri autonome da norme e vincoli previsti dall’ordinamento giuridico. Pertanto le due “province” dello Stato e del diritto risultano, in Smend, “inscindibilmente unite”, ma al punto da

---

<sup>948</sup> *Ivi*, p. 126.

costituire pur sempre due realtà distinte e due universi di valori differenti nella vita spirituale.<sup>949</sup>

D'altronde, è lo stesso Smend trenta anni dopo la comparsa della sua opera più nota a rilevare, tra le lacune della sua dottrina dell'integrazione, quella di non aver preservato la specificità del diritto e la tensione tra norma e fatto, per aver favorito l'unificazione di entrambi.<sup>950</sup>

Il proposito di Smend di ricongiungere le separazioni realtà sociale e realtà giuridica, tra politica e diritto pubblico per mezzo del processo di integrazione evita qualsivoglia valore ordinante del diritto e qualsiasi costruzione formalistica della sfera giuridica. Smend, così, finisce per guardare al mondo delle forze politiche e sociali sempre nell'ottica dell'integrazione, dedicando poca attenzione ai partiti politici, riducendo la politica al medesimo processo di formazione dell'unità statale.<sup>951</sup>

Smend non si cura tanto di legittimazione del potere o di trovare una fonte di validità dell'ordinamento fuori dalla logica delle norme, quanto di scoprire la struttura unitaria che annulli la distanza tra sfera statale e sfera politica, facendo in modo che lo Stato assurga a soggetto risolutore di conflitti che lì si integrano per ricostituire l'unità perduta. La teoria delle funzioni diviene quindi un test per la dottrina dell'integrazione sulle sue capacità di sintesi, uno schema tramite cui ricostituire le interazioni tra i due diversi ordini dello stato e del diritto. Da una divisione formalistica dei poteri si passa ad una distinzione fra valori, diritto, amministrazione, integrazione. La classica piramide gerarchica è invertita, la questione della legittimazione dei poteri diventa secondaria e la teoria delle funzioni descrive soltanto il diverso contributo che ogni potere fornisce al processo integrativo. Pertanto, il nuovo schema di classificazione è orientato ai valori realizzati dai poteri, mentre lo Stato assegna la nuova attività di integrazione al governo, posto al vertice della piramide. La giurisdizione, invece, serve al valore del diritto e non a quello dell'integrazione, non ricoprendo un ruolo nel processo integrativo. L'amministrazione, addirittura, non rientra né nel sistema dell'integrazione, né in quello del diritto, risultando una specie di sottosistema autonomo. Da potere dello Stato, diventa un elemento tecnocratizzato e sganciato dalla giuridicizzazione, votato alla promozione del benessere e separato dalla sfera costituzionale.<sup>952</sup>

Solo la legislazione serve sia il valore dell'integrazione, concorrendo con l'esecutivo all'attività politica, sia quello del diritto, svolgendo la funzione formatrice della vita giuridica. Tale ambivalenza porta Smend a riprendere la dicotomia legislazione formale e legislazione materiale, seppure interessandosi non già della forma quanto «la diversità dei sistemi di riferimento, lo Stato e l'integrazione da una parte, il

<sup>949</sup> B. Sordi, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, cit., pp. 651-652. Sul punto, cfr. R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 169.

<sup>950</sup> Cfr. R. Smend, *Dottrina dell'integrazione* (1956), cit., p. 277.

<sup>951</sup> B. Sordi, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, cit., p. 653.

<sup>952</sup> *Ivi*, p. 654.

diritto dall'altra, in stretta corrispondenza con la loro diversa "pensabilità": unicamente nello Stato per legislazione formale ed esecutivo; "anche a prescindere dallo Stato" – vi saranno inserite infatti solo "mediante la costituzione" – per legislazione materiale e giurisdizione». Si realizza in tal modo l'antitesi totale con l'ordinamento a gradi della Scuola di Vienna. Dal superamento della separazione dei poteri prodotto dalla combinazione dinamica di "*legis latio*" e "*legis executio*", che segna l'esistenza dello Stato – tale per la sua dissoluzione completa nell'ordinamento giuridico – Smend passa all'interazione complessa fra valori e funzioni, la quale ricomponne l'ineliminabile realtà spirituale statale nell'incontro fra diritto e integrazione.<sup>953</sup>

Smend osserva, sulla base della sua teoria delle funzioni dello Stato, che la divisione dei poteri nelle carte costituzionali, definita "semplice", è sostituita da tre sistemi di funzioni che costituiscono il "gioco politico d'insieme" (*politische Zusammenspiel*) di legislativo ed esecutivo.<sup>954</sup> La revisione della divisione dei poteri e il nuovo intreccio di tre sistemi di funzioni e relativi universi valoriali costituiscono due stadi necessari al giurista di Basilea al fine di ritrovare la natura particolare e la connotazione politica dello Stato, in chiave antiformalistica e antiliberalista.

Stato e diritto, pur essendo autonomi, si sono evoluti intersecandosi tramite la legislazione che nel primo è uno dei poteri (legislazione formale) ed è data dal rapporto con l'esecutivo in cui avviene l'integrazione, nel secondo è contraddistinta dal suo rapporto con il giudiziario (legislazione materiale) e si realizza per mezzo del valore della giustizia. Dunque, Smend distingue Stato e diritto e le rispettive funzioni grazie al valore dell'integrazione. Definendo il rapporto tra Stato e diritto, Smend riesce a individuare i capisaldi della sua dottrina costituzionale per superare la tradizionale separazione dei poteri, indicando tre sistemi di funzioni con una determinata gerarchia di valori: il concorso politico di legislativo ed esecutivo e in tale rapporto il ruolo del governo e della dittatura quali funzioni politiche idonee all'integrazione; la legislazione e l'amministrazione della giustizia quali aspetti della vita giuridica; l'amministrazione quale strumento di benessere dei singoli. La concezione della divisione dei poteri è così superata da quella dell'accordo tra poteri. Con ciò, si evidenzia il legame tra costituzione ed integrazione, oltretutto il carattere politico dell'oggetto della costituzione, «la struttura del potere, ossia l'organizzazione delle funzioni che si pongono su livelli diversi in corrispondenza con i valori che esprimono – l'integrazione, la giustizia, il benessere».<sup>955</sup>

Smend, peraltro, fa notare come siano possibili mutamenti di grado fra gli istituti e le norme costituzionali, a causa di forze esterne alla costituzione, tanto quanto limitazioni del parlamentarismo tramite le ordinanze ministeriali: mutamenti della costituzione materiale, trasformazioni delle relazioni fra organi costituzionali

<sup>953</sup> *Ivi*, p. 655.

<sup>954</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 175.

<sup>955</sup> G. Gozzi, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, cit., pp. 163-165.

nell'organizzazione del potere, forma più generale dell'integrazione funzionale, per il giurista *de quo*.<sup>956</sup>

Il potere legislativo e quello esecutivo (elementi del rapporto interno alla *Herrschaft*), dunque, realizzano l'integrazione della vita dello Stato. Ciò, senza dimenticare l'avvertimento di Smend, per cui il potere si basa su valori materiali che lo legittimano. Da tale tesi emerge che nella relazione tra legislativo ed esecutivo (forma politica del governo parlamentare), la legislazione è una forma di integrazione funzionale, sì da non potere essere la realizzazione dei valori fondanti la comunità politica. Tale compito di integrazione materiale è da attribuire, per Smend, al governo: «nel sistema delle funzioni dello Stato manca una funzione con specifici compiti di integrazione»; perciò, «si forma un organo dello Stato che serve esplicitamente a questo scopo, ossia il governo», con graduale indebolimento del parlamentarismo a causa della prassi delle ordinanze emergenziali.<sup>957</sup>

Da quanto sinora descritto emerge che la forma di autonomia – autonomia che sostituisce il consenso democratico – riconosciuta al potere esecutivo per la realizzazione dell'integrazione della società tramite regole normative è espressione di una funzione politica che Smend qualifica come la sfera in cui lo Stato determina e impone se medesimo e la propria natura.<sup>958</sup>

## 7. L'idea di costituzione

Smend, nella seconda parte di *Costituzione e diritto costituzionale*, affronta gli effetti di teoria costituzionale focalizzandosi sulla «questione della sostanza specifica dello Stato quale oggetto di regolamentazione giuridica mediante la sua costituzione». In particolare, l'autore si occupa «del problema dell'unità della costituzione dello Stato in quanto sistema ideale di senso, per la cui comprensione è giustamente richiesta l'inclusione, accanto al testo costituzionale scritto, anche di quelle “forze sociologiche”; si tratta quindi di un problema speciale di quest'ambito particolare delle scienze dello spirito».<sup>959</sup>

Ciò premesso, Smend giunge a fornire la propria concezione della costituzione, così definendola:

---

<sup>956</sup> «Dopo la fine delle dinastie, ricorda Koellreuter, non è stato più possibile alcun tipo di integrazione personale e il potere si è risolto pertanto, come afferma Smend, in un processo di integrazione funzionale attraverso la quale si produce la volontà dominante. Il potere è dunque la relazione che sussiste tra le funzioni statali allo scopo di realizzare l'integrazione dello Stato» (*ivi*, p. 166).

<sup>957</sup> *Ivi*, p. 167.

<sup>958</sup> I. Staff, *Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar*, in G. Gozzi-G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, cit., p. 30.

<sup>959</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 148.

La costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo d'integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la costituzione è la normazione tramite leggi (*gesetzliche Normierung*) di singoli aspetti di questo processo.

Ritenendo, poi, lo Stato e la costituzione due elementi inevitabilmente intrecciati e interdipendenti, Smend passa a descrivere il processo vitale dello Stato attraverso la costituzione, sino ad individuare un modello di costituzione integrativo già esistito, criticando quello esistente a Weimar e proponendo l'opportunità di estendere l'applicazione del modello integrativo anche ad altre costituzioni che non realizzano il processo di integrazione.

Lo Stato, naturalmente, non vive soltanto dei momenti di vita regolati dalla sua costituzione: la costituzione stessa, in vista del suo completamento e in generale per poter essere tradotta in vita politica, deve fare i conti con i fondamenti istintivi di questa vita e su tutta l'ulteriore ricchezza nelle motivazioni sociali. Ma non può neppure abbracciare per intero le funzioni vitali da essa regolate: anche queste provengono, come tutta la vita politica, dalla totalità della personalità del singolo e concorrono in ogni istante alla formazione della totalità sovra personale dello Stato. Una tale ricchezza di vita non è interamente concepibile e regolabile da pochi articoli costituzionali, per lo più e inevitabilmente schematici e che si basano su sempre nuove recezioni di terza o quarta mano, ma può essere soltanto accennata e stimolata nella sua forza di integrazione. Se e come risulti da essi la riuscita del compito di un'integrazione soddisfacente, dipende in genere dall'esplicarsi di tutte le forze di vita politiche dell'intero popolo. La corrente di vita politica spesso può giungere a questa riuscita per vie diverse e non propriamente costituzionali: in questo caso l'adempimento del compito di integrazione, posto dalle leggi dello spirito rispetto al valore come dagli articoli della costituzione, corrisponderà, nonostante queste singole deviazioni, al senso della costituzione, più di una vita costituzionale sì maggiormente fedele ai paragrafi, ma anche meno riuscita.<sup>960</sup>

Pertanto, aggiunge Smend, l'inclinazione della costituzione alla totalità dello Stato e del suo processo integrativo necessita un'interpretazione flessibile che integra il contenuto della costituzione, diversa dalla classica interpretazione giuridica. Al riguardo, Smend crede che le costituzioni non debbano prevedere disposizioni specifiche:

Il costituente non è tenuto ad aver coscienza del senso di una costituzione conferitole dalle leggi dello spirito, così come al singolo non occorre la coscienza della connessione di senso della sua vita spirituale, in particolare del senso della sua vita politica quale componente del processo di integrazione statale. Di regola, i documenti costituzionali nascono da altre concezioni, piuttosto dottrinarie, dei loro compiti. A quanto vedo, soltanto una costituzione moderna è stata concepita con una piena, seppure non meditata, chiarezza circa questi compiti: quella della Federazione della Germania del Nord e del *Kaiserreich*. Ma ciò non esclude la possibilità di un'applicazione analoga anche alle altre costituzioni. Non solo i sistemi di integrazione regolati da norme, grazie alla legalità dello spirito rispetto al valore

---

<sup>960</sup> *Ivi*, p. 150.

e al suo esplicarsi nella volontà formatrice della nazione (*nationaler Gestaltungswille*), sono in grado di auto completarsi tramite formazioni spontanee (partiti, convenzioni, ecc.) a seconda del più o meno grande talento politico dei popoli. Anche le stesse istituzioni regolate da norme si inseriscono, indipendentemente dalla coscienza o dall'intenzione dei loro legislatori, nella connessione di senso posta loro come compito, si esplicano conformemente ad essa, si completano e si modificano in base a questo stesso compito, senza che ciò costituisca un problema giuridico particolare.<sup>961</sup>

Smend afferma che la costituzione è elastica e il suo sistema è in grado di completarsi e modificarsi autonomamente grazie al suo stesso significato immanente e sulla base di leggi di senso. Ciò, inoltre, permette di comprendere il suo effettivo sistema di integrazione, oggetto della sua regolamentazione e della sua volontà. Perciò, Smend reputa ordinaria la capacità delle costituzioni di comprendere il proprio oggetto esclusivamente in modo schematico e secondo singoli punti. Esse intendono indicare oggettivamente e ricettivamente senza pretendere di risultare valide in modo rigoroso ed eteronomo, tendono ad integrare e ad auto-formare la vita costituzionale. Tale è il senso smendiano della costituzione cui viene attribuito un proprio ambito materiale di vita quale oggetto e compito, tanto quanto è ascritto ad altri gruppi di norme in rapporto ad altri ambiti. Tale significato respinge il tentativo della teoria normologica di valutare la costituzione quale fondamento e presupposto della validità dell'ordinamento giuridico a prescindere, la quale va a ledere la costituzione stessa, oltreché la dignità e l'idea del diritto stesso. Tuttavia, solo indicando positivamente il compito materiale specifico della costituzione la confutazione di tale teoria sarà per Smend compiutamente realizzata.<sup>962</sup>

Secondo Smend, la costituzione come diritto positivo è sia norma sia realtà, mentre la costituzione in sé è realtà integrativa, durevole, quotidiana, esempio dell'effetto di integrazione di qualsivoglia comunità giuridica, prodotta continuamente dalla vita costituzionale che si auto-rinnova. Smend assimila ciò al "costituirsi" (*Konstituierung*) delle assemblee, inteso dal pensiero giuridico-formale statico come l'atto tramite cui una assemblea nomina un capo.

Il senso positivo più importante di tutto ciò (...) consiste nel fatto che (...) si compie così il trapasso dall'essere-per-sè in cui finora erano i singoli, alla socialità dell'essere in assemblea. Questo trapasso viene percepito senza eccezione da tutti i presenti come una esperienza vissuta reale, come un processo unitario che penetra tutti, come l'integrarsi (*Integrierung*) del gruppo, la cui formazione e negoziazione costituivano il senso del radunarsi. Ogni capo di assemblea sa bene che questa non viene messa in moto una volta per tutte con il suo costituirsi, come se si trattasse di caricare un orologio, ma che questo atto del costituirsi dev'essere in certo qual modo rinnovato in ogni istante, e che la forza d'integrazione in ogni istante deve nuovamente svilupparsi ed agire, il che avviene soprattutto grazie all'attività degli organi e degli oratori e sulla base dell'ordine del giorno.

---

<sup>961</sup> *Ivi*, p. 151.

<sup>962</sup> *Ivi*, pp. 151-152.

In altri termini, sempre quelli di Smend:

la norma, cioè la costituzione del gruppo riunito in assemblea e della sua organizzazione, non è la regola di un'entità in sé data e permanente, del suo esplicarsi all'esterno, ma è la forma della fondazione, della produzione e del costante rinnovamento di questa stessa entità. Non è casuale, ma a ragion veduta, che per la fondazione originaria della forma della vita politica, dell'integrazione di un popolo, si usi lo stesso termine con cui si definisce il costituirsi (*Konstituierung*) di un'assemblea.<sup>963</sup>

L'orientamento verso il valore di integrazione differenzia la costituzione statale, quale ordinamento di integrazione, dalle costituzioni di altri tipi di associazioni. In particolare, la peculiare posizione dello Stato è caratterizzata da due elementi.

1) La sua stabilità non è assicurata da un potere esterno ad esso e il suo funzionamento si integra tramite la «legislatività oggettiva rispetto al valore» in un sistema integrativo che gravita su se stesso. A proposito, Smend valuta le costruzioni statali basantesi su leggi meccanicistiche interne, quali quelle di Montesquieu, del *Federalist* e di Redslob, come adeguate metafore della realtà. La costituzione scritta di uno Stato ha quindi soltanto la possibilità di stimolare e limitare la vita costituzionale che poggia su stessa e non viene garantita dall'esterno.

2) Nello Stato si rende necessaria la decisione sovrana statale perché «“unità di decisione universale relativa a un territorio» (*gebietsuniversale Entscheidungseinheit*), in quanto dominio formale e potere ordinatore di ultima istanza in forza di leggi dello spirito primarie, decisione che si sviluppa di continuo a partire da questo sistema d'integrazione». Dalla necessità del compito di integrazione ad essa affidato e dalla limitazione alle forze e alle garanzie immanenti ad essa per svolgere tale compito, deriva la particolare posizione della costituzione dello Stato.<sup>964</sup>

La dottrina costituzionale di Smend risulta divergente rispetto ad altre teorie, come egli stesso tiene a precisare, soprattutto in base all'impostazione derivante dalle scienze dello spirito. Tale dottrina, dunque, respinge ogni teoria che scorge nella costituzione un apparato tecnico, meccanicistico, teleologicamente orientata, come quella di Max Weber (che vede nella selezione di personalità idonee alla funzione di capo il senso complessivo della costituzione), e con ciò anche l'equipollenza tra statuti statali e quelli di altre associazioni per la corrispondenza di scopi tecnici. Essa, inoltre, risulta incompatibile con ogni l'idea di sostanzializzare la costituzione, operazione con cui il realismo antico ha equiparato Stato e costituzione, tanto quanto con ogni orientamento di tipo spaziale, alla base dell'idea di costituzione quale ordinamento statico in contrasto alle funzioni statali, probabilmente effetto della teoria tradizionale

---

<sup>963</sup> *Ivi*, pp. 153-154.

<sup>964</sup> *Ivi*, pp. 156-157.

della sovranità di un dominatore (*Herrschersouveränität*) e dello schema costituzionale rigido della Costituzione weimariana del 1919.<sup>965</sup>

La costituzione dello stato si differenzia da quelle di altre associazioni anche per l'oggetto e il contenuto, secondo Smend. La costituzione dello Stato, come concepita da Smend, deve garantire la stabilità della macchina statale, non già con la subordinazione della formazione della volontà tramite mezzi coercitivi giuridici e giurisdizionali come nelle altre associazioni, ma «all'interno di quel libero oscillare dei fattori che compongono il suo sistema di integrazione». D'altronde, «la fissazione dello scopo dello Stato o del suo ambito di attività, e della posizione dei suoi membri, non sono affatto esigenze fondamentali in quanto l'esistenza formale e la vita dello Stato, come la loro garanzia, sono innanzitutto fini a se stessi e con ciò costituiscono l'unico compito fondamentale della costituzione».<sup>966</sup>

Pertanto, Smend non reputa “essenziali” i tradizionali elementi dello Stato (quello territoriale, quello personale della cittadinanza e quello della posizione di membro del cittadino), in quanto non riguarderebbero la natura dello Stato né della costituzione. Sono gli organi, le funzioni formali e i compiti materiali gli elementi che Smend giudica essenziali per una costituzione.

Nella formazione degli organi, nella loro esistenza e nella loro attività costituzionale lo Stato vive, viene integrato in forma personale; nelle funzioni formali la sua vita è processo, è integrazione funzionale. Nel contenuto materiale, che gli è dato dal suo territorio, dal suo carattere costituzionale e dai suoi compiti costituzionali, risiede il terzo elemento fondativo della comunità. Quest'ultimo si ritira però di fronte agli altri due sistemi di integrazione, cioè quello personale organico e quello funzionale: esso è dato necessariamente nel territorio, mentre nelle altre forme di manifestazione lo è molto meno. Ma tutti e tre insieme formano il contenuto materiale, il diritto materiale della costituzione.

E infine, Smend lascia emergere ancora una volta il suo sconcerto per certe scelte, stavolta di tecnica costituzionale, intervenute a Weimar:

Contrapporre la prima parte della costituzione come parte organizzativa-formale alla seconda come parte di diritto materiale, come fa un insigne civilista della repubblica di Weimar, non significa altro che disconoscere l'essenza della costituzione.<sup>967</sup> (nota 43, vedi)

Dal 1927 in poi, in Germania, si moltiplicano le pubblicazioni nel campo giusfilosofico tendenti a risaltare la costituzione come dinamica, formativa della struttura fondata su individui capaci di modificare la realtà in virtù dei cambiamenti prodotti dalla medesima struttura. Non pare un caso, infatti, che *Verfassung und Verfassungsrecht* di Smend e *Verfassungslehre* di Schmitt risalgono a quegli anni. Qui

---

<sup>965</sup> *Ivi*, p. 157.

<sup>966</sup> *Ivi*, p. 158.

<sup>967</sup> *Ivi*, p. 159.

la costituzione è descritta come una decisione del popolo funzionale al mantenimento dell'unione del popolo, effetto che Smend chiama "integrazione", interpretata non da una prospettiva normativistica quale complesso di norme, ma da un punto di vista spiritualistico. In tale concezione, il popolo è tenuto insieme dalla decisione formale di darsi una costituzione ed è il popolo e non l'individuo il soggetto della politica.<sup>968</sup>

Negli anni Venti, in Germania, la dottrina giuridica presenta due orientamenti diversi sulla concezione di costituzione. Il primo – rinvenibile in Jellinek – vede nella costituzione norme giuridiche riguardanti gli organi fondamentali statali, la loro formazione, le loro relazioni reciproche, le loro funzioni e il ruolo del singolo al cospetto del potere statale; qui, «la costituzione è il documento costitutivo o il principio regolativo di una persona giuridica, per quanto speciale questa possa essere trattandosi dello Stato». Il secondo – reperibile in Lassalle e Marx – la inquadra nei rapporti reali di potere a prescindere da documenti e provvedimenti formali; qui, «costituzione e potere di fatto si identificano fino a quasi non potersi distinguere l'una dall'altro». Orbene, Smend si pone a metà strada tra tali orientamenti: per il giurista tedesco, «ogni sistema sociale di vita si compone e si costituisce mediante la dialettica di validità e di fatticità (...), ovvero di "realtà vitale" e di "ordine di senso"». <sup>969</sup> In sintesi, «la soluzione adottata da Smend intende sfuggire alla Scilla del "realismo" e al Cariddi del "normativismo". Ciò egli crede d'ottenere dinamicizzando il concetto stesso di costituzione, vale a dire facendo di questa non un mero atto istitutivo dato una volta per tutte (sebbene eventualmente recidibile), bensì un procedimento di permanente istituzione e creazione». <sup>970</sup>

Una costituzione ideale secondo Smend dev'essere come un abito «in cui il popolo vive come nella propria pelle». Una tale costituzione però – si potrebbe obiettare – è superflua, come una carta geografica che riproduca perfettamente e in scala originale tutte le pagine di un territorio. Se un popolo vive bene nella propria pelle, perché dovrebbe coprirsi? Senza accennare a un altro interrogativo fondamentale per la dottrina costituzionalistica: se per caso la pelle di un popolo non sia proprio il suo vestito o – fuor di metafora – non sia proprio la sua costituzione. Per Smend la costituzione è fundamentalmente la «la legge vitale di un essere concreto». La costituzione è dunque eminentemente «costituzione in senso materiale», e in quest'ultima risiede il senso di ogni "costituzione in senso formale". La costituzione, essendo legge di vita, principio vitale di un organismo concreto, si differenzia allora dalla legge come regola astratta e generale. <sup>971</sup>

Tale concezione della costituzione muove da un principio di base posto da Smend come premessa delle "conseguenze di diritto positivo": «il criterio che distingue la

<sup>968</sup> C. Roehrsen, *Diritto e politica. Lo stentato affermarsi dello Stato borghese in Germania visto con gli occhi dei giuristi*, Torino, 1995, pp. 203-204.

<sup>969</sup> La citazione tratta da R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 148 è riportata in M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 162.

<sup>970</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 161-162.

<sup>971</sup> *Ivi*, pp. 174-175.

costituzione dal resto dell'ordinamento giuridico è sempre e di nuovo il carattere "politico" del suo oggetto». Per tale ragione, l'elemento politico risulta cruciale per la dottrina del diritto dello Stato pensata da Smend. Anche in tal caso, il giurista tedesco critica il metodo formalistico, reo di aver commesso taluni errori. In primo luogo, il formalismo rinuncia «a fondare la teoria dello Stato nel senso delle scienze dello spirito, cioè ad assumere, come punto di partenza del lavoro giuridico, una teoria dell'essenza materiale specifica del suo oggetto». <sup>972</sup> In secondo luogo, esso ignora la distinzione tra diritto costituzionale e le altre materie giuridiche: «le regole degli altri rapporti giuridici sono una regolamentazione astratta di un infinito numero di casi, la quale mira tutt'al più ad una conformità media, mentre qui si tratta di una legge individuale di un'unica e concreta realtà di vita». <sup>973</sup> Infine, per Smend la costituzione non fissa una volta per tutte la forma di vita della comunità politica, ma ne afferma solo il meccanismo permanente di "autoformazione"; il metodo formalistico ignora che la costituzione è la legge vitale dello Stato, di un essere concreto, e non essendo questo «una statua ma un processo di vita unitario che riproduce di continuo questa realtà», non realizza che la costituzione è la "legge della sua integrazione". <sup>974</sup>

Così, Smend pone la costituzione al centro del suo sistema statale ideale al fine di regolare giuridicamente lo Stato e garantire l'ordinamento fondativo della vita della comunità, quella "*Ordnung*" assente, secondo il giurista tedesco, nella Repubblica di Weimar. Ciononostante, il nocciolo duro della proposta smendiana si trova nel capitolo "Fondamenti di teoria dello Stato", in quanto a differenza di Schmitt, egli non definisce la costituzione come nucleo fondativo della statualità. Sebbene la costituzione sia per lui l'ordinamento giuridico della vita in cui lo Stato vive realmente e dunque rivesta un ruolo centrale, tale centralità non è finalizzata alla formazione dell'unità politica. Essa rappresenta uno snodo, indispensabile, di una statualità che, seppure strutturata in modo diverso dal modello ottocentesco, comunque produce "di per sé sola" unità politica. <sup>975</sup>

<sup>972</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 216. «Esso [il metodo formalistico] applica a tale oggetto i consueti concetti giuridici "generalisti", soprattutto i concetti di un diritto delle associazioni (*Vereinsrecht*) con marcate sfumature autoritarie. Questo metodo scompone il diritto costituzionale in un aggregato di singole norme ed istituti, che sussume sotto gli schemi generali correnti; quindi ne stabilisce il contenuto nella fondazione del potere di volontà giuridico-formale, dei doveri formali» (*ivi*, pp. 216-217).

<sup>973</sup> *Ivi*, p. 217. «Questo è il minimo che ogni interprete della costituzione dovrebbe ricavare dai passi iniziali dei documenti costituzionali, (...) anche se li ritiene per il resto giuridicamente improduttivi poiché carenti od oscuri nella "delimitazione di sfere di volontà"» (*ibidem*).

<sup>974</sup> *Ibidem*. Tale impostazione produce effetti notevoli sull'interpretazione costituzionale e sul diritto in generale: 1) l'interpretazione del rapporto tra Stato centrale ed enti territoriali (*ivi*, pp. 217-219 e pp. 248-254, in particolare per il diritto dello Stato federale); 2) la gerarchizzazione delle norme giuridiche dello Stato (presenti sia nella costituzione sia negli altri testi legislativi dell'unico ordinamento giuridico statale, che è un tutt'uno con quello costituzionale), in base alla differenza di valore e rango, nel sistema di senso dell'integrazione statale (*ivi*, pp. 219-220); 3) la modificabilità della costituzione, carattere specifico del diritto costituzionale (*ivi*, pp. 220-221). Tali criteri interpretativi della costituzione saranno oggetto di una distinta trattazione *infra*, nel paragrafo "Elementi di diritto e giustizia costituzionale".

<sup>975</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., p. 54.

La costituzione per Smend «deve essere la regola secondo cui un popolo è tenuto ad adempiere in modo responsabile al suo dovere politico», ossia «partecipare in modo costruttivo alla vita costituzionale». Essa disciplina giuridicamente il processo integrativo che realizza la vita statale. L'integrazione, per Smend, è inclusa nel contenuto della costituzione, la quale contribuisce a integrare lo Stato, cioè a costruire la superiore unità statale, mansione comune e continua dei cittadini. Lo Stato è una realtà spirituale che i cittadini vivono in modo soggettivo, prima di essere il sistema amministrativo studiato da Weber o l'ordinamento normativo indicato da Kelsen. Solo per mezzo di tale esperienza, i cittadini riescono a vivere nella collettività e ad aderire alla vita dello Stato come una comunità spirituale di senso. Nel processo circolare di integrazione tra individuo e Stato, "circolo chiuso senza primogeniture", la costituzione è a livello statico, la disciplina giuridica, la forma, l'ordinamento di tale processo, mentre a livello dinamico, è realtà che integra, un ordine vitale che realizza integrazione, avendo un proprio ambito materiale di vita quale oggetto. L'ordine vitale della costituzione è costituito dai diversi processi di vita politica fondamentali dello Stato e dai diritti fondamentali degli individui.<sup>976</sup>

Smend ritiene particolarmente importante che la dinamica della vita statale possa avere un effetto sul contenuto della costituzione, che potrebbe svilupparsi in modo fluido anche senza un formale emendamento costituzionale. La "corrente della vita politica" potrebbe deviare da "percorsi costituzionali", fintanto che questa si conformi allo spirito della costituzione. Questo è lo spirito della costituzione smendiana, attenta alla totalità dello Stato e del suo processo integrativo, che permette e richiede una elastica e complementare interpretazione costituzionale, diversa da tutti gli altri tipi di interpretazione giuridica. Questo è, allo stesso tempo, il problema centrale del suo concetto costituzionale: dinamizzare la costituzione mette in pericolo la sua normatività. Smend sottovaluta il compito della costituzione di creare ordine attraverso il diritto. Per lui, la stabilità del diritto costituzionale, che garantisce la prevedibilità, passa in secondo piano per l'elasticità di un sistema costituzionale in continua evoluzione.<sup>977</sup>

Dunque, concependo lo Stato come un processo sociale in sviluppo, Smend orienta il diritto costituzionale verso problemi concreti di interpretazione giuridica che tiene conto di valori, politica e contesto sociale di decisioni. La teoria costituzionale di Smend presuppone la nozione di costituzione sviluppata in *Costituzione e diritto costituzionale*. Ma anche il concetto fondamentale di Smend della costituzione contiene contraddizioni. Egli simultaneamente definisce la costituzione come parte di un sistema giuridico e come distinto dal diritto. Considerando la costituzione una "regola legale" del processo di integrazione, egli sembra ricostruire la separazione positivista tra diritto e politica o etica. Altrove, comunque, Smend nega completamente l'identità di

<sup>976</sup> G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, pp. 175-176.

<sup>977</sup> S. Koriath, *Rudolf Smend. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 210-211.

costituzione e diritto: la vita giuridica è “un corpo estraneo nella costituzione”, anche se allo stesso tempo il potere giudiziario e quello esecutivo sono “forme di vita statali”. Smend tenta di fornire entrambe le definizioni allo stesso tempo, affermando, ad esempio che nell’ambito del diritto positivo, la costituzione è sia norma sia realtà, mentre nell’ambito del diritto costituzionale, essa è una realtà integrante. Come indicano tali esempi, la teoria di Smend sembra oscillare tra una concezione della costituzione quale una serie di regole e quale una vita politica reale. La sua descrizione della prassi costituzionale, comunque, enfatizza l’inseparabilità di elementi formali e sostanziali nell’interpretazione attuale. L’interpretazione costituzionale, osserva Smend, richiede che si vada oltre il livello di norme individuali al processo fisiologico di formazione della volontà collettiva. Il significato del diritto costituzionale potrebbe non essere derivato dal documento costituzionale da solo, ma dalle pratiche sociali che fanno uso dell’articolo, conferendo a questo nuovi significati in contesti concreti.<sup>978</sup>

Il giurista tedesco attribuisce un valore secondario alla costituzione e al diritto costituzionale rispetto al suo oggetto che è lo Stato come integrazione. Per Smend, quest’ultimo è il “*prius* materiale”, mentre la costituzione è il “*posterius* giuridico”. La costituzione acquista senso soltanto nell’ambito di un processo di integrazione già provvisto di leggi proprie. Nella teoria smendiana, la vita statale non può essere concepita e regolata solo all’interno di un processo di integrazione e non da articoli della costituzione schematici e recepiti da altre tradizioni costituzionali. Ne deriva che la costituzione riceve il proprio valore dal processo di integrazione, dall’esterno, non contenendolo in sé. L’integrazione da oggetto della scienza spirituale diventa valore cui orientare il senso della costituzione. Così, Smend nega che esista un valore specifico del diritto, riducendo quest’ultimo a mero strumento tecnico in un processo politico. Solo nel 1956, in *Integrationslehre*, Smend giudicherà tale negazione come una lacuna della propria dottrina della costituzione.<sup>979</sup>

Gli effetti di ciò nella teoria dell’interpretazione costituzionale sono consistenti. L’interpretazione formale della costituzione va contro la propria natura e può portare a

<sup>978</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 133-134. A giudizio di Smend, gli articoli della Costituzione di Weimar più importanti sono l’articolo 1 (ogni potere statale deriva dal popolo) e l’articolo 3 (determina i colori della bandiera tedesca). Essi esprimono una regola per interpretare tutte le altre norme costituzionali, nell’interesse di integrare i cittadini nella Repubblica. Tali articoli formano un “autentico commentario” sui diritti fondamentali, che riempiono il contenuto del sistema culturale della Repubblica. I diritti di base del contratto, della proprietà, del matrimonio e dell’eredità riflettono la natura borghese della nazione, secondo Smend, mentre il diritto di voto universale e proporzionale riflettono l’influenza della rivoluzione proletaria. Tali esempi riecheggiano il sommario del sistema di diritti base presentato da Adalbert Düringer alla Assemblea nazionale il 3 marzo 1919; anche Anschütz appare essere d’accordo con il modello del sistema tedesco di valori. La differenza risiede nelle conseguenze che Smend auspica derivino per la scienza costituzionale. Smend illustra come il metodo antiformalista dell’interpretazione lavorerebbe in un articolo presentato all’Associazione dei giuristi pubblici nel 1927. Contro la comprensione dei positivisti, Smend osserva che i diritti andrebbero visti come valori basilari della comunità nazionale. Come la bandiera nazionale, i diritti prendono il posto del monarca nella simbologia dell’unità sostanziale dei valori culturali nazionali.

<sup>979</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 25-26.

risultati contro natura se essa rema contro il processo di integrazione, invece che andarvi incontro. La peculiarità dell'interpretazione costituzionale consiste nella focalizzazione del suo oggetto, il che implica una cura per la vita statale totalmente intesa e richiede un'interpretazione elastica ed evolutiva, ricorrente nella storia delle costituzioni, lontana da altri tipi di interpretazione in diversi campi del diritto, in cui la funzione integrativa non è preponderante come nel diritto costituzionale, così come concepito da Smend. Tale metodo (*geistes- wissenschaftliche Methode*) da una parte conferisce forza dinamica all'interpretazione, dall'altra indebolisce l'autonomia e la certezza del diritto costituzionale. Nonostante le critiche ricevute (da Forsthoff su tutti), tale concezione equivale ad una vocazione sicura dell'interpretazione della costituzione, ragion per cui viene adoperata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale nella Repubblica federale tedesca, dove la teoria costituzionale di Smend è accolta favorevolmente. Si fa notare, inoltre, come siffatta integrazione orientata al tutto (*als Ganzes*) non sia in grado di curarsi a fondo delle posizioni costituzionali delle parti. Forse è possibile scorgere in ciò una opzione ideologica in senso ampio, storicamente giustificabile, che pone dubbi sul tentativo di Smend di collocare la propria dottrina oltre l'alternativa tra totalitarismo e individualismo.<sup>980</sup>

Appare evidente come in Smend anche il tema "costituzione" sia fortemente legato, se non essenziale, alla sua dottrina dell'integrazione. I processi che scompongono lo Stato trovano fondamento in contenuti materiali formulati pienamente proprio nella costituzione. Smend, anche in tal caso, critica le concezioni da lui definite positivistiche, che vedono nella costituzione la base da cui partire per interpretare lo Stato quale personalità giuridica. Egli si rivede più in Redslob che individua nella costituzione la legge profonda o Kaufmann che assegna al diritto costituzionale la ricerca delle forze sociologiche, quali prassi parlamentare e partiti. Smend, quindi, è vicino alla concezione della costituzione materiale – nozione presente pure nella sua opera – salvo che a quella presentata da Schmitt nel primo incontro dei giuristi tedeschi di Jena nel 1924, in cui il giurista renano rileva il fine dei poteri dittatoriali attribuiti costituzionalmente al Presidente nella conservazione della costituzione, la quale realizza l'organizzazione statale e decide cosa è l'ordine, al fine di raggiungere l'unità dell'ordinamento.<sup>981</sup>

Come già indicato, la costituzione di Smend non è solo norma (regolamentazione giuridica dello Stato), ma anche realtà che integra (*integrierende Wirklichkeit*). Un principio, questo, già sostenuto dal giurista tedesco prima della pubblicazione di *Costituzione e diritto costituzionale*. In uno scritto del 1916, egli segnala l'esistenza di norme costituzionali non scritte che traggono forza normativa dal processo integrativo,

---

<sup>980</sup> *Ivi*, pp. 26-27.

<sup>981</sup> G. Gozzi, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, cit., pp. 158-159.

al di là del diritto costituzionale codificato.<sup>982</sup> In un lavoro successivo del 1919 è reperibile il programma smendiano di una teoria della costituzione basata sociologicamente quale indispensabile fondamento di una nuova teoria giuspubblicistica per il nuovo Stato tedesco.<sup>983</sup>

Da ciò risulta ancora più nitida la correlazione tra diritto costituzionale e dottrina dell'integrazione in Smend: il significato della norma costituzionale è comprensibile solo in rapporto alla realtà politico-sociale rilevabile nel processo di integrazione. La teoria costituzionale di Smend elabora una definizione di costituzione costruita su più livelli: ordinamento giuridico, forze sociologiche e sistema assiologico. Il giurista tedesco suddivide la costituzione negli organi, che rappresentano la realtà statale, nelle funzioni entro cui si sviluppa il processo della vita statale e nei contenuti materiali che istituiscono la comunità politica. La disamina delle funzioni è finalizzata alla realizzazione di una concezione sistematica, valutando la separazione dei poteri come la normazione giuridica del processo integrativo, sul fondamento della relazione tra valori e funzioni. In tale esperimento, egli si propone di risolvere il problema dell'esistenza del diritto quale corpo estraneo nel sistema dei poteri e quello dell'assenza del governo, al fine di riformulare la classica separazione dei poteri e chiudere il cerchio del sistema da lui pensato. Il diritto è un sistema chiuso, ma indissolubilmente connesso alla realtà statale, perché il processo integrativo proprio nel diritto si positivizza.

### 8. I diritti fondamentali

L'interpretazione costituzionale pensata da Smend va di pari passo alla concezione dei diritti fondamentali insita nella teoria dell'integrazione. Qui è dunque possibile trovare un altro tassello importante per ricostruire precisamente il mosaico costituzionale di Smend.

La teoria giuridica dei diritti fondamentali pensata da Smend – «buona cartina tornasole per rivelare i motivi ideologici di un autore» – riguarda principalmente la loro configurazione.

A tale proposito, pare opportuna una breve premessa sulle dottrine in voga ai tempi della Germania di Weimar, criticate duramente da Smend, che va agganciandosi a quelle con la sua teoria "oggettiva". Negli anni Venti del Novecento, il formalismo tedesco è erede del giuspositivismo di fine Ottocento e della linea Gerber-Laband-Jellinek, di cui non possiede la capacità intellettuale, nonostante studiosi di spicco come

<sup>982</sup> Ad esempio, Smend individua una norma non scritta nella fedeltà degli stati federati al *Bund* (*Bundestreue*), al patto (*Vertragstreue*) da cui derivano diritti e doveri costituzionali (R. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 51).

<sup>983</sup> R. Smend, *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 67.

Anschütz, e non presenta attitudini teoriche né alcun radicamento in un terreno filosofico e morale, contrariamente all'altra coeva scuola giuspositivistica, quella viennese di Kelsen. Il giuspositivismo di matrice tedesca, dunque, vanta validi tecnici del diritto, ma non teorici esperti, come dimostrano i problemi riscontrati nella concettualizzazione dei diritti fondamentali contenuti nella seconda parte della Costituzione weimariana. Lo statalismo della scuola giuspositivistica tradizionale tedesca ricomprende nell'ambito propriamente giuridico solo i "diritti pubblici soggettivi", «una sorta di addomesticamento dei diritti dell'uomo e del cittadino delle costituzioni rivoluzionarie».<sup>984</sup>

Anschütz rileva nei diritti fondamentali delle "specificazioni del principio di legalità dell'amministrazione": «i diritti fondamentali in questa prospettiva rigidamente giuspositivistica non rappresentano in alcun modo limiti o vincoli posti al legislatore; essi segnalano soltanto il principio per cui l'esecuzione della legge, la sua amministrazione, è soggetta alla legge medesima».<sup>985</sup> Proprio contro tale impostazione si articola la critica di Smend, il quale ritiene che i diritti fondamentali hanno rango costituzionale e ricoprono un ruolo fondamentale per la comunità politica, la costituzione e l'ordinamento giuridico. Il giurista tedesco li inquadra nell'area, già definita da Schmitt nella sua tripartizione,<sup>986</sup> delle "garanzie istituzionali", concependole quali "diritti validi costituzionalmente di primo grado" ovvero non diritti "vuoti", "*leerlaufende*", come in Anschütz, se si usa la bipartizione di Thoma in base al grado di efficacia.

Con riguardo alla Costituzione di Weimar, Smend affronta la relativa questione dei diritti fondamentali dalla prospettiva di teoria dello Stato, piuttosto che da quella giuridica adoperata da altri precedentemente, e quali conseguenze di diritto dello Stato. Egli ritiene che l'orientamento dominante non sia riuscita ad afferrare propriamente il senso della parte iniziale del testo costituzionale che definisce il contenuto integrativo tramite simboli, quali il preambolo, la formalizzazione della forma di Stato, del territorio e dei colori della nazione. Ad esempio, Smend afferma che il significato giuridico dell'articolo 3 della Costituzione weimariana, riguardante i colori del *Reich*, non corrisponde soltanto all'obbligo di emanare regolamenti o decreti.<sup>987</sup>

Smend critica l'«individualismo unilaterale del concetto dominante di diritto» che vede «norme giuridiche solo nell'immediata delimitazione di sfere di volontà tra titolari

<sup>984</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 182.

<sup>985</sup> «Si tratta dunque di una vera e propria degradazione di tali diritti – come scriveva, non senza un pizzico di *Schadenfreude*, Ernst Rudolf Huber pochi mesi prima del fatidico 30 gennaio 1933: "I diritti fondamentali sono stati svalutati in quanto sono stati concepiti come limiti non alla legislazione, ma meramente all'amministrazione"» (*ivi*, p. 183; la citazione riportata *ibidem* è tratta da E.R. Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 23, 1933, p. 8).

<sup>986</sup> 1) Diritti "liberali" di libertà, concepiti quali diritti di difesa (*Abwehrrechte*) contro l'apparato statale; 2) "garanzie di istituti" (*Institutsgarantien*), concessione di specifici istituti giuridici, generalmente privatistici; 3) "garanzie istituzionali" (*institutionellen Garantien*), che indicano la costituzione di istituzioni, generalmente pubblicistici (*ivi*, pp. 183-184).

<sup>987</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 241.

di diritti e soggetti obbligati di ogni tipo, nel diritto privato come nel diritto pubblico, trascurando ogni altro contenuto giuridico». Il giurista di Basilea pone l'accento sulle difficoltà di valutazione per un giurista delle proposizioni introduttive della Costituzione, non avendo queste una prosecuzione nell'ordinamento giuridico, pur essendo chiaro che la definizione dei colori della bandiera significa rompere solennemente con il passato sistema, credere in un nuovo principio politico e che questa fede costituisce una norma giuridica di alto valore. Pertanto, secondo Smend, tali proposizioni giuridiche introduttive sono contenute nella legge suprema statale e fanno parte dell'ordinamento giuridico, non in quanto contenitori di competenze e regole tecniche, non in quanto norme di competenza territoriale strumentale alle funzioni statali.<sup>988</sup>

Ribaltando il pensiero dominante, il giurista tedesco asserisce che la loro funzione ricopre un significato diverso e la loro previsione produce effetti rilevanti per la determinazione dell'essenza dello Stato:

In primo luogo, delineano sotto diversi aspetti la concretezza territoriale e politico-materiale dello Stato di cui introducono la costituzione, e con ciò esprimono la peculiarità che ha la costituzione di non essere una norma astratta per molti casi indeterminati, ma la norma individuale di questo caso unico. Inoltre, vincolano nuovamente la validità di questa legge individuale ad un contenuto determinato, ivi brevemente formulato e soprattutto simbolizzato, che sostiene e legittima questa legge: gli artt. 1 e 3 della costituzione di Weimar riconducono la sua positività alla modificazione di una legittimità ben precisa. Infine, agiscono come determinazione del tipo di legittimità dello Stato e con ciò anche come sovra determinazione della sua vita, pretendendo validità specialmente come regole di interpretazione dello spirito del suo diritto, vincolanti persino il legislatore. Innalzano le insegne in cui il popolo tedesco, secondo l'opinione della costituzione, deve e può essere più facilmente unito: qui si mostra in modo particolarmente chiaro la connessione tra integrazione materiale e legittimità specifica. Eppure una giurisprudenza formalistica, che svaluta questi fatti a favore dell'ordinamento formale di organi e funzioni costituzionali, addirittura capovolge la distribuzione dei pesi voluta dalla costituzione. Ciò che forma dello Stato e colori cercano di produrre per mezzo di simbolizzanti, i diritti fondamentali cercano di produrlo per mezzo di formulazioni. Tuttavia anche questo significato del contenuto della costituzione viene rifiutato dalla dottrina dominante di diritto dello Stato.<sup>989</sup>

Smend attacca il pensiero allora dominante che valuta i diritti fondamentali quali specificazioni del principio della legalità amministrativa ovvero "diritto amministrativo speciale" e studiati per verificare quale significato essi ricoprono quali modificazioni della situazione giuridica di leggi precedenti, eliminando così norme programmatiche e generiche. Con ciò, si arriva a biasimare il costituente per aver lavorato in modo tecnicamente peggiore del legislatore speciale che ha creato le norme poi emendate. In altri termini, Smend contestando tale ordine di idee sulla natura dei diritti fondamentali,

---

<sup>988</sup> *Ivi*, p. 242.

<sup>989</sup> *Ivi*, p. 243.

spiega che questi non corrispondono alla branca di diritto di cui trattano di volta in volta, non modificano leggi speciali e non sono quindi tecnici. Tali diritti regolano il proprio oggetto dalla prospettiva giuscostituzionale e non da quella della materia giuridica tecnica cui si riferiscono, oltretutto pur recependo letteralmente una norma prodotta dal legislatore speciale le attribuiscono un significato comunque diverso dall'originario. Così per Smend i diritti fondamentali rivestono un carattere non solo giuridico, ma anche statale, e vanno reinterpretrati circa il loro contenuto materiale e caratterizzati nuovamente circa la loro validità formale.<sup>990</sup>

Smend è certo che il senso materiale di tali diritti non sia quello di una legislazione tecnica speciale, per il mancato riferimento in essi di un loro rapporto con leggi tecniche speciali vigenti circa il medesimo oggetto, dando vita a dubbi e problemi di difficile soluzione, da una parte, e rivelando rapporti positivi tra essi e con il diritto costituzionale, dall'altra.

Già la stesura dei loro testi indica questo: o li premettono ponendo fortemente l'accento su un ambito materiale di cultura nei confronti del quale fanno aperta professione di fede, o iniziano frase per frase con le parole: «Tutti i tedeschi ...», «Ogni tedesco ...» ecc. In ciò trovano inequivocabile espressione i due momenti che costituiscono il senso del contenuto di un catalogo di diritti fondamentali: quest'ultimo vuole regolare normativamente una serie di contenuti dotata di una certa compiutezza, cioè un sistema di valori o beni, un sistema culturale regolato come sistema nazionale proprio dei tedeschi, e positivizza valori più generali in forma nazionale. In tal modo, conferisce agli appartenenti di questa nazione dello Stato qualcosa come uno *status* materiale che li rende materialmente un popolo, tra loro e nei confronti degli altri. Questo duplice senso di sistema culturale e di integrazione del popolo è l'orientamento positivo dei diritti fondamentali, che spiega il loro non-orientarsi (*Nichtorientierung*), tanto spiacevole dal punto di vista della tecnica giuridica, al diritto speciale tecnico. Ma questo non-orientarsi non può essere isolato e fatto valere per argomentare intorno alla relativa mancanza di valore di questa parte della costituzione, ma deve essere inteso come complemento negativo di quella funzione positiva da cui soltanto può derivare la risposta alla questione della specificità della sua pretesa formale di validità.<sup>991</sup>

La pretesa di validità formale nell'ambito del diritto speciale, invece, prosegue Smend, può rivestire forme diverse. Tuttavia, nell'ambito dei diritti fondamentali, questi la pretendono tutti uniformemente. Essi, nell'ambito del diritto speciale tecnico, possono riferirsi a uno o più soggetti o a nessuno di essi, risultando o meno immediatamente validi, ma pur sempre hanno la pretesa di valere quantomeno come regola utile ad interpretare il diritto speciale sulla base del sistema culturale che regge il catalogo stesso dei diritti fondamentali, rappresentando un punto di riferimento per la costituzione, l'amministrazione e la legislazione. Smend rivela un altro significato che fonda quello mediato o immediato circa il diritto speciale tecnico.

---

<sup>990</sup> *Ivi*, pp. 243-244.

<sup>991</sup> *Ivi*, pp. 244-245.

Del tutto a prescindere da ogni validità di diritto positivo, i diritti fondamentali proclamano un determinato sistema di valori, un sistema culturale, destinato a essere il senso della vita statale costituita dalla costituzione. Per la teoria dello Stato ciò significa intenzione di integrazione materiale, per la teoria del diritto legittimazione dell'ordinamento positivo dello Stato e del diritto: è in nome di questo sistema di valori che questo ordinamento positivo deve vigere, essere legittimo. In quanto formulazione di questo sistema di legittimazione, il catalogo dei diritti fondamentali è in certa misura un autentico commento alla breve definizione e simbolizzazione di questo sistema nel preambolo e negli artt. 1 e 3 della costituzione. Qui incontriamo i fondamenti più importanti per l'interpretazione dei diritti fondamentali. Si potrebbe dubitare circa l'effettiva portata per il diritto civile degli artt. 152, 153, 119, 154: ma è indubitabile che essi conferiscono al *Reich* della costituzione weimariana la legittimità di un sistema culturale, il quale mantiene nei suoi istituti fondamentali (libertà contrattuale, proprietà, matrimonio, diritto ereditario) il precedente ordinamento di diritto civile e quindi comprende la fonte di legittimità più importante e significativa per l'epoca borghese. (...) Questo sistema dei diritti fondamentali, in quanto intero fondato e condizionato storicamente, è in sé oggetto esclusivo delle scienze dello spirito.<sup>992</sup>

La discussione sui diritti fondamentali segna la parte conclusiva della teoria smendiana, in quanto in questi l'integrazione materiale trova fondamento e possibilità. Già in una relazione sulla libertà di opinione presentata in occasione della riunione dei giuspubblicisti tedeschi del 24 marzo 1927 a Monaco di Baviera è possibile comprendere la portata innovativa della sua interpretazione della teoria dei diritti fondamentali.<sup>993</sup>

A tale riguardo, è stato osservato che i diritti fondamentali, in Smend, rappresentano valori inquadrati nel rispettivo sistema culturale valutativi, per cui anche il concetto di libertà viene relativizzato, essendo essa soggetta alle valutazioni coeve e ai bisogni della comunità statale. Pertanto, Smend mira a cogliere il significato dei diritti fondamentali non limitandosi al metodo giuridico-positivo, mostrando, a suo dire, le lacune del diritto costituzionale, il quale dovrebbe muovere anche da un'ottica sociologica: esprimendo valori, i diritti vanno interpretati sulla base di scienze dello

<sup>992</sup> *Ivi*, pp. 245-247.

<sup>993</sup> G. Gozzi, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, cit., p. 168. «Egli osserva infatti che il diritto di esprimere liberamente la propria opinione (sancito dall'art. 118 della costituzione) non è un diritto della singola persona, bensì rappresenta piuttosto un bene culturale della vita della comunità: per questa ragione non dovrebbe essere inserito nel capo I della parte seconda dedicato alle persone singole. Le stesse considerazioni vengono espresse da Smend a proposito dell'art. 142 (sulla libertà di insegnamento e di ricerca). Anche questo articolo si riferisce ad una istituzione la quale si è affermata storicamente all'interno della comunità politica: si tratta cioè di una grande istituzione pubblica la quale risale alla concezione idealistica formulata da Fichte e alla esperienza della università di Jena. La determinazione storica dei diritti è fondamentale nell'analisi di R. Smend al punto che egli ammette, ad es., una limitazione dell'art. 118 ad opera della legge del parlamento, se essa può esprimere un valore materiale emerso storicamente superiore a quello racchiuso nel diritto fondamentale» (*ivi*, p. 169). Di diverso avviso è Schmitt, il quale, invece, vede i diritti fondamentali come assoluti, modificabili solo eccezionalmente dal legislatore; sulla base di ciò, commenta Neumann, la costituzione finirebbe per essere riformabile solo con una rivoluzione (*ivi*, p. 169 in nota).

spirito. Qui i diritti fondamentali smettono di essere limitazioni poste dallo Stato per divenire i primi mattoni della nuova costruzione statale. Risalta, dunque, da ciò ancora con più slancio il tentativo di Smend di superare la concezione dello Stato di diritto, esprimendo i “suoi” diritti fondamentali la forma di partecipazione alla vita statale per integrarlo in unità politica e non più una sfera di libertà esistente già prima del potere statale.<sup>994</sup>

Nei diritti fondamentali, Smend vede il fondamento costituzionale di tutto il popolo tedesco, oltretutto il programma da attuare a livello statale. Sul piano più tecnico, Smend ravvisa uno stretto collegamento tra le due parti della Costituzione di Weimar, la quale pone le basi per realizzare la cittadinanza (*Staatsbürgerlichkeit*) dei tedeschi nella comunità e non il contrasto tra potere statale e libertà. In virtù di tale legame, egli interpreta i diritti fondamentali come diritto costituzionale, superando la concezione liberale che li reputa a livello formale diritto costituzionale e a livello materiale diritto amministrativo, in quanto circoscritti nei rapporti dello Stato con i cittadini.<sup>995</sup>

Per Smend il nuovo sistema costituzionale weimariano e la perdita della forma monarchica determinano problemi di visibilità dello Stato, con conseguente compromissione della sua realtà spirituale, che egli intende ripristinare. Perciò, il governo diventa il fulcro del sistema dei poteri statale, andando con la sua politicità a infrangere lo schema tripartito e a comprometterne la giuridicità, oltretutto il punto di riferimento visibile della statualità. A tal fine, muovendo dall'integrazione funzionale a quella materiale, i diritti fondamentali – non più come limitativi dell'autorità statale – sono anch'essi necessari al processo di integrazione proposto da Smend. Egli vede i diritti fondamentali non più quali diritti di libertà, ma fattori di integrazione, rientranti non più nell'ambito delle situazioni soggettive individuali, ma nel processo di “comunitarizzazione” in cui ricoprire un ruolo centrale. Trattasi del noto antindividualismo di Smend, il quale in tal caso riconduce sistematicamente fattori di potenziale disgregazione alla legge strutturale dello Stato. In tal modo, in Smend, i *Grundrechten* mancano di essere “specificazioni della legalità amministrativa”, atteso anche il valore squisitamente tecnico espresso dall'amministrazione, e iniziano a costituire “sostrato materiale dell'integrazione”, rendendo materialmente i cittadini un popolo. In tal modo diviene possibile riconoscere che i valori espressi dai diritti fondamentali legittimano l'ordinamento positivo e che l'integrazione, quindi, «si conferma un processo circolare tra i due poli dei singoli e dell'intero, rivelando ancora una volta le sue notevoli ambivalenze ed ambiguità ideologiche». I valori estrinsecati dai diritti fondamentali, tuttavia, non sono rivolti all'individuo, né pretendono di garantire supremamente gli istituti giuridici. Ne deriva un gap da riempire a livello contenutistico dell'integrazione materiale, non più pescando nel sistema di valori che hanno legittimato la monarchia, ma nel sistema costituzionale formalizzatosi a Weimar.

---

<sup>994</sup> *Ivi*, pp. 169-170.

<sup>995</sup> *Ivi*, pp. 171-172.

I diritti fondamentali, divengono, dunque, un ulteriore strumento di “rivitalizzazione della realtà spirituale dello Stato”.<sup>996</sup>

I diritti fondamentali in Smend fanno parte del diritto costituzionale quale diritto dell’integrazione e del suo lato materiale. Costituiscono un preciso sistema assiologico, fondano un ordine culturale obiettivo e contribuiscono a fondare la legittimità dell’ordinamento giuridico, nel senso di un’integrazione popolare e statale. In tale sistema, il legislatore ha la facoltà di proclamare a livello costituzionale i diritti in istituti regolati anche tramite la tutela di situazioni soggettive individuali, quali specificazioni del principio di legalità nell’amministrazione. Tuttavia, i diritti fondamentali non sono indirizzati al singolo, con l’effetto di isolarlo dalla comunità di cui è parte e sfiancando l’unione statale come processo integrativo. Con ciò non si elimina il contenuto soggettivo dei diritti, ma lo si altera e lo si priva della potenzialità disgregativa, inserendo i diritti stessi in un processo di vita politica oltre gli individui.<sup>997</sup>

Tutto ciò è esemplificabile grazie ad un contributo di Smend del 1933,<sup>998</sup> in cui libertà giuridiche fondamentali sono definite quali “fondamento borghese dello Stato”, e non come liberazione borghese dallo Stato. I presupposti fenomenologici della concezione dello Stato di Smend inquadrano i singoli come protagonisti del processo di integrazione. Ciò vuol dire che l’inserimento dei diritti fondamentali nel processo di vita statale e il riferimento del significato di questi al processo di integrazione e non direttamente ai singoli non corrisponde ad una contrapposizione tra diritti e singoli. Di certo, poi, la concezione integrazionista dei diritti fondamentali porta a considerarli quali “diritto della vocazione personale del cittadino” (*persönliches Berufsrecht*), ovvero una specie di complesso di precetti del cittadino consapevole. La metamorfosi dei diritti dell’individuo da garanzia di situazioni soggettive del singolo in valori comuni è in grado di iniziare l’istituzionalizzazione dei diritti medesimi in idonee strutture finalizzate al valore, ossia al senso sociale che i diritti fondamentali hanno nella conformazione di uno Stato.

Il ribaltamento singolo-totalità è posto in essere dalla dottrina orientata al nazionalsocialismo, dopo aver evidenziato lo Stato come unico titolare di diritti e pretese, un tutto.<sup>999</sup>

Smend, invece, lungi dall’essere considerato precorritore di tale ribaltamento, che avrebbe contraddetto i presupposti fenomenologici delle sue teorizzazioni, cambia comunque collocazione ai diritti fondamentali, spostandoli da garanzia delle differenziazioni nella struttura statale, a promozione della compattezza statale, dalla prospettiva soggettiva a quella oggettiva, dall’ottica individuale a quella totale, ma non

<sup>996</sup> B. Sordi, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, cit., pp. 656-657.

<sup>997</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 27-28.

<sup>998</sup> Cfr. R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *Staatsrechtlichen Abhandlungen*, cit., p. 318.

<sup>999</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 28. Cfr. su tale scia le osservazioni di A. Baldassarre, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Democrazia e diritti*, 1976, pp. 291-302, così come indicato *ibidem*.

per forza totalitaria. Quindi, l'inquadramento teorico dei diritti fondamentali nella dottrina dell'integrazione risulta lontana dal liberalismo, ma non anti-liberale – come nelle dottrine costituzionali dei totalitarismi fascista e nazionalsocialista che stravolgono radicalmente la concezione dei diritti –, rimanendo nel limbo. Proprio per il collocamento su un terreno intermedio, la dottrina di Smend spesso è strumentalizzata ai fini di una deriva ideologica che avrebbe aperto la strada a certe concezioni totalitarie sui diritti, sulla costituzione e sullo Stato. Insomma, il riferimento è alla più volte richiamata ambiguità che permea la teoria smendiana. La dottrina materiale dei diritti fondamentali resta uno degli argomenti più enigmatici del libro in questione.<sup>1000</sup>

Il dato, pericoloso, più lampante nella concettualizzazione smendiana dei diritti fondamentali è la loro associazione ai simboli e ai miti integrativi dello Stato. Qui, essi sono finalizzati alla costituzione, al mantenimento o all'integrazione di una data comunità statale e non alla indipendenza, alla tutela o alla promozione di determinati ambiti soggettivi dai poteri pubblici: non equivalgono ai diritti umani, non sono intesi a livello individualistico e non discendono dalla personalità, come in Anschütz, bensì sono concepiti a livello nazionalistico e derivano dalla cittadinanza, ovvero dalla condizione di membro di un popolo, per accendere il senso di identità comune dei tedeschi, parlando della Costituzione di Weimar. In tale concezione, i diritti fondamentali possono risultare diritti di cittadinanza, ovvero omogeneità a livello etnico-culturale, una posizione con cui ci si differenzia, un mezzo *ad excludendum*, ai fini della formazione di un popolo. Tale è la nota “teoria oggettiva” dei diritti fondamentali, accreditata nella dottrina e nella giurisprudenza della Repubblica federale tedesca a livello costituzionalistico, che rifiuta la dottrina dei diritti quali libertà negative sostenuta da Schmitt.<sup>1001</sup>

Con la crisi degli Stati liberali e l'avvento delle democrazie nelle quali il potere pubblico è emanazione più o meno diretta di tutti i cittadini e dell'insieme della società civile ora divenuta società di massa, si fa sempre meno urgente e plausibile – in questa prospettiva – la concezione dei diritti in termini negativi. Non v'è più bisogno – così suona l'argomento qui utilizzato da Smend e compagni – di proteggersi contro l'ordinamento politico, che questo è espressione diretta della cittadinanza. È questa, come si vede, la ripetizione di un motivo rousseauviano. I diritti ora – si dice – sono piuttosto fondamenti, e non limiti, di legittimità e di operatività dell'ordinamento giuridico.

In tal modo, Smend tenta di mutare il prevalente orientamento ermeneutico dei diritti, al fine di scampare a quelli che egli – tanto quanto gli altri membri della “schiera” – giudica errori del formalismo. Il nuovo metodo di interpretare i diritti proposto dal giurista tedesco prevede tre tecniche ermeneutiche: muovere da un'ottica antiformalistica, ovvero privilegiare il contenuto materiale dei diritti rispetto a quello

<sup>1000</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>1001</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 184-185.

formale dei precetti; adoperare una tecnica olistica, ossia individuare la *ratio* del diritto fondamentale, al di là dei soggetti attivi e passivi dei diritti; interpretare i diritti in base al contesto mutevole in cui sussistono.<sup>1002</sup>

Da ciò deriva l'esortazione di Smend a rapportarsi elasticamente al progetto originario del costituente, interpretando i diritti fondamentali in rapporto all'insieme dato dalle circostanze presenti e dal sistema assiologico insito nella costituzione.

I diritti fondamentali sono dunque trasformati in principi, e in principi interpretati o espressione dei valori di una comunità. Essi potranno farsi valere anche in assenza di specifiche rivendicazioni dei soggetti titolari dei diritti, e in un certo senso anche contro questi. Da posizioni soggettive di libertà (di *licere*) o anche di potere (di *posse*), i diritti si trasformano pertanto in "istituzioni" di una certa comunità. Si badi che qui non si postula tanto un complemento oggettivo ai diritti concepiti come poteri dei soggetti, quanto in buona sostanza la cancellazione di tali poteri in nome dei superiori valori di integrazione dello Stato. Il valore dell'integrazione primeggia su tutto, di maniera che per esempio la titolarità dei diritti deve rivolgersi innanzitutto ai membri della comunità nazionale, ai Tedeschi, trascurando la soggettività universale concessa dai diritti dell'uomo. I diritti dell'uomo vengono così svincolati dai diritti fondamentali, e anzi a questi drammaticamente contrapposti.

In tal modo, la teoria "oggettiva" si sostituisce a quella "soggettiva": «la comprensione teorica dei diritti fondamentali da parte della dottrina dell'integrazione non è così antiliberalista (come sarà poi con le dottrine totalitarie) ma è piuttosto estranea al liberalismo».<sup>1003</sup>

In estrema sintesi, i diritti fondamentali in Smend rappresentano un sistema di valori sociale ed obiettivo, la cui positivizzazione contribuisce a integrare materialmente lo Stato, grazie ad ideali che godono di consenso comune.

### 9. Elementi di diritto e giustizia costituzionale

Dalla teoria dello Stato e della costituzione di Smend – la dottrina dell'integrazione presentata in *Costituzione e diritto costituzionale* – derivano diversi temi specificamente di diritto costituzionale. Tra questi, particolare rilevanza assumono nel dibattito giuspubblicistico a Weimar e poi a Bonn, la giustizia costituzionale, il rapporto tra *Reich* e *Länder*, le funzioni degli organi costituzionali e la modificabilità della costituzione.

Nell'ambito del dibattito dottrinario di Weimar tra il 1922 e il 1928, circa il controllo giurisdizionale di costituzionalità, Smend critica l'idea di un controllo di

<sup>1002</sup> *Ivi*, p. 186.

<sup>1003</sup> *Ivi*, p. 187. La citazione riportata *ibidem* è tratta da G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 29.

costituzionalità di tipo accentrato, nelle sole mani del Tribunale costituzionale, tanto quanto Schmitt ed altri autori conservatori, ma a differenza di questi, muovendo da una prospettiva diversa e adducendo diverse motivazioni. In virtù della sua teoria dell'integrazione, organicistica ma anche democratica, Smend crede che le controversie costituzionali debbano essere risolte esclusivamente per mezzo della cooperazione (*Zusammenwirken*) fra gli organi superiori del sistema repubblicano e non da una corte costituzionale.<sup>1004</sup>

Smend afferma che non è possibile comprendere la giustizia costituzionale in analogia a quella civile o amministrativa. La tutela delle minoranze in parlamento ad opera del giudice costituzionale si differenzia dalla tutela di un gruppo di soggetti portatori di interessi individuali ad opera di un giudice civile, in quanto serve a ricomporre l'integrazione delle parti. La tutela giurisdizionale dei *Länder* nei confronti del *Reich* è differente dalla tutela giurisdizionale amministrativa dei comuni nei confronti della vigilanza statale. Ad ogni modo, prosegue Smend, la circostanza che mancano rimedi regolari contro l'ostruzionismo, la secessione ed altre azioni antidemocratiche non indica una differenza delle possibilità di riuscita del diritto costituzionale e del relativo giudice. Ciò in quanto in tale ambito «non si può ricorrere sempre, e talora per nulla, alla coercizione, dal momento che l'adempimento del dovere dev'essere sempre nuovamente rimesso alla buona volontà e all'obbligo di intesa e cooperazione costituzionali, perciò anche la giurisdizione – perlomeno nei casi più gravi – può essere soltanto uno strumento e uno stadio dell'intesa di quelle parti, presumibilmente dotate di buona volontà, che a loro volta devono servirsi, anche solo in questo senso, di tale strumento: così come la vigilanza del *Reich* sui *Länder* non deve “comandare”, così anche le parti della controversia ai sensi dell'art. 19 non devono lottare per la vittoria giuridica, bensì per un'intesa».<sup>1005</sup>

Il tema del custode della costituzione non è affrontato da Smend come nella polemica tra Schmitt e Kelsen. Rifiutando la concezione formale del diritto, Smend di conseguenza non considera come unica garanzia quella del controllo giudiziario (procedure *ex artt.* 15, 19 e 48 *WRV*) del diritto formalistico dei membri e dell'associazione, circa i contrasti tra *Reich* e *Länder*. Muovendo da un approccio integrazionista, egli sostiene che la Costituzione weimariana non apporti novità al tema, rimanendo retta dal vecchio principio federale, giuridico non positivizzato, del rapporto amichevole verso la federazione (*Bundesfreundlichkeit*). Ad ogni modo, nel caso di mancato rispetto di tale principio, Smend rinvia per l'ennesima volta all'integrazione: essendo, a suo dire, impossibile dissolvere tale rapporto di fedeltà in un sistema di pretese ed obbligazioni, e dovendo essere questo dominato dalla volontà di intesa integrative, l'integrazione precede il diritto, non il potere.<sup>1006</sup>

<sup>1004</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., p. 74

<sup>1005</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 218-219.

<sup>1006</sup> G. Bisogni, *Weimar e l'unità giuridica e politica dello Stato*, cit., pp. 69-70.

Cionondimeno, giova riportare che la giurisdizione costituzionale non è contemplata nella teoria smendiana, per paura che l'amministrazione della costituzione tramite il mezzo tecnico-giuridico della sua interpretazione giurisdizionale possa ostacolare il raggiungimento del fine ultimo della costituzione, ossia l'integrazione. A posteriori, tale impostazione risulta quantomeno infruttuosa, se è vero che nella successiva prassi costituzionale, i giudici costituzionali, al di là delle teorizzazioni smendiane e dei postulati delle scienze spirituali, accolgono un tipo di interpretazione, come già detto, in linea con le idee di Smend.<sup>1007</sup>

Al tema della giustizia costituzionale è legato il diritto degli organi costituzionali. Muovendo dalla concezione per cui il compito degli organi costituzionali è di carattere integrativo, a differenza di quello tecnico di altri organi, Smend afferma che essi non sono obbligati solo al contatto e alla cooperazione tra di loro a livello fattuale, ma anche a livello giuridico: la questione della relazione tra gli organi statali supremi è giuridica. Qui emerge l'orientamento di Smend contrario ad un controllo costituzionale accentratore, seppur riferendosi alle controversie tra organi supremi dello Stato, e comunque critico nei confronti della mancata previsione costituzionale specifica per i casi di conflitto tra poteri nella Costituzione di Weimar e del disinteresse per tale questione in occasione dei *Juristentage* di Heidelberg del 1924 e del 1926.

Se, in relazione ad un atteggiamento particolarmente rigido del *Reichstag* nei confronti del Consiglio del *Reich*, è stato giustamente sottolineato (...) come «corrisponda allo spirito della costituzione di Weimar che, in caso di divergenze tra gli organi supremi del *Reich*, si cerchi un accomodamento via trattative» (nota 40), occorre solo aggiungere che ciò costituisce una norma giuridica e che l'idea fondamentale di tale norma non è alla base solo della costituzione weimariana. Ovviamente, tale norma vale soprattutto per quanto riguarda il rapporto reciproco degli organi supremi del *Reich* le cui relazioni non possono essere chiarite in caso di conflitto da una corte di giustizia statale come avviene invece tra gli organi supremi dei *Länder*, i quali d'altra parte – all'occorrenza nella cooperazione – non possono mai rifiutare la decisione ultima sovrana. Se tale intesa obbligatoria e integrativa possa essere adeguatamente sostituita dalla decisione sussidiaria di un giudice, cioè se essa possa essere eventualmente giurisdizionalizzata, di tale questione non si sono granché preoccupati i *Juristentage* di Heidelberg degli anni 1924/26. Ma è significativo il fatto che, conformemente, l'accordo necessario tra *Reich* e *Länder* venga di solito conseguito, proprio nei casi di grave conflitto, mediante intesa e non per mezzo di una corte di giustizia statale. Se l'assenza nell'art. 19 della costituzione di Weimar di una competenza di principio di giustizia statale per tutte le controversie costituzionali del *Reich* sia dovuto a una svista o a un proposito del legislatore, non è accertabile storicamente e non è neppure essenziale per l'interpretazione della costituzione. Viceversa, è essenziale che vi sia tale lacuna e che la sua esistenza abbia come conseguenza un più alto ricorso e una più grande rilevanza dell'obbligo di diritto materiale all'accomodamento e all'intesa, cioè alla cooperazione integrativa da parte degli organi supremi del *Reich*. Dell'occasionale e patente violazione di questo dovere, ad es. da parte del *Reichstag* nei confronti del Consiglio del *Reich*, non è

---

<sup>1007</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 26-27.

affatto priva di responsabilità la dottrina del diritto dello Stato che, non tenendo conto del problema, non ha sufficientemente elaborato tale norma giuridica.<sup>1008</sup>

Circa la possibilità di modificare la costituzione, il “mutamento della costituzione”, Smend ritiene sia un tratto caratteristico della materia giuridica costituzionale da ricomprendere nella totalità del diritto costituzionale. Questo, infatti, quale sistema di integrazione, deve assicurare l’esecuzione di un compito in costante trasformazione da risolvere continuamente nel migliore dei modi, così come gli elementi di siffatta soluzione cambiano al mutare dei tempi e delle contingenze. Così il mutamento della costituzione può avvenire al di là del diritto costituzionale, entro lo spazio delle circostanze sociali spontanee che non sono regolate dalla costituzione, lo spazio delle forze extracostituzionali. Questo mutamento può, ad ogni modo, implicare anche la costituzione, modificando le relazioni tra istituti e norme, in termini di rilevanza e valore costituzionale, e introdurre novità nella vita della costituzione, come nel caso della limitazione parlamentare tramite la prassi di decretazione ministeriale. Esempio, quest’ultimo, di mutamento del contenuto della costituzione in senso materiale. In ogni caso, conclude Smend, i cambiamenti non sono vincolati alle necessità del diritto consuetudinario, stante il sistema di integrazione statuito dalla costituzione che realizza comunque il senso che si è dato.<sup>1009</sup>

Dalla concezione “integrale” e “integrativa” dell’ordinamento giuridico di Smend, deriva il criterio della modificabilità dell’ordinamento giuridico e dunque anche di ogni norma costituzionale. La costituzione, per Smend, «non è di certo il provvedimento, il decreto del principe o del sommo magistrato, nel suo originario senso romano vigente fino all’era delle rivoluzioni democratiche. (...) No, per Smend, costituzione è qualcosa di più “profondo”. “L’essenza di uno Stato e della sua costituzione – scrive – è quella vita in cui esso diviene di continuo realtà e nel contempo individualità”. La costituzione insomma è la legge che regola la riproduzione e la “autoformazione” permanente di uno Stato. Essa pertanto, come corpo di norme giuridiche, è permanentemente mobile, giacché il suo principio costitutivo è per l’appunto il cambiamento, la modificazione, lo sviluppo. Pensare dunque a una costituzione imm modificabile, sia pure solo in alcuni suoi punti è una sorta di *contradictio in adiecto*. Pertanto, “la modificabilità della costituzione, cioè la possibilità del mutamento della costituzione” è un carattere specifico di tale materia giuridica che è dato con la totalità del diritto costituzionale”». Proprio in relazione a tale questione, peraltro, Smend registra la netta contrapposizione tra liberalismo e democrazia.<sup>1010</sup>

Nel primo caso, la costituzione deve preservare la separazione dei poteri ed un parlamento centrale, mentre nel secondo salvaguardare il principio dell’autoproduzione

<sup>1008</sup> R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 225-227.

<sup>1009</sup> *Ivi*, p. 220.

<sup>1010</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 177.

delle leggi costituzionali (*Selbstgestaltung*) e dunque una società che si auto-istituisce senza limiti. Un parlamento liberale, a differenza di uno democratico, è sottoposto ad una costituzione rigida. La democrazia, dunque, «esigerebbe che il sovrano (...) risulti signore assoluto in materia di riforme costituzionali e comunque che non vi siano pregiudiziali di sorta in specie sulla forma di Stato né limiti materiali alla revisione costituzionale». D'altronde, Smend afferma che il mutamento costituzionale possa realizzarsi anche oltre il diritto costituzionale, tramite fattori sociali che generano e sostengono la fatticità della costituzione. Non è azzardato, quindi, sostenere che in tal modo la revisione costituzionale è affidata alle forze sociali, tra cui particolarmente i partiti politici.<sup>1011</sup>

Inoltre, attesa la riluttanza di Smend dal modello parlamentare repubblicano, egli stesso postula quale possibile oggetto di revisione costituzionale la progressiva limitazione delle competenze del parlamento a fronte di un aumento dei poteri dell'esecutivo. Infatti, Smend esorta ad un consolidamento dei poteri del Presidente della Repubblica nella sua teoria degli organi, la cui definizione non avviene in base alle competenze loro attribuite e la cui costituzione, fatto integrativo, viene realizzata prima della determinazione delle relative funzioni. Infatti, il giurista tedesco afferma che lo Stato prende vita, integrandosi a prescindere dal contenuto degli atti degli organi, tramite la formazione, l'esistenza e la funzione di questi. «Le competenze degli organi dello Stato non possono dunque trarsi solo dalla lista a tal fine compilata nei testi costituzionali, ma devono derivarsi dal loro senso entro la struttura integrativa della forma di vita statale». La specificità giuridica di una costituzione risiede, per Smend, eminentemente nella peculiare combinazione degli organi supremi, politici, statali, e non dalla previsione di specifiche competenze né dalla disamina formale delle relazioni reciproche degli organi. Ne deriva che il catalogo delle competenze fissato in costituzione non è chiuso, né tassativo, tanto quanto potrebbe esserlo la lista degli organi titolari dei poteri costituzionali.<sup>1012</sup>

Si può così notare che in base a tale teoria i poteri del *Reich* risultano svincolati dalle previsioni costituzionali o alle altre norme che regolano i suoi poteri. La costituzione quale “ordinamento dell'integrazione” è teleologicamente orientata; essa,

---

<sup>1011</sup> *Ivi*, pp. 178-179. «Questa teoria preannuncia la dottrina assai italiana della “costituzione materiale” di Costantino Mortati, che da giustificazione del corporativismo e dello Stato autoritario fascista si trasformerà poi nella legittimazione teorica di quel “regime dei partiti” che ha governato l'Italia per cinquant'anni a partire dal secondo dopoguerra. Nonostante ciò che Smend scrive a guerra finita – allorché come altri giuristi di non specchiatissima fede democratica durante gli anni di Weimar scaricherà le colpe teoriche della crisi della repubblica sul formalismo legalista delle dottrine giuspositivistiche, accusa quanto mai ingiusta al solo pensare che furono i rappresentanti di quella scuola, i Kelsen, i Radbruch, gli Anschütz, a dover tacere o fuggire dinanzi alla barbarie montante –, nonostante il suo scaricabarile, non può esservi dubbio che la sua fosse una dottrina non solo estranea ma anche ostile al regime parlamentare repubblicano e che come tale fosse percepita dai contemporanei. Né valgono ad attenuare questo giudizio i suoi richiami alla “democrazia”, giacché qui come in Schmitt, o in Forsthoft, “democrazia” significa poco più che regime di massa, Stato mobilizzatore, o regime carismatico, ed è un termine brandito come arma polemica contro le istituzioni dello Stato liberale» (*ivi*, p. 179).

<sup>1012</sup> *Ivi*, pp. 179-180.

infatti potrebbe contemplare un Presidente dotato di poteri e mezzi corrispondenti alla sua natura di rappresentante della “volontà unitaria della nazione”.<sup>1013</sup>

Smend in questo modo offre un potente argomento a favore di ciò che attende la Repubblica e che la precipiterà nella crisi: la formazione di un gabinetto di minoranza e la legislazione per decreto, a partire dallo scioglimento delle camere e della cancelleria di Heinrich Brüning nel 1930. Mentre Carl Schmitt, per giungere allo stesso risultato, evoca il fantasma dello “stato d’eccezione” e si appella all’articolo 48 del testo costituzionale, Smend più gentilmente (almeno all’apparenza) si limita a sottolineare che la “costituzione” (l’ordinamento materiale governato dal fine dell’“integrazione”) ha la prevalenza sul “diritto costituzionale” (la lettera e le regole del testo costituzionale).<sup>1014</sup>

#### 10. “Lo Stato come integrazione” (La risposta di Kelsen a Smend)

Tra i giuristi che contrastano il normativismo della Scuola di Vienna negli ultimi anni di Weimar, Hans Kelsen riconosce particolare rilievo a Rudolf Smend. Ne è prova il suo *Der Staat als Integration* (Lo Stato come integrazione) del 1930, una decisa risposta alla dottrina dell’integrazione smendiana, nonché un’apologia del proprio contributo alla scienza giuridica e della democrazia. Da tale polemica emergono due interpretazioni diverse del fenomeno giuridico, una di stampo hegeliano, tesa al rilancio del fondamento etico del diritto e dello Stato, l’altra, tecnica e scevra da ogni “acritico sincretismo metodologico”. Se la teologia politica di Smend consente di assimilare la politica alla fede, la teoria pura di Kelsen suggerisce di rivedere le regole del gioco e il momento normativo, al fine di creare una nuova teoria dello Stato e al contempo delle norme giuridiche e della Costituzione.

Senza ripercorrere e analizzare nel dettaglio la particolareggiata critica elaborata da Kelsen nella sua “risposta” a Smend, è bene indicare la presenza degli elementi rilevanti di tale opera, per una migliore comprensione del libro di Smend ed un inquadramento generale del rapporto polemico tra i due giuristi che comunque si nutre di un valore eminentemente storico.<sup>1015</sup>

<sup>1013</sup> Al riguardo, a mero titolo esemplificativo, «il Presidente del *Reich* (...) non sarebbe vincolato alla formazione di un gabinetto di governo corrispondente alla maggioranza e alle scelte del parlamento» (*ivi*, p. 181).

<sup>1014</sup> «Un’idea però che ritroviamo articolata e per certi versi drammatizzata nella *Verfassungslehre* di Schmitt del 1928, dove si distingue tra “costituzione” (*Verfassung*) e “legge costituzionale” (*Verfassungsgesetz*), là dove la seconda è subordinata alla prima che ne costituisce la condizione» (*ivi*, p. 181).

<sup>1015</sup> Per cogliere il profilo storico di tale polemica, si legga la prima parte della premessa di H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, a cura di M.A. Cabiddu, Milano, 2001, pp. 3-4: «Nella dottrina dello Stato tedesca è comparso un nuovo slogan, intorno al quale – quasi fosse una bandiera – si è riunito un gruppo di autori che annuncia zelante la fine della vecchia e l’inizio di una nuova scienza dello Stato. La parola, da essi usata come una formula magica per rispondere a tutte le domande di dottrina dello Stato, è: Integrazione. Il portabandiera della nuova Scuola è uno scienziato di chiara fama, il Professor Rudolf Smend. Nel suo saggio, “*Verfassung und Verfassungsrecht*”, (...), egli ha, in realtà, più che esposto in

Di certo, anche il contributo di Kelsen rappresenta un valido strumento per analizzare il libro di Smend, soprattutto per portare alla luce più rapidamente gli ostacoli che il giurista di Basilea ha incontrato nel perseguimento dei suoi obiettivi teorici, oltreché per meglio comprendere il dibattito giuspubblicistico weimariano e anche gli sviluppi della giuspubblicistica contemporanea.

*Der Staat als Integration* è stato recepito in Italia attraverso diverse fasi. Primariamente, la sua versione originale ha costituito la fonte di conoscenza della teoria dell'integrazione di Smend, sebbene questa sia apparsa in lingua tedesca già in *Verfassung und Verfassungsrecht* del 1928. Successivamente, è finito nel dimenticatoio sia per la definizione "libello polemico" fornita da Bobbio sia per la traduzione dell'opera smendiana in lingua italiana nel 1988, la quale ha favorito la recezione nei confini italiani, svincolandosi definitivamente dal filtro kelseniano.<sup>1016</sup>

Tutti risultano uniti contro Kelsen, in quanto ritenuto interprete e custode della tradizione giuridica. Tuttavia, anche tale saggio, nella accorata apologia kelseniana *ivi* contenuta, rivela che la posizione di Kelsen nel trio Gerber-Laband-Jellinek desta più di un dubbio. Invece, è ormai chiaro che la dicotomia norma-decisione è solo uno degli elementi riscontrabili nella dottrina dello Stato di Weimar.<sup>1017</sup> L'opera in esame si caratterizza non solo per la polemica Kelsen-Smend, ma anche «per lo straordinario rigore di analisi e per l'ancora più straordinaria capacità di scorgere nella teoria criticata – in un quadro di disfacimento delle grandi costruzioni politiche del secolo XIX – la pericolosa valenza legittimante di paradigmi ideologici orientati alla salvaguardia della totalità politica fondata sui valori materiali della comunità». La traduzione italiana di *Der Staat als Integration* di Kelsen giunge nel 2001, a distanza di più di settanta anni dalla sua pubblicazione nella versione originale e di più di quindici anni dalle versioni italiane di opere cruciali del periodo weimariano, appartenenti alla stessa categoria scientifica, di autori quali Heller, Leibholz e Kaufmann. Tale traduzione, così come quelle delle opere coeve degli altri giganti di Weimar, risulta necessaria in Italia, per diverse ragioni.<sup>1018</sup>

---

forma sistematica la nuova dottrina, presentato il programma – ancora da sviluppare – di una teoria dell'integrazione. Questa teoria intende risolvere il problema dello Stato e tutti i problemi ad esso connessi riconoscendo nello Stato lo specifico processo sociale indicato come "integrazione". E, seppure l'autore di questo saggio, che per il momento dev'essere considerato come il contributo più importante di questa teoria, non si stanchi di affermare che con le proprie argomentazioni non vuole dire nulla di definitivo ma solo fare degli "accenni", tracciare degli "schizzi", soltanto "dei preliminari di un primo abbozzo", oltretutto senza nessuna pretesa sistematica – garantendosi in tal modo la ritirata su tutti i fronti – si può, almeno per grandi linee, immaginare ciò che intende, in realtà, la nuova dottrina, con la sua scoperta dell'"integrazione"; ma, soprattutto, ciò che sotto questo motto si cela, in modo talmente sfuggente che non ci si rende neanche conto come dimostra la fede suscitata dalla forza magica della parola. Non fosse che per questi retroscena, vale la pena di mettere sotto la lente di in gradimento la teoria smendiana dell'integrazione».

<sup>1016</sup> M.A. Cabiddu, *Presentazione* a H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. VII.

<sup>1017</sup> *Ivi*, p. VIII.

<sup>1018</sup> *Ivi*, pp. VIII-IX.

In primo luogo, essa consente al pubblico italiano di conoscere agevolmente i termini della polemica di Kelsen contro Smend e al contempo permette di comprendere ulteriormente e meglio il dibattito giuridico e politico occorso in Germania tra le due guerre, palesando che la trattazione giuspubblicistica tedesca degli anni Venti del secolo scorso va oltre i confini di normativismo e decisionismo.<sup>1019</sup>

Inoltre, la traduzione del “libello polemico del Kelsen”<sup>1020</sup> permette anche di chiarire la dottrina dell’integrazione di Smend, tradotta in italiano già precedentemente nel 1988, essendo quest’ultima “ostica e complessa”.<sup>1021</sup>

Lo stile e lo spessore della tesi di *Costituzione e diritto costituzionale* di Smend valgono a tale opera un’ipertrofica aggettivazione critica di segno negativo. Se è vero che essa «non concede alcun compromesso, volutamente non si fa inscrivere in una più ampia corrente e si impone al lettore, il quale può solo o rifiutarla o assicurarla *in toto*» – come generalmente sostenuto dai critici – allora non deve sorprendere la risonanza riscontrata dal suo autore al momento della sua pubblicazione, né tanto più la dura replica di chi *ivi* è tacciato di essere il principale responsabile della crisi della dottrina dello Stato, Kelsen. Il Maestro di Vienna, infatti, risponde alle accuse di Smend senza esclusione di colpi. Egli critica il libro di Smend, quasi glossandolo, con l’effetto di chiarire a poca distanza dalla sua uscita i suoi limiti, oltreché di stabilire un contatto con l’impianto teorico del suo avversario altrimenti irraggiungibile. «Un osservatorio privilegiato (ma non certo l’unico) della giurisprudenza weimariana, infatti, è l’opzione valutativa di ciascun autore: gli anni ’20, considerati retrospettivamente, appaiono come una stagione che rivela potentemente le “radici” dell’approccio di ciascun giurista». Da qui «sfocia un fiume che scorre “carsicamente” a partire dall’avvento della modernità, mettendo in primissima luce i più profondi motivi di contrasto tra differenti tradizioni di pensiero giuridico-politico e la una riprova è fornita proprio dall’acrimonia dei toni adoperati nella polemica tra Smend e Kelsen».<sup>1022</sup>

È lo stesso Kelsen a riconoscere la generosità della sua analisi del “programma di una dottrina dello Stato” proposto da “un autore del rango di Smend” e la meticolosità del relativo approfondimento, oltreché a spiegarne le ragioni, quali l’effetto suscitato dalla teoria dell’integrazione nel *milieu* accademico e la “peculiarità” dello scritto smendiano.<sup>1023</sup>

---

<sup>1019</sup> *Ivi*, p. IX.

<sup>1020</sup> Così N. Bobbio, L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica, cit., p. 61, in nota.

<sup>1021</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 1.

<sup>1022</sup> G. Bisogni, *Weimar e l’unità giuridica e politica dello Stato*, cit., pp. 49-50.

<sup>1023</sup> Kelsen tiene a precisare che un avversario del livello di Smend merita di essere valutato con il criterio da lui stesso usato: «La critica qui proposta vuole perciò essere una critica immanente. Dovrà verificarsi, dal punto di vista scelto dallo stesso Smend per la sua intrapresa, se gli scopi che si era prefisso siano stati raggiunti e se questi scopi possano essere raggiunti con gli speciali strumenti messi a disposizione della teoria dell’integrazione; si dovrà cioè verificare se i concetti, una volta introdotti, vengano tenuti fermi nel corso dello svolgimento, in modo da formare una base sufficientemente solida per i risultati che su questi si fondano; in particolare, se lo specifico metodo conoscitivo applicato al

Kelsen, infatti, non tollera svariate asserzioni smendiane, in quanto le giudica apodittiche e ambigue, come si evince dall'acre commento che egli pone all'inizio del suo lavoro, riassumendone lo spirito: «Una totale mancanza di chiusura sistematica, una certa insicurezza della concezione, che schiva prese di posizione chiare ed univoche, preferendo semplicemente perdersi in vaghe allusioni e sovraccaricando ogni posizione in qualche misura intelligibile di prudenti limitazioni; e ancora, uno stile linguistico oscuro e oltremodo pesante, infarcito di parole prese a prestito e solo parzialmente comprensibili. Da qualche involucro, occorre innanzitutto tirar fuori, faticosamente, il pensiero da analizzare!». Non solo. Sul finire della sua breve ma esaustiva premessa, il maestro viennese, fa già intuire che la sua critica avrà ad oggetto anche i fondamenti metodologici di Smend: «le enunciazioni di Smend si fondano in massima parte su un'altra dottrina e quindi, per comprenderle del tutto e valutarle correttamente, le si deve seguire fino alle loro origini ed ivi direttamente esaminarle». Infine, annuncia che oltre alla critica e al confronto di principio, il suo scritto contiene una vera e propria difesa, che si è visto costretto ad allestire in conseguenza della “dichiarazione di guerra” avanzata dal suo avversario nel 1928: «siccome Smend sviluppa la sua dottrina, o almeno il suo fondamento, in polemico dissenso rispetto alla mia, sono costretto a difendere questa dai suoi attacchi. Approfitto dell'occasione per chiarire l'uno o l'altro punto del mio sistema, al fine di metterlo al riparo anche da futuri fraintendimenti. E così questo scritto cresce, al di là dei confini di una critica, fino ad un confronto di principio tra dottrina normativa dello Stato e teoria dell'integrazione».<sup>1024</sup>

Anche circa la lunga e variegata definizione smendiana dello Stato e sulla formula ideata per sintetizzarla non sono mancate le critiche. Prima su tutti, Kelsen. In *Lo Stato come integrazione* afferma che «solo la parola straniera nasconde la trivialità semplicemente inespressiva della frase» e che «è il tipico procedimento della teoria dell'integrazione, di tradurre i luoghi comuni nella terminologia dell'integrazione, per dare a loro in tal modo l'apparenza di conoscenze nuove». Nella polemica contro Smend, Kelsen muove dall'accusa promossa dal suo interlocutore alla teoria pura del diritto, tacciata di essere una “*Sackgasse ohne Zweck und Ziel*”, al fine di evidenziare come la sua teoria sia rilevante, influente e migliore in termini di chiarezza e coerenza. Kelsen, ferma la distinzione tra essere e dover essere, include lo Stato nell'ambito dell'essere ed ascrive alla sociologia il compito di ricercare elementi empirici, mentre Smend pone sia la sfera ideale sia quella reale nella teoria dello Stato, producendo nuovamente confusione. E nemmeno il procedimento dialettico smendiano riuscirebbe a risolvere il contrasto tra i due ambiti, in quanto Kelsen valuta la dialettica come un mezzo ingannevole per rendere unitario ciò che è diviso, reale e ideale. Tale critica contro Smend coinvolge indirettamente anche Litt, seppure il primo supera la

---

risultato che si intendeva raggiungere abbia veramente mantenuto la promessa, nel caso di specie e, soprattutto, se possa mantenerla in generale» (H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. 4).

<sup>1024</sup> *Ivi*, pp. 4-5.

concezione del secondo, in quanto se il maestro rimane fermo all'io singolo quale titolare di atti e al circolo chiuso quale unità sociale, l'allievo, esaltando la vita spirituale dello Stato rispetto a quella del singolo, concepisce lo Stato quale entità superindividuale.<sup>1025</sup>

Di certo, Kelsen e Smend sono reputati diversi e non solo sui contenuti. Secondo la maggior parte degli interpreti, Kelsen tenterebbe di chiarire, semplificare ed evita pensieri indeterminati e complicazioni terminologiche, laddove Smend ne abuserebbe. Addirittura, Kelsen avrebbe chiarito con il suo saggio polemico il libro di Smend.

Si noti, altresì, che *Der Staat als Integration* rientra anche nell'ambito della critica alla tradizione, in cui Kelsen smonta le tesi smendiane, al fine di rivelare che sotto l'etichetta di novità affibbiata all'opera di Smend si nasconde in realtà l'allora ultimo e più sopraffino tentativo di riportare in auge l'idea dello Stato quale "unità obbiettiva" reale. Nel 1959, un saggio di sintesi dello stesso Smend<sup>1026</sup> darà modo di confermare l'osservazione di Kelsen, in quanto il giurista tedesco ribadisce la nozione di Stato quale sostanziale *Macht* e quella di popolo quale grandezza storica, che può essere ridotta alla dimensione politica della *Aktivbürgerschaft* e a quella tecnico-pratico-economica della società industriale-borghese frutto del superamento del precedente ordine cetuale solo a costo di dissolvere il tradizionale concetto di Stato nella prassi politico-sociale dell'attività esecutiva. Costo, questo, che Smend evidentemente preferisce non sostenere.<sup>1027</sup>

Infine, seppure *Der Staat als Integration* non rientri, secondo la maggior parte degli interpreti, tra le opere maggiori di Kelsen, in quanto «troppo violenta, senza misura, persino irritante», essa appare importante non solo per la polemica contro la teologia politica di Smend che pone il contenuto politico in termini di fede, ma anche per gli spunti di riflessione che suscita intorno alla relazione tra democrazie secolarizzate e concezioni religiose. Si è già detto, infatti, che la polemica *de qua* si consuma tra due concezioni profondamente contrastanti, di cui una tende a recuperare il senso morale di diritto e Stato e l'altra è ben lontana da qualsivoglia "puro" sincretismo dei metodi.<sup>1028</sup>

La concezione dello Stato in Kelsen è puramente "*formal-juristisch*" e non tratta la questione di una persona statale unitaria produttrice di diritto. Lo Stato è più propriamente una finzione per Kelsen, un'ipostasi. La statualità è l'attributo, non di un ente, ma di atti ritenuti e denominati tali ad opera di una volontà giuridicamente impregiudicata. La società, non lo Stato, crea la "volontà statale" e l'attività legislativa è un processo politico di compromesso fra interessi della società. Il diritto crea lo Stato. Per diritto Kelsen intende più specificamente l'istituzione sociale (Parlamento) preposta

<sup>1025</sup> N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 61, in nota.

<sup>1026</sup> R. Smend, *Staat*, in *Evangelisches Kirchenlexikon*, III, 1959, pp. 1105-1113.

<sup>1027</sup> M. Fioravanti, *La Scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo II, Milano, 2001, p. 625.

<sup>1028</sup> M.A. Cabiddu, *Presentazione a H. Kelsen, Lo Stato come integrazione*, cit., pp. IX-X.

alla legiferazione non sulla base di un pregresso contratto sociale o precedente consenso su valori cruciali, ma per la consapevolezza della incapacità delle classi in conflitto di prevalere. Se non c'è un'unitaria persona statale non v'è nemmeno un interesse omogeneo, ma solo interessi parziali. Per Kelsen, lo Stato ovvero l'apparato che si occupa di attuare gli interessi parziali, è solo uno dei soggetti che operano nel settore pubblico, al fianco di altre organizzazioni di pari valore giuridico. Perciò, la *Mehrwerttheorie* della tradizione amministrativistica tedesca e la netta separazione tra pubblico e privato non risultano più giustificate.<sup>1029</sup>

Se per Smend il parlamentarismo non sprigiona tutto l'ideale democratico della sovranità popolare, ritenendolo tuttavia l'unica forma possibile di democrazia per gli Stati moderni, è inevitabile che Kelsen colga in tale critica una silenziosa lotta del suo collega alla democrazia.<sup>1030</sup>

---

<sup>1029</sup> *Ivi*, pp. LV-LVII.

<sup>1030</sup> *Ivi*, p. XLV. Per una breve riflessione circa il tema del liberalesimo di Kelsen, inteso quale movimento di pensiero liberale e non quale appartenenza a qualsivoglia partito politico di stampo liberale, con chiaro riferimento al saggio del 1930 di risposta a Smend, si veda C. Roehrsen, *Diritto e politica*, cit., pp. 201-202: «Ora, che Kelsen non fosse liberale nel senso dell'appartenenza al partito liberale è fuor di dubbio, ma, altrettanto fuor di dubbio è che lo stesso Kelsen si rifacesse e prendesse vigore da quel grosso complesso culturale e spirituale che suole indicarsi come liberalesimo. Questo risulta chiaramente da quello scritto di Kelsen, pubblicato nel 1930, in cui l'autore viennese in risposta alle critiche di Rudolf Smend, pone in luce il proprio rapporto con l'ideologia liberale. Dopo aver risolutamente affermato la propria indipendenza dalla posizione di ogni partito che si potesse chiamare liberale, il maestro di Vienna esprime chiaramente la propria parentela con il liberalesimo inteso come complesso culturale che sta a monte della nascita dello Stato moderno» (*ivi*, p. 201).

## CAPITOLO V LA CRISI DI WEIMAR E LA SUA EREDITÀ

La luce che illumina il presente viene dal passato, «perché là affondano le radici di esperienze che rendono possibile l'agire odierno. Per questo la storia deve essere continuamente riscritta: le domande rivolte al presente suonano perennemente nuove, e senza l'eco della storia le risposte restano arbitrarie».<sup>1031</sup> Nel 1933, il “*de cuius weimariano*” ha lasciato ai suoi posteri un patrimonio ereditario consistente in un'esperienza costituzionale e politica di grande interesse, non esclusivamente teorico ma anche pratico, in quanto è influenzata non solo da fattori specifici, bensì da cause che rivestono una portata generale, essendo espressione di quella fase di transizione tra diverse forme di civilizzazione in cui avviene il travaglio costituzionale della nostra epoca.

Per tali motivi si torna a interrogare il passato tedesco e a rivisitarne criticamente ciò che ormai si rivela l'episodio storico cruciale del XX secolo: la Repubblica di Weimar. L'esperimento politico-sociale, che acquista la sua forma con la promulgazione della Costituzione del 1919, segna l'*incipit* di uno tra i più discussi, problematici e innovativi capitoli del Novecento europeo. «Pionieristico tentativo di risposta antitotalitaria alla crisi dell'età liberale, ma anche clamoroso esempio di autodissoluzione di una democrazia»<sup>1032</sup> che, per un tasso eccessivo di liberalità e di relativismo assiologico, consente ai suoi nemici di entrare «democraticamente» nelle stanze del potere, salvo poi «chiudersi la porta alle spalle» – riprendendo la disincantata e realistica visione di Schmitt. Per questo quel capitolo della storia tedesca non perde mai il suo fascino intellettuale e resta oggetto di dibattito, rappresentando un classico *case-study* della filosofia giuridica e del pensiero costituzionale contemporanei. Luogo di sperimentazione del Moderno, ma al tempo stesso di incubazione della più brutale e spietata negazione dei diritti della modernità, Weimar continua ad accendere e dividere gli animi. La ventata d'aria nuova portata dalla piccola città della Turingia nel *continuum* della storia tedesca ed europea, come pure la sua triste disfatta, spiega la portata polemica di ogni interpretazione di quella vicenda, come se la sua analisi ermeneutica riesca a comprendere presente e passato della realtà mitteleuropea. Infatti la prima Repubblica tedesca appare come uno *Ianus Bifrons* che veglia all'inizio sulla graduale acquisizione dei valori occidentali di democrazia e libertà e alla fine sul proprio fallimento, frattura epocale, muovendo dalla quale riflettere sull'origine del totalitarismo. Una sorta di antefatto necessario alla nascita, in seguito alla catastrofe, della seconda Repubblica tedesca di Bonn sulla base del *Grundgesetz* (legge

---

<sup>1031</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 15.

<sup>1032</sup> A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002, p. XV.

fondamentale) del 1949 che rappresenta una svolta storica nell'evoluzione europea della modellistica politico-istituzionale e dei principi costituzionali.<sup>1033</sup> Grazie a tale Costituzione si è realizzato, per la prima volta, in Europa, un modello di “democrazia costituzionale” che racchiude sia la concezione dei diritti come norme oggettive fondamentali, sia la concezione della costituzione come ordinamento fondamentale contenente i principi costitutivi di ogni branca del diritto. Non più una “democrazia legislativa”, contraddistinta dal primato della sovranità democratica e di un legislatore sovrano, ma “costituzionale” appunto, in quanto caratterizzata dalla superiorità della Costituzione sovraordinata alla volontà parlamentare.<sup>1034</sup>

Nel secondo dopoguerra, la ferita prodotta da Weimar è ancora aperta; continua ad aleggiare la sensazione che il sistema weimariano simboleggi il paradigma dei pericoli che minacciano le democrazie liberali del XX secolo, sicchè storici e politici tedeschi fanno loro un'espressione sintomatica del ripudio di quell'esperienza: «*Bonn ist nicht Weimar*» (Bonn non è Weimar).<sup>1035</sup> È calzante, a tal proposito, il giudizio espresso nel 1955 da Karl Dietrich Erdmann, secondo cui ogni ricerca relativa alla storia della Repubblica di Weimar si colloca «di necessità, esplicitamente o implicitamente, sotto la grande questione delle cause del suo crollo».<sup>1036</sup>

Evidentemente, oggi, la situazione è vista sotto una luce nuova. Hitler non personifica il destino ineluttabile della Germania; dietro la storia non si cela alcuna segreta teleologia, ma si ergono valori, scelte, decisioni, azioni, fatti, accadimenti. Pertanto Weimar «non fu solo preludio della catastrofe ma anche prologo della storia fortunata della seconda repubblica tedesca».<sup>1037</sup> Anzi si può addirittura sostenere che, come Bonn, «Berlino è anche Weimar», non solo perché ciò che segue è anche l'effetto di ciò che è stato, ma perché la seconda Repubblica tedesca fa ampiamente tesoro dell'esperienza della prima: l'esperimento e il fallimento weimariani sono gli antecedenti necessari della Repubblica di Bonn, esemplare caso di stabilità socio-economica e politica, di cui la Repubblica di Berlino raccoglie l'eredità portando a termine quel “lungo cammino verso Occidente” intrapreso a Weimar con l'approdo ad una democrazia costituzionale.<sup>1038</sup> In altri termini – quelli di Winkler, gli stessi a cui Angelo Bolaffi si ispira – «la prima repubblica tedesca non è semplice preistoria del “Terzo Reich” (...) ma, in positivo e in negativo, preistoria della seconda democrazia della Germania unita. Ma a differenza di Weimar, la Bundesrepublik allargata non è più

<sup>1033</sup> *Ivi*, pp. XV-XVII.

<sup>1034</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999, p. IX.

<sup>1035</sup> *Bonn ist nicht Weimar* è il titolo del celebre libro del 1956 del giornalista e autore svizzero Fritz René Allemann. Sul punto, cfr. A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, cit., p. XVIII. «Ma niente Bonn, senza Weimar» aggiunge H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 16.

<sup>1036</sup> La citazione è tratta da H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 509.

<sup>1037</sup> A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, cit., p. XVIII.

<sup>1038</sup> *Ivi*, p. XIX.

una democrazia inesperta. Essa ha dietro di sé non solo le lezioni di Weimar, ma anche gli anni di esperienza, di gran lunga più positiva, di Bonn». <sup>1039</sup>

Weimar, dunque, lungi dall'essere un pezzo d'antiquariato, ha una valenza trasversale; ricordarla non è pura esercitazione storica. «La Germania di Weimar continua a parlarci» <sup>1040</sup> suscitando riflessioni valide anche per il nostro tempo, in cui le Costituzioni sono sottoposte a eversioni sostanziali, nonostante il permanere dei testi formali. E siccome è inevitabile occuparsene senza andare col pensiero alla sua crisi, risulta utile ampliarne l'angolo visuale, analizzarne le concause, comprendere il ruolo svolto dalla cultura nella vicenda weimariana, indicare le lezioni imparate e da imparare da Weimar, nel suo rapporto con Bonn e con l'Italia, puntualizzare il dibattito tra Schmitt, Kelsen e Smend e scorgere i pericoli per le odierne democrazie costituzionali, per non incappare più negli stessi presunti errori ed individuare possibili correttivi per la realizzazione dei principi democratici. I rischi per gli attuali Stati costituzionali democratici, infatti, sono vivi più che mai.

### 1. *Le cause della crisi*

Il primo conflitto mondiale rappresenta uno spartiacque per la Germania dei primi anni del Novecento, segnando il passaggio dall'autoritarismo del *Reich* bismarkiano ad una costituzione pluralistica moderna e dall'egemonismo prussiano ad una democrazia etero diretta. La democrazia di Weimar deve affrontare diverse situazioni critiche sin dalla sua nascita: la crisi di mobilitazione derivante dall'enorme fatica bellica, la crisi di legittimità legata al crollo del sistema monarchico, la crisi di partecipazione connessa al test democratico-repubblicano, la crisi di distribuzione rientrando nella politica dello Stato sociale, le crisi economiche causate dall'inflazione e dalla deflazione che si susseguiranno nel periodo weimariano. Perciò, Weimar diventa un esperimento per governare questo intreccio di crisi verso una democratizzazione a più livelli, politico, sociale ed economico. Pertanto, la storiografia continua a interrogarsi sulle cause della crisi di Weimar e sulla portata di innovazione di tale esperimento democratico. <sup>1041</sup>

Quella weimariana risulta, dunque, una delle epoche più vagliate nell'alveo della storia tedesca. La storia della Repubblica weimariana viene da sempre scritta avendo

<sup>1039</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. 710. Per Winkler, Weimar non rappresenta solo la preistoria del "Terzo Reich", ma è anche l'appendice storica dell'impero germanico, ragion per cui se ritiene non separabili tali due aspetti, non crede comunque che Weimar si esaurisca in essi (*ivi*, p. X).

<sup>1040</sup> E.D. Weitz, *La Germania di Weimar. Utopia e tragedia*, Torino, 2008, p. 3. Inoltre, secondo Weitz, Weimar continua «a porsi, assai sovente, come un segno ammonitore»: Weimar richiama le paure dei possibili effetti della mancanza di consenso popolare sulle decisioni dall'alto, quanto dei periodi di transizione politica, con le conseguenze più nefaste per la democrazia; perciò, Weimar è "un segno ammonitore". «La Germania di Weimar "deve" continuare a parlarci: ed è utile, anzi necessario, ascoltare, proprio perché tutti sappiamo come andò a finire» (*ivi*, pp. 3-4).

<sup>1041</sup> P.P. Portinaro, *Dottrina della costituzione e teoria della democrazia a Weimar*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit. p. 61.

come punto di riferimento il suo inizio o la sua fine. In ogni caso, ogni tentativo di interpretazione presuppone la ricerca delle cause della sua crisi.<sup>1042</sup>

Peukert approccia al problema in modo diverso, partendo da un'altra prospettiva, nel tentativo di allargare il ventaglio delle interpretazioni. Perciò, lo storico ritiene che Weimar non si esaurisca nella sua nascita e nella sua morte. Anzi, valuta i quattordici anni di vita weimariana come fondamentali nell'attribuzione della specificità che la caratterizza. Egli fa notare la messa in discussione della storica "deviazione tedesca". Tradizionalmente, il fallimento della Repubblica è attribuito alla preminenza di vincoli autoritari e caste di potere, affiorata con la fine della rivoluzione borghese del 1848, la quale «avrebbe perciò deviato il corso della storia tedesca dalla retta via ben più tranquilla della democrazia europea occidentale, assunta come modello». Ma altre e più recenti ricerche delineano tutt'altro panorama. Da un lato, le peculiarità nazionali della tradizione tedesca non sono tutte conformabili al 1933. Dall'altro, non è provato in che misura fenomeni tedeschi e fenomeni europei influiscano nello scoppio della crisi della modernizzazione negli anni Trenta del Novecento. Dello stesso avviso è Peukert, il quale scorge una modernità turbata dalla crisi, per cui «il bilanciamento sull'orlo dell'abisso è stata la norma prevalente e la taratura delle contraddizioni soltanto l'eccezione». Quindi, per lo storico, la spiegazione del fallimento weimariano non richiede la concentrazione sull'evoluzione deviata di lungo periodo.<sup>1043</sup>

Peukert analizza la fine della Repubblica, enucleando tre periodi e quattro processi distruttivi che solo agendo di concerto conducono al 1933, mentre singolarmente sono governabili. La crisi economica e politica contribuisce a far scricchiolare le basi della Repubblica, riducendo i margini di manovra per dare esecuzione ai compromessi del 1918-1919 e di conseguenza destabilizzando il sistema politico e sociale. Ma come è provato dalla crisi del 1923, non può da sola la destabilizzazione causare il crollo di un sistema. La perdita di legittimazione popolare del nuovo ordine riflette la revoca dei compromessi di base del 1918, riverbera l'assenza di prospettive sociali per i tedeschi e si riflette soprattutto nel dileguamento elettorale dei tradizionali partiti liberali e conservatori centristi. Al contempo, le fratture interne al movimento operaio osteggiano l'operabilità delle sinistre. La delegittimazione della

---

<sup>1042</sup> Per una indagine comparatista delle cause della crisi abbattutasi sugli ordinamenti politico-giuridici europei nella prima metà del XX secolo, in particolare sulla Terza Repubblica francese e sulla Repubblica di Weimar, si veda G. Bognetti, *Europa in crisi*, cit., *passim*. Nella copiosa letteratura estera, di matrice tedesca ed anglosassone soprattutto, sul tema della crisi di Weimar e delle relative cause e lezioni, analizzato da varie discipline e diverse prospettive, si vedano R. Hacker, *Die Krise der Weimarer Demokratie. Ein Modellfall und seine Lehren*, in «Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur», 42/9, 1962, pp. 912-921, A.J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Constitutional Crisis. The German and the American Experience. Introduction to Ead. (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 1-39, M. Föllmer - R. Graf (Hrsg.), *Die "Krise" der Weimarer Republik. Zur Kritik eines Deutungsmusters*, Frankfurt am Main, 2005, G. Mai, *Die Weimarer Republik*, Monaco, 2009, D. Lehnert, *Die Weimarer Republik*, Stuttgart, 2009, M. Stibbe, *Germany, 1914-1933: Nie wieder Krieg*, cit., G. Böhme, *Die Weimarer Republik in der Perspektive eines Zeitgenossen*, Paderborn, 2012.

<sup>1043</sup> D.J.K. Peukert, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 10-11.

Repubblica nel 1930 è così avanzata che la Costituzione ormai rimane solo sulla carta. Eppure, neanche tale processo da solo è in grado di affossare l'ordine repubblicano. Occorre, senz'altro, la svolta autoritaria antirepubblicana delle vecchie caste che mirano all'annientamento delle istituzioni democratiche, ormai segnate, e alla restaurazione di un sistema di potere di stampo bismarkiano. Al riguardo, va detto che tale svolta è un fenomeno diffuso in Europa negli anni Trenta, ma la Germania si contraddistingue per due motivi. Si verificano contemporaneamente una crisi dei valori tradizionali e una crisi dei nuovi indirizzi politici e sociali, che impedisce la realizzazione dei compromessi di base. Inoltre, avviene un radicale processo di radicalizzazione e politicizzazione dell'opinione pubblica, che preclude una soluzione autoritaria senza integrazione popolare. Così, le vecchie elite si vedono costrette ad allearsi con Hitler. Ad ogni modo, nemmeno il movimento totalitaristico hitleriano sarebbe in grado di stravolgere il sistema democratico. Ciò diventa possibile, approfittando della perdita di autorità delle caste tradizionali: la NSDAP si mostra come un moderno partito di integrazione totalitario e riesce a sottrarre il potere alle elite – forti per abbattere la Repubblica, ma deboli per restaurare l'ordine prebellico –, le quali il 30 gennaio del 1933 formano un cartello che spiana la strada al Terzo Reich. In sintesi, fino al 1930 molti abbandonano la Repubblica, i compromessi di base si esauriscono, i Governi presidenziali spazzano via la Costituzione e il vuoto di potere lasciato non è occupato nemmeno dalle vecchie caste per il fallimento dei loro progetti autoritari: ogni soluzione alla crisi di Weimar è annullata e nel 1933 la crisi della Germania diviene catastrofe dell'Europa. La colpa storica delle elite tedesche tra il 1930 e il 1933 davanti al bivio tra la strada dell'integrazione democratica e quella dell'integrazione totalitaria è quella di aver prima remato contro i democratici, e successivamente, accortesi di non avere più altra scelta per responsabilità proprie, di aver appoggiato Hitler.<sup>1044</sup>

Peukert sostiene che la crisi endemica che caratterizza l'intera epoca postbellica inibisce al nuovo ordine sociale e politico di affermarsi e legittimarsi al cospetto del popolo tedesco. Pertanto, lo storico si trova in disaccordo con chi critica i partiti del tempo per il dissenso al patto democratico, attesa l'impossibilità di trovare compromessi in situazioni di crisi come quella weimariana. Piuttosto, egli crede che la frammentazione dei partiti ideologici e dei movimenti di interesse non siano altro che il riflesso dello strappo visibile nella società di massa. Dunque, i compromessi del 1918 sono minacciati dall'interno e non trovano esecuzione, sino a che i firmatari «si

---

<sup>1044</sup> *Ivi*, pp. 281-282 e 286. Seppure le garanzie costituzionali previste dallo Stato sociale possano rappresentare dei mezzi di legittimazione della Repubblica, in seguito all'esperienza della crisi economica mondiale il sistema repubblicano weimariano cade in una profonda delegittimazione dovuta anche al suo fallimento in campo socio-economico. La crisi economica mondiale accresce la crisi finale della Repubblica a due livelli: "sotto", con l'esasperazione delle masse cui la crisi distrugge ogni prospettiva; "sopra", con l'esperimento dei politici di destra e delle caste tradizionali di potere di revisionare le decisioni prese nel 1918 (*ivi*, pp. 268-269).

ritirarono dall'edificio ormai svuotato dell'ordine repubblicano, e le vecchie *élites* si adoperarono a distruggerne persino i ruderi». <sup>1045</sup>

Ogni segno della crisi manifestatosi nella Germania di Weimar è rintracciabile in altri Stati industriali moderni. Perciò, quella tedesca è una crisi simbolica, paradigmatica. Ma la peculiarità tedesca risiede nella brutalità e nella spregiudicatezza del suo processo di modernizzazione. Il viluppo di diversi fattori di crisi in una crisi globale che interessa legittimazione politica e sistema sociale resta un fenomeno isolato dell'epoca e della Germania. Ai tedeschi pare non ci siano soluzioni, né per un'azione sociale e politica di massa, né per le prospettive di vita individuale. Modernizzazione e crisi, un binomio costante dal 1918 al 1933 che rinvia «alla natura intrinsecamente patologica di quei processi di modernizzazione che siamo abituati a considerare normali, e che invece sono altrettanti fattori di crisi. (...) la crisi tedesca agli inizi degli anni trenta rese possibile la “catastrofe tedesca”, perché da essa cominciò l'*escalation* delle contraddizioni della modernità classica». <sup>1046</sup>

Mortati, nella sua indagine eziologica sulla crisi di Weimar, distingue cause specifiche legate alla tradizione e alla situazione contingente proprie della Germania e cause generiche che trascendono i confini tedeschi.

Le cause specifiche risalgono alle peculiarità dello spirito tedesco, al senso di passiva obbedienza all'autorità, che disabilitano i singoli ad assumere un ruolo autonomo nell'iniziativa e nella deliberazione, proprio del cittadino nello Stato democratico, alla propensione dell'anima tedesca a non sapersi raccogliere in una volontà unanime e ad agire dietro la spinta di forze contraddittorie, alla mancanza di allenamento dei ceti più folti all'esercizio delle libertà politiche e alla scarsa preparazione nell'approccio col nuovo ordinamento, dovuta al repentino crollo di quello precedente. <sup>1047</sup> Tutto ciò spiega, in parte, il deficit di condizioni necessarie

---

<sup>1045</sup> *Ivi*, p. 290.

<sup>1046</sup> *Ivi*, pp. 291-292.

<sup>1047</sup> Cfr. per un'opinione divergente sul punto, M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit. pp. 7-8, in cui il giusfilosofo italiano afferma che la distruzione del laboratorio di idee e uomini weimariano, ad opera dell'avvento al potere del nazionalsocialismo, non indica «una mera patologia dello spirito tedesco»: «è il risultato di dottrine, ideologie e utopie proposte in maniera articolata, e si prepara (sebbene senza alcuna necessità fatale) e può intravedersi (alla maniera dell'“uovo di serpente” di Ingmar Bergman) a partire forse dalla reazione romantica alla Rivoluzione francese. La “congiura dei falegnami” di cui racconta Hermann Borchardt, descrivendo la crisi politica e morale della Germania degli anni Venti, non è tanto un complotto, una cospirazione di geni malvagi, quanto il processo tragico e in gran parte libero, anche se non casuale, in cui si mescolano, fermentano e si ricompongono fattori e forze materiali di diversa, più o meno dubbia, più o meno nobile provenienza. Con l'avvento di Hitler al potere Buchenwald, il bosco di Weimar che offriva diletto a Goethe, diviene il sito d'un campo di concentramento. “Die Gewähr ist ungeheur!” – il pericolo è enorme – tuonava profeticamente Oswald Spengler; ma il pericolo risiedeva purtroppo in ciò ch'egli indicava come soluzione: il “socialismo prussiano”... L'apologia di Federico Secondo, ravvisata durante la Grande Guerra (si pensi allo scritto di Thomas Mann del 1915), veicola potentemente un'ideologia autoritaria e decisionista: il colpo di Stato, lo stato d'eccezione, è celebrato e praticato – invero già nelle legislazioni d'emergenza connesse al conflitto militare – come il nucleo più autentico dell'azione politica. Come dice Federico, i colpi di Stato non sono delitti, “Staatsstreichen sind keine Verbrechen”».

all'introduzione di un sistema democratico capace di attuare una nuova sintesi sociale. Infatti la Costituzione è opera di una borghesia prudente, devota alle più antiche istituzioni, che diffida, pur instaurandola, della Repubblica e dello spirito occidentale, a cui tuttavia si ispira, e soprattutto che mira a conservare la sua posizione di classe dominante. Essa predispone istituti che il proletariato, imperito, diviso nel suo interno e inanimato da spirito rivoluzionario non riesce a sfruttare a proprio favore, ma adoperati dalle classi capitalistiche per piegare gli operai ai propri interessi. Quindi i congegni costituzionali, non collegati con l'intera struttura economica-sociale del Paese, non raggiungono gli scopi fissati dal costituente; la debolezza della Carta costituzionale è da ascrivere all'assenza di una democratizzazione dei corpi intermedi e di una loro coordinazione nei rapporti reciproci e in quelli con lo Stato. Inoltre, il costituzionalista italiano annovera tra le cause specifiche del crollo la crisi economica scaturita dalle condizioni di pace dettate alla Germania e dalla conseguente politica delle riparazioni che manda in miseria le classi viventi di reddito fisso e di risparmio, mentre arricchisce i grandi produttori a beneficio dei ceti operai. In tal modo, la proletarizzazione delle classi medie impedisce una convergenza di interessi con le classi operaie, idonea a spingere entrambe verso un obiettivo di profondo rinnovamento. Le classi medie – cui spetta, in un regime democratico, il compito di mediare fra gli interessi estremi contrapposti – sono così indotte a vedere nella restaurazione di un ordinamento autoritario il superamento della situazione di subalternità generata dalla crisi. In breve la nuova Repubblica non trova sostegno nelle forze sociali, né tantomeno nelle istituzioni.<sup>1048</sup>

Le cause di ordine generale sono invece, sempre secondo Mortati, espressione della crisi dello Stato moderno. La nuova realtà della vita sociale viene a collidere con le antiche forme costituzionali che non riescono più a contenerla. La borghesia del censo e della cultura, ponendo se stessa e la sua ideologia liberista come principio di aggregazione del nuovo Stato, dissolve il centro di unità del vecchio e destina al Parlamento la funzione di organo sovrano detentore della volontà generale. Tuttavia il nuovo sistema comincia a scricchiolare quando i gruppi rappresentativi degli interessi dei ceti diversi da quelli dominanti acquistano autonomia, compromettendo l'omogeneità di composizione della classe politica borghese. La messa in opera del suffragio universale riflette tale mutata situazione e dà luogo alla formazione di parlamenti che, costretti a subire gli accordi di forti gruppi extraparlamentari, non sono più in grado di esprimere il volere del popolo. Si profila, in tal modo, nell'opinione pubblica, l'idea che il totalitarismo sia l'unico mezzo di superamento della policrazia dei gruppi che si sostituiscono allo Stato, non riuscendo a interagire con esso. Affinché lo Stato garantisca, in forma democratica, il mantenimento dell'ordine sociale assicurando la libera gara delle attività individuali, occorre risolvere i contrasti radicali tra interessi eliminando quelli che stridono col principio fondamentale di aggregazione e

---

<sup>1048</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., pp. 74-78.

conferire ai gruppi che esprimono la nuova realtà sociale una responsabilità pubblicistica, sì da rendere armonico il rapporto con lo Stato. Le entità territoriali, professionali, economiche e politiche devono compenetrarsi dando vita ad un sistema unitario che abiliti l'azione statale a soddisfare gli interessi reali. Ciò che, al contrario, compromette il buon fine dell'esperimento weimariano è un'intima contraddizione: proclamare l'attuazione dei diritti fondamentali, mantenendo l'assetto tradizionale dello Stato liberale e connotando la sfera di libertà col segno negativo. Per sfuggirvi è indispensabile che il sistema dei rapporti previsto dalla Costituzione collimi con la configurazione effettiva della sottostante trama sociale.<sup>1049</sup>

Tra le cause della crisi di Weimar, per molto tempo, è figurata anche la sua carta costituzionale. Tra i tanti a smentire tale asserzione – a vario titolo, con diversa intensità e per differenti ragioni, come illustrato nel terzo paragrafo del primo capitolo di cui al presente lavoro – spicca per l'approfondimento sul tema, nella letteratura costituzionale italiana, Bognetti. Secondo il costituzionalista italiano, infatti, non la Costituzione di Weimar in sé risulta fallimentare, né direttamente responsabile della crisi weimariana. Una lettura più rispondente ai fatti suggerirebbe che le contingenze storiche, più che l'apparato istituzionale, determinano vizi nella sua applicazione materiale: «troppe le rapide trasformazioni di mentalità, di abiti e di prassi sociali e politiche preesistenti, che sarebbero occorse per permettere, in tempi calamitosi, una sua vittoriosa persistenza»; «troppe le forze divaricanti che erano all'opera per scalzarne le basi». La Germania, infatti, saluta l'arrivo della nuova costituzione in modo ambiguo: da un verso, pare pronta ad accoglierne lo spirito, forte di una pregressa attuazione nel proprio ordinamento di non pochi principi di quello Stato sociale che la nuova carta costituzionale intende incarnare e di uno sviluppo avanzato sul piano dell'industrializzazione; dall'altro, si presenta inadeguata a recepire le logiche del nuovo sistema democratico, altrimenti definito “capitalismo democratico”, muovendo da posizioni arretrate e sfavorevoli rispetto al nuovo regime (la monarchia alla base dell'unificazione tedesca e la tradizione militare prussiana connessa alla classe aristocratica) le quali nel periodo preweimariano costituiscono ancora le basi della gloriosa storia tedesca.<sup>1050</sup>

Per Bognetti, la nuova costituzione costringe la Germania ad una transizione già complicata di per sé – attesa la necessità di dimenticare di colpo gli elementi portanti del sistema preesistente –, resa ancora più difficile dalle circostanze: alla convinzione iniziale dei tedeschi che solo particolari contingenze causano la sconfitta nel primo conflitto mondiale e che le sanzioni inflitte nel dopoguerra appaiono decisamente ingiuste consegue una grave crisi economica del 1923, l'inflazione galoppante che distrugge i risparmi delle classi medie e i sentimenti di angoscia, rivolta e nazionalismo

<sup>1049</sup> *Ivi*, pp. 80-83.

<sup>1050</sup> G. Bognetti, *Europa in crisi*, cit., p. 134, ove la WRV è definita una «bellissima Costituzione, frutto maturo, dal punto di vista tecnico, della grande scienza giuridica tedesca, la più raffinata allora nel mondo».

che ne scaturiscono. A ciò si aggiunga una nuova crisi economica sul finire degli anni Venti che devasta sia le classi medie sia quella proletaria. «La Costituzione di Weimar avrebbe potuto superare le prove terribili cui il paese fu sottoposto e avrebbe potuto condurre in porto senza rotture la piena “democratizzazione” della società, solo se avesse avuto dietro di sé l’incondizionato consenso di tutte le forze che aspiravano al nuovo, e che puntavano alla messa da parte sia degli aspetti troppo aspri di quanto del modello liberale s’era attuato nella Germania imperiale sia degli aspetti di questa ultima legati addirittura a un passato assolutistico e feudale. Ora, questo incondizionato consenso di tutte le forze che non dovevano ascrivere al campo della intransigente conservazione, non ci fu». Ai sostenitori del modello democratico confezionato dalla Costituzione di Weimar si oppongono movimenti sia da destra sia da sinistra, riluttanti sia al passato sia al presente della Germania.<sup>1051</sup>

A sinistra, in particolare, Bognetti rinviene oppositori non solo tra le forze sociali e politiche rappresentate da comunisti e socialisti indipendenti, ma anche tra i socialdemocratici. Questi, uno dei partiti della costituzione, fondano e poi difendono la Repubblica dagli spartachisti e contribuiscono a scrivere il testo costituzionale. Risultano fedeli alla costituzione sul piano formale, rispettandone metodo e procedura e attenendosi alla regola democratica delle competizioni politiche che prevede libertà di espressione, pluralismo dei partiti e prevalenza della maggioranza formatasi liberamente. Ma non la seguono sul piano sostanziale, criticandone i valori, quali la proprietà privata dei mezzi di produzione e l’iniziativa economica privata che consentirebbero lo sfruttamento dell’uomo sull’uomo e sarebbero da abolire e la divisione della società per classi ritenuta ingiusta e da superare. Ciò, affermando come necessaria la lotta di classe e autodefinendosi quale partito della classe operaia. In sintesi: «mentre la Costituzione proiettava l’ideale del capitalismo democratico e dello stato “sociale”, la socialdemocrazia poneva fermamente quello finale, non poco diverso, del socialismo».<sup>1052</sup>

Così, secondo Bognetti, i socialdemocratici diventano oppositori della Costituzione di Weimar sul piano dei valori sostanziali: perseguendo esclusivamente il sistema assiologico socialista, rifiutano i capisaldi del capitalismo democratico contenuto nella nuova costituzione e non scendono a compromessi con le altre forze democratiche. Tutto ciò incide pesantemente sugli atteggiamenti delle classi sociali non a sinistra, le quali vengono indotte a non abbracciare totalmente il nuovo sistema democratico. La borghesia, in particolare, che rappresenta gran parte della popolazione tedesca, non intende abbandonare i propri valori tradizionali, sia per il rifiuto dei valori socialisti, sia per il timore di un futuro governo di forze politiche avverse agli assetti statali del passato e del presente e propense ad un collettivismo egualitario utopico per il futuro. Lo slancio in avanti della sinistra verso i valori socialisti produce, dunque, nelle

---

<sup>1051</sup> *Ivi*, pp. 135-136.

<sup>1052</sup> *Ivi*, p. 136.

classi di diversa ispirazione politica un ripudio per il nuovo e un ritorno al vecchio. Anche ciò, ad avviso del costituzionalista, aprirà la strada ad un partito di estrema destra il cui programma è uno specchio per le allodole tedesche, le quali poi spinte da una tradizionale propensione a rispettare le istituzioni si ritrovano a seguire il nuovo capo nell'inconsapevolezza di ciò che realmente questi si è proposto di realizzare.<sup>1053</sup>

In altri termini, Bognetti osserva che il rifiuto della borghesia e di altri gruppi sociali per il socialismo e per tutto ciò che ne favorisce l'ascesa viene enfatizzato dal trapasso dal modello dello Stato liberale a quello sociale e dalla sfida tra il modello del capitalismo democratico e quello socialista nel mondo occidentale a partire dagli inizi del Ventesimo secolo. Per la Germania, l'esperienza russa produce i timori nei confronti della sinistra socialista tedesca, al punto da rifuggirvi e riparare politicamente altrove. Anche questa circostanza rientra tra le cause della mancata democratizzazione di Weimar e della conseguente crisi sul piano politico-sociale. Ma non solo. Il costituzionalista italiano vede molteplici e variegate problematiche dietro alla crisi weimariana, tanto quanto le relative cause che gli interpreti hanno ormai comunemente cristallizzato. Non solo sul piano costituzionale, ma anche sul piano politico-sociale Bognetti crede che la Repubblica di Weimar non sia predestinata a perire, affermando che l'avvento al potere del nazionalsocialismo non è un fatto ineluttabile. La comunità tedesca nel quindicennio weimariano appare debole, al punto da non reggere ai colpi bassi che la storia le rifila. Quella comunità è sottoposta in un tempo breve ad un ciclo di mutamenti strutturali estenuante che richiede una serie di operazioni complicate: «digerire l'eliminazione della monarchia e di molti preesistenti tratti aristocratici della società; diminuire le distanze sociali tra media e piccola borghesia e proletariato; democratizzare il governo e predisporre gli spiriti di un grande popolo guerriero ad accettare, nel mezzo di brucianti umiliazioni, il pacifismo internazionalista che si confà alla logica della democrazia capitalistica». A ciò si aggiunge la crisi economica del 1929, cui anche il popolo tedesco deve far fronte. «La Germania avrebbe avuto bisogno, per l'occasione, del convergere e coalizzarsi di vastissime forze politiche, tutte cooperanti a fronteggiare al meglio le gravissime conseguenze della scossa. Invece, essa era dominata da un insieme di forze che, nella gran maggioranza, tendevano alla divaricazione e spingevano, consapevolmente o inconsapevolmente, a una rottura completa dell'ordine poggiante sulla Costituzione».<sup>1054</sup>

Solo dieci anni dopo la fine della seconda guerra mondiale appare l'ampio lavoro di Karl Dietrich Bracher sulla dissoluzione della Repubblica di Weimar che – benché sia concepito prima dell'apertura agli studiosi della grande massa delle fonti e sebbene dopo la sua uscita emergano nuovi aspetti, metodi e spunti teorici – individua un vasto intreccio di cause da tener presente per capire il processo di decomposizione della democrazia. Una quasi naturale inclinazione dei tedeschi a sottomettersi al potere statale

---

<sup>1053</sup> *Ivi*, pp. 137-138.

<sup>1054</sup> *Ivi*, pp. 138-140.

e a rifiutare l'assunzione della responsabilità democratica personale; il carattere di compromesso della rivoluzione del 1918, con cui elementi del vecchio Stato autoritario monarchico convivono con quelli del nuovo democratico, e della Costituzione che tutela il parlamentarismo con l'arginamento dei poteri presidenziali, ma al tempo stesso ne provoca il fallimento. Inoltre v'è la staticità dei partiti paralizzati nelle loro ideologie, la militarizzazione della vita pubblica, la mancanza di consenso popolare e i problemi della burocrazia, della giustizia e della *Reichswehr*: un ampio quadro di cause di breve, medio e lungo periodo sul cui sfondo aleggia lo spettro della fine del potere democratico.<sup>1055</sup>

Inoltre lo stesso Bracher vede nella dittatura delle ordinanze di Brüning il ritorno della corrente autoritaria tedesca, giudicando i governi presidenziali come la preistoria del Terzo *Reich*. Tale interpretazione viene subito contestata da Werner Conze – oltreché da Gian Enrico Rusconi, come si vedrà subito in appresso –, il quale invece punta il dito contro i partiti che, seppure rendano possibile il funzionamento della Repubblica come democrazia parlamentare, rompono in breve tempo il compromesso costituzionale, in quanto dominati storicamente da forti ideologie. Conze, contrapponendosi a Bracher, scorge nell'attivazione della componente presidenziale, non la premessa della dittatura nazista, ma una possibilità di sopravvivenza della Repubblica grazie ad un mutamento costituzionale che guardi al modello inglese.<sup>1056</sup>

Tra i molteplici studi sulla crisi di Weimar e sulle sue cause, quello di Gian Enrico Rusconi resta tuttora un riferimento ineludibile nella letteratura del caso, ricostruendo la struttura della “democrazia contrattata” di Weimar, oltreché le fasi del suo declino a livello sociale, economico e politico. Descrive la fine di Weimar come un «caso esemplare di crisi di un sistema democratico in un quadro di capitalismo organizzato». Non è esemplare perché fissa principi o stabilisce criteri per altre democrazie in crisi, ma lo è perché suggerisce «nessi e meccanismi di funzionamento e blocco delle varie componenti di un sistema», nonché «processi, collegamenti, passaggi in modo così drastico da renderli istruttivi, al di là della loro irripetibilità storica» e «immediatamente utili alla riflessione sulla crisi di sistemi sociali e politici “costruiti” in modo diverso». Rusconi analizza le dinamiche della Repubblica di Weimar e della sua fine: «strutture e necessità economiche, faticosi processi di democratizzazione, acuti conflitti di classe e alti livelli di lotta operaia, vischiosità degli apparati organizzativi e

---

<sup>1055</sup> H. Shulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 510-511. Cfr. K.D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Villingen, 1955, una delle opere più vaste circa la crisi finale weimariana, la quale si concentra sulla perdita di potere in un sistema democratico. Qui, l'autore suddivide la crisi in tre fasi (perdita di potere, vuoto di potere e presa del potere da parte del movimento nazionalsocialista), riscontrando un certo successo tra storici e politologi per il livello di generalizzabilità della tipologia di scansione del periodo di crisi. Trattasi di una tipologia basata sul risultato della crisi e che postula un potere identificato genericamente con meccanismi ed istituti della democrazia parlamentare.

<sup>1056</sup> *Ivi*, pp. 511-512.

delle culture politiche, manipolazioni autoritarie, movimenti di massa e azioni collettive, errori di prospettiva e di azione di partiti e di uomini». <sup>1057</sup>

La ricerca di Rusconi sulla crisi di Weimar si muove su due piani: 1) individuazione degli elementi strutturali della crisi che risiedono nella natura e nella identità del sistema; 2) analisi dello sviluppo della crisi manifesta (1919-1933) anche attraverso le condotte dei soggetti individuali e collettivi interessati. L'evoluzione della crisi manifesta si chiarisce in base ai suoi cespiti strutturali, che rivelano soltanto il clima entro cui si manifestano scelte, possibilità e sfide degli attori sociali. Solo il legame tra condizionamenti strutturali e decisioni precise consente di individuare eventuali errori storici o sconfitte. Rusconi definisce la "crisi di sistema" e quindi coglie le radici della crisi negli elementi strutturali della società weimariana, servendosi dei concetti di "democrazia contrattata" e "capitalismo organizzato". Il primo «indica una situazione in cui il sistema politico parlamentare democratico, lungi dall'essere un quadro consensuale che detta di norme di comportamento, diventa oggetto di contestazione e patteggiamento tra le parti sociali». Il secondo è la struttura socio-economica cui risponde la forma politica democratica – nel senso sviluppato da Rudolf Hilferding, principale teorico politico del socialismo weimariano – andando a registrare «i processi di concentrazione economica monopolistica e l'importanza crescente dello Stato nell'economia e segnala la presenza di interessi corporativi dirompenti gli equilibri tradizionali tra Stato e società civile». Lo Stato, nello specifico, produce aspettative incontenibili oppure indignazione che porta alla rivolta sociale, regolando istituzionalmente i conflitti di lavoro. Qui, la crisi weimariana è data dalla frattura del rapporto tra democrazia contrattata e capitalismo e dall'inserimento di quest'ultimo in un totalitarismo. Tale legame consente di connettere i fattori economici della crisi con quelli politici e sociali, nonché di individuare un tema cruciale dell'esperienza weimariana, per anni ignorato o travisato. <sup>1058</sup>

Commetterebbe un errore, per Rusconi, chi – muovendo dal parallelismo tra industrializzazione, modernizzazione e democratizzazione – interpreta lo squilibrio tra la crescita economica weimariana e la scarsa democraticità politica come un ritardo, con la conseguenza di vedere nel destino di Weimar una fine necessaria all'adeguamento della Germania federale alle altre democrazie industriali. Considerare l'esperimento weimariano solo come passo del lungo percorso verso la modernizzazione ridurrebbe il

---

<sup>1057</sup> G.E. Rusconi, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977, p. VIII. Cfr, nella letteratura tedesca, K. Holl (Hrsg.), *Wirtschaftskrise und liberale Demokratie: Das Ende der Weimarer Republik und die gegenwärtige Situation*, Göttingen, 1978, che tratta la crisi economica, la democrazia liberale e la fine della Repubblica di Weimar, con uno sguardo alla situazione tedesca degli anni '70, mentre, nella letteratura anglosassone, cfr. D. Abraham, *The collapse of the WR: Political Economy and Crisis*, Princeton, 1981, per un'analisi del fallimento weimariano dal punto di vista economico e più precisamente alla luce dello sviluppo dei rapporti tra industria, agricoltura, politica, società e tradizioni nella Germania post-imperiale, caratterizzata da uno studio settoriale dell'economia politica della Germania di Weimar ed un esame del nesso tra l'economia politica, la stabilità politica e la crisi che ha caratterizzato gli anni successivi al 1924.

<sup>1058</sup> *Ivi*, pp. VIII-IX.

suo vero e più ampio valore e, dunque, vanificherebbe la domanda di democratizzazione radicale, la quale resterebbe ad oggi formativa per le situazioni socio-politiche che non si piegano alla modernizzazione. Rusconi fa notare, tra le tante, che la fine di Weimar è auspicata da diverse classi sociali costituenti la maggioranza della popolazione guidate dalla NSDAP contro la classe operaia. Ad ogni modo, egli vede il movimento nazionalsocialista nel ruolo di agente condizionatore dei gruppi politici tradizionali, delle istituzioni, delle caste e delle classi scontente, ma non in quello di protagonista assoluto sulla scena della crisi, la quale vede diversi attori di primaria importanza prima e dopo la sua comparsa. Per Rusconi, il sistema weimariano è abbattuto dai colpi inferti da un vasto movimento antidemocratico, solo alla fine egemonizzato dal partito nazionalsocialista.<sup>1059</sup>

Sebbene riconosca la validità dell'opera bracheriana, Rusconi ritiene che il relativo modello di crisi non prenda debitamente in considerazione le dinamiche che hanno condotto alla crisi, le quali sono idonee a fornire spunti di riflessione di più ampio respiro. La crisi del potere quale apparato istituzionale, secondo Rusconi, diventa pienamente rilevante se analizzata come fase finale di un processo che compromette i principi sociali del potere medesimo. Pertanto, occorre ristabilire il nesso tra politica, economia e azioni collettive nella prospettiva della complessiva condotta che crea e distrugge ogni sistema sociale e politico.<sup>1060</sup>

Nel caso di Weimar, il sistema è il prodotto di azioni collettive tramite patti di gruppi organizzati trasversali al potere istituzionale, ma pur sempre fondanti la Repubblica. Così, il “vuoto di potere” (*Machtvakuum*) del periodo focale della crisi è frutto dello scioglimento dei patti costitutivi e dell'esplosione di condotte extra ed anti istituzionali che compongono la vita sociale con svariate possibilità sino all'ascesa al potere di Hitler. Rusconi parla di una “crisi di sistema”, per indicare il complesso dei fenomeni attraverso cui un organismo sociale e politico si disintegra. Se crisi e disintegrazione appaiono come sinonimi, allora un sistema non in crisi sarà integrato, ossia le parti che lo compongono stanno insieme. Vale qui la pena distinguere tra “integrazione sistemica” che attiene al funzionamento delle parti e “integrazione sociale” che concerne i processi ideologici, normativi delegittimanti che sono parte del sistema e gli conferiscono un'identità.<sup>1061</sup>

Entrambi i tipi sono interdipendenti e indispensabili per comprendere il processo opposto di “disintegrazione”. La crisi di sistema, difatti, si manifesta pienamente non quando alcune parti non funzionano (crisi economica, blocco del sistema istituzionale), ma quando tali disfunzioni interessano i processi di integrazione sociale e di identità (fenomeni di delegittimazione). La crisi deriva, quindi, dal «cortocircuito tra disfunzioni (o blocchi) di singoli sottosistemi e fenomeni di disintegrazione sociale».

---

<sup>1059</sup> *Ivi*, pp. X-XII.

<sup>1060</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>1061</sup> *Ivi*, p. 6.

Disintegrazione da intendersi in una duplice accezione. In un primo senso, trattasi di fenomeni di delegittimazione e di mobilitazione ostile; in un secondo senso, ci si riferisce all'ultima fase della crisi del potere politico come inidoneità a metabolizzare le spinte centripete con una base di consenso indispensabile a ogni forma di potere. In tal senso, l'ultima fase della crisi rappresenta la sua "disintegrazione".<sup>1062</sup>

Tutto ciò, in linea generale. Guardando a Weimar, invece, occorre identificare nello specifico il suo sistema. Perciò, Rusconi si serve del concetto di "democrazia contrattata". Lo storico parla di "contraenti convinti" e "contraenti coatti" che mirano a sciogliere il patto democratico. Il sistema di Weimar si rivela, quindi, alterato sin dall'inizio da un difetto di legittimazione. Gli accordi compromissori che fondano la Repubblica vengono meno prima della dissoluzione della Repubblica. L'ultimo governo democratico parlamentare cade in seguito alle critiche del patto sociale tra sindacati e padronato. Il primo governo extraparlamentare si forma per lo scioglimento del patto politico e all'autarchia delle caste istituzionali, burocratiche e ministeriali.<sup>1063</sup>

La democrazia weimariana si sgretola prima dell'avvento al potere del nazionalsocialismo, dissolvendosi anche con la realizzazione da parte dei suoi nemici del primato della politica tramite un piano legale ed extralegale, consentendo l'intervento statale nella legislazione del capitalismo organizzato. Riesaminando il passato, è possibile tracciare uno schema della crisi di Weimar – ovvero il declino del sistema di Weimar che Rusconi definisce "crisi di sistema in senso tecnico e forte" – costituito da tre dinamiche: 1) rottura per gradi degli accordi costitutivi della Repubblica (politico, sociale e militare); 2) perdita di consenso popolare tra le forze democratiche causata dal movimento di delegittimazione dei nazionalsocialisti e da azioni collettive ostili; 3) l'unione di tre stadi della crisi di gestione del potere nel sistema istituzionale (di efficienza, di autorità e di integrazione). Evidente risulta la contestualità delle tre dimensioni della crisi, tra cui quella del potere istituzionale è la più lampante. La crisi di efficienza è data dal governo Brüning debolmente legittimato da popolo e istituzioni e solo tollerato dalla SPD. Non riesce a risolvere la crisi economica, né a limitarne i costi sociali, risultando incapace a livello tecnico, per il piano economico deflazionistico, e a livello politico, per lo svilimento del Parlamento causato dal progetto di ristrutturazione conservativo-autoritario. Da qui, la conseguente crisi di autorità dei successivi governi presidenziali von Papen e von Schleicher, contraddistinti da una palese frattura con i fondamenti del sistema democratico, ravvisabile in una gestione politica antiparlamentare, antidemocratica e antioperaia. Infine, attese l'ostilità dei socialdemocratici, il movimento avverso dei comunisti e il piano sovversivo ed

---

<sup>1062</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>1063</sup> *Ivi*, p. 8.

istituzionale dei nazionalsocialisti, la crisi diventa di integrazione, per l'inabilità di metabolizzare le vicende che portano al declino.<sup>1064</sup>

Inoltre, preme sottolineare la rilevanza di due ulteriori fattori che caratterizzano fortemente la crisi di Weimar. Il primo è il ruolo della casta burocratico-militare che ruota intorno al Presidente del Reich che si rafforza proporzionalmente all'avanzamento della crisi, in chiave antidemocratica. Il secondo è rappresentato dal superamento del sottosistema economico da parte di decisioni di politica economica da parte dello Stato interventore, parallelamente alla presa di autonomia dei gruppi burocratici-ministeriali. Anche grazie a tali elementi di segno politico è possibile raggiungere una soluzione globale della crisi. La fondazione e la distruzione di un sistema sono riconducibili all'influsso dei processi di rivolta in opposizione alle istituzioni precedenti. Tra le "azioni collettive" di Weimar è possibile annoverare la rivoluzione del 1918-1919, come fautrice di un nuovo gruppo socio-politico che si scontra con strutture preesistenti. Allo stesso modo, la crisi finale è descrivibile in termini di resa e di mutamento del vecchio sistema istituzionale dietro la spinta dell'azione collettiva guidata dal nazionalsocialismo. Naturalmente, ciò con le dovute differenziazioni e precisazioni all'interno di ogni movimento in base alla classe sociale di appartenenza, soprattutto per ciò che riguarda il rapporto tra la composizione sociale dei gruppi, il loro metodo comunicativo e i loro scopi politici.<sup>1065</sup>

La riflessione critica di Rusconi sul nesso tra i patti fra le parti sociali e la struttura politica nel suo complesso e sulle dinamiche della sua rottura rendono l'esperimento weimariano un esempio di crisi di regime democratico sempre istruttivo.

Un'analisi peculiare, di stampo storico e politico, sulle cause della crisi weimariana è offerta da Ernst Nolte. Lo storico afferma che la Repubblica di Weimar sin dall'inizio deve fare i conti con il movimento ideologico bolscevico che prima stermina la classe borghese e quella contadina benestante in Russia, poi diffonde fervore e timore allo stesso tempo in Europa. In Germania, il partito comunista tenta di seguirne le orme. La preoccupazione prodotta da questa minaccia prepara terreno fertile al contromovimento nazionalsocialista in terra tedesca. Ne consegue l'annientamento della Repubblica, ad opera di due ideologie opposte, e mancando una solida base democratica nella popolazione. Secondo Nolte, la Repubblica di Weimar va storicamente circoscritta, per il suo gran numero di personalità, partiti, eventi e rivolgimenti, al fine di afferrarne il valore e va sottolineato che la popolazione tedesca nel 1918-19, nel 1923 e nel 1930-32 vive momenti di grande paura suscitata dal comunismo. A testimoniare, i quotidiani del tempo, colmi di notizie agghiaccianti sulla Russa Sovietica, il maggior

---

<sup>1064</sup> *Ivi*, pp. 8-10 e *Id.*, *Azione operaia e sistema democratico*, in L. Villari (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, Bologna, 1978, pp. 68-69.

<sup>1065</sup> *Ivi*, p. 10.

timore di Brüning nel 1931 per la KPD che per la NSDAP e il più alto numero di azioni facinorose ad opera di comunisti più che di nazisti a Berlino.<sup>1066</sup>

Lo storico ascrive lo squilibrio nelle letture del crollo weimariano soprattutto alla grande impressione che i crimini del nazionalsocialismo, l'olocausto e il tragico epilogo della guerra suscitano nei contemporanei e nei posteri. Perciò, appena si tenta di indagare su Hitler e il suo movimento senza pregiudizi, si rischia di subire l'accusa di farne apologia. Accettando tale rischio, lo storico tedesco avanza un'ipotesi generale e storica: «i molti milioni di seguaci e di elettori del Nazionalsocialismo, tra i quali io non c'ero, non possono aver avuto torto in modo così assoluto, come pensa una parte importante dei loro figli e nipoti. Anche un fenomeno molto cattivo non può essere forte e "storico", se non contiene alcuni elementi buoni». Egli ritiene che il primo conflitto mondiale sia uno sconvolgimento spaventoso per tedeschi ed europei, pur rimanendo più preoccupante la vittoria del bolscevismo in Russia e l'esperimento rivoluzionario dei suoi seguaci in Germania ed in Europa. I conservatori subiscono la minaccia diretta ad abbattere le istituzioni; le chiese non sono ben viste; i liberali intravedono un sistema coatto che spazza via i rappresentanti dell'economia di mercato; il maggior partito dei lavoratori è negato politicamente e intellettualmente. Il sistema dell'annientamento di classe e delle istituzioni è del tutto nuovo rispetto all'orrore e al sangue della guerra.<sup>1067</sup>

I seguaci di questo esperimento rivoluzionario, giudicati come briganti e assassini, sono per lo più sostenitori dediti ed entusiasti della loro causa, per quanto ciò sia inquietante. Nolte ritiene che dopo le inspiegabili sofferenze della guerra, l'utopia lanciata scientificamente da Marx riscuote un successo che non si limita ai proletari. Al tempo stesso, occorre comprendere l'impresa più violenta in senso contrario, quella "radicalfascista" di Hitler. E lo storico lo fa offrendo la seguente interpretazione: «Hitler doveva porsi sullo stesso piano del nemico, se voleva conseguire l'annientamento del bolscevismo, il suo obiettivo fondamentale. Doveva fondare un "antibolscevismo che

---

<sup>1066</sup> Nolte E., *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 7. Lo sguardo di Nolte circa il quindicennio weimariano è rivolto, più di ogni altro fattore, alla minaccia del movimento comunista russo, e poi anche di quello tedesco, all'esordio e nel mezzo della storia weimariana, e all'avanzata di quello nazionalsocialista che determina di fatto la fine della Repubblica. Denuncia, inoltre, la sottovalutazione di progetti, fatti e spinte provenienti dal mondo comunista nel concorso di cause che portano al crollo della prima democrazia tedesca. E non risparmia critiche a chi, invece, ricorda nei libri di storia solo ed esclusivamente il "nazismo" e Hitler tra i fattori determinanti il crollo weimariano. Insomma, Nolte vede un grande squilibrio nel racconto del fallimento di Weimar, in quanto crede ci si ricordi troppo del nazionalsocialismo e troppo poco del comunismo, perdendo di vista che entrambe le ideologie hanno giocato un ruolo decisivo nella partita persa dalla democrazia a Weimar e in Europa. Pertanto, ritiene doveroso, a livello storico, raccontare tutti i fatti, compresi quelli legati al mondo comunista, che hanno contribuito a schiacciare la Repubblica di Weimar, evitando giudizi e pregiudizi di valore politico e morale. Lo storico, secondo Nolte, deve comprendere e far comprendere. Infatti, si spinge fino a comprendere il nazionalsocialismo e Hitler, diventati imitazioni del bolscevismo e di Lenin, portatori originari di una natura parimenti violenta e brutale, al fine di sconfiggerli. Lo storico individua un nesso causale tra le due grandi ideologie del '900, comunismo e nazionalsocialismo. All'origine del totalitarismo in Germania, il bolscevismo e più propriamente la rivoluzione bolscevica. L'inizio della guerra civile tra ideologie totalitarie e sterminazioniste non avrebbe luogo senza l'impresa di Lenin.

<sup>1067</sup> *Ivi*, p. 9.

avesse la stessa forza risolutezza bolscevica” e quindi dipendere intimamente e profondamente dal nemico. Diventare un imitatore, per poter essere un nemico radicale». <sup>1068</sup>

Restando sul piano della disamina storica e politica delle cause del crollo weimariano, un’interpretazione diversa da quella di Nolte è offerta da Eric Weitz, il quale è fermo nel ritenere che Weimar non crolla ineluttabilmente. La Repubblica è abbattuta, secondo Weitz, dal binomio composto da destra tradizionale, da sempre antirepubblicana, antidemocratica, antisemita e destra emergente più estrema, più pericoloso rispetto ai detrattori comunisti. Weimar è spettatrice di troppe crisi per essere una democrazia giovane. Non solo, la mancanza di un numero cospicuo di democratici, ma anche la presenza della sinistra estrema indebolisce il sistema. I comunisti, tuttavia, non dispongono di uomini, mezzi e militari sufficienti a combattere l’ordine repubblicano, nonostante tre tentativi di rovesciarlo. I politici di destra posseggono risorse maggiori. Professionisti e intellettuali collocati in ruoli strategici con poteri decisionali nella burocrazia, nella magistratura, nell’esercito e uomini che controllano capitale industriale e finanziario. In più, preti e pastori che accettano quantomeno il nazionalsocialismo. Tra gli attori della scena politica di destra, naturalmente, alcuni sostengono fortemente il movimento hitleriano, altri, la maggiorparte, lo tollerano. Alcuni dati circa il fallimento repubblicano, secondo Weitz, sono certi. I nazionalsocialisti salgono al potere, distruggendo la Repubblica, anche grazie a chi controlla le risorse tedesche, ricopre ruoli di vertice nelle istituzioni e osteggia la già esistente società democratica. Dunque, l’ordine weimariano è logorato dall’offensiva della destra tradizionale abbinata allo straordinario istinto politico dei nazionalsocialisti, cui si associano la classe media e parte delle classi inferiori, preoccupati dal caos dell’epoca. Weimar non garantisce neanche un basilare livello di sicurezza, lasciando i nazionalsocialisti senza controllo, incalzati da una destra cieca e imprevedente. <sup>1069</sup>

Insomma, alla domanda se la disfatta sia evitabile, si trovano varie risposte in campo politico. La sinistra politica sostiene che l’unione del movimento operaio avrebbe potuto proteggere Weimar. Infatti, la socialdemocrazia marxista prebellica non accetta il compromesso di classe tra le fila moderate dei lavoratori e la borghesia su cui poggia Weimar. Solo dopo la rottura con la sinistra estrema, la maggioranza moderata collabora con il centro borghese dando vita alla democrazia weimariana. Dal conflitto tra comunisti e socialdemocratici, Hitler trae vantaggi, presentandosi come il movimento di destra alternativo ai due ormai partiti di sinistra marxisti, uno moderato, l’altro estremo. Un’altra risposta è data dalla tesi della resa di Weimar, sostenuta da liberali e conservatori. La democrazia si sarebbe salvata se i suoi sostenitori avessero agito con più giudizio e sulla base di un compromesso più vasto. <sup>1070</sup>

---

<sup>1068</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>1069</sup> E.D. Weitz, *La Germania di Weimar*, cit., pp. 426-428.

<sup>1070</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. 685-686.

Da questa fruttuosa discussione, scaturisce un'ulteriore riflessione sulle cause della crisi di Weimar, ispirata all'impostazione di Schulze, consapevole di prendere le mosse da un'imperfetta condizione scientifica, pendendo sul tema la riserva della tendenziosità di ogni individuazione e interpretazione delle questioni, tanto maggiore quanto più l'interesse storico è vicino nel tempo. Il punto di vista con cui si considera il passato è inevitabilmente legato al presente e da questo condizionato, quindi il tentativo di selezionare, raccogliere e relazionare i dati fattuali corresponsabili del crollo della Repubblica di Weimar rischia di essere viziato e in ogni caso resta limitato. Infatti «la prima repubblica tedesca (...) presenta una concentrazione e una complessità di eventi e di fattori tali da prestarsi ad ottiche di lettura, ad interpretazioni, ed estrapolazioni sempre diverse e (quasi) sempre legittime», soprattutto per ciò che concerne la sua crisi.<sup>1071</sup>

Per questi motivi, pare opportuno riportare un'analisi strutturale delle ragioni del declino weimariano che la letteratura del caso comunemente colloca in questioni di ordine internazionale, economico, sociale, giuridico, politico, istituzionale e culturale indissolubilmente legate l'una all'altra.<sup>1072</sup>

Nel 1918 i governanti della Germania accettano il regime democratico quale contropartita della promessa americana, non mantenuta, di una pace clemente, al posto della quale si hanno il trattato di Versailles, riparazioni, discriminazioni e sconfitte in politica estera: una serie interminabile di umiliazioni. Ciò, come si è già visto, viene sopportato solo attraverso l'attribuzione delle offese subite ai soggetti riconoscenti nel nuovo sistema politico. La formula demagogica secondo cui Repubblica e democrazia sono sinonimi di viltà e tradimento del popolo, condivisa da molti, diventa così il motto della propaganda estremistica. Le conseguenze psicologiche, più che materiali, dei gravami di politica estera producono il revisionismo antiversagliese che, sebbene agisca come fattore di coesione, penetrando in tutte le forze sociali e in tutti i partiti politici, finisce per potenziare l'appello emotivo del nazionalsocialismo e limitare la libertà d'azione della Germania in ambito internazionale.<sup>1073</sup> Per comprendere Weimar è indispensabile tenere a mente «la variabile interveniente della politica estera e i suoi effetti interni» contraddistinti dall'ampio sentore di vivere in una condizione punitiva cui la Germania è costretta dopo la pace di Versailles, la quale impone vincoli economico-finanziari disastrosi «non tanto in termini materiali quanto di frustrazione per una indebita riduzione di sovranità dello Stato tedesco».<sup>1074</sup> Buona parte degli

<sup>1071</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, in G.E. Rusconi-H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, cit., p. 27.

<sup>1072</sup> Per una analisi sintetica e sistematica delle cause della crisi di Weimar, cfr. P. Stancati, "*Sindrome di Weimar*" e caso Italia: di alcuni impropri parallelismi (e di alcune solo apparenti analogie) fra i più recenti tratti evolutivi del sistema politico-istituzionale italiano e la forma di governo, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 112-114 e M. Mandara, *L'esperienza della Repubblica di Weimar tra continuità e discontinuità istituzionale nella dogmatica degli «abusi del potere politico»*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 146-151.

<sup>1073</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 7-8 e p. 516.

<sup>1074</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., p. 39.

intellettuali tedeschi dell'epoca considera la democrazia parlamentare come una conseguenza della fine dell'egemonia della Germania, cui si aggiunge una forte crisi di partecipazione dovuta all'ascesa al potere di forze precedentemente escluse. Qui si origina la ricusa di alcuni o l'accoglimento razionale di altri delle nuove istituzioni, al cospetto di un Paese frammentato, che la guerra compatta solo in superficie.<sup>1075</sup>

Tra i fattori scatenanti il collasso weimariano, l'economia occupa di certo una posizione di rilievo. Essa soffre di una malattia cronica, dalla catastrofe inflazionistica dei primi anni alla grande crisi finale, i cui effetti si riscontrano in un'iperinflazione rampante, in una massiccia disoccupazione e in un grave abbassamento della qualità della vita. L'inflazione dal 1918 al 1923 produce l'impovertimento di una parte consistente del ceto medio e influenza psicologicamente le misure economiche e finanziarie del Governo tedesco. La crisi economica del '29 provoca una profonda crisi dello Stato sociale, agevolando la radicalizzazione della politica e screditando la Repubblica parlamentare, ma è possibile supporre che essa aggravi predisposizioni e fragilità preesistenti ed acceleri processi già in corso.<sup>1076</sup> È comunque un dato acquisito che il Governo tedesco vi dà risposte oggi giudicate sbagliate, dettate non tanto da errori

---

<sup>1075</sup> F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., p. 228. Nell'individuazione delle cause della brevità della vita della Repubblica di Weimar e dell'avvento del Terzo Reich, la maggior parte degli storici contemporanei attribuisce particolare attenzione al "fattore Versailles" – inizialmente sottovalutato dalla storiografia tedesco-occidentale, poi preso sempre più in considerazione – e, dunque, alla guerra mondiale che l'ha preceduto, avendo lo stesso influito sull'opinione pubblica e sulla politica della Germania di allora. Sul punto, si veda l'analisi storica di A. Roveri, *Da Versailles a Hitler*, cit., in cui tale trattato è definito come «una pace cartaginese che funestò la nascita della prima repubblica tedesca e ne rese gracile l'organismo, come una malattia che colpisca un neonato» (*ivi*, p. 6) e ritenuto simbolo della sopraffazione e del sopruso inflitti alla Germania, cinicamente sfruttati a livello elettorale da Hitler, grazie a cui la Nsdap raccoglie l'impressionante messe di voti del 1930 e del 1932 – fatti di cui si sono resi responsabili anche gli statisti occidentali per aver imposto condizioni spropositate (*ivi*, p. 125). Secondo lo storico italiano, già dopo un anno dalla sua nascita, la Repubblica di Weimar pare «una cittadella assediata», con «vasta e minacciosa ostilità degli assediati», ragion per cui egli invita a «capire in quale misura l'ampiezza dello squarcio, prodotto dal "siluro" Versailles nel fianco della nave Weimar, fosse dovuta non già alla potenza dell'esplosivo, bensì alla fragilità della struttura della nave. Se, insomma, una nave più robusta (una democrazia più forte) avrebbe avuto maggiori possibilità di salvezza. In altri termini bisogna risalire al cantiere navale da cui quello scafo era uscito, ossia ai modi di formazione di quella giovane entità statale che si chiamava Germania e alla specificità del cammino percorso dalla civiltà e sociale tedesca dal 1871 alla guerra mondiale 1914-1918. Hanno perciò ragione anche quegli storici che, nello spiegare la gracilità dell'organismo weimariano, si sono riferiti principalmente alla peculiare storia della Germania imperiale nata, appunto, nel 1871 e finita nel 1918» (*ivi*, pp. 41-42). Per un'interpretazione simile, cfr. E. Collotti, *Tendenze recenti della storiografia sulla Repubblica di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 39-40, in cui si ritiene che la democrazia fallisce a Weimar, in quanto inadatta alla causa di espansione imperialistica mai del tutto abbandonata dalla Germania, ove si coniugano crisi weimariana e avvento nazista; il nazismo sarebbe il mezzo necessario per guidare la società tedesca alla conquista dell'Europa, grazie alla spinta di un imperialismo ritenuto ancora vivo. Cfr., inoltre, L. Villari, *La razionalizzazione capitalistica nella repubblica di Weimar*, in Id. (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 71-73 per una breve analisi del rapporto tra Versailles e la fine della Repubblica weimariana, giudicato «esistente», ma non «organico» da compromettere il sistema politico.

<sup>1076</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 518-519. La Repubblica di Weimar opera, nei primi anni, una politica sociale e di redistribuzione del reddito per allargare il consenso popolare e ottenere la pace sociale; ma con la grande crisi tutti i problemi accollatisi si acuiscono ed esigono una soluzione. Lo Stato non vi riesce, favorendo le forze antirepubblicane reclamanti per sé un attestato di legittimazione.

tecniche quanto da un programma politico fallimentare. Il primo Governo presidenziale Brüning adotta infatti una politica deflattiva che non solo riduce gli ammortizzatori sociali, ma punta alla soppressione degli istituti della contrattazione e delle garanzie sociali, positivi nei primi dieci anni della Repubblica. I vizi di questa politica economica non sono frutto di un governo tecnico o impolitico che non azzecca la giusta strategia, ma di un governo politico che mira a ridurre il parlamentarismo a vantaggio di un sistema politico che ruoti attorno all'Esecutivo e al Presidente della Repubblica.<sup>1077</sup>

Un siffatto sistema corrisponde all'odierno semipresidenzialismo, attivato tuttavia in condizioni d'emergenza tramite l'art. 48, utilizzato dai due Capi di Stato in tempi e circostanze differenti – Ebert, nel corso del suo mandato fino al gennaio 1925 adotta centotrentacinque ordinanze *ex art.* 48 conformemente alla Costituzione, mentre Hindenburg dal 1930 in poi ne fa un uso sistematico e sostitutivo della normalità democratica. Sotto questo punto di vista, si hanno tre fasi della Repubblica: la prima, dal 1918 al maggio 1930, delinea un parlamentarismo integrato dal ruolo supplente del

---

<sup>1077</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., pp. 37-38. Sulla crisi economica, tra gli innumerevoli contributi, si segnala l'analisi di C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., secondo cui il modo in cui interagiscono i fattori della crisi (inflazione, disoccupazione, instabilità) è individuabile solo guardando alla crisi generale di legittimità del nuovo sistema costituzionale e della nuova classe politica. Lo Stato federale repubblicano, Stato-nazione, si rivela sin dalla nascita un contenitore senza contenuto, con una logica contraddittoria sorretta dalla Repubblica, quale base razionale-legale, e dalla società animata da tensioni originate dagli eventi bellici e postbellici. «Tali contraddizioni diventano esplosive: la delusione derivante dagli esiti del Trattato di pace prima e dalla nuova dimensione politica poi, lascerà il posto a un irrazionalismo sfrenato, a un bisogno di assoluto e di verità che troverà la sua chiave d'accesso alla Storia nella croce uncinata» (*ivi*, p. 65). Inoltre – sempre secondo Sbailò – dietro la spiegazione per cui la grave crisi economica seguita al crollo di Wall Street del 1929 avrebbe provocato il crollo della Repubblica e la comparsa del nazismo, spesso, si cela un'identificazione tra la legittimità del regime e l'efficacia del governo, verificatasi, secondo l'opinione pubblica, indipendentemente dalla crisi economica. Infatti, oltre al governo, anche il regime, i poteri economici e i partiti sono responsabili in una società democratica. Ciò assicura una certa libertà al regime, in quanto il popolo si affida alle opposizioni o ad altri attori sociali per la soluzione dei problemi. Tutto questo per dire che se il disfacimento di un ordine costituzionale è producibile, come sostenuto da molti, da una crisi economica, allora le responsabilità non sono preventivamente assegnate né efficacemente prese, l'ordine confuso e, dunque, il regime profondamente delegittimato. Legittimazione che si snoda in due accezioni: diacronica e sincronica. La prima proviene dal rapporto tra il regime attuale e quello passato, dalla maggiore o minore conformità alla realtà rispettivamente riconosciuta a entrambi. La seconda, invece, attiene alla sussistenza o meno di vie alternative percorribili, considerata come concomitanza di modelli istituzionali esterni e movimenti politici interni che richiamano quei sistemi. Nella Repubblica weimariana, entrambi i tipi di legittimazione risultano deboli: circa la prima, a causa delle questioni irrisolte della sconfitta militare e della susseguente transizione nella forma di Stato; circa la seconda, a causa dell'esperimento socialista a est e della propinata americanizzazione della Germania (*ivi*, pp. 98-99). Cfr., inoltre, S. Scognamiglio, *Crisi e rinascita della civilizzazione occidentale (1914-1945): le origini politiche del capitalismo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 81-110, in cui viene sostenuto che la crisi più catastrofica del capitalismo mondiale ha una caratterizzazione più politica che economica ed inizia con la prima guerra mondiale e termina dopo la fine della seconda, non avendo come anni di riferimento il 1929 e il 1933, bensì il 1914 e il 1945; «come aveva previsto Keynes, la crisi fu innescata dagli effettivi distruttivi del *Trattato di Versailles* e si concluse quando gli Stati Uniti attraverso il *Piano Marshall* ristabilirono l'inizio di una nuova fase di cooperazione internazionale»; tale contributo ricostruisce i diversi stadi della grande crisi, evidenziando presunti errori politici sul fronte interno e su quello estero dalla Francia, dalla Germania, dall'Inghilterra e dagli USA (*ivi*, p. 82). Per una panoramica dell'economia di Weimar, si veda H. James, *The Weimar economy*, in A. McElligott (ed.), *Weimar Germany*, cit., pp. 102-126.

Presidente, una variante di semipresidenzialismo; col Governo Brüning, o più precisamente dopo la paralisi parlamentare determinata dalle elezioni del settembre 1930, inizia una seconda fase di “semipresidenzialismo coatto”, in quanto la maggioranza, pur disapprovandone la politica, si vede costretta ad appoggiare il Governo, abdicando alla propria funzione; con i governi Papen e Schleicher, sforniti di sostegno al *Reichstag* e fondati esclusivamente sul mandato presidenziale, si ha la terza fase, un “presidenzialismo anomalo”, perché non contemplato dalla Costituzione e sorretto da una legittimazione popolare contraria alle intenzioni del Presidente (i sostenitori di Hindenburg, gli elettori di centro-sinistra del 1932, sono per la ripresa della normalità parlamentare, a differenza delle forze di centro-destra preferite dal Presidente, in quanto orientate alla restrizione del parlamentarismo a favore di soluzioni autoritarie).<sup>1078</sup>

In effetti, volgendo lo sguardo all’aspetto giuridico, la Costituzione presenta un carente carattere normativo, a causa del quale, nella fase finale della Repubblica, viene favorito l’allargamento extra-costituzionale dei poteri dell’Esecutivo, rendendo difficile un intervento in suo favore, visto che essa protegge allo stesso tempo i suoi difensori e i suoi nemici. In particolare, la componente presidenziale è gravida di conseguenze sia per il suo carattere plebiscitario sia per l’uso dell’art. 48. Tale articolo non è di per sé lesivo della democrazia: simili disposizioni per i casi di emergenza non sono straordinarie, tant’è che appaiono nella maggior parte delle Costituzioni democratiche; il 48 è la risposta necessaria contro i pericoli cui è esposta la giovane democrazia tedesca.<sup>1079</sup> Antidemocratica è la combinazione del 48 con la prerogativa presidenziale di sciogliere il Parlamento recalcitrante alle ordinanze d’urgenza, aggravata dalla prospettiva di sospendere l’articolo che impone la convocazione di nuove elezioni entro sessanta giorni. In tal modo viene deteriorata la prassi costituzionale, manifestando quindi la volontà dei detentori del potere di rompere il patto democratico originario.<sup>1080</sup> Eppure la “Costituzione di riserva” difende il Paese dall’aperta guerra civile del 1930; infatti la parte presidenziale offre un ampio ventaglio di soluzioni funzionali non solo all’affossamento della Repubblica, come poi accade, ma anche alla lotta contro l’estremismo politico e quindi alla salvezza della democrazia, come avviene fino al 1924. Insomma il 48 è un mezzo il cui uso dipende dalla disposizione d’animo personale del Presidente. Si ha così la prova del fatto che le Costituzioni si limitano a predisporre gli strumenti dell’esercizio del potere e spetta agli uomini che se ne servono usarli per il bene o per il male. Per di più, come si è più volte sottolineato, la Costituzione di Weimar dà ai partiti e al Parlamento la possibilità di fermare il Capo

<sup>1078</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., pp. 48-49.

<sup>1079</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 521 e p. 114.

<sup>1080</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., p. 34. «Questo comportamento rivela che la democrazia era stata sottoscritta con la riserva di adattarne, piegarne regole e contenuti. Di rinnegarli se necessario» (*Ivi*, pp. 34-35). Qui l’autore si rifà al concetto di “democrazia contrattata”, per cui si veda *infra*, nota 1090.

dello Stato nonostante i contropoteri di quest'ultimo (artt. 25 e 53) – ma ciò alla fine non accade.<sup>1081</sup>

Il “difetto di costruzione” di Weimar rimanda alla volontà politica di alcuni contraenti più che alla sua architettura costituzionale, ma la degenerazione costituzionale della fase culminante weimariana non è ascrivibile ai soli vertici istituzionali, in quanto chiama in causa altri protagonisti, come i partiti.<sup>1082</sup> Questi, in larga misura portatori di *Weltanschauung* (ideologia), propendono principalmente verso programmi a forte caratterizzazione ideologica, e solo secondariamente verso gli interessi dei gruppi sociali, rivelandosi inidonei ai compromessi, «generatori di convivenza politica». Viene in tal modo perduto un principio fondamentale della democrazia parlamentare che, come rileva Erdmann, consiste nell'«imperativo categorico del compromesso, e non già tra simili, bensì tra contrapposti interessi e convincimenti». Non il senso comune di responsabilità, non il riferimento a valori condivisi, ma il *bellum omnium contra omnes* domina la scena politica weimariana.<sup>1083</sup> Proprio i contrasti esistenti tra le forze politiche, insieme alla scarsa integrazione della società politica, delegittimano i partiti circa la gestione della volontà popolare. Nonostante la loro posizione costitutiva dell'ordinamento, provocano – secondo molti – la rottura dell'unità statale e l'incapacità decisionale del sistema. Ciascuno di essi e tutti nell'insieme falliscono in quanto non riescono a portare a termine la missione propria dei partiti in una democrazia parlamentare: la formazione di stabili maggioranze. La causa di tale fallimento è da ricercare, per alcuni, oltre che nel patriottismo di partito, con la conseguente divisione nelle coalizioni, anche nell'uso della rappresentanza proporzionale senza alcun sistema di sbarramento che permette ad ogni partito con un minimo di supporto di ottenere l'ingresso nel *Reichstag*. Questo porta ad un grande numero di piccoli partiti, alcuni dei quali estremisticamente ideologicizzati, con cui è necessario coalizzarsi, visto che nessuno da solo è in grado di ottenere una maggioranza completa. Se con il proporzionale si favorisce la rappresentatività e inevitabilmente la frammentazione partitica, limitando la capacità di aggregazione di stabili maggioranze coalizionali, con il maggioritario si agevola la governabilità e probabilmente a Weimar la messa in minoranza degli estremisti, impedendone l'accesso in Parlamento. I giudizi al riguardo sono tra loro assai diversi e quelle appena enunciate rimangono naturalmente ipotesi.<sup>1084</sup>

Sembra invece un dato acclarato che la grande maggioranza della popolazione – costituita secondo Theodor Geiger per l'85% dai lavoratori manuali, dal vecchio e dal nuovo ceto medio – non ami la Repubblica. In proposito Jeffrey Herf descrive Weimar come una «repubblica senza repubblicani (...) attaccata dagli intellettuali e dai partiti

<sup>1081</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 115-116 e pp. 521-522.

<sup>1082</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., p. 35.

<sup>1083</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 10 e p. 12.

<sup>1084</sup> Cfr. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 227-230 e H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 520-522.

politici di destra come simbolo di umiliazione nazionale e sconfitta militare»;<sup>1085</sup> Winkler ritiene che la Repubblica weimariana nasca dalla “rivoluzione frenata” del novembre 1918 e dalle trattative di una “pace incompiuta”;<sup>1086</sup> Armin Mohler riferisce come essa, per i rivoluzionari conservatori, non sia altro che «una desolata sala d’attesa», «l’ultimo parto del guglielminismo»;<sup>1087</sup> Gusy si chiede se quella di Weimar sia o meno una “Repubblica inerme”, domandandosi fino a che punto possa una repubblica democratica limitare la libertà democratica, al fine di proteggere se stessa, e fino a che punto sia legale garantire un ordine politico contro la propria erosione e distruzione, rispondendo che la storia della Repubblica di Weimar può forse facilitare risposte a tali domande, ma non darle;<sup>1088</sup> Theodor Eschenburg parla di una “democrazia improvvisata”;<sup>1089</sup> Gian Enrico Rusconi di una “democrazia contrattata”;<sup>1090</sup> Möller di una “democrazia incompleta”, Michalka e Niedhart di una

<sup>1085</sup> J. Herf, *Il modernismo reazionario. Tecnologia, cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich*, Bologna, 1988, p. 51.

<sup>1086</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. 27-104. Qui Winkler si interroga sulle eventuali chances che Weimar aveva di salvarsi e sull’inevitabilità del suo fallimento. Tenta di rispondervi dopo aver esaminato ogni fonte documentaria disponibile, basando la storia della Repubblica Weimariana su salde fondamenta scientifiche. L’argomento cruciale del libro è se si sarebbe potuta evitare la disfatta, sebbene la Germania di Weimar è soltanto una delle tante giovani democrazie che cadono tra le due guerre, ma con effetti catastrofici rispetto alle altre.

<sup>1087</sup> A. Mohler, *La rivoluzione conservatrice in Germania. 1918-1932*, Napoli, 1990, p. 46.

<sup>1088</sup> Cfr. C. Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik?*, cit., p. 370. Ciò al di là delle tesi per cui la Repubblica di Weimar sia crollata per mancanza di democratici e repubblicani o per la superiorità dei suoi oppositori, troppo forti, rispetto ai suoi difensori, non troppo deboli, od ancora del dubbio meramente storico secondo cui una Costituzione più radicale avrebbe potuto salvarla; di certo, secondo l’Autore, vi sono responsabilità sia tra i suoi sostenitori sia tra i suoi affossatori.

<sup>1089</sup> “Democrazia improvvisata” è la traduzione del titolo dell’opera di Th. Eschenburg, *Die improvisierte Demokratie*, München, 1963; cfr. E. Troeltsch, *La democrazia improvvisata. La Germania dal 1918 al 1922*, Napoli, 1977. «Si improvvisò perché non c’era uno spartito già scritto e non c’era il tempo di scriverlo; si seguì, dunque, l’ispirazione, che era quella, ambiziosa, ma non irrealistica, di costruire un sistema democratico-costituzionale in armonia con la storia e la società della Germania». Inizia il periodo in cui le Carte costituzionali non sono più concesse dall’alto, ma prodotte dal basso, sancendo il principio di sovranità popolare. Nascono in virtù di compromessi e si risolvono in patti tra le diverse parti. Di conseguenza, si rende necessario preservare gli accordi nonostante gli ineluttabili cambiamenti istituzionali e politici, impedirne la diretta disponibilità dei contraenti e fissare criteri che ne garantiscano la continuità (C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, p. 39).

<sup>1090</sup> “Democrazia contrattata” è il concetto che Rusconi pone alla base dell’analisi storico-politica nel libro *La crisi di Weimar*, cit. e che adopera in *Lezioni di Weimar*, in G.E. Rusconi-H.A. Winkler, *L’eredità di Weimar*, cit., pp. 33-34, per qualificare la sostanza politica del sistema weimariano: «Democrazia contrattata significa che la forma istituzionale democratica invece d’essere il quadro politico accettato entro cui si muovono e competono le forze sociali e politiche, diventa essa stessa oggetto di contrattazione permanente, in modo ora esplicito ora ideologicamente camuffato ora solo latente. (...) il carattere “contrattato” della democrazia weimariana si rivela proprio nel modo in cui vengono affrontate le incertezze e le ambiguità della sua Carta costituzionale». Anche Otto Kirchheimer, allievo di Schmitt, descrive la democrazia weimariana come “contrattata”, in quanto basata su contratti e non decisioni e caratterizzata dalla lotta accanita tra i partner contrattuali. Intorno al tema del compromesso, ruota anche il drastico giudizio che egli dà della *Verfassung* weimariana, – in parallelo con una delle tesi centrali della *Dottrina della Costituzione* schmittiana – stilando la diagnosi del suo male oscuro: la “mancanza di decisione”. La WRV si rivela nient’altro che “unità momentanea degli sconfitti”, un “libro dei sogni” in cui si cerca di conciliare l’inconciliabile. Una costituzione per essere duratura deve avere la possibilità-capacità di «trovare una forma per quell’ininterrotto ed eterno processo col quale la

“Repubblica non amata”, Stürmer di una “comunità minacciata”, Erdmann di una “democrazia arrendevole”,<sup>1091</sup> Büttner di una “Repubblica sovraccaricata”,<sup>1092</sup> Bracher di una «repubblica accettata da tutti con riserva», mentre Schulze di una «terra politica di nessuno, che lasciava i partiti portatori di *Weltanschauung* liberi di marciare verso qualche radioso nirvana».<sup>1093</sup> Claude Klein sostiene sia il consenso popolare a fare la forza di un regime, ergo «la mancanza di consenso da parte dei cittadini fu certamente il male più grande di cui soffrì Weimar».<sup>1094</sup>

Di certo il pensiero politico antidemocratico, insieme allo strettamente connesso fallimento dei partiti, è annoverabile tra le più pesanti zavorre che affondano la prima democrazia tedesca; eppure v'è chi, come Schulze, valuta insufficiente il classico metro di giudizio di Kurt Sontheimer, secondo cui il “pensiero antidemocratico” sia responsabile della fragilità della Repubblica. Weimar è fatta anche di uomini, convinti di essere “democratici” o “repubblicani”, che dopo la prima guerra mondiale – caldeggiando utopie od obiettivi lontani dalla concreta realtà politica, che alla fine danneggiano Weimar non meno delle ideologie dei nemici della Repubblica e della Costituzione – tentano di costruire, in circostanze difficili e con mezzi approssimativi, una dignitosa, liberale, rispettabile democrazia e falliscono nell’impresa. Tuttavia i democratici weimariani, eredi del tardo illuminismo del XIX secolo, non servendosi di alcun simbolo in grado di irradiare le coscienze dei tedeschi con le idee della

---

volontà si impadronisce della realtà»: l’opposto della WRV che rimane aperta a qualsiasi possibilità, non avendo scelto tra le infinite istanze che alla fine ha cercato di giustapporre. (La citazione di O. Kirchheimer, tratta da Id., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, a cura di A. Bolaffi, Bari, 1982, è riportata da A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, cit., p. 38). I costituenti weimariani, sempre secondo Kirchheimer, hanno sostituito il programma politico d’azione con istituzioni democratiche, sicché la principale caratteristica della Costituzione di Weimar «fu di non aver sostenuto nulla ma di aver consentito tutto» (È l’espressione adoperata da Lorenz von Stein a proposito della Costituzione francese del 1795 tratta *ivi*, pp. 34-38; il punto di riferimento teorico di Kirchheimer è costituito dal pensiero schmittiano e dalla critica della Costituzione weimariana sviluppata nella *Dottrina della Costituzione*). A Kirchheimer ribatte Ernst Fraenkel argomentando che l’edificio costituzionale weimariano è costruito su uno scambio politico fra soggetti della vita sociale ed economica, registrato dallo Stato cui deve corrispondere un compromesso nel cielo della politica: come nell’ambito sociale il relativo ordinamento viene creato tramite compromessi, così nella vita politica viene trovato il compromesso tra i partiti sulla cui collaborazione edificare lo Stato weimariano. «Non la conclusione del compromesso è da biasimare (...) sotto il dominio della costituzione di Weimar. Non il compromesso – spiega Fraenkel – ma la possibilità che non [lo] si possa [più] raggiungere mette in pericolo l’esistenza della costituzione» (La citazione è tratta *ivi*, p. 63). È possibile sostenere – come fa Kirchheimer – che nel passaggio alla democrazia i traghettatori di Weimar abbiano messo capo ad un “sistema di decisioni rinviate”, atto a favorire prospettive sociali e culturali contrapposte e a prediligere i meccanismi di controllo a detrimento delle concrete possibilità di governo. Ma è pure innegabile che, in quella Germania, ogni ipotesi costruttiva appare più una scommessa sul futuro che un fondamento solido per l’azione, non potendo offrire che soluzioni approssimative, compromissorie e affidate all’alea degli eventi.

<sup>1091</sup> Cfr. K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen, *Introduzione a Iid.*(Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, cit., p. 11.

<sup>1092</sup> Cfr. U. Büttner, *Die überforderte Republik 1918-1933. Leistung und Versagen in Staat, Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur*, Stuttgart, 2008.

<sup>1093</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 13.

<sup>1094</sup> C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 33.

democrazia liberale parlamentare, contribuiscono al proprio indebolimento. Inoltre, in relazione a questi dati sta una profonda estraneità alla Repubblica di chi fa opinione e delle *élites* culturali, ecclesiastiche, pedagogiche, scientifiche e pubblicistiche, sempre più a favore di alternative conservatrici o nazionalistiche, ossigenando in tal modo l'atmosfera antidemocratica nella popolazione.<sup>1095</sup> In breve, alla Repubblica di Weimar manca «il bene più prezioso: il senso della repubblica come *res publica*».<sup>1096</sup>

Non manca, infine, anche chi non vede nella fine di Weimar un vero e proprio fallimento:

Weimar non fallì perché troppo “democratica” e troppo “liberale”, o perché troppo “relativista” e poco attenta agli elementi “identitari”. Anzi, Weimar *non* fallì. Quell'esperienza ha dimostrato la possibilità di costruire un ordine democratico sulle macerie di una guerra distruttiva e di una sconfitta umiliante. L'avvento del nazismo non fu il risultato degli errori dei costituenti di Weimar, ma il prodotto di una crisi politica, il cui precipitare fu dovuto a fattori esterni all'ordine costituzionale. Weimar, anzi, può essere considerata un *successo*, poiché evitò il precipitare immediato della Germania verso il totalitarismo e la guerra civile, rallentando per quel che era possibile la crisi della Nazione. In questo senso, si tratta di una vicenda *epocale*. Essa, cioè, può essere considerata come una chiave d'accesso al presente e al futuro del costituzionalismo. Insomma, è grande il contributo che quell'esperienza può portare all'attuale fase costituente europea.<sup>1097</sup>

## 2. La cultura

La Repubblica di Weimar è un mito, secondo Peter Gay, che ne spiega sinteticamente i motivi in *La cultura di Weimar* del 1978:

La sua vita breve e tormentata, con le sue opere memorabili e la sua tragica fine, in parte assassinio, in parte male estenuante, in parte suicidio, hanno lasciato un'impronta, spesso vaga, ma pur sempre splendida nella memoria umana. Quando pensiamo a Weimar, pensiamo a quanto di più moderno nell'arte, nella letteratura, nel pensiero, alla ribellione dei figli contro i padri, dei dadaisti contro l'arte, dei berlinesi contro il bovino filisteismo, dei libertini contro i moralisti di vecchio stampo; (...). Il nostro pensiero va soprattutto agli esuli che esportarono la cultura di Weimar in ogni parte del mondo.

<sup>1095</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 523-524. pp. X-XI. In accordo con Schulze, Winkler inserisce il capitolo Weimar nella storia dello Stato nazionale tedesco senza sdrammatizzare, accettando la tragicità degli eventi. Nel caso di Weimar, «situazioni in cui attori pieni di molta buona volontà, ad esempio convinti difensori della democrazia e dello Stato di diritto, non hanno più la possibilità di scegliere fra decisioni “giuste” e decisioni “sbagliate”, ma devono scegliere quello che ai loro occhi è un male minore rispetto a un male maggiore. Le conseguenze possono essere fatali, ma non è fatalismo dichiararlo» (H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. X-XI).

<sup>1096</sup> C. Klein, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 92.

<sup>1097</sup> C. Sbaillò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 348.

L'esilio diventa argomento di discussione quando si parla di Weimar, in quanto nel suo patrimonio ereditario non si può non menzionare il valore inestimabile delle opere dei suoi pensatori costretti a lasciare la Germania, rientrando così nel novero degli esuli che hanno fatto la storia della civiltà occidentale. Addirittura, Gay si spinge a rappresentarli come «il più ricco trapianto di ingegno, talento e conoscenza che mai il mondo ebbe modo di vedere». Nonostante i nomi illustri di questi esiliati, Weimar non va idealizzata. Essa paga un caro prezzo per giungere alla gloria. La sua cultura è figlia di un estro rigoglioso in un clima di sperimentazione, ma anche di angoscia, inquietudine, fatalità. Ad ogni modo, si tratta «di una gloria precaria, una danza intorno al cratere di un vulcano: la cultura di Weimar fu la creazione di emarginati, spinti dalla storia sulla scena per un breve, vertiginoso, fragile momento».<sup>1098</sup>

«La Repubblica di Weimar fu un'idea che aspirava a realizzarsi». Weimar rappresenta la speranza di una rinascita per la Germania che sino ad allora è divisa a metà: da una parte la spocchia militare, la subordinazione all'autorità, la propensione all'espansionismo, il rigoroso formalismo; dall'altra, il trionfo dell'arte, della filosofia e dell'universalismo pacifico. Dalla via di Bismarck e Schlieffen a quella di Goethe e Humboldt. «La Repubblica nacque nella disfatta, visse nel turbamento e morì nella catastrofe, e fin dall'inizio furono molti a osservare il suo travaglio con superba indifferenza e con quella sorta di empio piacere per le sofferenze altrui per cui i tedeschi hanno coniato l'evocativo termine *Schadenfreude*». La sua fine non è inevitabile. Nonostante i problemi, Weimar tenta di riscattarsi: è creativa seppur sofferente, stacanovista sebbene frustrata, speranzosa malgrado minacciata. Viene avvolta da un generale pessimismo sin dalla sua nascita che conduce all'avveramento della sua presagita fine. Fine che non è inesorabile se si guarda ai repubblicani che si caricano sulle spalle il sogno di tramutare l'ideale Weimar in realtà.<sup>1099</sup>

Walter Laqueur, nel 1977, definisce quella weimariana come la “prima cultura autenticamente moderna”, raccontando che gli anni 1918-1933 sono quelli di uno storico incontro fra il vecchio e il nuovo nella cultura e nella politica, nelle arti e nella letteratura, nel pensiero sociale e nella scienza, con i cabaret affollati, l'espressionismo, Lola-Lola e Heinrich Mann, la musica di Arnold Schönberg e il teatro di Bertold Brecht, l'espressionismo e la Bauhaus. Ma quegli anni conoscono anche la miseria, la rabbia politica, gli estremismi, la violenza, l'inflazione devastante, gli effetti del trattato di Versailles. Secondo Laqueur, l'espressione “cultura di Weimar”, seppur riconosciuta

<sup>1098</sup> P. Gay, *La cultura di Weimar. The outsider as insider*, Bari, 1978, pp. 17-18. Per un'analisi della cultura di Weimar vista da una prospettiva squisitamente storica, si veda A. Roveri, *Da Versailles a Hitler*, cit., pp. 77-95.

<sup>1099</sup> *Ivi*, pp. 21-22. Cfr. F. Masini, “Rivoluzione conservatrice” e ideologia della tecnica nella repubblica di Weimar, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., p. 137, in cui l'Autore scorge una delle cause del decadimento della democrazia nell'isolamento degli intellettuali a Weimar, considerando la loro situazione nell'ottica del rapporto mancato tra cultura e società. Alla base di ciò, secondo lo storico, il fallimento della rivoluzione di novembre e di conseguenza il graduale sfaldamento della sinistra comunista e radicale, uscita malconca dal tentativo di realizzare progetti politico-culturali alternativi.

da anni, non è totalmente appagante, in quanto non sempre, come anche nel caso di Weimar, storia e storia culturale vanno di pari passo.<sup>1100</sup>

Egli sostiene che l'esperienza weimariana proverebbe l'insussistenza di una corrispondenza automatica tra lo sviluppo della vita intellettuale e la stabilità politica ed economica. All'epoca di Kant, Hegel, Goethe e Schiller, sempre secondo lo storico, la Germania è un territorio geograficamente riconosciuto oppure un sogno, ma non sicuramente una robusta realtà politica. Qualifica la Germania di Weimar come il "malato d'Europa", mentre quella di Hitler, prepotentemente antintellettuale, come la "potenza egemone del continente". Se le realizzazioni intellettuali non corrispondano a soddisfazione e sicurezza, d'altronde è semplicistico asserire che i presupposti per una vita intellettuale fertile e vivace sono l'instabilità e le insoddisfazioni. Ciò mostrerebbe anche l'enorme contraddittorietà della cultura weimariana. «Il decennio che la vide fiorire fu il migliore e il peggiore dei tempi, il più deprimente e insieme il più stimolante».<sup>1101</sup>

Il retaggio weimariano è considerato, tutt'oggi, una delle fonti principali del modernismo culturale. Laqueur descrive gli anni di Weimar come un'epoca di esperimenti, non di grandi scoperte, un'era agitata ed aperta, fatta di contrasti e non di sintesi, vitale e, per quanto interessata agli input stranieri, molto tedesca. La cultura di Weimar è comunque riuscita a raggiungere le sue aspirazioni universalistiche, rientrando a pieno titolo nella tradizione culturale mondiale.<sup>1102</sup>

Enzo Collotti – a differenza di Laqueur e in parte di Gay, entrambi criticati per aver idealizzato la cultura weimariana – offre nel 1978 un'interpretazione diversa della cultura di Weimar, attenta a individuare i punti di incontro e quelli di rottura tra l'attività intellettuale e quella politica. Si concentra soprattutto sulle responsabilità storiche del periodo, non attribuibili, come troppo spesso e semplicisticamente avviene, agli intellettuali, ritenuti rei di non aver partecipato attivamente al rafforzamento delle istituzioni democratiche. Non si ravvisano analisi sul valore e sull'influenza dei mezzi di comunicazione di massa nell'esperienza weimariana. Si può azzardare a sostenere che c'è una cesura tra cultura e società e soprattutto tra cultura e Stato negli anni di Weimar. Gli intellettuali democratici apartitici non entrano nelle istituzioni, forse per la mancanza di un'autentica democraticità delle stesse. Sono gli outsider pronti ad emigrare. Ma guardando alle cronache di Weimar, non è possibile addebitare a tali pensatori la loro mancata partecipazione alla politica e al rinvigorimento democratico delle istituzioni. Dunque, la frattura tra cultura e società e parzialmente la conseguente dissoluzione della Repubblica non sono di certo imputabili all'intelligenza weimariana, quanto piuttosto a politici e partiti. In altri termini, cultura e politica, filosofia e politica, a Weimar, viaggiano su binari paralleli. E ciò più per colpa della

<sup>1100</sup> W. Laqueur, *La Repubblica di Weimar*, Milano, 1977, pp. 4-5.

<sup>1101</sup> *Ivi*, p. 276.

<sup>1102</sup> *Ivi*, p. 334.

classe politica, specie la socialdemocrazia, riluttante all'idea di osservare principi democratici e più orientata a trovare soluzioni slegate da precisi valori. Pertanto, per Collotti i veri responsabili del decadimento weimariano e della precarizzazione della cultura democratica a Weimar sono da ricercare tra le forze politiche dell'epoca. Lo stesso vale per la questione del pericolo fascista, poi nazista, o delle derive autoritarie dell'ordine costituito. La croce uncinata esiste già dal 1919 e già da allora gli intellettuali iniziano a denunciarne la presenza come un pericolo per la democrazia. Il punto è che solo le forze politiche hanno il potere di valutare tali istanze, decidere se accoglierle o meno ed agire di conseguenza. Già si è detto che il segreto della cultura weimariana risiede nella libertà dei suoi esponenti dalla politica, nella mancata strumentalizzazione politica. Ma proprio questa libertà ne determina il suo isolamento, l'impossibilità di rapportarsi direttamente alla politica, sì da influire sulle decisioni. Collotti parla di una cultura profondamente sensibile alla crisi del tempo, ma incapace di servire le soluzioni per uscirne, le quali spettano pur sempre alla classe politica.<sup>1103</sup>

Per Cesare Cases, sulla stessa scia di Gay, di cui introduce il libro succitato, la cultura di Weimar è fatta di epigoni, movimenti e personalità influenti formati già antecedentemente al primo conflitto mondiale. Nonostante ciò, si parla del mito di Weimar, parte di quello risalente agli anni Venti del Novecento, in quanto anche i seguaci di una certa cultura necessitano di essere circoscritti in un periodo classico. Tra tutti gli Stati europei, la Germania è il più avanzato nell'organizzazione dell'industria culturale. Cases descrive assai chiaramente la situazione dell'epoca, servendosi anche di Adorno:

Lo "spirito" in Germania aveva ancora il suo peso, o così sembrava. Nella superiorità di Weimar già rispetto ad altre situazioni degli anni Venti si proietta "l'ideale di una situazione passata in cui lo spirito non era ancora costretto a riconoscere la sua inadeguatezza al potere della realtà". "Di fronte a ciò che è successo dopo, esso assume l'aspetto di qualcosa di importante. È colpevole, perché non ha potuto impedire l'orrore: ma a sua volta la sua delicatezza e fragilità presuppongono una realtà che sarebbe scampata alla barbarie". Weimar ci serve per continuare ad ammettere la verità che la cultura non impedisce la barbarie purché ci si dia la soddisfazione di continuare a credere nella bugia che la cultura sopravvive sempre alla barbarie.<sup>1104</sup>

Un'immagine altrettanto nitida di Weimar è ritratta da Brecht, il quale riflette sull'incapacità della politica liberale e della cultura di risolvere una situazione difficile come quella di Weimar:

---

<sup>1103</sup> E. Collotti, *Tendenze recenti della storiografia sulla Repubblica di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 34-38.

<sup>1104</sup> La citazione riportata da C. Cases, *Introduzione a P. Gay, La cultura di Weimar*, cit., pp. 6-7 è tratta da T.W. Adorno, *Jene zwanziger Jahre*, in Id., *Eingriffe. Neun kritische Modelle*, Francoforte, 1963, p. 63.

Diritti, cui mancano gli strumenti per tutelarli; partiti impiantati e distinti uno dall'altro in base a punti di vista sbagliati; provvidenze per una parte del popolo che significano sfruttamento di un'altra parte; pacifismo senza eliminazione dei motivi delle guerre, ecc. ecc. Lo spirito precede sempre i fatti, ma non come un trattore, bensì come un cagnolino che fa delle capriole. La mancanza di efficacia è il passepartout per lo "spirito". Libertà politica con l'illibertà economica: questa è la *ragione della confusione*.<sup>1105</sup>

C'è da sottolineare che gli intellettuali dell'epoca, non cogliendo appieno il senso dei mutamenti sulle masse durante la fase di stabilizzazione, sono colti di sorpresa quando la crisi del 1929 conduce all'avvento del nazismo. Dunque, essi non prevedono il breve periodo, ma scorgono gli orientamenti di lungo periodo: politica subordinata all'economia, problemi sociali di massa, il tramonto della borghesia, il valore dei mezzi di comunicazione e dell'industria culturale. Arnold Zweig, invece, nella *Scure di Wandsbeck*, effigia il caso di un menomato fisico di classe proletaria che giunge a comprendere che solo tramite le esperienze pedagogiche progressiste rese dagli intellettuali a Weimar potrebbe vivere civilmente e consapevolmente, divenendo a ragione di ciò un nemico instancabile del nazismo. Un esempio, questo, che illumina la strada agli "insider" per cessare di essere "outsider" a Weimar. Ciò è testimoniato dallo stesso Gay, il quale ritiene che la patria di fatto degli intellettuali weimariani è l'esilio, a causa della instabilità delle istituzioni repubblicane, incapaci di subentrare completamente ai vecchi guglielmini, nonché della mancata diffusione dei risultati raggiunti da parte dei "repubblicani a freddo" (*Vernunftrepublikaner*). Da notare che la "nuova patria" dei maggiori pensatori weimariani e postweimariani diventa l'America, ove molti di essi dichiarano di aver ritrovato le contraddizioni economiche e sociali che portano al nazismo in Germania, seppur velate da una profonda cultura democratica. I francofortesi, per l'appunto, sono convinti che «il capitalismo contiene in sé la catastrofe anche quando l'edificio delle strutture democratico-formali appare ben più saldo che non nella Germania di Weimar».<sup>1106</sup>

Se la cultura di Weimar viene generalmente apprezzata positivamente dagli interpreti coevi e contemporanei, in quanto ritenuta fucina di opere di indiscusso e a

<sup>1105</sup> La prima citazione tratta da T.W. Adorno, *Jene zwanziger Jahre*, in Id., *Eingriffe. Neun kritische Modelle*, Francoforte, 1963, p. 63 e la seconda tratta da B. Brecht, *Gesammelte Werke*, Francoforte, 1967, p. 590 sono riportate da C. Cases, *Introduzione a P. Gay, La cultura di Weimar*, cit., pp. 6-7. Un tentativo di ricostruzione fedele della Weimar reale è mostrata da Maldonado, il quale propone una Weimar dalle due anime: la prima incarna la "cultura dell'espressione" radicata nel proto-romanticismo dello "Sturm und Drang", nella filosofia romantica di Jacobi, Fichte e Schelling, nella *Lebensphilosophie* rappresentata da Nietzsche, Dilthey e Simmel e nell'espressionismo del periodo prebellico; la seconda propone una "cultura della razionalizzazione", interprete delle nuove esigenze di razionalizzazione, ossia sviluppo del sistema produttivo. La prima si rifà alla tradizione artistico-letteraria, la seconda a quello dello spirito produttivo. Si tratta di due poli contrapposti, ma interdipendenti. L'immagine distorta di Weimar deriva proprio dalla mancata interconnessione delle due anime. Perciò, occorre connettere cultura dell'espressione e cultura della razionalizzazione per ottenere un'immagine chiara, coerente e reale della cultura di Weimar (T. Maldonado, *Le due anime della cultura di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 155-156).

<sup>1106</sup> C. Cases, *Introduzione a P. Gay, La cultura di Weimar*, cit., pp. 8-10 e 13.

volte irripetibile valore, si rinvergono nella letteratura critica opinioni discordanti. Tra queste, quella del 1991 di Bognetti, il quale si concentra sulla responsabilità della cultura per il crollo di Weimar e sul legato culturale weimariano al mondo contemporaneo, in chiara dissonanza dagli orientamenti largamente condivisi nella letteratura di origine tedesca, italiana e straniera. I motivi della dissonanza risiedono nelle premesse concettuali evidenziate dal costituzionalista, confluenti nella critica del relativismo culturale e della “rivolta contro la ragione”. Ne consegue che interpreti a favore del relativismo kelseniano – il Maestro di Vienna, vede nella democrazia, peraltro, la traduzione istituzionale della sua concezione dell’assoluta relatività dei valori –, ad esempio, giudicheranno il contributo del giurista viennese e dei suoi colleghi in modo diverso da chi, come Bognetti, lo rigetta.

Quest’ultimo ritiene che «la cultura – intesa nel senso stretto dei prodotti risultanti dalle attività di quel gruppo sociale speciale che designiamo col nome di “intelligenza” – non ha probabilmente quella capacità di influire in modo decisivo sugli eventi umani che una volta, forse soprappensiero, le attribuì Napoleone. Tuttavia una certa influenza – difficilmente misurabile in concreto – bisogna concedergliela». Ad ogni modo, il ruolo da essa svolto a Weimar appare rilevante per un’analisi non solo storica, ma soprattutto giuridica del modello di organizzazione normativa-giuridica della comunità weimariana, essendo questo composto da valori promossi nella società proprio dalla cultura. L’esperienza weimariana e la sua costituzione restano emblematiche del modello di organizzazione politico-giuridica adottato dai paesi occidentali nel Novecento ed oltre. Weimar rimane anche il simbolo del tipo di giustificazioni che la cultura pone alla base del sistema normativo sul quale poggiano a livello giuridico e politico le comunità odierne. Anche in tale settore, Bognetti osserva come la vicenda weimariana dimostri la centralità della Germania nella storia contemporanea dei popoli.

Il carattere fondamentale comune a tutti i settori della cultura weimariana – dalla filosofia alla storiografia, dalle scienze sociali alla psicologia, dalla letteratura alle arti figurative e via dicendo – può in effetti identificarsi attraverso la formula sintetica della “rivolta contro la ragione”. Ciò nel senso «della semplice credenza che alla mente umana sia negato di conoscere (...) non solo in tutto o in parte il fondo delle cose ma anche le strutture della mente stessa (...). Con ancora maggior decisione e diffusione di consensi si negava poi che la mente umana possa definire principi etici di valore universale, i quali, sia pur nella multiforme diversità delle situazioni storiche che richiedono diversissime e spesso opposti tipi di condotte, riescano a validamente orientare l’azione: i valori sono invece tutti, nel fondo, oggetto di scelte contingenti e, in definitiva, arbitrarie.<sup>1107</sup>

Per Bognetti, una produzione culturale volta all’antirazionalismo e al relativismo assoluto probabilmente non permette di sostenere teoreticamente il modello politico-giuridico del capitalismo democratico e sociale avanzato dalla costituzione

---

<sup>1107</sup> Bognetti G., *Europa in crisi*, cit., pp. 148-150.

weimariana.<sup>1108</sup> Perciò, secondo il costituzionalista italiano, non sorprendono i timori degli intellettuali della cultura tedesca del tempo di Weimar che il relativismo rendesse inadeguato o irrealizzabile il modello democratico per quell'epoca. Eppure – evidenza Bognetti – non è mancato chi ha tentato di dedurre razionalmente il valore della democrazia, ma dalla teoria del relativismo assoluto, come Kelsen che difende la democrazia quale concetto rigorosamente formale sulla base di un postulato relativistico. Al riguardo, Bognetti crede non basti accontentarsi della salvaguardia della democrazia, ma convenga soffermarsi sulla relativa modalità di difesa. Egli osserva criticamente che una tale concezione della democrazia formale assoluta che vede come miglior forma di stato quella che rimette al popolo di determinare in assoluta sovranità il contenuto obbligante delle leggi a condizione che la deliberazione sia presa a maggioranza non pare addirsi al modello politico-giuridico proposto dalla Costituzione di Weimar, fatto di contenuti positivi e imperniato sui diritti della persona. Inoltre, coglie il rischio che una siffatta concezione sia in grado di abilitare il popolo, secondo la sua maggioranza, ad eliminare garanzie ed istituti ritenuti fondamentali dalla costituzione. Circostanza, questa, del tutto realizzabile, secondo Bognetti, attesa la modificabilità del testo costituzionale e accolto il principio per cui nulla è immutabile, e nondimeno pericolosa, per la potenziale divinizzazione del popolo a livello teorico, per cui la volontà popolare potrebbe assurgere a quella di Dio, con l'effetto di renderla priva di limiti e controlimiti, anche al di là della costituzione stessa.<sup>1109</sup>

Tali osservazioni di Bognetti si ricollegano strettamente alla storia della cultura weimariana, essendo questa intrisa in ogni suo aspetto di uno spirito di assoluto relativismo che per la maggior parte degli interpreti dell'epoca, come Meinecke ad

---

<sup>1108</sup> «Una giustificazione e un supporto di tal genere avrebbero potuto venire, per esempio, da una teoria filosofica della storia ispirantesi al classico idealismo dei Kant e degli Hegel: una teoria che assegnasse alla mente e all'azione umana il fine certo della promozione della civiltà e che ravvisasse nel modello proposto dalla Costituzione la concretizzazione di quel fine in campo politico per l'età storica che stiamo attraversando. Senonché, il classico idealismo tedesco era ormai cosa che apparteneva al passato, ed era incompatibile con il relativismo dominante nella cultura weimariana» (*ivi*, p. 153).

<sup>1109</sup> *Ivi*, pp. 154-155. L'ipotesi di una tale divinizzazione viene riscontrata da Bognetti nelle pagine finali di H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., in cui il Maestro di Vienna «afferma che solo Dio, con le sue assolute certezze, avrebbe il diritto di contestare al popolo il potere, per tutti vincolante, di emanare qualsiasi ordine gli piaccia: ed anche, per esempio, la messa a morte di una persona sicuramente innocente (nel caso da lui evocato, Gesù posposto dal popolo ebraico a Barabba). Non potendo nessun individuo avanzare la pretesa d'essere Dio, o figlio di Dio, la sottomissione alla volontà del popolo sarebbe dovuta (...). Ma in questo modo, per l'appunto, la volontà del popolo si pone al livello della volontà, per l'uomo indiscutibile, di Dio: ne prende il luogo». Invece – sostiene Bognetti – «l'uomo occidentale che crede ai diritti della civiltà, sorretta dalla logica della ragione» è portatore delle seguenti convinzioni: «nelle condizioni di sviluppo delle nostre comunità, il popolo [ha] dei poteri fortemente limitati, soggetti al rispetto di una quantità di valori» (tra cui i diritti fondamentali della persona); «il superamento di quei limiti non può certo essere giustificato per il solo fatto d'esser stato deliberato democraticamente, e sia pur da maggioranze qualificate»; «la disobbedienza in tali casi è di certo ammessa, ed anche la ribellione, sia pure condizionatamente a considerazioni prudenziali relative alle conseguenze e ad altri elementi». Insomma, Bognetti avanza l'idea che l'uomo occidentale non tolleri una concezione della democrazia che divinizzi il popolo (*ivi*, p. 155 in nota).

esempio, indebolisce culturalmente il modello politico-giuridico tedesco. Ciò non toglie che gli intellettuali tedeschi potrebbero esporsi a favore del mantenimento della Repubblica, essendosi emancipati dalla credenza relativistica originaria. Ma ciò non accade. Quasi a voler smentire il nesso logico che Kelsen pretende di istituire tra relativismo e democrazia, gli intellettuali weimariani sono orientati per un allontanamento dalle istituzioni esistenti. Tra questi, viene meno soltanto il gruppo ristretto e minoritario dei *Vernunftrepublikaner*, tra cui rientrano – più usando la ragione che il cuore – i moderati Weber, Cassirer, Meinecke, Mann, e a cui spesso sono accostati anche alcuni socialdemocratici come Radbruch. Ad ogni modo, la maggioranza nel mondo intellettuale weimariano partorisce o adotta teorie e atteggiamenti contrari direttamente o indirettamente al modello costituzionale o ai suoi principi sociali: tra nemici dichiarati, avversari transigenti e guastatori inconsapevoli, a Weimar si percepisce uno scontro tra la cultura e il modello politico-giuridico costituzionale.<sup>1110</sup>

Se per Bognetti non è dato stabilire in che misura il clima culturale di Weimar contribuisca alla crisi della Repubblica, di certo è possibile affermare che esso influenza non poco certe classi sociali, tra cui più di tutte quella borghese, finendo per costituire un fattore importante di disgregazione nella società, che si aggiunge agli altri fattori di natura economica, sociale e politica che rendono critica la situazione tedesca nel periodo weimariano: «la cultura avrebbe dovuto lenire e rincuorare. Invece, esasperò». Con riguardo alla questione della fondazione teorica del modello politico-giuridico sul quale si basano i paesi occidentali, la cultura weimariana risulta tuttora emblematica, in quanto imposta tale questione sulla base di un forte relativismo culturale. Bognetti sottolinea che la “rivolta contro la ragione” – ovvero la “morte di Dio” per dirla con Nietzsche, che libera l’uomo nelle scelte intellettuali e nelle azioni di cui determina da arbitro il contenuto – che permea la cultura a Weimar si è estesa nell’intero mondo

---

<sup>1110</sup> *Ivi*, pp. 157-158. «Il modello costituzionale delineava, in sostanza, come traguardo da raggiungersi, quello di una società capitalistica-borghese pacificata, autogovernantesi nel rispetto dei diritti spettanti alle diverse classi»; «la grande maggioranza della cultura weimariana, in tutti i settori, appare nutrire come minimo una antipatia forte, spesso un disprezzo e un odio intensi, e talvolta una avversione che deborda nell’isterismo, nei confronti di tutto ciò che può collegarsi al capitalismo e alla borghesia. L’opposizione si estende non di rado ai metodi normali della vita politica capitalistico-borghese: le istituzioni democratiche. Queste varie gradazioni di contrasto si ritrovano sia in correnti culturali di “sinistra”. A destra, filosofi, scienziati, letterati, imputano alla civiltà del capitalismo e della borghesia la vergogna dell’estrema volgarità e la colpa del sopprimere ogni slancio verso l’eroico; per non parlare della cancellazione totale delle gerarchie e della promozione dell’industrialismo imbarbaritore. Poiché il futuro sembra destinato a realizzare appieno il modello costituzionale, e persino assetti peggiori, il pessimismo impera nel seno di queste correnti. La Repubblica, il veicolo attraverso cui si stanno effettuando e ancor più si effettueranno questi tristi passi, vi è odiata. A sinistra, il rigetto del modello conosce una gamma di sfumature più diversificata. Gli intellettuali che si collocano nell’area della socialdemocrazia, senza rinnegare la convinzione che capitalismo e borghesia significhino sfruttamento, rimandano a un futuro indefinito l’avvento della società senza classi e puntano sulla Repubblica democratica e sulle sue istituzioni per realizzarlo. Più in là, pensatori e artisti che abbracciano il comunismo raggiungono e oltrepassano gli intellettuali estremisti di destra nella veemenza senza limiti dell’attacco al mondo borghese, ai suoi ideali, alle sue prassi. La Repubblica e la democrazia sono un nemico da rimuovere con la violenza, sulla strada radiosa della società degli eguali» (*ivi*, pp. 158-160).

occidentale e che le idee tedesche del relativismo e della “rivolta contro la ragione”, giunte a maturazione a Weimar, sono diventate l’ideologia di fatto dominante, seppure sotto altre forme a livello teorico, fornendo alla cultura occidentale una solida base per giustificare le sue istituzioni politiche presso l’opinione pubblica. Al di là delle differenze tra Weimar e il mondo attuale sul piano delle correnti di pensiero filosofico, rimane secondo il costituzionalista italiano, il medesimo orientamento relativistico: «alla mente umana è precluso qualsiasi accesso a pretese sfere di verità e valori universali». Nonostante i mutamenti intervenuti in ogni ambito della cultura da Weimar ad oggi, «sta nel cuore di ogni atteggiamento culturale che faccia adesso la sua comparsa la stessa persuasione di contingenza e di ultima precarietà e arbitrarietà che dominava dall’interno gli atteggiamenti presenti a Weimar». «Il vertiginoso segno della totale incertezza, che per la prima volta si instaurò a Weimar, si è impadronito oggi anche di tutta la nostra cultura». Con ciò Bognetti non intende di certo sostenere che la mancanza di una granitica fondazione teorica per l’adesione popolare al modello democratico produca i medesimi pericoli occorsi a Weimar, dove ulteriori fattori, oltre a quello culturale, scatenano poi il crollo della Repubblica weimariana. Tuttavia, egli avverte un senso di inquietudine per l’impostazione eccessivamente relativistica della cultura occidentale, la quale non parrebbe prestare manforte alla difesa delle ragioni della civiltà a livello politico, nella continua lotta al raggiungimento di un sistema democratico efficiente.<sup>1111</sup>

Detlev Peukert, nel suo libro *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica* del 1996, pone l’accento sulla crisi intrinseca nella modernità socio industriale. Atteso il fervore delle trasformazioni socioculturali, descrive gli anni weimariani come «un’epoca di crisi della modernità classica», spiegando che fino al 1890 la società industriale tedesca si afferma a livello socioeconomico, mentre successivamente su quello socioculturale. Le evoluzioni di quel tempo producono condizioni di vita presenti tuttora, così divenendo forme classiche. Tra il primo conflitto mondiale e la crisi economica globale, la modernità classica dapprima si fa largamente

---

<sup>1111</sup> *Ivi*, pp. 161-164. Agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, Bognetti manifesta la seria preoccupazione che il relativismo culturale di cui è impregnato l’Occidente non possa giovare alla salvaguardia del capitalismo democratico, risultando essa inidonea ad «aiutare lo sviluppo concettuale e pratico di nuovi modelli in un futuro meno vicino [che è oggi il presente], quando le condizioni della società, passata a modi postindustriali di produzione, saranno completamente mutate e si tratterà di riaffermare, nel mezzo di un ambiente tutto nuovo, attraverso nuove forme politico-giuridiche, i diritti irrinunciabili dell’individuo e della sua autonomia» (*ivi*, pp. 164-165). Inoltre, lo stesso autore ritiene almeno apparentemente concluso lo scontro tra capitalismo democratico e socialismo, dopo il crollo del muro di Berlino, prevedendo perciò nel mondo culturale occidentale, per un certo periodo, «la scomparsa delle ideologie utopiche e delle attese catartiche». Eppure «ciò che è accaduto in passato ci rende edotti che, almeno sul piano culturale, la partita è tutt’altro che chiusa. In assenza di una salda e diffusa “fede nella ragione” – fondata su teorie che rivendichino la capacità dell’uomo di assurgere al possesso di verità e valori non transeunti e ne spieghino convincentemente le premesse ontologiche – in assenza di una tale fede e degli equilibri di giudizio che essa dovrebbe trarre seco, v’è sempre la possibilità che i mostri delle credenze utopiche e di quelle infantili (...) risorgano, magari sotto forme che ora nemmeno riusciamo a immaginare. La cultura del relativismo determina vuoti che consentono riempimenti solo precari, ma, a volte, mostruosi» (*ivi*, pp. 166-167).

strada, poi palesa interamente le sue antinomie, e alla fine versa in una crisi nera: «"Weimar" ci mostrò, in un tempo breve e a un ritmo vertiginoso, le potenzialità affascinanti e fatali del nostro mondo moderno». Weimar è, dunque, un simbolo di modernità per ciò che concerne la cultura globalmente intesa, la quale è irradiata dalla Repubblica in un arco temporale che culmina nel 1933 con il suo rifiuto totale. Dopo la fine del nazionalsocialismo, la cultura di Weimar viene riscoperta, lasciando emergere aspetti sconosciuti e contraddittori per cui l'età weimariana diviene nell'interpretazione di Peukert la "modernità classica".<sup>1112</sup>

Eric Weitz, in un libro del 2008, come bene espresso dal titolo *La Germania di Weimar. Tra utopia e tragedia*, racconta un periodo di radicali contraddizioni, con luci ed ombre: dalla conquista della democrazia alla frammentazione politica, ai giochi di potere e all'incapacità di governare la transizione e le sue conseguenze, sino all'intolleranza e al totalitarismo. La Repubblica di Weimar è per un lungo periodo definita come un tragico inciso tra la prima guerra mondiale e il Terzo Reich. Invero, è molto di più. Degni di nota e meritevoli di lode: il sistema di democrazia parlamentare, le trasformazioni politiche, sociali e culturali, le riforme di welfare; l'arte, la letteratura, la filosofia sono interpretate da personalità che illuminano tuttora la cultura occidentale del '900. Al di là dei conflitti e della disfatta finale, il periodo weimariano risulta florido politicamente e culturalmente, colmo di ideali utopistici sorti sulla scorta della guerra e della rivoluzione, nella convinzione di poter cambiare il mondo in e grazie a diversi settori. Un atteggiamento, questo, in parte comune ad altri reduci europei della guerra e in altra parte diverso per la sconfitta tedesca, con effetti duraturi a livello economico, politico e psicologico. E a differenza degli altri Stati, la Germania non attua una rivoluzione radicale che spodesta completamente le classi elitarie tradizionali. Rimane a metà: da un lato, democratizza il paese, dall'altro non rompe con il vecchio sistema sociale. Da qui, dibattito costante e mancanza di consenso. «Il potere distruttivo della guerra totale e quello creativo della rivoluzione (...) alimentarono l'opera e il pensiero dei protagonisti di Weimar», pervasi dalla «consapevolezza di essere alle prese con le doglie della modernità». Questi cercano di interpretare nel profondo il senso del moderno, conferendogli nuovi orientamenti, pur contraddittori tra loro, realizzando una politica e una cultura creative. La creatività di questo momento è forse emersa dalle

---

<sup>1112</sup> D.J.K. Peukert, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 11-12 e 179. Si veda per un approfondimento sulla modernità classica e su due temi cruciali a essa relativi (rapporto tra artisti e letterati e nuova cultura di massa mediologica e consumistica; conflitto tra consenso e critica circa il modo di vivere moderno) *ivi*, pp. 180-192. Per un focus sull'opera di Peukert, si veda A. McElligott, *Introduzione* a Id. (ed.), *Weimar Germany*, cit., pp. 1-23. In linea con Peukert, cfr. H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. IX: «La Repubblica di Weimar fu il grande laboratorio della modernità classica, un momento di rottura culturale, di liberazione dalle vuote convenzioni, di grande trionfo di un'avanguardia artistica e intellettuale aperta al mondo». Cfr., inoltre, D. Gessner, *Die Weimarer Republik*, cit., pp. 55-64; per un approfondimento sulla cultura della crisi di Weimar, si veda M. Föllmer - R. Graf - P. Leo, *Die Kultur der Krise in der Weimarer Republik*, *Introduzione* a M. Föllmer - R. Graf (Hrsg.), *Die Krise der Weimarer Republik*, cit., pp. 9-41; per un'analisi della cultura politica weimariana, si veda A. McElligott, *Political culture*, in Id. (ed.), *Weimar Germany*, cit., pp. 26-49.

macerie della vecchia società demolita dalla guerra e si è edificata con la successiva rivoluzione che ha spazzato i detriti del secolo passato, lasciando campo libero al futuro. Ciò accade, in Germania, come in Europa.<sup>1113</sup>

Nella Germania di Weimar, in particolare, gli intellettuali condividenti i valori della Repubblica si sentono obbligati a criticarla in virtù dei valori a cui si ispiravano; quelli non condividenti se ne augurano la distruzione. Un rapporto, questo, tra Repubblica e intellettuali, del tutto paradossale. Ad ogni modo, la maggioranza dei tedeschi, predilige il II Reich di Guglielmo II. Anche la maggior parte dei sostenitori della Repubblica illuminati, i repubblicani della ragione (*Vernunftrepublikaner*), propendono per la Germania imperiale o per la Prussia di Bismark, appoggiando la Costituzione per ragionevolezza. Si tratta di professori, politici, industriali che odiano il razzismo, ma non amano la Repubblica. Non sono disposti a sostituire i principi dell'era guglielmina con le incerte concessioni del sistema democratico, ricoprono cariche pubbliche, si sforzano di convivere con la nuova forma di Stato, aggettivandola come storicamente necessaria, non credendo mai fino in fondo nella sua opportunità. Sposano la Repubblica, ma senza sentimento. Uno di questi, Friedrich Meinecke confida ad un altro di essi, Walter Lenel, che il popolo in Germania non è pronto per la democrazia parlamentare, soprattutto perché stretto nella morsa della pace di Versailles. Meinecke, come molti altri, è convinto che la democratizzazione tedesca e l'abbandono dei valori imperiali siano gli unici espedienti necessari alla salvezza della Germania, rassegnandosi razionalmente al progresso. "Razionalmente" significa un presidente forte, un bilanciamento di valori tra il vecchio e il nuovo e la riconciliazione delle classi sociali, minacciata dalla socialdemocrazia. I repubblicani razionali interpretano il nuovo sistema come una punizione per borghesi ed aristocratici, ma soprattutto come una alternativa migliore rispetto all'inciviltà destrorsa e all'immaturità sinistroide. Insomma, non sostengono davvero la Repubblica, ma si limitano a riconoscerne la legittimità. In altri termini, emerge un atteggiamento machiavellico al cospetto della Repubblica: accettano il sistema repubblicano, razionalmente e malvolentieri, pur di salvare la Germania e riconciliare il popolo nelle sue molteplici spaccature. Tali posizioni sono note ai costituenti, i quali prevedono l'art. 48 al fine di scongiurare conflitti politici e sociali potenzialmente fatali alla Repubblica. Tuttavia, da antidoto, l'art. 48, diventa segno della crisi e infine arma a doppio taglio, ponendo fine alla crisi, ma anche alla Repubblica stessa.<sup>1114</sup>

«Quando la costituzione democratica di Weimar aprì la porta alla politica reale, i tedeschi indugiarono sulla soglia, col fiato sospeso, come contadini invitati a palazzo che a malapena sanno che contegno tenere». Dal loro canto, gli intellettuali stringendo un patto tacito con lo Stato, si impegnano a non criticare e a non entrare a gamba tesa sulle decisioni politiche, a condizione di rimanere titolari della *Gedankenfreiheit*, la

<sup>1113</sup> E.D. Weitz, *La Germania di Weimar*, cit., pp. 5-7 e 424.

<sup>1114</sup> C. Sbailò, *Weimar*, cit., pp. 63 e 99-100 e P. Gay, *La cultura di Weimar*, cit., pp. 47-49.

libertà di pensiero già richiesta da Schiller. Ciò non è così gravoso per il popolo intellettuale tedesco, più orientato ad educare l'individuo che a qualsivoglia esigenza politica. Sebbene Weimar necessiti di una politica razionale, gli intellettuali si sganciano dalla gestione della cosa pubblica, ritenendola uno spettacolo remoto, talvolta comico, se i politici gigioneggiano in Parlamento mentre i cittadini soffrono la fame.<sup>1115</sup>

A confronto con la sua storia culturale, la storia politica della repubblica di Weimar è sconcertante, ma è senz'altro idilliaca paragonata a quanto seguì, una storia di degradazione, corruzione, soppressione di ogni forza viva della cultura, di menzogne sistematiche, intimidazione, assassinio politico seguito dal genocidio organizzato. Alla luce di questa storia non è esagerazione, ma imparziale realismo affermare che la fine di Weimar segnò la nascita di un'epoca oscura.<sup>1116</sup>

### 3. Le lezioni

Un vasto coacervo di cause contribuisce al fallimento dell'esperimento weimariano; popolazione, gruppi, partiti e singoli ne sono i responsabili, perché pensano ed agiscono in modo sbagliato. «Nulla si ripete mai del tutto, ma vi sono aspetti e circostanze che presentano una somiglianza riconoscibile con il passato»,<sup>1117</sup> «situazioni decisionali e combinazioni a cui quelle esperienze non sembrano del tutto estranee».<sup>1118</sup> Per questo, «le “lezioni di Weimar” non finiscono mai»; la Germania degli inizi del XX secolo rappresenta un caso limite di una “crisi di sistema”, rispetto al quale i fenomeni di stallo, inefficienza, disfunzione o evoluzione di altri sistemi risultano delle varianti. Ciò rende chiaro «perché ciclicamente, al presentarsi di acute difficoltà politiche, c'è chi annuncia o esorcizza il fantasma di Weimar – espressione diventata idiomata, quasi astorica, per indicare una democrazia incapace di reggere alle sue tensioni interne di qualunque natura esse siano».<sup>1119</sup>

I fatti successi a Weimar sono a distanza di tempo ingigantiti, enfatizzati. Sulla democrazia weimariana i giudizi si sprecano. Ma ogni processo di costruzione democratica ha la sua complessità, per cui le vicende weimariane vanno circostanziate e

<sup>1115</sup> P. Gay, *La cultura di Weimar*, cit., pp. 105-109.

<sup>1116</sup> *Ivi*, p. 141.

<sup>1117</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 16.

<sup>1118</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>1119</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., p. 27. Cfr. sul punto B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna*, cit.: Weimar è una complessa esperienza storica, un simbolo della crisi dei moderni sistemi democratici, ma anche un fertile terreno di indagine; rivela il destino di una democrazia minacciata, offrendo un vasto panorama ove i processi di evoluzione giuridica, le innovazioni, le trasformazioni e le continuità si concentrano e si intrecciano in un arco temporale davvero esiguo. Sullo sfondo della crisi, mentre si susseguono diverse vicende costituzionali, restano fermi gli oggetti della più spietata critica cui attribuire la responsabilità del tracollo, a Weimar come a Bonn: il *Koalitionsparteienstaat*, la politica dei partiti, il compromesso e quella particolare forma di legalità cui ascrivere la *Schwächung* della *Staatlichkeit*. Perciò, Bordi è sicuro nell'affermare che Weimar rappresenta un buon navigatore nelle direzioni da non prendere alla ricerca di nuovi orizzonti giuridici.

non paragonate semplicisticamente con quelle attuali. Weimar suscita interesse soprattutto nel suo ultimo periodo in quanto legato all'avvento del nazismo. Tuttavia, dalla fine della prima guerra mondiale sino al 1933, è possibile scorgere questioni fondamentali per ogni democrazia, come quella della sua nascita, ove si ravvisano eventuali errori e si progettano nuovi modelli.<sup>1120</sup>

I risultati derivanti dagli studi circa la Repubblica weimariana hanno un valore universale. Qualsiasi democrazia necessita di una Costituzione che prevede norme che tutelino la sua validità. Se una Costituzione concede alla maggioranza parlamentare la possibilità di attribuire la propria responsabilità all'Esecutivo, è un dato che ciò avverrà con conseguenze negative sull'equilibrio del sistema.<sup>1121</sup>

Diversi sono gli "ammaestramenti" che Mortati ricava dall'analisi della vicenda costituzionale tedesca. Innanzitutto un tipo di Stato non è classificabile per ciò che propina di fare in futuro, quanto per ciò che concretamente riesce a realizzare grazie al complesso degli istituti e delle forze che indirizzano un ordinamento in una precisa direzione; il successo di una Costituzione non è legato ai programmi in essa contenuta, ma all'equilibrio sociale prodotto e conservato dai meccanismi che essa predispone; una nuova Costituzione non è l'inizio, bensì la fine di un processo di trasformazione del vecchio sistema, l'espressione di un riassetto dei rapporti fra le classi. Infine «una democrazia moderna non può validamente poggiare sull'impalcatura caratteristica dello Stato liberale dell'800, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità».<sup>1122</sup>

Le "lezioni" individuate da Rusconi nella vicenda weimariana sono divise in tre categorie. Le prime, di natura tecnico-costituzionale, sono tratte dal costituente tedesco del 1949 nella stesura del *Grundgesetz* per correggere istituti e meccanismi lesivi del sistema democratico – riguardano le competenze del Presidente della Repubblica, il sistema elettorale proporzionale e l'eccessiva facilità del ricorso al referendum. Per conseguenza nella Germania di Bonn vengono applicati significativi correttivi: indebolimento della figura del Presidente, attribuendogli funzioni eminentemente rappresentative e negandogli sia l'autorità e la legittimazione speciale derivantegli a Weimar dall'elezione popolare diretta sia il diritto d'intervento con decretazioni d'urgenza in caso di emergenza, per un "custode della Costituzione" nella forma di una corte; razionalizzazione del rapporto di fiducia grazie al voto di sfiducia costruttivo; sbarramento elettorale al 5%; misure giudiziarie preventive contro partiti e individui

---

<sup>1120</sup> L. Villari, *Introduzione* a Id., (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 7-10. Per una panoramica su Weimar che comprende temi cruciali quali la Repubblica, la democrazia, la Costituzione, la politica, gli eventi storici, che invita a imparare da Weimar" dopo il crollo della Repubblica e del susseguente regime dittatoriale, nel 1945, anche sulla base di testimonianze e memorie dei protagonisti dell'epoca, si veda R. Ritter, *Lehren der Weimarer Republik*, in «Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur», 25/1, 1945, pp. 14-34.

<sup>1121</sup> H. A. Winkler, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. XVI.

<sup>1122</sup> C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 84.

antisistema od ostili alla Costituzione.<sup>1123</sup> E nonostante all'epoca «imparare da Weimar significava di regola fare diversamente da Weimar»,<sup>1124</sup> la Costituzione federale riconosce le conquiste della prima Repubblica, facendo propri alcuni principi fondamentali della Carta del 1919, soprattutto nell'ambito della politica sociale. Essa cerca, in tal modo, di stabilire quell'equilibrio tra istituzioni democratiche, Stato sociale e dinamismo economico che a Weimar è risultato troppo fragile.<sup>1125</sup>

La seconda tipologia di lezioni preme sulla mancanza a Weimar di una diffusa cultura democratica o repubblicana, questione per cui le formazioni politiche tedesche hanno deciso il proprio destino.<sup>1126</sup> La terza, invece, rivisita il fenomeno weimariano per desumerne modelli e teorie di ordine generale in grado di spiegare e affrontare altre situazioni di crisi in diversi contesti storici.<sup>1127</sup> In una forte crisi di sistema, quando il Parlamento, impossibilitato ad elaborare politiche, si autoesclude, subentra la piazza populista che si impone con strategie antisistema, l'innesto di istituti dall'alto profilo politico ne accelera il processo, mentre l'apparato burocratico attende di mettersi al servizio del vincitore. In situazioni di crisi meno estreme, invece, nel momento in cui il sistema politico diviene inefficiente e la presidenza della Repubblica si attiva in modo anomalo, l'opposizione richiama i cittadini per sostituirli ai politici ordinari: «la politica dell'antipolitica».<sup>1128</sup>

L'insegnamento specifico che Winkler trae dall'esperienza weimariana sta nel fatto che solo «un sistema parlamentare ben funzionante è in grado di motivare una fiducia nella legittimità democratica».<sup>1129</sup> In funzione di tale ragione, la costituente di Bonn – che, guardandosi indietro, ha come punti di riferimento una fallimentare democrazia parlamentare e una dittatura abbattuta dall'esterno – opta per un sistema

---

<sup>1123</sup> L'importanza di dover difendere la democrazia si avverte già nell'agosto 1948, quando la convenzione costituente di Herrenchiensee prevede la negazione dei diritti politici qualora qualcuno ne abusi per contrastare «il libero e democratico ordinamento fondamentale»; circa un mese dopo, il deputato socialdemocratico Carlo Schmid incita alla «intolleranza nei confronti di chi voglia usare la democrazia per sopprimerla», il suo collega Walter Menzel ritiene insostenibile «nuovamente accettare di far distruggere la democrazia dagli strumenti della democrazia», mentre il cristiano-sociale Josef Schwalber critica la WRV per «aver concesso ai nemici dello Stato gli stessi, se non addirittura maggiori diritti, che ai sostenitori della Costituzione» oltre che la base per distruggere libertà e democrazia per via legale (H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma*, cit., pp.73-74).

<sup>1124</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. 709.

<sup>1125</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., pp. 28-29.

<sup>1126</sup> Cfr. sul punto G. Mammarella, *La Germania da Adenauer a oggi*, cit., il quale rileva che un errore madornale spesso ascrivito alla Repubblica di Weimar è quello di non aver chiarito alle nuove generazioni il significato della democrazia: pochi, durante il quindicennio, sanno in cosa essa consista; ordine e disciplina dominano la vita tedesca, salvo che nella politica; i tedeschi non si riconoscono in governi che cadono e si riformano con una media di uno ogni sette mesi (dal '19 al '33, ventuno), in un sistema proporzionale che moltiplica i partiti ed incrudisce le divisioni storiche, tanto che i governanti si occupano più delle lotte di potere che della vita pubblica; in una società proveniente da una esperienza autocratica appena mitigata da un costituzionalismo formale, uno Stato come Weimar non suscita forti simpatie o profonde realtà (*ivi*, p. 25).

<sup>1127</sup> G.E. Rusconi, *Lezioni di Weimar*, cit., p. 30.

<sup>1128</sup> *Ivi*, pp. 50-51. Sulle lezioni di Weimar individuate da Rusconi, si veda anche Id., *La crisi di Weimar*, cit., pp. 493-508.

<sup>1129</sup> H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma*, cit., p. 75.

democratico diverso da quello naufragato dopo il 1930. Essa si industria affinché ogni maggioranza in Parlamento non faccia ricadere la propria responsabilità sul Capo dello Stato e in modo che il Capo di Governo sia sfiduciabile solo mediante l'elezione del suo successore. Rafforza il Governo parlamentariamente responsabile al fine di combattere la tentazione opportunistica dei partiti e quella bonapartista del Presidente del *Reich*.<sup>1130</sup>

Inoltre la parabola di Weimar, nell'opinione di Winkler, dispensa anche insegnamenti di ordine generale, validi al di là del singolo caso concreto: «non giova a una democrazia avere una Costituzione, come quella del 1919, che rimanga indifferente rispetto alla propria validità»; le maggioranze parlamentari cui viene concessa l'opportunità di «scaricare la propria responsabilità sul potere esecutivo», prima o poi la sfrutteranno; infine «il pericolo per una democrazia può derivare non tanto dalla forza dei suoi oppositori, quanto dalla debolezza dei suoi sostenitori».<sup>1131</sup>

Nemmeno Weimar, una creazione politica così gravemente malata fin dall'inizio, si è trovata a soccombere per fatalità ineluttabile o sotto la pressione anonima delle cose. I responsabili hanno sempre avuto, tutte le volte che hanno dovuto prendere delle decisioni,<sup>1132</sup> la possibilità di sostenere Weimar e di ubbidire alla legge di quella democrazia parlamentare verso la quale ci si stava incamminando.<sup>1133</sup>

I costituenti di Weimar tentano di rispondere razionalmente e democraticamente al decadimento della sovranità; cercano di trarre dalla crisi il vantaggio di sgravare il vincolo tra le sorti dello Stato nazionale e della politica di potenza, per un verso, e quelle della Germania, per un altro. Weimar è il tentativo di risposta alla crisi del modello euro-continentale, senza staccarsi troppo da quello anglosassone. Si cerca, insomma, di evitare la riemersione del conflitto tra la tradizione euro-occidentale della sovranità e la cultura anglo-americana della supremazia dei diritti. A Weimar si ravvisa il primo laboratorio per una disamina della crisi dello Stato nazionale, in chiave democratico-liberale, consentendo così un rapporto pacifico con gli USA.<sup>1134</sup>

L'evoluzione della crisi dello Stato nazionale palesa l'affermazione, a partire da Weimar, nel costituzionalismo europeo di un nuovo bisogno di razionalizzazione dei poteri costituzionali e di una nuova idea di eguaglianza. Da formale a sostanziale. I diritti sociali e di libertà sono condizioni fondanti il principio di eguaglianza e del valore della persona. La risposta alla crisi dello Stato consiste in un'apertura a diversi esperimenti costituzionali occidentali: una importante lezione per il costituzionalismo europeo.<sup>1135</sup>

---

<sup>1130</sup> *Ivi*, pp. 75-76.

<sup>1131</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. XIV.

<sup>1132</sup> H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 14.

<sup>1133</sup> *Ivi*, p. 525.

<sup>1134</sup> C. Sbaillò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 43-44.

<sup>1135</sup> *Ivi*, pp. 47-48.

Un'analisi delle lezioni di Weimar di più ampio respiro è offerta da Weitz, il quale muove dall'assunto che i dodici anni del Terzo *Reich* non sono in grado di segnare irrimediabilmente il quindicennio weimariano. La vittoria del nazionalsocialismo, insomma, non è predeterminabile. Gli errori, i limiti e gli eventi di Weimar alimentano il nazionalsocialismo, ma Weimar non può essere letta solo come una premessa necessaria del terzo Reich; è un proiettore di idee politiche, giuridiche, filosofiche, artistiche per un mondo migliore, ad oggi, ancora illuminanti. Weimar svela quale pericolo si nasconde dietro la mancanza di consenso in una società senza una visione unitaria e un gruppo solido al comando. La democrazia non può sopravvivere a perentori scontri ideologici, né a politici che tentano di sovvertire il sistema dall'interno, pur continuando ad usufruire di risorse e privilegi. L'esperienza weimariana indica le condizioni per la prosperità di una democrazia: sicurezza, protezione e benessere economico. Altrimenti, come a Weimar, anche i democratici possono virare verso approdi autoritari. Weimar evidenzia i limiti delle elezioni come regola democratica, quando una magistratura conservatrice propende per una parte politica, lasciando impuniti terroristi e paramilitari. Anche la burocrazia, in più settori, e la classe imprenditoriale risultano antidemocratiche. La democrazia esige cultura e convinzioni democratiche in tutte le istituzioni della società. Fattore, questo, mancante a Weimar, atteso che i sostenitori della Repubblica sono tra lavoratori, cattolici riformisti, artisti, liberi professionisti, ma non in chiese, esercito, imprese, università, avversari o incuranti nei suoi confronti.<sup>1136</sup>

Weimar seguita a dispensare consigli. Il suo estro e le sue sperimentazioni, in campo culturale e politico, fanno sperare ancora in una vita migliore. Weimar testimonia la fragilità della democrazia, l'instabilità della società e che entrambe possono dar vita a scenari imprevedibili; lascia vedere i rischi derivanti dalla mancanza di accordo su temi fondamentali di ordine culturale, politico e sociale. La democrazia non può avere lunga vita senza un insieme di credenze e convinzioni in cui la maggioranza del popolo si rivede e a cui è leale, se minacciata costantemente anche al suo interno, servendosi della libertà garantita costituzionalmente per affossarne lo spirito. Weimar, insomma, esorta a diffidare da chi intende sovvertire l'ordine democratico utilizzando subdolamente le sue stesse regole. Weimar esorta il mondo attuale a pensare al significato delle condotte dell'uomo, alle azioni alimentate da buoni propositi che sfociano in eventi nefasti e all'incapacità, alla imprudenza e all'avventatezza di un certo agire. Weimar non ha santi, né eroi, ma molti sedicenti innocenti; di sicuro, pullula di menti sopraffine impegnate nella costruzione di una società migliore, alla scoperta della modernità.<sup>1137</sup>

Proprio sul concetto di modernità, è basato il lavoro di Peukert sulla crisi di Weimar. Lo storico tedesco si concentra sulle "tensioni della modernizzazione sociale"

<sup>1136</sup> E.D. Weitz, *La Germania di Weimar*, cit., pp. 8 e 428-429.

<sup>1137</sup> *Ivi*, pp. 429 e 423.

e sulla “crisi della modernità”, tema che rende profondamente attuale la storia della prima democrazia tedesca, riguardando la debolezza dei sistemi democratici e l’inclinazione distruttiva della modernità.

Peukert descrive le lezioni di Weimar, tentando di rispondere al quesito nietzschiano su “utilità e svantaggi” della storia “per la vita”. L’autore, dal punto di vista storico, vede in Weimar “gli archetipi della nostra democrazia”, in positivo e in negativo. Questa intuizione può essere valida sia per un orientamento culturale delle differenze sia per uno che equipari il modello democratico con quelli del passato. Ciò, con il rischio di usare Weimar per diffamare politicamente il nemico interno. Dal punto di vista critico, lo storico ritiene che Weimar insegni la fragilità di un sistema democratico basato sul compromesso, le incertezze che pone la modernizzazione, le conseguenze devastanti della sua “normalità”, la pochezza dell’agire quando ormai ci si è privati irresponsabilmente di alternative. Detto ciò, va osservato che l’analisi di crisi e disastro non deve oscurare eventuali soluzioni percorribili di trasformazione e salvezza. Dal punto di vista “archeologico”, Peukert afferma che negli anni Venti di Weimar è rintracciabile «il mondo della nostra vita attuale», congiuntamente ai caratteri della modernità classica. Lì è possibile scorgere «una società posta sulla linea divisoria tra un presente che ci è familiare e un passato che ci è estraneo; una società che condivide le nostre paure e le nostre speranze, le cui fantasie e fobie tuttavia ci rimandano una inquietante immagine deformata della nostra normalità quotidiana. Ma anche in questo caso, le ombre che ci guardano dallo specchio opaco della storia, in fondo... siamo noi stessi». <sup>1138</sup>

Non essendo terminato il processo di democratizzazione dei sistemi statuali, divenuto anche più complesso rispetto a quello del secolo scorso, non lo è tantomeno la riflessione su Weimar, la quale insegna che la democrazia è costretta a vincere sfide continue: predisposizione di meccanismi istituzionali forti, tutela della dignità di individui e gruppi sociali, rispetto delle norme da parte di maggioranza e opposizioni, applicazione delle garanzie e ricerca continua del bene comune. In più, quando la democrazia rappresentativa è in crisi, come oggi, l’esperienza weimariana suggerisce di ricercare ulteriori meccanismi per allargare e rendere effettiva la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica, impedendo l’allontanamento dalla politica e la consegna della cosa pubblica al governo di pochi. Naturalmente, «l’esistenza di concrete forme di partecipazione postula una società civile matura ed aperta: è in sintesi il problema della qualità della democrazia reso più complesso dalle dinamiche sovranazionali e internazionali». Anche per questo, il dibattito su Weimar e sulle sfide attuali della democrazia proseguono senza sosta. <sup>1139</sup>

<sup>1138</sup> D.J.K. Peukert, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 293.

<sup>1139</sup> F. Bruno, *La Costituzione di Weimar e la Costituzione italiana*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 118-119.

L'esperienza weimariana, a livello etico-politico e culturale, ricopre un doppio significato per il mondo occidentale contemporaneo: Weimar forgia il modello dello stato sociale e mostra in anteprima una cultura composta di destabilizzante problematicità. Come già indicato, e lo stato sociale e il relativismo culturale sono elementi ormai cristallizzati nel mondo occidentale contemporaneo. Viene osservato che il tragico fallimento dello Stato weimariano a base democratica non deriva da difetti istituzionali, ma da un «ingorgo storico di forze configgenti, in un passaggio delicatissimo per il primo affermarsi e rassodarsi del modello». Nella improbabilità di una ripetizione di un tale «ingorgo», «negli stessi termini e con lo stesso preciso esito in circostanze riguardanti qualcuno degli attuali, consolidati stati democratici dell'Occidente», il fallimento di Weimar favorisce la «comprensione storica dei grandi fenomeni di trapasso dall'uno all'altro dei modelli politico-giuridici che costellano la storia dell'Occidente». Ne deriva una lezione importante: «enormi sono i rischi che si prendono nei tentativi di imprimere accelerazioni innaturali ai processi di trapasso, anticipando i tempi segnati dal gioco delle forze profonde operanti nella società e dall'inerzia storica».<sup>1140</sup>

In definitiva, La Repubblica di Weimar rappresenta un immane sforzo per trarre il meglio dalle più sviluppate esperienze costituzionali del suo tempo, seppure in chiave tedesca. Perciò, il pluralismo sia territoriale sia socio-economico vano di pari passo. I gruppi sociali, professionali e politici sono invitati a cooperare per il bene della Nazione, evitando che prevalga una determinata ideologia. La società civile è considerata parte integrante della vita pubblica e non soggetto passivo dell'azione statale. Si tratta di uno Stato democratico basato sul principio della sovranità popolare, la quale al contempo è limitata da quello della supremazia del diritto. Le cariche maggiori dello Stato sono elette dal popolo, ma sono previsti mezzi di garanzia svincolati dal sistema elettorale. In tal caso, si tenta di limitare il potere della pubblica amministrazione, che si porta dietro il retaggio del formalismo e dell'autoritarismo. In un certo senso, è possibile parlare di una democrazia partecipativa, in cui i cittadini o i rappresentanti di formazioni sociali possono partecipare al procedimento di formazione di atti pubblici da tradursi in provvedimenti efficaci giuridicamente. Ad esempio l'istituzione del Consiglio economico del *Reich* è interpretabile in tal senso. Inoltre, la Repubblica weimariana non solo prevede istituti di democrazia rappresentativa, ma anche di democrazia diretta, seppure concepiti quali mezzi di riequilibrio dei poteri e di freno delle spinte riformatrici radicali, specie nella materia costituzionale. Per quanto riguarda la tutela giuridica dei soggetti, Weimar è classificabile come uno Stato di diritto. Invero, essa è frutto dell'evoluzione tedesca dallo Stato assoluto allo Stato di polizia (*Polizeistaat*) sino al *Rechtsstaat* (Stato di diritto). Ne discende che l'esperienza weimariana è tra le più avanzate dell'epoca, non fermandosi alla soggezione dello Stato al diritto anche nell'esercizio dei poteri, ma giungendo alla limitazione dei poteri statali

---

<sup>1140</sup> G. Bognetti, *L'Europa in crisi*, cit., p. 167.

tramite la concessione al cittadino di ricorrere anche contro atti politici e legislativi che si ritengono lesivi delle garanzie previste dalla Costituzione. A Weimar viene posto in essere un tentativo di rivoluzione costituzionale che diverrà un paradigma nel costituzionalismo europeo.<sup>1141</sup>

#### 4. *Il rapporto Weimar-Bonn*

A Weimar la Germania conosce per la prima volta la democrazia parlamentare. Il confronto con Weimar è fondamentale per Bonn, così come per il secondo Stato nato dal *Reich*, la Repubblica democratica, seppur in modo diverso. «La Germania unificata a partire dal 1990 torna ad essere quello che fino ad allora era stata – o almeno avrebbe dovuto essere nelle intenzioni dei suoi fondatori – solo la Repubblica di Weimar: uno Stato nazionale democratico tedesco».<sup>1142</sup>

Oggi, non è utile tanto legittimare il sistema politico della seconda Repubblica tedesca criticando la prima, quanto individuare dei correttivi per il presente, imparando dagli errori che hanno portato alla fine della prima democrazia tedesca. L'analogia non serve tanto a spiegare o a chiarire inesistenti parallelismi storici, quanto a richiamare l'attenzione su aspetti particolarmente rilevanti del momento storico, al di là della loro banale attualizzazione.<sup>1143</sup>

“Bonn non è Weimar” (*Bonn ist nicht Weimar*), recita uno dei titoli dei libri non solo più letti, ma ancor oggi più citati della Repubblica federale. Per alcuni il suo autore ha voluto dare coraggio, per altri ha rappresentato un monito per la giovane democrazia. I più ottimisti hanno invitato a fare attenzione, affinché la storia non si ripettesse e al fatto che ci fossero profonde differenze con la Repubblica di Weimar. Nel corso del decennio ed in

<sup>1141</sup> C. Sbaillò, *Costituzionalismo interattivo nell'«Età dell'incertezza»*, cit., pp. 162-163. «Si trattò di una grandiosa esperienza di costituzionalismo *interculturale*, positivamente aperta alle esperienze straniere, ma al tempo stesso profondamente radicata nella storia e nella cultura della Germania. È sicuramente di grande utilità discutere dei limiti di quell'esperienza costituzionale, il cui elenco fu scritto in bozza già dai padri costituenti della Germania e dell'Italia: si va dall'astrattezza dei professori alla “debolezza” del patto costituente, dal carattere ibrido della forma di governo all'“utopismo” della Costituzione economica, dai *vulnera* emergenzialistici all'ipergarantismo nei confronti dei nemici della Repubblica e così via. Ciò non toglie che la costruzione del tessuto costituzionale europeo dopo la seconda Guerra mondiale si sia sviluppato sulla trama dell'incontro tra Costituzionalismo anglo-americano e *jus publicum europaeum* designata in Germania tra la fine del II e l'inizio del III *Reich*. Ed è innanzitutto percorrendo e ripercorrendo quella trama che oggi è possibile costruire un dialogo, oltre ogni pregiudizio e oltre ogni rigida tassonomia eurocentrica (ed euro-centrata), con le “altre” esperienze costituzionali e con le “altre” culture giuridiche» (*ivi*, p. 166).

<sup>1142</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. X. Per una disamina storica del periodo che va dalla Repubblica di Weimar a quella di Bonn, si veda G. Mammarella, *La Germania da Adenauer a oggi*, cit., pp. 21-43. Per uno sguardo sull'evoluzione della cultura costituzionale tedesca da Weimar a Bonn e da Bonn a Berlino, si veda B. Schlink, *German Constitutional Culture in Transition*, «Cardozo Law Review», n. 14, 1993, pp. 711-736.

<sup>1143</sup> E. Collotti, *Tendenze recenti della storiografia sulla Repubblica di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., pp. 12 e 34.

seguito al superamento con successo delle situazioni di conflitto rilevanti sul piano costituzionale – l'affare Spiegel, la legislazione d'emergenza e la lotta al terrorismo – si è affermata in Germania e all'estero la convinzione che Bonn non fosse Weimar.<sup>1144</sup>

Bonn impara da Weimar, correggendo una serie di debolezze, specie nell'impostazione del sistema parlamentare, sempre esposto a degenerazioni, e seguendo la maggior parte del percorso disegnato dalla Costituzione weimariana, ma evitandone gli errori in grado di facilitare la crisi politico-costituzionale: infatti, il *Grundgesetz* non prevede l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente del *Reich*, la disponibilità nelle mani di questi dei pieni poteri che includono il potere di sospendere l'efficacia dei diritti fondamentali.<sup>1145</sup>

La Germania, come pure l'Italia, nel secondo dopoguerra deve affrontare la questione della ricostruzione dell'assetto istituzionale scardinato dal totalitarismo nazista. La via democratica è scontata e la scelta repubblicana riporta alla rivoluzione che segue all'abdicazione del Kaiser dopo la sconfitta nel primo conflitto mondiale e all'esperienza di Weimar del 1919. Non si pone, quindi, una questione di continuità istituzionale, trattandosi di riprendere le fila del discorso democratico e repubblicano evitandone gli errori. Dunque, i tedeschi dopo il 1945 si trovano a scrivere di nuovo, dopo la recente esperienza weimariana, una costituzione repubblicana. La necessità di assicurare l'unità nazionale contro le spinte disgregatrici di carattere territoriale-autonomistico o socio-politico è inoltre già parzialmente risolta dall'esterno e con la forza, stante l'occupazione militare delle potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale. Questa costituzione trae la sua origine dalla sconfitta tedesca nella seconda guerra mondiale con la conseguente caduta del nazionalsocialismo. Nel 1945 la Conferenza di Jalta (dal 4 all'11 febbraio) pone le basi materiali per la divisione della Germania in due Stati.<sup>1146</sup>

In particolare, il paese all'indomani della seconda guerra mondiale è diviso in quattro zone di occupazione militare, rispettivamente di nazionalità statunitense, inglese, francese e sovietica. Dapprima, occorre ricostituire i *Länder*, poi nascono la Repubblica federale tedesca, sotto il controllo dei paesi alleati nei tre quarti, e la Repubblica democratica tedesca, nella parte controllata dai sovietici, mentre Berlino, territorialmente situata in quest'ultima, è ripartita secondo il criterio con cui è divisa la nazione. Nella Repubblica federale, la Costituzione è redatta da un Consiglio parlamentare (*Parlamentarischer Rat*) formato da sessantacinque delegati che

<sup>1144</sup> B. Sösemann, *La Repubblica di Weimar e la sua Costituzione nella storiografia tedesca (1933-2009)*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., p. 76. Per un approfondimento sulla formula "*Bonn ist nicht Weimar*", si veda P. Longerich, *Deutschland 1918-1933: Die Weimarer Republik. Handbuch zur Geschichte*, Hannover, 1995, pp. 9-20.

<sup>1145</sup> S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 20.

<sup>1146</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 209-210.

rappresentano i *Länder* sotto il controllo anglo-franco-americano, viene approvata il 9 maggio 1949 e successivamente approvata dalle singole regioni, salvo la Baviera e promulgata il 23 maggio dello stesso anno. Non si tratta formalmente di una Costituzione (*Verfassung*), ma di una Legge fondamentale (*Grundgesetz*), considerata provvisoria, essendo la nuova Costituzione rimandata alla sperata futura riunificazione della Germania. In ciò si riscontra un elemento di continuità con la Costituzione di Weimar, la quale si riferisce esplicitamente alla fondazione di una grande Germania repubblicana. In seguito, inoltre, il testo è approvato anche dai paesi occupanti che si limitano ad imporre piccole modifiche, condizionando comunque il risultato finale. La Legge fondamentale pone le basi per uno Stato basato sulla democrazia e sul federalismo, impresa tentata ai tempi della Repubblica di Weimar, ma poi interrotta dai dodici anni di nazismo.<sup>1147</sup>

Diversi sono i nodi da sciogliere, in connessione con l'esperienza weimariana, per i costituenti di Bonn. La legge fondamentale, dunque, si distingue per molti versi dalla Costituzione di Weimar, producendo notevoli differenze tra le due carte costituzionali.<sup>1148</sup>

La precedente esperienza totalitaria influenza il processo costituente tedesco, specie circa i valori ispiratori, di matrice democratica e con particolare premura per la tutela dei diritti come nel modello statunitense. I diritti fondamentali, dunque, acquisiscono grande importanza, in chiave personalistica, elencati meticolosamente con riferimento esplicito ad una realtà trascendente nel preambolo, per garantire il loro carattere naturale, venendo considerati indisponibili a qualsivoglia legislatore. Essi non sono considerati un semplice obiettivo da raggiungere da parte della legislazione, ma sono garantiti dalla Costituzione. Tra l'altro, una caratteristica significativa di questa carta è la previsione di un diritto di resistenza da parte del popolo, il cui bisogno è dettato dall'ascesa della dittatura nazionalsocialista. Il grande peso attribuito ai diritti si traduce nella previsione di un apposito meccanismo di garanzia costituzionale, ovvero un sindacato di costituzionalità, come nel modello statunitense, conferendo a ogni cittadino il diritto di adire direttamente il Tribunale Costituzionale federale in caso si ritenga leso un proprio diritto fondamentale da parte dei pubblici poteri. Appare evidente, come la Costituzione di Weimar, rispettata formalmente e abrogata

---

<sup>1147</sup> *Ivi*, pp. 211-212.

<sup>1148</sup> Per uno sguardo d'insieme del sistema politico, istituzionale e costituzionale di Bonn e delle differenze tra la Costituzione di Weimar del 1919 e la Legge fondamentale di Bonn del 1949, si veda G. Mammarella, *La Germania da Adenauer a oggi*, cit., pp. 107-125. Per un focus del rapporto tra la Costituzione di Weimar del 1919 e la Legge fondamentale di Bonn del 1949 nella letteratura tedesca, sotto diversi aspetti e da diverse prospettive, si vedano: R. Gröschner, *Das Republikprinzip der Weimarer Reichsverfassung und des Bonner Grundgesetzes*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 49- 70; K.U. Meyn, *Destruktives und konstruktives Mißtrauensvotum – von der schwachen Reichsregierung zum starken Bundeskanzler?*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 71-94; M. Brenner, *Die wehrhafte Demokratie: eine Lehre aus Weimar?*, in E. Eichenhofer (a cura di), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 95-116.

sostanzialmente da Hitler, influenzi tale previsione, tanto quanto quella delle norme costituzionali tese ad impedire ogni abuso della libertà.<sup>1149</sup>

In particolare, la Germania riprende e perfeziona un organo già presente nella *Weimarer Reichsverfassung*, lo *Statatsgerichtsof*, che ha tuttavia un ambito di competenza giurisdizionale abbastanza limitato. Nel *Grundgesetz*, invece, il nuovo Tribunale costituzionale federale, il *Bundesverfassungsgericht*, è un vero e proprio custode della costituzione a disposizione dei cittadini, con competenze più ampie e varie: legittimità costituzionale delle leggi, violazione dei diritti fondamentali, attività dei partiti politici, regolarità delle elezioni, interpretazione unitaria della Legge fondamentale per le Corti costituzionali dei *Länder*.

Si abbandona il centralismo del precedente regime, prediligendo un sistema decentrato, puramente federale, rispettando la tradizione autonomista prima di Hitler e l'identità costituzionale tedesca. I costituenti lavorano alla ricostruzione di un potere centrale, nel solco della tradizione tedesca delle autonomie locali. Il federalismo costituisce un punto fermo dell'esperienza costituzionale tedesca, anche come effetto del nazismo che invece da esempio di come un centralismo esasperato possa rappresentare un ostacolo all'unità del paese.<sup>1150</sup> Non vi è più uno Stato federale dominante che pesi sull'attività politica degli altri; vengono infatti in buona parte ristabiliti gli stati federali esistenti prima del nazismo, ma non l'enorme *Land* della Prussia già detentore di un peso sproporzionato e che viene per questo frammentato.

Il problema di garantire la continuità della identità costituzionale di un paese diviso tra due blocchi, nella speranza di una futura riunificazione nazionale, si pone in linea diretta con la Costituzione di Weimar, vista sia come un modello positivo, essendo la prima carta costituzionale democratica e repubblicana della Germania, sia come un modello negativo, non essendo riuscita a impedire, secondo molti, l'avvento del nazismo e della crisi tedesca. Tuttavia, quell'identità costituzionale perduta con il nazismo si sarebbe recuperata, proprio imparando da Weimar.<sup>1151</sup>

A dispetto di quanto accade nella Repubblica di Weimar, a Bonn non sono più previste decisioni popolari prese alle urne, non almeno a livello federale; infatti, i risultati raggiunti con l'introduzione parziale della democrazia diretta nella vecchia Repubblica sono considerati insoddisfacenti.

A Bonn, il ruolo da attribuire al Presidente della Repubblica e il suo rapporto con i poteri legislativo ed esecutivo sono elaborati scegliendo soluzioni diverse da quelle adottate a Weimar, dove l'elezione diretta del Capo dello Stato e i suoi poteri emergenziali nascono come un contrappeso al potere dilagante dei partiti, all'aumento degli scontri ideologici e alle derive territorialistiche della Germania e provocano indirettamente la prassi di governare con l'aiuto di decreti di emergenza nei casi in cui

<sup>1149</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 212.

<sup>1150</sup> *Ivi*, p. 213.

<sup>1151</sup> *Ivi*, p. 214.

non si riesca a trovare una maggioranza. Ritenendo fallimentare il rapporto tra i poteri nell'esperienza weimariana, in cui spesso gli affari politici diventano ingestibili a causa della molteplicità dei partiti presenti in Parlamento, si tenta di ridurre al minimo il rischio di maggioranze impossibili. Pertanto, il *Grundgesetz* non prevede l'elezione diretta del Presidente, che non è dotato di poteri eccezionali, ma riveste un ruolo neutrale di garanzia istituzionale, mentre il pericolo di frammentarietà del sistema politico è scacciato adottando lo sbarramento elettorale del cinque per cento nella legge elettorale e scartando la proporzionale pura, in modo da limitare sensibilmente il numero di partiti rappresentati ed escludere dal circuito parlamentare l'estrema sinistra e l'estrema destra. Quello della instabilità politica, infatti, è un problema cruciale da risolvere, essendo una delle cause della crisi di Weimar, se si guarda alla cesura fra i meccanismi di formazione e di funzionamento del potere esecutivo e il dibattito parlamentare, ossia all'attività parlamentare dei partiti volta esclusivamente alla rappresentanza degli interessi e non orientata ad un rapporto dialettico con l'Esecutivo per garantire la governabilità. Perciò, la Legge fondamentale introduce il meccanismo della sfiducia costruttiva, in base a cui le dinamiche parlamentari sono vincolate alla responsabilità della stabilità governativa, ponendo la condizione di trovare un nuovo esecutivo prima che il precedente venga rimosso dai suoi uffici.

Contro il pericolo dell'uso anticostituzionale della Costituzione, è prevista la sospensione delle garanzie costituzionali per chi si attenta ai suoi fondamenti.<sup>1152</sup> (aggiungi pezzi di articoli x partiti antisistema).

La nuova costituzione federale tedesca istituisce una Repubblica parlamentare federale, con un sistema parlamentare bicamerale caratterizzato dal federalismo e dall'assenza di elementi di democrazia diretta a livello nazionale. A livello istituzionale, il potere legislativo spetta al *Bundesrat* (Consiglio federale che rappresenta i *Länder* nella federazione) e al *Bundestag* (Parlamento federale che esprime la rappresentanza popolare), quello esecutivo al Governo federale, composto da dal Cancelliere federale che lo presiede e dai Ministri, e quello giudiziario vede due organi supremi, la Corte federale di giustizia e la Corte Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*), mentre la carica rappresentativa è affidata al Presidente federale (*Bundespräsident*).

Tuttavia, Bonn non impara da Weimar solo evitandone gli errori, ma anche riproducendo elementi che sono ritenuti positivi. Resta, infatti la razionalizzazione costituzionale, per cui il *Grundgesetz* mantiene la medesima struttura formale della Costituzione weimariana. La Legge fondamentale è concepita quale un complesso meccanismo di pesi e contrappesi, in cui la tensione/accordo fra bisogni contrapposti deve esprimere dinamismo. La novità, qui, è rappresentata dal fatto che tale meccanismo è retto da una base etica costituita dai diritti fondamentali che a Weimar, invece, sono solo la cornice del quadro costituzionale. Inoltre, a Bonn viene ripreso il progetto di integrazione politico-sociale pensato a Weimar. La nuova Costituzione

---

<sup>1152</sup> Ivi, pp. 215-216.

delinea un equilibrio tra Stato sociale, istituzioni democratiche e sistema economico capitalistico, che si riflette nel rapporto tra centro e periferia, per determinare una società dinamica. Al riguardo, i *Länder* costituiscono le uniche istituzioni idonee ad assicurare la continuità nella vita pubblica e privata nella Germania occidentale, dopo la disfatta tedesca del 1945. Perciò, si sceglie il tradizionale bicameralismo federale, imperfetto, con una Camera rappresentativa nazionale e una Camera di rappresentanza delle autonomie territoriali, la cui relazione nei confronti del potere esecutivo è bilanciata in modo da garantire un rapporto privilegiato fra il cancelliere e il *Bundestag*, senza emarginare dal rapporto fiduciario il *Bundesrat*, che diviene il punto di riferimento del cancelliere in caso di emergenza o impasse istituzionale. Un'ulteriore spinta federalista per la Germania occidentale deriva, altresì, dalle forze alleate occupanti, che invocano un federalismo tutt'altro che disinteressato. La vocazione federalistica degli Stati Uniti non è in discussione, ma sia il Regno Unito, in cui il potere centrale si è sempre opposto alle istanze autonomistiche, sia la Francia, patria dello Stato nazionale moderno e del centralismo, non sono di certo filofederalisti. Tuttavia, la conferma della tradizione federalistica tedesca rappresenta per gli Alleati un mezzo per neutralizzare la possibile rinascita di una grande Germania in Europa. Tale orientamento, peraltro, è sposato dai *Länder* stessi, i quali intendono riscattarsi dopo il centralismo e il totalitarismo hitleriani, costituendo la base di ripartenza della Germania, i principali interlocutori istituzionali per il popolo e per gli occupanti e gli unici garanti nazionali della transizione costituzionale tedesca.<sup>1153</sup>

Dunque, il Consiglio parlamentare del 1948-49 dimostra di aver imparato la lezione weimariana, recependo diversi insegnamenti: impossibilità di sovvertire legalmente l'ordine democratico; il capo dello Stato non può legiferare senza il consenso del Parlamento; una maggioranza negativa, inidonea alla formazione di un governo, non può destituire un cancelliere. In virtù di tali principi, il Consiglio pone in essere le seguenti operazioni: sostituisce la democrazia relativa con una capace di autotutelarsi; conferisce al presidente federale un ruolo di rappresentanza; introduce il voto di sfiducia costruttivo che rende la Repubblica federale una "democrazia del cancelliere"; rimuove la concorrenza plebiscitaria, potenziando il *Bundestag* come organo legislativo.<sup>1154</sup>

Con tutto ciò, le differenze tra Weimar e Bonn non si ravvisano solo nelle rispettive carte costituzionali. Il maggior successo registrato dalla seconda democrazia tedesca è dato non solo dalla diversità della Costituzione del 1949 rispetto a quella del 1919. Un fattore importante è ravvisabile nella rottura morale con il vecchio sistema da parte dei tedeschi dopo il 1945, a differenza di ciò che avviene dopo il 1918. Di grande

---

<sup>1153</sup> *Ivi*, p. 216.

<sup>1154</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. 707. Sulla questione del recepimento delle lezioni di Weimar da parte di Bonn, si veda D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, cit., *passim*, in cui il giurista tedesco pone dubbi sul fatto che il *Grundgesetz* abbia realmente imparato dalla lezione di Weimar e rappresenti davvero una costituzione migliore.

rilevanza, anche i cambiamenti sociali a livello dirigenziale. Vengono meno gli Junker d'Oltralba, una potente casta antiweimariana, in seguito alla perdita dei territori orientali e alla riforma agraria nell'area occupata dai sovietici. L'industria pesante, antidemocratica prima del 1933, ricopre a Bonn un ruolo economico meno incisivo e con un minor rilievo politico. Solo dopo il 1955, sorge la *Bundeswehr*, un apparato militare di stampo repubblicano con ufficiali scelti rigorosamente, evitando il rischio di uno "Stato nello Stato".<sup>1155</sup>

Notevoli le differenze tra Weimar e Bonn, anche circa la politica estera e quella economica. Con riguardo alla guerra fredda, gli Alleati riscattano prontamente la Germania. Il piano Marshall è certamente un'altra cosa rispetto alle riparazioni gravanti sulla prima Repubblica tedesca – tra i fattori decisivi della crisi sociale e politica a Weimar. Inoltre la Repubblica di Bonn non si imbatte come quella di Weimar nella Grande depressione.<sup>1156</sup>

Un altro elemento che segna il divario tra la prima e la seconda Repubblica è di stampo politico. A differenza di ciò che avviene nel 1918, dopo il 1948, la destra moderata di Adenauer e dei partiti dell'Unione porta avanti una politica di integrazione sovranazionale, mentre la sinistra moderata del Partito socialdemocratico di Kurt Schumacher insegue l'unità nazionale. I conservatori democratici si affermano perché riescono a rispondere alla domanda di sicurezza dei tedeschi occidentali, sicurezza quasi mai minata dall'interno, ma minacciata dall'esterno dall'Unione Sovietica. Quest'ultima situazione è costantemente tenuta sotto controllo dalla politica di integrazione nazionale, più della questione nazionale della riunificazione.<sup>1157</sup>

Contrariamente alla Repubblica federale di Bonn, il secondo Stato tedesco, la Repubblica democratica, desume insegnamenti diversi da Weimar. Secondo il pensiero marxista-leninista, la Repubblica di Weimar è figlia di una rivoluzione borghese-democratica, caratterizzata dal tradimento della direzione socialdemocratica che ha permesso alla borghesia monopolistica di restare al potere, sino a farsi sostituire dai fascisti. Perciò, l'unica conclusione da trarre da Weimar, dopo la liberazione dal fascismo, consiste nel raccoglimento della classe operaia in un solo partito, rompendo con la tradizione opportunista socialdemocratica, al fine di giungere al potere a livello istituzionale e sociale. Ciò diventa possibile solo nella parte orientale della Germania, sfuggita all'imperialismo d'occidente grazie al sostegno sovietico.<sup>1158</sup>

Dunque, sia a Est sia a Ovest, la Germania guarda sempre all'esperienza weimariana come sistema politico di riferimento dal quale sia la Repubblica federale sia la Repubblica democratica prendono le distanze.

Ad ogni modo, seppur le lezioni della prima Repubblica tedesca insegnano a trovare soluzioni diverse da essa, ponendosi in una posizione di discontinuità, Weimar

---

<sup>1155</sup> *Ivi*, pp. 707-708.

<sup>1156</sup> *Ivi*, p. 708.

<sup>1157</sup> *Ibidem*.

<sup>1158</sup> *Ivi*, pp. 708-709.

resta comunque terra di conquiste in campo sociale, culturale e formativo, lasciando elementi di continuità positivi.

La Repubblica di Weimar, tra pregi e difetti, fino alla riunificazione dei due Stati tedeschi nel 1990, rappresenta l'unico momento in cui la Germania è democrazia e Stato nazionale contemporaneamente. La Repubblica di Bonn è infatti qualificata da Bracher come una "democrazia postnazionale fra Stati nazionali", espressione ormai fuori luogo per identificare la Germania riunificata. La nuova Repubblica federale allargata è tornata a essere democrazia e Stato nazionale, non in senso classico, ma legato a organizzazioni europee ed atlantiche.<sup>1159</sup>

Al momento della riunificazione della Germania, viene mantenuta la costituzione occidentale: infatti, la Germania Ovest si propone come unico erede del *Reich* tedesco, mentre i risultati delle elezioni della DDR, oramai al collasso, sono interpretati come espressione del desiderio di ricongiungersi al più presto con la Repubblica Federale Tedesca, quindi con la Germania Ovest. L'unificazione viene raggiunta aggiungendo nella lista dei *Länder* previsti nel testo costituzionale i cinque della Germania orientale e abolendo l'articolo 23, il quale lascia in sospeso la validità della Legge Fondamentale per un futuro in cui le due Germanie si sarebbero unite; ciò equivale a operare la riunificazione tedesca sotto forma di entrata o adesione della Germania dell'Est nella Repubblica Federale Tedesca.

La repulsione del modello weimariano a livello tecnico-politico nel procedimento di formazione della Costituzione di Bonn, innescata dalle potenze occupanti (Francia, Inghilterra e USA) in Germania e che rappresenta una delle condizioni per la sua entrata in vigore, esprime appieno il clima politico e la posizione culturale di quella fase storica poi definita *die Unbeweltigte Vergangenheit* (il passato non superato).<sup>1160</sup>

A differenza dei costituenti dei *Länder*, incalzati dalla parte più radicale della SPD e della KPD orientata da un antinazismo risolvendosi in un progetto di economia aperta a processi di cogestione socializzazione dei rapporti economico-sociali, gli autori della *Grundgesetz* scelgono soluzioni normative ed istituzionali rigidamente liberaliste e quasi giusnaturalistiche. La Costituzione di Weimar viene strumentalizzata, venendo indicata come precorritrice del nazionalsocialismo, usando "l'argomento weimariano" quale presupposto della sua condanna. Da un sistema costituzionale aperto a politiche economiche e sociali, che assegna un ruolo anche istituzionale a sindacati ed altre

<sup>1159</sup> *Ivi*, p. 710.

<sup>1160</sup> Perciò, Amirante ritiene che «la scelta di tono ed espressioni normative di tenore vagamente giusnaturalistico ha spinto i primi interpreti e lo stesso Tribunale costituzionale federale ad interpretare i diritti fondamentali della L.F. [Legge fondamentale] come sistema di valori ricorrendo ad un particolare metodo ermeneutico definito scientifico-spirituale (o della scienza dello spirito). Ciò ha indotto gli autori più critici a stigmatizzare queste nuove soluzioni normative – che intenzionalmente evitavano accentuazioni tecnico-politiche, largamente presenti invece nella Costituzione italiana – come "formule vuote" ed "alibi di riscatto"; un giudizio che trova la sua giustificazione nell'assenza di diritti sociali sostituiti dalla clausola generale dello "stato sociale di diritto"» (C. Amirante, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 46).

organizzazioni collettive, tale da coinvolgere lavoratori e cittadini nella vita economica e sociale, si passa al principio “nessuna libertà per i nemici della libertà” di stampo nordamericano. Dalle aperture in campo economico e sociale, si giunge a chiusure dell’azione politica e sociale. Ciò, non considerando che proprio l’abuso della sospensione per decreto presidenziale delle libertà fondamentali *ex art. 48 WRV* provoca l’involuzione della democrazia weimariana in senso presidenziale.<sup>1161</sup>

D’altronde, sebbene il nuovo sistema costituzionale sia più chiuso circa le libertà rispetto a quello precedente, esso diventa più equilibrato circa i poteri attribuiti agli organi costituzionali, ridimensionando notevolmente il ruolo del Presidente della Repubblica che diviene soltanto simbolico e rappresentativo e assegnando alla Corte costituzionale federale la doppia funzione di decidere sulla perdita dei diritti fondamentali per chi ne abusi al fine di «combattere i principi dell’ordinamento liberal-democratico» (art. 18 GG) e di dichiarare l’incostituzionalità di partiti politici «che per il loro fine o per il comportamento dei loro aderenti mirino ad intaccare o a distruggere l’ordinamento fondamentale liberaldemocratico oppure a minacciare l’esistenza della Repubblica Federale Tedesca» (art. 22, co. 2 GG). Tali norme permetteranno al Tribunale di sciogliere il partito neonazista e quello comunista e disincentiveranno proteste o manifestazioni, anche pacifiche e non sovversive, contro decisioni del Governo o del Parlamento. Anche in casi del genere, “l’argomento weimariano” viene richiamato per giustificare la scelta di non ripetere a Bonn il presunto errore commesso a Weimar di accettare gli estremismi nel circuito politico-parlamentare (la cosiddetta teoria degli opposti estremismi). Tuttavia, tale atteggiamento viene largamente criticato da chi ritiene, invece, che la Repubblica di Weimar non è morta perché «costretta all’estinzione dallo scontro tra gli opposti estremismi», ma in quanto «non si è trovato nessuno disposto a difenderla dall’attacco della reazione».<sup>1162</sup>

Dunque, è pur sempre opinabile l’operazione comune ai tempi di Bonn di usare l’“argomento weimariano” per giustificare scelte politico-costituzionali tese a rifuggire dai pericoli in cui incorre la prima democrazia tedesca, dimostrando di aver chiuso definitivamente con un passato recente che ha portato alla crisi e poi allo sfascio totale – ciò, infatti, dipende dal tipo di giudizio che si vuole assegnare all’esperienza weimariana e alla sua costituzione, sebbene si reputi più costruttivo per le esperienze democratiche successive un’analisi più attenta di quell’esperienza da cui scaturiscano ammaestramenti, indicazioni più che giudizi estremi. Mentre appare strumentale l’uso di tale “argomento”, quando viene invocato per legittimare la repressione di organizzazioni, partiti e cittadini privi di fini sovversivi, difensori della democrazia e manifestanti il proprio dissenso rispetto a decisioni dall’alto, con l’effetto di rappresentare negativamente ed arbitrariamente la Costituzione di Weimar, dall’Assemblea costituente della Legge fondamentale di Bonn in poi, sinché finirà per

---

<sup>1161</sup> *Ivi*, pp. 46-47.

<sup>1162</sup> *Ivi*, pp. 47-48.

influenzare la maggior parte dei nuovi costituenti in Europa e in America latina, divenendo un paradigma per il costituzionalismo del '900.<sup>1163</sup>

Sia le lezioni da Weimar sia la storia del successo del *Grundgesetz*, al di là della loro veridicità, derivano dai “racconti virtuosi” della Repubblica federale: «dal momento che il successo rende migliori anche i mezzi ottenuti per averlo, durante i festeggiamenti del XX anniversario le storie di successo sopra richiamate chiaramente si sono congiunte». A dispetto delle valutazioni negative su Weimar dopo il 1933, la democrazia fondata sulla libertà della ricerca e sul diritto d'accesso alle fonti ha permesso una correzione della realtà precedente, una rettifica del giudizio negativo attribuito alla Repubblica di Weimar e della visione della Costituzione quale modello negativo. Insomma, durante il regime nazionalsocialista, nel periodo della costituente di Bonn e lungo l'arco temporale di ristrutturazione della Germania fino al 1989, Weimar assurge spesso a capro espiatorio della disfatta della Germania, salvo poi procedere ad un'analisi più approfondita e ad una visione più complessa della situazione weimariana grazie alle quali si perviene ad un giudizio nettamente diverso e più articolato. «La storia della Repubblica di Weimar e della sua Costituzione dovrebbero rappresentare, indipendentemente dalle prospettive future, un punto di riferimento politico al fine di realizzare una stabile democrazia tedesca nel XXI secolo. Weimar dispone, come “laboratorio di democrazia”, di un notevole potenziale. Non sorprende, pertanto, che il tema “la Repubblica di Weimar” rappresenti ancor oggi in tempi di crisi un punto di riferimento e non solo in Germania».<sup>1164</sup>

Infine, viene attentamente osservato, che non solo Bonn ha imparato da Weimar, dai suoi errori evitando di riprodurre molteplici previsioni costituzionali, soprattutto della parte istituzionale contenente l'equilibrio dei poteri, e dai suoi pregi, riproponendo gran parte del contenuto. Ma anche le costituzioni dei *Länder* costituiscono un ulteriore esempio di come la Costituzione di Weimar costituisca un modello per i poteri costituenti nel secondo dopoguerra. In tal caso, addirittura, si rileva come i costituenti delle regioni tedesche si rifacciano più alla Costituzione di Weimar del 1919 che alla Legge fondamentale di Bonn del 1949. Ciò in quanto la Costituzione weimariana si mostra aperta «al conflitto sociale ed al progresso, nel senso non solo liberale del termine, dei rapporti economici, ma anche sociali, culturali ed istituzionali, che in una società in cui capitalisti e lavoratori sono in conflitto ma accettano significative “mediazioni costituzionali” significa legittimare e quindi consentire scelte economiche, sociali ed istituzionali diverse da quelle che le classi dominanti vorrebbero imporre». Le esperienze costituzionali tedesche ed europee dopo il secondo conflitto mondiale si sono confrontate con questo modello. Infatti, come detto, i costituenti dei *Länder* si comportano diversamente dai padri del *Grundgesetz*, perseguendo – in un periodo di

<sup>1163</sup> Ivi, pp. 48-49.

<sup>1164</sup> Söseman B., *La Repubblica di Weimar e la sua Costituzione nella storiografia tedesca (1933-2009)*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 79-80.

occupazione militare che dalla fine del secondo conflitto mondiale va all'inizio della guerra fredda – il fine di una ricostruzione istituzionale dal basso e riprendendo perciò idee e obiettivi della WRV, la quale in tale fase storica non è ancora vista come un pericolo da evitare. Ciò, senza volere superare l'economia di mercato, ma rifacendosi alla tradizione socialdemocratica dei diritti fondamentali e corroborandola inserendo norme che tutelano il lavoro e sostengono le classi deboli e al contempo pretendono alla nazionalizzazione e al controllo statale di industrie di base e banche. D'altronde, anche gli ideatori di tali costituzioni si sono guardati bene dal ripetere errori strutturali della previgente carta costituzionale. Così, alla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali di ispirazione weimariana, fa da contraltare nelle richiamate carte costituzionali l'abbandono del diritto penale nazionalsocialista, il consolidamento delle libertà e dei diritti politici, la costituzione economica aperta al sociale e ai diritti dei sindacati e dei lavoratori, oltreché il rin vigorimento della forma di governo per evitare i continui conflitti delle coalizioni parlamentari, tipici delle legislature weimariane. Dunque, il progressismo della costituzione democratica di Weimar influenza i costituenti delle regioni tedesche, prima dello scoppio della guerra fredda conseguente alla frattura dei rapporti tra i paesi alleati occidentali e l'Unione Sovietica, situazione che delegittima il partito comunista e indebolisce l'area più a sinistra del partito socialdemocratico in Germania. Tutt'altro clima avvolge il procedimento di formazione del *Grundgesetz* del 1949 di Bonn: una Germania divisa in due Stati, la Repubblica federale di Germania e la Repubblica democratica tedesca, contrapposti sia a livello politico sia a livello ideologico, rappresentanti due blocchi di potere in opposizione, provocando una svolta politico-istituzionale ed economico-sociale.<sup>1165</sup>

«I padri e le madri della Costituzione di Bonn hanno imparato dalle vicende di Weimar, e anche per questo Bonn non è diventata Weimar. Forse non sono stati gli ultimi a essere disposti a imparare dalle esperienze di Weimar».<sup>1166</sup>

### 5. Il rapporto Weimar-Italia

Il rapporto tra Weimar e l'Italia, oltre agli studi compiuti dalla dottrina italiana sulla prima Repubblica democratica tedesca, la sua Costituzione e la sua crisi, è fatto di analogie, fondate o meno, parallelismi più o meno facili e forzati, lezioni imparate e ancora da imparare: un rapporto iniziato negli anni Venti del secolo scorso, dal quale i Costituenti italiani hanno tratto notevoli spunti e tuttora alimentato da giuristi e filosofi

<sup>1165</sup> C. Amirante, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 44-45.

<sup>1166</sup> H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., p. XVI.

che su Weimar continuano a riflettere alla ricerca di risposte a nuovi e vecchi problemi per l'Italia e per l'Europa.<sup>1167</sup>

Nell'immediato dopoguerra ritorna l'opinione su Weimar che la cultura giuridica italiana forma negli anni Trenta, grazie alle analisi di Mortati sulla funzione dell'ordine politico quale mezzo di risoluzione dei conflitti. In particolare, nel 1946, il costituzionalista italiano ripropone il "problema Weimar" all'Assemblea costituente, ricavando dall'individuazione e dal relativo studio delle cause della crisi del sistema tedesco la soluzione per ostacolare un eventuale sviluppo di un "governo dei partiti" fuori dal Parlamento: distribuire le forze politiche nell'asse costituzionale-parlamentare, tramite il sistema elettorale proporzionale, che evidenziando conflitti sociali e politici permette di rendere il popolo un "centro di riequilibrio dei poteri", contro un antiparlamentarismo costante nella storia repubblicana italiana.<sup>1168</sup>

I padri costituenti italiani conoscono e si riferiscono costantemente al testo della Costituzione di Weimar, all'esperienza costituzionale weimariana e al dibattito dottrinale articolatosi dalla nascita alla fine di Weimar. Nel periodo costituente italiano postbellico, la carta costituzionale tedesca del 1919 pare essere vista sia come un modello da analizzare sia come un paradigma dei rischi per le democrazie del XX secolo. I Costituenti italiani si sono ispirati alla Costituzione weimariana, per le istanze sociali e le sue aperture democratiche, e hanno imparato dalla sua crisi nella

---

<sup>1167</sup> Per un approfondimento sul rapporto Weimar-Italia e sull'influenza dell'esperienza costituzionale weimariana nel processo costituente italiano, cfr. tra gli innumerevoli riferimenti bibliografici i seguenti contributi: Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 205-212, 219-252; S. Basile, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze tedesche*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980, pp. 45 ss., in cui si fa notare come siano state numerose le suggestioni che hanno pervaso l'attività dei padri costituenti italiani all'alba della Costituzione del 1948, con diretta recezione dei diritti fondamentali e del principio di sovranità popolare; P. Stancati, "*Sindrome di Weimar*" e caso Italia: di alcuni impropri parallelismi (e di alcune solo apparenti analogie) fra i più recenti tratti evolutivi del sistema politico-istituzionale italiano e la forma di governo, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 111-133, in cui l'Autore analizza alcuni aspetti della Costituzione e dell'esperienza costituzionale weimariana al duplice fine di individuare "corrispondenze", "analogie" e "distanze" con quelle italiane e di valutare l'assimilabilità dell'assetto weimariano con quello italiano, alla luce delle recenti vicende in ambito politico-istituzionale occorse in Italia negli anni Duemila e della relativa "deriva presidenzialista", ivi individuata dall'Autore; ciò tenuto conto della indiscutibile differenza tra i due sistemi in esame dal punto di vista giuridico-costituzionale e delle due forme di governo delineate dalle rispettive costituzioni, a proposito dell'estensibilità della "sindrome weimariana" al panorama politico italiano.

Sul fenomeno di recezione dell'esperienza tedesca in Italia, si veda T. Gazzolo, *Guerra civile e Costituzione. Note su Weimar, l'Italia e i paralleli mancati*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 251-268, in cui sono svolte alcune riflessioni su quello che l'Autore definisce il «"grande parallelo" mancato tra la "stabilizzazione" costituzionale di Weimar come uscita dalla guerra civile tedesca degli anni dal '19 al '23, da una parte, e l'ascesa del fascismo in Italia come uscita dal "biennio rosso", dall'altra» (ivi, p. 251).

<sup>1168</sup> G. Rebuffa, *Weimar vista dall'Italia negli anni Venti e Trenta*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 92-93.

predisposizione di un sistema istituzionale che contrasti derive autoritarie. Tutto ciò contribuisce ad aumentare il livello di democraticità della Repubblica italiana.<sup>1169</sup>

«Il debito della Costituzione italiana verso quella di Weimar è significativo perché, ancor prima dell'avvio dei lavori dell'Assemblea costituente, l'esperienza costituzionale weimariana, malgrado la piena consapevolezza dei suoi limiti e contraddizioni, fu considerata riferimento irrinunciabile per chi si accingeva ad elaborare la futura costituzione italiana». In diverse analisi sull'importanza della Costituzione di Weimar per quella italiana vengono marcate le ragioni storiche e culturali alla base dell'interesse per una costituzione dalla breve durata e dalla vita travagliata sotto gli occhi dei padri costituenti italiani, osservando che il rapporto tra le anime presenti a Weimar (marxismo, solidarismo cattolico, riformismo socialista e liberale) costituisce un punto di riferimento per i politici, gli intellettuali, gli economisti e i giuristi italiani a favore di una democrazia dai valori sociali, libertari e progressisti. Quindi, la Costituzione italiana è ispirata a quella weimariana, sviluppando e integrando gli istituti, perfezionandoli dal punto di vista politico-ideologico, istituzionale e normativo.<sup>1170</sup>

Non a caso, è ormai pacifico che la Costituzione di Weimar è il simbolo del modello costituzionale occidentale del ventesimo secolo.

Già sul finire degli anni '70 del '900, Rusconi fa notare come a causa della grave crisi economica occorsa all'Occidente e all'Italia, con conseguenti effetti politici di rilievo, la pubblicistica evoca la crisi di Weimar. Fatto, questo, riscontrabile anche ai giorni d'oggi, in seguito alla crisi economica mondiale che ha colpito soprattutto i Paesi del Sud Europa, tra cui l'Italia e ai tentativi di riforma costituzionale in atto. Qui, in particolare, l'eco weimariana torna a farsi sentire anche per l'aria di crisi istituzionale, costituzionale e di valori che si respira ormai da Tangentopoli, passando per il Berlusconiismo, sino al Renziismo dell'ultim'ora e comunque al multipartitismo ancora in essere nel sistema politico italiano.<sup>1171</sup>

Rusconi denuncia la presenza di svariate anomalie nella letteratura riguardante Weimar, che inducono a riattizzare "l'incubo Weimar" – secondo l'Autore e molti altri, senza fondamento. Perciò è necessaria un'analisi storica dei fatti di Weimar, per non incorrere in travisamenti e facili paragoni tra crisi di differente natura e periodo storico. Brevemente, di seguito, quelle che per Rusconi sono le principali deformazioni della realtà weimariana, interpretazioni e sentenze non supportate da solide spiegazioni, e le relative correzioni. Il sistema economico non sarebbe saltato a causa della crisi iperinflazionistica del 1923, poi superata, ma al contrario per una depressione deflazionistica nel contesto di una crisi internazionale imparagonabile con quello

<sup>1169</sup> F. Bruno, *La Costituzione di Weimar e la Costituzione italiana*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 95-96 e 118.

<sup>1170</sup> C. Amirante, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 49-50.

<sup>1171</sup> G.E. Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. VII.

attuale. La questione relativa all'elevato tasso di disoccupazione non sarebbe supportata da analisi circa la struttura produttiva, il mercato del lavoro, il tipo di organizzazione sindacale. Spesso, si legge dello stallo delle istituzioni parlamentari, della polarizzazione estremistica dei partiti, del susseguirsi delle consultazioni elettorali, ma non si spiega il loro meccanismo costituzionale e non si approfondisce il senso degli accordi sociali e politici alla base della Costituzione. Si parla dell'avvento al potere di Hitler come di una inspiegabile fatalità, ma intanto non ci si cura dei precedenti governi autoritari che hanno già smantellato la democrazia weimariana. Infine, si ignorano, talvolta, gli elementi della cultura politica e del movimento di massa sottoposti all'egemonia nazionalsocialista, inconfondibili con la politica italiana degli anni '70.<sup>1172</sup>

Dunque, durante i periodi di crisi costituzionale, soprattutto in Italia, il punto di riferimento costante nel dibattito costituzionale e politico è Weimar. Ciò, in passato per analogie tra le due realtà politico-costituzionali, poi smentite, mentre ora più che mai soprattutto perché l'attuale situazione italiana ed europea porta a confrontarsi con il tema dell'identità costituzionale, della natura e del destino costituzionale del patto costituzionale italiano e con quello della crisi della sovranità, degli Stati e delle rispettive costituzioni, in un periodo di transizione costituzionale dovuto anche a epocali mutamenti sociali e politici. Temi, questi, al centro della crisi di Weimar. «Una delle lezioni che ci viene da Weimar è che nessun lavoro di riforma costituzionale può svolgersi al di fuori di un dibattito culturale, sull'identità nazionale e sui valori sui quali poggia lo stesso sistema costituzionale. Una cosa è il *drafting* costituzionale, un'altra è la stipula del patto costituzionale».<sup>1173</sup>

L'esperienza weimariana influenza notevolmente il processo costituente italiano del secondo dopoguerra. Anche in tal caso, Weimar rappresenta da un lato un "modello" e da un altro uno "spettro", sebbene la situazione politica e culturale italiana di quel tempo non permetta di fotografare nitidamente quella complessa vicenda conclusasi solo circa dieci anni prima, venendo troppo superficialmente glorificata o denigrata. Appare come un modello a livello formale, in quanto i costituenti italiani vi si ispirano,

---

<sup>1172</sup> *Ivi*, pp. VII-VIII.

<sup>1173</sup> C. Sbailò, *Weimar*, cit., pp. 205-208. Sbailò fa notare come il problema dell'identità costituzionale dell'Italia nell'attuale fase di transizione sia stato trattato preminentemente sul piano politologico e culturale, mentre sul piano giuscostituzionalistico si sia preferito un approccio prevalentemente tecnico: «Gli studi sui "valori" e sulla "cultura" degli italiani sono stati svolti senza entrare nel merito della rilevanza giuridico-costituzionale di questi valori e di questa cultura, così come gli studi di ingegneria costituzionale non sono entrati nel merito della rilevanza delle forme di organizzazione costituzionale per lo sviluppo della vita culturale e civile. I molti studi sulla "transizione" dal punto di vista del diritto costituzionale hanno avuto un carattere prevalentemente "tecnico", quasi "ingegneristico", svolti sulla base di un'opzione di fondo a favore di una funzione puramente tecnica del giurista, relegato a esperto del buon funzionamento del sistema, senza alcuna capacità di entrare nel merito dei valori e dei contenuti del sistema costituzionale, ovvero dei valori e dei contenuti su cui il sistema si regge. (...) Il giurista ha scelto una posizione "neutrale" (...) affrontando solo di sfuggita il problema del perché e per chi tale sistema debba ben funzionare, di quali siano i valori e i contenuti culturali alla base della legittimità del sistema» (*ivi*, pp. 207-208).

adottando il paradigma della razionalizzazione, sebbene, come i colleghi tedeschi di Bonn, fondino l'assetto istituzionale sulla base dei diritti fondamentali e dei valori fondativi della nazione, a differenza dell'impostazione costituzionale weimariana. Al di là di questa variazione, seppur sostanziale, la struttura formale del testo costituzionale (ripartizione per temi, bilanciamento fra meccanismi di funzionamento e affermazioni di principio) riproduce quella weimariana, prevedendo ogni possibile applicazione delle norme costituzionali e legiferando su ogni punto del funzionamento dello Stato. Appare, altresì, come uno spettro, in quanto i costituenti italiani rifiutano il presidenzialismo e ogni possibile deriva autoritaria derivante dall'esaltazione del ruolo del Presidente della Repubblica o di organi dell'Esecutivo. Ciò, sempre per il timore di un possibile accentramento del potere, sulla scorta della pregressa esperienza totalitaria fascista, timore egualmente riscontrato anche dai costituenti di Bonn dopo quella nazista.<sup>1174</sup>

Si fa notare che per la storia costituzionale italiana il precedente weimariano è un paradigma a partire dal quale si torna a riflettere anche intorno ai difetti della partitocrazia. Al riguardo, Giovanni Sartori elabora il modello del "pluralismo polarizzato" che coglie la peculiarità del sistema dei partiti in Italia e che tuttora consente di comprendere «le origini dell'anomala polarizzazione della nostra cultura politica: la debolezza del centro, l'assenza di una vera alternanza di governo, lo sviluppo di un'opposizione irresponsabile, l'indisponibilità al compromesso, la politica di scavalco, l'alto grado di rigidità ideologica erano stati enucleati tenendo costantemente presente il sistema di Weimar».<sup>1175</sup>

Inoltre, l'interesse dell'Italia per Weimar deriva in buona parte dal timore di una deriva autoritaria del sistema democratico, sulla base di presunte analogie tra Italia e Weimar. Ciò, a partire dagli anni Settanta e tanto più negli ultimi tempi, in cui le diverse minacce giunte all'indirizzo della democrazia aumentano il rischio di una involuzione totalitaria. Tuttavia, al di là delle paure riscontrate nel vecchio continente e in Italia, sostenere il parallelismo tra i due periodi storici e che all'Italia toccherà la stessa sorte della Germania weimariana appare quantomeno improprio, se non infondato. In ogni caso, la maggior parte degli interpreti contemporanei invitano a non seguire la "moda di Weimar", la quale anche negli anni '70 (in cui i parallelismi tra Weimar e Italia si sprecano), ripropone continuamente, erroneamente, un'immagine folkloristica di Weimar, una "Weimar in technicolor", quasi totalmente differente da ciò che è stata.<sup>1176</sup>

In effetti, a ben guardare, nonostante alcuni tratti evolutivi risultano comuni alle due esperienze costituzionali, quella weimariana e quella italiana, in particolare quelli attinenti alla provvisorietà e alla temporaneità dei governi ed alla incapacità del Parlamento di esprimere maggioranze stabili ed uniformi, alla prassi dei governi di minoranza o delle "larghe intese" o delle "grandi coalizioni", alla progressiva

<sup>1174</sup> Ivi, pp. 219-220.

<sup>1175</sup> P.P. Portinaro, *Dottrina della costituzione e teoria della democrazia a Weimar*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 68.

<sup>1176</sup> T. Maldonado, *Le due anime della cultura di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar*, cit., p. 154.

espansione delle funzioni del Presidente della Repubblica, si ritiene opportuno usare una certa prudenza nell'assimilabilità dei due sistemi, evitando paragoni affrettati e facili parallelismi. Ciò, in quanto le discrasie tra i due sistemi dal punto di vista giuridico-costituzionale e delle due forme di governo delineate dalle rispettive carte costituzionali, oltre alle indiscutibili differenze tra i due contesti a livello sociale, economico e politico, appaiono ormai evidenti, testi costituzionali e libri di storia alla mano. L'estensibilità della "sindrome weimariana" al panorama politico italiano appare in molti punti impropria, non tanto per i sintomi che essa esprime, quanto per la situazione patologica che questi denunciano, la quale si presume diversa da quella in cui l'Italia attualmente versa.<sup>1177</sup>

Inoltre, è possibile confrontare il recepimento italiano delle lezioni di Weimar con quello tedesco, guardando ai rispettivi sistemi costituzionali, di cui si registrano analogie, differenze e soluzioni specifiche.

In sintesi, sia l'Italia sia la Germania prendono lezioni da Weimar, attingendo sensibilmente dalla sua esperienza costituzionale weimariana, ma in modo diverso, in base alle proprie esigenze sociali, tradizioni nazionali e contingenze storiche. Entrambi i paesi sono influenzati dai precedenti regimi totalitari nella scelta di valori democratici e della tutela dei diritti. Infatti, elaborano il tema weimariano della limitazione della sovranità tramite la razionalizzazione costituzionale dei diritti di segno neo-giusnaturalistico, sottratti alla disponibilità del legislatore ed elencati precisamente nella carta costituzionale, con riferimenti alla realtà trascendente, espliciti nel testo tedesco ed impliciti in quello italiano. Conferiscono, dunque, grande importanza ai diritti fondamentali in senso personalistico. Ciononostante, in Italia la relativa garanzia costituzionale è rimessa ai normali meccanismi giudiziari o al legislatore ordinario, mentre in Germania è previsto un apposito sindacato di legittimità costituzionale da parte del Tribunale costituzionale, come già evidenziato, su ricorso diretto dei cittadini.

---

<sup>1177</sup> Cfr. P. Stancati, *"Sindrome di Weimar" e caso Italia: di alcuni impropri parallelismi (e di alcune solo apparenti analogie) fra i più recenti tratti evolutivi del sistema politico-istituzionale italiano e la forma di governo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 114-115: « non infrequentemente, soprattutto in quest'ultimo periodo in cui più aspra si è rappresentata la crisi politica e socio-economica in Italia ed in cui più problematica ne è apparsa la risoluzione, si è inteso, seppur sovente in modo affrettato e senza sufficiente cognizione di causa, avallare quella comparazione e quel parallelismo [tra la Germania di Weimar e l'Italia di oggi]; assumendo che la precarietà istituzionale che tali vicende hanno provocato, in particolare a riguardo della sempre più ridotta attitudine degli organi costituzionali attributari del potere d'indirizzo politico di corrispondere all'elevatissima funzione loro affidata in Costituzione, troverebbe un suo più o meno immediato antecedente nella fenomenologia politica dell'evo weimariano e, più precisamente, nell'esito ultimo di quel drammatico processo evolutivo, vale a dire nella implosione dell'ordinamento giuridico-costituzionale e, in particolare, nella dissoluzione delle matrici originarie di esso. Mette conto di soggiungere, a immediato contraltare di quanto ora espresso, qualche breve notazione; e ciò per cercar di rappresentare i motivi che inducono a raffigurare uno scenario ed un esito affatto dissimile – e, soprattutto, assai meno catastrofico – avendo riguardo alla situazione italiana. Si vuol dire che molti dei tratti e degli episodi che più hanno apportato nocimento alla stabilità, resistività e continuità della stagione weimariana non possono, se esaminati alla luce dell'esperienza politico-costituzionale italiana, né rinvenirsi né reputarsi di possibile verifica, quanto meno ragionevolmente ed in un arco di tempo più o meno ampio».

Al riguardo, una caratteristica comune ai due sistemi è l'istituzione delle corti costituzionali, seppure con le ben note differenze tra i due organi, le loro competenze e le loro funzioni. Si ai costituenti italiani sia quelli tedeschi riprendono le proprie tradizioni autonomistiche: in Germania, dove tale tradizione è sempre stata solida, salvo che nell'esperienza nazista, si ha uno Stato federale puro con un bicameralismo imperfetto, ove la Camera alta è quella delle autonomie; in Italia, dove quella tradizione è meno marcata, si ha uno Stato centrale che istituisce le regioni e altri enti territoriali. A ciò è collegata la scelta del bicameralismo perfetto, influenzata anche da questioni di natura politica. Entrambi i sistemi costituzionali sono caratterizzati dall'esaltazione del ruolo del Parlamento. In Germania tale peso è controbilanciato dall'istituto della sfiducia costruttiva, mentre in Italia la garanzia della governabilità è rimessa al leader delle forze politiche.<sup>1178</sup>

Il rapporto tra l'Italia e l'asse tedesco che da Weimar passa per Bonn e arriva a Berlino è di certo più complesso di ciò che si è qui indicato. In sintesi, Italia e Germania sono accomunate da diversi fattori: hanno raggiunto tardi l'unità nazionale rispetto ad altre nazioni, soprattutto per le esperienze autoritarie e totalitarie del secolo scorso, per poi adottare ordinamenti costituzionali complessi ed aprirsi alla dimensione europea. Entrambi i sistemi sono riusciti a coniugare sviluppo economico e sociale alla democrazia politica, vincendo diverse sfide prima di realizzare la ricostruzione economica. Tuttavia, delle due, solo la Germania sembra avere un "sistema democratico normale", con i suoi problemi e il solito timore dell'instabilità, mentre l'Italia è definibile come una "democrazia a basso rendimento", non riuscendo a superare le proprie fratture.<sup>1179</sup>

---

<sup>1178</sup> C. Sbaìlò, *Weimar*, cit., pp. 251-252. Per l'analisi del rapporto tra Weimar, Bonn e l'Italia, secondo una periodizzazione che va dal 1919 al 2008, si veda F. Lanchester, *Weimar e Bonn viste dall'Italia nell'ultimo novantennio*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 1-30: «In estrema sintesi, mentre sino alla metà degli anni Settanta la Germania di Bonn è apparsa un modello e Weimar ha continuato ad essere uno spauracchio di compromesso non efficiente, dal 1979 in poi la Germania di Bonn (e la Legge fondamentale che la rappresenta) ha superato progressivamente anche le remore negative derivanti dalle regole della *wehrhafte Demokratie*, inserendosi a pieno titolo come esempio alternativo di sviluppo istituzionale regolato da intraprendere nell'ormai trentennale discussione sull'innovazione istituzionale» (*ivi*, p. 4).

<sup>1179</sup> «L'ordinamento costituzionale tedesco – a differenza di quello italiano – si è mantenuto, soprattutto, nella sostanziale continuità con le scelte operate dalla *Legge fondamentale* e conferma la fisionomia di un sistema istituzionale strutturato e sorretto da soggetti politici essenzialmente stabili, che sono riusciti a metabolizzare la stessa riunificazione, sotto molti profili pericolosa e costosa, e – seppur tra contraddizioni e pericoli – stanno conformando lo stesso ambito europeo» (*ivi*, p. 27); «Il nostro ordinamento deve, se non risolvere, perlomeno ridurre le proprie anomalie e in questo servono le istituzioni e servono le persone. È per questo che il circuito della rappresentanza democratica e quello delle garanzie devono essere riattivati, garantendosi a vicenda. In particolare, se non funziona il complesso dei meccanismi attraverso cui la domanda politica viene espressa, articolata e ridotta attraverso le procedure di decisione collettiva di tipo deliberativo ed elettivo e se il personale che agisce all'interno delle istituzioni non riesce più a rappresentare il *demos* politico, il pericolo di non poter affrontare in maniera efficace le sfide sistemiche aumenta sino al rischio del *default*» (F. Lanchester, *Weimar e Bonn viste dall'Italia nell'ultimo novantennio*, in F. Lanchester-F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 29-30).

Indubbiamente, l'Italia continua a riflettere su Weimar: «Un'esperienza lontana nel tempo, ma attuale proprio a causa del suo carattere paradigmatico ed esemplare, sulla quale – considerate le convulsioni che ancora attraversano la democrazia italiana – è utile continuare a riflettere. Senza cedere ai facili parallelismi, dal momento che la storia non si ripete mai eguale a se stessa, ma senza nemmeno dimenticare che dal passato, se ben interrogato e correttamente interpretato, si possono trarre insegnamenti salutari e preziosi».<sup>1180</sup>

Per concludere, Weimar costituisce un monito per il pensiero del '900 sulle costituzioni e sulle crisi istituzionali, rivestendo il ruolo di “modello” e di “spauracchio” (*Vorbild* e *Schreckbild*), citando Ernst Nolte.<sup>1181</sup> In sintesi, «Bonn e Vienna, Berlino e Roma sono luoghi di elaborazione di Weimar».<sup>1182</sup> Ma il confronto con le lezioni di Weimar, in Italia e in Europa, non è giunto ad esaurimento; resta vivo e si rinnova in base alle lotte che la democrazia e il costituzionalismo si ritrovano a combattere.<sup>1183</sup>

## 6. Il punto sul dibattito tra Schmitt, Kelsen e Smend

Con quanto si è detto finora, si vuole tentare di dimostrare che il dibattito giusfilosofico weimariano assume un'importanza di portata universale, in quanto seppur si anima in una situazione costituzionale specifica, produce riflessioni valide per ogni specie di sistema democratico-costituzionale che volti le spalle a vecchi regimi politici o che richieda, per mancanza di equilibrio fra poteri, aggiustamenti in corso d'opera e solleva antichi problemi ancora irrisolti nell'età moderna.

---

<sup>1180</sup> A. Campi, *L'ombra lunga di Weimar: Carl Schmitt nella cultura politica italiana tra terrorismo e crisi della partitocrazia*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., p. 204.

<sup>1181</sup> P.P. Portinaro, *Dottrina della costituzione e teoria della democrazia a Weimar*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 67.

<sup>1182</sup> J. Luther, *La dottrina generale di Kelsen in Italia: semper docet?*, introduzione a H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, p. XLIII. Sul rapporto tra l'Italia e la Germania, muovendo dalla democrazia di Weimar, cfr. C. Galli, *Weimar, Roma, Berlino. La prima democrazia tedesca e il futuro europeo*, in «Cultura tedesca», n. 14, 2000, pp. 59-70.

<sup>1183</sup> Sul tema delle sfide con cui la democrazia parlamentare è alle prese in diversi Stati europei, si veda A. Wirsching (Hrsg.), *Herausforderungen der parlamentarischen Demokratie. Die Weimarer Republik im europäischen Vergleich*, München, 2007. Per un approfondimento sulla lezione di Weimar a livello politico ed economico, valutata come punto di riferimento per il relativo attuale dibattito circa le cause, gli effetti e le soluzioni della crisi finanziaria iniziata negli USA nel 2008, si veda S. Scognamiglio, *Un nuovo muro? Culture politico-istituzionali e dislivelli di governance*, C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 215-235, in cui vengono esaminati tre temi ritenuti dall'Autrice utili all'apertura di un dibattito interdisciplinare tra economia, politica e diritto sulla questione della crisi finanziaria e della crisi politica dell'Unione europea – la quale ha procurato e continua a procurare non pochi problemi alle economie nazionali, ai rapporti politici tra gli Stati membri UE e alle relazioni tra le istituzioni europee e i governi nazionali: 1) il confronto tra la crisi del 1929 e quella del 2009; 2) la lezione della Grande depressione sul ruolo dello Stato nell'economia e sulla politica keynesiana di *deficit spending*; 3) l'effetto della crisi sull'eurozona con riguardo alla condotta poco cooperativa della politica tedesca e a quella irresponsabile degli Stati affossati dal debito pubblico.

La situazione costituzionale cui si fa riferimento è quella che si è venuta a creare nel 1919 con la Costituzione di Weimar, uno dei capisaldi del costituzionalismo moderno, che ha dato i natali alla prima Repubblica democratica tedesca, grande laboratorio della modernità classica, momento di rottura culturale, di liberazione da vuote concezioni, di grande trionfo del pensiero giuridico tedesco aperto al mondo, ma a cui è inevitabilmente legato il ricordo di violenti tentativi di sconvolgimento istituzionale, di inflazione galoppante, di disoccupazione di massa, di radicalismo politico, di crisi e di naufragio di una democrazia sin dall'inizio inficiata, agli occhi di molti tedeschi, sulla quale pesava l'onta nazionale di essere nata dalla sconfitta militare della Germania nella prima guerra mondiale.

Nel quadro complessivo che si è descritto, emerge chiaramente che la Costituzione weimariana, la quale contiene la previsione di diritti fondamentali comprendente l'assetto sociale, ossia la scelta degli interessi meritevoli di tutela statale, e un'organizzazione dei poteri funzionale alla tutela dei diritti, non è stata in grado di mantenere quell'equilibrio che i suoi padri pensavano di aver creato. Il sistema di pesi e contrappesi ha ceduto di fronte alla logica della politica e delle trasformazioni sociali, mostrando una falla a cui i giuristi nel quindicennio weimariano hanno cercato con le loro teorie di porre degli argini.

Le questioni proprie del pensiero giuridico liberale salgono a galla a Weimar, definito perciò un importante laboratorio del pensiero giuridico in Europa. La tradizione costituzionale è posta in discussione e il futuro quasi anticipato dall'esperimento di volgere dallo Stato autoritario a quello sociale, senza abbandonare del tutto quello liberale. Un esperimento, questo, teso a formalizzare giuridicamente un accordo socio-politico a livello nazionale. Anche in questi termini si pone il tema del superamento della dicotomia tra *Konstitution* e *Verfassung*, per mezzo dell'assimilazione della prima nella seconda. Weimar è spesso tirata in ballo, quando si è in procinto di attuare una riforma costituzionale, caso in cui si rompe con la continuità o si legittima l'innovazione rispetto all'identità nazionale e alla tradizione nazionale, o quando occorre trovare un equilibrio fra rappresentanza e governabilità, pluralismo e decisionismo e così via in rapporto alla cultura e alla storia di una Nazione. Tutte questioni, queste, che fanno capo al tema della sovranità, ossia al soggetto o all'organo legittimato a decidere per la continuità o la rottura e ad incarnare il ruolo di custode della costituzione.<sup>1184</sup>

Tali quesiti ricorrono soprattutto, ma non solo, nei periodi che preludono ad una riforma della costituzione, come nel caso del dibattito avvenuto in Italia, nei diversi tentativi di riforma costituzionale e nelle dispute tra i vari comitati pro o contro riforma, quando è risultato necessario il consulto referendario. I media, il mondo politico e l'opinione pubblica si interrogano sui limiti del riformatore a tutela dell'essenza della costituzione, sull'essenza stessa della costituzione, sulla legittimità della maggioranza

---

<sup>1184</sup> Sbailò C., *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., p. 267.

parlamentare a prendere decisioni così importanti per il popolo, sulla possibilità di porre in discussione il compromesso costituzionale e non il vincolo unitario, sugli organi legittimati a operare una simile impresa. Non è un caso che il dibattito weimariano a più livelli sia polarizzato su Schmitt e Kelsen. Tale polarizzazione dipende proprio dalla ciclicità di quei problemi sui quali i due giuristi si sono affannati per anni e che sempre ritornano attuali nella vita costituzionale di ogni democrazia. Anche l'allargamento del medesimo dibattito ad altri illustri giuristi acquista interesse per il presente grazie al confronto tra i due classici del periodo weimariano, in quanto lì sono radicati i temi che rendono Weimar il terreno più fertile di idee e forse di soluzioni per il costituzionalismo del secolo scorso quanto per quello presente.<sup>1185</sup>

Dunque, tra i giuristi che dal fenomeno weimariano hanno tratto ispirazione per la formulazione delle rispettive teorie, con approcci e metodi diversificati, spiccano i nomi di Carl Schmitt e Hans Kelsen, in quanto negli anni Venti del Novecento si sono confrontati e scontrati a suon di opere e convegni diventando i protagonisti di una polemica rientrando nel più vasto dibattito giuridico-costituzionale del XX secolo.

Kelsen e Schmitt sfidano le fondamenta del positivismo statutario dopo il 1900. Lo scetticismo neo-kantiano radicale di Kelsen lo porta a criticare i metodi e le implicazioni autoritaristiche e ideologiche dell'approccio di Laband al diritto pubblico. Schmitt attacca la scuola labandiana da un'altra prospettiva. Egli sviluppa la sua affermazione dello Stato in una critica conservativa del costituzionalismo in generale. Kelsen e Schmitt così iniziano ad attaccare i concetti fondamentali del costituzionalismo del diciannovesimo secolo che porta dei risultati nella riconcettualizzazione del costituzionalismo durante la Repubblica di Weimar.<sup>1186</sup> Schmitt e Kelsen diventano due dei filosofi del diritto più importanti della costituzione durante gli anni della Repubblica di Weimar. Essi trattano il problema teorico di come concepire la costituzione quale fondamento dello Stato. Kelsen sviluppa una nozione neo-kantiana di costituzione come norma fondamentale da cui tutte le altre norme derivano logicamente nel sistema giuridico. Egli concepisce la sovranità come unità logica del sistema. Schmitt insiste che la sovranità non è meramente una presupposizione trascendentale (nel senso kantiano di un'assunzione logica necessaria), ma piuttosto un fatto metafisico, trascendente. Pertanto, Schmitt concepisce la costituzione come un'affermazione immutabile della volontà posta dal sovrano (il popolo). Schmitt afferma che un organo dello Stato immediatamente rappresenta la volontà sovrana del popolo realmente unito, ossia il presidente. Il dibattito tra i due viene a capo tra il 1931 e il 1932.<sup>1187</sup>

La letteratura europea concernente la polemica tra Schmitt e Kelsen è piuttosto ampia, data anche la quasi totale ricezione delle opere dei due autori in questione in gran parte dei Paesi del vecchio continente, ed è gravida di diverse interpretazioni e

---

<sup>1185</sup> *Ivi*, p. 268.

<sup>1186</sup> P.C. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law*, cit., pp. 4-5.

<sup>1187</sup> *Ivi*, pp. 8-9.

letture di vario taglio rispetto al confronto delle loro teorie costituzionalistiche. Ad ogni modo, alcuni dati paiono aver raggiunto un'oggettività inconfutabile, che se già è riscontrabile dallo studio dei saggi in cui i due giuristi si sono contrapposti, è oggi ancor più facilmente rilevabile grazie ai notevoli contributi critici e alla netta posizione che le democrazie nel secondo dopoguerra hanno assunto circa la scelta del tipo di garanzia della Costituzione nel proprio ordinamento.

La *querelle* tra Schmitt e Kelsen procede per nette antitesi ed esprime esemplarmente il contrasto di due opposti universi assiologici. Si è già osservato quanto diverse siano le opinioni dei due giuristi in merito ad argomenti fondamentali quali il parlamentarismo, i partiti politici, il pluralismo, l'unità statale, la giurisdizione, la legislazione, il controllo di costituzionalità, la concreta situazione costituzionale del loro tempo. Schmitt e Kelsen sono, dunque, titolari di concezioni diverse che influiscono notevolmente sulla posizione che essi assumono nella controversia sul custode. Si è infatti ampiamente visto come i due, nel periodo weimariano, siano lontani su svariate questioni e coltivino un diverso rapporto con la tradizione giuridica.

Tuttavia, l'incomunicabilità tra i due pensatori e la distanza che si misura soprattutto riguardo al custode della Costituzione derivano soprattutto dal diverso modo di intendere la Costituzione che influisce sulle rispettive nozioni di custodia della Costituzione e sull'individuazione dei relativi custodi della Costituzione. Se diverso è il concetto di Costituzione – per Schmitt, *la concreta decisione totale politica fondamentale del titolare del potere costituente sulla specie e la forma dell'unità politica*; per Kelsen, *la norma giuridica fondamentale, il più elevato grado del diritto positivo, che regola l'assetto fondamentale dell'ordinamento statale, ossia gli organi e il procedimento legislativi e determina i diritti fondamentali degli individui, cioè il contenuto in positivo e in negativo della legislazione* –, diversa è la concezione di garanzia della Costituzione – per Schmitt, *un atto politico concreto che si sostanzia nel prendere le decisioni che, contrastando il dissolvimento pluralistico e partitocratico, riportino il popolo ad unità*; per Kelsen, *un controllo giurisdizionale di regolarità costituzionale degli atti in cui si sviluppa quotidianamente la vita costituzionale* –, e consequenzialmente diverso è l'organo deputato alla difesa della Costituzione – per Schmitt, *il Presidente del Reich*, organo monocratico e politico; per Kelsen, *il Tribunale costituzionale del Reich*, organo collegiale e giudiziario.<sup>1188</sup>

Tra la giustizia costituzionale di Kelsen e il custode della costituzione di Schmitt esistono irriducibili differenze, perciò è insostenibile ed ingiustificabile la contrapposizione tra il custode-giudice e il custode-Presidente, perché i due organi sono deputati ad espletare due funzioni di diversa natura. Quanto alla ragione storica dei due

---

<sup>1188</sup> Sulle diverse interpretazioni della Costituzione di Weimar da parte di Schmitt e Kelsen, sulle loro diverse concezioni della costituzione e del suo custode e sulla loro influenza nella genesi e nell'evoluzione delle costituzioni democratiche del Novecento, cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 148-162.

modelli, è possibile affermare che Schmitt, con la sua interpretazione dell'art. 48 e la sua idea del potere eccezionale in vista di una situazione costituzionale concreta, guarda vicino, mentre Kelsen mira lontano, come la grande diffusione della giustizia costituzionale nei Paesi europei convertiti alla democrazia dopo la seconda guerra mondiale ha largamente dimostrato.

Da ciò emerge, quindi, oltre ad una diversa interpretazione del rapporto tra diritto ed empiria, e quindi del ruolo di giurista, anche la maggiore capacità di Schmitt, disincantato ma impegnato, di interpretare la situazione storica del tempo, al di là del merito delle soluzioni da lui prospettate; il pensiero di Kelsen, invece, è sì disincantato ma disarmato davanti alla catastrofe travolgente gli ordinamenti repubblicani, è intellettualmente e politicamente sprovveduto di fronte alla realtà del secolo della democrazia di massa, nonostante più volte si mostri motivato da preoccupazioni realistiche. Mentre, come già sottolineato, nel secondo dopoguerra, in una condizione priva di crisi radicale degli ordinamenti democratici, è la concezione kelseniana di Costituzione e di custodia giurisdizionale ad aver avuto maggiore fortuna, pur se «tanto più i fatti danno ragione a Kelsen, tanto più si torna a riproporre Schmitt».<sup>1189</sup> Non va infatti dimenticato uno dei pregi comunemente riconosciuto a Schmitt: i suoi concetti originali e le sue analisi incisive, tuttora oggetto di studio, hanno lasciato un'impronta nel mondo contemporaneo che, sebbene possa o meno condividere le soluzioni da lui offerte, di sicuro ha ancora da affrontare gran parte dei problemi dell'intera età moderna, individuati nella sua opera: «è ancora nostro l'ambito problematico lasciato aperto dalla riflessione schmittiana».<sup>1190</sup> In altri termini, a Schmitt va senz'altro riconosciuto il merito di aver sollevato, con la sua critica corrosiva, inquietanti questioni a cui ancora oggi si cerca di dare una risposta, in quanto dalla loro risoluzione dipende il miglioramento della situazione costituzionale di organizzazioni statali sull'orlo della crisi.

Con quanto si è finora riportato, si è cercato di porre in risalto la fitta rete di confini che separano le aree concettuali dei due autori in questione e di mettere a fuoco i termini del memorabile dibattito che li ha visti protagonisti, sullo sfondo di una vicenda

---

<sup>1189</sup> M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., p. 103. «Kelsen sembra essere, per molti versi, più vicino a noi. I fatti stessi sembrano dargli ragione: le trasformazioni complessive intervenute, le operazioni che in concreto oggi i giuristi compiono, il tipo di diritto pubblico che abbiamo, il tipo di rapporto che si è instaurato tra politica ed interessi organizzati. Ciò non significa, però che su queste trasformazioni, che attraversano tutto il [XX] secolo, i giuristi abbiano lavorato, o lavorato, con gli strumenti indicati da Kelsen. Si può, al contrario, pensare alla riconferma della tradizione come ad una delle problematiche fondamentali della cultura giuridica del Novecento. Anzi, tanto più i giuristi si immergevano (...) nella complessa e fitta rete di mediazioni organizzate stratificatesi intorno al politico, tanto più cresceva in loro (...) la nostalgia per i modelli della tradizione, per una dimensione più "nitida", o "pura", della politica e del diritto, per un ruolo più ampio della cultura giuridica. Tanto che ancora oggi, (...) si avverte l'esigenza di ricercare altrove la sede di un politico in sé fondato, di un'autentica capacità di "decisione": ancora una volta, come già per Schmitt, un altro "diritto", non riducibile nelle forme "ordinarie" della normazione (*Ivi*, pp. 101-103).

<sup>1190</sup> G. Duso, *Introduzione* a Id. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., p. 7.

cruciale ed esemplare come quella della Repubblica di Weimar, in cui si annodano i più grandi problemi della teoria del diritto e della politica emersi nell'età moderna.

Da un lato, si ha l'attribuzione da parte di Kelsen del titolo di custode della Costituzione ad un organo giurisdizionale, Tribunale o Corte costituzionale, che rappresenta il culmine di una costruzione teorica che vede nella legalità l'aspetto essenziale dello Stato democratico; dall'altro, la rivendicazione dello stesso titolo ad un organo politico, il Presidente del *Reich*, che rappresenta il punto di arrivo di un discorso estremamente ricco che Schmitt ha portato avanti per un decennio nella sua critica alla democrazia parlamentare di Weimar, e che muove da considerazioni legate alla legittimità. Perciò si ritiene degna di considerazione e meritevole di una più ampia riflessione l'osservazione di Petta, secondo il quale quello tra Schmitt e Kelsen non è un dibattito afferente la giustizia costituzionale. In realtà, è Kelsen a porre in primo piano il ruolo della Corte costituzionale, ma soprattutto è da sfatare la leggenda secondo cui Schmitt esclude il sindacato di costituzionalità delle leggi. Se per Kelsen, il presupposto del controllo di costituzionalità è dato dallo *Stufenbau* dell'ordinamento giuridico per il carattere normativo della Costituzione, Schmitt non rifiuta a priori, per opporsi al normativismo e al formalismo attribuito al suo avversario, il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi, ma solo nega che possa essere questa la chiave di volta del sistema o la via di uscita dalla crisi costituzionale in cui è incappata la Repubblica weimariana. Infatti, in un saggio del 1929, il giurista di Plettenberg non esita a riportare che vi sono più pericoli in una illegittima espansione dei singoli concetti di fattispecie che nel controllo giurisdizionale. E su tale preoccupazione – la necessità di evitare una pericolosa estensione del sindacato di costituzionalità, che induca il giudice a riempire di contenuto formule vaghe come “equità”, “eguaglianza” e simili – conviene lo stesso Kelsen. La divergenza di opinioni al riguardo esiste sulla formula preferibile per il controllo di costituzionalità, essendo Kelsen favorevole a quella accentrata e Schmitt a quella diffusa. Perciò, non è la giustizia costituzionale il punto centrale su cui Schmitt e Kelsen si scontrano. Ciò su cui il dissenso di fondo tra i due giuristi si fa acuto concerne le problematiche riguardanti la forma di governo, la concezione della democrazia e la politica in generale.<sup>1191</sup>

<sup>1191</sup> P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, cit., pp. 540 e 543-544. «Per Kelsen, democrazia è innanzitutto garanzia del pluralismo politico, delle minoranze organizzate in partiti, e degli stessi individui in quanto tali: è evidente, per lui, che “la moderna democrazia si fonda interamente sui partiti politici”, e che “un’evoluzione inarrestabile porta in tutte le democrazie ad un’organizzazione del popolo in partiti”, così come è evidente che nell’idea di libertà è insita una tendenziale negazione dello stato sociale stesso. “È la natura stessa che, nell’esigenza di libertà, si ribella alla società”. Di qui, la necessità di garantire gli individui e le loro libertà, le minoranze organizzate ed i loro diritti; e la garanzia delle Costituzioni rigide – che fonda la importanza delle Corti costituzionali – si ricollega appunto alla istanza di garantire le minoranze. Il parlamentarismo, secondo Kelsen, è senza discussione l’unica forma di governo che oltre a dare una voce al popolo sovrano, attraverso il necessario compromesso della rappresentanza politica, permetta quel dialogo tra maggioranza e opposizione che per il sistema democratico è una necessità vitale. Per Schmitt, al contrario, la politica è essenzialmente lotta tra “amico” e nemico”, e non compromesso; il popolo, si esprime unitariamente nelle forme plebiscitarie della “acclamazione”, e non nelle forme atomizzate del voto segreto (...) e men che meno attraverso la

Nonostante le evidenti differenze tra Schmitt e Kelsen, è comunque possibile rilevare dei punti di contatto tra i due.

Entrambi scorgono un problema nella crisi della sovranità e del diritto, seppure giungendo a soluzioni teoriche diverse. Al riguardo, il tentativo di rivoluzione costituzionale posto in essere dai costituenti weimariani, sulla scia delle trasformazioni avvenute nei secoli precedenti in Germania – già descritto nei paragrafi precedenti – spinge la scienza giuridica a interrogarsi sui propri fondamenti, la cui elaborazione tra il XVII e il XX secolo delinea l'attuale scenario giuspubblicistico europeo. Il tema delle sorti della sovranità è uno dei temi fondamentali su cui gli addetti ai lavori si sono confrontati in un dibattito iniziato già a Weimar. Al riguardo Kelsen e Schmitt, due pensatori contrapposti sul piano giuridico, filosofico e politico, vengono accomunati per aver individuato il medesimo problema, pur muovendo da posizioni antitetiche – Kelsen invita a liberarsi della sovranità dapprima a livello concettuale, poi a livello pratico, mentre Schmitt è fermo nel sostenere che l'ordine politico presuppone una decisione sovrana in senso ontologico. Entrambi, infatti, riconoscono la crisi della sovranità, si avvedono delle nuove forme della violenza politica e della conseguente difficoltà di razionalizzare i conflitti esistenti e si concentrano sullo stesso problema: «la dissoluzione del fondamento dell'ordinamento legislativo». Da ciò deriva la discussione intorno alla natura, al ruolo e alla natura del giurista che diventa centrale nel dibattito tra i giusfilosofi. «Oggi, come allora, la *reductio* del giurista dentro il perimetro della tecnicità rappresenta una *scelta filosofica*, alla quale legittimamente può essere contrapposta una scelta di segno opposto, in favore del ruolo *teologico* del giurista». Kelsen, ebreo e liberaldemocratico, vede nella crisi della sovranità la fine del mito del fondamento – che il giurista dovrebbe accettare senza ricercare ulteriori miti sostitutivi – portando a sintesi il razionalismo moderno e riconducendo l'ordinamento giuridico alla norma fondamentale. Schmitt, cattolico ed antiliberalista, riconosce nell'assenza di fondamento il limite della modernità, che si traduce nel fallimento del razionalismo, cui egli risponde sostenendo il primato della decisione in opposizione al formalismo del diritto pubblico tedesco dell'epoca, evitando di cercare un nuovo fondamento ontologico.<sup>1192</sup> La crisi dello *ius publicum europaeum* coincide, per Schmitt, con lo

---

mediazione dell'oligarchia parlamentare, delle sue interminabili discussioni, dei suoi compromessi dilatori, della sua incapacità di decidere. La figura carismatica del Presidente del Reich è appunto la figura attorno alla quale si possono coagulare queste energie latenti della nazione. La garanzia della legalità – che nel sistema kelseniano culmina appunto nella giustizia costituzionale – non viene, in quanto tale, rigettata: ma costituisce certamente un impaccio, di fronte alla necessità di una politica che ha come forma naturale il conflitto, e comporta non già la mediazione, ma la vittoria senza quartiere di uno dei contendenti» (Ivi, pp. 544-545).

<sup>1192</sup> C. Sbailò, *Costituzionalismo interattivo nell'«Età dell'incertezza»*, cit., pp. 163-164. «Nel *Nomos della terra* egli stabilirà, poi, un nesso essenziale tra lo spazio – la terra – e il diritto. Attraverso gli atti della conquista del territorio e della sua distribuzione, la terra mostra la propria giuridicità. Ma al movimento moderno dello sradicamento e della deterritorializzazione, Schmitt non oppone un nuovo radicamento, una riconquista del territorio da parte della politica, bensì una radicalizzazione dello sradicamento, anzi una scelta per la violenza come apertura dell'ordine. Egli conosce il destino dell'Occidente – il destino del “livellamento” delle responsabilità, ovvero il destino dello sradicamento

svuotamento della politica, con l'eliminazione dei vincoli tra potere e responsabilità, comando e obbedienza, guida e rischio. A ciò egli contrappone il suo concetto di decisione. Pertanto, secondo Schmitt, il nocciolo duro della crisi di Weimar non è costituito dal problema della legittimità del processo costituente, che egli difende, per l'immediatezza e l'originarietà della decisione di attribuire al *Reich* la forma di una democrazia costituzionale ("Stato borghese di diritto nella forma di una Repubblica democratica, con struttura federale"). All'opposto, il fuoco della crisi dell'esperienza costituzionale tedesca è acceso dall'inconsapevolezza e nel mancato riconoscimento dell'originarietà del potere costituente da parte dei suoi protagonisti, che così non riescono a reagire i tentativi di sovversione della Repubblica. Kelsen si occupa della questione della dissoluzione del fondamento del diritto riducendo totalmente il diritto a tecnica, non indicando la scienza giuridica il lato giusto, né i motivi storici o sociali o gli effetti reali di una norma giuridica. Non essendo la norma fondamentale prodotta da un'altra norma, nel pensiero kelseniano, la sua validità dipende dalla sua efficacia ovvero dalla sua forza. Essa è meramente la condizione di pensabilità delle norme, per cui non esiste altro sopra e oltre se stessa, non v'è altro fondamento sopra e oltre se stessa. In Kelsen, la decostruzione dei fondamenti del diritto è identificabile con la deduzione proceduralistica della democrazia, nella quale conta l'elemento procedurale più di quello che caratterizza l'ordinamento sociale (liberale, socialista o totalitario). Le conclusioni dei due giuristi appaiono anche in questo caso distanti. Ad avvicinare i due è invece la coscienza della crisi profonda del diritto nell'area europea, la quale è anche il fulcro del processo costituente weimariano.<sup>1193</sup>

Inoltre, Kelsen e Schmitt sfatano il mito tipico del pensiero giuridico dell'età liberale per cui la costituzione, «in quanto emanazione dello spirito e della cultura della comunità, abbia in sé una forza ordinatrice tale da garantire la razionalizzazione formale del diritto, l'impersonalità della legge e delle cariche pubbliche, l'astrattezza e la generalità delle norme, e insomma tale da difendere la comunità dagli arbitri e dal prevalere di interessi particolari o di spinte eversive popolari». I due avversari, pur muovendosi in direzioni opposte, convergono quando svelano il fondamento ideologico del liberalismo classico dell'area euro-continentale, ovvero l'idea della possibile costruzione di un diritto oggettivo e impersonale con cui ostacolare le rivoluzioni sia dal basso sia dall'alto, per mezzo di una costituzione popolar-nazionale in grado di autoimporsi quale punto di riferimento per la società e la politica.<sup>1194</sup>

---

moderno. Egli sa che l'Occidente vuole il mare liscio, "infecondo", origine della potenza, come dice Tocqueville. Del resto, era sotto gli occhi di tutti la dissoluzione delle metafore montane e silvestri nel linguaggio dei giuristi (nel senso più ampio, compresi i sociologi del diritto) – il "tronco" e i "rami", il "vertice" e la "base" di un sistema, la sua "saldezza" o la sua possibilità di "franare" – con locuzioni dal sapore marinaro: i "nodi" da sciogliere, l'"orientamento" della dottrina, la "tenuta" del sistema. La giuridicizzazione della politica portava alla trasformazione del conflitto tra Stati in "guerra civile". La spazialità "marina" vinceva così su quella "terrestre"» (*ibidem*).

<sup>1193</sup> *Ivi*, pp. 164-165.

<sup>1194</sup> C. Sbailò, *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, cit., pp. 266-267.

Ma, come noto, Weimar non è solo Schmitt e Kelsen – che restano pur sempre due protagonisti indiscussi del pensiero giuridico moderno, al punto da contribuire in maniera determinante a rendere l’esperienza weimariana un punto di riferimento per gli studiosi di diverse discipline. Di certo, con riferimento al dibattito giusfilosofico, giuscostituzionalistico e giuspolitico, oltre a Schmitt e Kelsen, oltre al decisionismo e al normativismo, Weimar è anche Smend. E lo è perché egli stesso ha tentato di andare oltre Schmitt, oltre Kelsen, oltre la contrapposizione tra loro due, scorgendo nella propria dottrina dell’integrazione una valida alternativa alle loro teorie, ritagliandosi uno spazio nel dibattito giuspubblicistico weimariano. Smend sulla base della propria dottrina dell’integrazione sostiene che le norme costituzionali vanno interpretate per mezzo della comprensione del tessuto politico-sociale e che la sovranità appartiene all’integrazione e non a chi decide dello e nello stato emergenziale. La costituzione è *l’ordinamento giuridico dello Stato, della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo d’integrazione, il cui senso è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la cui costituzione è la normazione tramite leggi di alcuni suoi aspetti*. In tali assunti sono racchiusi i temi principali riguardanti la transizione costituzionale tedesca sulla quale anche Schmitt e Kelsen dibattono in tutto l’arco temporale weimariano. Smend critica la personificazione dello Stato, la cui realtà è invece, per lui, espressa dal connubio di realtà politiche e sociali che si intersecano nel costante processo integrativo della macchina parlamentare e amministrativa.<sup>1195</sup>

Per il giurista di Basilea, lo Stato è alimentato da un continuo plebiscito, i cui conflitti sono superati tramite i processi di integrazione e non da autoritarismi. Guardando alla crisi di Weimar, Smend si fa promotore di un’etica comunitaria, quale punto di riferimento nella vita statale, e del primato della politica sul diritto, potendo solo la responsabilità politica guidare i processi integrativi. Ciò, al contrario di quanto sostiene Kelsen, che dissolve il principio di sovranità, entro una concezione liberale a livello giuridico e politico, per cui la distinzione tra diritto e politica permette la razionalizzazione della lotta politica ed evita che il conflitto sociale porti il sistema costituzionale alla crisi. Dunque, Smend tenta con la sua teoria dell’integrazione di trascendere sia il decisionismo di Schmitt sia il formalismo di Kelsen. Un tentativo, questo, non circoscritto all’ambito meramente teorico del periodo weimariano, ma con riflessi nella cultura politica dell’Europa, atteso che la sua dottrina dell’integrazione è divenuta un paradigma interpretativo dei sistemi politici dell’area euro-continentale. Nel pensiero smendiano, i poteri servono all’integrazione e culminano nell’Esecutivo incarnato dal governo, responsabile politicamente. Pertanto, Smend è un convinto sostenitore della visione funzionalistica della separazione dei poteri.<sup>1196</sup>

---

<sup>1195</sup> *Ivi*, p. 268.

<sup>1196</sup> «Non a caso le teorie di Smend hanno avuto un certo successo in Italia, dove la costruzione dello Stato democratico è avvenuta sulla base della volontà dei partiti, il cui ruolo non è stato poi possibile ingabbiare all’interno della classica dinamica della divisione dei poteri» (*ivi*, p. 269).

Sebbene sia criticata per i suoi effetti “consociativistici”, essa è funzionale alla comprensione dei moderni processi costituzionali. La teoria funzionale della separazione dei poteri di Smend, inoltre, torna utile in periodi, come quello corrente, connotati dalla proliferazione dei centri di potere e dal decentramento del potere statale, con interventi decisivi ad opera dei nuovi mezzi di comunicazione di massa.

Ad ogni modo, «tale utilità sul piano paradigmatico non fa necessariamente della teoria smendiana una risposta adeguata alla dissoluzione kelseniana della sovranità». Infatti, la teoria smendiana «si pone per certi versi al di qua dell’opera di Kelsen, in quanto presuppone un’unità di giuridico e politico che è andata in crisi in Germania con la dissoluzione della *Sekurität imperial-guglielmina*». Per Smend è possibile affermare che «l’unità di giuridico e politico non resiste al processo di “disincantamento del mondo”, in base al quale è possibile che qualche cosa sia “giusto” ma politicamente “sconveniente”, “falso” ma “utile”, “vero” ma “dannoso per lo Stato”». Se Kelsen si muove in tale processo di disincantamento, Smend tenta di andarvi oltre, riuscendo a fornire una base politica alla propria posizione giuridica. Inoltre, il giurista tedesco «resta al di qua anche di Schmitt, in quanto postula l’esistenza di un sentimento comunitario autosufficiente, a prescindere dalla decisione del politico che mette in gioco se stesso». Smend si colloca, dunque, «al di qua della crisi della scienza giuridica europea». <sup>1197</sup>

Nel tentativo di porre la propria dottrina quale alternativa a normativismo e decisionismo, Smend individua la posizione metafisica di Schmitt e prova a rielaborarla per renderla compatibile con lo Stato di diritto e la democrazia parlamentare. Egli intende rivestire la teoria dello Stato di integrazione, per svestirla del decisionismo schmittiano usato come reazione alla dissoluzione della politica. Perciò, il giurista tedesco si pone tra diritto e sociologia, reggendosi su basi filosofiche. Nel fare ciò, rispolvera la distinzione fra scienze della natura e scienze dello spirito – già contestata da Weber, il quale contrasta l’idea che le prime siano fondate sul principio di causalità e le seconde sull’intuizione, affermando che entrambe sono basate sul principio di causalità –, sostenendo che la dottrina dello Stato rientra nelle scienze spirituali, concependo Stato e diritto quale un sistema normativo esterno alla natura. Lo Stato è per Smend un’entità spirituale con vita propria, conoscibile per mezzo dell’intuizione comprendente, un circolo chiuso, una connessione tra soggetti realizzabile solo attraverso un sistema di valori. Anche nei valori, si rileva la differenza tra Schmitt e Smend. <sup>1198</sup>

Il primo valuta la crisi dei valori come un fatto irreversibile, da cui occorre muovere per ribadire il primato dell’elemento politico su quello giuridico. Per Schmitt, «è proprio l’irreversibile disincantamento del mondo a porre il politico di fronte alla responsabilità della decisione e a delegittimare le istanze democratico-rappresentative

---

<sup>1197</sup> *Ivi*, p. 270.

<sup>1198</sup> *Ivi*, pp. 298-299.

fondate sui valori della democrazia e del liberalismo». In tal senso, il giurista di Plettenberg afferma che l'unità dello Stato derivi dalla decisione del politico e non dal parlamento che – contrariamente a quanto riporta l'art. 21 WRV – non rappresenta il popolo. All'opposto, Smend ritiene che l'unità politica abbia origine dai processi culturali basati su un sistema assiologico. Perciò, egli insiste sull'importanza dei diritti fondamentali da inquadrare come patrimonio della comunità all'interno di ogni carta costituzionale a suggello della democrazia e non come semplici diritti individuali come nella cornice weimariana. A ciò si ricollega anche la visione smendiana della crisi di Weimar. Smend, infatti, la ricollega all'incapacità della Repubblica weimariana di caldeggiare il processo integrativo e di privilegiare la comunità rispetto all'individuo. Sul piano delle scienze giuridiche, invece si tratta di risolvere il problema del metodo che include quello dell'essenza. Per Smend, occorre invertire la rotta indicata dalla tradizione tedesca formalistica e normativistica che approda dritta a Kelsen e conduce, dunque, allo "svuotamento metafisico" del diritto, al dissolvimento dei contenuti assiologici e all'imposizione di un metodo logico-formale che non permette al giurista di svolgere anche un ruolo politico, mentre riduce la vita politica a essere guidata da un'organizzazione liberaldemocratica basata sulla centralità del parlamento.<sup>1199</sup>

Indubbiamente, un punto fondamentale del dibattito tra i nostri tre filosofi del diritto è costituito dal fatto che il bersaglio preferito da Schmitt e dagli altri "combattenti" della schiera sul fronte weimariano, tra cui Smend, è come noto Kelsen. A parte i problemi, le ipotesi e le relative soluzioni intorno a temi fondamentali quali Stato, costituzione, diritto, diritti e così via, emerge e resta un altro dato dal dibattito tra questi giganti. L'invettiva contro Kelsen, in particolare, si rivela gravida di contenuti critici utili a comprendere il clima culturale in cui la vita costituzionale di Weimar si svolge. Ciò, in quanto le critiche al giurista di Praga provengono da entrambi gli schieramenti contrari allo sviluppo in chiave formale del sistema liberale: uno si rifà alla tradizione giuridica tedesca, in cui si rivede Schmitt e parzialmente Smend, i quali tentano di rispondere con una sorta di comunitarismo alla crisi della Repubblica, che interpretano quale «richiamo alla responsabilità del giurista verso i "contenuti"»; l'altro di stampo democratico e socialista, cui appartiene Hermann Heller, che giudica il pensiero kelseniano come una «giustificazione scientifica dello svuotamento della democrazia dei suoi contenuti egualitari e popolari».<sup>1200</sup>

<sup>1199</sup> *Ivi*, pp. 299-300. «Al centro c'era una cruciale questione politico-filosofica. Il primato del metodo sul contenuto comporta una posizione di carattere formalistico che in politica si traduce in una centralità delle strutture istituzionali rispetto ai valori morali e ai contenuti politici. È il metodo che determina il contenuto, e dunque la democrazia è soprattutto procedura. Viceversa, se è il contenuto a prevalere sul metodo, allora la democrazia diventa un puro strumento per l'affermazione di determinati valori e determinati contenuti. Da questa premessa metodologica scaturisce una posizione politica nazional-popolare, che può avere connotazioni nazional-popolari o rivoluzionari, ma che è comunque caratterizzata da una netta affermazione del primato della politica sul diritto» (*ivi*, pp. 300-301).

<sup>1200</sup> *Ivi*, p. 305. «Tali critiche non erano affatto nuove nel dibattito giuridico tedesco. La dottrina kelseniana era vista come l'esito dello sviluppo del positivismo giuridico. Le origini, dal punto di vista strettamente scientifico del lavoro kelseniano venivano rintracciate già in Laband, che, infatti, un autore

In particolare, in Smend si riscontra un dato politico in netto contrasto con quello decisionista di Schmitt. Smend oppone alla decisione che divide amico e nemico l'integrazione che permette alla struttura unitaria di non dividersi. Qui Smend si avvicina alla concezione kelseniana della democrazia quale compromesso orizzontale tra forze politico-sociali. Tuttavia, Kelsen si interessa alle forme costituzionali e pone al centro della sua analisi la democrazia dove le regole formali precedono i contenuti, Smend si dedica ai contenuti costituzionali e colloca al centro dei suoi studi la situazione materiale che egli chiama integrazione. Al di là delle divergenze appena indicate, v'è un punto di convergenza nell'osservazione della situazione costituzionale weimariana. La proposta smendiana non prevede il ricorso ad una decisione sovrana, come Schmitt, ma ad una «autoformazione politica (*politische Selbstgestaltung*) che si rinnova 'orizzontalmente' nella consapevolezza comune dei vincoli che per tutti discendono dall'appartenenza alla stessa struttura spirituale unitaria». La dottrina dell'integrazione si configura quale "controdottrina del decisionismo", nell'alveo dell'orientamento antinormativistico della scienza costituzionale.<sup>1201</sup>

La possibilità che la dottrina dell'integrazione sia adatta alla vita statale può essere calcolata rispetto al passato e al presente. In passato, tale dottrina non è riuscita a contribuire alla soluzione della crisi dello Stato weimariano. Essa muove da un ideale stabilizzatore e conservativo, sebbene società e Stato appaiano stremati e necessitino di una svolta. Il suo punto di maggior forza risiede nella *Geselligkeit* che deriva dalla comunità di senso e di valore, il cui compimento rappresenta la condizione necessaria per restaurare lo Stato in qualsiasi forma allora possibile. Pare evidente come tale condizione rispecchi una concezione della socialità più idonea ad una piccola comunità che ad uno Stato alle prese con una vasta popolazione. Perciò, l'auto-evoluzione del processo di integrazione popolare, nel contesto economico e sociale weimariano, si rivela sterile.<sup>1202</sup>

---

come Gierke accusava di avere ucciso l'anima del diritto tedesco – critica che poi sarà successivamente ripresa e sviluppata da Schmitt nella sua *Verfassungslehre*. Ed è a partire da questa critica di Gierke a Laband che si sviluppa la riflessione di Jellinek sull'autonomia della scienza giuridica rispetto alla situazione storica. Per certi versi, Jellinek cercava una "mediazione" tra la purezza della scienza giuridica e le esigenze poste dalla concreta situazione politica – una mediazione, a ben vedere, tra "sociologia" e "diritto", di cui non può sfuggire il carattere squisitamente politico. Da questo punto di vista, la dottrina dell'"autolimitazione dello Stato" può essere vista come una mediazione tra le esigenze organicistiche della tradizione giuspubblicistica tedesca e le nuove istanze liberali e democratiche. Va considerato inoltre che le critiche a Kelsen durante la Repubblica di Weimar sono utili soprattutto a una ricostruzione storico-culturale. Da un punto di vista prettamente scientifico, infatti, quelle critiche non sempre colgono il nocciolo del lavoro di Kelsen, e anzi si mostrano inadeguate rispetto alla complessità dell'opera kelseniana» (*Ivi*, pp. 305-306).

<sup>1201</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 13-14.

<sup>1202</sup> *Ivi*, pp. 29- 30. Smend in ciò va fuori programma, quello che lui stesso si è proposto di rispettare: «È come una nostalgia del passato, di fronte alla situazione caratterizzata da nuovi circoli chiusi distruttivi della sovranità dell'integrazione statale, da nuove *Geselligkeiten* nemiche tra loro che lottano per l'intera posta. Nelle pagine dell'opera smendiana risuona lo spirito di Schumann quando però, fuori di esse, rimbombano le note del Titano di Mahler. Resta comunque la testimonianza di uno sforzo della scienza della costituzione rivolto al superamento della crisi attraverso la pacificazione e la riconciliazione per

L'integrazione materiale di Smend, peraltro, appare ambigua se adoperata su larga scala. Infatti, se applicata alla vita di pochi individui, essa è in grado di farli integrare in una comunità, senza rinunciare alla loro spontaneità. Invece, quando il raggio d'azione si allarga, essa non permette al singolo di individuo di mantenere il proprio controllo e di influenzare gli altri partecipanti della comunità, con conseguente oggettivizzazione del sistema di senso e di valore pensato da Smend. Non solo. Privati delle capacità socializzanti, il singolo e la comunità dei singoli andrebbero necessariamente rimessi ad un'autorità esterna che imporrebbe loro con la forza valori di integrazione che essi non riescono a sviluppare. Da "socializzante", il singolo diventerebbe "socializzato". In tal modo, la dottrina smendiana potrebbe «fornire argomenti teorici per la realizzazione di progetti politici estranei agli intendimenti del suo autore, progetti nei quali l'equilibrio dialettico tra i due lati dell'oscillazione fenomenologica, tra l'esperienza individuale e l'intreccio oggettivo delle esperienze si rompa a favore di un potere esterno che usi frammentariamente (e quindi illegittimamente) l'armamentario concettuale smendiano, in vista di esiti non tanto autoritari quanto totalitari». Anche Smend, d'altronde, diversi anni dopo la pubblicazione della sua opera maggiore, si mostra consapevole di tale ambiguità.<sup>1203</sup>

Nell'era contemporanea, la dottrina dell'integrazione di Smend e l'humus spirituale di cui si nutre sembrano risalenti ad un'era lontana o comunque estranea. Ciò, sebbene il termine "integrazione" risalti nelle scienze sociali, in quelle politiche e anche in quelle giuridiche, ma in un senso diverso da quello inteso da Smend, ossia quello dell'integrazione meccanicistico-finalista, contrario alla fenomenologia smendiana. Ormai da diversi anni, lo Stato non è più concepito quale «fine di se stesso che fonda un'etica politica dei cittadini». Nell'età del pluralismo, l'etica fatica a trovare spazio in politica. Lo Stato, oggi, è forse più il luogo di sintesi, di generalizzazione e di compromesso di valori e interessi particolari, oltreché il complesso di procedure e meccanismi tramite cui realizzare una loro comunicazione reciproca. Quindi, esso non può essere più inteso tanto quale comunità concorde e unificata dalla condivisione di valori, quanto come una società discorde, unificata dalla partecipazione delle parti ad una organizzazione politica al fine di realizzare propri interessi e di produrre e distribuire risorse. In tal modo, viene osservato che «lo Stato cessa di essere una necessità categoriale, come nella costruzione di Smend [ed] è sottoposto alla legge distruttiva della storia: durerà finché durerà la comune convenienza. Dopo di che, si vedrà». Inoltre, c'è da dire che lo Stato pluralista non può essere inteso solo come strumento di utilità delle parti, in quanto ciò lo porterebbe alla distruzione. Esso, piuttosto, è concepibile quale mezzo di equilibrio tra le parti, ai fini di un'unione

---

mezzo di valori comuni costitutivi di uno stato di tutti, contro le soluzioni dilaceranti e cruenti che si stavano preparando, alle quali altri giuristi del tempo non fecero mancare la loro santificazione teorica» (ivi, p. 30). Al riguardo, cfr. R. Smend, *Integrationslehre* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., *passim*.

<sup>1203</sup> G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 30-31.

pacifica. Proprio questo vale ai fini di una rielaborazione del concetto di etica politica proposto da Smend, stavolta basato su valori di coesistenza e non più su quelli di cooperazione e concordia. «L'integrazione materiale non significa costruzione di unità assorbente delle parti, ma di quadro di compatibilità delle diverse ricerche di utilità. I valori statali, da positivi, si trasformano essenzialmente in negativi, in limiti alle ricerche di utilità consentite». Dunque, «la smendiana comunità di senso e valore non è così destinata a essere soppressa ma a essere trasformata e, in certo modo, attenuata nella sua forza unificatrice». Essa diventa in tal modo compatibile con il pluralismo delle forze e dei fini sociali concorrenziali. Il fine dello Stato, non nel proprio esclusivo interesse, è puramente formale: significa esistere per l'utilità dei soggetti che in esso convivono. Un senso minimo dello Stato, inteso come fattore di attitudine morale alla vita statale permane come bisogno essenziale anche nello Stato pluralista. Tuttavia, se la dottrina dell'integrazione sembra difficile da recuperare in toto, può ancora offrire sostegno ad una teoria che intenda occuparsi non solo dello Stato come strumento tecnico per prestazioni sociali, ma anche del suo fondamento tramite un'etica della convivenza.<sup>1204</sup>

Lo studio di Smend imposta un processo dinamico in cui riconosce il carattere programmatico della costituzione e la natura processuale dello Stato: trattasi di un nuovo paradigma politico finalizzato alla costruzione di una nuova realtà politica che vada oltre la fine dello Stato di diritto. Perciò, il giurista di Basilea si adopera per trovare una nuova forma di convivenza politica, ma lo sviluppo della democrazia weimariana gli sbarrerà la strada. La crescente emancipazione dallo Stato prevale sul raggiungimento di un comune senso di appartenenza ad esso e di una comune cittadinanza al suo interno. In altri termini, lo spirito del *bourgeois* si è imposto contro quello del *Bürger*. In tal modo, la concorrenza degli interessi contrapposti non permette di realizzare un programma costituzionale basato su regole che garantiscano una comune convivenza politica. Le osservazioni sul fondamento materiale della costituzione inducono Smend a dubitare sulla capacità di integrazione della costituzione democratica weimariana. Eppure, riconoscendo tale incapacità e tentando di eliminarla, il pensiero di Smend postula opportunamente il problema dello Stato, in un periodo immediatamente successivo alla fine delle grandi costruzioni politiche del diciannovesimo secolo: non intende ricrearne la realtà politica, ma studia la possibilità di realizzazione di un nuovo ordine politico, in cui non conti tanto il potere (*Herrschaft*), quanto la partecipazione alla formazione della volontà politica, ed elabora una nuova teoria che ponga la questione della fondazione e delle condizioni di possibilità del pluralismo.<sup>1205</sup>

---

<sup>1204</sup> Ivi, pp. 31-33.

<sup>1205</sup> G. Gozzi, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, cit., pp. 175-176. Si noti l'idea di Smend alla base del suo *Protestantesimo e democrazia*, in cui il giurista tedesco vede un possibile fondamento di legittimità della democrazia tedesca nei valori della tradizione protestante.

In sintesi, è possibile qualificare Smend come un antiformalista e un critico del positivismo giuridico e filosofico, oltreché dell'illuminismo e del razionalismo di stampo kantiano. Dietro il costituzionalista Smend, in particolare, si cela la filosofia di Hegel e la scienza fenomenologica e spiritualistica di Litt, come già evidenziato. Egli appare in prima linea nella disputa metodologica che tormenta la teoria giuridica dello Stato e quella costituzionale negli anni di Weimar. Smend, più o meno legalista per aver mostrato considerazione per la legge, quale principio di comando, ritiene che lo Stato e i suoi precetti siano l'habitat naturale dell'integrazione. Egli offre un punto di vista comunitaristico. Il modello politico integrazionista da lui pensato è animato da un intimo rifiuto dell'ideale democratico e guidato da uno spirito autoritario. La Repubblica di Weimar se l'è in un certo senso trovata contro: sostenitore della rivoluzione conservatrice e della destra estrema nell'opera di delegittimazione del sistema parlamentare, Smend pensa ad una cittadinanza quale appartenenza, legata a storia e cultura comuni, risaltando l'elemento etnico-linguistico.<sup>1206</sup>

Il rispolvero della dottrina dello Stato e della costituzione di Smend è un'occasione per rileggere un pezzo di storia cruciale per la democrazia e il costituzionalismo e per ripensare a questioni sempreverdi quali l'integrazione politica, le dinamiche costituzionali, la funzione di governo, il significato dei diritti fondamentali, per citarne alcune. Ritornare sul pensiero di Smend consente sia una migliore comprensione delle teorie e dei dibattiti della giuspubblicistica weimariana sia una più completa disamina dei problemi di teoria e prassi costituzionale ancora oggi di vivo interesse. Ciò, senza alcuna pretesa di illustrare ogni aspetto del pensiero di Smend, al fine di fornire una serie di osservazioni della sua opera, colme di trasformazioni sul metodo ed esperimenti tesi a trovare un *medium* tra teorie e prassi a livello costituzionale.<sup>1207</sup>

Tra i tre autori presentati, Schmitt e Kelsen risultano essere le figure più imponenti e ingombranti, due influenti giuspubblicisti e teorici del diritto, avversari con il coltello tra i denti. Kelsen sostiene l'ordinamento democratico ed è fautore della civilizzazione del potere tramite il diritto. Schmitt avversa la Repubblica di Weimar ed è fautore della primazia del potere sul diritto, sottoforma di decisione. Egli tenta di separare liberalismo (accostato al parlamentarismo) e democrazia (regime di massa, ingresso del terzo stato o del popolo nella politica), condannando il primo senza appello e salvando la seconda, per sua stessa ammissione. Per Schmitt la fede nel parlamentarismo è del mondo ideale del liberalismo. In ciò è seguito da Smend, che vede un'insanabile contrasto tra liberalismo e democrazia. Una democrazia che non si riferisce più alle libertà e al sistema di discussione parlamentare e si trasforma in ordine

<sup>1206</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 261-273.

<sup>1207</sup> J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. Gozzi-G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, cit., pp. 177-178.

comunitario plebiscitario dai caratteri cesaristici e priva di regole e istituzioni articolate.<sup>1208</sup>

Dunque, Schmitt, Kelsen e Smend – tre colonne portanti dell’edificio teorico-giuridico weimariano – elaborano le rispettive teorie calandosi totalmente nello spirito della situazione politico-costituzionale della prima Repubblica democratica tedesca, non mancando per questo di offrire la loro visione della crisi di Weimar, cui tentano di rispondere con soluzioni teoriche diverse.

Al riguardo, ogni crisi ha le proprie specifiche cause e soluzioni giuridiche e politiche. Ognuna costringe i giuristi ad elaborare una nuova e differente dimensione del governo costituzionale. Solitamente, la storia dimostra che le risposte alla sfida delle crisi richiedono lo sviluppo di teorie giuridiche. Tuttavia, le differenze nella storia, nella cultura giuridica e politica causa diverse espressioni di incapacità in ogni Stato e aziona una teoria giuridica lungo diverse tracce.<sup>1209</sup>

Il lavoro dei teorici weimariani si rivela urgente per una ragione precisa. La scienza giuridica tedesca tenta di essere teorica e pratica al tempo stesso, riflettendo lo stato della teoria giuridica e al contempo guidando la prassi giuridica delle corti, degli avvocati, degli amministratori o dei legislatori. I giudici tedeschi, in particolare, pongono domande ai teorici e questi tentano di rispondervi. Le tensioni nella pratica si rispecchiano anche nella teoria giuridica. Quando il diritto statale entra in crisi a Weimar, prende con sé anche la teoria del diritto statale. La dottrina guida il sapere filosofico, storico e giuridico verso la prassi, inserendo i problemi pratici in una prospettiva teorica. La dottrina concernente il diritto statale (*Staatsrechtswissenschaft*) è, in principio, una dottrina giuridica in generale. Tuttavia, siccome la dottrina del diritto statale si sviluppa a cavallo tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo quando non vi sono corti che praticano il diritto statale, la sua parte teorica risulta preponderante rispetto ad altri campi del diritto. Ciò spiega la traduzione di *Staatsrechtswissenschaft* con “teoria del diritto dello Stato”, quando la scienza si riferisce generalmente alla conoscenza della pratica quanto a quella teorica.<sup>1210</sup>

Le risposte indicate dalla teoria del diritto pubblico alla crisi di Weimar sono molteplici. Politicamente, esse vanno da destra a sinistra, metodologicamente, dal positivismo all’idealismo, fino al realismo e all’antipositivismo. Ad ogni modo, alcune sono focalizzate su organizzazione e procedura, come quelle di Kelsen e Smend, altre insistono con la sostanza, come quella di Schmitt. Le differenze si sovrappongono. Infatti, sia tra i positivisti, sia tra gli antipositivisti, vi sono sostenitori della Repubblica. Le inclinazioni idealistiche e realistiche di Smend e Schmitt sono più lontane da ciò che la loro comune opposizione al positivismo kelseniano suggerirebbe. Non si ravvisa, insomma, un modello specifico in cui le discussioni della teoria del diritto statale

<sup>1208</sup> M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 274-275.

<sup>1209</sup> A.J. Jacobson-B. Schlink, *Constitutional Crisis*, cit., p. 21.

<sup>1210</sup> *Ivi*, pp. 2-3.

possono adattarsi. Gli autori le cui opere maggiori sono pubblicate nel periodo di maggiore stabilità di Weimar perseguono le proprie convinzioni maturate già negli anni che precedono la crisi finale. La consapevolezza degli anni che precedono la crisi è acuta nel periodo di stabilità, così come i successivi anni di crisi sono sperimentati in connessione a quelli di stabilità. Il dibattito di Weimar non è agevolmente suddivisibile in schemi temporali, in quanto si presenta omogeneo e ininterrotto, continuo, fluido. Sono quattordici anni in cui la produzione giusfilosofica risulterà quanto mai prolifica.<sup>1211</sup>

A differenza di Smend o Schmitt, già allontanatisi dal positivismo giuridico statale dell'Impero, Kelsen lo estremizza. Il positivismo di Laband e Jellinek nell'impero, così come quello di Anschütz e Thoma a Weimar, consiste nella mancanza di concetti politici e filosofici nella scienza giuridica e nella limitata presenza di temi storici e sociologici. Sebbene tali positivisti valutino lo Stato non solo come argomento della teoria del diritto statale ma anche delle scienze storiche e sociali, oltretutto della filosofia morale e politica e nonostante lo analizzino anche da una prospettiva storica, sociologica, politica o filosofica, tentano di lasciare la scienza giuridica scevra da ogni contaminazione, svolgendo separatamente le ricerche in altri settori scientifici. Kelsen valuta negativamente tale tentativo, perché ritiene che lo Stato, quale elemento cognitivo, sussista solo muovendo dalla prospettiva del dover essere e non da quella rimessa alla causalità dell'essere. Ciò in quanto l'unità dello Stato corrisponde all'unità dell'ordine giuridico statale, un'unità del dover essere. Quest'ultima si risolve nell'ordine gerarchico (*Stufenbau*) della produzione legislativa che la scienza giuridica può cogliere esattamente solo determinando la volontà dei diversi legislatori, nei vari gradi della gerarchia. Sebbene il Maestro di Vienna sia contrastato e respinto dai suoi colleghi nel dibattito weimariano, questi non possono fare a meno di imbattersi nella sua opera.<sup>1212</sup>

Tra gli antipositivisti del dibattito weimariano spicca il nome di Schmitt, il quale, contrariamente a Kelsen, non vede l'unità dello Stato come un dato. Egli conta sul decisionismo, la decisione tra amico e nemico, non sul processo di sperimentazione di cultura, valori e significato o su quello di procedure e organizzazioni statali. Il concetto dello Stato in Schmitt presuppone quello della politica, il cui criterio è la distinzione dell'amico dal nemico. Una nazione è intesa come Stato se riesce a distinguere tra amico e nemico e così decide il tipo e la forma della sua esistenza politica. Altrimenti, non sopravvive né nella politica interna, né in quella estera, né in guerre civili, né in quelle globali. Schmitt classifica il suo decisionismo come parte della crisi della società e dello Stato borghesi che rileva nel periodo weimariano, offrendo una teoria che non solo emerge dalla crisi, ma viene creata appositamente per essa.<sup>1213</sup>

---

<sup>1211</sup> *Ivi*, pp. 15-16.

<sup>1212</sup> *Ivi*, pp. 16-17.

<sup>1213</sup> *Ivi*, pp. 18-19.

Dunque, tra le varie posizioni nel dibattito weimariano, emergono rilevanti distinzioni tra le risposte che i giusfilosofi trovano alla sfida della crisi. I positivisti intendono affermare l'ordine costituzionale e statale come struttura e guida per la battaglia degli oppositori sociali per il potere statale. Alcuni asseriscono ciò dietro la qualifica di repubblicani di convenienza, razionali (*Vernunftrepublikaner*), preservando in realtà tendenze monarchiche e distanziandosi dallo Stato repubblicano. Altri, invece, seguono la stessa linea, mostrandosi apolitici e disinteressati. Kelsen rimane fedele alle cause dell'individualismo, del liberalismo e del parlamentarismo, noncurante della battaglia degli oppositori sociali, anche mentre la nave battente bandiera tedesca sta per affondare. Altri, al contrario, sulla scia di nuove correnti, cercano di vincere tale battaglia in nome dell'unità. Da una parte, Smend vede in ciò il risultato del processo di integrazione spirituale, mediato dalle esperienze condivise di cultura, valore e significato. Schmitt, d'altra parte, offre una visione che non punta sull'unità, ma sulla rottura. Ciò, in quanto ritiene che non tutto sia collegabile all'unità – stante la necessità di prendere le decisioni amico-nemico sia nella politica interna che in quella estera –, la quale è raggiungibile solo attraverso tali decisioni e distinzioni. Si tratta di un'unità che sbarra la porta a tutto ciò che è diverso da essa e la apre a ciò che le è simile. Ne consegue che l'errore principale e irreparabile della Costituzione weimariana risiede, per il giurista di Plettenberg, nel fatto che essa non ha deciso se stessa.<sup>1214</sup>

La sfida allo Stato weimariano si concentra sulla capacità del governo di prendere decisioni politiche necessarie. Quando la crisi assume tale forma specifica, le risposte fornite dai teorici di Weimar si esauriscono in una teoria giuridica che conosca le crisi dello Stato e della sua Costituzione. È possibile combattere la battaglia portando la crisi nella struttura di un dato ordine giuridico e costituzionale, sotto regole precise. Oppure, si può provare a tenere insieme la fragile unità culturalmente e spiritualmente o a livello organizzativo e istituzionale, e a rafforzare lo Stato secondo l'unità di integrazione à la Smend. Diventa secondario se ciò viene fatto preservando, cambiando o anche violando l'esistente ordine giuridico e costituzionale. Infine, è possibile iniziare la battaglia, porre in essere decisioni chiare circa chi è amico e chi nemico e scegliere le parti e considerare ciò come una questione politica per preservare o abbandonare la struttura e le regole del dato ordine giuridico e costituzionale, come Schmitt propone. Risposte, queste fornite dai tre giusfilosofi, tutte valutabili come giuste e risolutive, almeno in teoria. Eppure, la lotta di Weimar alla ricerca di metodi e risultati persiste.<sup>1215</sup>

In conclusione, nell'indagine svolta ai fini della presente ricerca, si è colta l'opportunità di riscontrare che il vasto tema della crisi di Weimar – con cui sono noti i paralleli con la situazione politico-parlamentare italiana, ma che da anni ormai riceve attenzione per la sua perenne attualità – non esaurisce la sua portata e la sua importanza nella polemica tra Schmitt e Kelsen, sulla quale, quasi unilateralmente, per anni si è

<sup>1214</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>1215</sup> A.J. Jacobson-B. Schlink, *Constitutional Crisis*, cit., p. 38.

concentrata, offrendone diverse interpretazioni, una vastissima letteratura secondaria, che in tal modo ha gettato una lunga ombra sulla capacità di comprendere appieno la complessità del globale dibattito giusfilosofico e giuspolitico di Weimar. Nell'ampio scenario offerto dalla cultura giuspubblicistica tedesca del Novecento è possibile scoprire lo stretto legame con le teorie dello Stato e della Costituzione di un folto gruppo di giuristi weimariani, in cui spicca il nome di Rudolf Smend – come anche quello di Hermann Heller. Dall'acceso dibattito che le prestazioni scientifiche dello Schmitt decisionista hanno suscitato nella giuspubblicistica tedesca sul finire degli anni Venti del Novecento, è emersa con più forza la nota polemica col Kelsen normativista. Tuttavia, nel vasto panorama della *Weimarer Staatsrechtslehre*, Schmitt non è il solo a contestare il metodo normativista e formalista incarnato da Kelsen, ma è seguito, tra i tanti, da un giurista del calibro di Smend. Tali autori (Schmitt, Smend ed Heller) mostrano tra loro diversi punti di contatto ed analogie, ma anche nette differenziazioni sotto diversi punti di vista e in relazione a determinati concetti (Stato, Costituzione, diritto e politica). Tali aspetti sono dimostrabili grazie ai frequenti riferimenti reciproci presenti nelle rispettive opere e al dialogo che essi mantengono aperto durante la ricerca delle soluzioni alla crisi di Weimar.<sup>1216</sup>

### 7. I pericoli per lo Stato costituzionale democratico

È pacifico come la democrazia costituzionale stia vivendo un periodo di cruciale importanza per la sua esistenza, essendo esposta a minacce sempre più forti e dunque ad una crisi che rischia di corrodere i fondamenti costituzionali della democrazia con effetti devastanti sulla convivenza democratica.

Confrontando la crisi della democrazia costituzionale weimariana e la crisi delle odierne democrazie, occorre preliminarmente tener conto della diversità dei contesti e delle forme storico-politiche di crisi. Da ciò emergono subito elementi di continuità in ambito istituzionale ed in quello economico e di discontinuità per le forme di governo

---

<sup>1216</sup> Per la trattazione della teoria helleriana, circa lo Stato e la Costituzione, è indispensabile lo studio di due opere in particolare: H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di Pasquale Pasquino, Milano, 1987 e Id., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 1988. Per l'analisi incrociata dei quattro giuristi weimariani sul tema della crisi dello Stato e della Costituzione, il riferimento ineludibile è costituito dalle seguenti opere: A. Abignente, *Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito su diritto e Stato*, cit.; G. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, cit.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001; C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 683-702; A. Gargano, *Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar: Carl Schmitt, Hermann Heller, Gerhard Leibholz*, Napoli, 2011; G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit.; M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit.; O. Lepsius, *Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*, in C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten*, cit., pp. 354-394; U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli, 1989; C. Roehrsen, *Diritto e politica*, cit.; B. Sordi, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, cit.

razionalizzate e la garanzia giurisdizionale del costituzionalismo. Proprio tali differenze, nonostante la comunanza di molteplici tematiche, inducono ad evitare facili parallelismi ed allarmismi. Gli esiti, tragici, di Weimar nella veste del totalitarismo non sembrano ripetibili, almeno nella stessa forma, nella contemporaneità.<sup>1217</sup> Tuttavia, l'analisi della crisi costituzionale weimariana può facilitare la comprensione di quella contemporanea, mostrando i pericoli, allora latenti, che oggi invece si palesano per lo Stato costituzionale democratico. La crisi attuale vede un costituzionalismo sociale incerto – come incerto è pure quello weimariano, ma per ragioni parzialmente differenti – nel quadro di una crisi rappresentativa dei partiti e dei parlamenti e di una evidente difficoltà a gestire la crisi economico-finanziaria che si riversa sulla effettività dei diritti sociali e sulla democraticità degli Stati; ciò nel più vasto contesto sovranazionale europeo in cui manca una forma di governo della crisi che è ricoperta da inadeguati accordi intergovernativi tra Stati, come è ormai noto agli stessi Stati e ai relativi popoli. La crisi contemporanea del mondo occidentale, quale mutamento nel funzionamento dei poteri costituzionali, porta alla realizzazione di leadership plebiscitarie e populistiche e alla formazione di governi la cui forma parlamentare è retta verosimilmente solo da mere formalità costituzionali rappresentate dal rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento. In effetti – come avviene ad esempio da diverse legislature in Italia –, «la forma parlamentare osservabile nella “costituzione reale” pare caratterizzarsi per la mera profanazione degli esecutivi dai parlamenti, accompagnandosi con il trasferimento in capo a “tecnici” di governo (Premier e ministri) della stessa formazione sostanziale (e

---

<sup>1217</sup> Al riguardo, si vedano i seguenti saggi: F. Sollazzo, *Totalitarismo, democrazia, etica pubblica. Scritti di filosofia morale, filosofia politica, etica*, Aracne, 2011, secondo cui il crollo dei regimi politici totalitari del Novecento non ha determinato il superamento della questione del controllo totale sugli individui, ma un mutamento della forma e delle modalità della sua attuazione; M. Recalcati, *Forme contemporanee di totalitarismo*, Torino, 2007, che ragiona sulla sussistenza del totalitarismo in una nuova versione ovvero di una tendenza totalitaria nelle società democratico-liberali, tramutando il fenomeno totalitario in mezzo di interpretazione del reale, senza contrapporlo alle forme di governo storiche ma iscrivendolo in una dimensione globale e interrogandosi sulle forme assunte dall'attuale totalitarismo postideologico – «un totalitarismo senza un centro identificato ma socialmente diffuso, intrecciato alla potenza del mercato globalizzato e allo scientismo tecnologico, con le sue pretese di misurazione e di controllo dell'esistenza. Un totalitarismo che, pur in un contesto storico-politico profondamente diverso, conserva il nocciolo della versione originaria, ovvero l'incidenza del potere, nella sua variante biotecnologica, sulle condizioni di possibilità della vita stessa»; se il totalitarismo è mosso dalla pulsione di ridurre ogni singola vita ad un'unica e sola vita, allora la caduta nell'indistinto, l'annullamento di una identità soggettiva e la riduzione delle singolarità a massa uniforme agevolano l'esercizio del potere. A tale proposito, cfr. A. Ballarini, *Hypotheses non fingo: studi di diritto positivo*, Torino, 2013, il quale muovendo dalla centralità per l'ordine giuridico (attualmente nella “forma dello stato di diritto costituzionale di democrazia pluralista”) della questione del soggetto e della garanzia della singolarità materiale, sostiene che da cosa si garantisce «volendo garantire giuridicamente la singolarità» dipende il proseguimento della costruzione del costituzionalismo o l'impostazione delle premesse della ideologia totalitaria: «se il giurista non vuole garantire esistenze governate da modelli, non deve garantire una esistenza nel modo dell'Io. (...) l'esistenza dell'Io, compresa a partire dalla precomprensione nella quale storicamente ci muoviamo, si dimostra una esistenza dominata da modelli anonimi al di fuori dei quali si sente persa. Essa, piuttosto che essere la sede della singolarità, è la principale forma storica a noi presente di logica dell'originario. Di fronte all'ordine giuridico moderno, essa estranea la garanzia del soggetto, trasformandola, da condizione di realtà del Costituzionalismo in premessa dell'ideologia totalitaria» (*ivi*, p. 69).

dell'esecuzione) dell'indirizzo politico (soprattutto economico), con l'obiettivo di porre in essere politiche adeguate di superamento della crisi economica e finanziaria che, con la (in)stabilità della moneta, coinvolge la stessa tenuta dello Stato sociale e l'effettività dei diritti».<sup>1218</sup>

D'altronde, un confronto tra la crisi weimariana e quella attuale in alcuni Stati dell'Europa meridionale risulta complesso e non del tutto realizzabile, per la sussistenza di svariati fattori. La crisi finanziaria ed economica italiana, ad esempio, non è facilmente comparabile con quella occorsa tra gli anni Venti e Quaranta del secolo scorso, specie per il ruolo svolto dall'Unione Europea e della Banca centrale Europea, oltretutto per il differente stadio di sviluppo delle attuali forme di produzione economica, l'abbattimento delle frontiere doganali fra Stati e i rapporti tra tale sistema e l'organizzazione degli Stati stessi. Tra i fattori che determinano l'impossibilità di un vero e proprio confronto, si registra il venir meno nella vicenda weimariana delle regole e delle istituzioni costituzionali ordinato da Hitler, a dispetto della situazione attuale riguardante la crisi dell'equilibrio di poteri nella forma di governo parlamentare. Nel primo caso, il costituzionalismo è rotto dall'avvento al potere di un capo, mentre nel secondo il costituzionalismo è attraversato da una crisi derivante da molteplici fattori. Inoltre, un ulteriore elemento di non corrispondenza tra le due crisi è costituito dal loro diverso contesto storico-economico. Peraltro, si fa notare come la trasformazione dello Stato da liberale a sociale e la coeva operazione delle borghesie di contrasto verso il modello socialista russo – operazione dettata anche dalla paura che partiti e capi autoritari possano emularlo come poi è avvenuto, al punto da imporre forme di Stato totalitario – giochi un ruolo importante nella Germania di Weimar e nella successiva crisi, la quale difficilmente è paragonabile a quella contemporanea, verificandosi quest'ultima su basi decisamente più consolidate.<sup>1219</sup>

Peraltro, non va dimenticato come quella weimariana sia pur sempre la prima costituzione dell'era contemporanea a tentare una democratizzazione dell'ordinamento costituzionale rispetto agli intenti liberal-democratici di quella precedente del 1871. I motivi di natura economica, politica, sociale, storica, costituzionale e istituzionale alla base di un potenziale confronto tra le due crisi in esame indicano la specificità delle due situazioni di crisi e l'opportunità di trattarle con estrema prudenza. In conclusione, si ribadisce l'assunto secondo cui la storia non è avvezza a ripetersi con le stesse modalità e nelle stesse forme, tenendo tuttavia conto, in particolare, che della crisi di Weimar di certo resta «l'evidenziamento (...) del ruolo delle istituzioni costituzionali e del sistema politico-istituzionale e delle relative torsioni e trasformazioni rispetto alle crisi

---

<sup>1218</sup> S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, cit., p. 15. «Come si fa correttamente osservare, così, la crisi economica (e finanziaria) in atto si connota come idonea a travolgere la sovranità degli Stati e al contempo a erodere in modo progressivo e incisivo gli stessi diritti fondamentali (soprattutto ma non solo) sociali, il loro statuto inderogabile di diritti di cittadinanza» (*ivi*, pp. 15-16).

<sup>1219</sup> *Ivi*, pp. 18-19.

politiche». Al riguardo, proprio il dibattito tra i grandi del pensiero giusfilosofico e giuspubblicistico weimariano, Schmitt, Kelsen e Smend, come diversi altri, «ci ha consegnato categorie analitiche tendenzialmente universali e tuttora valide per la comprensione della crisi dei sistemi politici e costituzionali»: per un verso, «quelle immanenti al funzionamento dei regimi parlamentari – e a tale fine dei sistemi elettorali più appropriati per garantire rappresentanza, governo e responsabilizzazione delle maggioranze parlamentari»; per un altro, «la tendenza alla trasformazione della democrazia verso formule di presidenzializzazione crescente e verso tendenze (talora già osservabili nella vita politica) di bonapartismo/cesarismo, nonché di forme promosse dalla valorizzazione dei sistemi elettorali ispirati alla investitura diretta dei vertici degli esecutivi». In tal modo, la discussione sulle tendenze all'affermazione della leadership carismatica e sulla legittimazione del potere sulla base di queste risulta rilevante anche per comprendere i meccanismi di funzionamento delle forme di Stato, di governo, delle garanzie di democraticità ed effettività dei diritti fondamentali e della legittimazione democratica.<sup>1220</sup>

Oggi come ieri, dunque, occorre confrontarsi continuamente con i risultati delle scienze sociali e con gli avvenimenti storici, per individuare i pericoli che lo Stato costituzionale di democrazia pluralista corre o rischia di correre: questi sono rappresentati soprattutto da derive autoritarie, costituite dall'accentramento dei poteri nell'Esecutivo e nel Giudiziario a scapito del parlamentarismo, ma anche da derive populistiche e tecnocratiche. E con questi anche derive oligarchiche, delegittimazione dei partiti, distanza tra istituzioni e popolo, monopolio dei poteri economici e finanziari.<sup>1221</sup>

Per deriva autoritaria s'intende la rottura dell'equilibrio tra i poteri, che avviene di solito a vantaggio dell'Esecutivo. Nella dottrina liberal-democratica, i tre poteri dovrebbero limitarsi a vicenda, atteso che ogni potere è anche un contropotere, impedendo che uno prevarichi l'altro, sì da mettere in pericolo i diritti dei cittadini. Per tale ragione, davanti ad una riforma costituzionale che rafforza il potere esecutivo, si teme il rischio di una deriva autoritaria.

---

<sup>1220</sup> *Ivi*, p. 20-21.

<sup>1221</sup> Sulla crisi dello Stato costituzionale e della democrazia, prima e durante l'era della globalizzazione, e sulle derive di tipo autoritario, populistico e tecnocratico cui essi vanno incontro, cfr. i seguenti riferimenti bibliografici: J.L. Fischer, *La crisi della democrazia*, Torino, 1977; D. Fisichella, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Roma-Bari, 1997; G. Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 211-297; M. Luciani, *L'anti-sovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 731-808; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit.; M.L. Salvadori, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009; G. Zagrebelsky, *La difficile democrazia*, Firenze, 2010; S. Romano, *Morire di democrazia. Tra derive autoritarie e populismo*, Milano, 2013; G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

Inoltre, le derive autoritarie od oligarchiche possono essere prodotte anche da leggi elettorali che non permettono ai cittadini di scegliere, svuotando il principio della rappresentanza. Il Parlamento, in tal modo, non rappresenterebbe più direttamente i cittadini, ma i gruppi di comando dei partiti di cui diventa ostaggio.

Se comunemente l'Ottocento è considerato il secolo dei parlamenti e il Novecento dei partiti, oggi prevale l'opinione pubblica. La politica pone in essere una democrazia dell'opinione pubblica, piuttosto che una democrazia delle istituzioni e dei partiti, con meccanismi oligarchici, leaderistici e carismatici.

Le organizzazioni internazionali ed economiche, gli Stati e le istituzioni sembrano cedere costantemente alla regola del mercato, producendo la crisi dello Stato e scaricandone spesso la responsabilità nelle costituzioni nazionali, ritenute inadeguate a recepire i processi di globalizzazione e di integrazione continentale, e prevedendo la necessità di revisionare le costituzioni. Al contempo, i promotori di radicali revisioni costituzionali sono invitati da una parte cospicua del mondo accademico, e non solo, a riflettere sugli effetti di certe proposte di riforma, funzionali alla riscrittura di norme e principi regolativi della forma di stato e di governo e protese all'introduzione di sistemi semi-presidenziali o presidenziali in grado di esasperare la personalizzazione del potere e il populismo che già in Italia, ad esempio, paiono far presa nella politica. Tuttavia, «l'idea di attribuire ad una costituzione garante dei diritti politici economici e sociali di cittadini e lavoratori la responsabilità prevalente od esclusiva di gravi crisi politico-istituzionali ed economico-sociali non è nuova».<sup>1222</sup>

Ancora una volta, Weimar fornisce un esempio degli effetti catastrofici per la democrazia e per la pace tra popoli e nazioni prodotti da siffatte idee. Come sostengono Smend ed Heller, non è attribuibile esclusivamente all'ordinamento giuridico e a quello costituzionale la responsabilità di una "situazione politica concreta" di grave crisi, di una "repubblica senza repubblicani", ascrivendo le colpe della politica alle previsioni costituzionali. Nulla è imm modificabile, tantomeno lo è una carta costituzionale. Tuttavia, nella proposizione di una riforma costituzionale, la cautela diventa l'unico atteggiamento utile prima al funzionamento e poi all'eventuale miglioramento di una costituzione. Una collaborazione totale, aperta e leale tra i cultori delle scienze sociali in chiave interdisciplinare si reputa un buon punto di partenza nella trattazione di una questione quanto mai attuale e delicata. Prima di procedere ad una riforma della costituzione, sarebbe il caso di consultare teorici, confrontarsi con i cittadini, trovare un preliminare compromesso tra le forze politiche e aprire un tavolo di discussione trasversale per modificare principi e norme che regolano la vita dei cittadini, in modo da sprigionare uno spirito democratico-costituzionale il più ampiamente condiviso.<sup>1223</sup>

<sup>1222</sup> C. Amirante, *Prefazione* a C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 11.

<sup>1223</sup> *Ivi*, p. 12. Per una riflessione sul miglioramento dell'attuale sistema costituzionale italiano, si segnala la prospettiva di Amirante, secondo cui «è auspicabile che eventuali riforme costituzionali, innanzitutto, s'iscrivano in un sistema di democrazia pluralistica che, non a caso, ha rappresentato, con i suoi principi

Vale particolarmente in tal caso la massima secondo cui «se si vuole cambiare la costituzione per migliorarla, si incominci per intanto a farla funzionare nel modo migliore».<sup>1224</sup>

Si ricorda come la Repubblica di Weimar è implosa anche per la mancanza di un “partito della Costituzione” che la difendesse oltre gli interessi contingenti dei partiti. Oggi, il rischio che ciò si verifichi è quanto mai fondato: se il pericolo di una nuova dittatura sembra scongiurato, non lo è quello di una riduzione della democrazia e dell’accentramento del potere in poche mani. Il costituzionalismo nasce per porre limiti e regole al potere: in origine, al potere di un Monarca, oggi al potere della maggioranza. Un suo ridimensionamento porterebbe allo squilibrio dei poteri, all’affossamento dei principi di uguaglianza e libertà, ovvero dei pilastri delle democrazie costituzionali.

Se nei progetti di riforma costituzionale non sono adeguatamente potenziati i contrappesi costituzionali, si rischia di ridurre la costituzione ad una carta nel gioco della politica, innescando la consuetudine per cui ogni governo propone una riforma costituzionale. In tal modo, verrebbe messo a dura prova il costituzionalismo contemporaneo, in cui le costituzioni sono sovraordinate alla legislazione ordinaria, garantendo i principi fondamentali dell’ordinamento e i diritti dei cittadini.

Inoltre, anche il potere giudiziario – che ricopre un ruolo fondamentale nella garanzia dei principi della democrazia costituzionale – ha acquisito sempre più peso nell’equilibrio dei poteri, al punto che agli inizi del XX secolo si parla di “Stato giurisdizionale” e “governo dei giudici” e in tempi più recenti di “democrazia

---

fondamentali e la sua ampia tutela di libertà e diritti sociali, un modello di riferimento per ogni paese, non solo europeo, che abbia deciso di ispirare la propria organizzazione costituzionale ai criteri della libertà, dell’eguaglianza e della partecipazione politica. È auspicabile quindi che vengano escluse soluzioni che, pur partendo dall’esigenza di evitare un monopolio dei partiti, propendano per scelte che rischiano di dare una svolta plebiscitaria al sistema della rappresentanza politica, tale da privilegiare la fiducia incondizionata in *leader* carismatici e la stabilità dell’esecutivo più che favorire la formazione di programmi di governo razionali e sottoposti al costante controllo del Parlamento. Infine, sarebbe ancora una volta indispensabile la formazione di un forte movimento di opinione che in una fase politica nella quale il processo di unificazione europea mette a dura prova la tenuta e la legittimazione dei governi nazionali, si opponga alla tentazione di riduzione artificiale della complessità politica a soluzioni tecnocratiche che privilegino autorità economico-burocratiche, mettendo in crisi le tradizionali istituzioni rappresentative fondate sulla partecipazione politica e sul controllo costante dei cittadini» (C. Amirante, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., p. 53). Per un’acuta riflessione sulla riforma costituzionale, si veda G. Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 293-314.

<sup>1224</sup> G. Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, cit., p. 314. Sono ancora parole del costituzionalista italiano: «Troppi programmano le trasformazioni ma nel frattempo la cosa da trasformare è lasciata a se stessa. Prima che nelle tante commissioni di studio, negli innumerevoli congressi, nelle anticamere dei presunti potenti della costituzione, il compito di ciascuno dovrebbe essere nella sede istituzionale dove il suo *munus* lo colloca. Lì e non altrove si può pensare di riattivare la macchina costituzionale, secondo un atteggiamento rivolto a rimuovere una per una, nel quotidiano lavoro concreto, le cause delle disfunzioni. La riforma fatta di tante azioni particolari, ciascuna rivolta a eliminare le ragioni di una difficoltà, è certo meno spettacolare, ma più conforme alla natura dell’impresa, che non la messa a punto di qualsiasi grande progetto astratto che aspiri alla costituzione senza difetti, realizzata d’un colpo» (*ibidem*).

giurisdizionale” e di “burocrazia guardiana”. Tale espansione discende da fattori congeniti, quali la dinamica del sistema democratico, il rafforzamento dell’indipendenza della magistratura e la diffusione di una cultura dei diritti, e da fattori patologici, quali la corruzione dei gruppi politici, la debolezza delle minoranze, l’inefficienza dei governi. Tutti elementi, questi, che impongono alla magistratura di surrogarsi agli altri poteri.<sup>1225</sup>

Le Corti costituzionali vanno gradualmente distaccandosi dal modello giurisdizionale di garanti e di custodi dei valori costituzionali, divenendo moderatrici e mediatrici di conflitti sociali, e in particolare di quelli che non trovano soluzioni nelle sedi istituzionali di formazione della volontà politica. In tal modo, le Corti finiscono per svolgere un ruolo di “legislatore positivo parallelo e complementare” a quello parlamentare. Così, tale ruolo integrativo e dinamico svolto dalle Corti nel sistema costituzionale sembra portare ad una “costituzione dei custodi”,<sup>1226</sup> trascendendo i residui del costituzionalismo rivoluzionario legicentrico.<sup>1227</sup> Questa “costituzione dei custodi” si basa sulla sostituzione del “discorso giudiziario” dei giudici con il “discorso politico” del legislatore. Perciò, molti giuristi contemporanei ritengono opportuno che la giurisprudenza costituzionale affondi le proprie radici in una “società aperta degli interpreti della costituzione”. Resta, dunque, aperta la questione di una più adeguata legittimazione della giustizia costituzionale.<sup>1228</sup>

Al riguardo, viene da più parti osservato come nell’indeterminatezza dei limiti tra interpretazione e politica costituzionale i giudici costituzionali ricevano un “eccessivo credito”, un “inusitato potere d’innovazione”, in quanto con la loro interpretazione trasformerebbero le norme costituzionali pur senza un mutamento della carta costituzionale, contribuendo a perfezionare il diritto costituzionale in via giurisprudenziale. I giudici, così, vanno a rivestire un ruolo cruciale, potendo incidere sia in senso innovatore sia in senso conservatore. Oggi, essi hanno una grande responsabilità nella vita giuridica, ignota nei sistemi dello Stato di diritto legislativo. Tuttavia, preme rilevare che «i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel [XIX] secolo», ma «i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia». Qui approda la contemporanea dottrina del custode della costituzione. Lo Stato costituzionale non dovrebbe avere alcun “padrone del diritto”, quanto una “pluralità di custodi”: «il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve

<sup>1225</sup> P.P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, cit., pp. 401-402.

<sup>1226</sup> «Al pari della formula “custode della costituzione” anche l’espressione “costituzione dei custodi” è intrinsecamente ambivalente. Allude a due tendenze che vanno tenute distinte: l’evoluzione in senso antidemocratico del costituzionalismo, nel senso della sottrazione ai cittadini mobilitati e organizzati politicamente del potere di ridefinire estensivamente le regole del gioco sociale, o, al contrario, il fatto che il ruolo del custode costituzionale si estende e si articola, cessando d’essere appannaggio della istituzione giudiziaria e di altre istanze neutrali» (*ivi*, p. 433).

<sup>1227</sup> Cfr. S. Gambino, *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, cit., p. 34.

<sup>1228</sup> G. Gozzi, *Considerazioni introduttive per una teoria costituzionale della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, cit., pp. 14-15.

essere oggetto delle cure di tanti e, come non ci sono “padroni”, così simmetricamente non ci sono “servi” del diritto». <sup>1229</sup>

Ulteriori sfide per lo Stato democratico costituzionale sono costituite dalle possibili derive di tipo populistico e di tipo tecnocratico.

La prima deriva consiste in una subdola modalità di corruzione interna del circuito democratico, tramite l'esaltazione dell'uomo medio. Il populismo è un concetto mutevole che include sia la “denigrazione delle masse”, sia la configurazione del popolo come entità indivisa ed omogenea, fatta di uomini ordinari condotti da un leader straordinario. In virtù di tale fenomeno, chi governa pretende di instaurare una relazione diretta ed esclusiva con l'opinione pubblica, fingendo di assecondare il popolo stesso, provocandone invero le più infime aspirazioni, anche per mezzo del c.d. “desiderio mimetico”, illustrato da Renè Girard. Inoltre, nel populismo, coesistono la manipolazione del consenso e le forme più sofisticate di disinformazione sistematica, al punto da essere definito «un veleno che penetra lentamente e impercettibilmente nelle vene, intorpidendo il tessuto sociale e la sensibilità (politica) dei cittadini». Anche per questo, il populismo è tra le patologie più pericolose e diffuse della democrazia, anche quando questa assume la forma dei sondaggi o telematica. La sua pericolosità risiede «nel fatto che, almeno in apparenza, non viene smantellato lo Stato costituzionale, essendo esso invece lentamente e progressivamente “corroso” dall'interno, al punto che l'opinione pubblica – soggetta a lunghe tecniche di manipolazione – fa fatica a percepire, o addirittura non percepisce più, la crisi della legalità costituzionale». Perciò, esso, in ogni suo aspetto e in ogni sua variante (spettacolarismo, teatrocrasia, personalismo, disinformazione, qualunquismo, corruzione, e così via), è un nemico della democrazia costituzionale, essendo «silenzioso, talora impercettibile e sempre fondato sul mito di miti, difficile da scalfire: la legittimazione popolare». <sup>1230</sup> Dunque,

---

<sup>1229</sup> P.P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, cit., p. 435 e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 213, ove sono anche tratte le citazioni riportate nel testo. Si leggano, al riguardo, le osservazioni lucide di Zagrebelsky: «Il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come “parti” del diritto, non come “tutto il diritto”. Può pretendere però, dai giudici come dalla Corte costituzionale, che siano mantenute aperte le possibilità di esercitare il suo diritto a contribuire politicamente alla formazione dell'ordinamento giuridico. Se questo diritto non fosse rispettato, avremmo ancora forse uno Stato costituzionale, ma certo non più uno Stato costituzionale democratico» (ivi, pp. 212-213).

<sup>1230</sup> A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. V, Napoli, 2009, pp. 2007-2035, in cui viene affermato che «probabilmente il principale e più insidioso nemico della democrazia costituzionale non è tanto l'“autoritarismo”, regime esterno e ad essa contrapposto per definizione, quanto il “populismo”, insidiosa e strisciante modalità di corruzione interna del processo democratico» (ivi, p. 2030). Inoltre, qui è avanzata l'idea che «i costituzionalisti di tutto il mondo dovrebbero interrogarsi più di quanto non stiano già facendo sulla c.d. deriva populistico plebiscitaria cui vanno incontro, non solo in Italia, le democrazie costituzionali contemporanee. L'analisi dovrà essere impietosa e coraggiosa, ma non potrà essere ulteriormente rimandata, pena la silenziosa trasformazione dei nostri regimi politici in un “nuovo tipo di Stato”, una specie di grande fratello orwelliano – più che costituzionale, illiberale e, più che democratico, populistico – una specie di *mix* intermedio fra il tipo dello Stato democratico e quello dello Stato totalitario, il cui *trait-d'union* (e tratto caratteristico) appare

l'insorgenza populistica pretende, in base ad un politicismo esasperato e ad una presunta democrazia dal basso, di affidare esclusivamente al controllo del "popolo" i vari ambiti dell'azione umana (politica, culturale, religiosa, economica) la cui parziale autonomia gli uni nei confronti degli altri costituisce invece garanzia di libertà. Da qui, discende una possibile deriva plebiscitaria, la quale già si può intravedere nello sfaldamento dei partiti politici e nella comparsa di formazioni di tipo leaderistico, presumibilmente promosse dagli interessi delle lobby oligarchiche che intendono acquisire gli elettori secondo meccanismi simili a quelli della democrazia plebiscitaria, evitando di rispondere agli iscritti e agli elettori. Pertanto, occorre mantenere la democraticità delle istituzioni e il legame costituzionale originario, per impedire il consolidamento di tali pratiche, che si reputano dannose del circuito democratico-costituzionale.<sup>1231</sup>

La seconda deriva consiste nella tendenza a surrogare il potere politico, piuttosto che a consigliarlo sulla base di competenze specifiche, arrogandosi la funzione decisionale. Generalmente, la "tecnocrazia"<sup>1232</sup> (letteralmente, governo dei tecnici) è

---

non il *dominio autoritario*, ma, al contrario, la costante e continua *manipolazione* del consenso sociale. Si tratta di un modo più subdolo, ma anche comodo e popolare, di affermazione di una concezione del mondo sostanzialmente autoritaria, non laica e non religiosa, ma intrinsecamente reificante, pagana e anti-personalista. In conclusione, il rischio cui andiamo seriamente incontro è la fine del *costituzionalismo*, quale cuore immutabile del diritto costituzionale universale, a favore del *populismo*, quale patologia storicamente ricorrente del processo democratico. Non va sottovalutato il dato che, in un mondo sempre più sregolato e globalizzato, il populismo – in tutte le sue forme e varianti (spettacolarismo, teatrocrazia, personalismo, disinformazione, qualunquismo, corruzione, ecc.) – appare fenomeno diffuso, strisciante e contagioso, sicché nessuno Stato, neanche le democrazie costituzionali più antiche e blasonate, può dirsi completamente immune. Come accade sempre più spesso, trattandosi di un problema globale, esso esige risposte globali. Dunque, quale momento migliore di questo – di crisi globale, non solo economica – per dar vita a *comportamenti virtuosi* e ripensare le *regole minime*, costanti in tutti gli ordinamenti, in grado di tenere lontano questo rischio, preservando la democrazia costituzionale dal suo nemico più subdolo e letale?» (*ivi*, pp. 2034-2035).

<sup>1231</sup> Cfr. N. Matteucci, *Il liberalismo in una democrazia minacciata*, Bologna, 1981.

<sup>1232</sup> La tecnocrazia, quale ideale forma di governo, affonda le sue radici culturali e filosofiche prima nell'illuminismo del '700, per poi evolversi nell'800 tramite la rivoluzione industriale, il progresso tecnico-scientifico e le teorie evoluzionistiche di Charles Darwin ed Herbert Spencer. La prima espressione consapevole del concetto "tecnocrazia" è contenuta in *Riorganizzazione della Società europea* del 1814 del filosofo francese Claude-Henri Rouvroy, conte di Saint-Simon (1760-1825), il quale avanza l'idea che il metodo delle scienze sperimentali possa servire alla soluzione di questioni politiche, auspicando che alla politica subentri la scienza della produzione e al "governo degli uomini" l'"amministrazione delle cose". Segue questa scia il filosofo e sociologo francese Auguste Comte (1798-1857), che propende per una dimensione tecnologica e non politica della società, credendo nella concezione della società industriale, scientifica e tecnologica quale soluzione della storia universale. Muovendo dal presupposto che ogni individuo mira al miglioramento del proprio tenore di vita, entrambi i filosofi ritengono che solo l'applicazione di criteri e metodi tecnico-scientifici siano in grado di risolvere la serie di problemi che tale obiettivo comporta. Tale concezione di tecnocrazia è espressa anche dall'idea di Stato che controlla l'economia, con la trasformazione della funzione statale di controllo politico sulle masse in amministrazione della cosa pubblica e direzione dei processi di produzione, entrambe di tipo scientifico. Una visione simile è offerta dal teorico socialista Friedrich Engels (1820-1895), per cui lo Stato sarebbe venuto meno per fare spazio all'amministrazione delle cose e dei processi tecnici sostituendo il governo del popolo e l'interferenza statale negli affari sociali. Uno dei primi sostenitori della tecnocrazia è l'economista americano Thorstein Veblen (1857-1929) che definisce insieme all'ingegnere Howard Scott (1890-1970) la tecnocrazia come lo sviluppo tecnologico che avrebbe realizzato un'organizzazione socialista degli affari economici. Nel 1919, l'ingegnere californiano William Henry Smyth inventa il termine "*technocracy*" per descrivere, nell'articolo "*Technocracy*" – *Ways and*

intesa come un sistema politico basato sulla gestione del potere da parte dei “tecnici”, ragion per cui il “tecnico che governa” è un “tecnocrate”. L’espressione “tecnici”, persone esperte, specializzate o particolarmente preparate e qualificate nelle materie di propria competenza, viene poi sostituita dal termine “tecnocrate” attribuito al tecnico, non in quanto specialista, ma perché sostenitore della necessità di un primato della scienza e della tecnica sulla politica, ritenendo di possedere gli elementi per applicare la tecnica al governo di ogni ambito umano. In un governo tecnocratico i soggetti deputati a decidere sono scelti più per l’esperienza e le competenze tecniche acquisite che per l’appartenenza politica. Svincolandosi dalla logica che divide la politica quale mondo dei fini e la tecnica quale mondo dei mezzi, il tecnocrate passa dal piano tecnico, economico e sociale, per arrivare a quello dei fini e dei valori, sostenendo che una decisione politica, implicante potere discrezionale e fondata su criteri prudenziali e morali, sia sostituibile da una decisione non discrezionale, risultato di calcoli e previsioni della scienza, basata su criteri di pura efficienza.

L’occupazione del mondo politico da parte di soggetti incompetenti, corrotti e che agiscono solo per i propri fini e non per l’interesse generale, determina la loro demonizzazione e spinge ad accettare la tecnocrazia come forma di governo ovvero come metodo di gestione della cosa pubblica. Ciò, muovendo da una concezione semplicistica della società quale unità produttiva, i cui obiettivi dovrebbero essere la crescita economica e l’integrazione in un sistema economico globale, per il raggiungimento dei quali le strutture istituzionali e amministrative dovrebbero adattarsi – a tale riguardo, ad esempio, non manca in Italia chi caldeggia la riscrittura della Costituzione in base alle logiche del mercato globale. La sfiducia tecnocratica nella capacità dei soggetti politici di realizzare il sistema economico più efficiente possibile potrebbe incentivare la pianificazione della società tramite un sistema di controllo tecnoburocratico – come nel caso della nomina dei c.d. “governi tecnici” o delle politiche economiche di austerità nell’Unione Europea.

---

*Means to Gain Industrial Democracy* pubblicato nel giornale «Industrial Management», l’efficienza del ruolo delle persone tramite l’azione di scienziati ed ingegneri, riferendosi in particolare alla *Industrial democracy*, un movimento volto ad integrare i lavoratori nelle decisioni prese in fabbriche esistenti o tramite rivoluzione. L’accezione del termine come governo retto da decisioni prese dai tecnici inizia ad affermarsi nel 1932, per indicare la progressiva estensione del potere dei tecnici di produzione (chimici, fisici e ingegneri) sul presupposto che chi è capace di governare il processo industriale aziendale riesce a governare la società industriale nella sua totalità. Alla classe dei tecnici industriali subentra presto quella manageriale, in seguito all’indebolimento del ruolo della proprietà, nei suoi aspetti di titolarità, con le società per azioni, e di decisionismo, proprio dei grandi complessi industriali. Il crescente intervento dello Stato nella vita economica dei popoli, la pianificazione economica e l’integrazione tra industria e sistema di difesa durante i periodi bellici favorisce l’apertura dell’ambiente tecnocratico ai più alti livelli della burocrazia statale e degli apparati industrial-militari, oltreché a esponenti universitari di rilievo del campo scientifico, tecnologico ed economico, con un continuo trasferimento di personale tra i vari contesti lavorativi. Attesa, inoltre, la rilevanza economica e sociale dei flussi finanziari e informativi negli anni ‘80 del XX secolo, la formazione della mentalità del personale tecnocratico viene fortemente influenzata dal mondo della finanza, dell’informatica e della comunicazione. Per un approfondimento del tema della tecnocrazia, si veda la prima parte del saggio di D. Fisichella, *L’altro potere*, cit., pp. 3-73.

Dunque, tale deriva muove dall'affermazione, già da qualche tempo, di un'ideologia scienziata e tecnocratica<sup>1233</sup> che cercando una legittimazione nei benefici prodotti dallo sviluppo tecnico-scientifico, pretende di ridurre la politica ad amministrazione, con l'effetto di spegnere negli uomini quell'amore per la libertà che, toquevillianamente, è preservabile solo se l'agire politico non è impedito, solo se l'esercizio della libertà non subisce restrizioni.<sup>1234</sup>

Gli attuali sistemi democratici non sono sempre in grado di combinare il metodo tecnocratico con il principio della sovranità popolare. Al riguardo, è stato recentemente osservato che «le straordinarie innovazioni tecniche hanno eroso, fino a dissolverle, le vecchie forme politiche», ragion per cui «la tecnica, diventando sempre più un coeso sistema e riducendo ogni altro sistema di funzioni sociali a suo sottosistema, si avvia a diventare essa il sistema, l'unico, il totalizzante, che alla fine pretende di esser esso la politica».<sup>1235</sup>

Ciò detto, la tecnocrazia non è individuabile solo in un periodo profondamente caratterizzato dalla tecnologia,<sup>1236</sup> né ogni contesto con orientamenti tecnocratici contempla le stesse posizioni ideologiche o pone in essere lo stesso tipo di condotte. Siccome la concezione tecnocratica è una visione semplificata del reale tesa a dirigere l'azione, essa è definibile come un'ideologia. La sua essenza consiste nell'intento di espungere dalla realtà ciò che non può essere quantificato e manipolato. Non sorprende che al relativismo ideologico si sostituisca un relativismo di apparente rigore tecnico. Né può sfuggire la connotazione totalitaria della concezione tecnocratica, nei modi di attuazione come nei fini, se il totalitarismo occupa ogni spazio della vita individuale e associata forgiare di nuovo utopisticamente la realtà.

Dal quadro sinora delineato, pare evidente come il divario tra “democrazia ideale” e “democrazia reale” sia ancora consistente, le “promesse” fatte non siano state totalmente mantenute. Infatti, la democrazia nata per sconfiggere vecchie monarchie od oligarchie ha riconsegnato il potere a nuovi gruppi oligarchici, dai quali dipendono decisioni che influiscono profondamente sulla vita collettiva ma sfuggono al controllo

<sup>1233</sup> Per una lettura analitica dell'ideologia tecnocratica, si veda C. Finzi, *Il potere tecnocratico*, Roma, 1977.

<sup>1234</sup> Cfr. N. Matteucci, *Il liberalismo in una democrazia minacciata*, cit.

<sup>1235</sup> A. Masullo, *Il popolo tra pancia e tecnica*, in «Il Mattino», 11 novembre 2016.

<sup>1236</sup> Sul rapporto tra democrazia e progresso tecnologico nel passaggio tra il XX e il XXI secolo, sulla base dell'affermazione universale dei diritti umani, si veda V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, con prefazione di A. Jellamo e postfazione di F. Riccobono, Macerata, 2010, in cui è «enunciato il principio di un nuovo liberalismo, inteso come fermento lievitante di una civiltà liberale promossa dalla rivoluzione tecnologica» (*ivi*, p. 4), si discute «soprattutto del significato e dell'esperienza della libertà nella società attuale, che si presenta come *società tecnologica*, in cui le più importanti e riconosciute tavole dei valori sono offerte dal sistema dei diritti umani» e viene svolta «l'analisi dell'idea e dell'esperienza della libertà nella società tecnologica» adottando «il principio dell'*individualismo metodologico*», secondo cui «l'individuo è al centro dell'interpretazione della realtà umana che “è composta sempre e soltanto da individui”», ragion per cui «la società tecnologica va analizzata attraverso le azioni e le opinioni degli individui che la compongono, senza pervenire a fuorvianti e false “generalizzazioni” o lasciarsi sedurre da tentazioni “oggettivistiche”» (F. Riccobono, *Libertà e democrazia in Vittorio Frosini*, Postfazione a V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., pp. 152-154).

delle istituzioni democratiche. Trattasi di oligarchie titolari di grandi poteri non legittimati democraticamente che dominano l'economia globalizzata, gestiscono la maggior parte delle reti di informazioni a vantaggio dei propri interessi, di quelle di partito che in nome del popolo lo mobilitano e manovrano per i propri fini, di governi che indeboliscono i poteri dei parlamenti e degli organi giudiziari, sotto l'influenza dei gruppi di potere finanziario ed industriale. Sono quelle forze che influenzano prevalentemente la politica rendono di fatto inefficaci il principio della separazione dei poteri e il sistema di pesi e contrappesi per bilanciarli. «La democrazia, nata per consentire a tutti i cittadini di essere partecipi delle decisioni di chi esercita il potere, o quanto meno di influire su di esse in maniera non soltanto esteriore, ha prodotto un sistema in cui in effetti la cosiddetta sovranità popolare (...) si trova ad essere profondamente mortificata e largamente svuotata». Tutto ciò avviene «nel contesto di una incessante, assordante “ritualità democratica” e santificazione ideologica della democrazia, alimentata dal fatto che mai come nell'era presente si sono dati nel mondo tanti Stati retti da regimi che si proclamano liberaldemocratici».<sup>1237</sup>

Dunque, se le pericolose circostanze sinora illustrate troveranno concreta e piena realizzazione nella vita statale, sia la democrazia sia il costituzionalismo subiranno gravi danni che si ripercuoterebbero direttamente nelle vite dei cittadini.

---

<sup>1237</sup> M.L. Salvadori, *Democrazie senza democrazia*, cit., pp. IX-X. La democrazia cui si riferisce l'Autore è la liberaldemocrazia, «il sistema politico e istituzionale che si è formato dal connubio con il liberalismo» e più precisamente, per quanto riguarda il presente, il regime liberaldemocratico «segnato, nel quadro dell'indebolimento e per aspetti importanti dalla scomparsa della sovranità degli Stati, dallo strapotere di oligarchie dominanti della finanza e dell'industria a livello internazionale, dal venir meno delle precedenti antitesi di classe e ideologiche, dalla trasformazione dei grandi partiti di massa organizzati sul territorio in “partiti leggeri” che si mobilitano essenzialmente in vista delle tornate elettorali e non poggiano più su quadri intermedi e gruppi di militanti sempre attivi e distribuiti capillarmente nel territorio, dalla formazione di una opinione pubblica inerte, forgiata prioritariamente dai mezzi di informazione di massa. Si tratta di un sistema in cui i cittadini costituiscono le primarie cellule viventi di regimi dotati di una sostanziale natura democratica, bensì di un sistema in cui i governi ricevono una sorta di passiva incoronazione dal basso, sono “governi a legittimazione popolare passiva». Attesa la crisi strutturale della democrazia, Salvadori si interroga sulla possibilità di una rinascita della stessa alle prese con «problemi di un mondo in continua trasformazione con ritmi che non hanno precedenti nella storia», formulando tre presupposti per la sua realizzazione: «1) la capacità delle autorità politiche dei singoli Stati e degli organismi internazionali di porre sotto controllo le oligarchie economiche, in modo da togliere loro il potere di agire pressoché indisturbate nel perseguire i propri interessi particolari e da impedire il ripetersi di crisi catastrofiche come quella scoppiata nell'autunno del 2008; 2) la sottrazione ai potentati della finanza e dell'industria di un dominio sui mass media che vanifica la possibilità stessa di una opinione pubblica informata in maniera veritiera e realmente pluralistica, e il conferimento del dovuto spazio anzitutto alle minoranze quotidianamente minacciate di essere ridotte al silenzio o all'irrelevanza; 3) un'energica azione volta a combattere l'eccesso di disuguaglianze economiche che rendono una parola vuota la solidarietà, minano la coesione sociale e pongono i non tutelati, i poveri, gli emarginati in una posizione che non è di cittadini ma, agli estremi, di veri e propri paria di nuova generazione. Il che vuol dire ritorno alle politiche di protezione e potenziamento dei “diritti sociali” e delle istituzioni del *welfare* che nell'ultimo trentennio il neoconservatorismo liberistico ha frontalmente combattuto e il cui ambito e la cui incidenza sono stati fortemente ridotti. Insomma, una robusta combinazione di elementi tale da dare alla democrazia un volto insieme liberale e sociale» (*ivi*, pp. X-XIII). Cfr. Dunn J., *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*, Milano, 2006.

La partita odierna della democrazia costituzionale si gioca nella ricomposizione della frattura tra democrazia e costituzionalismo<sup>1238</sup> – quella che le costituzioni nate nella seconda metà del Novecento hanno già tentato di ricomporre, combinando il principio della sovranità popolare con il principio di superiorità della costituzione alla legge – la quale ben può essere incentivata da una ricerca giusfilosofica che tenga conto del dibattito di Weimar, ove la democrazia e il costituzionalismo vengono per l'appunto almeno inizialmente schierati nella stessa squadra dai padri costituenti.

Dall'analisi del pensiero giusfilosofico, giuspubblicistico e giuspolitico di Schmitt, Kelsen e Smend e del dibattito che ne è scaturito si rileva come i tre pensatori elaborino le rispettive teorie del periodo weimariano, fornendo la propria visione della situazione politico-costituzionale della prima Repubblica democratica tedesca con cui essi si confrontano direttamente, evidenziando i pericoli corsi dalla democrazia costituzionale weimariana e offrendo diverse soluzioni teoriche alla crisi di Weimar. Siccome gran parte dei temi discussi nelle teorie dei tre Autori sono i medesimi dell'attuale dibattito a livello giusfilosofico,<sup>1239</sup> giuspubblicistico<sup>1240</sup> e giuspolitico, ne

---

<sup>1238</sup> «Nella formula contemporanea della *democrazia costituzionale* sembra invece essere contenuta l'aspirazione a un *giusto equilibrio* tra il principio democratico, valorizzato in costituzione attraverso gli istituti della democrazia politica, e lo stesso ruolo del legislatore e del governo, e l'idea, insita in tutta la tradizione costituzionalistica, dei *limiti della politica*, da fissare mediante la forza normativa della costituzione, e in particolare attraverso il controllo di costituzionalità, sempre più determinante nell'ambito delle democrazie odierne. Questo medesimo equilibrio, proprio perché raggiunto in tempi recentissimi, e perché tutto sommato privo di una tradizione di lungo periodo cui riferirsi, è tuttavia fatalmente instabile, e sottoposto a tensioni di vario genere» (M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., pp. 160-161). Tali tensioni – di cui Fioravanti menziona quella concernente il rapporto tra gli attori dell'equilibrio dei poteri costituzionali, equilibrio sussistente solo in caso di applicazione della teoria dei pesi e contrappesi, dei limiti e dei controlimiti – rappresentano i pericoli per gli Stati democratici costituzionali indicati nel presente paragrafo.

<sup>1239</sup> Al riguardo, si segnala che nell'attuale dibattito giusfilosofico va configurandosi una critica al neocostituzionalismo e al suo apparato tecnocratico via diritti fondamentali. Trattasi, in sintesi, della critica a coloro i quali (tra cui Lefort e Habermas) hanno sostenuto una sorta di co-originarietà tra democrazia e diritti costituzionali. Ciò, anche in base alla genealogia filosofico-giuridica dell'esperienza di Weimar. La dicotomia contrappositiva tra parlamentarismo e costituzionalismo, accentuata con la promulgazione delle costituzioni rigide, può trovare una sua genealogia proprio nella vicenda weimariana (ma non solo qui, fermi i processi di globalizzazione economica e comunicativa). Il neocostituzionalismo avrebbe propiziato l'idea che i diritti umani costituiscono un ambito separato da quello politico, un tempio dell'etica cui può accedere solo l'individuo. Inoltre, tale teoria viene criticata per la tesi radicale dei «diritti come ragioni» aventi fonti *extra ordinem*, ovvero di natura morale (per i bisogni richiesti dalla società), argomentativa (come risultato di temi etico-politici che ne determinano una iper-produzione) e giurisprudenziale (come prodotto della interpretazione evolutiva delle Corti), oltretutto per la mancata distinzione tra diritti e interessi. Così viene riletta la costituzione dell'odierno “impero” europeo, la cui integrazione punta alla preservazione di un ordine politico ed economico liberale (“ordo”) nella forma denominata da Heller “liberalismo autoritario”. Anche in tal caso, Weimar è paradigmatica, indicando uno scollamento tra costituzionalismo e democrazia, a causa del progressivo indebolimento di una forma liberale che intendeva coniugare la partecipazione sociale all'uguaglianza economica, più che a causa di una eccessiva tolleranza democratica (cfr. M.A. Wilkinson, *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, «Law, Society and Economy Working Papers», 05/2016, London, pp. 1-39). Circa il neocostituzionalismo – espressione coniata da alcuni teorici del diritto della Scuola di Genova, per cui si rinvia a S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001 – si veda per una breve analisi M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2004, pp. 231-238 e per una disamina più dettagliata Id., *Stato costituzionale. Sul nuovo*

*costituzionalismo*, Modena, 2012, che analizza le implicazioni giuridiche, politiche ed etiche dell'idea dello Stato costituzionale, occupandosi di neocostituzionalismo, quale teoria più adatta al costituzionalismo globale, di democrazia costituzionale (espressione coniata insieme a "Stato costituzionale" nello stesso tempo di "costituzionalismo" per affrontare il totalitarismo come patologia della democrazia del Novecento), quale superamento di quella parlamentare e di pluralismo dei valori, quale metaetica più appropriata a comporre il conflitto tra valori, principi e diritti costituzionali. Qui, viene distinto il costituzionalismo, «tradizione istituzionale e dottrinale della limitazione giuridica del potere», dal nuovo costituzionalismo, «le costituzioni occidentali dell'ultimo mezzo secolo», e dal neocostituzionalismo, «una filosofia del diritto ulteriore a giusnaturalismo e giuspositivismo, e che assume a proprio oggetto principale, benché non esclusivo, il diritto costituzionalizzato» (avente una fonte dottrinale ed una istituzionale cui sono riconducibili tre tesi, i rapporti diritto-morale, la teoria della norma giuridica e la teoria del ragionamento giuridico), entrambi «suoi aspetti», suoi «sviluppi recenti» rispettivamente istituzionale e dottrinale (*ivi*, pp. 10-32). Si noti, inoltre, che il neocostituzionalismo è spesso presentato quale teoria del diritto dello Stato costituzionale in opposizione al giuspositivismo quale teoria del diritto dello Stato legislativo. A tale proposito, Barberis ritiene che tale presentazione «forse enfatizza eccessivamente le differenze fra i due tipi di diritto, escludendo la possibilità di una teoria generale valida per entrambi» (*ivi*, p. 31). Sul punto, cfr. F. Riccobono, *Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti*, in A. Ballarini (a cura di), *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino, 2015, pp. 225-240, che esamina il paradigma neocostituzionalistico in contrapposizione al paradigma giuspositivistico classico, al fine di rilevare «una essenziale diversità di atteggiamento nei riguardi di tre relazioni significative, che finiscono per comporre il profilo teorico (e ideologico) degli stessi paradigmi in esame»: democrazia e valori, diritto e valori, democrazia e diritto; ponendo in contrapposizione i due modelli, l'Autore intende evidenziare «i pregi e i pericoli della forma dello Stato costituzionale, soprattutto nella sua tendenza a porre ogni discorso sulla democrazia in termini giuridici» e spingere «il lettore a prendere posizione in un dibattito sulla natura e sul valore del diritto attuale, dibattito che oltrepassa i confini specialistici delle discipline filosofico-giuridiche per attivare o deludere, nei cittadini, aspettative e bisogni diffusi di democrazia» (*ivi*, pp. 225-227). Per una rassegna del dibattito giusfilosofico contemporaneo si vedano, inoltre, i seguenti contributi: M. La Torre, *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in A. Ballarini *et alia*, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, cit., pp. 345-389 – in cui è presente anche un paragrafo dedicato al "neo-costituzionalismo" di Zagrebelsky e Ferrajoli (*ivi*, pp. 377-388): «Un tratto comunque emerge evidente dalle teorie considerate: è passato il tempo d'un giuspositivismo orgoglioso di poter fare a meno della riflessione filosofica e ripiegato sul momento della decisione legislativa e sul sistema delle "fonti". Così come la teoria del diritto ha smesso in buona sostanza di vestire i panni neutrali della "scienza", e si rende conto delle proprie implicazioni e responsabilità di "politica del diritto". E la "politica del diritto" deve ricorrere, per non essere pura ideologia, agli strumenti oggi raffinatissimi della filosofia morale. Detto in altro modo, oggi la filosofia del diritto dei giuristi non è più alternativa a quella dei filosofi: questa dicotomia – se mai ha avuto senso – coi tempi che corrono non ne ha più nessuno» (*ivi*, p. 389); C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Roma-Bari, 2007 che ripropone, aggiornandola e ampliandola, la seconda parte (*Dagli anni Settanta all'inizio del XXI secolo*) del capitolo XVI (*La filosofia giuridica dei nostri giorni*) di G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001, pp. 351-423.

<sup>1240</sup> Cfr. C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato? Prove di dialogo fra economisti, giuristi e storici*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 237-251, in cui l'Autore rileva come tra i costituzionalisti, v'è chi ritiene opportuno formulare ipotesi di ridefinizione del ruolo dello Stato-Nazione, stante l'indiscutibile dominio dei mercati e del processo di finanziarizzazione dell'economia, della società e delle istituzioni nello scenario internazionale. Ciò, senza dimenticare che numerosi tra costituzionalisti, scienziati della politica ed economisti confermano ormai i profondi mutamenti delle istituzioni e dell'ordinamento giuridico del *nation-state* (cfr. la visione catastrofista dello storico marxista Hobsbawm, che prevede la fine dello Stato.) Tale stato dei fatti appare come l'effetto della incontrastata centralità dei mercati del mondo, la quale viene spesso ulteriormente sacralizzata da economisti, politici e responsabili di istituzioni ed organizzazioni pubbliche e private che spingono per uno Stato regolatore, privo di un indirizzo politico-economico. In particolare, nel mondo accademico, economisti neoclassici e neoliberali pretendono di ridefinire la politica in base a categorie economiche. Tale pretesa si è consolidata indubbiamente con l'ascesa e l'evoluzione della *Law and economics*, la nuova dottrina imperante nel mondo accademico della *common law*, la quale destabilizzerebbe la professione giuridica, per la razionalità semplificatrice dell'analisi economica a dispetto della complessità

conseguenze che i pericoli per la democrazia costituzionale, già individuati a Weimar nella forma del totalitarismo, sono ora incombenti sotto altre forme sugli attuali sistemi democratici costituzionali. Lo studio del caso Weimar rivela sia la nascita della prima democrazia in Germania e il consolidamento del costituzionalismo, sia la crisi non ineluttabile di entrambi dettata da un vasto intreccio di cause. Dal dibattito giusfilosofico intervenuto nel periodo weimariano diventa quindi possibile trarre le basi teoriche per affrontare le sfide che gli odierni Stati costituzionali democratici si trovano ad affrontare a distanza di un secolo.

Pertanto, si intende proseguire la ricerca sui giganti del pensiero giuridico-filosofico di Weimar – sostenuta dallo studio interdisciplinare di siffatto laboratorio delle idee e dei fatti – la quale si rende ancora e quanto mai necessaria per contribuire scientificamente a risanare una ferita tra democrazia e costituzionalismo che va riaprendosi nel XXI secolo in Europa.

Non si tratta di una facile impresa, poiché tutto ciò che vale ha un prezzo: «ma per chi si mette in belle imprese è bello sopportare ciò che la sorte gli riserbi di soffrire» (Platone, *Fedro*).

---

delle dottrine giuridiche; nata come una branca del diritto commerciale, supporta la giurisprudenza negli USA, per poi intervenire in ogni campo dell'ordinamento giuridico, avanzando l'emblematica tesi secondo cui il capitalismo richiede al diritto la protezione dei diritti di proprietà ed il rafforzamento della libertà contrattuale da giudici ragionevolmente disinteressati, piuttosto che la massima chiarezza e coerenza prevista dalle norme giuridiche. Essa rielabora concezioni e teorie del passato – sostenendo ad esempio che la democrazia non è la soluzione di problemi sociali ed economici ma la gara per la *leadership* o che la concorrenza tra ordinamenti è il modo di selezionare le norme giuridiche più efficaci – e ritiene che il metodo economico sia il migliore per portare a termine i difficili compiti dello Stato oggi. Il suo successo ha contribuito alla fondazione di una scuola di pensiero assai influente nei sistemi di *common law* e destinata ad espandersi. Anche ciò serve a riflettere sull'involuzione del ruolo del giurista e sulla crisi del diritto e dello Stato, stante l'influenza che il mondo intellettuale è capace di esercitare più o meno spontaneamente. Ulteriore pericolo per lo Stato democratico costituzionale è dunque costituito dalla trasformazione della stessa forma Stato, la quale potrebbe essere sostituita gradualmente dalla forma mercato (*ivi*, pp. 237-238). Infine, fa notare Amirante, «il passaggio dalla forma di Stato e di Governo fondata sul ruolo centrale del *government* (inteso come funzione di indirizzo politico anche o soprattutto economico e sociale) alla *governance* che, seguendo la strategia e l'egemonia neoliberista, pone al centro delle scelte politico-sociali le ferree regole generali del mercato, delle banche e delle *leadership* finanziarie, è un aspetto fondamentale di questa nuova fase storica». La *governance* viene considerata più che una debole forma di mutamento di sistema politico una trasformazione dello Stato, se si guarda alla delimitazione delle politiche economiche nazionali e internazionali, condizionate dalle organizzazioni economiche internazionali e sovranazionali in cui gli Stati esercitano una sovranità condivisa. Non ci sarebbe oggi il rischio di rivivere gli eventi drammatici di Weimar, ma è vivo il pericolo di incappare nella perdita di legittimità dei governi e degli Stati, se è vero che l'Unione europea, ad esempio, fa fatica ad assicurare processi democratici e benessere dei cittadini. (*ivi*, pp. 244-246).

## Bibliografia

- Abignente A., *Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito su diritto e Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 21, 1992, pp. 213-257.
- Abraham D., *The collapse of the WR: Political Economy and Crisis*, Princeton, 1981.
- Albanese L., *Il pensiero politico di Schmitt*, Roma-Bari, 1996.
- Amirante C., *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, pp. 359-377.
- Amirante C. - Gambino S. (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, Cosenza, 2013.
- Amirante C., *Prefazione* a C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 9-12.
- Amirante C., *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 41-59.
- Amirante C., *Dalla forma stato alla forma mercato? Prove di dialogo fra economisti, giuristi e storici*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, cit., pp. 237-251.
- Angiolino C., *Carl Schmitt, sommo giurista del Führer*, Genova, 2006.
- Anschütz G., *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, 1933.
- Apelt W., *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München, 1964.
- Azzarà S.G., *Pensare la rivoluzione conservatrice. Critica della democrazia e «grande politica» nella Repubblica di Weimar*, Napoli, 2000.
- Baldassarre A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.
- Ballarini A., *L'ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Torino, 2000.
- Ballarini A. et alia, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010.
- Ballarini A., *Hypotheses non fingo: studi di diritto positivo*, Torino, 2013.
- Ballarini A. (a cura di), *Prometeo: studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino, 2015.

- Barberi M.S., *Il senso del politico. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1990.
- Barberis M., *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, 1995, pp. 7-39.
- Barberis M., *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2004.
- Barberis M., *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012.
- Basile S., *La cultura politico-istituzionale e le esperienze tedesche*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980, pp. 45 ss.
- Bedeschi G., *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, 1992.
- Bendersky J.W., *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989.
- Bersier Ladavac N., *Hans Kelsen (1881-1973). Biographical Note and Bibliography*, in «European Journal of International Law», n. 9, 1998, pp. 391-400.
- Bilancia F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000.
- Bin R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.
- Bindi E., *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, 2010.
- Bisogni G., *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, 2005.
- Bobbio N., *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934.
- Bobbio N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, 1992.
- Bobbio N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 2005.
- Böckenförde E.W., *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, Bonn, 1967, pp. 17-43.
- Böckenförde E.-W., *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 231-252.
- Bognetti G., *Europa in crisi. Due studi su alcuni aspetti della fine della III<sup>a</sup> Rep. francese e della Rep. di Weimar*, Milano, 1991.
- Böhme G., *Die Weimarer Republik in der Perspektive eines Zeitgenossen*, Paderborn, 2012.

- Bolaffi A., *Elogio di una repubblica «senza qualità»*, Introduzione a G.E. Rusconi - H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, Roma, 1999, pp. 9-23.
- Bolaffi A., *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002.
- Boldt H., *Die Weimarer Reichsverfassung*, in K. D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., pp. 44-62.
- Bracher K.D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Villingen, 1955.
- Brancaccio F., *Il problema del parlamentarismo e la critica dello Stato dei partiti tra Weimar e l'Italia*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, pp. 205-241.
- Brandalise A., *Ritorno del «classico» e critica della ragione strumentale*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, 1981, pp. 89-101.
- Brenner M., *Die wehrhafte Demokratie: eine Lehre aus Weimar?*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, Tübingen, 1999, pp. 95-116.
- Bruno F., *La Costituzione di Weimar e la Costituzione italiana*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 95-119.
- Bulygin E., *Validità e positivismo*, in Id., *Norme, validità e sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 189-211.
- Burdeau G., *Il regime parlamentare*, Milano, 1950.
- Büttner U., *Die überforderte Republik 1918-1933. Leistung und Versagen in Staat, Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur*, Stuttgart, 2008.
- Cabiddu M.A., *Presentazione a H. Kelsen, Lo Stato come integrazione*, a cura di M.A. Cabiddu, Milano, 2001, pp. VII-LXVII.
- Caldwell P.C., *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, London, 1997.
- Caldwell P.C. - Scheuerman W.E. (eds.), *From liberal democracy to fascism: legal and political thought in the Weimar Republic*, Boston, 2000.
- Caldwell P.C. - Scheuerman W.E., *Introduction to* Id. (eds.), *From liberal democracy to fascism: legal and political thought in the Weimar Republic*, cit., pp. 1-19.

- Caldwell P.C., *Is a "Social Rechtsstaat" Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy*, in P.C. Caldwell - W.E. Scheuerman (eds.), *From liberal democracy to fascism*, cit., pp. 136-153.
- Caldwell P.C., *Controversies over Carl Schmitt: a Review of Recent Literature*, in «The Journal of Modern History», vol. 77, 2005, pp. 357-387.
- Caldwell P., *Sovereignty, Constitutionalism, and the Myth of the State. Article Four of the Weimar Constitution*, in L.V. Kaplan - R. Koshar (eds.), *The Weimar moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, Plymouth, 2012, pp. 345-370.
- Campi A., *Carl Schmitt nell'Europa tra le due guerre*, in «Nuovi studi politici», XIV, n. 1, 1984, pp. 115-125.
- Campi A., *L'ombra lunga di Weimar: Carl Schmitt nella cultura politica italiana tra terrorismo e crisi della partitocrazia*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 185-204.
- Caracciolo A., *Presentazione a C. Schmitt, Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, pp. V-XXXII.
- Carducci M., *Una «danza sull'orlo del vulcano»*, in *Costituzione di Weimar [1919]*, traduzione di M. Carducci, Macerata, 2008.
- Carrino A., *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen, Introduzione a H. Kelsen, Sociologia della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, pp. 5-23.
- Caserta M., *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Roma, 2005.
- Cases C., *Introduzione a P. Gay, La cultura di Weimar. The outsider as insider*, Bari, 1978, pp. 5-13.
- Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- Cavallo R., *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, 2009.
- Celotto A., *La corte costituzionale*, Bologna, 2004.
- Colletti L., *Kelsen e la teoria comunista del diritto e dello Stato*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, 1983, pp. 109-120.
- Collotti E., *Tendenze recenti della storiografia sulla Repubblica di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, Bologna, 1978, pp. 11-42.

- De Capua R., *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, 2003.
- Diner D. - Stolleis M. (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: a juxtaposition*, Gerlingen, 1999.
- Dogliani M., *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 253-289.
- Dreier H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986.
- Dunn J., *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*, Milano, 2006.
- Duso G., *Introduzione* a Id. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 7-13.
- Duso G., *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in Id. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 49-68.
- Duso G., *Pourquoi Carl Schmitt?*, in «Débat», n. 131, settembre-ottobre, 2004, pp. 138-146.
- Dyzenhaus D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, 1997.
- Eichenhofer E., *Soziale Grundrechte – verlässliche Grundrechte?*, in Id. (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 207-230.
- Einaudi M., *La protezione della Costituzione*, in «La riforma sociale», anno XXXVIII, vol. XLII, 1931, pp. 640-644.
- Ermacora F., *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco* in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 27-38.
- Faralli C., *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Roma-Bari, 2007.
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001.
- Ferrajoli L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016.
- Ferrara G., *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 211-297.

- Fioravanti M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi - P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987, pp. 51-103.
- Fioravanti M., *Potere costituente e diritto pubblico*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992.
- Fioravanti M., *Recensione a C. Galli, Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996 e G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Bari, 1996, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 26, 1997, pp. 430-434.
- Fioravanti M., *Costituzione*, Bologna, 1999.
- Fioravanti M., *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001.
- Fischer J.L., *La crisi della democrazia*, Torino, 1977.
- Fisichella D., *L'altro potere. Tecnorazia e gruppi di pressione*, Roma-Bari, 1997.
- Föllmer M. - Graf R. (Hrsg.), *Die "Krise" der Weimarer Republik. Zur Kritik eines Deutungsmusters*, Frankfurt am Main, 2005.
- Föllmer M. - Graf R. - Leo P., *Die Kultur der Krise in der Weimarer Republik, Introduzione a M. Föllmer - R. Graf (Hrsg.), Die Krise der Weimarer Republik. Zur Kritik eines Deutungsmusters*, cit., pp. 9-41.
- Frosini V., *Kelsen e Dante*, in «Scritti in onore di Antonino Giuffré, vol. I, Milano, 1967, pp. 519-522.
- Frosini V., *La critica italiana a Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 38, 1961, pp. 201-213, ristampato in Id., *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971, pp. 263-277.
- Frosini V., *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in «Il Veltro. Rivista della civiltà italiana», XXI, 1977, nn. 5-6, pp. 761-768.
- Frosini V., *La democrazia pericolante. Note storiche sull'art. 48 della Costituzione di Weimar*, in «Diritto e società», n. 2, 1979.
- Frosini V. - Riccobono F., *Mortati e Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, 1999, pp. 407-430; rist. in M. Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007, pp. 593-620.

- Frosini V., *La democrazia nel XXI secolo*, con prefazione di A. Jellamo e postfazione di F. Riccobono, Macerata, 2010.
- Frotscher W. - Pieroth B., *Verfassungsgeschichte*, München, 2003.
- Funke M., *Republik im Untergang. Die Zerstörung des Parlamentarismus als Vorbereitung der Diktatur*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., pp. 505-532.
- Galli C., *La teologia politica in Carl Schmitt: proposte per una rilettura critica*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 127-137.
- Galli C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996.
- Galli C., *Weimar, Roma, Berlino. La prima democrazia tedesca e il futuro europeo*, in «Cultura tedesca», n. 14, 2000, pp. 59-70.
- Gambino S., *Il costituzionalismo di Weimar (fra superamento della tradizione liberale, affermazione della democrazia sociale) e la crisi attuale*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 15-39.
- Gargano A., *Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar: Carl Schmitt, Hermann Heller, Gerhard Leibholz*, Napoli, 2011.
- Gavazzi G., *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, a cura di G. Gavazzi, Bologna, 1981.
- Gay P., *La cultura di Weimar. The outsider as insider*, Bari, 1978.
- Gazzolo T., *Guerra civile e Costituzione. Note su Weimar, l'Italia e i paralleli mancati*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 251-268.
- Gazzolo T., *Essere / dover essere. Saggio su Kelsen*, Milano, 2016.
- Gessner D., *Die Weimarer Republik*, Stuttgart, 2002.
- Gozzi G. - Schiera P. (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit.
- Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997.
- Gozzi G., *Considerazioni introduttive per una teoria costituzionale della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, cit., pp. 9-16.

- Gozzi G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999.
- Grimm D., *Verfassungserfüllung-Verfassungsbewahrung-Verfassungsauflösung*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933. Handlungsspielräume und Alternativen*, München, 1992, pp. 183-199.
- Grimm D., *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 29-45.
- Groh M., *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tübingen, 2010.
- Gröschner R., *Das Republikprinzip der Weimarer Reichsverfassung und des Bonner Grundgesetzes*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 49- 70.
- Guastini R., *Kelsen critico del marxismo*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 135-148.
- Gusy C., *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 1985.
- Gusy C., *Weimar – die wehrlose Republik?: Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, 1991.
- Gusy C., *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997.
- Gusy C. (Hrsg.), *Weimars lange Schatten - "Weimar" als Argument nach 1945*, Baden Baden, 2003.
- Hacker R., *Die Krise der Weimarer Demokratie. Ein modellfallu und seine lehren*, in «Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur», 42/9, 1962, pp. 912-921.
- Haedrich M., *Grundpflichten in der Weimarer Verfassung und Möglichkeiten ihrer Fortschreibung heute*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung Jahre*, cit., pp. 179-206.
- Heller H., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di Pasquale Pasquino, Milano, 1987.
- Heller H., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 1988.
- Hensel A., *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, 1931.

- Herf J., *Il modernismo reazionario. Tecnologia, cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich*, Bologna, 1988.
- Hofman H., *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, a cura di R. Miccù, Napoli, 1999.
- Holl K. (Hrsg.), *Wirtschaftskrise und liberale Demokratie: Das Ende der Weimarer Republik und die gegenwärtige Situation*, Göttingen, 1978.
- Huber E.R., *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, III, Stuttgart, 1966.
- Huber E.R., *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, 1988.
- Huber E.R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VI, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1993.
- Jablonec C., *Hans Kelsen. Introduction*, in J. Jacobson - B. Schlink (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, 2000, pp. 67-76.
- Jacobson A.J. - Schlink B. (eds.), *Constitutional Crisis. The German and the American Experience. Introduction to* Id. (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 1-39.
- James H., *The Weimar economy*, in A. McElligott (ed.), *Weimar Germany*, New York, 2009, pp. 102-126.
- Jestaedt M. (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tübingen, 2013.
- Kaplan L.V., *The political. From Weimar to the Present*, in L.V. Kaplan - R. Kosher (eds.), *The Weimar moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, cit., pp. 185-214.
- Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, traduzione di R. Treves, Torino, 1952.
- Kelsen H., *La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, introduzione e traduzione di F. Riccobono, Roma, 1979.
- Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, pp. 143-228.
- Kelsen H., *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 229-291.
- Kelsen H., *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982.

- Kelsen H., *Forme di governo e concezioni del mondo* in Id., *Il primato del parlamento*, cit.
- Kelsen H., *Sociologia della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, pp. 27-40.
- Kelsen H., *Difesa della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, cit., pp. 41-50.
- Kelsen H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, 1991.
- Kelsen H. - Treves R., *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, 1992.
- Kelsen H., *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994.
- Kelsen H., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, cit.
- Kelsen H., *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, pp. 43-152.
- Kelsen H., *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *La democrazia*, cit., pp. 153-188.
- Kelsen H., *Lo Stato come integrazione*, a cura di M.A. Cabiddu, Milano, 2001.
- Kelsen H., *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, 2008.
- Kennedy E., *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham-London, 2004.
- Kirchheimer O., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, a cura di A. Bolaffi, Bari, 1982.
- Klein C., *La Repubblica di Weimar*, Milano, 1970.
- Koenen A., *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum "Kronjuristen" des Dritten Reiches*, Darmstadt, 1995.
- Kolb E. - Schumann D., *Die Weimarer Republik*, München, 2013.
- Korioth S., *The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany*, Prologue of A.J. Jacobson - B. Schlink (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 41-50.
- Koshar R., *Introduction* to L.V. Kaplan-R. Koshar (eds.), *The Weimar moment*, cit., pp. XI-XXII.
- Kotulla M., *Deutsche Verfassungsgeschichte - Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*, Berlin-Heidelberg, 2008.
- La Pergola A., *Premessa* a H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. V-XII.

- La Torre M., *Carl Schmitt and the "Third Reich"*, in «Ratio iuris», vol. 4, n. 2, July 1991, pp. 261-264.
- La Torre M., *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006.
- La Torre M., *Dopo Hart: il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in A. Ballarini et alia, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, cit., pp. 345-389.
- La Torre M., *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 42, 2013, pp. 153-178.
- Lanchester F., *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985.
- Lanchester F., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, 1994.
- Lanchester F., *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2002.
- Lanchester F. - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit.
- Lanchester F., *Premessa* a F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. VII-IX.
- Lanchester F., *Weimar e Bonn viste dall'Italia nell'ultimo novantennio*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 1-30.
- Laqueur W., *La Repubblica di Weimar*, Milano, 1977.
- Lehnert D., *Die Weimarer Republik*, Stuttgart, 2009.
- Lepsius O., *Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*, in C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten - "Weimar" als Argument nach 1945*, cit., pp. 354-394.
- Lingelbach G., *Verfassungsgebung 1919 in Weimar*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer*, cit., pp. 23-48.
- Litt T., *Individuum und Gemeinschaft. Grundlegung der Kulturphilosophie*, Leipzig, 1924.
- Longerich P., *Deutschland 1918-1933: Die Weimarer Republik. Handbuch zur Geschichte*, Hannover, 1995.

- Losano M.G. *et alia.*, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 8, 1979, pp. 465-500, ristampato in M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, pp. 179-212.
- Losano M.G., *Presenze italiane in Kelsen*, in H. Kelsen - U. Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, a cura di M.G. Losano, Milano, 1999.
- Losano M.G., *Verso la pubblicazione dell'opera omnia di Hans Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», vol. 2, 2006, pp. 547-555.
- Luciani M., *L'anti-sovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 731-808.
- Luther J., *La dottrina generale di Kelsen in Italia: semper docet?*, introduzione a H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, pp. V-L.
- Luther J., *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. Gozzi - G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, cit., pp. 177-206.
- Mai G., *Die Weimarer Republik*, Monaco, 2009.
- Maldonado T., *Le due anime della cultura di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit., pp. 153-161.
- Malfatti E. - Panizza S. - Romboli R., *La giustizia costituzionale*, Torino, 2007.
- Mammarella G., *La Germania da Adenauer a oggi*, Roma-Bari, 1979.
- Mandara M., *L'esperienza della Repubblica di Weimar tra continuità e discontinuità istituzionale nella dogmatica degli «abusi del potere politico»*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 145-155.
- Marramao G., *Carl Schmitt: la decisione senza presupposti e il fantasma dello Stato*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 69-87.
- Masini F., *“Rivoluzione conservatrice” e ideologia della tecnica nella repubblica di Weimar*, in L. Villari (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit., pp. 137-151.
- Matteucci N., *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, *Introduzione* a H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, pp. VII-XXVII.
- Matteucci N., *Il liberalismo in una democrazia minacciata*, Bologna, 1981.

- Mayer Arno J., *The persistence of the Old Regime. Europe to the Great War*, New York, 1981, trad. it. di G. Ferrara, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima Guerra mondiale*, Roma-Bari, 1982.
- Mayer H., *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends, Dissertation*, Köln, 1931.
- McElligott A., *Introduction to Id. (ed.), Weimar Germany*, cit., pp. 1-23.
- McElligott A., *Political culture*, in Id. (ed.), *Weimar Germany*, cit., pp. 26-49.
- Merlino A., *La recezione di Kelsen in Italia: Santi Romano e Giuseppe Capograssi*, in L. Campos Boralevi (a cura di), *Challenging Centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze, 2011, pp. 215-224.
- Merlino A., *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, Napoli, 2013.
- Métall R.A., *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien, 1969.
- Meyn K.U., *Destruktives und konstruktives Mißtrauensvotum – von der schwachen Reichsregierung zum starken Bundeskanzler?*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung - was ist geblieben?*, cit., pp. 71-94.
- Mezzetti L. et alia (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007.
- Miglio G., *Oltre Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 41-47.
- Mohler A., *La rivoluzione conservatrice in Germania. 1918-1932*, Napoli, 1990.
- Montanari M., *Note sulla crisi e la critica della democrazia negli anni venti*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 153-165.
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- Mortati C. (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946.
- Mortati C., *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 2, 1973, pp. 511-532.
- Müller J.W., *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, London, 2003.
- Mulligan W., *The Reichswehr and the Weimar Republic*, in A. McElligott (ed.), *Weimar Germany*, cit., pp. 78-101.

- Neumann V., *Carl Schmitt. Introduction*, in J. Jacobson-B. Schlink (eds.), *Weimar*, cit., pp. 280-290
- Nigro M., *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 15, 1986, pp. 691-719.
- Nolte E., *La Repubblica di Weimar. Un'instabile democrazia fra Lenin e Hitler*, Milano, 2006.
- Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, 2001.
- Pauly W., *Die Stellung der Weimarer Reichsverfassung in der Deutschen Verfassungsgeschichte*, in E. Eichenhofer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 1-22.
- Pauly W., *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen, 2004.
- Pecora G., *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Napoli, 1992.
- Pecora G., *Il pensiero politico di Kelsen*, Roma-Bari, 1995.
- Perrotti G., *Carl Schmitt e la ragione moderna*, in R. Racinaro (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, Napoli, 1987, pp. 181-198.
- Petta P., *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, in «Storia e Politica», Milano, anno XVI, fasc. III, 1977, pp. 505-551.
- Petta P., *Presentazione a H. Kelsen, Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982.
- Peukert D.J.K., *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica*, Torino, 1996.
- Pisaneschi A., *Introduzione a E. Bindi, La garanzia della Costituzione*, cit., pp. XI-XIX.
- Pomarici U., *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, in *Democrazia e diritto*, 1982.
- Pomarici U., *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli, 1989.
- Portinaro P.P., *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, cit., pp. 401-436.
- Portinaro P.P., *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 5-34.

- Portinaro P.P., *Dottrina della costituzione e teoria della democrazia a Weimar*, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 61-71.
- Poscher R., *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, 2003.
- Predieri A., *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, Firenze, 1988.
- Preterossi G., *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996.
- Preterossi G., *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.
- Quaritsch H. (a cura di), *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, 2006.
- Racinaro R., *Interpretazione e decisione in Carl Schmitt*, in Id. (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, cit., pp. 27-47.
- Rebuffa G., *Weimar vista dall'Italia negli anni Venti e Trenta*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 81-93.
- Recalcati M., *Forme contemporanee di totalitarismo*, Torino, 2007.
- Redslob R., *Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffs*, Leipzig, 1914.
- Redslob R., *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihren unechten Form. Eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Tübingen, 1918.
- Riccobono F., *Gli inizi di Kelsen: La teoria dello Stato in Dante*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LIII, 2, 1976, pp. 261-289, saggio riproposto in Id., *Interpretazioni kelseniane*, Milano, 1989, pp. 1-32.
- Riccobono F., *Kelsen in Italia. Bibliografia*, in «Il Veltro. Rivista della civiltà italiana», fasc. 5-6, 1977, pp. 769-782.
- Riccobono F., *Introduzione a H. Kelsen, La Teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., pp. 1-54.
- Riccobono F., *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 199-217.
- Riccobono F., *Interpretazioni kelseniane*, cit.
- Riccobono F., *Hans Kelsen*, in *Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti*, a cura di A. Negri, Milano, 1991, pp. 99-124.
- Riccobono F., *Presentazione a Id. (a cura di), Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Roma, 1991, pp. VII-IX.

- Riccobono F., Voce *Kelsen, Hans*, in *Treccani Filosofia*, vol. I., Roma, 2008, pp. 536-538.
- Riccobono F., *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in A. Ballarini *et alia*, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, cit., p. 219-243.
- Riccobono F., *Libertà e democrazia in Vittorio Frosini*, Postfazione a V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., pp. 151-159.
- Riccobono F., *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», Speciale, 2013, pp. 121-136.
- Riccobono F., *Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti*, in A. Ballarini (a cura di), *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, cit., pp. 225-240.
- Ridola P., *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, in «Rivista AIC», fasc. 2, 2014, pp. 1-27.
- Ritter R., *Lehren der Weimarer Republik*, in «Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur», 25/1, 1945, pp. 14-34.
- Roehrssen C., *La integrationslehre di Rudolf Smend: un sintomo significativo della patogenesi del nazismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 12, 1982, pp. 117 ss.
- Roehrssen C. (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit.
- Roehrssen C., *Kelsen e la scienza giuridica tedesca*, in Id. (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 21-25.
- Roehrssen C., *Diritto e politica. Lo stentato affermarsi dello Stato borghese in Germania visto con gli occhi dei giuristi*, Torino, 1995.
- Romano S., *Morire di democrazia. Tra derive autoritarie e populismo*, Milano, 2013.
- Rosenberg A., *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze, 1972.
- Roveri A., *Da Versailles a Hitler: Breve storia della Repubblica di Weimar (1919-1933)*, Milano, 1991.
- Ruschi F., *Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist*, in «Jura Gentium», vol. IX, 2012, pp. 119-141.
- Rusconi G.E., *Azione operaia e sistema democratico*, in L. Villari (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit., pp. 43-69.

- Rusconi G.E., *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977.
- Rusconi G.E., *Lezioni di Weimar*, in G.E. Rusconi - H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, cit., pp. 25-51.
- Salvadori M.L., *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009.
- Sbailò C., *Weimar, un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, 2007.
- Sbailò C., *Costituzionalismo interattivo nell'«Età dell'incertezza»*. *Spunti di riflessione metodologica sull'attualità del «Laboratorio di Weimar»*, C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 157-168.
- Schefold D., *L'effettività dei diritti fondamentali in Germania*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, cit., pp. 373-400.
- Schiera P., *Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 15-24.
- Schlink B., *Why Carl Schmitt?* in «Rechtshistorisches Journal», vol. 10, 1991, pp. 160-176.
- Schlink B., *German Constitutional Culture in Transition*, «Cardozo Law Review», n. 14, 1993, pp. 711-736.
- Schmitt C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958.
- Schmitt C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 25-86.
- Schmitt C., *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 87-208.
- Schmitt C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 245-275.
- Schmitt C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975.
- Schmitt C., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.
- Schmitt C., *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984.
- Schmitt C., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986.

- Schmitt C., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, 2005.
- Schwab G., *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, 1986.
- Scognamiglio S., *Crisi e rinascita della civilizzazione occidentale (1914-1945): le origini politiche del capitalismo*, C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 81-110.
- Shulze H., *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bologna, 1987.
- Sieyes J.E., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993.
- Smend R., *Das Reichskammergericht. Erster Teil: Geschichte und Verfassung*, Weimar, 1911.
- Smend R., *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 4, Berlin, 1928, pp. 44-74.
- Smend R., *Staat*, in *Evangelisches Kirchenlexikon*, III, 1959, pp. 1105-1113.
- Smend R., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, Tübingen, 1916, ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968, pp. 39-59.
- Smend R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.
- Smend R., *Dottrina dell'integrazione* (1956), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 268-279.
- Smend R., *Integrazione* (1959), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 281-288.
- Smend R., *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919), ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1994, pp. 60-67.
- Smend R., *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, cit., pp. 68-88.
- Smend R., *Protestantesimo e democrazia* (1932), [trad. it. a cura di M.A. Cabiddu di R. Smend, *Protestantismus und Demokratie* (1932), ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, pp. 197-308], in H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., pp. 161-179.
- Sordi B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

- Sordi B., *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 18, 1989, pp. 643-667.
- Sösemann B., *La Repubblica di Weimar e la sua Costituzione nella storiografia tedesca (1933-2009)*, in F. Lanchester - F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., pp. 47-80.
- Spadaro A., *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. V, Napoli, 2009, pp. 2007-2035.
- Staff I., *Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar*, in G. Gozzi - G. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, cit., pp. 11-34.
- Stancati P., “*Sindrome di Weimar*” e caso Italia: di alcuni impropri parallelismi (e di alcune solo apparenti analogie) fra i più recenti tratti evolutivi del sistema politico-istituzionale italiano e la forma di governo, in C. Amirante - S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea. Economia, Costituzione, Politica*, cit., pp. 111-133.
- Stibbe M., *Germany, 1914-1933: Nie wieder Krieg*, UK, 2010.
- Thalmann R., *La repubblica di Weimar*, Napoli, 1995.
- Tommasi C., *Dal «Kaiserreich» a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss*, in G. Gozzi-P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, cit., pp. 207-281.
- Treves R., *Prefazione a H. Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto*, traduzione di R. Treves, Torino, 1952, pp. 11-31.
- Troeltsch E., *La democrazia improvvisata. La Germania dal 1918 al 1922*, Napoli, 1977.
- Tronti M., *Marx e Schmitt: un problema storico-teorico*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 25-40.
- Trützschler J., *Die Weimarer Republik*, Schwalbach, 2011.

- Tyrell A., *Der Aufstieg der NSDAP zur Macht*, in K.D. Bracher - M. Funke - H.A. Jacobsen (Hrsg.), *Die Weimarer Republik 1918-1933*, cit., pp. 467-483.
- Vassalli G., *Hans Kelsen a cento anni dalla nascita*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 7-20.
- Villari L. (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit.
- Villari L., *Introduzione* a Id., (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit., pp. 7-10.
- Villari L., *La razionalizzazione capitalistica nella repubblica di Weimar*, in Id. (a cura di), *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, cit., pp. 71-91.
- Volpe G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000.
- Weitz E.D., *La Germania di Weimar. Utopia e tragedia*, Torino, 2008.
- Wilkinson M.A., *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, «Law, Society and Economy Working Papers», 05/2016, London, pp. 1-39.
- Willms B., *Carl Schmitt-Jüngster Klassiker des politischen Denkens?*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 577-597.
- Winkler H.A., *La repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, Roma, 1998.
- Winkler H.A., *Il paradosso quale paradigma. Dalla Repubblica di Weimar alla lezione di Weimar*, in G.E. Rusconi - H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, cit., pp. 53-78.
- Wirsching A. (Hrsg.), *Herausforderungen der parlamentarischen Demokratie. Die Weimarer Republik im europäischen Vergleich*, München, 2007.
- Zaccaria G., *La critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, cit., pp. 139-152.
- Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.
- Zagrebelsky G., *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 1-33.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

- Zagrebelsky G., *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 35-82.
- Zagrebelsky G., *I paradossi della riforma costituzionale*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 293-314.
- Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.
- Zagrebelsky G., *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007.
- Zagrebelsky G., *La difficile democrazia*, Firenze, 2010.
- Zarka Y.C., *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, trad. it. e cura di S. Ragazzoni, Genova, 2005.
- Zarone G., *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli, 1982.
- Zarone G., *Occasio e causa. Metafisica e politica della volontà decisiva*, in R. Racinaro (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, cit., pp. 49-88.