



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2024

**La sovranità fra costruzione
e mediazione: Hermann Heller
nell'epilogo weimariano**

di Ulderico Pomarici

EDITORIALE SCIENTIFICA

LA SOVRANITÀ FRA COSTRUZIONE E MEDIAZIONE: HERMANN HELLER NELL'EPILOGO WEIMARIANO

di Ulderico Pomarici

già Professore ordinario di Filosofia del diritto
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

SOMMARIO: 1. PREMESSA; 2. IL METODO: 2.1. SINCRETISMO METODOLOGICO; 2.2. LA CRITICA A Kelsen; 2.3. LA CRITICA A Schmitt; 3. ALCUNI PRESUPPOSTI FILOSOFICI: 3.1. L'INFLUENZA DEL PENSIERO HEGELIANO; 3.2. LA SOVRANITÀ IN JEAN BODIN; 4. DA *LA SOVRANITÀ ALLA DOTTRINA DELLO STATO*: 4.1. IL SOGGETTO SOVRANO; 4.2. SOVRANITÀ E DIRITTO INTERNAZIONALE; 4.2.1. SOVRANITÀ POPOLARE; 4.3. IL DIBATTITO SULL'ORGANIZZAZIONE I; 4.4. IL DIBATTITO SULL'ORGANIZZAZIONE II; 5. SUI PRINCÌPI ETICI DEL DIRITTO: 5.1. HELLER E HART; 5.2. CARATTERE IMMANENTE DEI PRINCÌPI; 5.3. I PRINCÌPI A FONDAMENTO DELLE DEMOCRAZIE CONTEMPORANEE; 5.4. PRINCÌPI ETICI DEL DIRITTO: PROBLEMI; 5.5. DIRITTO DI RESISTENZA.

1. Premessa

Credo non sia un caso se in questi ultimi anni la dottrina helleriana della sovranità e dello Stato abbia acquisito una rinnovata attualità tra i filosofi del diritto, i giuristi e i filosofi della politica. La spinta è stata fornita dal suo ultimo articolo sul liberalismo autoritario del 1933, posto improvvisamente al centro di un dibattito internazionale per la sua originale interpretazione dell'epilogo weimariano in analogia con le presenti dinamiche europee di involuzione autoritaria. L'articolo rinvia implicitamente all'ordoliberalismo di Rüstow ma ha come immediato, esplicito bersaglio polemico le posizioni teoriche di Carl Schmitt¹.

¹ H. HELLER, *Autoritärer Liberalismus?*, in *Die Neue Rundschau*, 44, 1933, pp. 289-298, ora in *Gesammelte Schriften*, hrsg. von M. DRATH, O. STAMMER, G. NIEMEYER, F. BORINSKY, II, Leiden, 1971, pp. 643-653, trad.it., *Liberalismo autoritario?* in H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, traduzione e cura di U. Pomarici, Napoli, 1992² pp. 133-144. Lo scritto helleriano costituisce una risposta fortemente polemica all'articolo di Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, che è il testo di una conferenza tenuta a Düsseldorf nel novembre del 1932 all'assemblea generale del «Langnam-Verein», una potente associazione lobbistica de-

Rinnovata attualità confermata da una serie di pubblicazioni e nuove edizioni delle sue opere, che si affiancano, non occasionalmente, alla discussione sulle trasformazioni della sovranità contemporanea². Storicamente, l'oscurarsi del suo contributo – di fronte al normativismo e al decisionismo, le due grandi teorie del diritto imperanti nel secolo scorso – è certo anche dovuto alla sua precocissima scomparsa a soli 42 anni, nel novembre del 1933, nell'esilio madrileno, per sfuggire alla persecuzione nazista che lo aveva destituito dall'insegnamento universitario, lui giurista di origine ebraica, professore di diritto pubblico presso l'Università di Francoforte e socialista impegnato, sia pure in veste critica, nel partito socialdemocratico. Nell'attuale crisi dell'Europa, che Heller giustamente già un secolo fa, e pochi anni prima di Husserl, definiva *crisi spirituale*³, esistono ragioni profonde perché una teoria della sovranità e dello Stato come quella di Heller trovi oggi maggiore ascolto. La sua dottrina della sovranità andrebbe infatti letta

gli industriali renani, ora in C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, 1995, pp. 71-91.

² La ripresa di interesse più generale si è manifestata in vari modi, attraverso volumi collettanei, monografie e traduzioni italiane. Senza pretesa di esaustività vorrei almeno citare: M. LLANQUE (Hrsg.) *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden, 2010; M. HENKEL, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geist der Soziologie*, Tübingen, 2011; il focus *Hermann Heller oggi in European Law Journal*, 21 maggio 2015, con contributi di A.J. Menéndez, W.E. Scheuerman, M.A. Wilkinson, A. Somek, W. Streeck; V. FRICK, O.W. LEMKE (Hrsgg.), *Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus*, Wiesbaden, 2022; il recentissimo volume di C. ATZENI, *Liberalismo autoritario. La crisi dell'Unione europea a partire dalle riflessioni di Hermann Heller*, Modena, 2023; di imminente pubblicazione il volume collettaneo a cura di S. LAGI e U. POMARICI, *Il popolo sovrano. Unità politica, pluralità e conflitto nella teoria democratica di Hermann Heller*, Napoli, 2024. Fra le traduzioni helleriane, oltre al già citato *Stato di diritto o dittatura?*, va ricordato *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, Foligno, 2021 con una densa introduzione di A. Merlino che ne ha curato anche la traduzione; *L'Europa e il fascismo*, a cura di C. Amirante, Foligno, 2023². Da ultimo, anche una nuova edizione della *Dottrina dello Stato* a cura e con introduzione di U. Pomarici, Napoli, 2024², dalla quale saranno tratte tutte le citazioni (d'ora innanzi DS).

³ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55, 1926, pp. 289-316, ora in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, cit. II, pp. 3-30, trad. it., *La crisi della dottrina dello Stato in La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, 1987, p. 31.

insieme alla sua idea di Stato sociale di diritto⁴. Un'idea di democrazia che vive di pluralismo e di conflitti come elementi strutturali della sua forma e che dunque è ricerca di un'omogeneità sociale, costruzione di uno spazio politico nel quale la sovranità, vertice politico costituzionalmente legittimato a governare, abbia il compito dalla sua posizione apicale, di trovare quelle mediazioni possibili fra le parti componenti l'assetto sociale, che riduca, per quanto possibile, quelle disparità sociali, economiche e culturali che minano alla base la convivenza delle comunità politiche. Un compito immane di fronte al quale ancora oggi è posta l'Europa senza riuscire a trovare soluzioni soddisfacenti. Al cuore della dottrina helleriana della sovranità c'è 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. Lo Stato come unità nella molteplicità»⁵. Come cercherò di mostrare qui in breve due mi sembrano essere gli elementi essenziali che separano la dottrina dello Stato di Heller dal normativismo e dal decisionismo: da un lato, il carattere della sovranità, strutturalmente *interna* al sistema politico nella sua genesi e nel suo sviluppo, così che la forma-Stato si apre a un'inevitabile e vitale dialettica dal basso verso l'alto fra vertice e base, fra l'Uno e i Molti; dall'altro, la presenza di principi etici del diritto costituenti per Heller una parte essenziale della vicenda costituzionale di ogni Nazione che intreccia principi logici e etici del diritto a carattere universale con quelli relativi alla propria storia, alla propria cultura e alle modalità nelle quali il diritto assume la forma-Stato all'interno di uno spazio politico.

2. Il metodo

Come scrive Davide Tarizzo in un suo testo recente, l'idea helleriana di democrazia, a differenza delle tesi di Kelsen e Schmitt, «*is not just a synonym of democratic institutions such as parliaments and*

⁴ Heller è stato riconosciuto come uno degli antesignani di questo concetto, come mostra l'importante riconoscimento, in occasione dei cinquant'anni dalla sua morte, tributato alla complessità della sua figura di studioso: CH. MÜLLER, I. STAFF (Hrsgg.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)* Baden-Baden, 1984.

⁵ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 371.

*electoral procedure. For Heller, democratic institutions do not exhaust the meaning of modern democracy. In point of fact, democracy requires a common ethical purpose, which neither Schmitt nor Hans Kelsen considered essential for democracy»*⁶. Questo è un punto cruciale. Affinché l'istituzione possa costituirsi, consolidarsi, legittimarsi non è sufficiente né la 'purezza' della norma – il diritto se deve governare la realtà sociale non può che essere *impuro*, ovvero prendere in considerazione, conoscere, elaborare e trasformare tutti quegli elementi sociali, economici, politici da *comporre* all'interno dell'ordinamento; né d'altra parte può *deciderlo* attraverso un principio che fonda il diritto perché *ab ovo* ne è emancipato e *proprio per questo* gli dà un inizio.

Nessuna organizzazione di dominio che voglia assicurare il proprio potere e il proprio ordinamento può fare affidamento soltanto sull'apparato coercitivo. Essa deve sempre tendere alla legittimazione, ossia tendere a porre i dominati in una comunità di valori e volontà che giustifichi la riaffermazione del proprio potere; deve dunque tentare di legittimare la sua pretesa di dominio tramite contenuti ideali, ponendola ai dominati come obbligo normativo, affinché questo venga riconosciuto introiettandolo⁷.

2.1. Sincretismo metodologico

La peculiarità del metodo helleriano, che lo distacca dalle correnti filosofico-giuridiche coeve – e che si manifesterà appieno nella *Dottrina dello Stato* – è il suo sincretismo, che nell'analisi del fenomeno statale ricorre a una pluralità di linee teoriche: dalla scienza politica alla sociologia, dalla *Wirklichkeitswissenschaft* di Hans Freyer, alla fenomenologia di Simmel e Dilthey, nonché alla dialettica hegeliana e, non da ultimo, alla *Gestalttheorie* delineata nelle filosofie di Mach, Husserl e Ehrenfels. Sincretismo necessario, secondo Heller, perché l'oggetto-Stato è costitutivamente sincretico proprio in quanto concepito come unità nella molteplicità e non si può comprenderlo se non ponendo in relazione fra loro un complesso di fattori diversi – sociali, politici, economici, antropologici, storici – che con lo sguardo fenomenologico vengono unificati nella percezione della forma-Stato

⁶ D. TARIZZO, *Political Grammars. The unconscious foundations of modern democracy*, Stanford, 2021, pp. 34-35.

⁷ H. HELLER, *DS*, pp. 153-154.

come *Gestalt*. Spirito sincretico motivato dal fatto che il diritto, nel costruirsi, riflette, ‘in basso’, un aspetto sociologico legato alle forze sociali esistenti, e ‘in alto’ la sfera etico-politica. Cosicché venire a capo dell’esistenza di un ordinamento giuridico diventa possibile solo allorché analisi causale e analisi normativa viaggino insieme⁸. È questa duplicità fondamentale che, per Heller, può solo dare accesso alla comprensione della sovranità statale. Nello studio della vicenda costituzionale weimariana è proprio in questo senso che è stato commentato il metodo helleriano in termini di «paradigma» e di «esperienza». Il vantaggio che se ne trae «nella storia costituzionale comparata» è che il pensare per paradigmi «non si rivela funzionale alla costruzione di generalizzazioni astratte, ma tende a far scaturire dalla complessità e dalla varietà delle esperienze criteri e orientamenti per la comprensione del reale»⁹. Non è dunque semplicemente l’uso della forza ciò che caratterizzerebbe, à la Hobbes, l’azione statale, ma la direzione e il governo delle intenzioni e degli interessi di cui i soggetti, nel loro porsi in relazione reciproca, si fanno portatori, gli scopi dunque che ne animano l’azione e che costituiscono la *Gestalt* dello Stato. Proprio per questo motivo, secondo Heller, non è possibile pensare allo Stato come entità autonoma, a uno Stato “salvato” dal tempo e dalla storia, inserendolo in una norma o in una decisione. Il richiamo alla necessità di una *Totalitätsanalyse* – di cui Heller è debitore innanzitutto al Lukàcs studioso di Hegel – nasce dal fatto che, nell’approccio gnoseologico helleriano, il soggetto conoscente, come già rilevava il costituzionalista Paul Badura¹⁰, non si trova in una posizione privilegiata rispetto alla realtà che indaga, non vi partecipa con una conoscenza meramente “intellettuale”, al pari di una coscienza e volontà interpretante astratta, ma ne è uno degli elementi, è presente e vive in essa, vi è pertanto *compromesso*. La sua conoscenza sarà dunque inevitabilmente “tendenziosa”, ma comporterà al contempo per il soggetto stesso, nel quale inscindibilmente coesistono conoscenza, azione e interesse, la necessità di una determinazione responsabile, di una scelta. Il richiamo alla responsabilità fatto da Heller ricorda che il processo della conoscenza

⁸ H. HELLER, *La Sovranità*, cit., p. 94.

⁹ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2021, p. 66. Cfr. sul punto R. CAVALLO, *La Costituzione di Weimar tra passato e futuro. Il contributo di Hermann Heller*, in *Forum Historiae Juris*, 2021, pp. 1-17.

¹⁰ P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Erlangen, 1959, p. 190.

non è indolore, ma realizza la realtà sociale nella sua forma specifica: l'individuo è, assieme, *Produzent* e *Produkt*, produttore e prodotto della sua storia. La realtà è dunque sempre memoria dell'azione e in questo senso, crociantemente, storia. Lo Stato come quel collettivo che prende forma nel processo conoscitivo informando di sé la realtà che lo circonda e ne è trasformato a sua volta, struttura che si articola in un processo di trasformazione: *Gestalt* e *Werden*, forma e divenire. Ogni pagina dell'opera di Heller si può dire volta a ribadire questo carattere problematico della relazione fra legalità e legittimità ma, assieme, la sua necessità per la costruzione democratica, un modo peculiare per affrontare il «paradosso della sovranità», il problema di fronte al quale era posta tutta la cultura giuridica weimariana: «*if the sovereign is the highest authority, and hence not answerable to any other authority, how can the sovereign be subject to law?*»¹¹. Pensare la sovranità dentro l'ordine giuridico come quell'unità di azione e decisione che si costruisce *socialmente* nell'azione collettiva, nella pluralità attraversata da conflitti che la sovranità deve mostrarsi capace di mettere in parola, organizzare, rendere non 'mortalì'. Su questo passaggio decisivo, Max Weber non diceva cose molto diverse: si tratta di individuare lo spazio «su cui le potenze dell'epoca possano *scontrandosi incontrarsi*, possano rendere produttivo il loro stesso conflitto, riconoscerlo e trasformarlo in fattore non solo di sviluppo, ma di *democratizzazione*»¹². Heller su questo è molto risoluto e davvero distante sia da Kelsen che da Schmitt, tanto ne *La Sovranità* quanto nella *Dottrina dello Stato*, e *pour cause*:

L'azione oggettiva del potere statale non può venire dunque ascritta né soltanto a coloro che sono sottomessi al potere, né a alcun detentore del potere [...] Il concetto di totalità, così abusato nella dottrina dello Stato della tradizione, deve venire inteso qui, eccezionalmente, in modo letterale in quanto il potere dello Stato non è né la somma né il semplice potenziamento delle singole forze che sono comprese al suo interno, ma la risultante di tutte le azioni e le reazioni politicamente rilevanti all'interno e all'esterno¹³.

Il suo concetto di democrazia politica come potere che emana dal

¹¹ D. DYZENHAUS, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 16,2, 2015, p. 343.

¹² M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Milano, 2020, p. 59.

¹³ H. HELLER, *DS*, cit., p. 358.

popolo non è semplicemente formale – come in Kelsen¹⁴ – ma *sostanziale*. Dove sostanziale non indica altro che per governare lo Stato e costruire *le forme*, le procedure, il dover essere della propria esistenza e resistenza al tempo, è indispensabile conoscere e venire a capo dell'*essere* che preesiste e su cui lo Stato si fonda. In un saggio di prossima pubblicazione, Agustín José Menéndez afferma che

la sovranità svolge un ruolo strutturale fondamentale nel diritto moderno, inteso come strumento chiave dell'integrazione sociale. Il diritto sovrano non solo è in grado di assumere le funzioni-chiave proprie del diritto, come la risoluzione dei conflitti, il coordinamento delle azioni in vista di obiettivi collettivi e la produzione di modelli che rendono possibile l'autonomia privata, ma apre anche nuove possibilità normative. In particolare, il diritto sovrano ha svolto un ruolo fondamentale nel creare i presupposti per l'autogoverno democratico¹⁵.

2.2. La critica a Kelsen

Il duplice percorso teorico del normativismo e del decisionismo, già all'inizio del secolo scorso, traeva la sua forza dal rifiuto della tradizione ottocentesca dei Gerber, dei Laband, degli Jellinek¹⁶. Ma il prezzo di questa emancipazione consisteva in una visione *unilaterale* e *olistica* del multiverso giuridico. L'operazione helleriana che assume la forma dialettica come *criterio* fa sì che decisione e norma vengano considerate – allo stesso titolo – parti *integranti* del manifestarsi, dell'affermarsi e del riprodursi del diritto, entrando in una tensione feconda ai fini della costituzione della forma-Stato e possano venire ricongiunte, invece di opporsi radicalmente all'interno della sua concezione. Per Kelsen, in-

¹⁴ Cfr. ad es. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929², trad.it., *Essenza e valore della democrazia*, Bologna, 1984, pp. 51-53.

¹⁵ A.J. MENÉNDEZ, *il diritto dell'Unione europea attraverso gli occhi di Hermann Heller*, in *Il popolo sovrano. Unità politica, pluralità e conflitto nella teoria democratica di Hermann Heller*, cit.

¹⁶ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Ottocento e Novecento*. Milano, II, 2001, p. 609. Anche se Fioravanti, nel corso della sua analisi mostra come fu proprio Schmitt – nel suo saggio su *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1950, trad.it., *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, 2020 – a ritornare, con una palinodia, a Savigny come il giurista della scienza giuridica europea.

fatti, che costruisce una dottrina pura del diritto, Stato e ordinamento giuridico si identificano: nulla che sia *altro* dall'impianto normativo può costituire elemento connettivo della forma-Stato se non la forma giuridica. Ogni forma di vita legata a meccanismi causali deve venire bandita per guadagnare la forma giuridica: «tutti i tentativi di giungere allo Stato per vie sociologiche legate alle scienze causali, e dunque concepire lo Stato come dato di fatto sociale, nel senso di un fatto naturale, sono destinati al fallimento»¹⁷. Kelsen qui non solo separa essere e dover essere ma identifica ogni fenomeno sociale come fenomeno naturale in quanto guidato esclusivamente dalle scienze causali. Se, invece di separare essere e dover essere, se ne colga l'intima relazione si può concludere con Heller che «tutti i concetti giuridici validi sono ombre proiettate da processi sociali reali. Senza un riferimento costante ai fatti empirico-sociologici la giurisprudenza si perde nel vasto firmamento dei concetti»¹⁸. Ciò non significa affatto, però, che questo materiale pre-scientifico non debba né possa venire trasformato in norme giuridiche utilizzabili all'interno dell'ordinamento. Questo è compito precipuo dell'autorità sovrana e dei suoi organi. Perciò il diritto va guardato nella prassi, nel suo operare concreto, dove si materializza l'unione dei due aspetti, nel suo essere-dover essere:

Il problema sociologico della sovranità, cioè il problema sociologico fondamentale della dottrina giuridica dello Stato, è quello del rapporto fra autorità ed ordine¹⁹.

L'ordine sociale, afferma Heller, è la forma in cui l'autorità deve manifestarsi. E ogni autorità si presenta, *dal basso* come ordine: gli ordinamenti autoritativi differiscono infatti da quelli di tipo contrattuale per il fatto che esiste «un soggetto detentore dell'autorità, cioè di una unità di decisione permanente, universale ed efficace». Ogni ordine è un insieme di regole e ogni regola produttrice di ordine «deve stabilire in modo implicito o esplicito che un uomo determinato in una situazione determinata deve comportarsi in una maniera determinata». Dunque l'esercizio dell'autorità implica un comando *determinato*, inequivocabile, ma in gradi diversi, e quindi «ha dei limiti minimi e

¹⁷ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, p. 11. Traduzione mia.

¹⁸ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 169.

¹⁹ Ivi, p. 94.

massimi che sono invalicabili». «Prendere decisioni vincolanti» vuol dire, ribadisce Heller, che «la decisione è una funzione della facoltà di giudizio personale»²⁰. Ecco il punto che a Heller preme di più: regola, ordine, decisione e autorità personale sono inscindibilmente legati se la decisione deve essere *efficace*. Ma ciò implica che il diritto intanto possiede validità in quanto esiste *socialmente*, ovvero ha realtà «soltanto all'interno di una comunità giuridica data nel tempo e nello spazio»²¹. L'idea che il diritto positivo si manifesti nella «fattualità di un'unità di volontà sovrana» viene combattuta dal razionalismo giuridico kelseniano che per Heller è erede del giusnaturalismo illuministico in quanto pone la norma *al di sopra* dell'individualità e non coglie la dimensione dialettica che lega entrambe nella costruzione dell'ordinamento giuridico.

L'intera dottrina 'pura' del diritto regge o cade insieme all'affermazione che la validità del diritto non ha nulla a che fare con la attualità di una volontà individuale che lo renda positivo²².

Il diritto ha un'oggettività concreta solo se e in quanto costituisce il vincolo normativo intersoggettivo della volontà. Non è possibile eliminare l'elemento concreto della decisione annullandolo in una norma giuridica come se si trattasse di due dimensioni escludentesi a vicenda: le norme giuridiche sono infatti norme *individualizzate*, ovvero frutto di un processo di determinazione che ricevono la loro positività «unicamente in seguito a decisioni prese da volontà individuali e rese manifeste»²³. Proprio in nome di questa convinzione metodologica della struttura intimamente dialettica del diritto, Heller intreccia potere e diritto come due elementi fondamentali della *Dottrina dello Stato* e costituiscono la base sulla quale poi ragionerà dei principi etici del diritto:

Tutte le teorie fondate sull'alternativa tra diritto e potere, norma e volontà, oggettività e soggettività sottovalutano la struttura dialettica della realtà statale e risultano dunque viziate proprio all'origine. La capacità del diritto di produrre potere ci impedisce di considerare la costituzione

²⁰ Ivi, pp. 95-97.

²¹ Ivi, p. 109.

²² Ivi, p. 117.

²³ Ivi, p. 116.

come “decisione” di un potere privo di norme. [...] Per altro verso, la capacità del potere di produrre diritto ci obbliga a rigettare la concezione in base alla quale la costituzione (priva di contenuto) riceverebbe la propria validità giuridica da una norma priva di potere, valida solo logicamente, mentre il suo contenuto le giungerebbe dall’atto di volontà dell’autorità costituente (che è però solo la norma fondamentale a porre)²⁴.

2.3. *La critica a Schmitt*

Così, se in Kelsen scompare l’autorità come potere di decisione *personale* – e con essa il diritto come processo intersoggettivo, lo Stato come Soggetto che decide in modo sovrano –, in Schmitt, all’opposto, la norma giuridica appare del tutto recessiva rispetto a una decisione sovrana che non ha limiti precostituiti e, come tale, non ha carattere normativo. Il diritto, in Heller, non muove dunque né semplicemente da una norma, né da una decisione, ma dalla loro relazione dialettica e solo questo può assicurare la positività, ovvero l’effettualità della sua azione. Il diritto dunque *presuppone* la realtà sociale, non la crea dal nulla né la ignora e la sovranità appare in Heller come potenza mediatrice inesausta fra valori e interessi confliggenti. Andrebbe ricordato che il diritto – è trita banalità dirlo ma non va mai dimenticato – nasce sempre *in polemica e in controtendenza* rispetto all’ordine ‘naturale’ delle cose, ordine che nelle società contemporanee è fondato sul predominio sempre più massiccio delle logiche legate ai poteri economici globali. L’ordine costituzionale democratico è preposto a rovesciare l’ordine gerarchico nel quale tendono a porlo le logiche dei mercati affermando, in controtendenza, il primato della costituzione. Soprattutto oggi, quando l’apparente oggettività tecnico-economica sembra imporsi come fulcro dell’ordine sociale e delle decisioni che ne scaturiscono:

Se ci si convincesse che è ormai la c.d. *lex mercatoria* a essere sovrana, che è intorno ad essa che si costruisce l’insieme dei rapporti giuridici politicamente e socialmente rilevanti, che dalla centralità della costituzione si è passati a una centralità diversa, quella del mercato, della concorrenza e delle imprese, dovremmo con coerenza farne discendere che anche gli

²⁴ H. HELLER, *DS*, p. 407.

ordinamenti giuridici [...] hanno subito una trasformazione morfologica: da ordinamenti costituzionali a *ordinamenti mercatori*²⁵.

Su questo problema si fonda esattamente il concetto helleriano di omogeneità sociale che va letto, come detto, all'interno della dinamica che costruisce lo Stato sociale di diritto nell'affermarsi della sovranità politica. Tutt'altra cosa da quell'omogeneità *sostanziale* che Carl Schmitt 'invoca' ripetutamente nella sua *Dottrina della Costituzione* e che rinvia, fra gli altri 'valori', non a caso, a quelli di «razza comune»²⁶. È davvero singolare che un pensatore così acuto come Schmitt – che fondava la sua concezione dell'eccezione sulla tragica scissione fra Idea e contingenza, assimilandola a una *Weltanschauung* dell'epoca e ponendo il diritto come forma *liminare* – non si renda conto della contraddizione nella quale cade ponendo come *necessaria* per la forma sociale della costituzione questa ambigua omogeneità sostanziale che di un colpo dissolve ogni conflitto, ogni tragicità, imponendo come forma politica democratica, nella sua purezza, quella della dittatura²⁷? L'ambizione di Schmitt, in questo non dissimile da Kelsen, è fondare *l'Idea* del diritto, indipendentemente da Weimar e dalle sue tragiche vicissitudini costituzionali.

2.4. Sull'omogeneità sociale

Il concetto helleriano di omogeneità sociale si contrappone a quella sostanziale di Schmitt ponendosi altrimenti: è un'*Aufgabe*, un *compito*, un *lavoro* del diritto e della politica per la costruzione di un ordine sociale nuovo e sempre aperto, e non è, né può mai essere un presupposto perché, – ancora diversamente da Schmitt – indica *implicitamente* l'esistenza di *differenze* – politiche, sociali, economiche conflittuali – che, in quanto tali, non sono *immediatamente* componibili ma non sono neppure nemiche irredimibili e vanno poste, quindi *mediate* e fatte convivere nel loro differire, in base a principi *etico-politici* comuni che

²⁵ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma-Bari, 2013, p. 43.

²⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928, trad.it., *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Milano, 1984, p. 298.

²⁷ Mi sia consentito di rinviare sul punto a U. POMARICI, *Disavventure della democrazia. Carl Schmitt fra Scilla e Cariddi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLII, n. 2, dicembre 2012.

fondano il dettato costituzionale. Cosa c'è mai alla base delle costituzioni post-belliche europee se non questo? Come è stato riconosciuto, Heller pensava, in questo senso, *oltre Weimar*²⁸. Questa tensione verso un'omogeneità sociale è infatti indubbia anticipazione di quella svolta del costituzionalismo post-bellico che Heller auspicava: il problema della legittimazione e quindi della sovranità come *autorità* in grado di porsi quale potere costituente democratico per *garantire*, in base a principi etici del diritto, le trasformazioni sociali. Qui si radica anche la grande differenza della dottrina helleriana rispetto al normativismo e al decisionismo: per Heller la sovranità è l'architrave *interna* al diritto, e che *dall'interno* costruisce l'ordinamento giuridico producendolo socialmente. In modo radicalmente diverso, infatti, Kelsen rifiutava la sovranità statale come un dogma da abbattere, mentre Schmitt la considerava come un «*Grenzbegriff*»²⁹, un concetto-limite: «*die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare*»³⁰, l'eccezione non può essere sussumta sotto alcuna norma, in quanto nasce in un 'vuoto' assoluto di diritto che è possibile 'medicare' solo attraverso un intervento *esterno* e dunque «ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia»³¹. Così, la concezione helleriana della sovranità appare con una sua originalità, rispetto alle due teorie dominanti, in quanto si presenta come costruzione 'molecolare' (in senso gramsciano), del Giuridico che si costituisce *dall'interno* dell'ordine sociale nella sua contraddittoria complessità col fine di darvi un ordine. La sovranità helleriana muove quindi dall'esistenza di forze sociali antagoniste e da queste deve partire per costruirsi, attraversandole e facendone proprie le ragioni al fine tuttavia di ricondurle al dettato costituzionale. Infatti, per Heller – qui è certo vicino a Kelsen e opposto a Schmitt –

non è mai esistita, e non esisterà mai, per il popolo dello Stato una solidarietà *a priori* di tipo "comunitario", a causa della struttura radicalmente antagonista della società. Quel che viene ritenuta una comunità di valori

²⁸ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p.297.

²⁹ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, München und Leipzig, 1934², p. 11.

³⁰ Ivi, p. 31.

³¹ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, Bologna, 1972, p. 61.

e di volontà dello Stato, considerato nella sua totalità, vale soltanto per la solidarietà del gruppo che costituisce il nucleo forte dello Stato³².

Ma questa natura necessariamente conflittuale dello spazio politico in Heller, dal quale nascerà la sovranità, diverge radicalmente dal concetto schmittiano di Politico basato sulla coppia amico-nemico, che struttura la natura dello Stato sul *confine*, come contrapposizione fra un interno ordinato – *ab integro nascitur ordo* – dove nessun conflitto, nessuna *stasis* è concepibile perché regna una omogeneità *sostanziale* dei suoi componenti. Il Politico schmittiano è di chiara derivazione internazionalistica: lo Stato sovrano, ordinato nei propri confini, si contrappone al Nemico esterno. La natura conflittuale dello Stato in Heller è, all'opposto, *interna* alla storia, alla cultura e alla morfologia della società politica, alle sue *parti*.

3. Alcuni presupposti filosofici

La riflessione filosofica di Heller, nel suo percorso di costruzione della dottrina dello Stato, è stata enormemente influenzata dal pensiero di due classici del Moderno sui quali vogliamo brevemente soffermarci: le dottrine di Bodin e di Hegel, così da articolare in modo originale la forma sovrana nel dibattito weimariano. Heller, inizialmente influenzato da Gustav Radbruch, amico e compagno di lotta politica – con lui aveva partecipato a Kiel alla difesa armata della Repubblica nel '21 durante il tentato putsch di Kapp – intreccia, nel corso del suo percorso teorico, fin dall'opera su *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania*, tre diverse concezioni del mondo che gli faranno da guida per un non breve tratto, corrispondenti a differenti forme di Stato: la concezione individualistica, che concepisce l'uomo come personalità etica e vede il compito dello Stato nella garanzia della sua libertà così da consentirgli l'espansione autonoma della sua personalità; quella sovraindividuale, che considera l'uomo come membro della Nazione; e quella transpersonale che considera l'individuo come *momento* di una personalità complessa innervata in una forma culturale alla quale anche lo Stato deve sottomettersi. Libertà Nazione e

³² H. HELLER, *DS*, p. 359.

Cultura sono i tre principi che Heller assume dalla filosofia giuridica di Radbruch³³.

3.1. *L'influenza del pensiero hegeliano*

Con Hegel, quella di Heller è stata una 'lotta' intrapresa lungo tutta la sua opera: benché infatti ammirasse il suo punto di vista teoretico – e ricorresse di continuo allo spirito dialettico, così da affermare che «per la dottrina dello Stato, le sollecitazioni più importanti provengono oggi da Hegel e dal suo metodo»³⁴ – egli ne rigettava gli esiti politici in quanto prefiguravano la politica di potenza dello Stato di Bismarck. Questa ambivalenza – che percorre soprattutto la prima parte della sua opera mentre nella *Dottrina dello Stato* accoglie in modo più pieno la lezione hegeliana – rende la sua interpretazione di Hegel in parte contraddittoria³⁵. Così, se da un lato riconosce a Hegel di aver condannato in modo definitivo il diritto naturale con i suoi principi astratti e con la lotta per una potenza nazionale di aver smascherato l'irrealtà del cosmopolitismo di quell'epoca; dall'altro lo condanna per aver difeso una filosofia della guerra che elevava il potere del più forte su di un piano metafisico³⁶. E tuttavia, Heller separa a chiare lettere Hegel da Stahl:

Hegel non è stato affatto il rappresentante del pensiero monarchico-feudale dello Stato. [...] la sua razionalità ispirata a Machiavelli ha un carattere che va ben oltre il proprio tempo; egli diventa il teorico del costituzionalismo monarchico plasmato da Bismarck e guidato dalla burocrazia e dalla borghesia nazional-liberale. Invece, il filosofo dello Stato rappresentante della reazione assolutistico-feudale è stato Friedrich Julius Stahl³⁷.

In ogni caso quel che l'interpretazione helleriana assume positivamente da Hegel consiste in due elementi essenziali di continuo ribaditi nelle sue opere: che la politica è potere e la nazione – cui Heller non a

³³ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden Baden, 1983², p. 97. Schluchter cita qui G. RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus*, Berlin, 1922, p. 9.

³⁴ H. HELLER, *DS*, pp. 83-84.

³⁵ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 100.

³⁶ Ivi, p. 108.

³⁷ H. HELLER, *Die politische Ideenkreise der Gegenwart*, in ID., *Gesammelte Schriften*, cit. I, p. 290.

caso dedicherà *Sozialismus und Nation* – è la forma politica del Moderno; che lo Stato va concepito come unità che diviene storicamente – non a caso cita Croce lettore di Hegel – e non risultato di un contratto e, infine, che diritto, libertà e potenza non possono mai essere concepiti isolati fra loro ma vanno compresi in una unità che si sviluppa dialetticamente:

Poiché lo spirito, secondo Hegel, non è un'essenza già sviluppata prima del suo apparire, che si mantiene presso di sé dietro la massa dei fenomeni, ma è veramente reale solo tramite le forme determinate del suo necessario manifestarsi, così anche lo spirito del popolo in Hegel, diversamente che nei romantici, è *tanto prodotto quanto produttore della realtà sociale*³⁸.

Dunque, come è stato detto, la critica di Hegel è volta contro ogni *immediatezza*, in quanto questa costituisce la 'morte' dello Stato, sia nel senso dello

Stato inteso come sostanza che *nega* l'interesse dell'individualità come tale, sia quest'interesse allorché non riconosce la propria verità e non la realizza e non la mantiene ferma nello Stato, realtà dell'idea etica. Dunque [...] è necessario che la dialettica del riconoscimento possa dimostrarsi, è necessario che l'interesse particolare venga posto *in armonia* con l'universale, ma è necessario, altresì, che questa armonia si produca *dal* particolare³⁹.

Heller assume dunque Hegel come il filosofo che costituisce la totalità politica dello Stato quale istanza che esiste proprio e solo *nella e della* trasformazione di *tutti* gli elementi che la compongono. La totalità che Heller assume da Hegel si declina nella democrazia liberale come «l'unificazione delle volontà», che attraverso il principio di maggioranza e la rappresentanza costituiscono «gli strumenti tecnici che permettono al popolo in quanto unità di governare il popolo in quanto molteplicità e di diventare soggetto della sovranità»⁴⁰. E qui si vede altresì come Heller coniughi, Marx con Hegel:

Tutta la grandezza del marxismo – in un'epoca di ricerca empirica appiat-

³⁸ H. HELLER, *DS*, p. 150.

³⁹ M. CACCIARI, *Dialettica e critica del Politico. Saggio su Hegel*, Milano, 1978, pp. 14-15.

⁴⁰ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 140.

tita dal positivismo ed esaurita nello specialismo – sta nell’aver custodito, grazie alla dialettica hegeliana e a un enorme rispetto per la realtà, questa idea della totalità. [...] Solo infatti in connessione con la filosofia hegeliana diventa evidente che l’impresa metodologica decisiva del materialismo storico è costituita dall’analisi dialettica della totalità della realtà sociale. Aver ricostituito questa connessione è il grande merito di Georg Lukàcs, [...] È il punto di vista della totalità, e non la supremazia dei motivi economici nell’interpretazione della storia, ciò che distingue il marxismo, fondamentalmente, dalla scienza borghese⁴¹.

Così, anche la critica hegeliana alle filosofie del diritto naturale è accolta da Heller positivamente come *trait-d’union* fra Hegel e Marx: «Per il giusnaturalismo le coppie di opposti potenza e diritto, potenza e libertà e potenza e moralità erano categorie rigide e tra quei termini non si dava alcuna possibilità di mediazione. Per Hegel ogni forma di pensiero contiene sempre in sé una forma dell’essere e una conciliazione con il suo opposto. Tutti i suoi concetti sono solo concetti relazionali e l’uno esercita la sua influenza sull’altro»⁴². Ma il contributo più importante che Hegel realizza con la dottrina organica dello Stato non si trova, secondo Heller, in quest’immagine che sensibilmente riunisce in sé i due cardini della libertà e della potenza. Quella che va superata è l’idea di una ‘perfetta corrispondenza’, di un’uguale misura, all’interno del Politico, fra individuo e potenza dell’Intero. Se il Tutto fosse la mera risultante delle singolarità, se esso fosse riconducibile ai singoli perché prodotto semplicemente da loro, esso sarebbe sempre ‘incerto’, sempre in pericolo. Il Tutto non può essere attingibile dalla parte. E dunque muta radicalmente il senso della costituzionalizzazione: non è lo spazio della libertà individuale che preoccupa Hegel: infatti, diversamente dai liberali, egli non vede nei ceti (*Stände*) una rappresentanza del popolo contrapposta al governo, ma esattamente l’opposto. Gli *Stände* sono per Hegel una delle forme nelle quali lo Stato entra nella coscienza soggettiva del popolo; in tal modo esso non appare più come un semplice arbitrio – un meccanismo o una potenza ‘naturalmente’ data – e fa degli *Stände* un punto di forza e di irradiazione del proprio potere: non un limite e una garanzia, ma un’istanza che rilancia la *Macht* come espressione che attraversa e ‘contamina’ l’intero corpo

⁴¹ H. HELLER, *DS*, pp. 173-174.

⁴² H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania*, cit., p. 119.

politico organizzandolo per nessun altro fine che il semplice referente sé a sé dell'organismo. I 'corpi' dello Stato non costituiscono quindi per Hegel né istanze liberali di rappresentanza, né tantomeno una diminuzione del potere statale, ma l'espressione concreta, realizzata ovunque, del suo enorme potenziamento⁴³. Con Hegel si apre una via che ri-comprende – nella forma della mediazione – le varie forze che si muovono nella costituzione dello Stato intorno al suo fulcro: il ruolo centrale degli *Stände*, dei ceti, che organizzano e sviluppano la *Staatsgesinnung* danno espressione – nel mediare fra governo e popolo – a una *ragione interna* alla costituzione, al di là di qualsiasi logica *immediata* e individualistica.

3.2. La sovranità in Jean Bodin

L'altro filosofo al quale Heller attinge per sviluppare l'immagine della sovranità è il legista Jean Bodin, autore de *I sei libri sullo Stato*. Perché Bodin? Basti citare l'incipit del primo capitolo del libro ottavo del suo capolavoro per comprenderlo: «per Stato si intende il governo giusto che si esercita con potere sovrano su diverse famiglie e su tutto ciò che esse hanno in comune fra loro»⁴⁴. Spiccano qui due elementi essenziali: il governo deve essere *giusto*, e deve fondarsi «sulla famiglia come fondamento e come modello»⁴⁵. Tanto l'idea della giustizia, quanto quella della famiglia, rinviano all'idea di armonia, uno dei *topoi* della filosofia politica di Bodin. La famiglia, i collegi, tutti i corpi intermedi che costituiscono l'ordine medievale contribuiscono alla formazione della sovranità. Il che significa istituire un ordine politico nel quale «il carattere costituzionale della casa» esprime «la perfetta continuità del processo 'verticale' che dal microcosmo familiare conduce al macrocosmo politico»⁴⁶. Qui vediamo bene come, per Heller, Hegel e Bodin, all'interno di una indiscutibile teoria della sovranità come apice del sistema, parlino un linguaggio consonante. In Bodin troviamo un concetto di sovranità *concreto*, che corrisponde proprio all'opzione di fondo della filosofia del diritto helleriana, quell'«*Immanenzdenken*»

⁴³ *Ibidem*. Cfr. tutto il capitolo sull'organismo politico, pp. 152 ss.

⁴⁴ J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1576, trad.it., *I sei libri sullo Stato*, Torino, 1988², I, cap. 8, p. 160.

⁴⁵ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999, I, p. 67.

⁴⁶ *Ibidem*.

contrapposto a ogni trascendenza⁴⁷ che connota la costruzione della sovranità. Una sovranità vincolata *costitutivamente* allo spazio politico di cui è espressione e culmine, dunque *standortgebunden*, come viene formulata nel suo «*pro locorum, temporum, ac personarum infinita varietate*»: il principe «se vuole essere veramente sovrano» deve avere il potere di «annullare, cambiare o correggere le leggi secondo l'esigenza di circostanza, tempi, persone»⁴⁸. Questa affermazione di Bodin condiziona tutta la riflessione di Heller sulla sovranità come struttura complessa, radicata nella molteplicità dei soggetti, degli interessi, dei valori, come espressione della dialettica tra forma di vita e organizzazione, forma data (*gegeben*) ma, assieme, compito affidato alla volontà (*aufgegeben*), Uno e molteplice. Il sovrano non ha, in Bodin, un potere assoluto, ovvero *sic et simpliciter* illimitato, non è astratto e totalmente formalizzato, indipendente dal luogo nel quale concretamente esiste; innanzitutto perché viene sempre definito in base a dei vincoli: «se si afferma che ha potere assoluto colui che non è soggetto ad alcuna legge, non troveremo mai nessun principe sovrano cui possa adattarsi questa formula: tutti i principi della terra sono soggetti alle leggi di Dio e della natura, oltre che a diverse leggi umane comuni a tutti i popoli»⁴⁹. E non a caso Heller, già ne *La Sovranità*, dedica ampio spazio, sul piano del diritto internazionale, al tema dei principi giuridici, logici ed etici, che svilupperà poi estesamente, come vedremo, nella *Dottrina dello Stato*, ponendoli al centro della sua riflessione sul diritto. Il sovrano di Bodin, conclude Heller, «non è affatto illimitato»⁵⁰. E aggiunge: poiché il sovrano è soggetto a principi che lo sovrastano – *lex divina* e *lex naturae* innanzitutto – ove mai egli le trasgredisce «i sudditi possono rifiutare l'obbedienza al sovrano che viola questi principi di diritto»⁵¹. Di più, afferma Heller, «si può fissare il principio che il principe non è soggetto alle sue leggi né a quelle dei suoi predecessori ma lo è ai patti giusti e ragionevoli, soprattutto se essi implicano l'interesse dei sudditi, sia come singoli sia in generale»⁵². In questo senso la sovranità *non*

⁴⁷ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, cit., p. 92.

⁴⁸ J. BODIN, *I sei libri sullo Stato*, cit., p. 379.

⁴⁹ *Ivi*, p. 357.

⁵⁰ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 73.

⁵¹ *Ibidem*. Una eco di questo tema è nelle pagine finali della *Dottrina dello Stato* dedicate al diritto di resistenza: *ivi*, pp. 327 ss., p. 340.

⁵² J. BODIN, *I sei libri sullo Stato*, cit., p. 363.

satura lo spazio pubblico, composto da una molteplicità di elementi: «oltre la sovranità, a formare lo Stato concorre anche necessariamente qualcos'altro di comune e di pubblico: il patrimonio comune, il tesoro pubblico, lo spazio di territorio occupato dalla città, le strade, le piazze, i templi. I mercati, gli usi, le leggi, le consuetudini, la giustizia [...] senza niente di pubblico, insomma, non vi può essere Stato»⁵³. Accanto alla legge come comando permane il patto con i cittadini come *fides*: di *entrambe* queste dimensioni è costituita la legittimità del sovrano bodiniano. Nell'idea di sovranità bodiniana resta vivo il “metodo” della costruzione del potere medievale che intende comporre e riconoscere il pluralismo sociale dei differenti corpi nel segno dell'amicizia. Non si comprenderebbe nulla dell'impegno helleriano nelle e per le *Volks-hochschulheime* (università popolari)⁵⁴ – un impegno politico per lo sviluppo culturale dei lavoratori necessario a costruire lo spirito nazionale cui Heller si dedica lungo tutto l'arco della sua militanza socialdemocratica – senza ricorrere alla lezione bodiniana in cui si mescolano i motivi rinascimentali tardo-platonici della politica come armonia, benevolenza reciproca, *virtus*, e quelli medioevali della *fides*: «Dondarsi, quindi, se le comunità e i collegi sono parti essenziali dello Stato, equivale a chiedersi se lo stato possa reggersi senza amicizia, quell'amicizia senza di cui neppure il mondo può sussistere»⁵⁵. Amicizia, come vedremo, che per Heller non può essere un dato comunitario ma è un'affinità riservata al piccolo numero di individui che, come diremo, si pongono il problema della costruzione dell'ordine sociale e dunque non esclude affatto la natura conflittuale della composizione sociale contemporanea nella sua complessità. Proprio per questo la sovranità resta indispensabile.

4. Da La Sovranità alla Dottrina dello Stato

Partiamo da un presupposto ineludibile: nessuna teoria filoso-

⁵³ Ivi, p. 177.

⁵⁴ Sul tema cfr. il contributo di S. LAGI, *Hermann Heller e i presupposti dello Stato democratico* in *Il popolo sovrano: unità politica, pluralità e conflitto nella teoria democratica di Hermann Heller*, cit.

⁵⁵ J. BODIN, *I sei libri sullo Stato*, II, pp. 274-275. Sul concetto fondamentale di armonia in Bodin cfr. A. SUGGI, *Sovranità e armonia. La tolleranza religiosa nel Colloquium Heptaplomeres di Jean Bodin*, Roma, 2005.

fico-giuridica a Weimar era riuscita a elaborare *la* soluzione costituzionale del proprio tempo in termini teoreticamente soddisfacenti, né probabilmente avrebbe potuto data la lacerazione e l'ingovernabilità sociale e politica. Sia pure con forme e fortune differenti, la dottrina helleriana, come tutte le altre più rilevanti di quegli anni – da Kelsen a Schmitt a Smend, a Radbruch – ha quindi tentato invano di ricomporre teoricamente una realtà socio-politica magmatica all'interno di una forma giuridica democratica e dunque non poteva che fornire risposte parziali a una situazione in precipitosa evoluzione verso la dittatura nazionalsocialista. Il sistema Weimar era preda di forze che lo stavano portando alla distruzione e dietro di esse poteri che lavoravano per finalizzare quel precipizio verso l'esito che oggi conosciamo. Lo stesso Schmitt, la cui acutezza e sapienza giuridica erano indiscutibili, nulla poté contro la realtà dei fatti. Ma a differenza di Heller – che da socialdemocratico coerente e in prima linea era un oppositore pubblico del nazismo e fu costretto all'esilio – scelse di 'navigare' la tempestosa corrente rifluendo nel movimento nazista con la pretesa di diventare il leader teorico di quella trasformazione in atto «con veri contorcimenti [...] tra lampi di genialità, opportunismi, ingenuità, malcelate ambizioni»⁵⁶. La sua proposta politica non ebbe infatti seguito alcuno. Ben altre erano le intenzioni che si preparavano a trasformarsi in azioni. Infatti, il suo progetto di dittatura commissaria del Presidente del Reich si infranse contro la prova di realtà che lo scavalcò in forme impensabili per lo stesso Schmitt. Non Hindenburg, ma Hitler era dietro l'angolo. E il giurista di Plettenberg scelse, in tutta la sua prima fase, Hitler. Basti pensare al terribile articolo *Der Führer schützt das Recht* (1934) scritto all'indomani dell'eccidio delle SA per giustificarlo; articolo 'pudicamente' espunto per decenni nelle pubblicazioni post-belliche, per non parlare degli attacchi al Kelsen "ebreo". Eppure, tutto il dibattito weimariano, la *Kampfgemeinschaft* come la etichettò Smend, in modi e misure diverse, ha lasciato un segno che travalicava quegli anni e che è riecheggiato nelle discussioni teoriche fra gli anni '70 e gli anni '90 del secolo scorso con maggiore o minore fortuna. La bibliografia di e su Schmitt, in particolare, è stata almeno fino a pochi anni fa, di proporzioni smisurate. Nel caso di Heller, che ha avuto molta minor fortuna anche per la sua precoce scomparsa, il contributo certamente

⁵⁶ C. GALLI, *Carl Schmitt: politica ed economia nella crisi di Weimar*, in *Filosofia politica*, n. 1/2019, p. 47.

più rilevante è legato alla formulazione dello Stato sociale di diritto come antesigano delle costituzioni contemporanee⁵⁷.

4.1. *Il Soggetto sovrano*

Se ora ci addentriamo nel percorso teorico helleriano possiamo veder emergere i problemi con i quali il giurista si è dovuto confrontare e come abbia tentato di risolverli. I due testi capitali della filosofia helleriana del diritto vengono elaborati fra la prima metà degli anni '20 e il 1933, anni cruciali, quelli del drammatico decorso e fallimento dell'esperimento repubblicano. Drammatico anche dal punto di vista personale in quanto il giurista muore improvvisamente nell'esilio madrileno senza riuscire a portare a termine il progetto della *Staatslehre* pubblicata postuma a cura dell'allievo Gerhart Niemeyer nel 1934. Il progetto prevedeva infatti ancora un capitolo sulla sovranità e un altro sulla rappresentanza che sono presenti solo nell'indice della sua ultima opera. Anni di intenso lavoro durante i quali, all'interno di una certa continuità, matura nella *Dottrina dello Stato* una prospettiva parzialmente diversa che si arricchisce di nuovi punti di vista anche grazie, lo si è accennato, a una visione fenomenologica, e come vedremo, allo svilupparsi del tema dei principi etici del diritto. La definizione icastica di sovranità che concludeva il lavoro del 1927 la qualificava come «*proprietà di un'unità di azione e di decisione universale sul territorio, in forza della quale per garantire il diritto essa si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto*»⁵⁸. In questa formulazione si coagula tutto il problema del dibattito weimariano e il suo dissenso tanto da Kelsen quanto da Schmitt: la dottrina dominante, per Heller, ha mostrato l'incapacità di pensare la sovranità dello Stato in quanto Soggetto⁵⁹, ma non un

⁵⁷ I. MASSA PINTO, *L'istituzione di una Costituzione: una chiarificazione dei concetti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, p. 6, afferma ad es. che la teoria helleriana della costituzione rappresenta «un modello di rapporti tra cultura, stato e costituzione-atto che prefigura perfettamente l'istituzione delle costituzioni del secondo dopoguerra». In questo senso va visto il contributo eccellente di M. DOGLIANI che, nella sua *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 297, nel capitolo dedicato a Heller, definisce la *Dottrina dello Stato*, «a causa del suo sincretismo metodologico che la ispira [...] la sintesi più alta del pensiero giuspublicistico weimariano».

⁵⁸ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 244. Corsivo in originale.

⁵⁹ H. HELLER, *La sovranità*, p. 126. Qui risuona evidente l'eco degli hegeliani *Lineamenti di filosofia del diritto*.

soggetto come costruito funzionale e astratto, puramente formale, bensì un Soggetto 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 nell'unità di azione e decisione⁶⁰. 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. Dunque per Heller – anche in questo seguendo Hegel – il Politico è un'istanza essenziale che non può né venire espunta come nella teoria kelseniana, né precedere e fondare lo Stato, del tutto autonomo e ad esso sovraordinato, come accade con il Politico schmittiano. Diversamente, per Heller, «un concetto del Politico può risultare solo dalla funzione che il Politico esercita all'interno della vita sociale complessiva».⁶¹ Lo Stato può dunque essere sovrano «solo perché a differenza di qualsiasi altra organizzazione è in grado di ottenere per il proprio ordinamento, rispetto a tutti gli altri ordinamenti sociali una validità specifica, ossia perché è in grado, in modo del tutto diverso dalle altre organizzazioni, di 'comprendere' gli uomini che lo realizzano con i loro atti».⁶² Così, se pur Heller riconosce il debito contratto ne *La sovranità* con la teoria schmittiana⁶³, ne prende subito le distanze dichiarandola «contraddittoria e insostenibile»⁶⁴, in quanto, di fronte alla conflittualità apparentemente irredimibile della molteplicità sociale, Schmitt *identifica* il diritto e il suo governo con l'eccezione che diventa il fulcro intorno al quale ruota tutta la sua opzione teorica nel definire il diritto. Heller, proprio per ragioni teoriche che saranno visibili solo molto più tardi, si rifiuta di accettare questa riduzione 'drammatica' del concetto di diritto. Nella concezione dell'eccezione sovrana e della sua 'posizione' all'interno dell'ordinamento giuridico va individuato infatti il punto di dissenso cruciale fra i due giuristi.

⁶⁰ Sulla sovranità come mediatrice e produttrice di ordine, relazione fra politica e vita cfr B. DE GIOVANNI, *Alle origini della democrazia di massa. I filosofi e i giuristi*, Napoli, 2013.

⁶¹ H. HELLER, *DS*, p. 311.

⁶² *Ivi*, p. 354.

⁶³ H. HELLER, *La sovranità*, in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., p. 130.

⁶⁴ *Ivi*, p. 131.

Certo, sia pure nei limiti insiti nella propria opzione politica, sia per ragioni teoriche più generali, Heller non prende nella dovuta considerazione la distanza ormai incolmabile fra unità politica e quella molteplicità sociale incolmabile che si era ormai consolidata, e prova a vedere oltre, a immaginare una composizione giuridica *inattuale* rifiutandosi di accettare passivamente la soluzione schmittiana orientata a una soluzione autoritaria. E, a questo proposito, cita, polemicamente, un passo sintomatico de *La Dittatura*: «Lo Stato agitato da lotte di ceti e di classe si trova strutturalmente in uno stato d'eccezione continuo e il suo diritto è, fino all'ultima cellula, diritto d'eccezione»⁶⁵. Dove si radica il dissenso rispetto a Schmitt? Nel fatto che per quest'ultimo, in una *qualsiasi* situazione conflittuale, che dovrebbe essere il sale della democrazia, il diritto di eccezione è solo in apparenza ancora diritto, mentre il problema della sovranità si restringe fino a coincidere con quello degli *iuria extraordinaria*, ovvero si colloca *al di fuori* del diritto, in una zona dove il potere agisce *solo in base alla necessità*, nella sua «illimitata pienezza». La definizione helleriana di sovranità sopra citata prevede invece un'unità di azione e di decisione che allorché *eventualmente* eccede il limite nell'eccezione lo fa esclusivamente per *garantire il diritto*, ovvero per ripristinare l'ordine costituito in un ambito che potrebbe definirsi di dittatura commissaria. L'«illimitata pienezza del potere» allude invece a un ambito che pertiene alla dittatura sovrana, e prevede dunque non la difesa dell'ordine costituzionale ma la sua trasformazione senza controlli. Sulla distinzione fra stato di eccezione e stato normale come i due ambiti *all'interno dei quali* deve muoversi la sovranità democratica Heller è chiarissimo:

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 ecce-

⁶⁵ *Ibidem.* C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin⁸, 2015, trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bologna, 2024, p. 68.

zione e l'altra di quello normale, si giungerebbe ad ipotizzare due sovrani nel medesimo stato⁶⁶.

4.2. *Sovranità e diritto internazionale*

Abbiamo già discusso più sopra il dissenso di Heller dal metodo giuridico kelseniano che dissocia la validità del diritto (il dover essere) dall'esistenza fattuale di un'unità di volontà (l'essere) autorizzata a positivizzare le norme. Dissenso, tuttavia, che diventa maggiore nei confronti del Kelsen che negava diritto di cittadinanza alla sovranità nella "cassetta degli attrezzi" del giurista impegnato a elaborare una dottrina dello Stato, espungendola dal diritto e definendola un dogma ideologico distruttivo, sostanza mitica mortifera che inibiva ogni costruzione liberale della società, entità che eliminava ogni pluralismo⁶⁷. Così come analoga posizione critica assume Heller di fronte alla negazione kelseniana della sovranità statale in relazione al diritto internazionale: «ogni discussione relativa al diritto internazionale che non assuma come punto di partenza l'esistenza di una pluralità di unità di volontà sovrane è impostata sin dall'inizio in modo sostanzialmente errato [...] Ciò che possiede necessità giuridica concettuale è lo Stato sovrano e non certo il diritto internazionale»⁶⁸. È sempre e solo da almeno due Stati, sovrani sul proprio territorio, che può iniziare a pensarsi il diritto internazionale, e solo dalla loro volontà comune «finché questi ultimi esistono indipendentemente l'uno dall'altro nella loro qualità di unità di decisione universali sul territorio»⁶⁹. Dunque per Heller esiste una pluralità di Stati sovrani ma non un diritto internazionale sovrano il quale «non conosce altre norme se non quelle positivizzate dal comportamento volontario di unità di decisione sovrane [...] Al di sopra di sé l'unità di volontà sovrana può avere soltanto dei principi giuridici, o anche delle norme, ma solo nella misura in cui si assoggetta in linea di

⁶⁶ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 176.

⁶⁷ H. HELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, trad. it., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Milano, 1989.

⁶⁸ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 192.

⁶⁹ Ivi, p. 195.

principio ad esse»⁷⁰. Le relazioni internazionali si fondano dunque sul riconoscimento simmetrico delle rispettive istanze sovrane, e dunque, prosegue Heller contro Kelsen, «la sovranità dello Stato non è di ostacolo al diritto internazionale, ma ne costituisce il presupposto indispensabile»⁷¹. Il razionalismo giuridico kelseniano dissolve lo Stato in una entità puramente normativa e nega con ciò «il carattere spazio-temporale determinato di ogni diritto positivo»⁷². Qual è il ragionamento kelseniano, dal suo punto di vista ineccepibile? Nell'identificare Stato e diritto e nel ridurre il diritto a norme, Kelsen avanza un presupposto logico del mondo normativo – il fine incoercibile cui deve tendere l'ordinamento e che si attaglia perfettamente alla dimensione globale del diritto internazionale –: la sua assoluta tensione all'unità. Dunque l'unica forma sovrana pensabile per Kelsen è quella di un ordinamento giuridico del diritto internazionale che sottometta e inglobi dentro di sé ogni ordinamento statale negando ogni possibile autonomia e ogni pluralità sovrana dei singoli Stati. Se questa logica dell'unità che è propria per Kelsen del mondo giuridico – questo è il ragionamento contro intuitivo di Kelsen – venisse trasposta nella sovranità statale essa, come conseguenza inevitabile, escluderebbe ogni altra possibile sovranità, di ogni altro Stato e dell'ordinamento internazionale stesso conducendo il ragionamento all'assurdo. Kelsen contesta dunque, *dal punto di vista logico* che si possa pensare una molteplicità di Stati sovrani coesistenti e con eguali diritti reciprocamente riconoscentesi. La sovranità per Kelsen esclude *a priori* ogni riconoscimento esterno ad essa:

in ogni conoscenza, e quindi anche in quella giuridica, è insita la tendenza all'unità. Questa tendenza, nell'ipotesi che è stata indicata come primato dell'ordinamento giuridico del singolo Stato, ha ragione della pluralità, provvisoriamente data, degli ordinamenti giuridici, o Stati, fino ad estendere il proprio ordinamento giuridico statale sugli altri e a configurarlo – formalmente, se non anche materialmente – come ordinamento universale⁷³

dunque *unico*, così da escludere ogni altro Stato come giuridicamente esistente. Se si vuole dunque evitare la paradossale deriva di uno

⁷⁰ Ivi, p. 205.

⁷¹ Ivi, p. 192.

⁷² Ivi, p. 193.

⁷³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. 275.

Stato-nazione che si ponga come unico, le norme del diritto internazionale

devono quindi avere [...] il carattere dell'oggettività più completa, come un qualunque teorema matematico derivato da assiomi. È l'oggettività della ragione che esse pretendono per la loro validità. [...] Un "riconoscimento" di queste norme da parte dei soggetti per i quali esse valgono come condizione della loro validità sarebbe perciò senza senso, perché contrasterebbe in pieno con la loro oggettività⁷⁴.

È strano che Kelsen, per il resto neokantiano ortodosso, proprio su questo punto non segua Kant, il quale, nel suo realismo politico, affermava che

l'idea del diritto delle genti presuppone la reciproca *separazione* di molti Stati vicini indipendenti; e, sebbene una tale condizione sia già in sé uno stato di guerra (quando una unione federativa fra essi non prevenga lo scoppio delle ostilità) questo è pur sempre meglio, secondo l'idea della ragione, che la loro fusione per mezzo di una potenza che inglobi le altre e si trasformi in una monarchia universale⁷⁵.

4.2.1. *Sovranità popolare*

Tutto il discorso di Heller sulla sovranità statale va ricondotto alla convinzione, mediata da Hegel, che lo Stato è il frutto di un processo ed è, in questo, connesso con la società civile non in modo sterile, in quanto semplicemente sovraordinato, ma come istanza che recepisce e rende *produttive* le spinte disordinate e conflittuali dal basso *organizzandole* nella costituzione in base ai bisogni e alle aspettative. Questo emergerà in modo più chiaro nella *Dottrina dello Stato*. Ma, proprio per questo motivo, lo Stato non si può presentare come ordine solo normativo, non è un processo senza Soggetto, che, come vorrebbe Kelsen, nella sua 'purezza' logica ne esaurisca tutti i significati, le im-

⁷⁴ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., p. 314.

⁷⁵ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf von Immanuel Kant*, Königsberg, 1795, trad.it., *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico di Immanuel Kant*, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, 1995, p. 185.

plicazioni, *le ragioni*. Un Soggetto che, tuttavia, deve *fenomenologicamente* pervenire alla Soggettività, in quanto nucleo consapevole che si pone come compito la costruzione di uno spazio politico-giuridico autonomo che non esiste ancora perché solo come Soggetto collettivo potrà pervenire, in questo lavoro di costruzione sociale e politico, a un'unità di azione e decisione democratica in grado di porre il diritto come espressione dell'unità nella molteplicità, il paradosso che vive nella e della costituzione in quanto espressione della sovranità popolare. Ma se oggi, afferma Heller nel 1927, il principio monarchico viene giustamente rifiutato, per converso in ambito filosofico-giuridico il razionalismo liberale dello Stato di diritto «ha snaturato l'insieme dei concetti di Stato, popolo, rappresentanza, sovranità». Cosicché è «stupefacente, ma vero, che i sostenitori attuali della democrazia debbano apprendere da Bodin, Hobbes o da Hegel che cosa significhi democrazia»⁷⁶. Esisterebbe un potere sovrano dello Stato senza il Soggetto, il *Träger*. Da un punto di vista storico l'idea della sovranità dello Stato si identifica con la sovranità popolare e si oppone all'idea della sovranità autocratica del principe. Non a caso anche Hegel concepisce la sovranità dello Stato come unione di popolo e monarca. È lo Stato, afferma Heller, ovvero l'ente, la *Körperschaft*, non un singolo, a essere il soggetto della decisione suprema. Ecco che si fa strada l'idea dello Stato come «un'unità di volontà risultante da una molteplicità di volontà non soggetta ad alcuna unità politica di decisione superiore»⁷⁷. Dove individua Heller la cesura profonda fra sovranità dell'autocrate e sovranità popolare? Nel dato di fatto che l'autocrate si riveste di un'aura etica, di un vincolo solo apparente, per il quale, dice Heller, anche Federico il Grande si considerava primo servitore dello Stato. Invece, «nello Stato a sovranità popolare questo vincolo diventa giuridico e quindi soltanto allora la sovranità dello Stato e del popolo diventano concetti di *cui non si può fare a meno*»⁷⁸. Ma in che modo il popolo, si chiede Heller, può essere concepito come soggetto idoneo della sovranità? La risposta la trova nel *locus classicus* hobbesiano del *De Cive* dove il popolo, come somma di individui che comandano e agiscono, lo fanno *mediante* «la volontà di un solo uomo, o le volontà concordi

⁷⁶ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 138.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ivi*, p. 139. s.m.

di più uomini»⁷⁹. Dunque, la democrazia si realizza attraverso la creazione e l'azione di uno o più rappresentanti: «L'unificazione delle 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»⁸⁰.

4.3. *Il dibattito sull'organizzazione I*

Se ora passiamo da *La Sovranità* alla definizione che di tale concetto può desumersi dalla *Dottrina dello Stato*, l'approccio e lo sfondo concettuale cambiano sensibilmente. Questo per un buon motivo: perché l'oggetto della *Dottrina dello Stato* è dato dalla costruzione, dal processo, e dalle molteplici mediazioni che concorrono a dare forma alla macchina dello Stato. E dunque non a caso nella *Staatslehre* giocano, molto più che nelle opere precedenti, quegli elementi e quegli autori che spingono Heller a una visione sincretica, come modalità necessaria all'analisi dei meccanismi che produrranno la forma-Stato. L'approccio sociologico, quello fenomenologico e quello della *Gestalttheorie* innanzitutto. Qui non potremo ovviamente soffermarci in particolare su questi aspetti. Ma va innanzitutto valorizzato nella *Staatslehre*, come contributo innovativo rispetto alle dottrine coeve, l'approccio sociologico che gli derivava in gran parte da Max Weber e Hans Freyer. Il problema che si poneva Heller era quello di chiarire attraverso quali strumenti un'analisi sociologica può rendere conto delle relazioni che lo Stato del suo tempo – se vuole dirsi sovrano – deve intrattenere con tutte le forme, gli interessi, i conflitti emergenti dalle strutture decisive nell'orientare, sviluppare o mettere in crisi il corso socio-politico: prime fra tutte, l'economia, le Chiese, i partiti, l'opinione pubblica e tutti i mezzi di comunicazione di massa, cinema, radio, stampa. Questo è il compito di una *Dottrina dello Stato* che voglia comprendere attraverso quali strumenti, al di là della mera coercizione, lo Stato cerca di acquisire un'egemonia su tutti gli altri poteri sociali attraverso la capacità di mediare i conflitti. In seguito a ciò, accanto al tema tradizionale dello scopo dello Stato e della sua funzione sociale, di cui si è già fatto cenno, emerge al centro dell'analisi helleriana sulla sovranità – come suo

⁷⁹ TH. HOBBS, *De Cive*, VI, 1, Roma, 1988, p. 131.

⁸⁰ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 140.

supporto fondamentale – l’organizzazione quale indice decisivo della forma-Stato contemporanea:

Com’è possibile concepire lo Stato nella forma di un’unità nella molteplicità senza considerarlo una natura autonoma, separata dagli individui che ne costituiscono il fondamento e senza interpretarlo come mera finzione? In altre parole: com’è possibile comprendere lo Stato come espressione di una molteplicità e tuttavia capace di operare in modo unitario? [...] Di fatto, l’unità statale non ci è data né come unità “organica”, né come unità frutto di una finzione, ma come un tipo particolare di unità di azione umana organizzata: la legge dell’organizzazione è la legge fondamentale della formazione dello Stato. La sua unità è l’unità reale di una struttura d’azione la cui esistenza viene resa possibile nella forma dell’interazione umana, tramite l’agire di specifici “organi”, consapevolmente indirizzato alla formazione effettiva dell’unità⁸¹.

Tuttavia, non si può intendere, credo, la presenza ‘tormentata’ del tema dell’organizzazione che Heller tenta di articolare lungo tutte le pagine della *Dottrina dello Stato* – è questo infatti il ‘basso continuo’ di quest’opera – se non la si vede come l’eco di un dibattito che ha luogo agli inizi del secolo e poi tra la fine della guerra e l’alba della Repubblica. Il problema dell’organizzazione nella Germania weimariana – dopo la sconfitta bellica, la rivoluzione, la nascita e il primo consolidarsi della Repubblica, fra il 1917 e il 1923 – era *il tema* al centro del dibattito nel movimento operaio comunista. Già all’alba della repubblica – di fronte alle trasformazioni del lavoro e alla sua massificazione –, il movimento comunista che si attardava nel mito dell’aristocrazia operaia, nell’utopica ideologia consiliare, usciva sconfitto nella sua volontà di potere⁸². La spinta rivoluzionaria fallisce perché gli strati sociali di cui è espressione non sono culturalmente all’altezza dei processi di razionalizzazione capitalistica e dunque non riescono a tenervi testa⁸³. Sarà la socialdemocrazia a tentare di misurarsi con i complessi problemi dello sviluppo capitalistico e della massificazione del lavoro, ma, come sottolinea Wolfgang Abendroth, l’involutione della

⁸¹ H. HELLER, *DS*, p. 345.

⁸² M. CACCIARI, *Sul problema dell’organizzazione. Germania 1917-1921*, in *Pensiero negativo e razionalizzazione*, Venezia, 1978², pp. 85 ss. Cfr. anche sul tema G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977.

⁸³ M. CACCIARI, *Sul problema dell’organizzazione*, cit., p. 88.

SPD nell'estraniarsi dai propri obiettivi politici contribuì in modo decisivo a quella sconfitta: preparata a diventare partito di governo già durante la guerra, non aveva saputo né voluto governare senza l'appoggio dell'apparato istituzionale esistente, e dunque non era riuscita a svincolarsi dai condizionamenti del potere del *Reich* radicato nell'amministrazione centrale⁸⁴. Così, il partito operaio diventa «lo strumento organizzativo attraverso cui il capitale batte il 'pericolo bolscevico'»⁸⁵. Del problema dell'organizzazione e della razionalizzazione del lavoro industriale se ne appropria l'*intelligenza* capitalistica attraverso l'ideologia socialdemocratica del lavoro assumendo per sé il *Sozialismus* dentro i meccanismi di ristrutturazione del grande capitale. Una volta 'vampirizzato' il movimento socialdemocratico di massa l'imprenditoria capitalistica assumerà in proprio la gestione sociale del ciclo economico, senza più alcun bisogno di cooperazione⁸⁶. Artefice politico e teorico di questa svolta fu senz'altro Walter Rathenau, direttore dell'AEG e futuro Ministro degli Esteri, che finirà assassinato nel 1922 da quei *Frei Korps* dell'estrema destra che già avevano assassinato Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht (ma in questo caso con il supporto né irrilevante né casuale di Gustav Noske esponente di spicco della SPD e ministro della Difesa). Organizzazione consapevole e pianificazione del lavoro furono le parole d'ordine del grande capitale nel progetto complessivo di ristrutturazione e sviluppo economico della Germania. Pianificazione economica che costituì la base di cui si servì il nazional-socialismo applicandola all'economia di guerra orchestrata da Hjalmar Schacht, presidente della Reichsbank, la banca centrale tedesca e ministro dell'Economia.

4.4. Il dibattito sull'organizzazione II

Il problema che Heller si pone nella fase più drammatica della Repubblica è senz'altro quello della certezza del diritto. Ai suoi occhi diventa essenziale il comparto tecnico-organizzativo, l'affidabilità e la certezza dell'esecuzione dei compiti affidati ai vari comparti di cui si compone lo Stato, avendo la necessità di disporre «di un gruppo di organi altamente specializzati dal punto di vista tecnico per la statuizio-

⁸⁴ W. ABENDROTH, *La socialdemocrazia in Germania*, Roma, 1980, p. 65 ss.

⁸⁵ M. CACCIARI, *Sul problema dell'organizzazione*, cit., p. 88.

⁸⁶ Ivi, p. 89.

ne, l'applicazione e l'imposizione del diritto positivo»⁸⁷. Ma va sottolineato che per Heller ogni organizzazione «è un centro di atti unitario che non si identifica con le sue parti, in quanto le capacità che esso riunisce vengono rese effettive in modo unitario tramite perlomeno un organo»⁸⁸: proprio per questo l'unità effettiva dell'organizzazione, nel simultaneo interagire di una molteplicità, è fondata innanzitutto nell'unità dell'organo. In questo plesso di organi, nella struttura unitaria che essi assicurano, Heller vede il presupposto indispensabile per dare forma e garantire la sovranità dello Stato e dunque le procedure e i controlli che sovrintendono all'azione efficace dell'unità statale sovrana. «Questa forma di attività – che mira a controllare la procedura e l'ordinamento di questa connessione tra le prestazioni, nonché la loro realizzazione effettiva – possiamo definirla la formazione di una unità consapevole, ovvero organizzazione»⁸⁹. E non è un caso che proprio sul concetto di organizzazione Heller citi il Lukács di *Storia e coscienza di classe*: per il filosofo ungherese organizzazione era esattamente la «forma della mediazione» fra teoria e prassi⁹⁰. Dunque l'organizzazione diventa – in quanto struttura razionale delle azioni secondo un piano – la misura attraverso la quale l'unità di azione e decisione sovrana sviluppa e garantisce l'azione dello Stato che mostra in ciò la propria *differentia specifica* rispetto a tutte le altre organizzazioni, la sua proprietà di dominio sovrano sul territorio. Heller è sufficientemente realista e sa benissimo, con Michels, che per questo compito è indispensabile la legge ferrea del piccolo numero come nucleo del potere ed è significativo che proprio Michels – per il quale «la socialdemocrazia esemplifica le tendenze oligarchiche dell'organizzazione contemporanea»⁹¹ – sia all'origine della riflessione helleriana sulla struttura del potere statale:

Anche nella democrazia con identiche chances sociali il popolo detiene il potere solo in virtù di un'organizzazione di dominio. Ogni organizzazione necessita di un'autorità e l'esercizio del potere, nel suo complesso, sottostà alla legge dei piccoli numeri; coloro che pongono in atto le attività del potere unificate secondo criteri organizzativi dispongono in una

⁸⁷ H. HELLER, *DS*, p. 339.

⁸⁸ *Ivi*, p. 350.

⁸⁹ *Ivi*, pp. 154-155.

⁹⁰ *Ivi*, p. 156.

⁹¹ M. CACCIARI, *Sul problema dell'organizzazione*, p. 107.

certa misura di libertà di decisione e quindi di un potere non vincolato democraticamente. Ciò vale tanto per l'organizzazione statale quanto per la struttura di potere dei partiti politici che in democrazia organizzano le dichiarazioni di volontà degli elettori⁹².

Da questo punto di vista, Heller – che abbracciava in modo limpido le tesi weberiane sui principi dell'organizzazione burocratica affiancandogli il principio democratico della rappresentanza – si stacca in modo netto da quella critica 'reazionaria' che vedeva nell'ideale dell'autonomia da ogni direzione burocratica il modello liberale diventato poi il vessillo della sinistra comunista dall'inizio del Novecento fino alla Luxemburg. Nel parlare di una riforma costituzionale possibile, ormai siamo già nel 1932, sembra di riascoltare il Weber di *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*: «Il problema fondamentale di una revisione della costituzione tedesca è quello di *rendere possibile un Parlamento in grado di lavorare e un governo in grado di agire*»⁹³. La *Dottrina dello Stato* è il simbolo di quella che Weber chiamava l'*Entzauberung der Welt*, il divenire prosaico del mondo. Ormai la questione organizzativa, trasmigrando dai fallimenti dell'utopia comunista si è trasformata nel problema che lo Stato contemporaneo deve affrontare se vuole reggere l'urto dello sviluppo economico-sociale. Cionondimeno, il potere statale si regge comunque sulla solidarietà politica di un gruppo ristretto di cui si compone l'unità di azione e decisione sovrana, una solidarietà composta da valori comuni e da volontà che non è ovviamente estensibile al vasto campo delle forze sociali al di fuori del comando politico. È dunque «un lungo cammino» quello che separa questo nucleo elitario dal giungere al potere: Il detentore del potere democratico «ha potere *nello* Stato, non dispone mai, invece, del potere dello Stato [...] Solo la connessione sistematica delle azioni socialmente efficaci, solo il complesso organizzativo [...] e non, invece, la comunanza di valori e di volontà in quanto tale – per tacere di qualsivoglia patrimonio comune naturale o cultura-

⁹² H. HELLER, *DS*, p. 367.

⁹³ H. HELLER, *Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform*, in *Neue Blätter für den Sozialismus. Zeitschrift für geistige und politische Gestaltung*, Potsdam, 1932, pp. 576-580 ora in *Gesammelte Schriften*, cit. II, pp. 411-417; trad. it., *Scopi e limiti di una riforma della Costituzione tedesca*, in H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1932)*, cit., p. 129.

le – producono lo Stato e il potere statale»⁹⁴. Nonostante questi limiti imposti alla forma politica democratica, localizzare giuridicamente la sovranità nel popolo, afferma Heller, non comporta alcuna riduttiva finzione ma una realtà politica. La sovranità popolare resta

un principio *polemico* circa la divisione del potere politico, in contrapposizione al principio della sovranità dell'autocrate [...] un principio strutturale della concreta articolazione del potere politico: resta il fatto che, all'opposto dell'autocrazia, cerchie più o meno estese del popolo di uno Stato democratico dispongono di un potere politico efficace che si rivela concretamente soprattutto nella nomina, nell'avocazione e nel controllo dei capi politici⁹⁵.

5. Sui princìpi etici del diritto

La centralità che Heller attribuisce ai princìpi etici del diritto è testimoniata da questa icastica definizione che non lascia adito ad ambiguità nella sua forza espressiva:

Con diritto intendiamo qui innanzitutto i princìpi etici del diritto che fondano le norme giuridiche positive. A tutti questi princìpi giuridici, la cui validità ideale deve venire presupposta, è immanente l'esigenza di validità sociale. Solo nella sua qualità di essere-dover essere ha un senso il carattere normativo di questi princìpi giuridici: essi non vogliono valere in un'assolutezza solo ideale, bensì produrre per quanto possibile degli effetti in qualità di norme giuridiche positive [...] La norma giuridica riceve tutta la forza etica vincolante solo da un principio etico del diritto sovraordinato⁹⁶.

Commentando questo punto, David Dyzenhaus innanzitutto si chiede come siano costituiti e come operino questi princìpi⁹⁷. Quelli

⁹⁴ H. HELLER, *DS*, pp. 358-60. Sul punto cfr. anche C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, p. 63. Ma del testo, in relazione alla tematica helleriana, va visto tutto il secondo capitolo, *Il contenuto e la natura della costituzione materiale*, pp. 53-113.

⁹⁵ H. HELLER, *DS*, p. 368.

⁹⁶ Ivi, p. 335; ma cfr. anche H. HELLER, *La sovranità*, in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 109-113.

⁹⁷ D. DYZENHAUS, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, cit., pp. 348-349.

logici, a carattere formale, sono espressi e costituiscono le modalità attraverso le quali si realizzano le procedure degli ordinamenti giuridici. I princìpi etici invece, come si è sopra accennato, nel loro essere strutture aperte del diritto vanno ogni volta *rinvenuti* attraverso l'interpretazione giurisprudenziale che si concretizza in norme giuridiche positive. La questione che interessa Dyzenhaus è come operano i princìpi etici. Heller, diversamente da Schmitt – che pone il teologico-politico come fondamentale istanza di legittimazione della sovranità – e riferendosi su questo punto cruciale tanto a Hobbes quanto a Bodin, per un verso intende sostenere l'impegno affinché qualunque sia l'idea di autorità giuridica che si presenti questa deve trovare una giustificazione immanente e razionale. Tuttavia, per Heller, il sovrano è sempre anche soggetto a un'autorità più alta, così che le leggi promulgate possano essere viste come positivizzazioni di questa autorità. Cionondimeno quest'autorità più alta – nel caso di Heller configurata appunto nei princìpi etici del diritto – *non eccede* il carattere della legalità razionale costitutiva della statualità ma è *immanente* ad essa. Heller, afferma infatti Dyzenhaus, nel concepire la prassi dello Stato di diritto della democrazia ne coglie l'interna razionalità giuridica come costitutiva, così che il sovrano è legalmente vincolato ai princìpi etici del diritto⁹⁸. Norme e princìpi sono le due dimensioni costitutive del diritto. E dunque è la stessa positività del diritto che ha un *doppio fondamento*, «da un lato nell'idealità dei princìpi giuridici, dall'altro nella attualità sociale di un'unità di volontà che decide in ultima stanza e positivizza la norma giuridica, cioè la traspone dal regno delle possibilità giuridiche limitate solo da quei princìpi, peraltro innumerevoli, in quello della realtà singolare del diritto»⁹⁹.

5.1. Heller e Hart

Vorrei provare a collocare questo discorso helleriano in un contesto più ampio. In Heller esiste una distinzione fra regolarità sociali, norme giuridiche e princìpi etici del diritto come tre momenti dello sviluppo della forma-Stato che ricorda da vicino il percorso teorico di Herbert Hart. Innanzitutto, Heller distingue normalità e normatività come due dimensioni dell'universo giuridico:

⁹⁸ Ivi, p. 345.

⁹⁹ H. HELLER, *La sovranità*, cit. p. 113.

Ha un senso profondo 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 e 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 disposizione¹⁰⁰.

Nella dottrina giuridica di Herbert Hart troviamo punti di contatto con il significato che Heller attribuisce alle norme, al rapporto fra normalità e normatività. Intanto perché Hart? «Giuspositivista di una specie nuova»¹⁰¹, il giurista inglese muove dalle abitudini sociali come comportamenti generalizzati «di fatto» per giungere alla qualificazione giuridica delle norme sociali che si distinguono dalle prime non per la «generale convergenza» ma perché «le deviazioni vengono considerate errori o colpe meritevoli di critica [...] e la deviazione dal modello viene generalmente considerata una *buona ragione* per svolgere questa critica stessa»¹⁰². Le norme giuridiche implicano dunque una partecipazione critica attiva da parte di un certo gruppo di cittadini. Non solo: quello che può ricondurre le tesi helleriane alla teoria giuridica di Hart è la terza caratteristica che distingue le norme sociali dalle abitudini, e che per Hart è la più importante, ovvero «l'*aspetto interno* delle norme», quello in base al quale – a differenza delle abitudini che non richiedono alcuna preoccupazione per il comportamento generale – «almeno alcuni» membri del gruppo sociale «considerino il comportamento in questione come un criterio generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire»¹⁰³. Il mondo del diritto è composto quindi per Hart tanto dall'aspetto esterno, che le norme hanno in comune con le

¹⁰⁰ H. HELLER, *DS*, p. 285; ma cfr. anche pp. 371-376, p. 381.

¹⁰¹ V. OMAGGIO, *Interpretazione giuridica*, in U. POMARICI, (a cura di) *Atlante di filosofia del diritto. Selezione di voci*, Torino, 2013, p. 368 ss.

¹⁰² H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, p. 67.

¹⁰³ H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 68.

abitudini sociali, quanto dall'aspetto interno che è invece riservato a un numero minore di membri della compagine sociale. Ed è importante sottolineare, come abbiamo in precedenza detto per Heller, che anche in Hart osserviamo la costruzione del potere giuridico in base a una discrasia inevitabile – sul modello michelsiano – fra il piccolo gruppo e gli ampi strati di popolazione che partecipano della forma-Stato: «quanti membri del gruppo debbano considerare, in questi vari modi, il tipo regolare di comportamento come un modello per la critica, e quanto spesso e per quanto tempo essi debbano agire così per giustificare l'affermazione che quel gruppo ha una norma, non è una questione suscettibile di soluzione definitiva»¹⁰⁴. Soluzione, conclude Hart con un motto di spirito che ricorda il paradosso del sorite, che non deve preoccuparci «più della questione relativa al numero di capelli che un uomo deve avere per essere calvo»¹⁰⁵. Infine è importante precisare, proprio anche in relazione a Heller, che «l'aspetto interno delle norme» non ha nulla a che fare con una questione di «sentimenti»: quello che decide è lo svilupparsi in un certo gruppo di «un atteggiamento critico riflessivo nei confronti di certi modelli di comportamento intesi come criteri comuni di condotta»¹⁰⁶. Qui va forse ricordata la lezione kantiana circa la relazione fra il sovrano e la collettività. Contro Hobbes e la sua idea che il sovrano non fosse vincolato in nessun modo ai cittadini e che dunque non potesse commettere torto alcuno verso di essi, Kant affermava: «Il suddito non ribelle deve poter ammettere che il suo signore *non voglia* fargli ingiustizia»¹⁰⁷. Questa è la radice di un pensiero che ha guidato verso una nuova concezione dello Stato: la sovra-subordinazione istituzionalizzata dal meccanismo giuridico si regge su una pratica sociale *costituzionale*, che si affida quindi a una forma di razionalità *condivisa*. Ciò è il frutto di un percorso che abbraccia due secoli e che ha nella filosofia del diritto di Hart, uno dei suoi passaggi chiave nel Contemporaneo.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 69.

¹⁰⁷ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in *Berlinische Monatsschrift*, XXII, 1793, pp. 201-284, trad. it., *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica* In *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 150.

5.2. Carattere Immanente dei principi

La concezione helleriana dei principi etici del diritto è peculiare e va sempre tenuto presente, nel considerarla, che l'elaborazione risale all'inizio degli anni '30, quando si era ancora agli inizi di una indagine teorica su questo tema centrale dello Stato costituzionale. Come vedremo, la dottrina helleriana dei principi etici del diritto proprio per il carattere ossimorico che li abita soffre di discontinuità e contraddizioni, anche feconde, che vanno evidenziate. Quindi, se da un lato si è visto che per Heller questi principi hanno una natura sociale e culturale, dunque sono storicamente determinati, dall'altro ci troviamo, poi, di fronte a una assunzione metafisica dei principi stessi: «il concetto di diritto, infatti, non può venir costruito senza l'idea di diritto, che non è affatto identica a quello, e quest'ultima non può essere elaborata se il diritto positivo non viene posto in relazione con i principi giuridici sovrapositivi, logici ed etici, del diritto»¹⁰⁸. Heller considera – come già accennato da Dyzenhaus sopra – i principi etici del diritto, al pari della sovranità, come elementi *interni* allo sviluppo sociale: «principi legittimati dalla società, e spesso non autorizzati per nulla dallo Stato legislatore, talvolta perfino esplicitamente rigettati, hanno invece importanza fondamentale per l'esistenza della costituzione statale». Per definizione, e a differenza delle norme giuridiche, i principi difettano di concretizzazione, e, se non possono trovare applicazione come norme giurisdizionali dirette di decisione, «sono tuttavia indispensabili nella costituzione giuridica dello Stato come norme sociali strutturali e regole interpretative per la decisione giudiziaria»¹⁰⁹. Quello che per Heller è notevole dei principi etici del diritto è che in larga parte essi nascono e si sviluppano – ecco un altro riferimento al carattere immanente degli elementi fondamentali della Costituzione – in una dimensione «storicamente mutevole e condizionata dai differenti climi culturali». Basti pensare al principio giuridico dell'eguaglianza, da come viene diversamente interpretato in tempi e luoghi differenti. Per Heller questa norma riceve il suo contenuto innanzitutto dalle concezioni dominanti nella realtà sociale, evolvendo e differenziandosi co-

¹⁰⁸ H. HELLER, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, 55, 1929, pp. 321-354, trad. it., *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto*, in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 391-392.

¹⁰⁹ H. HELLER, *DS*, p. 379. Cfr. anche sul punto p. 273.

stantemente. Non hanno dunque nulla di assoluto o di immutabile, ma sono innervati nel contesto sociale costituzionale e si sviluppano dalle sue contraddizioni e dai suoi conflitti. Il legislatore ne riconosce la centralità per la costituzione da un punto di vista materiale e da uno formale: «La seconda parte della Costituzione weimariana, al pari dei cataloghi dei diritti fondamentali della maggior parte delle costituzioni scritte, contiene ad esempio un gran numero di rinvii materiali a principi etici del diritto»¹¹⁰. Il legislatore effettua poi anche un rinvio formale a questi principi che dominano nella società e come tali sono riconosciuti – che dunque non sono di necessità costituzionalizzati ma operano come e con autorità quando, ad esempio, si presentano come clausole generali quali il buon costume, la fedeltà e la deontologia professionale. In che modo avviene il rinvio formale? Quando il legislatore «con una delega in bianco autorizza il giudice statale a concretizzare i principi giuridici, legittimati in un primo tempo solo dalla società, nella forma di decisioni giurisdizionali»¹¹¹. E tuttavia, conclude Heller citando Ehrlich, «se non si impiegano principi giuridici anche lì dove il legislatore non rinvia espressamente ad essi, non può venire compresa né interpretata, né applicata la maggior parte delle norme costituzionali positive. Il diritto nella sua interezza non è mai racchiuso nel testo delle norme giuridiche positive»¹¹². Heller fornisce un esempio chiarissimo della distinzione fra norma giuridica e principi etici del diritto citando l'art. 163 della Costituzione di Weimar nel capo V sulla vita economica dedicato al lavoro¹¹³: principi etici, afferma Heller, sono costituiti nei primi due commi, il dovere morale di lavorare e il diritto al lavoro ai quali «manca l'individualizzazione», mentre il terzo comma,

¹¹⁰ H. HELLER, *DS*, p. 380. Ma cfr. anche, H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 4, Berlin und Leipzig, 1928, trad. it., *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, p. 332.

¹¹¹ H. HELLER, *DS*, p. 380.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ «Ogni tedesco, pur conservando la sua libertà personale, ha il dovere morale di impiegare le sue energie spirituali e corporee in modo da riuscire utile alla collettività. Ad ogni tedesco deve essere data la possibilità di potere provvedere al proprio ostentamento, con il suo lavoro produttivo. Ove non gli si possa procurare una occupazione adatta, deve essere provveduto a quanto è necessario al suo sostentamento. Le norme più particolari saranno disposte con legge del Reich».

che concerne l'assistenza ai disoccupati è una norma giuridica positiva alla quale «invece non può essere negata la positività»¹¹⁴.

5.3. I Principi a fondamento delle democrazie contemporanee

In che modo Heller colma il *gap* fra le due dimensioni dello Stato già individuate da Jellinek, quella *de facto* e quella *de jure*? Heller, afferma Dyzenhaus¹¹⁵, in accordo con Jellinek, enfatizza questi due aspetti dello Stato di diritto come realmente operanti: da un lato, lo si è accennato, la capacità del potere di produrre diritto in quanto l'ordine giuridico assicura e implementa le risorse dell'unità sovrana di azione e decisione; d'altra parte, c'è la capacità del diritto di produrre potere. Heller individua nei principi etici del diritto il collante dialettico fra questi due aspetti. Ma come? In prima istanza non può mai mancare il carattere positivo della norma giuridica che costituisce quella legittimità della legalità propria dello Stato di diritto¹¹⁶. Ma va ricordato che per Heller la legittimità della legalità non può ridursi alla formula weberiana secondo la quale «la forma oggi corrente di legittimità è la legalità». La rinuncia e la liquidazione della legittimità nella legalità non appare a Heller in grado di sostenere la positività della legge nello scontro con quella che Kelsen chiamava «la testa di Gorgone del potere». Ecco allora il ruolo dei principi etici del diritto¹¹⁷. Lo Stato costituzionale, ormai lo sappiamo, sulle questioni etiche è in un vicolo cieco. Da un lato, infatti, i diritti fondamentali vincolano il legislatore e tuttavia sul bilanciamento di questi diritti e sulla loro determinazione spesso non c'è un accordo in sede legislativa, laddove l'argomentazione razionale in democrazia implica una pluralità di concezioni contrassegnate da eguale legittimità ma anche, spesso, incompatibili fra loro:

Diritti, principi valori fondamentali non costituiscono un sistema unitario, coerente e completo. Sono, invece, plurali, confliggenti, incommensurabili e indeterminati; e sulla loro determinazione vi sono opinioni con-

¹¹⁴ H. HELLER, *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, cit., pp. 332-333.

¹¹⁵ D. DYZENHAUS, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, cit., p. 351.

¹¹⁶ Cfr. S.R. CASTAÑO, *Sentido y valor del orden constitucional en las obras troncales de Hermann Heller. Weimar Y los ethische Rechtsgrundsätze*, in *Iuris tantum*, n. 30/2019, p. 40.

¹¹⁷ *Ibidem*.

fliggenti. Non solo: ci si può ragionevolmente aspettare che, nelle società contemporanee, questi disaccordi siano frequenti e profondi. Chi, se non il legislatore democratico, può (in un regime democratico) essere chiamato ad assumere, in casi siffatti, decisioni vincolanti per la collettività? Ma, d'altro lato, chi, se non il legislatore democratico, deve, nello Stato costituzionale di diritto, essere soggetto alla – e vincolato dalla – disciplina costituzionale dei diritti?¹¹⁸.

La concezione helleriana dei principi etici del diritto non è molto lontana da questo punto di vista. Tutt'altro. La teoria del diritto espone l'idea di sovranità proprio perché i principi etici non possono venire concretizzati in assenza di un'unità di azione e decisione in grado di rendere effettive le decisioni del proprio ambito territoriale¹¹⁹. Ma il paradosso della sovranità – che la sovranità sia al tempo stesso vincolata alla legge e libera da essa – si scioglie solo se si comprende la legge nel suo doppio piano, legge e principio giuridico. Libera *eventualmente* dalla legge nel *casus necessitatis* ma solo se, nella prassi, anche agendo contro il diritto¹²⁰, non si svincola mai dalla subordinazione ai principi etici del diritto che la guidano nella complessità. Ma è proprio questo nesso fra norma e principio giuridico a costituire il problema.

5.4. *Principi etici del diritto: problemi*

La democrazia reale si costituisce in una contraddittoria unità di forma e contenuto che non si compone mai *immediate* e in questo lavoro di continua scomposizione e ricomposizione può dirsi che la teoria della sovranità di Heller sia teoria della sovranità della democrazia con tutta la problematicità che le dà forma. Schluchter avanza il dubbio che la concezione helleriana dei principi etici del diritto, proprio per questa loro interna contraddittorietà, diano luogo a soluzioni nelle quali il principio sovrano penda più dalla parte del potere che dalla parte del diritto. Ammettere il carattere *a priori* del rapporto fra

¹¹⁸ B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, XIX, n. 3/2005, p. 438.

¹¹⁹ D. DYZENHAUS, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, cit., p. 354. Ma sul punto cfr. anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006.

¹²⁰ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 244.

principi etici del diritto e norme giuridiche fa sì che quei principi, in quanto strutture aperte, possibilità che devono tradursi in norme giuridiche, necessitando della decisione sovrana per la loro produzione in norme positive lascino aperto il rischio del decisionismo¹²¹. E questo rischio è aggravato secondo Schluchter dal fatto che Heller accanto a principi a carattere universale ammette anche principi storicamente e spazialmente determinati. Ma non è questo, come si è visto in Celano, proprio il problema del costituzionalismo contemporaneo? Ovvero che l'interpretazione, nei suoi vari gradi e nelle sue varie sedi, per il legittimo pluralismo delle ragioni che abitano la democrazia ne è allo stesso tempo, il cuore e il problema? Schluchter trae però da questi dubbi, in positivo, la conclusione che Heller con ciò evidenzia il carattere di rischio e di fragilità di tutto il diritto positivo dello Stato costituzionale nel suo essere dipendente tanto dal potere quanto dalla morale: il diritto non ha un'autonomia assoluta. Se non esiste alcuna autorità che in modo ultimativo sia in grado di fornire un'interpretazione definitiva dei principi etici del diritto – come abbiamo appena visto in Celano – né esiste volontà politica in grado di realizzare i propri fini in modo conclusivo, è evidente che le ambizioni dei differenti poteri politici trovino limiti invalicabili: l'interpretazione della legge e le argomentazioni che vi si accompagnano, nascono sotto lo svilupparsi delle *scelte* che dal punto di vista etico sono pariordinate e dunque inibiscono una decisione assoluta¹²². Non a caso il conflitto diventa la base della vita democratica e del suo sviluppo. Ma questo è proprio il programma di Heller: mostrare la tensione dialettica inesauroibile fra potere, diritto e morale senza ricadere nel diritto naturale o nello storicismo¹²³. Conflitto che non ha alcun *a priori* al di fuori

¹²¹ Ivi, p. 192. B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., pp. 436-437, mostra come il problema dei principi sia sempre anche quello di individuare ogni volta di nuovo l'autorità che debba trasporli in norme: «anche quando sono disponibili regole certe, univoche, precise e coerenti ai fini della risoluzione di un caso, non si può prescindere, dal punto di vista giuridico, dalla questione se vi sia un soggetto competente ad applicare le regole rilevanti, e se si secondo quali modalità esso sia competente a procedere. Nella trattazione di ogni problema giuridico, per quanto univoche, precise, coerenti, determinate, certe possano essere le regole da applicare ai fini della decisione, l'aspetto procedurale – il problema dell'autorità – è ineludibile».

¹²² W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, cit., p. 194.

¹²³ *Ibidem*.

della cornice costituzionale e delle sue forme interpretative. Quello che alla fine degli anni '20 veniva irriso dalla critica reazionaria come irrealistico (e forse allora lo era) – e che Heller invece condivideva con Kelsen e Weber – è diventata la realtà quotidiana delle nostre democrazie occidentali: la discussione e la lotta parlamentare, la mediazione fra maggioranza e opposizione, i governi di coalizione. Chi è che oggi sarebbe disposto, al di là della crisi di credibilità delle elites politiche che pervade certamente l'Europa, a mettere in discussione l'impianto democratico e procedurale della democrazia? Ecco perché la ricerca del consenso attraverso le mediazioni diventa un momento essenziale: il relativismo non appare a Heller – anche qui concorde con il Kelsen politico così come sarebbe d'accordo con Lefort – un *vulnus*, un rischio grave. L'indeterminazione che costituisce il realizzarsi della positivizzazione normativa e delle sue procedure è un prezzo forse alto da pagare ma necessario e al fondo della costituzione democratica¹²⁴. Ma il meccanismo della rappresentanza, che per Heller è il fondamento della democrazia, non è proprio esattamente il senso di un potere politico che non ha più un rilievo metafisico-sostanziale, che non può essere *costitutivamente posseduto* da alcuno in modo definitivo? Heller parla del diritto come stretto fra le due dimensioni di *Macht* e *Moral* la cui definizione è sottoposta a continui slittamenti di confine. Potrebbe dirsi con Lefort che quanti esercitano questo potere «lo esercitano ma non lo detengono – o meglio non lo incarnano; che il suo esercizio richiede una competizione che si rinnova periodicamente; che l'autorità incarnata di tale esercizio si produce in base alla manifestazione della volontà popolare»¹²⁵. Il conflitto è alla base della prassi democratica ma può e deve essere mediato, trovare soluzioni sempre provvisorie che si avvicinano senza alcuna primazia 'qualitativa'. Altrimenti la rappresentanza non avrebbe alcun senso. Heller è ben lontano da ogni romanticismo comunitarista e lo ribadisce, soprattutto nella *Dottrina dello Stato*, a chiare lettere. Conflitto e consenso tuttavia non sono

¹²⁴ R. BIFULCO, *Il potere è un luogo vuoto. Democrazie e virtù del conflitto secondo Claude Lefort*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2024, parte IV, pp. 12 ss., p. 24. Su questo problema in relazione a Lefort cfr. R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020; F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Napoli, 2009, pp. 281-291.

¹²⁵ C. LEFORT, *Essais sur le politique (XIXe-XXe siècles)*, Paris, 1986, trad.it., *Saggi sul politico, XIX e XX secolo*, Bologna, 2007, p. 270.

nemici irriducibili, l'uno è la *conditio sine qua non*, l'altro è la *conditio per quam*.

5.5. Diritto di resistenza

Heller non solo riconosce la legittimità del conflitto che insorge nella democrazia contemporanea fra le differenti e contrapposte ragioni che legittimamente nascono e si sviluppano nella prassi politico-sociale, ma lo porta al diapason esemplificandolo nel conflitto fra individuo e Stato che diventa drammatico allorché il potere sovrano dello Stato e la coscienza autonoma del singolo individuo rivendicano per sé, l'uno contro l'altro, come vincolanti, gli stessi principi etici. Ma decisivo non è il contenuto normativo, che, come mostra il Decalogo, «può fungere come esplicito comando della religione, della morale, della convenzione e del diritto [...] ma sempre, anche l'autorità cui viene per convenzione imputata la statuizione delle norme»¹²⁶. Le *Gesinnungsnormen* traggono la loro dignità e autorità dalla coscienza individuale, da un principio religioso o dall'autorità della ragione, mentre le norme sociali le traggono dall'autorità della volontà umana che prende forma nella sovranità dello Stato¹²⁷. Che a incidere sul conflitto nel caso dell'individuo valga il riferimento comandi della morale e della religione mentre nel caso della sovranità statale decisive siano le convenzioni e l'ordinamento giuridico in questione non è *il contenuto* differente dei principi etici del diritto, ma che essi vengano positivizzati da autorità differenti¹²⁸. Giunge così al suo culmine il conflitto fra certezza del diritto e legittimità laddove, tuttavia, «una ragion di Stato illuminata non ha affatto bisogno della capitolazione della coscienza giuridica, così come il riconoscimento di un diritto di resistenza etico non comporta assolutamente l'anarchia»¹²⁹. Tuttavia Schluchter nota nell'argomentazione helleriana un'apparente indecisione. Infatti, per Heller, si comprende come non sia solo una questione di autorità: il diritto dello Stato ad autoconservarsi e quello del diritto all'autoconservazione dell'individuo non giungono ad alcuna stabile risoluzione

¹²⁶ H. HELLER, *DS*, pp. 284-285. Su ciò ancora B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., p. 437.

¹²⁷ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, cit., p. 197.

¹²⁸ H. HELLER, *DS*, pp. 284-285.

¹²⁹ Ivi, 341.

anche perché i *contenuti* di cui sono portatori questi principi divergono inesorabilmente così da mettere in scena un conflitto tragico perché irrisolvibile. Il conflitto è radicato nel mondo dei valori e non è più solo una questione procedurale¹³⁰. E non è un caso che Heller rinunci a discuterne nella *Dottrina dello Stato* rimettendo «alla filosofia del diritto la questione se i principi etici del diritto possano venire fondati semplicemente su un sentimento giuridico immediatamente evidente o se invece essi siano deducibili da una legge giuridica suprema formulabile con criteri razionali forniti di un'evidenza conoscitiva obbiettiva»¹³¹. Questo 'passo falso' di Heller tuttavia non è dovuto, a giudizio di Schluchter, solo a un'incompiutezza della sua teoria dei principi etici del diritto, ma anche alla sua ferma intenzione di non porre a confronto, in nessun caso, le due differenti norme così che possa nascere l'impressione che una sia superiore all'altra dal punto di vista assiologico¹³². In realtà era proprio a questo punto, afferma Schluchter, che Heller voleva giungere: mostrare l'uomo contemporaneo nel conflitto lacerante nel quale è esistenzialmente collocato dovendo perseguire *allo stesso tempo* i suoi propri scopi e quelli dello Stato, legittimità etica e certezza del diritto¹³³. Il conflitto è irrisolvibile in modo predeterminato. «Stato e individuo devono venire considerati come scopi in sé, senza che l'uno debba venire sacrificato all'altro, senza tuttavia, che la realizzazione dell'uno possa venire pensata con la contemporanea realizzazione dell'altro»¹³⁴. Questo è l'"impossibile" nel quale Heller traduce il paradosso della sovranità:

Una coscienza giuridica che non riconosca, nel caso di un diritto di resistenza, una tragica collisione di doveri, e che quindi neghi all'obiettore di coscienza il diritto etico alla resistenza, non è degna di tale nome. Vi sono molte persone che definiscono perfino eroica questa concezione del diritto e dello Stato: è vero invece proprio il contrario! Eroica è quella concezione che non risolve il conflitto fra i doveri in modo unilaterale, ma accetta la sua tragica insolubilità e quindi il diritto etico alla resistenza¹³⁵.

¹³⁰ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 199.

¹³¹ H. HELLER, *DS*, pp. 337-338.

¹³² W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 200.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ H. HELLER, *DS*, p. 342.

* * *

ABSTRACT

ITA

La concezione della sovranità di Hermann Heller si sviluppa negli anni cruciali della Repubblica di Weimar e della sua Costituzione. Il saggio analizza questo concetto nelle sue opere principali: *La Sovranità* (1927) e la *Dottrina dello Stato* (1934), mostrando come il pensiero helleriano muti significativamente nel metodo e nel merito restando aderente alla contingenza storica del drammatico epilogo weimariano.

EN

Hermann Heller's concept of sovereignty developed during the crucial years of the Weimar Republic and its Constitution. The essay analyses this concept in his main works: *On Sovereignty* (1927) and *The Theory of the State* (1934) showing how Hellerian thought significantly shifts in method and substance, while remaining adherent to the historical contingency of the dramatic Weimar epilogue.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

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