

LE RADICI TEORICHE DELLA DEMOCRAZIA POLITICA DI HERMANN HELLER

THE THEORETICAL ROOTS OF POLITICAL DEMOCRACY IN HERMANN HELLER'S THOUGHT

ULDERICO POMARICI*

Abstract: la *Dottrina dello Stato* di Hermann Heller costituisce, insieme agli scritti sulla sovranità e ai saggi politico-teorici, un contributo rilevante e originale alla comprensione filosofico-giuridica della Germania degli anni Venti del Novecento, in particolare per il tentativo di elaborare una terza via tra normativismo e decisionismo.

Keywords: metodo giuridico – sovranità – popolo – emergenza – stato costituzionale

Abstract: Hermann Heller's *Theory of the State*, together with his writings on Sovereignty and his political-theoretical essays, represents a significant and original contribution to the philosophical and legal understanding of Germany in the 1920s, particularly for its attempt to articulate a third path between normativism and decisionism.

Keywords: legal method – sovereignty – people – emergency – Constitutional State

1. Tra Kelsen e Schmitt

Nella sua *Introduzione al diritto costituzionale* Mario Dogliani scrive: «La *Dottrina dello Stato* di Hermann Heller rappresenta la sintesi più alta del pensiero giuspubblicistico weimariano e anche la più precisa prefigurazione del modello di Costituzione che si è affermata dopo la fine dei fascismi europei»¹.

In che senso può articolarsi questo pensiero di Dogliani? Innanzitutto, la sua dottrina dello Stato esibisce un concetto di sovranità che vuole sfuggire tanto alla concezione «demoniaca» come si configura nella critica kelseniana che la liquida come il dogma da abbattere, quanto alla concezione schmittiana che la pone come *assoluta*, originaria, così

* Ulderico Pomarici, già professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli». Email: uldericopomarici@gmail.com

¹ M. Dogliani, 1994, 287.

che da questa *immediatezza*, da questo *Abgrund* dal quale nasce scaturisca il primato del politico e *di conseguenza* la funzione giuridica.

All'opposto, per Heller, la sovranità nasce come e da un processo sociale che si conclude certo in una forma «imperativa», ma resta sempre il frutto di una *mediazione* e di un processo che nutre e compone al suo interno la complessità materiale dello sviluppo sociale. In questo senso si potrebbe dire che la prestazione teorica di Heller costituisca il controcanto alle teorie di Kelsen e Schmitt con le quali si è confrontato per tutta la sua breve vita. Forma e vita sono momenti, entrambi, dell'affermazione e della costituzione del diritto e Heller, in questo senso, si colloca proprio *tra* i due, poiché, nel costituirsi dell'esperienza giuridica dello Stato costituzionale, l'elemento della norma e quello della decisione sovrana devono essere posti in una inscindibile relazione dialettica e non è possibile isolarli e/o porli in gerarchia, come tendono a fare normativismo e decisionismo: «Ogni problema giuridico, nessuno escluso, si radica in basso nella sociologia e in alto nella sfera etico-politica, e non soltanto è accessibile sia ad un'analisi causale che ad una normativa, ma anzi le richiede entrambe»².

L'unità di volontà che assume il controllo sovrano non è per Heller, come invece accade in Schmitt, un'unità legata a un *individuo*. Ferme restando le grandi intuizioni della teoria schmittiana della sovranità, che coglie certamente, prima e meglio di altri, una certa direzione del Politico, tuttavia l'ascendenza nietzschiana della teoria di Schmitt si scontra con la complessità dello Stato contemporaneo: per Heller, come si dirà, il sovrano non può essere un'invenzione, il frutto di un «miracolo», un plusvalore individuale, va quindi compreso *non fuori ma dentro* la costruzione sociale del potere politico. In questo Heller segue certamente la lezione hegeliana: «Il concetto di forma risulta utile nella costruzione della formazione sociale per superare la concezione errata di un aggregato spaziale, divisibile in parti; la forma non può essere dedotta da "elementi", né gli "elementi" dalla forma. Ogni affermazione sui "momenti" – così li vogliamo definire d'ora in poi seguendo Hegel – deve di necessità includere l'unità gestaltica e viceversa»³.

«Con il termine sovranità indichiamo il carattere dell'indipendenza assoluta di un'unità di volontà rispetto ad ogni altra unità di decisione efficace ed universale; così esprimiamo in modo positivo che l'unità di volontà in questione è l'unità di decisione universale suprema all'interno di questo determinato ordinamento autoritativo»⁴.

Per misurare, innanzitutto, la distanza che separa questi tre giuristi può essere utile evidenziarne, sia pure in modo sommario, i riferimenti culturali. Per fondare la sua dottrina dello Stato e della sovranità Heller «dialoga» innanzitutto con Bodin e con Hegel. Manfred Riedel⁵ sostiene che il moderno concetto di società civile – elaborato da Hegel

² H. Heller, 1987, 94.

³ H. Heller, 2024², 125.

⁴ H. Heller, 1987, 168.

⁵ M. Riedel, 1975, 142.

nei *Lineamenti di filosofia del diritto* – dovrebbe essere considerato, alla pari del concetto di sovranità di Bodin e a quello di volontà generale di Rousseau, il terzo grande perno del dispositivo teorico della modernità politica. Tutte e tre queste filosofie dello Stato costituiscono la trama helleriana della genesi del politico *dentro* le trasformazioni sociali che guideranno allo Stato e lo sosterranno. Ma non solo. Grande rilievo, nella sua *Dottrina dello Stato*, hanno le teorie giuridiche di Robert von Mohl e Lorenz von Stein che useranno il concetto di società «per produrre un drastico ammodernamento delle scienze giuridiche e dello Stato: economia politica, scienza delle finanze, diritto costituzionale, scienza dell'amministrazione come strumenti per intercettare, decifrare e integrare politicamente dall'alto i sommovimenti sismici di una società in veloce, quanto contraddittoria, evoluzione»⁶.

Kelsen, invece, muovendo dalla critica alle teorie ottocentesche di Laband e Gerber⁷, impregnate di residui sostanzialistici, approda a un formalismo giuridico che astrae da ogni elemento materiale avendo uno dei suoi punti di riferimento in John Austin, Max Weber e Otto Weininger. Schmitt, d'altro canto, assume nella considerazione del Politico e dello Stato la lezione del pensiero negativo contrapposto alla dialettica hegeliana: il nichilismo di Nietzsche, il Singolo di Kierkegaard e la filosofia dello Stato della controrivoluzione attraverso De Maistre, Bonald e Donoso Cortes.

Va innanzitutto notato che sia Kelsen che Schmitt fondano le loro teorie – Kelsen della norma, Schmitt del Politico – come un primato caratterizzato da assoluta autonomia rispetto ad altri criteri, ad altre discipline. La purezza, l'*a priori* è, in entrambi i giuristi, la forza della loro proposta teorica. In Kelsen la purezza del diritto, in Schmitt la purezza del Politico in quanto abissale e insondabile *arché* nato da un abisso (*Abgrund*)⁸. Nella *Premessa* all'edizione del 1932 del *Concetto di Politico* Schmitt afferma: «tutto ciò che viene qui detto sul concetto di "politico" serve soltanto a inquadrare teoricamente un problema incommensurabile»⁹. Si potrebbe dire: *Simplex sigillum veri*. Ma è così? Per tutti e tre questi giuristi, che riflettono sulle trasformazioni alle quali è sottoposto il nesso Stato-costituzione, il Politico e il Giuridico risultano sconnessi: Kelsen «medica» questa sconnessione eliminando il primo termine e identificando semplicemente lo Stato con l'ordinamento giuridico, risolvendo quindi il primo nel secondo; Schmitt costituisce invece il Politico, in quanto *a priori*, in una superiorità ontologica che genera, attraverso l'eccezione sovrana, un intervento dal «di fuori», eccedente lo spazio normativo in origine vuoto. Heller tenta invece di assumere la sconnessione fra Politico e Giuridico in modo *produttivo*, in quel processo che attraverso la complessa mediazione del pluriverso

⁶ S. Chignola, 2002, 20-21.

⁷ M. Fioravanti, 2001, 606-656.

⁸ C. Schmitt, 1972, 61.

⁹ C. Schmitt, 1972, 89.

sociale – in una dimensione segnata da contraddizioni culturali e interessi economici divergenti – si fa strada il percorso che dalla società conduce allo Stato¹⁰.

Una costituzione, dirà Heller nel decimo anniversario della *Weimarer Verfassung*, «possiede la potenza sempre attuale della forma soltanto se è espressione viva degli effettivi rapporti sociali di potere, ovvero se la sua forma statica viene rinnovata di continuo dalla dinamica delle forze popolari, prive sì esse stesse di forma, ma trasformatrici. Buona è soltanto quella costituzione che, alle forze popolari che danno forma al futuro, lascia la libertà per la figurazione politica a venire»¹¹. In quel decimo anniversario era certo una forma che guardava al futuro, una forma che nella lacerazione degli anni '20 non poteva forse avere luogo se non con il coraggio temerario della speranza che animava la sua battaglia di militante socialdemocratico.

2. La differentia specifica della dottrina helleriana

Vorrei provare a misurare in un punto cruciale la differenza specifica che connota la dottrina di Heller dalle due teorie di cui Heller riconosce la grandezza, pur nella *vis polemica* che ne accompagna la critica. Esiste una caratteristica strutturale comune alla teoria kelseniana e a quella schmittiana che le contraddistingue: sia pure in modo profondamente diverso, entrambe, nel loro nucleo essenziale, sono *esterne* rispetto alla dimensione materiale della società, alla sua costruzione, e, entrambe, *aperte verso l'alto*.

In Kelsen questa apertura emerge con la teoria assiomatica della *Grundnorm*, che si distingue per sua propria natura dalle norme di diritto positivo che ne discendono: «La norma fondamentale non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto. Essa non è valida – come lo è una norma giuridica positiva – perché è stata creata in una determinata maniera da un atto giuridico, ma è valida perché è *presupposta valida* [...] È proprio il fenomeno della rivoluzione che mostra chiaramente il significato della norma fondamentale»¹². Qui si fa evidente il cortocircuito validità-effettività e dunque sembra esistere una soluzione di continuità come traspare dal «dibattito» fra Kelsen e Ross che riempie una lunga nota di tre pagine della *Dottrina pura del diritto*¹³.

Culminando nella *Grundnorm*, proprio perché questa è il frutto di un «fatto», la rivoluzione che ha avuto successo ed è stata riconosciuta, la teoria kelseniana «chiude» solo in apparenza il sistema giuridico. Il protocollo formale è sì al vertice della piramide normativa, ma in questo vertice resta aperta al mandato di un'assemblea costituente,

¹⁰ H. Heller, 2024², 73.

¹¹ H. Heller, 2017, 69-70. Dieci anni dopo Costantino Mortati non avrebbe detto cose molto diverse con il suo concetto di costituzione in senso materiale.

¹² H. Kelsen, 1966⁵, 120-121.

¹³ H. Kelsen, 1975, 238-241.

ovvero di un organismo eminentemente politico frutto della rivoluzione che si è imposta. Chi vince effettivamente, ovvero è riconosciuto come tale, decide il diritto, cancellando allo stesso tempo ogni traccia del Politico dietro di sé. Non è forse una forma di transustanziazione «mistica» questo passaggio dall'effettività politica della prima costituzione alla validità puramente formale della *Grundnorm* e alla positività di tutte le norme che ne discendono, potendo avere, nel loro formalismo, qualsiasi contenuto?

Contro Ross, che sostiene il primato dell'effettività, Kelsen si difende giustificando la *Grundnorm* quale validità come la «formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza forza, però non si identifica con la forza» in quanto «esso è un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza». L'efficacia è dunque una condizione della validità – decisiva però quando il «fatto» della rivoluzione si è imposto – e tuttavia non è, afferma Kelsen, la validità stessa¹⁴. Per di più, l'altra grande «apertura» del sistema kelseniano (che lo distacca criticamente, come abbiamo detto dalla grande tradizione giuspubblicistica dei Gerber e dei Laband) sta nella norma come *Deutungsschema* che non andrebbe tradotto, come fece Treves nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* con schema *qualificativo*, ma come schema *interpretativo*, aperto dunque in ogni *Stufe* della piramide ordinamentale a più soluzioni e proprio di qui nascerà l'altro grande conflitto fra Kelsen e Schmitt sul *Custode della Costituzione*, il carattere politico, secondo Schmitt, dell'interpretazione giurisdizionale.

In Schmitt la costruzione della sovranità come esterna e anteriore allo Stato normativo risulta evidente innanzitutto dalla costruzione secolarizzata della sovranità: lo stato di eccezione, che è lo spazio nel quale la sovranità si manifesta, «ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia»¹⁵ e l'invenzione dello spazio giuridico esemplata nel «cristallo di Hobbes» ribadisce questa immagine «teologica»: alla parte inferiore che chiude il cristallo e costituisce il «sistema dei bisogni» corrisponde in alto l'apertura alla trascendenza¹⁶. Per Heller, invece, la sovranità è l'architrave *interna* allo spazio socio-politico, ed è *dall'interno*, dal basso della società civile e delle sue contraddizioni, dalla dimensione etico-politica dei processi sociali, assente negli altri due giuristi, che si avvia il processo di costruzione e costituzione del diritto che dà luogo allo Stato: una trascendenza sì, ma muovendo dai bisogni materiali collettivi riconosciuti nell'immanenza.

Il «disinteresse» che normativismo e decisionismo mostrano di fronte alla costruzione *sociale* del Politico appare nel primo caso come una teoria *finzionale* – Kelsen riprende l'*als ob* di Vaihinger; nel secondo, invece, in una teoria che scotomizza – sulla scorta di Platone – il male radicale della *stasis*, del conflitto interno al Politico, che va

¹⁴ H. Kelsen, 1975, 243.

¹⁵ C. Schmitt, 1972, 61.

¹⁶ C. Schmitt, 1972, 151.

concepito per Schmitt nei termini originari di una «omogeneità sostanziale»¹⁷. Che Schmitt dica che il concetto di politico costituisce «un problema incommensurabile», già questo pone l'apertura ontologica del suo sistema, quindi, a differenza di Kelsen, è un'apertura voluta, dichiaratamente teologico-politica: il cristallo di Hobbes è aperto verso la trascendenza e proprio nel suo carattere esogeno ha il potere di creare il diritto. In termini secolarizzati: «Il concetto di Stato presuppone quello di politico»¹⁸. Il Politico viene logicamente, cronologicamente e assiologicamente prima dello Stato: e ciò *pour cause*. In una intervista a Fulco Lanchster¹⁹ affermava «i miei concetti sono derivati dalla guerra civile di religione». In questo senso Schmitt considerava l'eccezione come un «*Grenzbegriff*», un concetto-limite: «*die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare*», l'eccezione non può essere sussunta sotto alcuna norma, in quanto nasce in un «vuoto» assoluto di diritto che è possibile «medicare» solo attraverso un intervento *esterno e dall'alto*, e dunque «ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia». Al Male del conflitto amico-nemico necessita il Politico come *Kathekon*. Presupposto ne sono lo spazio e il confine come *formae formantes* della sovranità politica.

Se proseguiamo nel nostro confronto per intendere la distanza che separa Heller dagli altri due giuristi, ci imbattiamo nella seguente affermazione: «Ha un senso profondo», afferma Heller, «il fatto che i termini di ordinamento, regola, legge, costituzione, norma, abbiano un duplice significato, indicando tanto ciò che è – un comportamento che solo di fatto è conforme a una regola – quanto ciò che deve essere, un comportamento imposto da una regola. L'espressione linguistica contiene un riferimento di grande importanza a una connessione obiettivamente necessaria di essere e dover essere, normalità e normatività. A differenza delle regolarità sociali della consuetudine e del costume, che sono tali solo di fatto, tutti gli ordinamenti sociali, anche quelli le cui regole vengono imposte, restano trascendenti rispetto all'essere, in quanto indicano una sola, tra le diverse possibilità della realtà, come dovuta, e la realtà regolata da norme deve avere la possibilità di entrare in contraddizione con questa disposizione»²⁰. Qui siamo molto vicini agli accenti che esprimerà pochi anni dopo Mortati ne *La Costituzione in senso materiale*. Solo che in Heller la relazione fra essere e dover essere, la loro contiguità pur nel passaggio fra l'uno e l'altro ha una rilevanza etico-politica perché indica il «farsi» di un popolo in una dimensione politico-costituzionale.

¹⁷ C. Schmitt, 1984, 310.

¹⁸ C. Schmitt, 1972, 101.

¹⁹ C. Schmitt, 2005, 152.

²⁰ H. Heller, 2024², 285.

3. Popolo e Sovranità

Vorrei soffermarmi in breve su due punti in particolare, il metodo e la sovranità, per distinguere la dottrina di Heller dalle due grandi teorie con le quali si è dovuto confrontare lungo tutto il suo percorso teorico: metodo e concetto di popolo.

Il sincretismo metodologico, al quale Heller ritiene di dover ricorrere per mostrare lo Stato attraverso quell'apparente ossimoro della *Wirklichkeitswissenschaft* di Hans Freyer studioso neohegeliano. Ma gli deriva anche dagli studi fenomenologici di Dilthey e della *Gestalttheorie* (*Ehrenfels*) assumendo la forma-Stato come *Gestalt*: lo Stato come formazione complessa che si sviluppa da una molteplicità di fattori culturali e di forze sociali. E qui valgono la forte influenza che hanno avuto su Heller da un lato le opere di Bodin, Hegel, Robert von Mohl, Lorenz von Stein, dall'altro anche Marx e Lukàcs.

Sincretismo necessario, secondo Heller, perché l'oggetto-Stato nella sua realtà e nel suo formarsi è sincretico *in origine*, un complesso di fattori diversi che nello sguardo fenomenologico vengono unificati in modo sempre provvisorio, in forme che sono di continuo sottoposte alla pressione dello sviluppo reale. La relazione dialettica tra vita e forma: la forma che tenta di continuo, attraverso l'astrazione, di ingabbiare la vita e la vita che, nella storia, di continuo erompe i confini della forma. *Verfassung* (dinamico) e *Konstitution* (statico).

L'idea della *Gestalt* media in sé momento statico e momento dinamico. Il soggetto conoscente non si trova mai in una posizione privilegiata, esterna, rispetto alla realtà che indaga, ma vi è sempre coimplicato, non vi partecipa con una conoscenza meramente intellettuale disinteressata, ma ne è uno degli elementi, è presente e vive in essa, vi è pertanto compromesso e la sua conoscenza sarà dunque inevitabilmente *tendenziosa*, ma comporterà al tempo stesso, per il soggetto collettivo che promuove l'azione politica e nel quale inscindibilmente coesistono conoscenza azione e interesse, la necessità di una determinazione responsabile, di una scelta, dunque di una forma. Heller non vuole solo capire il che cosa, ma anche il perché e il come. «La spiegazione monistica» dice Heller, è data alla scienza sotto forma di ideale: ma come un ideale che essa è in grado solo di avvicinare, mai di realizzare empiricamente. Ogni volta che la teoria politica pretende di individuare un motore immobile dell'accadere politico, essa fa teologia e si propone come surrogato di una religione monoteistica.

La critica di Heller alla dottrina dominante verte sull'incapacità di pensare la sovranità dello Stato in quanto Soggetto, ma non un soggetto come costruito funzionale e astratto, puramente formale, bensì un Soggetto – e qui ancora viene in mente Mortati – in grado di rappresentare l'istanza fondamentale di mediazione fra potere e volontà, tra forma e decisione, tra azione e efficacia, in grado di comprendere la molteplicità custodita e continuamente rinnovantesi nell'unità di azione e decisione. Questi sono infatti per Heller i due momenti essenziali e inscindibili riuniti nel Soggetto della sovranità

e ciò *pour cause*, in quanto quell'unità è il *pendant* necessario della molteplicità sociale che deve trovare continuamente un'istanza di mediazione e di sintesi. Solo così può rappresentarsi come istanza suprema democratica. Al cuore della dottrina helleriana della sovranità c'è quindi la lotta contro un «pensiero puro della legge» che, in quanto tale, non consente di cogliere la complessità della forma-Stato: quel pensiero elimina «lo Stato come soggetto storico-politico». Non è esornativa ma si rifà alle radici filosofiche antiche – leggi Aristotele – l'analisi helleriana che muove, per spiegare lo Stato, dalle condizioni naturali e culturali. Il carattere della sovranità, strutturalmente *interna* al sistema politico, nella sua genesi e nel suo sviluppo, nascente all'interno della società e dalle sue strutture e associazioni, dalle sue molteplici e conflittuali organizzazioni, così che la forma-Stato si apre a un'inestinguibile e vitale dialettica dal basso verso l'alto fra vertice e base, fra l'Uno e i Molti. Il tentativo di riconnettere nella trasformazione e nella *Bildung* politica dei soggetti sociali il «salto» verso lo Stato segue in parte il modello hegeliano. Questa formazione *interna della sovranità nascente dal basso* deriva innanzitutto da Bodin e poi da Hegel e fonda l'idea della sovranità come mediazione fra le parti. In questo senso preciso il sovrano non può più essere *absolutus*.

4. Ausnahmezustand e Normalzustand

Il caso che Heller prende in esame, per far comprendere il suo punto di vista contrapposto all'eccezione schmittiana, è quello di una situazione *praeter legem*, nella quale «il popolo sovrano, per mezzo dei suoi rappresentanti o di un referendum, decide del patrimonio che apparteneva ai principi nella loro suprema qualità di capi di Stato»²¹. In questo caso non c'è regola giuridica scritta per risolvere la controversia, ma uno Stato sovrano, afferma Heller citando Jellinek e la sua forza normativa del fattuale, lì dove «non è possibile derivare una decisione dai casi concreti», ha la possibilità *almeno una volta* e nel pieno dei suoi poteri, di decidere, perché se si rifiutasse spingerebbe alla guerra civile: «Sovrano è dunque chi ha deciso sullo stato normale per mezzo della costituzione scritta o non scritta, e poiché la mantiene sempre in vigore, continua a decidere sempre di nuovo. E solo chi decide dello stato normale conformemente alla costituzione ha il diritto di decidere anche dello stato d'eccezione eventualmente *contra legem* [...] Se si volessero ipotizzare due unità di decisione indipendenti, di cui una decidesse dello stato di eccezione e l'altra di quello normale, si giungerebbe ad ipotizzare due sovrani nel medesimo stato»²².

²¹ H. Heller, 1987, 176.

²² H. Heller, 1987, 176.

Una conferma autorevole di questa interpretazione helleriana della sovranità in relazione al rapporto fra *Ausnahmezustand* e *Normalzustand* ci viene da un saggio di Massimo Luciani²³. L'eccezione, esordisce Luciani, è consustanziale al diritto e, in quanto tale, gli appartiene logicamente, «non tanto perché ogni regola conosca in concreto la propria eccezione, quanto perché nessuna regola può omettere di contemplarne l'astratta possibilità»²⁴. Luciani muove nel suo ragionamento dal *dictum* fondamentale di Schmitt: *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet* («Sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione»)²⁵. «*Dictum* noto quant'altri mai, appunto, eppure quant'altri mai frainteso nella discussione politica»²⁶. Da questa celebre affermazione schmittiana Massimo Luciani prende le mosse per un'analisi critica molto acuta e perspicua. Quello che non convince Luciani del discorso schmittiano intorno all'eccezione è innanzitutto il fatto che questa, dotata di es-tensione e in-tensione, si riduca nel *dictum* esclusivamente a questa seconda forma così da ignorare «tutti gli altri momenti, meno cruciali, epperò ben più numerosi» dell'azione della sovranità²⁷.

Entrando in tema, Luciani si interroga sull'affermazione schmittiana che il sovrano decida non semplicemente *nello* stato di eccezione, prendendo dunque le misure previste dalla legge quando l'eccezione si presenti, ma decida *sullo* stato di eccezione. Il che non vuol dire altro che sovrano autentico è solo «colui che decide se l'eccezione ricorra o meno»²⁸. Tuttavia, controbatte Luciani a Schmitt – e qui vediamo trasparire perfettamente il ragionamento di Heller sopra riportato –, se fosse lecito definire sovrano chi decide che l'eccezione ricorre, non sarebbe meno lecito definire sovrano colui che decide che l'eccezione *non ricorre*, «poiché l'atto stesso di escluderla equivale a impossessarsene»²⁹. Di conseguenza, prosegue Luciani, potremmo altrettanto legittimamente dire che sovrano è colui che decide sullo stato di normalità che è per l'appunto la conclusione alla quale giunge Heller negando che ci possano essere due sovrani, in es-tensione (il legislatore del *Normalzustand*) e in in-tensione (il sovrano che decide *sull'Ausnahmezustand*). Ordine e disordine non possono essere 'comandati' da due sovrani che si alternino a seconda delle circostanze.

Controllo e decisione su entrambi i momenti non possono che essere opera di un unico sovrano.

Per mostrare analiticamente questo punto Luciani si rifà a un passaggio della *Dottrina della Costituzione* nel quale Schmitt di fatto distingue potere costituito e potere costituente sulla falsariga (implicita) del rapporto fra dittatura commissaria e dittatura

²³ M. Luciani, 2022.

²⁴ M. Luciani, 2022, 31.

²⁵ C. Schmitt, 1972, 33.

²⁶ M. Luciani, 2022, 45.

²⁷ M. Luciani, 2022, 45.

²⁸ M. Luciani, 2022, 46.

²⁹ M. Luciani, 2022, 46.

sovrana. Che cosa afferma Schmitt? Il legislatore può solo legiferare, non può compiere atti di *Durchbrechung* («Der Gesetzgeber kann als Gesetzgeber nur Gesetze geben, nicht durchbrechen»)³⁰. Gli sarebbe dunque vietato compiere un atto di sovranità, «d.h. eine *Durchbrechung der geltenden Rechtsordnung*»³¹ («cioè una rottura dell'ordinamento giuridico vigente»). Schmitt tuttavia «dimentica» non solo l'articolo 76 WV:

«Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Jedoch kommen Beschlüsse des Reichstags auf Abänderung der Verfassung nur zustande, wenn zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl anwesend sind und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden zustimmen. Auch Beschlüsse des Reichsrats auf Abänderung der Verfassung bedürfen einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Soll auf Volksbegehren durch Volksentscheid eine Verfassungsänderung beschlossen werden, so ist die Zustimmung der Mehrheit der Stimmberechtigten erforderlich»³².

Come si può notare, nel testo della legge costituzionale della *Weimarer Verfassung* non viene usato, per i mutamenti costituzionali, il concetto di *Durchbrechung* ma quello di *Änderung*. Schmitt 'dimentica' altresì la legge del 30 agosto 1924 inerente alla società delle ferrovie statali che, derogando alla proprietà pubblica come regolata dall'art. 92 WV, viene affidata alla gestione di società private e la stessa costituzione definisce questa legge «*verfassungsdurchbrechende(s) Gesetz*». Quindi *lo stesso* legislatore può operare in regime democratico sia attraverso modifiche della legge (*Änderungen*) sia attraverso *Durchbrechungen* (rottture), entrambe regolate dalla costituzione.

Quello che Schmitt non accetta è che il legislatore democratico possa essere sovrano. La legge che assume su di sé il compito di trasformare ciò che ha promulgato è ridotta a mera finzione³³ e non ha alcuna rilevanza politica; mentre il compito politico della *Durchbrechung*, della rottura costituzionale, andrebbe riservato al sovrano assoluto o al popolo «divenuto politicamente autocosciente»³⁴. Conclude dunque Luciani che per Schmitt, quando parla di *Durchbrechung*, «non si tratta solo della deroga a un ordinamento che s'intende conservare, ma di una rottura che prelude al raggiungimento di un altro approdo, di un altro ordine, di un altro fondamento legittimante»³⁵. Con lo stravolgere lo stesso dettato costituzionale che abbiamo citato e che fa rientrare le «rottture» all'interno della tessitura costituzionale, Schmitt vede la *Durchbrechung* come

³⁰ C. Schmitt, 1984, 107.

³¹ C. Schmitt, 1984, 180.

³² Art. 76 WV: «La costituzione può essere mutata in via legislativa. Tuttavia le modificazioni sono possibili solo se siano presenti i due terzi dei membri assegnati per legge al Reichstag, e vi consentano due terzi dei presenti. Anche le decisioni del Reichsrat dirette al mutamento della costituzione richiedono la maggioranza dei due terzi dei voti. Se per iniziativa popolare un mutamento costituzionale deve aver luogo con referendum è necessario che si raggiunga il consenso della maggioranza degli elettori».

³³ C. Schmitt, 1984, 107.

³⁴ C. Schmitt, 1984, 151. Traduzione modificata.

³⁵ M. Luciani, 2022., 49.

un atto di dittatura sovrana che mira a istituire un ordine nuovo. E tuttavia, conclude Luciani, il *brechen* implica un *durch*, l'aver attraversato vittoriosamente il Rubicone portando a termine l'atto di rottura costituzionale verso un ordine alternativo. Alla rottura costituzionale deve seguire la costruzione di un altro ordine. Ma come si può conoscere in anticipo ciò che sta appena per iniziare?³⁶.

5. Il popolo come «costruzione sociale»

Se ora torniamo alla dottrina dello Stato di Heller, la sua idea di sovranità popolare andrebbe sempre letta *insieme* alla sua idea di Stato sociale di diritto di cui è riconosciuto uno dei padri. Il che implica uno Stato che ha a cuore l'omogeneità sociale (tutt'altro dalla schmittiana omogeneità sostanziale) e dunque si preoccupa di intervenire per diminuire i dislivelli economici fra le classi non lasciando al solo libero gioco di mercato la formazione degli equilibri che sono sempre squilibri economici e di potere. La sovranità popolare diventa un concetto indispensabile nella democrazia quando, superando il *Monarchisches Princip*, non si fonda più su un vincolo etico-sociale, legato alla volontà del sovrano, ma diventa pienamente giuridico fondato sulla legge. Un'idea di democrazia che vive di pluralismo e di conflitti come elementi strutturali. Se difficoltà e incertezze sono presenti nell'opera di Heller, esse risultano dalla natura costitutiva del Politico helleriano che ha carattere processuale, molecolare, per usare un termine gramsciano, e dunque non anticipabile in una forma chiusa come è tipico della scienza giuridica: «l'unificazione della volontà attraverso il principio di maggioranza e la rappresentanza sono dunque gli strumenti tecnici che permettono al popolo in quanto unità di governare il popolo in quanto molteplicità e di diventare soggetto della sovranità. Precondizione di entrambi e però l'esistenza concreta di una *volonté générale* che sola in fin dei conti può indurre la minoranza a sottomettersi ai rappresentanti nominati dalla maggioranza»³⁷. Ora che cosa intende Heller per *volonté générale*? Non è la volontà generale astratta di Rousseau, ma una volontà socialmente costruita e costituita che nasce da una molteplicità. Un soggetto adeguato della sovranità è possibile solo se si concepisce la volontà generale come unificata e voluta da un'istanza rappresentativa, *ma anche come realmente presente*. Volontà generale è il popolo considerato come unità di volontà che costituisce la sede dei valori della comunità che devono essere realizzati sempre di nuovo nel diritto.

Come ben dice De Giovanni³⁸, va quindi messa innanzitutto in crisi, nella costruzione helleriana del concetto di popolo, la concezione roussoviana della volontà generale. Tutta la critica helleriana al formalismo kelseniano, afferma De Giovanni, si può dire che «si

³⁶ M. Luciani, 2022, 50.

³⁷ H. Heller, 1987, 140.

³⁸ B. De Giovanni, 2015, 267.

organizzi intorno alla mancanza di una “volontà” che in quel sistema metta in moto l’algida realtà della Norma»³⁹. Una volontà che sia ovviamente politica, ma, si chiede De Giovanni, come fa questa volontà «a diventare uno spazio costituente dotato di una sua razionalità, addirittura un soggetto costituente? [...] Il primo passo è l’uscita dal concetto omogeneo di popolo»⁴⁰. Per Heller infatti non esiste alcuna unità originaria del popolo dello Stato, così come accadeva in Rousseau che lo trasformava in una entità metafisica: «la *volonté générale* di Rousseau», infatti, «esprime un’armonia politica prestatuale e un accordo tra le volontà che non è dato trovare nella realtà sempre antagonistica del popolo»⁴¹. La forma politica del popolo, la sua unità, è sempre e solo in divenire, frutto di un processo che non ha alcuna destinazione precompresa.

Una dialettica fra rappresentanti e popolo ben diversa da quella esibita da Kelsen e da Schmitt che assumono il popolo come finzione. Kelsen ne è assolutamente consapevole: Sembra, afferma infatti Kelsen, che la democrazia presupponga questa pluralità di individui come costituente un’unità, proprio in quanto *soggetto del potere*. «Ma di dove possa risultare questa unità che appare col nome di popolo resta problematico finché si considerano soltanto i fatti sensibili»⁴². Ecco che, ai fini della «purezza» del modello, il popolo può apparire solo come finzione giuridica. *Realmente* il popolo è diviso da contrasti e conflitti, quindi «soltanto in senso normativo si potrà parlare di unità [...] il popolo appare uno dal solo punto di vista giuridico». La democrazia, dice Kelsen, nasce dall’inevitabile differenza fra questo popolo, «creatore» dell’ordine, e quello definito come l’insieme degli individui sottoposti a delle norme. Tutti coloro infatti che fanno parte del popolo come individui sottoposti a norme dell’ordine statale non possono partecipare al processo di creazione di queste norme né rappresentare il popolo come soggetto del potere. E questa differenza fra dominanti e dominati, nota Kelsen, è così evidente «che gli ideologi della democrazia non suppongono il più delle volte quale abisso essi dissimulano quando identificano l’un “popolo” con l’altro»⁴³. Ma se il popolo prima dello Stato è solo una molteplicità di individui senza alcuna forma di organizzazione, se la società sembra non esistere fuori e prima dello Stato, cosa spingerebbe gli individui separati e in conflitto gli uni con gli altri a diventare improvvisamente unanimi e a sottoporsi in modo concorde alla struttura anonima dello Stato? Come giungere da questo caos all’illuminazione razionale di una unità necessaria per cui stare sotto il comando statale è la migliore libertà possibile? Qui Kelsen assume senza nominarlo il paradigma hobbesiano: «Ma di dove possa risultare questa unità che appare col nome di popolo resta problematico finché si considerano soltanto i fatti

³⁹ B. De Giovanni, 2015, 268.

⁴⁰ B. De Giovanni, 2015, 269.

⁴¹ H. Heller, 2024², 256-257.

⁴² H. Kelsen, 1984, 51.

⁴³ H. Kelsen, 1984, 53.

sensibili. Diviso da contrasti nazionali e religiosi ed economici, il popolo appare agli occhi del sociologo piuttosto come una molteplicità di gruppi distinti che come una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione. Soltanto in senso normativo, a questo riguardo, si potrà parlare di unità⁴⁴. In luogo dell'identità, perseguita ossessivamente dal giurista di Plettenberg, Kelsen pone alla radice del Moderno il principio di libertà: Un principio, tuttavia, che può essere vissuto e realizzato solo «attraverso un cambiamento di significato». Il Moderno, infatti, è il tempo nel quale l'individuo interpreta la propria libertà affidandola, perché la custodisca, a un potere al quale tutti debbano ugualmente sottomettersi. La discordanza fra la volontà dell'individuo, punto di partenza dell'esigenza di libertà, e l'ordine statale, che si presenta all'individuo come una volontà estranea, è inevitabile. Il «mistero della democrazia» consiste nella trasformazione della volontà dei singoli in una «misteriosa volontà collettiva addirittura mistica»⁴⁵. Qui Kelsen evidentemente, in modo ironico e direi antischmittiano, sottolinea come al «mistero» inesplicabile di questo processo si sostituisca la linea chiara e pura del procedimento giuridico: chi è libero non è più il singolo cittadino, la libertà va ascritta d'ora innanzi prosaicamente alla persona dello Stato. Certo, precisa Kelsen, l'individuo non entra totalmente nell'ordine dello Stato e proprio per questo mantiene un suo proprio spazio di libertà. Kelsen tuttavia non spiega per nulla il passaggio – storicamente ricostruibile così come si propone di fare Heller⁴⁶ – dalla molteplicità sociale all'unità statale degli stessi soggetti. Tutto il tessuto di associazioni, conflitti, formazioni ideologiche, pratiche sociali – è una sfera che non ha impatto alcuno sulla formazione e trasformazione dello Stato stesso? Può accettarsi, si chiede retoricamente Heller, un'operazione teorica che non ponga, alla base della democrazia, come soggetto agente, il popolo, dal quale potrà emergere quell'unità di azione e decisione che darà luogo alla sovranità statale – risolvendo come fa Kelsen, un fenomeno sociale, storico, politico, economico e ideologico di proporzioni così vaste e di incidenza così profonda sugli individui sociali – all'interno di una teoria che pretenda di spiegarlo *esclusivamente* attraverso le norme giuridiche, dunque *post festum*? In Kelsen, infatti, nel costruire la democrazia, il popolo farà la sua comparsa solo *alla fine* del processo politico. All'inverso, è questa al fondo la *crux* di Heller, si tratta di individuare le vie attraverso le quali *dal basso* si pongano le basi per un'unità reale. In fondo qui siamo molto vicini ancora una volta alla mortatiana *Costituzione in senso materiale*.

L'unità dello Stato, dunque, non può darsi, per Heller, spiegandola solo alla luce della scienza giuridica come vorrebbe Kelsen, che ricorre all'impianto finzionale dell'*als ob* di Vahinger. In base a questa teoria essa non potrebbe mai essere concepibile come realtà.

⁴⁴ H. Kelsen, 1984, 51.

⁴⁵ H. Kelsen, 1984, 47.

⁴⁶ B. De Giovanni, 2015, 267 ss.

Né, prosegue Heller⁴⁷, il vincolo normativo interindividuale alla base dell'ordinamento giuridico che unifica le singole soggettività può bastare a spiegare l'esistenza dello Stato. «L'unificazione delle volontà, in virtù della quale nasce la volontà comune presente nei singoli individui, si compie principalmente come evento intraindividuale di integrazione e adattamento in ogni singolo individuo, che la convivenza sociale impone in ogni momento e che l'educazione di infinite generazioni ha plasmato fino all'abituale condizione di una coscienza del Noi più o meno chiara, più o meno salda»⁴⁸. Quindi la «coscienza del Noi» non è affatto un dato ontologico *a priori*: come ben sottolinea Sara Lagi «Heller si misura con il significato di Stato e di sovranità, così come con il tema della *Volksbildung*,[...] nel senso di un'educazione che, in quanto “Bildung”, non deve essere soltanto istruzione (“*Erziehung*”) bensì formazione della persona e della sua individualità»⁴⁹. Il concetto di omogeneità sociale si delinea qui nei termini di una necessaria sintesi degli interessi materiali e concreti antagonisti – non solo economici, ma anche culturali – presenti all'interno di un popolo, una sintesi questa che trova nell'attuazione della Costituzione l'unico strumento in grado di produrre quella «coscienza del Noi» che evidentemente è lo speculare opposto della dicotomia «amico-nemico» di schmittiana memoria. In questa prospettiva, il concetto di «omogeneità sociale» che emerge dalla riflessione helleriana appare di grande attualità, in quanto – anche astraendo dal momento storico in cui veniva concepito – assume una connotazione duplice per l'evoluzione prospettica del costituzionalismo contemporaneo.

Lo stesso in Schmitt anche se con esiti ben diversi: come ogni forma di Stato, anche la democrazia si basa sulla differenza fra governanti e governati, e la presenza di quella omogeneità sostanziale che la caratterizza fa sì che essa divenga una forma di Stato *ideale* per la dittatura. Quella differenza «può *di fatto* essere mostruosamente accresciuta e rafforzata» – se tutti sono *sostanzialmente* eguali non ci sarebbe nulla infatti da temere – così da rendere la democrazia *l'unica* vera forma di Stato ideale per la dittatura. Ma come può una «omogeneità sostanziale» restare costante, in un popolo che ha vita storica, se non in riferimento alla finzione dell'unanimità a favore del *Führerprinzip*?

6. Legalità e legittimità

Nelle ultime drammatiche pagine di *Legalità e legittimità* Schmitt sostiene l'idea che la *Weimarer Verfassung* sia composta in realtà da due differenti costituzioni e che il cuore

⁴⁷ H. Heller, 2024², 352.

⁴⁸ H. Heller, 2024², 351.

⁴⁹ S. Lagi, 2024, 135. Sui temi dell'omogeneità sociale e della sua genesi, di una «coscienza del Noi» cfr. il saggio di A. Ciervo, 2021.

della seconda parte della costituzione di Weimar (I valori fondamentali: i diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi) merita di essere liberato da contraddizioni interne e compromessi difettosi e di essere svolto nella sua logica intrinseca. Se ciò riuscisse, prosegue Schmitt scrivendo nel momento finale della Repubblica, l'idea di una costruzione costituzionale tedesca sarebbe salva; in caso contrario le finzioni di un funzionalismo maggioritario, neutrale verso il valore e verso la verità, mostrano presto le corde «e la verità si vendica»⁵⁰. Quali valori? Quale verità? Quella che vorrebbe assumere il popolo nella sua omogeneità sostanziale (etnica), *immediatamente* disponibile a dire sì in un plebiscito? Tutta la differenza fra dittatura sovrana e dittatura commissaria sta nella contrapposizione fra immediatezza e mediazione. Mentre il dittatore commissario risponde al potere democratico del popolo e ha un mandato limitato nel tempo e nell'oggetto, il dittatore sovrano surrogando ogni potere si autolegittima: ma a quali fini, verso quale «vera» costituzione si chiede Heller? Qui mi sembra che Schmitt non stia compiendo, come sostiene, un estremo tentativo di salvare la Repubblica ma, se parla di «vera» costituzione, prepari il terreno, forse senza rendersene conto sul piano della prassi, al linguaggio del potere assoluto. Schmitt e Schleicher con la loro proposta ultraconservatrice mai avrebbero mai potuto competere con la potenza del carisma hitleriano.

Heller, contestando questa idea schmittiana, che la *Weimarer Verfassung* sia composta da due Costituzioni, una funzionalistica e una assiologica e che si debba scegliere fra le due per la salvezza della Germania decidendosi per la Seconda Costituzione e il suo abbozzo di un ordine sostanziale – dice qualcosa di più e di diverso. I nostri studiosi di diritto costituzionale, dice Heller, non spendono una sola parola sul fatto che tutta la prima parte della costituzione di Weimar, in particolare la funzione del Presidente, del Parlamento e del governo del Reich può essere compresa soltanto sulla base del primo articolo della costituzione stessa: «il potere dello Stato deriva dal popolo», in quanto essi sono una rappresentanza autorizzata dal basso e trovano giuridicamente il loro senso soltanto in quanto costituiscono la garanzia giuridica della derivazione del potere dello Stato dal popolo. Ma la volontà del popolo in democrazia non esiste come qualcosa di già compiuto, non è autotrasparente ma va costruita e a dar forma a questa volontà a coagularla istituzionalmente è la mediazione rappresentativa. Per dirla con Ilse Staff: «Questa relatività di ogni ordinamento legale, inevitabile nel mondo secolare, implica per sua natura che gli antagonismi realmente presenti nella società moderna confluiscono nel processo della decisione statale, vi si impongono. Questo implica, per la democrazia, la necessità di un processo di formazione della volontà politica nel quale a tutti i cittadini dello Stato non solo formalmente ma anche realmente spettino identiche

⁵⁰ C. Schmitt, 2012, 128. Questo è lo stesso Schmitt che nel secondo dopoguerra dedicherà una conferenza sul carattere tirannico dei valori.

chances; a tal fine è indispensabile un certo grado di omogeneità sociale, perché solo questa rende possibile un equilibrio razionale degli antagonismi politici, economici, religiosi. La democrazia, in questo senso, deve essere democrazia sociale»⁵¹.

Le costituzioni europee del secondo dopoguerra – le costituzioni dei diritti inviolabili e i principi che le incardinavano a difesa della dignità dell'uomo – ne avevano ripreso l'ispirazione tragicamente repressa dal nazionalsocialismo. Ispirazione che – in base a quelle esperienze – consisteva in una relativizzazione della sovranità politica attraverso un meccanismo di *checks and balances* che trova la sua espressione fin dal primo articolo della nostra Carta dove si afferma che il popolo esercita la sovranità «*nelle forme e nei limiti della Costituzione*». Un approfondimento della divisione dei poteri, una accresciuta capacità auto-critica del potere che riconosceva in base alle esperienze storiche la necessità di trovare degli *ulteriori* limiti alla propria azione. Quello che lo Stato costituzionale vuole apertamente combattere è infatti proprio ciò che Schmitt ha teorizzato come il «destino» della forma politica europea, ovvero l'idea che «l'autentico» potere politico nasca *ex nihilo* e vi si radichi traendo dal carisma di una decisione infondata la propria legittimità e la propria forza. Da questo punto di vista il suo saggio *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*⁵² (*La situazione della scienza giuridica europea*) – frutto di una serie di conferenze tenute negli anni terribili '43-'44 nell'Europa occupata dal nazismo –, esaltando la scienza giuridica europea con al centro la figura di Friedrich Karl von Savigny, appare una vera e propria palinodia.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CHIGNOLA Sandro, 2002, «Per la storia del concetto di società. Note a margine di una recente ricerca internazionale». In *Scienza & Politica*, 27.

CIERVO Antonello, 2021, «*Gli assenti e i lontani. Omogeneità sociale, "coscienza del noi" e crisi della democrazia politica*». In *Costituzionalismo.it*, 3.

DE GIOVANNI Biagio, 2015, *Elogio della sovranità politica*. Editoriale Scientifica, Napoli.

DOGLIANI Mario, 1994, *Introduzione al diritto costituzionale*. il Mulino, Bologna.

⁵¹ I. Staff, 1984, 26.

⁵² C. Schmitt, 2020.

FIORAVANTI Maurizio, 2001, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*. In ID. *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Il, Giuffrè, Milano.

HELLER Hermann, 1987, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Giuffrè, Milano.

HELLER Hermann, 2017², *Libertà e forma nella costituzione del Reich*, in *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*. Editoriale Scientifica, Napoli.

HELLER Hermann, 2024², *Dottrina dello Stato*. Istituto Italiano per gli Studi filosofici, Napoli.

KELSEN Hans, 1966⁵, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945). Etas Libri, Milano.

KELSEN Hans, 1975, *Dottrina pura del diritto*, (1960). Giulio Einaudi editore, Torino.

KELSEN Hans, 1984, *Essenza e valore della democrazia* (1929). In ID., *La democrazia*. Il Mulino, Bologna.

LAGI Sara, 2024, «Hermann Heller e i presupposti dello Stato democratico». In *Il popolo sovrano. Unità e conflitto nella teoria democratica di Hermann Heller*, a cura di Sara Lagi e Ulderico Pomarici. Editoriale Scientifica, Napoli.

LUCIANI Massimo, 2022, «Il diritto e l'eccezione». In *Rivista AIC*, 2.

RIEDEL Manfred, 1975, *Hegel fra tradizione e rivoluzione*. Laterza, Roma-Bari.

SCHMITT Carl, 1972, *Teologia politica*, (1934²), in *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna.

SCHMITT Carl, 1972, *Il concetto di 'politico'*. In *'Le categorie del politico'*. Il Mulino, Bologna.

SCHMITT Carl, 1984, *Dottrina della costituzione* (1928). Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 2005, *Un giurista davanti a se stesso, Saggi e interviste*. Neri Pozza Editore, Milano.

SCHMITT Carl, 2012, *Legalità e legittimità* (1932). Il Mulino, Bologna.

SCHMITT Carl, 2020, *La situazione della scienza giuridica europea*. Quodlibet, Milano.

STAFF Ilse, 1984, «Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers». In *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, herausgegeben von Müller Christian, Staff Ilse. Nomos, Baden-Baden.