



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2021

**Hermann Heller
tra Kelsen e Schmitt**

di Antonio Merlino

EDITORIALE SCIENTIFICA

HERMANN HELLER TRA KELSEN E SCHMITT

Antonio Merlino

Professore a contratto di «Vergleichendes Verfassungsrecht»

Università Paris Lodron di Salisburgo

e di «Europäisches Verwaltungsrecht»

Libera Università di Bolzano

SOMMARIO. 1. IL PENSIERO DI HERMANN HELLER TRA NORMATIVISMO E DECISIONISMO; 2. IL PRIMO LIBRO DI HERMANN HELLER: LA CRITICA ALLO STATO DI POTENZA. LE RAGIONI DI UN SILENZIO; 3. HELLER E LA CRITICA ALLA SCIENZA GIURIDICA DEL XIX E DEL XX SECOLO; 4. CONCLUSIONI. STORICISMO E CRITICA DELLO STATALISMO.

1. Il pensiero di Hermann Heller tra normativismo e decisionismo

In Italia l'interesse scientifico per il pensiero giuridico di Hermann Heller è stato destato dalle prime traduzioni dei suoi scritti, apparse nella seconda metà degli anni Ottanta. Nel 1987 era stata pubblicata a cura e con una lucida premessa di Carlo Amirante la traduzione italiana di *Europa und der Fascismus* (1931)¹. Ad Amirante si deve il merito di aver ampliato l'orizzonte degli studi sul pensiero giuridico tedesco e, in particolare, di aver messo in crisi uno schema interpretativo stereotipato, ancora oggi dominante². Secondo questo schema il dibattito giuridico e filosofico della stagione di Weimar sarebbe in fondo riducibile ad una unica grande contrapposizione tra il normativismo kelseniano e il decisionismo schmittiano. *Tertium non datur*. Questa drastica semplificazione ha avuto un grave impatto sulla scienza di diritto pubblico e ha incoraggiato le tendenze, entrambe estreme, a considerare il diritto o esclusivamente come norma o esclusivamente come decisione di un sovrano dotato di pieni poteri. Si è così trascurato di indagare altre dottrine (e su tutte quella di Heller) sorte ai tempi

¹ H. HELLER, *Europa und der Fascismus*, 2. erweiterte Auflage, Berlin, 1931 (1929), ora in *Gesammelte Schriften*, cit., pp. 463-609; trad. it. *L'Europa e il fascismo*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1987.

² C. AMIRANTE, *Prefazione a H. HELLER, L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 3-37.

di Weimar e travolte con il crollo della Repubblica nel 1933. Se dopo la seconda guerra mondiale le teorie di Kelsen e di Schmitt trovarono in Italia un'ampia eco che tuttora ci è dato di udire, il pensiero di Heller rischiò invece di cadere nell'oblio. Eppure, a un secolo di distanza dalla pubblicazione dei suoi primi scritti, Heller ha ancora molto da dire. Se le teorie di Kelsen e di Schmitt avevano entrambe scatenato la propria forza dirompente in un insanabile contrasto con la tradizione, il pensiero di Heller si collocava invece, dialetticamente, "tra passato e futuro"³. Il suo sforzo di rimeditare criticamente la tradizione ci consegna una fondamentale interpretazione della crisi di Weimar e in particolare dell'emergenza che ne lambiva pericolosamente l'ordine giuridico, democratico e repubblicano. *Fabula de nobis*.

Dicevamo, dunque: con la versione italiana di *Europa e il fascismo* Heller fu finalmente preso in considerazione in Italia. Lo stesso anno furono edite anche le traduzioni a cura di Pasquale Pasquino e di Gabriella Silvestrini dei saggi *Die Krisis der Staatslehre* (1926)⁴, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927)⁵, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1928)⁶ e *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929)⁷. Nel 1988 fu inoltre pubblicata la versione italiana a cura e con

³ Richiamo non casualmente H. ARENDT, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, New York, 1961, trad. it. di T. GARGIULO, *Tra passato e futuro*, con una introduzione di A. DAL LAGO, Milano, Garzanti, 2017³.

⁴ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55, 1926, pp. 289-316 ora in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, II, hrsg. von C. MÜLLER, Tübingen, 1992², pp. 3-30, trad. it. di P. PASQUINO e G. SILVESTRINI, *La crisi della dottrina dello Stato*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. PASQUINO, Milano, 1987, pp. 31-66.

⁵ H. Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, hrsg. von V. Burns, Heft 4, Berlin und Leipzig, 1927, pp. 177-248 (ora in *Gesammelte Schriften*, II, cit., pp. 31-202), trad. it. di P. PASQUINO e G. SILVESTRINI, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 67-301.

⁶ H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 4, als Bericht zum 2. Beratungsgegenstand der Tagung 1927 in München (Mitberichterstatte Max Wenzel), Berlin und Leipzig, 1928, pp. 98-135; *Schlußwort* pp. 201-204 (ora in *Gesammelte Schriften*, II, cit., pp. 203-247), trad. it. *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 305-356.

⁷ H. HELLER, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der*

introduzione di Ulderico Pomarici della *Staatslehre* (1933)⁸. Dieci anni più tardi, nel 1998, sempre su impulso di Pomarici fu stampata la traduzione italiana di *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1930) e di altri saggi da Heller pubblicati tra il 1928 e il 1933⁹.

Con le prime traduzioni italiane si era rotto un lungo, assordante silenzio. A differenza di altri grandi giuristi austriaci e tedeschi della *Zwischenkriegszeit* il nome di Heller era rimasto a lungo circondato, in Italia, da quasi completa indifferenza¹⁰. A parte qualche caso isolato si è potuto così a ragione parlare di una «non recezione»¹¹ e nonostante la sensibilità critica risvegliata specialmente da Amirante e dagli altri interpreti di Heller il dibattito giusfilosofico su Weimar è ancora largamente occupato dalle due varianti del decisionismo di Carl Schmitt e del normativismo di Hans Kelsen¹². Gli studi su Heller meriterebbero invece di essere approfonditi proprio nell'ora dell'emergenza, giacché il giurista tedesco fu il più lungimirante interprete della profonda crisi che travolse non solo l'economia, la società e la politica di Weimar, ma anche e soprattutto le sue categorie giuridiche. Sin dalle loro primissime manifestazioni le esagerazioni del normativismo e del positivismo sembrarono a Heller insufficienti a fronteggiare le ombre della catastrofe che si andavano addensando

Gegenwart, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55, 1929, pp. 321-354 (ora in *Gesammelte Schriften*, II, cit., pp. 249-278), trad.it. *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto* in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 359-397.

⁸ H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1934, ora in *Gesammelte Schriften*, III, hrsg. und mit einer Einleitung von G. NIEMEYER (pp. 81-91), cit., pp. 92-395; trad. it. a cura di U. POMARICI, *La dottrina dello Stato*, Napoli, 1988.

⁹ H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, a cura di U. POMARICI, Napoli, 1988. Si veda di POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli, 1989.

¹⁰ Si veda l'esempio di R. TREVES, *La dottrina dello stato di H. Heller*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, pp. 50-75.

¹¹ Così C. AMIRANTE, *Premessa* a H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 3-5. Si veda anche P. PASQUINO, *Introduzione* a H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 3-4.

¹² Tra le eccezioni segnalo in particolare M. LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, pp. 241-305 e S. LAGI, *Unità e pluralità nella democrazia weimariana. Hermann Heller e l'omogeneità sociale*, in *Il pensiero politico*, 2019, pp. 223-238. Si veda inoltre B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1989, pp. 643-667.

all'orizzonte. Rielaborando la tradizione, egli tentò di ricordare ai contemporanei che il diritto non è nella piena disponibilità del legislatore democraticamente legittimato (Kelsen) né del sovrano che decide dello stato di eccezione (Schmitt)¹³. Tanto il normativismo quanto il decisionismo discendevano per Heller da una concezione dello Stato come potenza, idonea a soverchiare ogni categoria giuridica o ad alterarne il significato per adattarlo così ai suoi scopi. Questa pagina della produzione letteraria di Heller non è stata ancora sufficientemente meditata e non è senza significato che in Italia si sia taciuto per un intero secolo sull'opera prima di Hermann Heller, dedicata a Hegel e all'ideologia dello Stato di potenza in Germania, un libro fondamentale per comprendere i convulsi esordi della Repubblica weimariana e persino la sua fine, la catastrofe nella quale precipitò. Un libro finora oscurato anche – se non soprattutto – dal preponderante influsso di Kelsen e di Schmitt in Italia¹⁴.

2. Il primo libro di Hermann Heller: la critica allo Stato di potenza. Le ragioni di un silenzio

In accordo con Amirante, nelle pagine introduttive a *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato* Pasquino ha sostenuto che la recezione della dottrina giuridica tedesca è stata caratterizzata da «una singolare unilateralità» e da un «paradosso». In Italia l'influenza di Hans Kelsen e di Carl Schmitt, «ampiamente tradotti e più o meno accuratamente studiati», non solo ha gettato una «lunga ombra» sull'ampio dibattito di contenuto e di metodo sviluppatosi in quegli anni tra i giuristi di lingua tedesca, ma ha anche portato a «deformare in parte la comprensione» del pensiero di quei due autori¹⁵.

¹³ Per l'intendimento di questi problemi nel dibattito giusfilosofico tedesco si faccia riferimento all'eccellente libro di S. KIRSTE, *Rechtsphilosophie. Einführung*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2020, pp. 79-143 specialmente.

¹⁴ H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, Leipzig und Berlin, 1921, ora in *Gesammelte Schriften*, I, cit., pp. 21-240, trad. it. *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, a cura di A. MERLINO e con una prefazione di C. AMIRANTE, Foligno, 2021, pp. 1-313.

¹⁵ P. PASQUINO, *Introduzione a La sovranità ed altri scritti sul diritto e sullo Stato*, cit., pp. 3-4.

Si può spiegare in questo modo il lungo silenzio, in Italia, sul primo libro di Heller¹⁶. *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* è stato scritto tra il 1916 e il 1919, ma pubblicato soltanto nel 1921¹⁷. Il libro sorge quindi tra un mondo in rovina (la Germania del disastro bellico) e un mondo da ricostruire, quello repubblicano minacciato dalla costante crisi economica e politica. Heller offriva così una meditazione sulle cause della guerra e sui pericoli del presente. Egli era persuaso che la catastrofe era stata preparata da un radicale mutamento dello spirito pubblico tedesco e in particolare dalla ideologia dello Stato di potenza. Un'ideologia che non era capitolata con la fine della guerra, ma dominava imperterrita ancora ai tempi della Repubblica.

L'esperienza di Weimar era caduta in una grave contraddizione sin dai suoi primi giorni, allorché fu chiaro ad ognuno che la forma repubblicana appena proclamata nel novembre del 1918 non era di per sé garanzia di giustizia. L'insurrezione spartachista dei primi di gennaio 1919 era stata violentemente soffocata dall'esecutivo guidato dal socialdemocratico Friedrich Ebert e con l'ausilio dei *Freikorps*. Paradossalmente, per difendere l'ordine ci si avvale di forze eversive, assoldate in nome dello stato di necessità. L'assassinio dei capi spartachisti Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht avvenne in questo contesto e in questo contesto rimase impunito.

Nel marzo del 1920 la Germania di Weimar fu scossa da un'altra grave crisi: il colpo di Stato ordito da Wolfgang Kapp e dai *Freikorps*.

¹⁶ Una sorte simile è stata riservata ad altri interpreti della Germania weimariana, come Otto Kirchheimer e Franz Neumann, che avevano denunciato le tendenze autoritarie interne all'ordine repubblicano e, con esse, la fragilità di una democrazia concepita separatamente e indipendentemente dall'affermazione dei diritti fondamentali. Di F. NEUMANN si veda soprattutto *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie*, trad. it. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, pp. 56 e ss. specialmente. Scriveva Neumann che «non si può pervenire alla formazione di una volontà nazionale sulla base del suffragio universale senza che viga la libertà personale». Secondo Neumann «qualsiasi abrogazione dei diritti personali e sociali comporta necessariamente un'interferenza con l'esercizio dei diritti politici, mentre non è sempre vero il contrario». Di O. KIRCHHEIMER si veda *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976³. Su questi due autori si veda C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca. Il regime delle libertà fra ordinamento e sistema dei partiti*, Roma, 1980, pp. 41 e ss.

¹⁷ Su questi anni di crisi si veda D.J.K. PEUCKERT, *Die Weimarer Republik*, Frankfurt am Main, 1987, pp. 13-86.

Allora Heller si schierò dalla parte della Repubblica e insieme al giurista Gustav Radbruch si barricò nei cantieri navali del porto di Kiel con gli operai che resistevano al *Putsch*¹⁸. Catturati, i due professori furono condannati a morte dal tribunale speciale istituito dal governo golpista. Soltanto il fallimento del *Putsch* vanificò gli effetti della condanna a morte.

Nel 1921 Heller ritornò a Lipsia e diede alle stampe il suo libro su Hegel e lo Stato di potenza. Il giurista era persuaso che la natura dell'idealismo tedesco fosse stata traviata. La sua originaria, inabdicabile difesa del «principio personalista», la concezione della nazione tedesca come *Kulturnation* e la critica radicale di ogni politica di potenza si erano dileguate con l'irruzione sullo scenario tedesco di una estranea e del tutto nuova concezione statalista. «Nessun ponte – scriveva Heller nell'introduzione al libro – sembra condurre dal popolo dei poeti e dei pensatori al popolo di “sangue e ferro”. Eppure questo ponte esiste. Sì, l'ideologia dello Stato nazionale di potenza è figlia stessa della filosofia idealista e nessun altro che Hegel ne è il padre»¹⁹.

Heller tratteggiò un ritratto impietoso. Il “suo” Hegel fu «il più lucido profeta della moderna concezione dello Stato di potenza». «Con molto più vigore e con maggior lucidità di Treitschke, mezzo secolo prima di lui e del suo tempo» Hegel aveva già cinicamente definito «lo Stato come nient'altro che potenza, potenza e ancora una volta potenza». La potenza era per lui il «primo e supremo comandamento imposto dalla ragione»²⁰.

Dietro l'effigie filosofica di Hegel si nascondeva però un altro bersaglio critico. Heller trovava in Hegel il pretesto per contestare veementemente la «odierna dottrina dello Stato», ossia i maggiori giuristi a lui contemporanei. La filosofia hegeliana era per lui la sorgente dalla quale era sgorgata «la maggior parte dei moderni concetti fondamentali sullo Stato e sulla società». Hegel generò la giuspubblicistica tedesca di forte impronta statalista, egli definì per primo «lo Stato-persona e lo Stato-organismo (nel senso specifico attribuitogli nel XIX secolo), il concetto di nazione, il principio della monarchia costituzionale, i con-

¹⁸ Su Radbruch si veda S. KIRSTE, *Rechtsidee und Elemente der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch*, in *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus*, hrsg. von W. PAULY, Baden-Baden, 2011, pp. 57-82.

¹⁹ H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania*, cit., p. 37.

²⁰ *Ibidem*, p. 38.

cetti del moderno diritto internazionale così come il concetto giuridico dello Stato nazionale di potenza»²¹.

Heller ricordava con rammarico il romanticismo e la sua romantica idea di nazione come «puro ideale etico ed estetico», scevro da «intenti di dominio»²². Nell'interpretazione di Heller il pensiero tedesco pre-hegeliano aveva esaltato la nazionalità come fattore di civiltà (*Kultur*, in tedesco), senza mai confonderla o abbinarla con il culto della potenza statale. Come invece fece Hegel.

Sin dalle sue prime opere giovanili Hegel avrebbe risolto l'opposizione dialettica tra «particolare» (fuor di metafora: i principati, gli stati, le città, gli individui) e «universale» (l'«Intero», lo Stato) introducendo elementi del tutto estranei persino alla tradizione dell'assolutismo monarchico: lo Stato di Hegel non doveva infatti soggiogare le «particolarità», ma assimilarle in nome del comune interesse alla potenza statale. I due termini non erano affatto in contrapposizione e potevano anzi ridursi ad unità combaciando nell'interesse superiore dello Stato. Ma per questa via, obbiettava Heller, la tensione tra universale e particolare era definitivamente annullata nello Stato di potenza.

A suo avviso l'ideologia statalista infestava il pensiero di Hegel sin dalla gioventù culminando infine nell'opera dell'estrema maturità, la *Philosophie des Rechts* del dicembre 1820. «Hegel pone lo Stato sopra ogni diritto»²³: nella sua filosofia politica e giuridica Heller vedeva la scaturigine dell'odierna dottrina dello Stato e dello statalismo otto e novecentesco, l'autentico oggetto della sua critica corrosiva.

3. Heller e la critica alla scienza giuridica del XIX e del XX secolo

Tralasciando di occuparsi del primo libro di Heller, la scienza giuridica italiana ha così schivato anche la portata critica di quelle pagine verso positivismo e decisionismo. La critica di Heller si rivolgeva a Hegel, ma colpiva indirettamente i filoni di pensiero che da Hegel discendevano, formando l'intera scienza di diritto pubblico nelle sue

²¹ Sul punto si veda C. AMIRANTE, *Prefazione* a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., pp. 7-8.

²² H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., p. 39.

²³ *Ibidem*, p. 95.

variegate e contrapposte manifestazioni. Queste possono così riassumersi: 1. La teoria dello Stato-persona 2. La dottrina pura del diritto 3. Il decisionismo.

Per Heller Hegel aveva inaugurato la stagione dello Stato-persona. Lo Stato hegeliano aveva esasperato le tendenze corporative e organiciste fino a presentarsi come persona pubblica, dotata di una volontà, magari persino di una fede (una religione di Stato) e di organi preposti all'esecuzione materiale della sua unitaria volontà politica. La lezione di Montesquieu sulla divisione dei poteri era già stata ampiamente rimaneggiata nella Francia rivoluzionaria e post-rivoluzionaria e con Hegel essa irruppe nel mondo tedesco in una sua alterata interpretazione. Il principio della divisione dei poteri per Hegel non contrastava affatto con il principio dell'unitaria personalità statale. Anche in questo caso i due principi, apparentemente opposti, potevano essere conciliati a patto di adeguare – deformandoli – gli insegnamenti di Montesquieu alla nuova concezione dello Stato hegeliano, a patto cioè di intendere i tre *pouvoirs* stilizzati da Montesquieu non come autentici poteri pubblici distinti, ma come «funzioni» esercitate dagli «organi» della persona-Stato e ad essa asservite. Così la lezione di Montesquieu perse tutto il suo significato vitale e fu privata di ogni aspirazione a suddividere la sovranità per «limitare il potere con il potere»²⁴.

In questa prospettiva, con la teoria dello Stato-persona il suo ideatore – il giurista Wilhelm Eduard Albrecht – non aveva inventato nulla di nuovo, nulla che Hegel non avesse già escogitato. Lo stesso poteva dirsi per i Gerber e per i Laband e infine per Georg Jellinek, autore nel 1900 dell'*Allgemeine Staatslehre*²⁵.

Come anticipato all'inizio di questo paragrafo, il libro di Heller non si limitava però a fare i conti con l'eredità di Hegel sui giuristi dell'Ottocento. Jellinek era morto nel 1911. Heller già avvertiva l'im-

²⁴ Rinvio a A. MERLINO, *Montesquieu. Eine Perspektive*, con una prefazione di M.J. RAINER, Berlin-Boston, 2020, pp. 177-254 e ID., *Hegel and the Functional Division of Powers*, in *Milestones of Law in Central Europe 2019*, Bratislava, Univerzita Komenského v Bratislave, 2019, pp. 11-18. Per quel che riguarda l'interpretazione di Montesquieu nella cultura giuridica francese dell'Ottocento rimando al mio *Interpretazioni di Montesquieu*, con una prefazione di D. QUAGLIONI, Foligno, 2019², pp. 95-163.

²⁵ Sull'impatto dell'hegelismo sulla scienza giuridica dell'Ottocento si vedano le lucide pagine di M.M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza*, Padova, pp. 161-270 in particolare.

patto delle due nuove grandi teorie che da versanti opposti stavano esasperando i motivi della scienza giuridica del secolo precedente e che intorno al 1920 andavano prepotentemente imponendosi in Germania e in Austria. La prima di queste correnti aveva ridotto l'ampia gamma di teorie del diritto alla sola dimensione del diritto positivo. La seconda aveva considerato giuridica solo la decisione materiale di chi dispone della forza di decidere. Normativismo e decisionismo si stavano affermando come tendenze contrapposte e speculari nella loro unilateralità. Ed è proprio tra queste posizioni estreme che va collocato il pensiero di Heller.

Quando Heller completava il suo libro Kelsen era già tra i più influenti giuristi in Austria e in Germania. Dal novembre 1918 egli assunse un ruolo di prim'ordine nella redazione della Costituzione federale austriaca finalmente promulgata nell'ottobre del 1920²⁶.

Carl Schmitt doveva invece la sua fama al pamphlet *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*²⁷. Egli si apprestava a ribadire le sue nefaste tesi in *Politische Theologie. Vier Kapitel zu Lehre von der Souveränität*²⁸.

Entrambe queste dottrine sembravano a Heller un diniego della tradizione giuridica, fondata invece sulla tensione dialettica tra norma e decisione. Normativismo e decisionismo gli parevano due termini opposti, che però mancavano fatalmente di giungere ad una sintesi. Pochi anni più tardi, nel biennio 1926/1927 il bersaglio critico di Heller si sarebbe fatto esplicito. Non più Hegel, ma Kelsen e Schmitt sarebbero stati oggetto di radicale e scoperta critica in due saggi dedicati al problema della sovranità e alla crisi del diritto²⁹.

²⁶ Su Kelsen e la Costituzione austriaca rinvio a A. MERLINO, *I presupposti non scritti della Costituzione federale austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 2021, pp. 797-811.

²⁷ C. SCHMITT, *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München und Leipzig, 1921; trad. it. *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, a cura di F. VALENTINI, Roma-Bari, 1975.

²⁸ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zu Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, Duncker&Humblot, 1934², trad. it. di P. SCHIERA, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, 1972, pp. 21-86.

²⁹ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, cit.; H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit.

Per Heller la dottrina pura del diritto si risolveva in «un idealismo che, avendo scomposto in modo professorale la realtà, la ritiene divisa per sempre in scomparti giacché, dopo l'analisi e l'antitesi, parzialmente giustificate, non trova più il modo di giungere alla sintesi». Le «contrapposizioni metodologiche» operate da Kelsen potevano essere giustificate «soltanto se si è coscienti di parlare di un'unità che si sdoppia dialetticamente»³⁰.

Kelsen non aveva solo mancato di fare sintesi, ma aveva anche portato «a compimento» il programma dello statalismo ottocentesco e «condotto *ad absurdum* in modo definitivo il positivismo logico-giuridico nella dottrina dello Stato, applicandolo rigorosamente, con grande vigore e profondo acume». Lo sforzo di Kelsen era però vano e si risolveva per Heller in «una dottrina dello Stato» «senza Stato»³¹.

O meglio, lo statalismo giuridico di Kelsen celava dietro la pretesa neutralità della forma la brutalità del fatto imposto dai detentori momentanei della forza politica. A Heller l'equazione tra Stato e ordinamento giuridico proposta da Kelsen non sembrava affatto «un sistema ideale di norme, ma un'associazione fondata sull'autorità», ossia sulla forza capace di imprimere un contenuto concreto e arbitrario all'ordinamento. Ecco perché la dottrina pura del diritto era infine lapidariamente definita «un'espressione classica della crisi profonda del diritto»³².

Nel saggio del 1927 sulla sovranità Heller tornava a criticare veementemente Kelsen, sostenendo che la crisi del diritto pubblico fosse soprattutto crisi dell'idea di sovranità. Kelsen era convocato in causa per aver auspicato una radicale «rimozione» della sovranità³³. L'autorevole fondatore della *Reine Rechtslehre* era definito «l'istigatore della lotta contro il dogma della sovranità», «lo scrupoloso esecutore testamentario» della dottrina dominante nel diritto pubblico. Se si fossero sviluppati coerentemente i postulati della dottrina pura del diritto, diceva Heller, si sarebbe negata «dimora» alla sovranità, giacché «l'im-

³⁰ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, cit., pp. 143-144.

³¹ H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., pp. 46 e 51-53.

³² H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., pp. 52-52.

³³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità. Contributo per una dottrina pura del diritto*, cit., p. 469: Kelsen auspicava che il concetto di sovranità fosse radicalmente «rimosso» («verdrängt»). Rinvio a A. MERLINO, *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, con una prefazione di M. THALER, Napoli, 2012, pp. 3 e ss.

magine giuridica del mondo non è mai stata spersonalizzata in modo più radicale». Con la pretesa di «rimuovere» la sovranità Kelsen aveva negato «il problema del rapporto fra individualità e norma», poiché «ogni persona è soltanto la personificazione fittizia di un ordinamento normativo»³⁴.

Nello scritto sulla sovranità Heller abbinava la critica a Kelsen all'integrale rifiuto delle teorie di Carl Schmitt. In *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921) Schmitt aveva contestato le astrazioni formali delle coeve teorie sullo Stato di diritto e postulato la necessità di un organo depositario della «pienezza del potere statale». Schmitt contestava la sovranità spersonalizzata della democrazia formale e bramava l'individuazione di un titolare della decisione in ultima istanza³⁵. La teoria di Schmitt poggiava su un'immagine guerresca di società, dilaniata dal conflitto ineliminabile tra *Freund* e *Feind*. Per il decisionismo il conflitto era un elemento consustanziale alla politica e giustificava un costante «stato di eccezione». Ne discendeva che il diritto statale fosse tutto «fino all'ultimo comma, un diritto di eccezione»³⁶.

Nelle pagine sulla «teologia politica» (1922) Schmitt declamò che «sovrano è chi decide dello stato di eccezione»³⁷. Gli scritti schmittiani miravano scopertamente alla dissoluzione dell'ordinamento repubblicano in una «dittatura». Non vale a mitigare la gravità di questa teoria il fatto che Schmitt abbia inizialmente sostenuto il carattere commissario della dittatura e ammesso così soltanto temporaneamente la sospensione dell'ordine costituzionale prevista dall'art. 48 della Costituzione di Weimar: tutta la sua teoria sullo stato di eccezione esprimeva infatti una assai diversa aspirazione e così l'esaltazione di una sovranità priva di limiti e duratura³⁸.

³⁴ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, cit., pp. 79-80. Si confronti con H. HELLER, *Bemerkungen zur Staats- und Rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* ora in *Gesammelte Schriften*, II, cit., pp. 249-278 e specialmente pp. 247-245. Heller definì il tentativo kelseniano di sbarazzarsi del concetto del concetto di sovranità espressione di «arbitrio» e di «anarchia concettuale».

³⁵ C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, cit., pp. 12, 204 e 231.

³⁶ *Ibidem*, p. 29.

³⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit., p. 33.

³⁸ Si veda in proposito H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto*

Nelle sue pagine giovanili Heller giudicava con preoccupazione il fondamento necessitante dello Stato di potenza come «Not-staat». Leggendo Hegel, il giurista intravedeva le prime avvisaglie della teoria dello stato di necessità e già preparava la sfida che da lì a poco egli avrebbe lanciato apertamente a Schmitt.

Proprio nel 1921 Schmitt aveva sostenuto che lo stato di eccezione nella scienza giuridica era paragonabile al miracolo in teologia³⁹. L'anno seguente aveva scritto che «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»⁴⁰. Per nobilitare la sua tesi Schmitt si era inventato un precursore, il giurista francese Jean Bodin, autore nel 1576 dei *Six livres de la République*. Incorrendo in un gigantesco anacronismo (forzando cioè storia e filosofia giuridica) Schmitt asseriva che «già in Bodin» il concetto di sovranità «è orientato al caso critico, cioè al caso di eccezione». Il Bodin di Schmitt era un suo nobile predecessore, capace di definire precocemente il potere illimitato del sovrano nello stato di necessità⁴¹. Nel saggio sulla sovranità Heller argomentava tanto da giurista quanto da storico per demolire l'impianto ideologico del decisionismo. «A me sembra infatti – così Heller – che molti fra coloro che parlano di Bodin non sappiano esattamente cosa egli abbia detto. Chi ha confrontato anche una sola volta i giudizi tratteggiati su Bodin e le citazioni altrettanto tratteggiate tratte dalle sue opere, deve ammettere che questo grande teorico dello Stato fa parte degli autori più citati e meno letti»⁴².

Sull'interpretazione storiografica di Bodin si giocava lo scontro tra Heller e Schmitt. Il primo rimproverava al secondo di aver inteso male le fonti o peggio di averle persino piegate in funzione dei propri intenti ideologici. Il sovrano di Bodin – ricordava Heller – «non è affatto illimitato». E ancora, in un'ultima stoccata: il «merito imperituro di Bodin» consiste «nell'aver considerato per primo l'individualità dello Stato in relazione alle condizioni geografiche e climatiche, nell'aver te-

dello Stato e del diritto internazionale, cit., pp. 129-132.

³⁹ C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, cit., p. 151.

⁴⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit., p. 61.

⁴¹ *Ibidem*, p. 35.

⁴² H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, cit., pp. 70-71.

nuto conto della specificità delle situazioni geopolitiche, antropologiche e storiche e nell'aver sottoposto nonostante ciò l'individualità dello Stato a dei principi giuridici superiori»⁴³. Interpretando Bodin, Heller erodeva uno dei principali argomenti di Carl Schmitt. Oggi sappiamo che Heller aveva ragione e Schmitt torto. Come esaustivamente dimostrato dalla storiografia più accreditata, in Bodin «ogni concezione giuridica del potere assoluto che non ne individui i limiti “costituzionali” nella legge divina e di natura e nelle stesse “leggi del regno” (cioè le “leggi fondamentali” di tipo consuetudinario) è dichiarata fallace e destinata a risolversi in una pura astrazione, necessariamente fittizia e necessariamente lontana dalla realtà della sovranità»⁴⁴. In questo senso «l'attualità della lezione di Heller» sta «nello sforzo di confrontarsi con la tradizione e nella reazione alla perdita della dialettica fra norma e decisione»⁴⁵.

Nella religione Heller vedeva una barriera necessaria contro il potere politico, respingendo così l'idea schmittiana di una «secolarizzazione» dei concetti teologici nella dottrina statale.

4. Conclusioni. Storicismo e critica dello statalismo

Per Heller l'«odierna dottrina dello Stato» si era dissociata dalla storia e si era persa in astrazioni. Specularmente la medesima critica era condotta in Italia da giuristi come Santi Romano, autore de *L'ordinamento giuridico* nel 1918 e da Giuseppe Capograssi, autore nel medesimo anno del *Saggio sullo Stato*⁴⁶. Le correnti antistataliste e antiformaliste italiane avevano con Heller una fonte in comune, in ambo i casi criticamente ripensata: lo storicismo di Benedetto Croce. Se Croce non aveva preso sul serio il diritto, espungendolo dalle categorie dello spirito, egli aveva però prestato ai giuristi l'idea che tutto è storia e nient'altro che storia. I giuristi applicarono così il metodo

⁴³ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁴ D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, p. 51.

⁴⁵ D. QUAGLIONI, *Un dogma in crisi: il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuridico del Novecento*, in *Temi politici del Novecento*, a cura di A.M. LAZZARINO DEL GROSSO, Napoli, 1997, pp. 13-36 e p. 23 specialmente.

⁴⁶ Si vedano A. MERLINO, *Storia di Kelsen*, cit., pp. 42-57 specialmente e ID., *Kelsen im Spiegel der italienischen Rechtslehre*, hrsg. von M.J. RAINER, Frankfurt am Main-New York, 2013, pp. 43-151.

dello storicismo alla scienza giuridica, da Croce marxianamente ridotta a maschera della corpulenta realtà economica⁴⁷.

Negli scritti di Heller Croce occupava una posizione fondamentale. Nella prima nota a piè di pagina del suo primo libro su Hegel Heller citava il Croce di *Zur Theorie und Geschichte der Historiographie* (un libro apparso prima che in Italia in traduzione tedesca nel 1915)⁴⁸.

L'idea base dello storicismo – secondo la quale «ogni vera storia è contemporanea» – era recuperata da Heller per contestare le arbitrarie riduzioni di Kelsen e di Schmitt⁴⁹. La lezione crociana era così rettificata e trasferita al campo dello spirito che essa aveva ignorato. Così rimeditato, lo storicismo era posto a fondamento del primo libro di Heller così come della sua ultima opera, rimasta incompiuta, la *Staatslehre*⁵⁰. Il metodo storicista aveva indicato l'itinerario speculativo del giurista, sino ad una ultima esplicita adesione. Scriveva Heller nelle sue ultime pagine: «in tutto l'accadere storico naturale e culturale resta attiva la storia passata. L'uomo è sempre prodotto e produttore della sua storia, forma segnata in modo relativamente costante, forma vivente che si sviluppa. Ciò che è accaduto non è un mero passato che stia come un oggetto estraneo di fronte al soggetto storico»⁵¹.

Interpretando il passato Heller mirava a rigenerare la «dottrina dello Stato», a rielaborare «questo materiale» che «viene affidato in una forma storica di volta in volta differente, ad ogni nuova generazione perché lo trasformi»⁵².

Ursprung ist das Ziel, l'origine è la meta. Idealmente, l'epilogo del giurista Hermann Heller era così riportato ai suoi esordi nel 1921. Il suo itinerario speculativo originava con una meditazione sulla storia e con essa si concludeva, nel 1933, anno della sua morte e della fine della Germania di Weimar.

⁴⁷ Per un approfondimento dell'impatto di Croce sui giuristi italiani e per ulteriori riferimenti bibliografici rinvio a A. MERLINO, *Croce e il diritto*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, pp. 269-286.

⁴⁸ B. CROCE, *Zur Theorie und Geschichte der Historiographie*, Tübingen, 1915.

⁴⁹ B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, Bari, 1917, p. 13.

⁵⁰ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 58.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 34-33.

⁵² *Ibidem*, p. 117.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il contributo riguarda il pensiero del giurista tedesco Hermann Heller, interprete privilegiato dell'ordine giuridico della Repubblica di Weimar (1919-1933). Sin dal suo primo libro *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (1921) Heller criticò le tendenze dominanti la scienza di diritto pubblico dei suoi tempi e in particolare le dottrine estreme sostenute da Hans Kelsen e da Carl Schmitt, due autori che hanno monopolizzato il dibattito giusfilosofico italiano in una rigida contrapposizione tra normativismo e decisionismo.

Interpretando la tradizione e la scienza di diritto pubblico Heller criticava lo statalismo ottocentesco e presagiva i pericoli dispotici che minacciavano l'ordine giuridico di Weimar. La sua lezione, benché spesso oscurata dalla preponderante recezione di Kelsen e di Schmitt, è oggi attuale, specialmente nell'ora dell'emergenza.

EN

The contribution concerns the legal thought of the German jurist Hermann Heller, a first-rate interpreter of the legal order of the Weimar Republic (1919-1933). Since his first book *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (1921), Heller criticised the tendencies dominating the public law of his time and in particular the extreme doctrines advocated by Hans Kelsen and Carl Schmitt, two authors who monopolised the juridical-philosophical debate in Italy in a rigid opposition between normativism and decisionism.

Critically interpreting the tradition and science of public law, Heller criticised the nineteenth-century statism and foresaw the despotic dangers that threatened the Weimar legal order. His lesson, though often overshadowed by the cumbersome reception of Kelsen and Schmitt, is relevant today, particularly in the time of emergency.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)