

**LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA DI WEIMAR COME “ESPERIENZA” E COME “PARADIGMA”\*\***

1. *La Umorientierung di Thomas Mann e il giudizio sulla prima Repubblica tedesca*- 2.- *Dal Reich guglielmino alla Costituzione di Weimar: cultura ed “esperienza” costituzionale nella riflessione sulla “repubblica” tedesca.*- 3.*Le contraddizioni della Costituzione di Weimar: tra Volksstaat e Obrigkeitsstaat*- 4. *L’eredità del Reich e la fondazione della democrazia parlamentare*- 5. *Il “pluralismo” weimariano: tra conflittualità sociale e tradizione organicista* - 6. *La Costituzione di Weimar e i Grundrechte: la costituzione “ridisegna” la società* - 7. *“Laboratorio” dei diritti fondamentali e “eclissi” del costituzionalismo* - 8. *La Staatslehre fra unità politica e conflitto sociale: l’ “esperienza” della democrazia e il “paradigma” della crisi nell’opera di Hermann Heller.*

Tief ist der Brunnen der Vergangenheit.  
Sollte man ihn unergründlich nennen?  
Th. Mann, *Joseph und seine Brüder*

Nun kann man zwar aus dem “Mytos der Nation”  
Einen religiösen „Mytos” rational konstruieren,  
man hat kann damit aber weder ein Volk  
noch einen Gott real erzeugen  
H. Heller, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928)

**1. La Umorientierung di Thomas Mann e il giudizio sulla prima Repubblica tedesca**

Nell’ottobre del 1922, nella celebre conferenza *Von deutscher Republik*, Thomas Mann prese posizione apertamente, per la prima volta, in favore della prima Repubblica tedesca.<sup>1</sup> La conferenza cadeva nella fase iniziale della Repubblica di Weimar, non ancora dilaniata dalla crisi economica e dalla radicalizzazione del conflitto politico, della quale peraltro l’assassinio di Walter Rathenau era già stato una prima inquietante avvisaglia. Essa segnò l’abbandono, da parte di Thomas Mann, delle posizioni conservatrici che avevano ispirato, nelle *Betrachtungen eines Unpolitischen* del 1918, l’adesione, molto intellettualistica ma altrettanto decisa nei suoi contenuti antidemocratici, all’*establishment* del Reich guglielmino, e l’accostamento ad un *Vernunftrepublikanismus*, che lo scrittore, con qualche contraddizione, faceva peraltro risalire, nelle sue origini più remote, alla tradizione romantica, piuttosto che a quella rivoluzionaria dell’illuminismo borghese e,

\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma — [ridola.ml@tiscali.it](mailto:ridola.ml@tiscali.it)

\*\* Lo scritto, primo abbozzo di una riflessione più ampia sulla esperienza costituzionale weimariana, è destinato alla raccolta di scritti in onore di Antonio D’Atena, con il quale ho avuto il privilegio di un dialogo lungo e per me assai fruttuoso, iniziato nei lontani anni della comune frequentazione dell’Istituto di diritto pubblico della Sapienza, sulla cultura costituzionale, sulla letteratura e sulla filosofia tedesca.

<sup>1</sup> Sul rapporto controverso di Thomas Mann con il pensiero democratico v. F. FECHNER, *Thomas Mann und die Demokratie. Wandel und Kontinuität der demokratierelevanten Äußerungen des Schriftstellers*, Berlin 1990; nonché, con riferimento all’epoca weimariana, R. MEHRING, *Thomas Manns Bekenntnis zur Demokratie. Skizze einer philosophischen Gesamtbetrachtung*, in C. GUSY (Herausg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden Baden 2000, 134 ss. Si v. anche, per un inquadramento dell’ispirazione antidemocratica del pensiero manniano nei filobi del conservatorismo liberalborghese ottocentesco, A. Asor Rosa, *Thomas Mann o dell’ambiguità borghese*, Bari 1971.

nelle sue cause più dirette, non alla *Novemberrevolution* del 1918 ma all'unità ritrovata dal popolo tedesco nel 1914 allo scoppio della guerra mondiale. Ed invero negli scritti manniani fra il 1914 ed il 1918, gli anni della crisi del *Reich*, e con particolare forza nelle *Betrachtungen*, prevalgono nettamente un conservatorismo nostalgico e la critica di *praktischer Materialismus*, *Plutokratie* e *Wohlstandsbegeisterung* come tratti salienti dei tempi della democrazia.<sup>2</sup> Un atteggiamento nostalgico e decisamente polemico che continua ad avvertirsi, dopo la *Novemberrevolution* nei primi mesi della Repubblica, negli unici *Tagebücher* pubblicati in vita dal suo autore, più pervasi di impegno politico e meno carichi di confessioni private, nei quali la critica antidemocratica si coniuga con una decisa presa di posizione antirivoluzionaria, che condusse Mann a stigmatizzare <<<<*die Anarchisierung und Barbarisierung der Menschenwelt durch den revolutionären Intellekt*>>.<sup>3</sup>

In questo scenario, la *Umorientierung* di Thomas Mann sulla democrazia, profilatasi nei primi anni della Repubblica di Weimar, aveva un preciso significato politico.<sup>4</sup> Il *Reich* guglielmino, paternalistico e chiuso alla diffusione del politico nella società, era apparso a Thomas Mann come il baluardo più sicuro contro il sopravvento della società della *Zivilisation*. Con tutto ciò che questa comportava, anzitutto la presenza assorbita del politico in tutti i *Lebensbereiche*, il conformismo acritico della <<*Sozial-Religiosität der Fortschrittsoptimisten*>>, alla quale il disilluso impolitico contrapponeva la convinzione che l'attesa di redenzione secolarizzata della questione sociale fosse soltanto una illusoria *Chimäre*.<sup>5</sup> E ancora l'intreccio tra democratizzazione e capitalismo, così come si era compiuto in Inghilterra ed in Francia nel XIX secolo e nel quadro di una *demokratisch politisierte Zivilisation*, che aveva condotto all'identificazione della *Nationalökonomie* con la rivoluzione, dell'utile con la virtù, del danaro con la fortuna.<sup>6</sup> L' "impolitico" manniano si iscriveva nella temperie culturale, non solo tedesca, del suo tempo, che vedeva l'intellettualità europea segnata dalla frattura tra apertura ai processi di democratizzazione e regressione verso motivi cari a culture elitarie e premoderne, e assumeva come bersaglio, o forse più esattamente come *Gegenspieler*, come antagonista, il *Zivilisationsliterat*, la fisionomia (e le contraddizioni) del quale Mann vedeva emblematicamente raffigurate da Emile Zola e dal fratello Heinrich.<sup>7</sup> Se l' "impolitico" muove da un *Menschenbild* pessimistico di ispirazione schopenaueriana, il *Zivilisationsliterat* muove da una visione dell'umanità fiduciosa nel mito dell'emancipazione e del progresso. Se l'uno muove da una antropologia tanto profonda ed eccentrica quanto *unpolitisiert* ed irriducibile alla dimensione della socialità, l'altro predilige la "normalità" dei bisogni, delle passioni, delle legature sociali. Ed ancora, diversa è, nei due casi, la visione della collocazione dell'individuo nella società. L' "impolitico" imputa all'apertura del *Zivilisationsliterat* alla società ed al suo dinamismo <<*die Zerstörung der Bedingungen alles Kulturlebens*>><sup>8</sup> e le contrappone la <<*organische Tiefe des nationalen Lebens*>>, come luogo "culturale" nel quale si realizza il trascendimento dell'umanità come mera *Addition der Individuen*<sup>9</sup>, e la guerra come realizzazione di un individualismo non anarchico e di un vitalismo irriducibile alla materialità dei *Lebensverhältnisse*.<sup>10</sup> All'opposto Mann colloca il <<patriottismo democratico>> del *Zivilisationsliterat*, raffigurazione emblematica di una borghesia proiettata al benessere materiale, non chiusa a processi riformatori in campo sociale, tendenzialmente pacifista e indifferente alla *Machtpolitik*, cosmopolita, in una cornice nella quale lo stato è degradato ad un'entità <<meccanica>> e la democratizzazione immiserisce il *Volksstaat*, annullandone l'identità, stratificata nella storia e nel proprio peculiare *Volksgeist*, nel livellamento materiale al <<*Weltniveau der Zivilisation*>>.<sup>11</sup>

<sup>2</sup> Così TH. MANN, *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918), Frankfurt a.M. 1988, 361. Su questa fase del pensiero politico di Thomas Mann, v. almeno F. FECHNER, *op. cit.*, 36 ss.; P. GUT, *Thomas Manns Idee einer deutschen Kultur*, Frankfurt a.M. 2008, 31 ss. Nella letteratura italiana v. E. ALESSIATO, *L'impolitico. Thomas Mann tra arte e guerra*, Bologna 2011, 129 ss.; nonché G. CANTILLO-D. CONTE- A. DONISE (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, Bologna 2011. Per una recentissima, provocatoria rimediazione del tema dell' "impolitico" v. P. SLOTERDIJK, *Reflexionen eines nicht mehr Unpolitischen*, Frankfurt a.M. 2013.

<sup>3</sup> Così ancora T. MANN, *Brief an Hermann Graf Keyserling* (1919), in ID., *Gesammelte Werke*, XII, Frankfurt a.M. 1960, 595 ss.

<sup>4</sup> Lo ricostruisce puntualmente H. KOOPMANN, *Da nemico della democrazia a difensore della repubblica: la difficile svolta di Thomas Mann*, in G. CANTILLO-D. CONTE- A. DONISE (a cura di), *op. cit.*, 35 ss. La formula ripresa nel testo (*Umorientierung*) si deve a F. FECHNER, *op. cit.*, 82 ss.

<sup>5</sup> Per le citazioni nel testo cfr. TH. MANN, *Betrachtungen*, cit., 303, 326, 492.

<sup>6</sup> Cfr. TH. MANN, *op. ult. cit.*, 356 ss. Per la critica della democrazia e del capitalismo nelle *Betrachtungen* v. E. ALESSIATO, *op. cit.*, 143 ss. Dello scontro duro tra i due fratelli Mann offre testimonianza l'epistolario nel biennio 1917-1918: si v. TH. MANN- H. MANN, *Briefwechsel 1900-1949*, a cura di H. WYSLING, Frankfurt a.M. 1995, 172 ss.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione efficace della raffigurazione manniana del *Zivilisationsliterat* v. P. GUT, *op. cit.*, 103 ss.

<sup>8</sup> Cfr. TH. MANN, *op. ult. cit.*, 327

<sup>9</sup> Cfr. TH. MANN, *op. ult. cit.*, 248

<sup>10</sup> Si v. TH. MANN, *Gedanken im Kriege* (1914), in ID., *Essays*. Band II. *Politik*, a cura di H. KURZKE, Frankfurt a.M. 1986, 23 ss.

<sup>11</sup> Cfr. TH. MANN, *Betrachtungen*, cit., 270 ss.

Vi era, nell'invettiva dell'impolitico manniano contro il *Zivilisationsliterat*, molto orgoglio nazionale, tipico alimento del blocco conservatore che aveva sorretto il processo di unificazione tedesca ed il *Reich* guglielmino, coniugato con una visione *innendeutsch* tendenzialmente chiusa della tradizione culturale tedesca. Nella temperie storica in cui apparvero le *Betrachtungen*, nella quale l'ideologia del *Nationalstaat* era stata sottoposta alle scosse della rivoluzione industriale, della deflagrazione mondiale e infine dell'internazionalismo rivoluzionario, l' "impolitico" raffigurava la risposta ai rischi della *Entdeutschung* del *Volksstaat* con le armi della <<*Demokratie des rhetorischen Bourgeois*>>. <sup>12</sup> Né vanno trascurate le ricadute politico-costituzionali delle *Betrachtungen*, poiché la difesa della tradizione nazionale tedesca sfociava in una vera e propria teoria dei rapporti di forza nell'organismo politico, la quale faceva leva sulla *Kultur* come canale di congiunzione tra il popolo e la nazione. *Nationalkultur* e *Kulturnation* appaiono pertanto, nel poderoso sfogo intellettuale delle *Betrachtungen*, come entità concettuali assolutamente correlate <sup>13</sup>, e quel che si definisce come cultura nazionale è peraltro un prodotto spirituale, artistico, religioso proprio di ogni nazione intesa come una individualità di fattori culturali, che resta distinto da quel che trascende questa individualità, la mera *Zivilisation*, la quale non ha peraltro lo stesso spessore di valore, dignità e forza suggestiva proprie della *Kultur*. <sup>14</sup> Le *Betrachtungen* esprimevano peraltro l'adesione dello scrittore ad un universo artistico, filosofico e letterario che egli non avrebbe rinnegato neppure negli anni più drammatici della crisi della Repubblica di Weimar. Ed invero nel *Saggio autobiografico* scritto nel 1930, Thomas Mann, pur riconoscendo che <<l'esplorazione dell'atmosfera malinconico-reazionaria>> era nata <<sotto la pressione della guerra>> e dal confronto con <<il problema del germanesimo>> piuttosto che da un'adesione intima e spirituale dell'autore, rivendicava con forza il significato politico dell'opera, che era nata <<nel momento giusto>>, quello <<del crollo e della rivoluzione>> e che, nel giudizio del suo autore, offriva un contributo all' <<ultima grande battaglia data non senza bravura dalla borghesia romantica in ritirata di fronte al mondo nuovo>>. <sup>15</sup>

Non è difficile comprendere che le *Betrachtungen*, ben al di là del loro significato nell'itinerario artistico ed estetico del suo autore, rappresentassero un vero e proprio macigno sulla via dell'adesione al processo di normalizzazione democratica che anche la Germania, superata la convulsa fase rivoluzionaria, avrebbe intrapreso. Ed invero la *Spannung* tra *Kultur* e *Zivilisation*, il grande capitolo della storia spirituale europea che fa da sfondo alle *Betrachtungen* <sup>16</sup>, richiama, secondo Thomas Mann, quella tra <<una certa organizzazione spirituale del mondo, per quanto tutto ciò possa sembrare avventuroso, scurrile, selvaggio, sanguinoso, tremendo>> e la sfera della ragione, che spinge invece nella direzione dell'addomesticamento, dell'inciviltamento, dello scetticismo, del dissolvimento. <sup>17</sup> Cosicché, mentre la *Zivilisation* veniva associata <<alle dimensioni meramente esteriori e superficiali del vivere, quali sono considerate la politica e la democrazia>>, alla *Kultur* è riconosciuto <<un legame vincolante ed esclusivo con la morale e la sfera spirituale dell'uomo>>. <sup>18</sup> Nel clima del crollo del *Reich* e delle spinte alla democratizzazione, le *Betrachtungen* si presentavano come un vero e proprio manifesto politico, che denunciava polemicamente il contrasto tra <<la cultura in senso spirituale e individualistico>> e la sfera della *civitas*, riferita <<all'ambito politico della città e

<sup>12</sup> Cfr. TH. MANN, op. ult. cit., 271 s.

<sup>13</sup> Lo rileva P. Gut, op. cit., 90 ss.

<sup>14</sup> Cfr. TH. MANN, op. ult. cit., 248.

<sup>15</sup> Cfr. TH. MANN, *Saggio autobiografico* (1930), in ID., *Romanzo di una vita*, a cura di E. POCAR, Milano 2012, 42 s. Sul controverso rapporto dell'autore con le sue *Betrachtungen* v. ora M. FRESCHI, *Thomas Mann, le Considerazioni di un impolitico e la rivoluzione conservatrice*, in G. CANTILLO- D. CONTE- A. DONISE (a cura di), op. cit., 11 ss.

<sup>16</sup> Sulla distinzione, con riferimento al clima culturale della Germania guglielmina, v. almeno, nella letteratura sterminata, le classiche opere di G. LUKACS, *La distruzione della ragione* (1959), II, Torino 1974, 403 ss.; e di K. LÖWITZ, *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX* (1941), Torino 1982, *passim* e 432 ss. Una magistrale rivisitazione del dibattito può leggersi in P. ROSSI, *Cultura e antropologia*, Torino 1983. Per la collocazione della riflessione manniana in questo tornante decisivo del dibattito culturale tedesco a cavallo tra Otto e Novecento, v. M. FRESCHI, *Thomas Mann, le Considerazioni di un impolitico e la rivoluzione conservatrice*, in G. CANTILLO- D. CONTE- A. DONISE (a cura di), op. cit., 11 ss. La tensione tra *Kultur* e *Zivilisation* attraversa anche, ed in modo pregnante, il dibattito costituzionale tedesco: si v. W. MAIHOFFER, *Kulturelle Aufgaben des modernen Staates*, in E. BENDAW. MAIHOFFER- H.J. VOGEL (Herausg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, II, Berlin-New York 1995, 1201 ss. Ma il tornante decisivo è l'impatto della *Kultur* con le sollecitazioni del pluralismo, che si dispiega principalmente nella discussione sul *topos* del *Kulturstaat*, a partire dai classici saggi di E.R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaates* (1957), e *Kulturverfassung, Kulturkrise, Kulturkonflikt* (1974), in ID., *Bewahrung und Wandlung*, Berlin 1975, 295 ss., 343 ss. L'approccio critico più importante del *Kulturstaat* huberiano, *aus pluralistischer Sicht*, si deve a P. HÄBERLE, *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht* (1981), in ID. (Herausg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt 1982, 1 ss. Ma v. anche la critica, in una prospettiva decisamente conflittuale, di H. RIDDER, *Kultur* (1975), in P. HÄBERLE (Herausg.), op. ult. cit., 371 ss. Per un bilancio del dibattito sullo "stato di cultura" v. M. E. GEIS, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, Baden Baden 1990. Risonanze della (purtroppo modesta) eco del dibattito in Italia nell'oramai datato libro di E. SPAGNA MUSSO, *Lo stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli 1961.

<sup>17</sup> Così TH. MANN, *Gedanken* cit., 27

<sup>18</sup> Cfr. E. ALESSIATO, op. cit., 135.

dello stato>> ed espressiva di <<un legame più immediato ed evidente con quel complesso di norme, requisiti e convenzioni che definiscono il vivere sociale della comunità>>. <sup>19</sup> E tuttavia non è un caso che, se le *Betrachtungen* sono state spesso ritenute anche il monumentale arsenale di preparazione del grande romanzo del periodo weimariano, lo *Zauberberg* del 1924<sup>20</sup>, proprio in quest'opera, pubblicata nella fase più felice dell'esperimento weimariano, talune asperità e radicalità delle *Betrachtungen* si stemperino in un affresco più variegato della società europea alla vigilia dello scoppio del conflitto mondiale. Il mutamento di sensibilità dell'autore si avverte, solo per dare qualche impressionistica pennellata, nella rappresentazione dell'umanità cosmopolita ospite del *Berghof* di Davos in un'atmosfera tutt'altro che chiusa nel pangermanesimo; nel risalto dato al fascino ribelle di Claudia Chauchat, che esprime il controcanto e la trasgressione dell'ordine borghese e delle convenzioni sociali del *Reich* guglielmino; nell'isolamento malinconico di Joachim Ziemssen, tragica raffigurazione del tramonto del mondo autoritario e militarista della Germania prebellica; nell'inquietudine, cercante e tormentata, di Hans Castorp, lo <<schietto pupillo della vita / *des Lebens treuherziges Sorgenkind*>>, di una vita che ha conosciuto peraltro, nei lunghi anni trascorsi nel sanatorio, il volto più tragico e luciferino della *Kultur* e le seduzioni dell' *Aufklärung* e della *Zivilisation*, il protagonista che, infine, tra il cupo comunismo organicistico di Naphta e la fede ottimistica di Settembrini nel progresso dell'umanità non riesce a prender partito. Lo stesso Thomas Mann riconobbe, in una conferenza tenuta nell'Università di Princeton nel 1939, che lo *Zauberberg* aveva sì tratto ispirazione dalle *Betrachtungen*, ma che queste ultime gli apparivano ora piuttosto come <<un esame di coscienza>> e <<un faticoso superamento delle antitesi e controversie europee>>, nello sforzo di offrire <<un documento della psicologia europea e dei problemi spirituali nei primi trent'anni del XX secolo>>. Si avverte, in questa lettura autobiografica della genesi dello *Zauberberg*, un ripensamento profondo, al confronto con il *Saggio* del 1930, del ruolo delle *Betrachtungen*, al quale non possono non aver contribuito, nel frattempo, il trauma del colpo di stato del 1933, l'esilio e le suggestioni della democrazia statunitense. E se il tema dell'iniziazione, il quale percorre il romanzo come un filo rosso che in esso sorregge la trama del rapporto tra *eros* e *thanatos*, è debitore nei confronti della tradizione della *Kultur*, occorre riconoscere che esso viene ora declinato da Thomas Mann nel quadro di una correlazione stretta (ed inedita rispetto all'orizzonte delle *Betrachtungen*) tra l'umanità e il progresso. Il lungo itinerario di iniziazione di Castorp tra le montagne e i malati di Davos è invero il percorso della <<pericolosa ricerca del mistero della vita>>, a conclusione del quale il protagonista ritrova, in un'Europa che stava per divenire teatro della <<catastrofe>>, una chiave di lettura dell'uomo, ed una visione dell'umanità che è sì fondata sul <<rispetto del mistero umano>>, ma è <<una concezione di una umanità futura, passata attraverso la più profonda conoscenza della malattia e della morte>>, nella quale riecheggiano, senza che anche l'autore, come Castorp, sappia ora prendere partito, il volto tragico di Naphta e il mito del progresso di Settembrini.<sup>21</sup>

La vicenda spirituale che sto rievocando per grandi linee non interessa soltanto l'itinerario intellettuale di un gigante della cultura europea del Novecento, ma illumina un tornante decisivo della storia costituzionale tedesca ed offre un contributo penetrante alla declinazione della Costituzione di Weimar come una "esperienza", nella quale storie individuali e collettive si sono intrecciate drammaticamente, come premessa per ricostruire, su basi consapevoli della storia anziché su concettualizzazioni astratte, le costruzioni dogmatiche che da quella esperienza vennero alimentate. Dopo gli inquietanti cedimenti delle *Betrachtungen* ad un conservatorismo bellicista e ad un irrazionalismo estetizzante, la *Umorientierung* di Thomas Mann sulla democrazia e sulla prima Repubblica tedesca si delinea allora come un tassello di una transizione costituzionale, riguardata per l'appunto come un' "esperienza" alla cui comprensione contribuiscono anche i tanti e particolari vissuti individuali che in quello scenario si sono dispiegati. Illuminante, sotto questo profilo, la frattura dolorosa con il fratello Heinrich, che fa da sfondo alla riflessione politica di Thomas negli anni della guerra, del crollo del *Reich* e della rivoluzione, una frattura della quale il *Briefwechsel* tra i due fratelli esprime l'intreccio tra tragedie collettive e drammi esistenziali privati. In esso, a ben vedere, le une e gli altri affiorano in modo inestricabile. Per un verso, il dramma di un <<mondo ridotto in macerie>>, di <<dieci milioni di cadaveri ancora sotto terra>>, che impediscono di <<parlare di vittoria di una qualsiasi idea quando noi uomini

<sup>19</sup> Così ancora, molto efficacemente, E. ALESSIATO, op. cit., 129.

<sup>20</sup> Sulla genesi dello *Zauberberg* e i suoi rapporti con le *Betrachtungen* v., per una prima messa a fuoco e ulteriori indicazioni, H. KURZKE, *Thomas Mann. Epoche- Werk- Wirkung*, IV ediz., München 2010, 144 ss., 187 ss.

<sup>21</sup> Si v. TH. MANN, "La montagna incantata". *Lezione agli studenti dell'Università di Princeton* (1939), in appendice alla traduz. ital. di E. POCAR dello *Zauberberg*, Milano 1992, 1213 ss. Sul tema del progresso nei dialoghi tra Naphta e Settembrini restano fondamentali le pagine di G. SASSO, *Tramonto di un mito. L'idea di "progresso" tra Ottocento e Novecento*, Bologna 1984, 13 ss. Differente, nel senso della continuità con le *Betrachtungen*, la lettura dello *Zauberberg* di F. FECHNER, op. cit., 90 ss.

moriamo>>, come scrive Heinrich, in risposta al fratello che, invocando *Kultur* e *Gesittung* nazionali, esaltava <<questa grande guerra di popolo, profondamente onesta e solenne>>. Per altro verso, la dolorosa presa d'atto che <<l'amore per l'umanità (in termini politici: la democrazia europea)>> e dunque <<l'amore per un'idea>> possa sfociare in <<odio tra fratelli>> (secondo l'accusa di Heinrich), e che <<l'esperienza esistenziale fraterna dà un colore a tutto>>, anche alle posizioni pubbliche, fino al rischio estremo che attraverso <<una separazione a vita>> si compia <<la tragedia del nostro essere fratelli>> (come conclude Thomas con rassegnata amarezza).<sup>22</sup>

## 2. Dal Reich guglielmino alla Costituzione di Weimar: cultura ed "esperienza" costituzionale nella riflessione sulla "repubblica" tedesca

La lettura del *Briefwechsel* tra i due fratelli Mann nei frangenti tormentati della Germania del primo dopoguerra non costituisce peraltro un esempio isolato. Si possono ricordare ancora tante altre espressioni oramai classiche della memorialistica e della letteratura di quegli anni, le quali hanno ritratto, andando ben al di là degli orizzonti borghesi dell'opera manniana, una società percorsa da dissidi conflitti inquietudini, nella quale il dramma di tante esistenze individuali si embrica in transizioni politiche e costituzionali altrettanto traumatiche (da *L'opera da tre soldi* di Brecht a *Berliner Alexanderplatz* di Alfred Döblin).<sup>23</sup> Questa letteratura offre spunti particolarmente suggestivi al fine di declinare gli sviluppi e gli assetti costituzionali della prima Repubblica tedesca attraverso le lenti dell'"esperienza", *topos* concettuale non sconosciuto alla scienza giuridica anche italiana del Novecento, e da questa frequentato con esiti assai stimolanti e peraltro con sensibilità differenti. Può dirsi comune ai variegati filoni di pensiero sull'"esperienza giuridica" l'insofferenza verso una scienza giuridica chiusa nel vagheggiamento di un diritto ideale e quella, perfettamente speculare, verso la mitizzazione del diritto positivo.<sup>24</sup> E tuttavia il tema dell'"esperienza giuridica" è stato declinato secondo approcci differenti e complementari, ora connettendolo, in una prospettiva istituzionalistica, al rapporto tra il diritto e la realtà sociale<sup>25</sup>, e poi soprattutto ponendo l'accento sulle virtualità dello studio storico del diritto, <<non più inteso come studio delle leggi di evoluzione oppure come studio ancillare rispetto a quello dommatico>>, ma come studio che <<partecipa della esperienza del diritto>> ed attraverso il quale lo <<storico giurista>> entra a pieno titolo negli orizzonti della <<scientificità del diritto>>.<sup>26</sup> Ed invero se il tema della storicità dell'esperienza giuridica appare centrale nella riflessione della scienza giuridica e se ciò ha indotto a ritenere che il riferimento all'esperienza favorisca una visione larga ed integrata del fenomeno giuridico, costituito non <<da platoniche figure geometriche o da astrazioni, ma da fatti storici>><sup>27</sup>, occorre aggiungere che, in alcuni autori in particolare, il richiamo alla storicità dell'esperienza giuridica si alimenta dalle esperienze *particolari* di tanti soggetti (<<operatori del giuridico>> nella terminologia orestaniana), i cui vissuti individuali concorrono a comporre un ordito intessuto non di astrazioni concettuali ma di frangenti storici concreti.<sup>28</sup> Sono dunque "nostre", secondo l'insegnamento di Riccardo Orestano, le esperienze che si stratificano nel tempo, congiungendosi con quelle delle generazioni passate e costituendo <<base di esperienze a

<sup>22</sup> I brani dell'epistolario tra i fratelli Mann cit. nel testo sono tratti dalla traduzione italiana di esso in TH. MANN- H. MANN, *La montagna del disincanto*, a cura di R. PERSICHELLI, Milano 1999, 72 ss.

<sup>23</sup> Solo per un primo approccio alle espressioni della cultura weimariana v. P. GAY, *Die Republik der Aussenseiter: Geist und Kultur der Weimarer Zeit. 1918-1933*, con introduzione di K. D. BRACHER, Frankfurt a.M. 1970; L. MITTNER, *La letteratura tedesca del Novecento*, Torino 1985; C. CASES, *Il testimone secondario. Saggi e interventi sulla cultura del Novecento*, Torino 1985; N. MERKER, *La Germania. Storia di una cultura da Lutero a Weimar*, Roma 1990, ss.

<sup>24</sup> Si v. su ciò i rilievi di E. OPOCHER, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Treviso 1947, 12 ss.; e di A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957, 8.

<sup>25</sup> È la prospettiva sulla quale si incentra il lavoro di G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano 1953, *passim* e partic. 65 ss.

<sup>26</sup> Così ancora A. GIULIANI, op. cit., 3 ss. Su questo aspetto del pensiero di Giuliani, v. A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, 2007 ss.

<sup>27</sup> Così R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 487 ss., e, per le cit. nel testo, partic. 506-508 (uno scritto nei confronti del quale l'autore di queste pagine ha un debito intellettuale e scientifico assai intenso)

<sup>28</sup> È d'obbligo il riferimento, oltre che allo scritto cit. alla nt. Precedente, agli sviluppi (molteplici) che l'a. ne ha tratto, soprattutto in R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, *passim* ma spec. 7 ss., 231 ss. La consapevolezza del nesso tra "esperienza giuridica" e particolarità e storicità delle esperienze umane è ricorrente nella riflessione di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, a cura di P. PIOVANI, Milano 1962, 41 ss.; ID., *L'esperienza giuridica*, con introduz. di A. PUNZI, in G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano 2008, 829 ss. (un pensatore con il quale la riflessione orestaniana ha un'interlocuzione costante. Sul pensiero capograssiano sull'esperienza si v. il fondamentale saggio di P. PIOVANI, Un'analisi esistenziale dell'esperienza comune, in ID., *Per una filosofia della morale*, a cura di F. TESSITORE, Milano 2010, 1123 ss.

generazioni di domani>>.<sup>29</sup> Le <<manifestazioni del giuridico>> si alimentano pertanto di <<esperienze “particolari”>>, ed attraverso di esse prendono corpo nella loro complessità, comprensiva di comportamenti e di riflessioni, e non solo di norme, in un continuo <<farsi>> che si dipana dalla <<storia delle singole esperienze>>.<sup>30</sup> In questa prospettiva, le testimonianze filtrate attraverso la letteratura, così come gli epistolari e la memorialistica, offrono un contributo insostituibile alla comprensione delle istituzioni nella dimensione del loro “farsi” nella storia, favorendo il distacco <<da un impiego “universalistico” o “universalizzante” della nozione di “esperienza giuridica”>>, giacché <<solo nei sogni dei dommatici è pensabile di accomunare tutte le esperienze facendone –proprio come è sovente nei sogni- personaggi senza volto>>.<sup>31</sup>

Ed invero la *Zäsur* della prima Repubblica tedesca e le ardite ed innovative soluzioni della sua Costituzione<sup>32</sup> risulterebbero incomprensibili, secondo un approccio storico-comparativo, senza “dare un volto” alla variegata umanità che si mosse sullo sfondo delle vicende costituzionali della Germania del primo dopoguerra, riguardata non solo nella dialettica tra le forze politiche e tra le classi sociali, secondo il paradigma interpretativo più consueto della storia costituzionale del XX secolo, ma in una dimensione “culturale” più lata, comprensiva delle correnti del pensiero filosofico, delle manifestazioni artistiche, delle tendenze estetiche e letterarie, della mentalità, del gusto, del costume.<sup>33</sup> Ed allo stesso modo, le costruzioni della scienza giuridica weimariana, dalle acquisizioni fondamentali della *Verfassungslehre* alla dogmatica dei *Grundrechte* alla teoria della *Repräsentation* alla fondazione della *Wirtschaftsverfassung*, anche quando raggiunsero, come accadde non di rado in quegli anni, sofisticati livelli di profondità concettuale, devono essere considerate anzitutto come indicatori del “farsi” di una “esperienza costituzionale”, con la consapevolezza che anche le elaborazioni della *Verfassungsrechtswissenschaft* sono il prodotto di fattori culturali o, secondo l’insegnamento di Peter Häberle, sono *ein Stück Kulturwissenschaft*, e concorrono a dare spessore ad “esperienze”, nelle quali confluiscono (e si confondono) storicamente vissuti collettivi ed esistenze individuali.<sup>34</sup> Ed invero non sarebbe stato difficile anche ai contemporanei di percepire che la sconfitta, la quale si sarebbe rivelata la *Urkatastrophe* della storia tedesca del Novecento<sup>35</sup>, aveva fatto implodere tensioni ed inquietudini già emerse nel *Reich* guglielmino, ed emblematicamente rispecchiate dalle opere giovanili di Thomas Mann, da quelle di Theodor Fontane, da espressioni dell’arte, della moda e del gusto (lo *Jugendstil*, ad esempio) che precorrevano la dissoluzione dell’ordine borghese. E che essa avrebbe fatto venire al pettine, inoltre, tutte le contraddizioni degli assetti costituzionali del *Reich* guglielmino: l’avvio concreto di politiche del *Sozialstaat* a fronte dei ritardi del processo di democratizzazione; la nascita del partito di massa a fronte dell’egemonia dell’*establishment* prussiano, sostenuto da congegni elettorali di tipo elitario; la riscoperta del principio federativo, radicato in secoli di storia tedesca ma attuato contrapponendo al particolarismo disgregante degli stati il predominio di uno di essi, sebbene costruito intorno al dogma della universalità dell’edificio statale; il conflitto tra germanisti e statualisti nella costruzione di tale dogma e la convivenza problematica tra l’organicismo *genossenschaftlich*, radicato nel *Volksgeist*, e quello, carico di retaggi tardoassolutistici, incentrato nella sovranità della persona statale; la debolezza del principio rappresentativo, emblematicamente rappresentata dalla controversia sulla legge di bilancio nell’età bismarckiana, destinata a coesistere, peraltro, con la difficile convivenza tra la rappresentanza degli stati e quella, costituzionalmente simbolica ma politicamente decisiva, incarnata dal *Kaiser*, l’ambiguità riassunta dalla figura del cancelliere, con un ruolo

<sup>29</sup> Così R. ORESTANO, *Diritto*, cit., 518.

<sup>30</sup> Cfr. R. ORESTANO, op. ult. cit., 528.

<sup>31</sup> Cfr. R. ORESTANO, op. ult. cit., 530 s.

<sup>32</sup> Sull’esperienza weimariana come *Zäsur* v. ancora M. STOLLEIS, op. cit., 37-39; ma già prima O. KIMMICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M. 1970, 505 ss.

<sup>33</sup> Per questo approccio di “storia sociale”, aperto ad un approccio antropologico-culturale, v. W. REINHARD, *Lebensformen Europas. Eine historische Kulturanthropologie*, München 2004, 9 ss. Ed ancora, con riferimento al metodo della storia costituzionale, R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt a.M. 2006, *passim* e 265 ss.

<sup>34</sup> Per il riferimento nel testo v. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin 1982; nonché, con riferimento al dibattito costituzionale weimariano, le numerose recensioni dell’epoca raccolte in P. HÄBERLE (Herausg.), *Rezensierte Verfassungswissenschaft*, Berlin 1982, 97 ss.

<sup>35</sup> Per questo giudizio v. soprattutto, sebbene nel quadro di un’interpretazione conservatrice della storia tedesca a cavallo del primo conflitto mondiale, TH. NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte. 1800-1918*, III. *Machtsstaat vor der Demokratie*, München 1998. Sulle inquietudini della cultura e della società nella Germania guglielmina v. L. MITTNER, *Storia della letteratura tedesca*, III.2.1, Torino 2002, 853 ss.; M. STÜRMER, *L’impero inquieto. La Germania dal 1866 al 1918*, Bologna 1993, 37 ss.; V. ULLRICH, *Die nervöse Großmacht. 1871-1918. Aufstieg und Untergang des deutschen Kaiserreichs*, Frankfurt a.M. 2007, 273 ss.

rivelatosi marginale nella rappresentazione del principio federativo, ma decisivo in quella della personificazione della statualità del *Bund* e nel sostegno della burocratizzazione e della militarizzazione del *Reich*<sup>36</sup>.

Sotto questo aspetto, può dirsi che l'“impolitico” manniano apparisse come la più raffinata raffigurazione culturale dell' *establishment* del *Reich* guglielmino, le cui contraddizioni la Costituzione di Weimar si sforzò forse non di superare del tutto, ma di dissolvere in una cornice, quella di una democrazia repubblicana, certamente inedita per la storia costituzionale tedesca. Ed invero elementi di ambiguità propri degli assetti costituzionali del *Reich* non scompaiono nella Costituzione repubblicana, sebbene la forte carica identitaria e simbolica del *Kaiser* non riesca a travasarsi nella figura del *Reichspräsident*, dotato di poteri incisivi ma prigioniero della conflittualità politico-parlamentare, e le ambiguità del *Bundesstaat* preweimariano, sospeso tra *Kleinstaaterei* e *Reich*, non riescano più a trovare un puntello nella egemonia della monarchia prussiana, né in questa possa più trovare sostegno un vertice burocratico-militare, rappresentato dal cancelliere, ora condizionato (e spesso paralizzato) dai congegni della democrazia parlamentare e dagli equilibri del *Parteienstaat*. Sullo sfondo, infine, le inquietudini del sistema politico della Repubblica, corroso ai suoi albori dalla radicalizzazione tra le spinte rivoluzionarie e quelle di conservazione del blocco sociale del *Reich* guglielmino, stabilizzato in modo interlocutorio negli anni della *Nationalversammlung* costituente ed in quelli immediatamente successivi dall'alleanza compromissoria tra socialdemocrazia, centro e liberali progressisti, e rapidamente travolto infine dalla deriva totalitaria. Fu dunque, quella weimariana, una “democrazia improvvisata”, che trovò nella società più nemici che adepti e fu costretta a sopravvivere a spinte contrastanti e incerte nei suoi sbocchi (<<*Die Souveränität geht vom Volk aus, aber wohin geht sie?*>>, nell'interrogativo bruciante di Bertolt Brecht), e che fu tuttavia capace di produrre, nel proprio scenario, teorie della democrazia che avrebbero lasciato il segno nel dibattito costituzionale del XX secolo (Thoma, Radbruch, Kelsen, Smend, Heller, Leibholz, Fränkel, Adler).<sup>37</sup> O fu forse, più esattamente, la democrazia di una <<*überforderte Republik* / repubblica pretenziosa>>, la quale tentò di coniugare democrazia rappresentativa, democrazia plebiscitaria e democrazia economica e di comporre l'antinomia tra unità politica e pluralismo attraverso una *Staatslehre* che poggiava, in definitiva, su un <<ordine precario>>.<sup>38</sup>

Non sorprende pertanto che anche gli assetti costituzionali della Repubblica abbiano recato il segno delle contraddizioni (e dei conflitti) della base sociale sottostante, rappresentati emblematicamente dalla funzione ambivalente, di quadro di riforme di struttura o di preservazione dell'ordine economico e sociale preesistente, delle *Institutsgarantien*, così come dalla “costituzione economica”, dilaniata dalla tensione tra soluzioni consiliari e difesa degli interessi della borghesia (la “classe media”, secondo il linguaggio dell'art. 164 *WRV*). Né sorprende che l'impalcatura dogmatica dello *Staatsrecht* preweimariano abbia lasciato inoltre tracce evidenti nei nuovi assetti costituzionali, nell'art. 48 *WRV* sui poteri di ordinanza del presidente<sup>39</sup>, ad esempio, o nel silenzio della Costituzione sui partiti, il quale oscurava lo spazio che essa riservava alla società ed alle sue articolazioni e in questo modo non intaccava il dogma risalente della neutralità della persona statale, con il quale risultava perfettamente coerente la configurazione del partito politico come *extrakon-*

<sup>36</sup> Sui vari problemi accennati nel testo, la letteratura è sterminata, e rinvio alle migliori trattazioni della storia costituzionale tedesca (Huber, Kimminich, Stolleis), non senza il riferimento, fondamentale nel contesto, ai classici, alle pagine di G.F.W. HEGEL, *La costituzione della Germania (1799-1802)*, in ID., *Scritti storici e politici*, a cura di D. LOSURDO, Bari-Roma 1997, 3 ss. (ove possono leggersi una diagnosi spietata del particolarismo della storia tedesca ed insieme la prefigurazione del dogma della statualità nella *Staatslehre* della seconda metà dell'Ottocento); ed a quelle di M. WEBER, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti* (1919), a cura di F. FERRAROTTI, Bari-roma 1993. In particolare, sulla legislazione sociale nel *Reich* guglielmino v. G. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari 2003. Sulla polemica tra “germanisti” e “statualisti” nella fondazione della scienza giuridica del REICH v. O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrecht und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1973), Darmstadt 1964; ID., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883), Darmstadt 1961. Sul problema dell'unità politica nella forma di governo della Costituzione del *Reich* v., anche per ulteriori indicazioni, F. LANCHESTER, *Introduzione* a ID. (a cura di), *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, II ediz., Milano 2009, 38 ss.; nonché, per una lettura storiografica degli assetti di governo, funzionali alla costruzione del *Nationalstaat*, T. SCHIEDER, *Das deutsche Kaiser von 1871 als Nationalstaat*, Köln und Opladen 1961. Sulle ambiguità del liberalismo tedesco nel secondo Ottocento v., in una prospettiva di *Kulturgeschichte*, I. CERVELLI, *La Germania dell'Ottocento. Un caso di modernizzazione conservatrice*, Roma 1988; A.M. VOCI, *Il Reich di Bismarck. Storia e storiografia*, Roma 2009. Sulla dialettica continuità/rottura tra la Germania guglielmina e quella weimariana v., con riferimento agli indirizzi della scienza del diritto pubblico, F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano 1985.

<sup>37</sup> Si v. l'affresco tracciato in C. GUSY (Herausg.), *Demokratisches Denken*, cit.; nonché K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Tübingen 2010.

<sup>38</sup> L'espressione *überforderte Republik* è ripresa dal sottotitolo del volume di U. BÜTTNER, *Weimar. Die überforderte Demokratie*, Stuttgart 2008. La concezione del partito nella Repubblica di Weimar sintetizza in modo emblematico la tensione tra unità politica e pluralismo: v. C. GUSY, *Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik*, Baden Baden 1993. Per la cit. finale cfr. A. SCALONE, *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Josef H. Kaiser*, Monza 2011.

<sup>39</sup> Lo dimostra efficacemente C. GUSY, *Weimar, die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen 1991.

*stitutionelle Erscheinung*<sup>40</sup>. E tuttavia non vanno trascurati aspetti della Costituzione che costituivano una svolta radicale rispetto alla centralità del dogma della sovranità della persona statale e all'impalcatura dello *Staatsrecht* preweimariano. Ed invero lo spostamento del baricentro dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre*, che sarebbe stato molto enfatizzato come conquista basilare della esperienza costituzionale weimariana<sup>41</sup>, poggiava su opzioni significative della nuova Costituzione, come l'apertura ai <<principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti>>, richiamati dall'art.4 *WRV* come <<parte integrante del diritto tedesco>>, con una norma pionieristica che additava un itinerario di progressivo disancoraggio dalla sovranità interna dello stato delle costituzioni, divenute permeabili all'integrazione materiale con altri ordinamenti.<sup>42</sup> E soprattutto, come si dirà oltre (§ 7 e 8), l'apertura alla società di un catalogo di *Grundrechte* attento alla sfera dei bisogni e dei *Lebensverhältnisse*, e delle svariate manifestazioni della vita individuale, collettiva, economica, culturale e religiosa.

Non è casuale che, nella cornice della nuova Costituzione, l'intellettualità tedesca abbia tematizzato in modo inedito la riflessione sull'idea repubblicana, la quale non poteva dirsi estranea ad espressioni risalenti della storia costituzionale tedesca, sebbene l'esperienza delle libere repubbliche cittadine fosse rimasta schiacciata tra il particolarismo delle monarchie territoriali e l'universalità del *Reich*<sup>43</sup>, né estranea invero agli orizzonti della *Staatslehre* ottocentesca, sebbene con posizioni minoritarie, come quella espressa dalla riflessione preweimariana di Hugo Preuß, e comunque assai debitorie nei riguardi del versante germanista dell'organicismo tedesco.<sup>44</sup> Questo approccio, storicamente problematico, da parte della cultura tedesca all'indomani della proclamazione della repubblica è rappresentato in modo emblematico, fuori dalla cerchia dei giuristi, da Ernst Cassirer e da Thomas Mann. Comune ad entrambi è il tono pedagogico dei loro interventi, che conduce i due autori ad identificarsi con quella vocazione alla *Bildung*, che entrambi consideravano come l'espressione più alta della tradizione culturale tedesca, prioritaria anche rispetto ai fattori di appartenenza religiosa (ebraico-tedesca nel caso di Cassirer) o nazional-spirituale (nel caso di Thomas Mann). È dunque presente in entrambi gli scritti, nella *Rede* di Cassirer del 1928, celebrativa della *Verfassungsfeier*, così come in quella *Von deutscher Republik* dedicata da Thomas Mann a Gerhart Hauptmann nel 1922 all'indomani dell'assassinio di Rathenau, la consapevolezza del ruolo assolto dall'intellettuale nel frangente di un *Gemeinwesen* repubblicano, attraverso <<una vitale azione reciproca tra il mondo del pensiero e il mondo dell'azione, tra la costruzione delle idee e la costruzione della realtà statale e sociale>>, giacché <<il mondo etico>> viene regolato <<mediante il movimento alterno dall'idea all'esperienza>><sup>45</sup>.

Ed ancora comune ad entrambi gli autori è lo sforzo di rivindicare radici genuinamente tedesche dell'idea repubblicana, che Cassirer, sulla scia di Jellinek, ravvisa non nel retaggio della Rivoluzione francese, ma nella lezione dell'illuminismo tedesco, di Wolff e Kant segnatamente, il cui pensiero, <<per nulla disposto a consegnarsi semplicemente prigioniero>> ai poteri dei sovrani illuminati, avrebbe generato <<una sorprendente trasmigrazione e trasformazione delle idee>> costitutive del <<mondo concettuale dell'Europa

<sup>40</sup> Un'ambiguità molto presente nella letteratura weimariana sui partiti, ed in primo luogo nel classico saggio di H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin 1927.

<sup>41</sup> Si v. sul punto la sintesi di M. STOLLEIS, op. cit., 90 ss.; nonché C. MÜLLER- I. STAFF (Herausg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu Ehren*, Frankfurt a.M. 1985. Decisivo, peraltro, nella messa a fuoco della svolta weimariana, è stato il ripensamento di essa da parte di alcuni filoni della dottrina costituzionalistica dopo il 1949: si v. soprattutto U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlin 1978, 171 ss.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, XX ediz. Heidelberg 1995, 3 ss.; P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin 1978, *passim* e 93 ss.; G. HAVERKATE, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München 1992, 6 ss. Il dibattito tedesco dopo il 1949 si svolge all'interno di grandi contrapposizioni di scuole, in particolare quelle riconducibili agli insegnamenti di Carl Schmitt e di Rudolf Smend, sulle quali v. ora la ricostruzione storica di F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration. 1949-1970*, München 2004; e più di recente l'introduzione di A. DI MARTINO e di G. REPETTO alla traduzione italiana di una raccolta di scritti di Konrad Hesse. Della prosecuzione del confronto con la *Verfassungslehre* weimariana anche nella letteratura tedesca più recente sono testimonianza i saggi di M. JESTAEDT, G. ROELLECKE, P. KIRCHHOF, C. WALDHOFF, J. ISENSEE e M. HERDEGEN in O. DEPENHEUER- C. GRABENWARTER (Herausg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010. Sull'attualità della esperienza costituzionale weimariana v. infine U.J. SCHRÖDER- A. VON UNGERN-STERNBERG, *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, Tübingen 2011.

<sup>42</sup> La transizione dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre* con riferimento all'integrazione tra ordinamenti è ricostruita da A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli 2012, 37 ss.

<sup>43</sup> Su di esse v. le opere fondamentali, anche dal punto di vista della ricostruzione storica, di H. PREUß, *Gemeinde, Staat und Stadt als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889; ID., *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906. Nella storiografia più recente v. H. PLANITZ, *Die deutsche Stadt im Mittelalter*, IV ediz., Berlin 1975; E. ENGEL, *Die deutsche Stadt des Mittelalters*, Berlin 1993; e in sintesi D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, III ediz., München 1997, 87 ss.

<sup>44</sup> Si v. H. PREUß, *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat und Souveränität* (1908), in ID., *Gesammelte Schriften*, II, a cura di D. SCHEFOLD, Tübingen 2009, 236 ss.

<sup>45</sup> Così E. CASSIRER, *L'idea di costituzione repubblicana* (1929), a cura di R. PETTOELLO, Brescia 2013, 33.

moderna>>.<sup>46</sup> Differente è, invece, la declinazione della genesi dell'idea repubblicana a Weimar da parte di Thomas Mann, il quale ne riscopre radici profonde nel romanticismo tedesco, ed in particolare nel pensiero di Novalis, nel quale lo scrittore rinveniva tipici temi dell'armamentario della *deutsche Romantik* al fine di interpretare il senso della democrazia tedesca: la connesura tra *Königtum* e *Republikanisierung*, che esaltava il mito del cittadino partecipe ma anche del tutto integrato in vincoli di fedeltà e di appartenenza collettiva; l'esaltazione del mito della giovinezza, della quale l'ideale dell'appartenenza repubblicana, con il corredo di aspirazioni di libertà e di rinnovamento, costituisce il <<*Fluidum deferens*>>; la sottolineatura del legame tra individualismo e nazionalità, tra sfera dell'interiorità e dimensione del *Gemeinwesen*, e infine quello tra *Republikanertum* e *bürgerlicher Militarismus*.<sup>47</sup> La riflessione manniana sulla democrazia scontava in modo palese un qualche difetto di <<*staatsrechtliche Fixierung*>><sup>48</sup> e soprattutto di comprensione degli imponenti rivolgimenti che erano sfociati nell'affermazione del principio democratico. E peraltro il richiamo alla tradizione romantica serviva allo scrittore per non recidere del tutto, dopo la svolta in favore della Repubblica, il cordone ombelicale con le non remote posizioni delle *Betrachtungen*, ed assolveva altresì ad una funzione civile, quella di tranquillizzare la borghesia conservatrice, additando ad essa il figurino di una "deutsche" *Republik*. Derivava da queste premesse una concezione della repubblica, sul cui sfondo non si intravedeva la società nella concretezza dei suoi bisogni e delle sue divisioni, e peraltro capace solo di esprimere una entità spirituale e di dare corpo ad una fusione organica tra questa <<vita spirituale>>, che essa alimenta, e lo stato.<sup>49</sup> La repubblica è dunque, secondo Thomas Mann, nient'altro che una formula espressiva della fusione tra *Nation* e *Kultur*, ed anzi, in perfetta coerenza con le sue scaturigini romantiche, un'idea sostanzialmente coincidente con quella, schiettamente tedesca, di *Humanität*. E tipicamente tedesca, nel fondare la repubblica su una <<*echte Harmonie*>>, incalza Thomas Mann, è invero <<l'idea di una comunità fondata sul riconoscimento dell'umanità in ognuno dei suoi appartenenti>>, un'idea di umanità che è <<intrinsecamente umana e statale, aristocratica e sociale allo stesso tempo>> e che si distacca pertanto dal <<*Radikal-Individualismus*>> di <<una certa tradizione occidentale>>.<sup>50</sup> La repubblica è tale pertanto solo se essa realizza la confluenza dell' interiorità spirituale dell'individuo nella sfera della statualità e la fusione dell'una e l'altra in un'unità armonica: è, in breve, <<*eine deutsche Mitte*>>, che realizza un compromesso virtuoso tra individualismo estetizzante e degradante assoggettamento dell'individuo alla collettività, <<tra mistica ed etica>>.<sup>51</sup> Muovendo da queste premesse culturali, che, in sostanziale continuità con gli orizzonti intellettuali delle *Betrachtungen*, si proponevano di salvare anche la *deutsche Republik* dall'abbraccio mortale della *Zivilisation*, Thomas Mann sarebbe approdato peraltro ad una lettura della democrazia repubblicana non interamente arrocata nel ricordo nostalgico degli ordinamenti della città natale, delle tradizioni repubblicane della sua *Heimat*, e peraltro assai chiusa nella compenetrazione inscindibile tra *Innerlichkeit* e *Staatlichkeit*, tra interiorità individuale e vincoli di appartenenza ad una comunità. Una concezione che tendeva a privilegiare, nella repubblica democratica, il profilo della responsabilità piuttosto che quello della diffusione delle *chances*. E la repubblica in ciò precisamente consiste, nel fatto che il *Gemeinwohl* è stato posto nelle mani di ognuno dei cittadini, è divenuto <<*unsere Sache*>>: non è questa –conclude lo scrittore– una <<*Kleinigkeit von Schicksal*>>, ma un carico pesante per il <<talento spirituale>> del cittadino, che ne chiama in causa direttamente la responsabilità ed ha trasformato radicalmente la stessa idea di libertà, che è oramai <<*kein Spaß und Vergnügen*>>.<sup>52</sup>

Si trattava di un approccio, come è agevole intuire, molto differente da quello fatto proprio da Cassirer. Se Mannolgeva lo sguardo alla *politische Romantik*, Cassirer loolgeva all' *Aufklärung* ed alla tradizione dell'idealismo tedesco, e proprio grazie a questo bagaglio intellettuale l'idea della costituzione repubblicana non gli appariva affatto <<un che di estraneo, per non dire un intruso dall'esterno, nella storia spirituale tedesca nel suo complesso>>, perché <<essa piuttosto è sorta sul suo terreno ed è stata alimentata dalle sue forze peculiari, quelle dell'idealismo tedesco>>.<sup>53</sup> Se la *deutsche Republik* di Thomas Mann era carica delle suggestioni culturali dell'organicismo, ed anche il vagheggiamento di una <<*europäische Ober-*

<sup>46</sup> Così ancora E. CASSIRER, op. cit., 47 e 49. Il riferimento nel testo è alla nota tesi di Jellinek, il quale aveva sostenuto che le radici della Dichiarazione del 1789 andassero ricercate anzitutto nella Riforma: v. G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), ediz. ital. a cura di D. NOCILLA, Milano 2002.

<sup>47</sup> Cfr. TH. MANN, *Von deutscher Republik*, cit., 62, 67, 78 s.

<sup>48</sup> Lo rileva F. FECHNER, op. cit., 106 ss.

<sup>49</sup> Cfr. TH. MANN, op. ult. cit., 68.

<sup>50</sup> Così ancora TH. MANN, op. ult. cit., 79 s.

<sup>51</sup> Cfr. TH. MANN, op. cit., 93.

<sup>52</sup> Cfr. TH. MANN, op. ult. cit., 66 e 69.

<sup>53</sup> Così E. CASSIRER, op. cit., 58.

*hoheit*>> comprensiva delle svariate espressioni del principio di nazionalità sembrava riecheggiare ancora una volta l'invocazione di Novalis alla riscoperta delle radici spirituali, e non cosmopolitiche, della *res publica christiana* europea<sup>54</sup>, l'idea di una <<costituzione repubblicana>> proposta da Cassirer si muoveva decisamente in *weltbürgerlicher Absicht*, additando la confluenza delle costituzioni degli stati in una costituzione mondiale <<il fine della storia politica dell'umanità>>.<sup>55</sup> Il dissidio tra Mann e Cassirer sulla "repubblica tedesca" getta luce sulle tensioni dalle quali essa fu percorsa sin dai suoi inizi, per il peso di una storia e di una tradizione culturale ingombranti, e peraltro ostative alla fondazione di una moderna democrazia pluralistica, e per la proiezione verso scenari di innovazione costituzionale, nei quali confluivano rivolgimenti politico-sociali così come nuove acquisizioni del pensiero filosofico, delle scienze sociali e della scienza giuridica. Di tali scenari i due protagonisti del dissidio appaiono, sebbene con sensibilità diverse, pienamente consapevoli. Per Cassirer con una proiezione tutta illuministica nel futuro, in quanto <<l'immersione nella storia dell'idea della costituzione repubblicana non deve essere rivolta soltanto all'indietro>>, ma <<rafforzare in noi la fede e la fiducia che le forze dalle quali originariamente essa è sorta indicheranno ad essa anche la via da seguire per il futuro e coopereranno, per parte loro, ad aprire la strada a questo futuro>>.<sup>56</sup> Per Thomas Mann erano invece prevalenti il rifiuto di ogni <<dogmatismo democratico>> e l'intento di additare alla borghesia una via nazionale alla democrazia, compatibile con le sue tradizioni <<di decoro, di misura, di buoni costumi e di cultura>>, e di preservare la gioventù tedesca dal pericolo di lasciarsi fuorviare <<sulla strada così equivoca e così pericolosa>> degli sbocchi della crisi del *Reich* nella rivoluzione sovietista o nel nazionalismo bellicista. Su questa strada Mann si schierava esplicitamente a favore del compromesso della socialdemocrazia, stigmatizzando una politica che <<respingesse il principio democratico>> come sicuramente foriera della <<catastrofe>>.<sup>57</sup>

### 3. Le contraddizioni della Costituzione di Weimar: fra *Volksstaat* e *Obrigkeitsstaat*

Già da questo primo sommario affresco emergono i tratti fondamentali e le ambiguità dell'esperienza costituzionale sviluppatasi in Germania nel breve arco di tempo compreso fra la proclamazione della repubblica dopo il crollo del secondo *Reich* nel 1918 e l'avvento di Hitler al potere nel 1933. Un'esperienza suggestiva, contraddittoria e, nei suoi esiti, drammatica, e sotto più di un aspetto paradigmatica: perché essa rappresentò il primo compiuto tentativo di superare gli assetti, e le chiusure, dello stato liberale in un ordinamento di democrazia pluralistica che è stato un archetipo del costituzionalismo del Novecento; perché essa si misurò con antagonismi e conflitti esacerbati dai frangenti della crisi economica e dalla radicalizzazione del contrasto fra conservazione e innovazione, fra reazione e democrazia; perché essa, infine, si sviluppò in un clima culturale particolarmente ricco di fermenti, non soltanto nel campo della scienza giuridica e delle scienze sociali, ma in quelli della filosofia, della letteratura, della musica, del cinema, del teatro, dell'architettura, tutti percorsi da avanguardie accomunate da un forte spirito di reazione nei confronti dell'ordine e della cultura dell'Ottocento borghese.<sup>58</sup> Di questa esperienza converrà ora ripercorrere più da vicino i caratteri essenziali e le contraddizioni.

<sup>54</sup> Cfr. TH. MANN, op. ult. cit., 80 ss. Sull'adesione di Thomas Mann alle correnti paneuropee del primo dopoguerra v. TH. MANN, *La mia posizione su Coudenhove*, in ID., *Conversazioni 1909-1955*, Roma 1986, 106 ss. Si v. il frammento di NOVALIS, *La cristianità o Europa*, Milano 2002. Sull'apporto del romanticismo all'idea di Europa si v. le pagine fondamentali di F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa* (1961), a cura di A. SAIITA e E. SESTAN, Bari 1964, 140 ss.; ed inoltre C. MORANDI, *L'idea dell'unità politica dell'Europa nel XIX e XX secolo*, Milano 1948; A. SAIITA, *L'idea di Europa dal 1815 al 1870* (1956), in ID., *Aspetti e momenti della civiltà europea*, Napoli 1972, 171 ss. Sulla contrapposizione, nel pensiero politico sette-ottocentesco, tra approccio cosmopolitico e approccio universalistico-spirituale v. A. SAIITA, *Dalla res publica christiana agli stati uniti d'Europa*, Roma 1948; e più di recente M. MORI, *La pace e la ragione*, Bologna 2008. Ho riassunto questa discussione in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 67 ss.

<sup>55</sup> Cfr. E. CASSIRER, op. cit., 50.

<sup>56</sup> Cfr. E. CASSIRER, op. cit., 58 s.

<sup>57</sup> Così TH. MANN, *La via per la prosperità: la democrazia tedesca* (1924), in ID., *Conversazioni*, cit., 52 s.

<sup>58</sup> Per uno sguardo d'insieme sulla storia della Repubblica di Weimar, v. l'opera classica, benché molto unilaterale nel giudizio storico, di A. ROSENBERG, *Storia della Repubblica di Weimar* (1945), Firenze 1972 (un'opera che rappresenta il punto di vista storiografico delle sinistre sconfitte). Nella storiografia più recente, v. almeno, tra le ricostruzioni di sintesi più pregevoli, H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bologna 1987; H.A. WINCKLER, *La Repubblica di Weimar. Storia della prima democrazia tedesca, 1918-1933* (1993), Roma 1998; H. MOMMSEN, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar*, III ed., Berlin 2009; D. PEUKERT, *Die Weimarer Republik*, Frankfurt a.M. 1987; H. MÖLLER, *Die Weimarer Republik. Eine unvollendete Demokratie*, IX ediz., München 2008; A. WIRSCHING, *Die Weimarer Republik. Politik und Gesellschaft*, München 2008; E. KOLB, *Die Weimarer Republik*, VII ediz., München 2009; E. NOLTE, *La Repubblica di Weimar. L'instabile democrazia tra Lenin e Hitler*, Milano 2006; U. BÜTTNER, *Weimar*.

Fallito nell'ottobre del 1918 il tentativo di una parlamentarizzazione della monarchia costituzionale, si giunse in Germania alla proclamazione della repubblica in un clima politico-sociale di forte contrapposizione fra le spinte conservatrici di restaurazione monarchica ed il movimento dei consigli dei lavoratori e dei soldati, percorso da tensioni rivoluzionarie di stampo sovietista. In questa situazione, toccò al partito socialdemocratico, già saldamente insediato nel *Reichstag* della Germania guglielmina, ed al suo *leader* Ebert il difficile compito di incanalare il movimento dei consigli in un processo costituente che portò nel gennaio del 1919 alla elezione della *Nationalversammlung*.<sup>59</sup> Il prezzo in termini di tensione sociale, che la mediazione della socialdemocrazia comportò, fu alto: la sanguinosa repressione della rivolta spartachista a Berlino, l'assassinio di Rosa Luxemburg e di Karl Liebknecht, *leader* del partito comunista, e soprattutto una pesante ipoteca della destra conservatrice sui futuri equilibri politici ed istituzionali della Repubblica.<sup>60</sup> La cui Costituzione, peraltro, si ispirava ad un disegno complessivo di mediazione sociale. Ne sono testimonianza, fra l'altro, gli articoli del capo V sulla <<vita economica>>, in particolare quello che impegnava i poteri pubblici alla promozione dello sviluppo della <<classe media indipendente>> (art. 164), ed il complesso impianto di pacificazione sociale sotteso, nell'art. 165, alla rete dei consigli operai e dei consigli economici, sedi, questi ultimi, della collaborazione fra lavoratori ed imprenditori ai vari livelli.<sup>61</sup> La progressiva radicalizzazione del clima politico-sociale fece sì che questo disegno di pacificazione sia rimasto sulla carta, ma non va trascurato che, nel definire le scelte di fondo della Costituzione, il ruolo determinante fu svolto, nel variegato quadro delle correnti politiche rappresentate a Weimar nell'assemblea nazionale costituente, da un blocco costituito dalla socialdemocrazia, dal centro cattolico e dal partito democratico (liberali progressisti luterani), blocco che riuscì, nella fase costituente e nei primi quattro anni della vita della Repubblica, a drenare le pressioni esercitate dai partiti estremisti.<sup>62</sup>

Non sarebbe giusto, peraltro, imputare a questo blocco, ed alla ricerca di mediazioni nelle quali esso si consumò, di avere spianato la strada prima al prevalere della destra conservatrice, nostalgica degli assetti della monarchia costituzionale, e poi all'avvento di Hitler al potere. Si sottovaluterebbe non solo la forte carica di progettualità innovativa del laboratorio costituzionale weimariano, soprattutto grazie al contributo che ad esso diedero i liberali progressisti Naumann e Preuß, ma la percezione, diffusa nella fase costituente, che la stagione che si apriva avrebbe rappresentato una soluzione di continuità rispetto alla precedente esperienza costituzionale.<sup>63</sup> Ed in effetti la dichiarazione fatta dal socialdemocratico Scheidemann all'indomani della proclamazione della Repubblica (<<*Wir haben auf der ganzen Linie gesiegt; das Alte ist nicht mehr*>><sup>64</sup>) sembrò trovare nella nuova Costituzione più d'una conferma: il principio repubblicano, in primo luogo, collocato alla base del <<capovolgimento>> del *Reich* monarchico-autoritario in uno stato fondato sulla sovranità popolare; un esteso catalogo federale dei diritti fondamentali, ispirato da un disegno di riforma in campo economico e sociale e volto anche ad imbrigliare entro le maglie di un federalismo repubblica-

*Die überforderte Republik*, Stuttgart 2008 (ove anche una ricchissima bibliografia). Sulla crisi della Repubblica di Weimar v. D. BLASIUS, *Weimars Ende. Bürgerkrieg und Politik 1930-1933*, II ediz., Göttingen 2006; H. MOMMSEN, *Zur Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert. Demokratie, Diktatur, Widerstand*, München 2010, 19 ss. Sulla storia costituzionale della prima Repubblica tedesca, v. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München 2002; C. GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997. Sulla storia della cultura tedesca negli anni di Weimar v. almeno L. MITTNER, *Storia della letteratura tedesca*, III.2, voll. I e II, Torino 1977; P. GAY, *La cultura di Weimar* (1968), Bari 2002; N. MERKER, *La Germania. Storia di una cultura da Lutero a Weimar*, Roma 1990, 387 ss.; E. WEITZ, *La Germania di Weimar. Utopia e tragedia*, Torino 2008.

<sup>59</sup> Sui passaggi della fase costituente nel biennio 1918-1919 v. sinteticamente W. FROTSCHER- B. PIEROTH, *Verfassungsgeschichte*, IV ediz., München 2003, 254 ss. Nonché, per una raccolta dei più importanti documenti della storia costituzionale della transizione alla Repubblica, v. G.A. RITTER- S. MILLER (a cura di), *La rivoluzione tedesca 1918-1919. I consigli operai e il tradimento della socialdemocrazia*, Milano 1969.

<sup>60</sup> Ne offre una testimonianza appassionata l'epistolario di K. LIEBKNECHT- R. LUXEMBURG, *Lettere 1915-1918*, a cura di E. RAGIONIERI, Roma 1967. Sul ruolo della socialdemocrazia tedesca nella fase fondativa e poi negli sviluppi della Repubblica di Weimar v. W. ABENDROTH, *La socialdemocrazia tedesca*, Roma 1980, 59 ss.

<sup>61</sup> L'affresco ancora oggi più completo dell'ordinamento costituzionale weimariano si deve alla monumentale opera di E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VI, Stuttgart 1981. Sugli obiettivi di integrazione sociale perseguiti dalla Costituzione di Weimar v. I. STAFF, *Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar*, in G. GOZZI- P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna 1986, 11 ss.

<sup>62</sup> Sugli equilibri e le contrapposizioni tra le forze politiche nella *Nationalverfassung* v. ancora, analiticamente, E.R. HUBER, op. ult. cit., 127 ss. C. TOMMASI, *Dal Kaiserreich a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuß*, in G. GOZZI- P. SCHIERA (a cura di) op. cit., 207 ss.

<sup>63</sup> Sul ruolo di questi filoni v. l'Introduzione di D. LEHNERT, in H. PREuß, *Gesammelte Schriften*, IV, *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Tübingen 2008, 1 ss.; K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Tübingen 2010, 17 ss.; i contributi di E. GROTHE e di D. SCHEFOLD in D. LEHNERT (Herausg.), *Hugo Preuß 1860-1925*, Köln- Weimar- Wien 2011, 121 ss., 139 ss.

<sup>64</sup> "Noi abbiamo vinto su tutta la linea. Il vecchio non c'è più".

no (art. 17) le spinte reazionarie ancora forti in molti dei vecchi stati del *Reich* guglielmino; l'opzione in favore della parlamentarizzazione, le cui dinamiche venivano assoggettate peraltro ad un ventaglio articolato di istituti di democrazia diretta.<sup>65</sup> La stagione costituzionale weimariana sembrava inaugurarsi, pertanto, all'insegna dello scompaginamento dell'impalcatura dogmatica dello *Staatsrecht* della Germania guglielmina.<sup>66</sup> Richiamandosi alla critica di Gierke a Laband, Hugo Preuß, che sarebbe divenuto uno degli artefici della Costituzione, aveva esortato a <<capovolgere>> l'apparato statale autoritario del secondo *Reich* (*Obrigkeitsstaat*) in uno stato fondato sulla sovranità del popolo (*Volksstaat*). Un invito, questo, che avrebbe comportato, sul piano teorico, l'abbandono del dogma della sovranità e di una costruzione del diritto pubblico fondata sull'assolutizzazione delle manifestazioni di volontà dello stato e sul monopolio statale della produzione normativa. Si sarebbe pervenuti in tal modo allo <<smontaggio>> del concetto di sovranità in un pluralismo che avrebbe dovuto costituire l'ordito di una partecipazione politica della società "dal basso".<sup>67</sup>

#### 4. L'eredità del *Reich* e la fondazione della democrazia parlamentare

La storiografia ed il pensiero costituzionale hanno dibattuto vivacemente sulle cause, in parte endogene al quadro costituzionale, in parte esterne a questo, che determinarono il fallimento di un disegno così suggestivo e animato da una consapevolezza profonda delle trasformazioni prodotte dalla democrazia. Fra di esse merita però di essere menzionata anche l'enfasi con la quale i fondatori della Repubblica rimarcarono la vittoria conseguita con il crollo del *Reich* e la successiva repressione dei movimenti rivoluzionari. Un'enfasi che si sarebbe rivelata, alla prova degli eventi, in qualche misura velleitaria, ma che faceva risaltare una contraddizione profonda del nuovo ordinamento costituzionale. Si trattava invero della pesante aporia di una costituzione che si apriva alla società e ai suoi conflitti, ma che scelse di sacrificare la predisposizione di barriere di limitazione del potere e la funzione oppositiva dei diritti alla sperimentazione di soluzioni organiche volte a preservare la coesione sociale ed a quella di assetti di governo che non presidiavano l'equilibrio ed il controllo reciproco dei poteri, ma ponevano le basi di una condizione di conflittualità permanente fra gli organi costituzionali, nella quale essi finivano per contendersi la palma della personificazione della sovranità popolare. E certo non sarebbe azzardato rinvenire nella parte organizzativa della Costituzione di Weimar, ed in particolare nella posizione del Presidente del *Reich*, le tracce della continuità con l'esperienza guglielmina, e che si fosse inteso rimpiazzare con un presidente eletto direttamente dal popolo e dotato di una fisionomia forte il vuoto che si era prodotto con la caduta del *Kaiser*.<sup>68</sup> Con una differenza importante peraltro, poiché il secondo *Reich* si reggeva sul dualismo fra un capo dello stato posto al vertice della piramide statale che egli impersonava, ed un potere legislativo ad esso sostanzialmente collaterale, un dualismo –si deve aggiungere– che affondava le radici nei due differenti canali di legittimazione del principio monarchico e di quello rappresentativo. Laddove, diversamente, nel sistema weimariano la conflittualità latente fra il *Reichstag* ed il presidente del *Reich* si innestava sulla medesima legittimazione, derivante dall'investitura del corpo elettorale. Ed invero Max Weber, che nei mesi della fase costituente sostenne con decisione la soluzione dell'investitura popolare del capo dello stato, ne colse in modo penetrante il legame con le basi costituzionali della Repubblica.<sup>69</sup> In primo luogo, solo l'elezione di un presidente <<sostenuto dal voto di milioni di persone>> riuscirebbe a sostenere il programma di socializzazione prefigurato dalla Costituzione, in quanto la socializzazione si realizza non <<tramite commi di legge>>, ma per mezzo di <<un'amministrazione fortemente unitaria>>. In secondo luogo, la frammentazione del quadro politico ren-

<sup>65</sup> Nella letteratura italiana v., per un quadro dei caratteri fondamentali della Costituzione di Weimar, C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar* (1946), in ID., *Raccolta di scritti*, IV, Milano 1972, ss.; F. LANCHESTER, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano 2002, 53 ss.

<sup>66</sup> Sul punto v. la penetrante ricostruzione di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München 1999, 74 ss.

<sup>67</sup> Si v. soprattutto H. PREUß, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?* (1918), in ID., *Staat, Recht und Freiheit*, Berlin 1926, 365 ss. Sul liberalismo di Preuß v. L. ALBERTIN, *Einleitung*, in H. PREUß, *Gesammelte Schriften. I. Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, a cura di L. ALBERTIN e C. MÜLLER, Tübingen 2007, 1 ss. Sul pensiero costituzionale di Preuß v. D. LEHNERT, *Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft*, Baden Baden 2001; D. LEHNERT- C. MÜLLER, *Von Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft*, Baden Baden 2003.

<sup>68</sup> In questo senso v. M. STOLLEIS, op. ult. cit., 75 ss.; W. FROTSCHER- B. PIEROTH, op. cit., 271 s.

<sup>69</sup> Su questo tornante del pensiero weberiano si v. la fondamentale ricostruzione storiografica di W.J. MOMMSEN, *Max Weber e la politica tedesca. 1890-1920* (1974), Bologna 1993, 497 ss. In una prospettiva di filosofia politica v. ancora, sul rapporto tra Weber e la cultura liberalborghese, W. HENNIS, *Il problema Max Weber*, a cura di F. FERRAROTTI, Bari- Roma 1991, 223 ss.

deva necessaria <<un'istituzione che rappresenti il principio dell'unità del *Reich*>>, ponendo argine alla <<crescita a dismisura>> delle spinte alla frammentazione.<sup>70</sup> I concreti sviluppi costituzionali della democrazia weimariana avrebbero parzialmente contraddetto gli auspici di Max Weber, il quale ravvisava altresì nell'elezione diretta del capo dello stato un fattore di strutturazione del sistema politico, un esempio di selezione democratica dei capi che supera <<il sistema, ancora in uso anche se del tutto decrepito, della direzione politica da parte dei notabili>>.<sup>71</sup> Il metodo prescelto per l'elezione del presidente, coniugato con la rissosa fragilità degli equilibri politici weimariani, non avrebbe sortito l'effetto di costituire un asse di democrazia plebiscitaria parallelo a quello democratico-rappresentativo, né quello di favorire l'aggregazione del sistema dei partiti. Almeno a partire dalla elezione nel 1925 di Hindenburg, espressione dell'*establishment* politico-sociale del regime monarchico-conservatore, la legittimazione del presidente avrebbe assunto, piuttosto che una valenza unificante, una accentuata connotazione di parte, ed il capo dello stato sarebbe apparso sempre di più uno strumento degli obiettivi di alcuni gruppi politici, a disposizione dei quali egli avrebbe messo peraltro i poteri di ordinanza che l'art. 48 della Costituzione gli attribuiva.

Peraltro, lo sforzo dei costituenti di mantenere l'assetto di governo weimariano entro i confini della democrazia parlamentare avrebbe incontrato difficoltà. Esse sono da ricollegarsi anzitutto alla situazione economica sullo sfondo della quale l'esperienza weimariana si sviluppò, pesantemente pregiudicata dalle gravose riparazioni di guerra imposte alla Germania sconfitta dal Trattato di Versailles e dai contraccolpi della grande depressione che investì anche le economie europee alla fine degli anni Venti del XX secolo. Lo sviluppo del parlamentarismo liberale aveva assecondato, nel XIX secolo, le fasi di crescita dell'economia che hanno accompagnato l'ascesa della borghesia. Proprio le contraddizioni dell'esperienza weimariana sembrano dare forza all'interrogativo se questo modello di organizzazione dei poteri fosse parimenti idoneo a sostenere la conduzione di fasi di recessione e di crisi dell'economia. Un processo politico svolgentesi attraverso il circuito regolare del rapporto fra corpo elettorale, parlamento e governo è apparso in grado di sorreggere indirizzi politici proiettati su *issues* programmatiche di ampio respiro, ma assai meno interventi congiunturali sul sistema economico. Ciò anche perché la gestione degli stati di crisi sottrae <<alle forze economiche e sociali la possibilità di raggiungere compromessi in modo autonomo>>, costringendo lo stato <<a scendere in campo con funzioni di arbitrato dei conflitti politico-sociali>><sup>72</sup>, e scaricando sul processo politico tensioni che facevano saltare la funzione storica del sistema parlamentare rispetto alla lotta politica, quella di <<operare il precipitato e permettere la formazione delle concrezioni>><sup>73</sup>, o, più chiaramente, la distanza dell'indirizzo politico dai conflitti sociali.

È anche questa, riconducibile allo sforzo di preservare l'unità dell'indirizzo politico in una cornice di accesa conflittualità, la ragione dell'innesto, nell'assetto di governo weimariano, di componenti plebiscitarie sul tronco della democrazia parlamentare. La Costituzione di Weimar perseguì l'obiettivo di far coesistere il circuito parlamentare rappresentativo, che doveva rispecchiare la frammentazione della scena politica tedesca degli anni Venti del XX secolo, con l'elezione popolare del presidente del *Reich*, che doveva invece operare come fattore unificante di contenimento del conflitto politico-sociale. Era questo un disegno che, nell'intento dei suoi artefici, non avrebbe dovuto comportare l'abbandono del parlamentarismo, ma solo l'integrazione in esso di elementi di democrazia plebiscitaria. Ed un disegno, si può aggiungere, non privo di suggestione. Secondo Hugo Preuß, che ad esso diede l'apporto più significativo, il nuovo dualismo dell'assetto di governo avrebbe dovuto rispecchiare l'equilibrio fra *Herrschaft* e *Genossenschaft*, fra <<organizzazione della sovranità nello stato>> e <<organizzazione cooperativa della volontà comune>><sup>74</sup>, ed in questo modo lasciarsi alle spalle il consueto *Obrigkeitsstaat* di stampo tardoassolutistico. Questo equilibrio avrebbe affidato ai due poli del *Reichstag* e del presidente del *Reich* la soluzione del difficile rapporto fra democrazia e parlamentarismo. Secondo il disegno di Preuß il distacco della democrazia parlamentare dal parlamentarismo liberal-borghese si sarebbe realizzato attraverso la derivazione dei due centri di potere politico dalla volontà popolare, per effetto della quale un capo dello stato repubblicano avrebbe impersonato la <<rappresentanza dell'unità statale>>, ed il circuito corpo elettorale- *Reichstag*- cancelliere avrebbe dovu-

<sup>70</sup> Cfr. M. WEBER, *Il presidente del Reich* (1919), in Id., *Scritti politici*, a cura di A. BOLAFFI, Roma 1998, 231 ss.

<sup>71</sup> Così M. WEBER, op. ult. cit., 234.

<sup>72</sup> Così H. SCHULZE, op. cit., 11 s. Sui legami fra crisi costituzionale e crisi economica nella Repubblica di weimar v. K. D. BRÄUCHER, *Deutschland zwischen Demokratie und Diktatur*, Bern u. München 1964, 382 ss.

<sup>73</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, Introduzione a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare*, Milano 1950, XX.

<sup>74</sup> La tensione dialettica fra questi due elementi era stata posta al centro dell'elaborazione teorica di Preuß nel periodo pre-weimariano: si v. H. PREÜS, *Staat und Stadt* (1906), in Id., *Staat, Recht und Freiheit* cit., 73 ss., 89 ss.

to esprimere la ricchezza di articolazioni della società e dei partiti.<sup>75</sup> Questo disegno, peraltro, non intendeva relegare il parlamento ad un ruolo marginale, ed anzi opponeva agli avversari del parlamentarismo, <<sempre pronti a sostenere l'ideale dell'uomo forte>>, lo sviluppo di <<forti personalità>> che il parlamentarismo può suscitare, ma all'interno di una robusta cornice di responsabilità.<sup>76</sup> Al contrario, all'assemblea rappresentativa esso riservava la funzione di <<guida della democrazia politica>>, collocata peraltro in un quadro di <<intreccio organico e equilibrio>> fra due poteri democraticamente legittimati.<sup>77</sup>

## 5. Il "pluralismo" weimariano: tra conflittualità sociale e tradizione organicista

E tuttavia, se il disegno era suggestivo, la traduzione di esso nella definizione dell'assetto di governo risultò problematica e la funzionalità in concreto assai difettosa. Il fallimento non fu dovuto infatti soltanto alla conflittualità politico-sociale ed istituzionale, che quel disegno non riuscì ad imbrigliare e dalla quale la Costituzione della Repubblica finì per essere travolta. Se infatti la tensione fra il *Reichstag* ed il presidente del *Reich* sarebbe sfociata nella formazione di un asse fra questo ed il cancelliere e dunque si sarebbe risolta a vantaggio dell'esecutivo, ciò dipese dal fatto che tale esito era già racchiuso nel quadro costituzionale, ed in certo modo già programmato per l'aver collocato, come norma di chiusura dell'assetto di governo, non congegni di equilibrio e di controllo reciproco fra gli organi costituzionali, ma il potere di ordinanza del presidente, esteso dall'art. 48 fino al limite della sospensione dei diritti fondamentali.<sup>78</sup> Che l'innesto della Costituzione di Weimar nella tradizione del costituzionalismo fosse, almeno sotto questo profilo, problematica, venne emblematicamente anticipato da Max Weber, la cui riflessione aiuta a far luce sul retroterra teorico della coniugazione fra democrazia politico-sociale e *Obrigkeitsstaat*, che la esperienza weimariana avrebbe sperimentato senza successo. Weber intuiva invero che, nella rivisitazione in chiave democratica dell'antico dualismo fra capo dello stato e assemblea legislativa, si intravedeva un nuovo antagonismo istituzionale, che contrapponeva all'autonomia del governo da maggioranze politiche contingenti la mera funzione di controllo del parlamento. Ma il tentativo di superare la burocratizzazione dello stato liberale-autoritario attraverso l'intreccio fra democratizzazione e parlamentarismo si sarebbe accompagnata al potenziamento degli istituti della democrazia diretta, ampiamente utilizzati come congegni regolativi dei procedimenti del circuito rappresentativo e come massima espressione legittimante del potere sovrano nella democrazia.<sup>79</sup> L'intreccio fra elementi rappresentativi ed elementi plebiscitari avrebbe dunque avuto, in principio, la funzione di contenere ad un tempo i rischi del cesarismo plebiscitario e quelli dell'assolutismo parlamentare, ma esso avrebbe poi di fatto comportato che il parlamento rimanesse schiacciato fra il supporto all'istanza di direzione politica, che ad esso si richiedeva secondo lo schema tipico del governo parlamentare, e la concorrenza di un capo dello stato eletto plebiscitariamente e peraltro investito di un ruolo di chiusura del potere di decisione politica.<sup>80</sup>

Se si resta sul terreno della definizione degli assetti di governo, l'"eclissi" del costituzionalismo era già inscritta pertanto nella Costituzione, la quale aveva fatto assurgere il capo dello stato al ruolo di decisore ultimo ed aveva con ciò sostanzialmente capovolto la supremazia del governo delle leggi sul governo degli uomini. Occorre aggiungere, per completare il quadro, che il potere del presidente di adottare tutte le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando questi fossero minacciati in modo rilevante, fino a disporre la sospensione di alcuni diritti fondamentali, era sì subordinato al potere del *Reichstag* di chiederne la revoca (art. 48, III co.), ma che questa prerogativa parlamentare era contrastata, e nella sostanza paralizzata, dal potere presidenziale di scioglimento (art. 25). Cioè, nel conflitto con il presidente, al *Reichstag* non restava altra possibilità che quella di chiedere una votazione popolare su una sua iniziativa diretta ad ottenere la destituzione di quello, iniziativa che, peraltro, ove non sostenuta dal con-

<sup>75</sup> V. soprattutto H. PREUß, *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa*, Berlin 1927, 427 ss.; ID., *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung* (1919), in ID., *Staat, Recht und Freiheit*, cit., 385 ss. Sul contributo di Preuß alla elaborazione degli assetti di governo della Costituzione di Weimar v. C. TOMMASI, *Dal "Kaiserreich" a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuß*, in G. GOZZI- P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna 1987, 207 ss.

<sup>76</sup> Cfr. H. PREUß, *Parlamentarische Regierungsbildung* (1921), in ID., *Staat, Recht und Freiheit*, cit., 446.

<sup>77</sup> Si v. H. PREUß, *Das Verfassungswerk von Weimar* (1919), in ID., *Staat, Recht und Freiheit*, cit., 425 ss.

<sup>78</sup> Si v. in proposito, per un bilancio della discussione storiografica sull'art. 48, C. GUSY, *Weimar. Die wehrlose Republik?*, cit.

<sup>79</sup> Si v. O. JUNG, *Direkte Demokratie in der Weimarer Republik*, Baden Baden 1989.

<sup>80</sup> Si v., per questa lucida profezia, gli scritti politici preweimariani raccolti in M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, Bari 1919.

senso del corpo elettorale, avrebbe di bel nuovo comportato lo scioglimento della camera elettiva (art. 43 II co.).<sup>81</sup> Questo assetto conflittuale del rapporto fra *Reichstag* e presidente si rivelò un fattore di crisi del sistema, e avrebbe giocato a sfavore del primo, già indebolito dalla frammentazione e dalla polarizzazione interna, ma non anche del secondo, che, di fronte all'*impasse* delle dinamiche maggioritarie degli ultimi anni della Repubblica, disponeva di poteri che gli consentirono di sorreggere governi presidenziali. Un'interpretazione estensiva dei poteri di ordinanza dell'art.48, intesi non come uno strumento di difesa della Costituzione ma come un canale permanente, di fatto trasferito nelle mani dell'esecutivo, per l'adozione di una legislazione provvisoria<sup>82</sup>, ed insieme la circostanza che presidente e cancelliere fossero espressione di un blocco conservatore che non aveva mai dismesso un atteggiamento di ostilità verso il nuovo ordinamento costituzionale, determinarono il progressivo svuotamento della Costituzione.<sup>83</sup>

Fattori di conflittualità e di disorientamento collettivo derivanti dalla crisi economica e deficienze della parte organizzativa della Costituzione non esauriscono peraltro il quadro delle cause della crisi della Repubblica e del drammatico scivolamento di questa nella completa eclissi del costituzionalismo. Fra di esse occupa un rilievo centrale la crisi di consenso che la democrazia weimariana incontrò presso larghi strati dell'opinione pubblica. Ed invero una <<democrazia senza consenso>> rappresentò la malattia più grave della Repubblica, perché essa ne minava la legittimità, il riconoscimento della Costituzione diffuso fra i suoi cittadini.<sup>84</sup> A ciò contribuì in misura rilevante il clima spirituale della Germania dei primi decenni del XX secolo, percorso da correnti di pensiero assai critiche nei confronti della democrazia e del parlamentarismo.<sup>85</sup> Le quali respinsero, in definitiva, proprio le basi dell'edificio costituzionale weimariano, quelle che tracciavano la cesura più marcata rispetto al secondo *Reich*, precisamente l'idea che lo stato non sia una entità trascendente la società, ma una struttura di potere che deriva da questa e ad essa è strumentale. E la critica, venata di irrazionalismo, che la Repubblica non costituisse una <<forma di stato>> ma solo una <<ditta>> controllata da partiti e da interessi particolaristici<sup>86</sup>, investiva in pieno anzitutto le istituzioni parlamentari, fatte oggetto di invettive e sarcasmi che avrebbero arricchito il repertorio delle correnti politiche estremiste del Novecento, ed il parlamentarismo, configurato non come il presupposto irrinunciabile della legittimazione del potere statale, ma come un debole e pericoloso surrogato di una ideale statualità.<sup>87</sup>

## 6. La Costituzione di Weimar e i *Grundrechte*: la costituzione "ridisegna" la società.

La parte più innovativa della Costituzione di Weimar è quella riguardante i diritti fondamentali. Essa si riallaccia per un verso al titolo VI della Costituzione della *Paulskirche* di Francoforte del 1849 ("I diritti fondamentali del popolo tedesco"), per il forte risalto del legame fra la cittadinanza ed i diritti. Se ne distacca per altro verso perché questa aveva risentito, nel suo impianto fondamentale, dell'influenza del liberalismo giuridico, mentre nella Costituzione di Weimar l'espansione del catalogo dei diritti e la loro configurazione riflettevano una trasformazione profonda della concezione della costituzione e del rapporto fra stato e società civile. Sotto questo profilo, l'esperienza weimariana ha rappresentato davvero uno snodo decisivo del costituzionalismo democratico del XX secolo. Se invero quest'ultimo ha dato peculiare risalto all'apertura delle costituzioni alla società, alle reali condizioni di vita ed alla trama di relazioni sociali entro le quali si dispiega la libertà umana, tale apertura fu espressa dalla Costituzione di Weimar, agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, in modo paradigmatico già nell'articolazione del catalogo dei "diritti e doveri fondamentali dei tedeschi", riferita rispettivamente alle "persone singole", alla "vita collettiva", al "fenomeno religioso", all'"educazione" ed alla "vita economica". L'impianto dei diritti nella Costituzione di Weimar rispecchiava certo il <<compromesso dilatorio>> fra ideologie e correnti in antagonismo, che essa finì per realizzare<sup>88</sup>, e nel relativo catalogo confluirono le diverse anime della *Nationalversammlung* costituente, le spinte contrastanti fra tendenze sovietiste e rivoluzionarie e monarchico-conservatrici, così come le tensioni fra il centro cattoli-

<sup>81</sup> Su questo aspetto del sistema weimariano v. W. FROTSCHER- B. PIEROTH, op. cit., 269 ss.

<sup>82</sup> Anche su ciò v., per ulteriori indicazioni, W. FROTSCHER- B. PIEROTH, op. cit., 282 s.

<sup>83</sup> Su questa fase costituzionale, conclusasi con la presa del potere da parte di Hitler, v. K. D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, V ediz., Stuttgart 1971; D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, IV ediz., München 2001, 342 ss.

<sup>84</sup> Per questo giudizio v. O. KIMMICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 531 ss.; M. STOLLEIS, op. ult. cit., 107 ss.

<sup>85</sup> Sul pensiero antidemocratico della Germania negli anni della Repubblica v. l'ottima ricostruzione storica di S. BREUER, *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di destra nella Germania di Weimar*, Roma 1995.

<sup>86</sup> V. le citazioni di Othmar Spann e di Oswald Spengler cit. da W. FROTSCHER- B. PIEROTH, op. cit., 300.

<sup>87</sup> È d'obbligo il riferimento a C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin 1926 13 ss.

<sup>88</sup> L'espressione è di C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), IX ediz., Berlin 1993, 31 ss.

co, i liberali progressisti protestanti e la socialdemocrazia. Ne derivò una costituzione che rimase sospesa fra difesa della tradizione e impulsi di modernizzazione, fra una concezione dei diritti come <<recinti>> di libertà poste al riparo da interferenze dei poteri pubblici o come basi di una <<politica dei diritti>> riformatrice.<sup>89</sup> L'interrogativo riguardava, come è palese, l'impatto della costituzione sulle dinamiche sociali, se essa dovesse agire come fattore di disturbo di esse, o di riallineamento a programmi di innovazione sociale, o come mera cassa di risonanza dello spontaneismo sociale. Il catalogo weimariano fu, in definitiva, il risultato di un nocciolo duro che rifletteva l'accordo fra liberali progressisti e socialdemocrazia, ed esso prese corpo nell'idea che i diritti fondamentali, in quanto cornice di un programma di modernizzazione sociale, fossero orientati sul terreno dell'effettività della protezione anche contro i poteri sociali, ma che essi, proprio in quanto non esaurenti in barriere di protezione della società dallo stato, rinviassero ad un <<compito di conformazione>> del legislatore ed agli equilibri politici che esso di volta in volta avrebbe espresso.<sup>90</sup>

La Costituzione di Weimar ha dunque innovato profondamente all'articolazione dei diritti nelle costituzioni liberali e può essere considerata il prototipo ed il laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento. Essa incontrò peraltro, nella letteratura dell'epoca, critiche dure, perchè ad essa venne imputata la pretesa totalizzante, ma al contempo dissolvete, di voler comprendere nella propria capacità di regolazione tutto il pluralismo e di voler abbracciare tutti gli ambiti della società civile.<sup>91</sup> E tuttavia, sebbene la crisi della democrazia nell'esperimento weimariano sia da ascrivere anche agli elementi di forte conflittualità, cui la costituzione aveva dato legittimazione, non può tacersi che tale pretesa fosse ispirata, in origine, dalla necessità di contenere all'interno della cornice costituzionale gli antagonismi anche radicali della società tedesca dopo la dissoluzione del *Reich* guglielmino. Non è casuale che, su queste basi costituzionali, la cultura giuridica weimariana abbia rimarcato il mutamento di prospettiva nell'impianto dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, si colloca anzitutto l'approccio decisamente critico di Carl Schmitt, più volte ricordato. Riflettendo sul significato dell'irrompere del pluralismo nello scenario costituzionale weimariano, Schmitt osservò che l'ampliamento del catalogo dei diritti avrebbe inevitabilmente causato il depotenziamento del nucleo di garanzia degli stessi, a causa del relativizzarsi di quel carattere oppositivo del rapporto fra libertà e stato, che costituirebbe invece l'essenza dei diritti, i quali, per loro natura, sospingono l'individuo «contro» lo stato.<sup>92</sup> Vi era dell'altro, tuttavia, nell'esperienza weimariana, e precisamente la presa d'atto della fine della separatezza della costituzione dalla società, e del mutamento profondo del significato e del ruolo delle costituzioni, le quali non poggiano più su un ordine razionale conforme alle leggi di natura, ma sulle divisioni della società; e vi era, ancora, l'acquisita consapevolezza che nel contenuto di esse si riflettono e si riproducono i complessi equilibri delle società pluralistiche.<sup>93</sup> Una consapevolezza, questa, peraltro ben presente ad altri indirizzi della cultura weimariana: quando, per esempio, si sottolineò che le costituzioni sono oramai chiamate a «*organizzare* la libertà umana nella realtà sociale»<sup>94</sup>, o ancora quando fu rilevato che esse tendono a privilegiare la dimensione «fondativa» dei diritti, in quanto fattori di integrazione dell'individuo nella comunità statale, rispetto a quella «emancipativa» di derivazione liberale.<sup>95</sup>

Questo processo di trasformazione ha investito in pieno l'elaborazione dogmatica dei diritti sviluppatasi nella cornice degli assetti del *Reich* guglielmino. La costruzione in "sistema" dei diritti pubblici soggettivi, che ha rappresentato l'approdo più raffinato ed insieme il canto del cigno del liberalismo giuridico ottocentesco, rispecchiava infatti una visione dell'ordine sociale che aveva identificato nello stato <<il vertice gerarchico dell'intera società>><sup>96</sup>. Venuta meno <<l'antica pretesa di ordine della sfera politica>>, a causa della crescente complessità e differenziazione dei sistemi sociali, che hanno prodotto inedite <<tensioni>> e <<ric-

<sup>89</sup> La discussione sui *Grundrechte* nel periodo della costituente weimariana è ricostruito da W. PAULY, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen 2004.

<sup>90</sup> V., in questo senso, ancora la ricostruzione di W. PAULY, op. cit., 25 ss. (con particolare riferimento al ruolo del liberale Naumann e del socialdemocratico Sinzheimer)

<sup>91</sup> Il riferimento è qui alla critica di C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), ediz. ital. a cura di A. CARACCILO, Milano 1981, 111 ss.

<sup>92</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin 1958, 181 ss.

<sup>93</sup> Sul punto v. in modo convergente, sebbene da angolazioni molto differenti, N. LUHMANN, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in „Der Staat“, 1973, 1 ss., 165 ss.; e P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., 93 ss., 121 ss.

<sup>94</sup> Così H. HELLER, *Staatslehre* (1934), Tübingen 1983, 309.

<sup>95</sup> In questo senso v. R. SMEND, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, II ediz., Berlin 1968, 313.

<sup>96</sup> Così N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), ediz. ital. a cura di G. PALOMBELLA e L. PANNARALE, Bari 2002, 47.

chezza di alternative in tutte le sfere della società>>, la dogmatica dei diritti fondamentali si è trovata stretta <<tra vecchie verità e nuove più complicate realtà>><sup>97</sup> La transizione, che è emblematicamente rappresentata dall'elaborazione della letteratura weimariana, dalla sistematica dei diritti pubblici soggettivi a quella dei diritti fondamentali, esprime peraltro non il disorientamento della scienza giuridica dinanzi al crollo delle consolidate certezze del giuspositivismo statualistico, ma la presa di coscienza che, per effetto di profonde trasformazioni del contenuto e della funzione delle costituzioni, i diritti sono anzitutto la traduzione in principi costituzionali degli <<ultimi e più alti contenuti di senso>><sup>98</sup> che costituiscono il connettivo di un ordine sociale differenziato e pluralistico. Ne è stata tratta la conseguenza che tutta l'elaborazione dei diritti, proprio in quanto essi sono connessi intimamente con i contenuti di valore che sono il "fondamento" delle costituzioni, non può più essere condotta esclusivamente sul metro del testo costituzionale, poichè essa richiede di aver sempre presente, in una stretta interrelazione fra il criterio testuale e la ricerca degli orientamenti e dei principi fondamentali, una visione generale dell'assetto costituzionale e dei suoi contenuti fondanti.

A questo nuovo approccio sistematico dei diritti "fondamentali", che muove dall'incardinamento di essi in una visione complessiva della costituzione, il contributo più rilevante è venuto dalla teoria dell'integrazione di Rudolf Smend. Ad essa si deve il tentativo di ricostruire i diritti fondamentali sulla base della loro funzione come "fattori di integrazione", ed il relativo catalogo come una concatenazione di contenuti materiali della costituzione, la cui compattezza deriva dall'essere essi espressione di un <<sistema culturale di valori>>.<sup>99</sup> Questo approccio, proprio in quanto fondato su una visione scientifico-spirituale del diritto costituzionale, porrebbe la scienza giuridica dinanzi al nuovo compito, che ne connoterebbe peraltro la specifica legittimazione, di dotarsi di canoni interpretativi dei diritti fondamentali coerenti con la premessa che questi traggono alimento da un contesto storico-culturale.<sup>100</sup> Si avverte chiaramente, in questi passaggi della *geisteswissenschaftliche Wende* della dottrina smendiana dei diritti fondamentali, il distacco dal pensiero giuspositivista: alla tesi che nell'ordinamento non fosse plausibile rintracciare che un solo diritto fondamentale, quello alla omissione di costrizioni illegali da parte dei poteri pubblici<sup>101</sup>, si contrapponeva quella che i *Grundrechte* costituiscono la componente più caratterizzante del diritto costituzionale. Sotto questo profilo, il dibattito weimariano ha segnato una svolta fondamentale nell'elaborazione dei diritti costituzionali, e l'idea che i diritti siano il fondamento dell'assetto costituzionale, dopo la conclusione della parentesi totalitaria della prima metà del Novecento, è divenuta acquisizione sostanzialmente indiscussa del patrimonio costituzionale europeo e della giurisprudenza delle corti costituzionali.

## 7. "Laboratorio" dei diritti fondamentali e "eclissi" del costituzionalismo

Ma è stato agevole cogliere anche, in questa svolta ricostruttiva, elementi di contraddizione e di ambiguità. Per un verso, come fu rilevato da alcuni fra i suoi critici più acuti<sup>102</sup>, si avverte in essa parimenti, nella sottolineatura così forte delle compatibilità sistemiche che avvolgono l'impianto dei diritti, la distanza dalle concezioni antagonistiche dei diritti che erano state il prodotto dell'età del costituzionalismo, una distanza imputabile, sul piano culturale, ad un eccesso di organicismo pari, se non forse superiore a quello sotteso alla dogmatica statualista dei diritti pubblici soggettivi. L'apertura del sistema dei diritti alla società ed il suo incardinamento nei valori storico-culturali di cui questa è portatrice sconterebbero pertanto il prezzo alto di una concezione dei diritti che ne enfatizzava la compattezza come presupposto irrinunciabile della conservazione di un suo impianto sistematico. Nata e profondamente influenzata dal clima politico e culturale della Germania degli anni di Weimar e percorsa così tanto da una sorta di organicismo armonizzatore, la concezione integrazionista dei *Grundrechte* avrebbe fatto scolorare le ragioni del conflitto, dell'opposizione, del dissenso, che sono un fattore irrinunciabile della vitalità di un assetto che si fonda sul "principio libertà", per riassorbirle nel più rassicurante contemperamento dei valori costituzionali. Ispirata dall'intento di imbrigliare nella capacità di integrazione della costituzione la conflittualità sociale, tale concezione sarebbe apparsa, da

<sup>97</sup> Così ancora N. LUHMANN, op. ult. cit., 50-51.

<sup>98</sup> Cfr. N. LUHMANN, op. ult. cit., 49.

<sup>99</sup> Cfr. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., 264.

<sup>100</sup> V., per gli sviluppi di questo snodo metodologico, R. SMEND, op. ult. cit., 266; C.H. ULE, *Über die Auslegung der Grundrechte*, in "AöR" 1932, 1 ss.

<sup>101</sup> Per questa ricostruzione v., in modo esemplare, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat*, Berlin 1912, 98.

<sup>102</sup> Si v. C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., ss.

un lato, troppo compatta per dare un supporto teorico di assetti costituzionali chiamati a garantire il dispiegamento di molteplici domande di libertà, in particolare di quelle maturate all'interno di linee di frattura non riconducibili alla rappresentanza politico-partitica ed a quella degli interessi organizzati; e dall'altro troppo dinamica e troppo vischiosa per assicurare la protezione di istanze minoritarie dalla prevaricazione delle concezioni di volta in volta prevalenti nel corpo sociale.

Con l'esperienza weimariana ha inizio peraltro l'itinerario che condurrà la dogmatica tedesca dei *Grundrechte* a liberarsi dall'ingombrante condizionamento dell'edificio concettuale dei diritti individuali come "diritti di difesa" (*Abwehrrechte*) da ingerenze dei poteri pubblici.<sup>103</sup> Sarà infatti proprio questa esperienza a contribuire in modo decisivo a scardinare l'impianto della struttura difensiva dei diritti fondamentali, a svelarne l'insufficienza e ad orientare la dogmatica dei *Grundrechte* verso altre soluzioni ricostruttive. Nella seconda parte della Costituzione, infatti, accanto ai tradizionali diritti di libertà erano presenti numerose disposizioni che non tendevano alla "difesa" da ingerenze dei poteri pubblici, ma a conformare l'assetto dei rapporti svolgentisi nella società civile negli ambiti più disparati. Può sorprendere che, nonostante che il quadro fosse così radicalmente mutato, Carl Schmitt, uno dei massimi interpreti del nuovo scenario costituzionale della Repubblica, abbia riproposto in quegli anni proprio lo schema dei diritti di difesa indirizzati "contro" lo stato come l'unico capace di svelare l'essenza dei diritti fondamentali e la peculiarità della loro struttura.<sup>104</sup> Occorre considerare tuttavia che la ricostruzione schmittiana appare viziata da un forte intento polemico sotto almeno due aspetti. Da un lato, essa aveva come bersaglio le aperture del catalogo dei *Grundrechte* weimariani in campo economico sociale, cosicché il richiamo ad un modello <<puro>> di situazioni soggettive, e privo di contaminazioni, serviva all'autore per porre l'accento, in modo speculare, sul ridotto valore giuridico dei diritti di ispirazione socialista, proprio perché non riconducibili strutturalmente e funzionalmente allo schema liberale dell'*Abwehrrecht*. Dall'altro, la ricostruzione schmittiana aveva come bersaglio lo stesso modello liberale del *Rechtsstaat*, e lo schema del diritto di difesa appariva come la cartina di tornasole delle contraddizioni dell'esperienza liberale e di una concezione debole, interlocutoria, compromissoria dei rapporti di forza sottostanti alla costituzione, concezione in irriducibile antitesi con l'impianto monistico della dottrina schmittiana della costituzione. Sullo sfondo della concezione dei *Grundrechte* come "diritti di difesa", poggiante sulla premessa della contrapposizione allo stato di una sfera societaria prestatuale, Schmitt avvertiva invero la traccia del carattere dimidiato, <<codardo>> della <<decisione costituzionale>> nello stato di diritto liberal-borghese.<sup>105</sup> Con questo vizio di fondo appariva a Schmitt perfettamente coerente l'aver costruito l'impianto dei diritti sulla separazione fra attribuzioni dello stato in principio limitate ed una sfera di libertà in principio illimitata<sup>106</sup>, e l'identificazione dell'essenza più autentica della libertà con un "diritto di difesa" metteva a nudo un contrasto insanabile con la sua concezione totalizzante del politico.

La polemica schmittiana lasciava sullo sfondo, peraltro, la questione dell'adeguatezza del modello del diritto di difesa, e della distinzione fra stato e società che esso sottendeva, ad un assetto politico democraticamente legittimato. Questo profilo è peraltro al centro della critica che l'altro grande protagonista della riflessione costituzionale negli anni della Repubblica di Weimar, Rudolf Smend, mosse allo schema del diritto di difesa. Smend ravvisò infatti nella concezione dei *Grundrechte* come diritti (negativi) di difesa gli angusti limiti della mentalità borghese, <<pateticamente>> arroccata nella difesa delle garanzie positivamente apprestate dai testi costituzionali a diritti peraltro concepiti in modo <<prosaico>> come diritti che proteggono <<negativamente>> la libertà della sfera privata, anche quella di <<un'esistenza in pantofole e veste da camera>>. Ai diritti del borghese Smend contrappose, come si è già ricordato, quelli di una cittadinanza *attiva*, quelli di un cittadino la cui relazione con lo stato non si risolve esclusivamente in una <<negazione>>, ma si configura in primo luogo in termini di <<integrazione>> e di <<identificazione>>.<sup>107</sup> Il radicamento dei diritti fondamentali in un <<sistema di valori culturali>> ed il loro carattere di fattori di integrazione segnano, superando lo schema dell'*Abwehrrecht*, l'evoluzione verso un <<orientamento positivo>> dei diritti<sup>108</sup>. Una trasformazione che, aggiunge Smend, consegue direttamente dalla nascita della Repubblica, la quale avrebbe liberato elementi simbolici e fattori di legittimazione dell'ordinamento statale che storicamente la monarchia

<sup>103</sup> Sul punto v. *amplius* P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, 82 ss.

<sup>104</sup> Si v. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 164 s.; Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., 181-201.

<sup>105</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage*, cit., 82.

<sup>106</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 158.

<sup>107</sup> Cfr. R. SMEND, op. ult. cit., 262.

<sup>108</sup> Così efficacemente R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 2003, 34.

aveva incarnato confinando i *Grundrechte* in un ruolo di mera delimitazione negativa del potere statale.<sup>109</sup> Sotto questo profilo, Smend coglieva lucidamente non soltanto l'inadeguatezza del formalismo tecnicistico sottostante alla dogmatica dell'*Abwehrrecht*, ma soprattutto la direzione di senso intrinsecamente "integrativa" dell'innovazione weimariana del catalogo dei diritti, che era consistita nell'estensione a più larghi strati della popolazione e nell'assunto che essi garantiscono sfere di libertà effettiva, reale e non meramente formale.<sup>110</sup>

Il dibattito weimariano ha avuto anche il merito di mettere in luce che la novità della Costituzione della Repubblica era consistita non soltanto nell'aver fatto convivere diritti di derivazione liberale con principi ed enunciazioni di ispirazione diversa, ma in un nuovo quadro dell'organizzazione costituzionale ispirato ad un disegno di democratizzazione e di parlamentarizzazione del processo politico, che, sebbene non privo di incertezze e di elementi di contraddizione, era tuttavia sicuramente innovativo non solo rispetto all'esperienza del *Reich* ma in generale a quelle dello stato liberale, un quadro peraltro capace di dispiegare conseguenze rilevanti sulla protezione dei diritti fondamentali.<sup>111</sup> Per effetto della rivoluzione del 1918 era infatti venuto meno il dualismo che era stato alla base della concezione dei diritti come diritti di difesa, e con la caduta della monarchia e l'avvento del regime parlamentare aveva perduto significato la protezione di una società considerata come esterna ed antagonista rispetto ad un potere monarchico che da essa non traeva legittimazione.<sup>112</sup> Ciò pose il problema del rapporto fra diritti fondamentali e sovranità popolare, percepito da alcuni autori come un'aporia di non facile soluzione. È il caso di Huber, che in un saggio del 1933 che chiude l'affascinante stagione weimariana della riflessione sui *Grundrechte*, colse nella Costituzione di Weimar il contrasto fra il ruolo positivo attribuito al singolo nel *Volksstaat* e la delimitazione di una sfera *altliberal* libera da ingerenze statali e corrispondente al vecchio schema dell'*Abwehrrecht*<sup>113</sup>, e, additando una strada che avrebbe avuto molta fortuna nella letteratura tedesca dopo il 1949, suggerì di risolvere l'aporia spogliando i diritti fondamentali del loro significato individualistico ed inserendoli come principi di diritto oggettivo del nuovo edificio statale, ma precisamente a prezzo di far cadere il presupposto della distinzione fra stato e società su cui lo schema dell'*Abwehrrecht* si reggeva, in quanto in irriducibile antagonismo con le nuove basi di legittimazione del *Volksstaat*.<sup>114</sup>

Secondo una diversa linea di pensiero, il tentativo di conciliare l'ispirazione liberale dei *Grundrechte* con la sovranità popolare passava invece, da un lato, per una concezione del principio democratico capace di incorporare le esigenze della protezione delle minoranze, e dall'altro per la riformulazione del ruolo della riserva di legge.<sup>115</sup> Secondo l'interprete più lucido di questo indirizzo, Richard Thoma, la funzione peculiare dei *Grundrechte* nelle democrazie consiste nel fatto che «<in misura più o meno intensa, in senso positivo o negativo, essi assicurano una qualche protezione alle minoranze, imponendo obblighi e limiti alle maggioranze parlamentari o per lo meno agli apparati amministrativi delle maggioranze>>.<sup>116</sup> Pertanto, i *Grundrechte* trovano collocazione all'interno di una democrazia, in quanto condizione essenziale del funzionamento di questa, giacché ad essa non è sufficiente l'estensione del diritto di voto, esigendo altresì che «<il popolo, dal quale derivano tutti i poteri dello stato, si presenti come una comunità di cittadini liberi, in grado di plasmare autonomamente la vita della nazione in una condizione politico-sociale di libertà della parola e della stampa, delle espressioni religiose ed artistiche, delle riunioni, delle associazioni e dei sindacati>>.<sup>117</sup> Se lo sviluppo della democratizzazione dei *Grundrechte* appariva a Thoma il passaggio decisivo, dal momento che il principio di maggioranza aveva assunto il medesimo ruolo svolto in passato dal principio monarchico, e dunque il problema della protezione dei diritti si poneva ora in modo inedito proprio nei confronti della maggioranza, ciò aveva conseguenze di rilievo. Infatti, la protezione nei confronti dell'arbitrio della maggioranza non può più essere assicurata rimettendo in modo incondizionato ad essa il potere di decisione sui *Grundrechte*, e di conseguenza questi non si risolvono, in democrazia, nella riserva di legge. O per lo meno,

<sup>109</sup> Cfr. R. SMEND, op. ult. cit., 267.

<sup>110</sup> Così, molto chiaramente, R. SMEND, *Bürger und Bourgeois*, cit., 307 ss.

<sup>111</sup> Per questo rilievo v., fra gli altri, G. LEIBHOLZ, *Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), II ediz., München 1959, 13; R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., 47.

<sup>112</sup> La problematica è diffusamente analizzata ora da R. POSCHER, op. cit., 36-41.

<sup>113</sup> Cfr. E.R. HUBER, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, in „*Archiv des öffentlichen Rechts*“, 1933, 6-7.

<sup>114</sup> Cfr. E. R. HUBER, op. ult. cit., 79 ss.

<sup>115</sup> Si v., per questo indirizzo, soprattutto R. THOMA, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung*, in H.C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, I, Berlin 1929, 1 ss.

<sup>116</sup> Cfr. R. THOMA, op. ult. cit., 9.

<sup>117</sup> Cfr. R. THOMA, op. ult. cit., 8.

quest'ultima non riesce a dispiegare la funzione di garanzia dei diritti nei confronti della maggioranza parlamentare, qualora non assuma il carattere di vincolo materiale per il legislatore.<sup>118</sup>

Il dibattito weimariano sfociava dunque in una questione che, nello sviluppo dei diritti fondamentali delle democrazie pluralistiche, si sarebbe rivelata decisiva, quella del controllo giurisdizionale sul rispetto del vincolo ai diritti fondamentali da parte della maggioranza parlamentare. Se la questione era, a ben vedere, non inedita, ed in linea di principio si era profilata in Germania già nel dibattito sulla Costituzione della *Paulskirche*, nuovo era invece l'interrogativo riguardo alle modalità ed all'intensità con cui far valere questo vincolo del legislatore, se in base alla distinzione fra limitazione e rimozione del diritto fondamentale o giungendo all'individuazione di un *Kernbereich* sottratto al potere di disposizione del legislatore.<sup>119</sup> La risposta più radicale e provocatoria verrà, anche in questo caso, da Carl Schmitt che, in coerenza con la premessa antagonista dalla quale muoveva, propose di distinguere fra l'ingerenza nei diritti come eccezione e la libertà come regola.<sup>120</sup> Ma, in definitiva, a Schmitt la questione dei limiti dei *Grundrechte* interessava meno delle ripercussioni della svincolatezza dei diritti dalle dinamiche dello stato di legislazione sull'organizzazione costituzionale dello stato. Il vincolo del legislatore ai *Grundrechte* comporta invero che sia il giudice a decidere sulla violazione dei diritti in luogo di quello, e che lo stato di legislazione si trasformi in uno stato di giurisdizione.<sup>121</sup> Questo scenario spingeva l'autore ad una critica serrata degli assetti costituzionali weimariani, in quanto ciò appariva la diretta conseguenza dello strabismo fra i congegni di decisione della prima parte ed i compromessi sui *Grundrechte* della seconda parte della Costituzione, dalla quale emergeva, come attraverso una sorta di *Gegen-Verfassung*<sup>122</sup>, la contraddizione fra <<attaccamento ai valori>> e <<neutralità dei valori>>, che proprio attraverso la tensione fra *Justizstaat* e *Geesetzgebungsstaat* investiva il campo dell'organizzazione costituzionale.<sup>123</sup> Lungo questo itinerario, la polemica schmittiana ritornava a porre al centro della questione dei *Grundrechte* il problema del politico. Nella degenerazione dello stato di diritto borghese in <<policrazia>> e nel passaggio dallo stato di legislazione allo stato di giustizia Schmitt identificava invero l'ultimo stadio di una <<tipologia della decadenza>> delle forme del politico, il cui esito era costituito dalla degenerazione progressiva dell'unità politica in una *Rechtsgemeinschaft* che persegue solo la <<finzione>> dell'impolitico.<sup>124</sup> Qui la critica schmittiana dell'esperienza liberale si arrestava, nel coinvolgimento di essa in un itinerario di decadenza che sarebbe sfociato ed esploso nel pluralismo. Resta da chiedersi se la parabola dei *Grundrechte* tratteggiata da Schmitt, così fortemente condizionata dalle premesse di una concezione monistica e totalizzante del politico, non fosse viziata da un'incomprensione preconcetta delle ragioni del pluralismo e delle domande, o forse più esattamente degli *equilibri* di libertà che esso ha imposto.

Al fine di comprendere l'impianto dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar, appare particolarmente ricco di suggestioni ricostruttive il dibattito sulla configurazione della proprietà. L'art. 153 della Costituzione di Weimar ("La proprietà è *garantita* dalla costituzione. Il suo contenuto ed i suoi limiti sono fissati dalla legge..... La proprietà *obbliga*. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune") esprimeva in modo esemplare la tensione fra la protezione costituzionale della proprietà e gli spazi rimessi al potere di conformazione del legislatore ordinario. Tale tensione, sullo sfondo della quale si stagliavano i contrasti radicali fra spinte di rivoluzione sociale e resistenze conservatrici, presenti nell'opinione pubblica tedesca, sfociò nella ricostruzione della proprietà come "garanzia di istituto". Ciò rappresentò una soluzione dogmatica di compromesso che esprimeva la coesistenza, nel riconoscimento costituzionale della proprietà, di una garanzia di stabilità del diritto (*Bestandgarantie*), che assiste la posizione del proprietario, con la salvaguardia delle esigenze collegate all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sui diritti patrimoniali, nella quale consiste, a ben vedere, il peculiare connotato ordinamentale, o di diritto oggettivo, della "garanzia di istituto" (*Einrichtungsgarantie*): sicchè il riconoscimento costituzionale della proprietà comportava, da un lato, un tradizionale diritto soggettivo di "difesa" (*Abwehrrecht*) da intromissioni illegali nella proprietà privata, e dall'altro la protezione dell' "istituto giuridico-proprietà", così come esso si era venuto strutturando attraverso un'evoluzione risalente nel tempo, dall'eliminazione, dallo svuotamento o dallo snaturamento per opera delle maggioranze legislative.<sup>125</sup> Questo impianto ricostruttivo, che attraverso la garanzia d'istituto si proponeva di

<sup>118</sup> Cfr. R. THOMA, op. ult. cit., 12 s.

<sup>119</sup> Indicazioni sul punto in R. POSCHER, op. cit., 39.

<sup>120</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., 201; ID., *Verfassungslehre*, cit., 164 s.

<sup>121</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., 166.

<sup>122</sup> L'espressione è di R. POSCHER, op. cit., 39.

<sup>123</sup> Cfr. C. SCHMITT, op. ult. cit., 307.

<sup>124</sup> Cfr. C. SCHMITT, op. ult. cit., 267.

<sup>125</sup> Fra le più recenti rivisitazioni del dibattito v. U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen 2003, 175 ss.

sciogliere la tensione fra diritto individuale ed esigenze di natura collettiva, rifletteva peraltro, come s'è detto, un quadro politico solcato da contrapposizioni radicali sulla questione proprietaria, come quelle che separavano l'estrema sinistra e gli eredi degli *Junker* dopo la caduta del *Reich* guglielmino.

In conclusione, anche la seconda parte della Costituzione di Weimar ne rispecchia le contraddizioni che hanno segnato la vicenda storica ed i destini della Repubblica tedesca. La Costituzione aveva perseguito un obiettivo ambizioso, quello di fissare nei suoi *Grundrechte* le basi di un compromesso di alto profilo, quelle di una democrazia <<nobilitata dall' *ethos* di una comunità nazionale di cittadini liberi e uguali>>. <sup>126</sup> Sullo sfondo si intravedeva un disegno articolato di pacificazione sociale, che rinviava, per la parte organizzativa, alla rete della democrazia dei consigli, ma soprattutto affidava ai *Grundrechte* non solo la funzione di barriera contro lo sconfinamento del potere, ma altresì quella di cornice di un progetto di effettiva liberazione sociale. Ed attraverso tutto ciò i costituenti weimariani si sforzarono di imbrigliare, o forse piuttosto di esorcizzare, le spinte estremistiche che si erano sprigionate dopo la fine della prima guerra mondiale. Vi era dell'enfasi, occorre riconoscere, nell'insistenza dei giuristi weimariani sulle virtualità di integrazione del catalogo dei diritti fondamentali, ma nel parallelo, sul quale essi ritornarono frequentemente <sup>127</sup>, fra la funzione del principio monarchico e quella dei *Grundrechte* repubblicani, che avrebbe surrogato la valenza simbolica di quello, vi era anche la percezione, espressa molto nettamente da Naumann, che la Costituzione fosse <<il documento di una vittoria politica>>, con il quale i vincitori avevano formulato <<quel che essi avevano conquistato attraverso la lotta politico-sociale e mediante la rivoluzione>>. <sup>128</sup> E tuttavia, questa enfasi si rivelò, più che mal riposta, irrealistica. Il perversimento della democrazia repubblicana nel *Führerstaat* totalitario fu, a ben vedere, solo indirettamente la conseguenza degli <<errori di costruzione>> della Costituzione <sup>129</sup>, quanto piuttosto della crescente avversione per la repubblica di larghi strati della popolazione e di ideologie estremistiche, un'avversione contro la quale sia i contenuti liberali dei *Grundrechte* weimariani che quelli sociali si rivelarono impotenti. Certo, il tentativo di costruire un catalogo dei diritti fondamentali aperto a scenari di progresso suscitò aspettative che si convertirono in un atteggiamento di aspra delusione contro la Repubblica, allorché, per i contraccolpi delle riparazioni di guerra e della recessione mondiale degli anni Venti, vennero meno le condizioni economiche della realizzazione del programma costituzionale weimariano. Ma non è azzardato ipotizzare che, quand'anche la Costituzione di Weimar non avesse promesso nulla, essa sarebbe rimasta egualmente soccombente, travolta sotto il peso delle <<religioni della politica>> nell'età del totalitarismo. <sup>130</sup>

## 8. La *Staatslehre* fra unità politica e conflitto sociale: l' "esperienza" della democrazia e il "paradigma" della crisi nell'opera di Hermann Heller

Ho molto insistito, sin dal titolo di questo mio lavoro, sulla lettura della vicenda costituzionale weimariana come "paradigma" e come "esperienza". Il riferimento al significato paradigmatico di essa muove dal presupposto che, nella storia costituzionale comparata, 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. <sup>131</sup> Una comprensione, occorre aggiungere, che si dipana attraverso un itinerario storico-comparativo. In pagine insuperabili, Marc Bloch ha scritto che <<il metodo comparativo ci restituisce, quasi attraverso una sorta di choc mentale, quella sensazione della differenza che è la condizione indispensabile di ogni sana intelligenza del passato>>. E sottolinea le virtualità della storia comparata, la quale consiste nello studio parallelo <<di società al tempo stesso vicine e contemporanee, costantemente influenzantisi l'un l'altra, sottoposte nel corso del loro sviluppo, proprio in ragio-

<sup>126</sup> Così, non senza enfasi, R. THOMA, op. cit., 10.

<sup>127</sup> Si v., per tutti, R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., 164. Sul mito della rottura della continuità monarchica v. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik* (1984), in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1991, 306 ss.

<sup>128</sup> Il brano è citato da W. PAULY, op. cit., 65 s.

<sup>129</sup> L'espressione è di M. STOLLEIS, *Weimarer Kultur und Bürgerrechte*, in A. RÖDDER (a cura di), *Weimar und die deutsche Verfassung*, Berlin 1999, 111.

<sup>130</sup> Per questo rilievo v. W. PAULY, op. cit., 67 ss. L'espressione fra virgolette riprende il titolo dell'opera di E. GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Bari-Roma 2001.

<sup>131</sup> Sul significato epistemologico dei "paradigmi" è fondamentale l'opera di T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Torino 1999, 65 ss., 213 ss. Questo approccio è ripreso di recente da G. AGAMBEN, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino 2008, 11 ss.

ne della loro vicinanza e del loro sincronismo, all'influenza delle medesime cause e risalenti, almeno in parte, a una origine comune>>.<sup>132</sup> Quanto al richiamo all' "esperienza", ho già osservato che in essa si stratificano e si depositano i frangenti di esistenze individuali e del vissuto collettivo, il che comporta che il dato esperienziale si manifesti in misura tanto più incisiva ed intensa, quanto maggiore sono stati la partecipazione ed il coinvolgimento individuali nelle vicende di una comunità politica. È un profilo, questo, che non è sempre agevole cogliere facendo solo riferimento all'esperienza consegnata nell'opera scientifica dei giuristi, e segnatamente dei costituzionalisti, dei quali è essenziale scavare nei ruoli che essi hanno svolto, nelle lotte cui hanno partecipato, nell'impegno civile e didattico che hanno dispiegato, nella trama delle relazioni intessute, e persino nelle persecuzioni e nelle sofferenze che hanno subito. Ed ecco allora che, ritornando all'esperienza weimariana, il contributo di giuristi "impegnati", come furono, ad esempio Gustav Radbruch, Hermann Heller, Franz Neumann può offrire spunti ricostruttivi di essa che integrano (e vanno aldilà del) l'assai rilevante insegnamento che provenne dal loro impegno teorico. Sebbene il rilievo degli epistolari come fonti della ricerca storica sia controverso, anche perché è arduo accertarne la completezza dei materiali acquisiti, stupisce, ad esempio, che nel *Briefwechsel* tra Carl Schmitt e Rudolf Smend, che è stato recentemente pubblicato e copre un arco di quarant'anni tra il 1921 e il 1961, i riferimenti alle vicende politico-costituzionali della Repubblica siano, nelle lettere edite, del tutto assenti, e che lo scambio tra i due giganti del pensiero costituzionale weimariano si concentri preferibilmente, in anni pure così densi di frangenti costituzionali controversi ed inquietanti, su attività e relazioni universitarie, scambi di commenti e chiarimenti teorici delle loro opere, sulle vicende relative al consolidamento della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* come luogo privilegiato della comunità scientifica.<sup>133</sup>

Già solo per questo, per il peso della biografia politica ed umana che ne inquadra l'opera, per la partecipazione al disegno socialdemocratico di armonizzare *politische Demokratie* e *soziale Homogenität*<sup>134</sup> e per l'impegno nell'opposizione alle (e nella comprensione delle) esperienze totalitarie della prima metà del XX secolo, la personalità di Hermann Heller sembra occupare un posto privilegiato al fine di tragguardare la Costituzione della Repubblica di Weimar attraverso le lenti di un "esperienza" fatta di concretezza storica e rivolgimenti sociali, e di un "paradigma" degli sbocchi, non privi di elementi di incertezza e di ambivalenza, degli ordinamenti costituzionali democratici del primo Novecento. E peraltro non ritengo che il discorso possa arrestarsi qui, senza sottolineare con forza che, nel caso di Hermann Heller, solo da un'"esperienza" così ricca di inquietudini, di passioni politiche e di scelte umane radicali e drammatiche, e non solo da un confronto astratto, benché serrato, con le correnti della filosofia tedesca da Hegel in poi e della scienza giuridica, è potuta sgorgare una teoria della costituzione e della politica che si alimenta, come è stato di recente efficacemente osservato, <<aus dem Geiste der Soziologie>>.<sup>135</sup> Mi sforzerò di argomentare che la lezione teorica helleriana è radicata nella storia della Germania di Weimar in modo più profondo di quanto non lo siano state quelle, peraltro straordinariamente profonde e suggestive, di altri due protagonisti della cultura costituzionale di quegli anni. Troppo ingabbiata nella contrapposizione schematica *Freund/ Feind*, invero, la *verfassungsrechtliche Grundentscheidung* di Carl Schmitt, per adattarsi in modo storicamente consapevole e non dogmaticamente ingessato nei rapporti di dominio alla realtà articolata del pluralismo. Troppo eterea nei suoi fondamenti *geisteswissenschaftlich* la *Integrationslehre* di Rudolf Smend per riuscire a disvelare, nella concretezza delle dinamiche tra le forze sociali, la storicità delle esperienze costituzionali.

Alla luce di queste premesse, è sembrato illuminante concludere queste pagine raccogliendo le suggestioni dell'opera di Hermann Heller, la cui riflessione sulle vicende della Germania di Weimar, le quali segnaronero in modo drammatico la sua vita, si proiettano sempre in un contesto più ampio, attraverso la comparazione con le esperienze del liberalismo giuridico ottocentesco e con quelle dello stato autoritario nella

<sup>132</sup> Così M. BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee* (1928), in ID., *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, a cura di G. LUZZATTO, Bari 1977, 31 ss. L'importanza dell'insegnamento di Marc Bloch per la riflessione dei costituzionalisti sulle "crisi" costituzionali è stata messa in luce da G. BOGNETTI, *Europa in crisi. Due studi su alcuni aspetti della fine della III Repubblica francese e della Repubblica di Weimar*, Milano 1991, 3 ss.

<sup>133</sup> Si v. R. MEHRING (Herausg.), *Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts. Briefwechsel Carl Schmitt- Rudolf Smend*, Berlin 2010. Per una testimonianza scientifica, politica ed umana della „esperienza" di un giurista weimariano sono emblematici gli scritti degli anni weimariani sui temi giuslavoristici di F. L. NEUMANN, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, a cura di A. VARDARO, Bologna 1983. Sulla storia della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* come luogo di agglutinazione non solo scientifica, ma *lato sensu* "esperienziale" della comunità degli studiosi di diritto dello stato v. ora l'accurata ricostruzione di H. SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Tübingen 2013, *passim* e 453 ss.

<sup>134</sup> Il riferimento è allo scritto del 1928 dall'omonimo titolo, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, a cura di C. MÜLLER, II, Tübingen 1992, 421 ss.

<sup>135</sup> Si v. M. HENKEL, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen 2012, *passim* e 673 ss.

prima metà del XIX secolo. Nel confronto con l'itinerario intellettuale di Smend e persino con quello di Carl Schmitt, quello di Hermann Heller è stato segnato in modo intenso dalla partecipazione alle passioni politiche della Germania negli anni della Repubblica e da un impegno civile, che condusse Heller dapprima a condividere gli ambiziosi progetti di riforma e di pacificazione sociale di Ebert e della socialdemocrazia tedesca e poi ad unirsi alla resistenza al nazismo fino all'esilio in Spagna nel 1933 e, poco più che quarantenne, alla morte, che lasciò la sua opera maggiore, la *Staatslehre*, incompiuta come la Repubblica per la quale egli lottò.<sup>136</sup> Le pagine che seguono non hanno pertanto alcuna pretesa di offrire una ricostruzione compiuta delle *Verfassungslehren* della scienza costituzionalista weimariana, alla quale recarono contributi fondamentali autori, da Schmitt a Smend a Kaufmann a Kelsen a Triepel, con i quali Heller intrattenne una costante e serrata interlocuzione scientifica<sup>137</sup>, e riveleranno peraltro tutti i limiti dell'approccio metodologico, inevitabilmente unilaterale, dal quale si è scelto di traguardare la Costituzione di Weimar, nella sua concretezza storica intessuta di "esperienze" e nelle virtualità antagoniste che essa, "paradigmaticamente", dischiuse. Due aspetti complementari, in definitiva, i quali hanno spinto a concentrare l'attenzione su un autore che, più degli altri, si pone di fronte al problema della costituzione con una spiccata consapevolezza delle dinamiche sociali, complesse e tutt'altro che "ireniche", ma non necessariamente oppostive della società tedesca dell'epoca, ed intessute di conflitti politici, economici e sociali duttili, ma non impalpabili in una dimensione esclusivamente *geisteswissenschaftlich*.<sup>138</sup>

La riflessione helleriana costituisce uno sforzo poderoso di ripensamento della dottrina dello stato, che Heller ritenne che non dovesse restare prigioniera dell'alternativa fra approccio normativistico ed approccio empirico, in quanto solo la conoscenza dello sviluppo storico e della struttura sociale dello stato rende possibile fissare le grandi direttrici al cui perseguimento l'ordinamento giuridico è indirizzato. Lo stato è dunque una realtà, la cui comprensione esige di superare le strettoie del metodo giuridico e di connettere dialetticamente la dimensione sociale con quella normativa.<sup>139</sup> Un approccio, questo, che avrebbe dovuto indirizzare a porre al centro la questione della legittimazione dello stato nel suo rapporto con la realtà sociale, ma che gli sviluppi costituzionali tedeschi del XIX secolo, tematizzati dalla scienza giuridica focalizzandosi sul principio monarchico, avrebbero sostanzialmente paralizzato. Questo limite, nel quale già il pensiero hegeliano sarebbe incorso<sup>140</sup>, avrebbe provocato l'oscuramento del problema del rapporto fra sovranità del monarca e sovranità del popolo, tema centrale nel costituzionalismo settecentesco: cosicché, nonostante lo <<spirito del tempo>> richiedesse di pensare lo stato a partire dalle forze sociali che operano all'interno di esso, la realtà politica avrebbe spinto in una diversa direzione, quella di pensarlo a partire <<da un punto posto al di sopra di esso>>.<sup>141</sup> Muovendo da queste premesse, la critica di Heller si rivolse in primo luogo contro gli indirizzi organicistici, i quali, partendo da una visione naturalistica dello stato, sarebbero caduti in un eccesso di biologismo e di vitalismo, con la conseguenza di dissolvere lo <<spirito del popolo>> (*Volksgeist*) nella supremazia di chi ne assume di fatto il predominio e nello <<stato di potenza>> (*Machtsstaat*). Essa si indirizzò inoltre contro la *Staatslehre* di Laband e di Jellinek, i quali, muovendo dal dogma dello stato come persona giuridica, avrebbero ristretto il concetto di stato al piano normativo trascurandone l'aspetto sociologico, e lo avrebbero così ridotto a pura astrazione. Siffatto snaturamento del concetto di stato sarebbe culminato, infine, nel formalismo kelseniano, che ha identificato lo stato con un sistema di norme configurato come una piramide in principio autosufficiente, e che dunque ha rifiutato aprioristicamente di considerare il fenomeno giuridico <<a partire dalla realtà dello stato>>.<sup>142</sup>

<sup>136</sup> Sull'itinerario umano di Heller v. W. SCHLUCHTER, *Hermann Heller. Ein wissenschaftliches und politisches Portrait*, in C. MÜLLER – I. STAFF (cura di), *Staatslehre*, cit., 24 ss. Sull'impegno politico e pedagogico di Heller v. W. ABENDROTH, *Die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtslehrers Hermann Heller in der Weimarer Republik und in der BRD*, ivi, 43 ss.; W. LUTHARDT, *Staat, Demokratie, Arbeitsbewegung. Hermann Hellers Analyse im Kontext der zeitgenössischen sozialdemokratischen Diskussion*, ivi, 87 ss.

<sup>137</sup> Per un quadro della discussione rinvio ancora a M. STOLLEIS, op. cit., 153 ss.

<sup>138</sup> Sull'indirizzo „spirituale” della *Verfassungslehre* weimariana v., oltre alla classica opera di K. RENNERT, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung” in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Untersuchungen zu Erich Kaufmann, Günther Holstein und Rudolf Smend*, Berlin 1987, altresì, più di recente, T. NOTTHOFF, *Der Staat als „geistige Wirklichkeit”. Der philosophisch-anthropologische Aspekt des Verfassungsdenkens Rudolf Smends*, Berlin 2008.

<sup>139</sup> Su ciò v. H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., II, 5 ss.

<sup>140</sup> Si v. H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtsstaatsgedanke in Deutschland* (1921), in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., I, 21 ss. Sul rapporto fra Heller e la filosofia hegeliana del diritto v. U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli 1989, ss.

<sup>141</sup> Così H. HELLER, *Die Souveränität* (1927), in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., II, 92 ss.

<sup>142</sup> Per lo sviluppo della critica di queste correnti di pensiero v. H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, cit., 8 ss.; ID., *Die Souveränität*, cit., 81 ss.; ID., *Staatslehre* (1934), a cura di G. NIEMEYER, VI ediz., Tübingen 1983, 42 ss.

Fin qui può sembrare che gli interlocutori, o gli antagonisti, di Heller siano in parte comuni a quelli della dottrina dell'integrazione. Profondamente differenti sono peraltro sia le premesse che gli approdi, poiché Heller muove da una visione molto concreta della struttura della società e dei conflitti che in essa si agitano, e l'unità alla quale essa perviene attraverso lo stato è concepita come il risultato di azioni umane coordinate ed organizzate, prima e piuttosto che di fattori spirituali, i quali possono avere una funzione di accelerazione dell'unità statale così come essere di ostacolo ad essa.<sup>143</sup> All'approccio scientifico-spirituale Heller contrappone dunque una prospettiva scientifica che muove dalla considerazione della realtà (*Wirklichkeitstwissenschaft*), ciò che conduce a caratterizzare lo stato come una <<unità organizzata di azione e di decisione>> (*organisierte Wirkungs- und Entscheidungseinheit*), la quale è il prodotto non di uniformità naturali e culturali, ma di un'organizzazione, e precisamente <<il risultato di un'attività umana consapevole, di una costruzione consapevole di unità>>. Sono peraltro le dinamiche politico-sociali che determinano, dal punto di vista sociologico, la formazione dell'unità reale dello stato, la quale <<si realizza come unità di azione in virtù dell'interazione dei membri e degli organi sulla base di un ordinamento in vista di un effetto unitario>>. L'ordinamento di una convivenza si basa pertanto sull'<<associazione di volontà>> (*Willensvereinigung*) dei suoi membri, che non è tuttavia una finzione, come il patto fra individui che le dottrine contrattualistiche settecentesche avevano posto a loro fondamento, ma dà vita ad una unità reale di organizzazione. Una unità, occorre aggiungere, che <<non si "scompone" in governanti e governati>>, poiché gli uni e gli altri <<agiscono solo grazie all'attivo legame che li unisce sulla base di un ordinamento>>, cosicché <<questa realtà si impone non soltanto a chi ne sta all'esterno, ma ad essi stessi, all'interno, come unità di azione>>.<sup>144</sup>

Il sostrato sociale dello stato come unità di azione e di decisione sta in rapporto dialettico-funzionale con il suo ordinamento giuridico, ed è solo a partire da tale unità reale di organizzazione che questo può essere compreso. Ancora una volta, il legame con un sostrato organizzato di interazioni umane già presente nella realtà sociale costituisce il fondamento e la giustificazione dell'ordinamento, che a quello risulta funzionale. Secondo Heller, pertanto, alla base delle norme vi sono atti di volontà che si proiettano verso la produzione di effetti giuridici. Ed il diritto, in quanto <<*geformter Sinngehalt*>>, ha per l'appunto la funzione di dare forma ai contenuti di senso espressi dall'unità organizzata dello stato, trasformando in un ordinamento giuridico gli impulsi di azione e di decisione che provengono dalla realtà sociale e con un processo circolare ritornando poi sulle strutture del potere statale, legittimandole e garantendo la sicurezza giuridica e una regolarità relativamente costante nell'esercizio del potere medesimo.<sup>145</sup> Pertanto, anche per Heller, come già per Smend, né l'elemento sociologico né quello giuridico possono da soli far comprendere il fenomeno statale nella sua complessità, ma la relazione dialettica fra l'uno e l'altro viene declinata dal primo con una peculiare accentuazione della derivazione dell'ordinamento giuridico da un'unità reale di azione e di decisione, e dunque con particolare attenzione al profilo costruttivistico dell'ordinamento. E la socialità del diritto consiste anzitutto nel rapporto con un'azione coordinata ed organizzata, che si traduce in una cornice di norme riflettenti il *Sinngehalt*, gli orientamenti che l'unità organizzata individua come funzionali alle esigenze del gruppo sociale.<sup>146</sup> Non è difficile intravedere sullo sfondo della concezione helleriana dello stato e del diritto l'influenza dello (sfortunato) progetto politico della socialdemocrazia tedesca negli anni della Repubblica di Weimar. Ad esso riconduce, in definitiva, sia lo sforzo di comporre i conflitti sociali e gli antagonismi di classe in un'unità organizzata di azione e di decisione, sia quello di piegare il diritto in funzione non soltanto della conservazione di questa unità, ma di obiettivi di riforma, cui era affidato il compito di garantire la pace sociale, sulla quale già si addensavano, peraltro, nembi funesti. <<Assume una dimensione tragica- osserva Heller alle soglie della dittatura- il fatto che tutta la realizzazione del diritto resti vincolata alla natura demoniaca del potere; ma infame è l'alone etico, di cui oggi sempre più si circonfonde questa demonia>>. E la giustificazione dello stato non può consistere in <<un'armonizzazione ad ogni costo del diritto con il potere>>, in quanto <<ogni potere dello stato deve esistere e forma alla volontà umana-troppo umana: in esso agiscono, accanto a forze etiche somme, stoltezza e malvagità, infamia ed arbitrio in misura spaventosa>>.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Per la critica della *Integrationslehre* v. H. HELLER, op. ult. cit., 260.

<sup>144</sup> Cfr. H. HELLER, op. ult. cit., 259 ss. (per la citazione cfr. la traduz. Ital. dell'opera, H. HELLER, *Dottrina dello stato*, a cura di U. POMARICI, Napoli 1988, 352 ss.)

<sup>145</sup> Si v. per ampi svolgimenti di questa elaborazione teorica H. HELLER, *Staatslehre*, cit., 245 ss., 269 ss.; ID., *Souveränität*, cit., 99 ss., 185 ss. Sulla concezione helleriana del rapporto fra stato e diritto v. P. GIORDANO, *Profili della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli Anni Venti*, Napoli 1996, 47 ss.

<sup>146</sup> Sullo stato come <<<<fascio>>>> di interazioni umane e come ordinamento ideale v. H. HELLER, op. ult. cit., 62 ss.

<sup>147</sup> Così H. HELLER, *Staatslehre*, cit., 258 s. (per la citazione cfr. la traduz. ital. cit., 351 s.)

Alla luce di queste premesse, si comprende per quali ragioni abbia acquistato peculiare risalto, nell'itinerario intellettuale di Heller, il problema della rappresentanza, che egli libera dalla polarizzazione troppo astratta fra identità e rappresentazione per ricondurlo alla realtà sociale ed alla concretezza storica dei conflitti sociali. Mentre infatti nei regimi autocratici la rappresentanza si presenta come un attributo della sovranità svincolato da limiti di natura giuridica nei confronti dei governati, l'affermazione della sovranità popolare ha trasformato decisamente la rappresentanza in una <<magistratura>>.<sup>148</sup> Ciò pone alla dottrina dello stato il compito di orientare la ricostruzione di essa anzitutto nella prospettiva del soggetto (il popolo) che viene rappresentato: un problema, questo, che era stato presente alle dottrine giusnaturalistiche settecentesche, che lo avevano inquadrato nelle teoriche del fondamento pattizio della comunità politica, ed era stato invece completamente messo ai margini dallo statalismo del XIX secolo, poiché esso era pervenuto all'identificazione fra lo stato ed i suoi organi, i quali non rappresentavano <<un popolo portato all'unità politica, ma un punto posto al di sopra di esso, cioè il monarca>>.<sup>149</sup> Anche la ricostruzione helleriana della rappresentanza muove pertanto dalla considerazione della realtà sociale, ed il principio di maggioranza e quello rappresentativo sono gli strumenti della <<Willensvereinigung >> che costituisce il sostrato dello stato, gli strumenti per mezzo dei quali <<il popolo come unità si afferma sul popolo come molteplicità (*das Volk als Einheit herrscht über das Volk als Vielheit*), e diviene così soggetto della sovranità>>.<sup>150</sup> I temi centrali della elaborazione teorica helleriana, il legame dello stato alla realtà sociale e la strumentalità del diritto rispetto alla costituzione di un'unità di azione e di decisione, ritornano dunque a far luce sulle trasformazioni della sovranità e della rappresentanza nelle democrazie.<sup>151</sup> Secondo Heller, invero, ad esse è del tutto estraneo l'assunto che la sovranità possa risiedere negli organi dello stato. Essa risiede al contrario nel popolo, che si configura come un'organizzazione sociale attiva (*Wirkungsgefüge*) e che viene rappresentato dall'unità di decisione, per modo che <<i>rappresentanti sono giuridicamente dipendenti dalla volontà popolare>>.<sup>152</sup>

In coerenza con le premesse teoriche helleriane, la rappresentanza viene a rivestire pertanto un aspetto bifronte, perché sospesa nella mediazione fra popolo come unità e come molteplicità, ed ancora perché riferita sul piano politico alla realtà sociale e su quello giuridico ad un complesso di congegni di limitazione del potere. Era inevitabile pertanto che la riflessione sulla rappresentanza portasse Heller a misurarsi con quello che egli ritenne il problema centrale delle democrazie, e precisamente con la struttura antagonistica e conflittuale della società. Ciò pone infatti la necessità di rimedi e accorgimenti adeguati allo scopo di portare la società a quella unità di azione e di decisione che è il fondamento della comunità statale. Ma se questo obiettivo presuppone che <<tutti i gruppi politici si incontrino in una coscienza sociale comune, e che la loro volontà comune si indirizzi alla costruzione dello stato>>, non è tuttavia soltanto culturale il connettivo di questa comunanza, ma politico-sociale, ed in quanto tale esso non si affida soltanto alle risorse di un patrimonio storico-spirituale, ma esige un impegno costruttivo di eguali *chances* per tutti i cittadini. La formazione di una coscienza sociale comune postula peraltro non una omogeneità giuridico-formale di tutti i cittadini, ma una condizione di equilibrio sociale e di effettività dei diritti che è il presupposto essenziale affinché i cittadini possano identificarsi con lo stato. Diversamente, la democrazia si riduce alla accettazione supina dello *status quo* nella società e nella rozza assicurazione che, dietro lo schermo di congegni puramente formali, il più forte prevalga sul più debole: in breve, la disparità sociale, convertendo <<il *summum ius* in una *summa iniuria*>>, può condurre solo ad una dittatura della classe dominante.<sup>153</sup>

Si coglie qui tutta la complessità della concezione helleriana della democrazia ed il forte radicamento di essa nella struttura e nei conflitti della società. Non solo perché la democrazia trascende il problema organizzativo della posizione dei rappresentanti nei confronti del popolo, per approdare ad un legame strettissimo con la questione sociale<sup>154</sup>, ma perché essa coinvolge l'intero spettro dei diritti fondamentali (dalla libertà di stampa ai diritti nel campo dell'istruzione e della scuola), in quanto lo sviluppo dell'economia e della tecnica espone in misura crescente al rischio che le classi dominanti dispongano di strumenti più penetranti di condizionamento dell'opinione pubblica: nuove forme di dittatura- conclude Heller-, tanto più insidiose

<sup>148</sup> Cfr. H. HELLER, *Die Souveränität*, cit., 96 ss.

<sup>149</sup> Per questa ricostruzione v. ancora H. HELLER, op. ult. cit., 93 ss.

<sup>150</sup> Per questo e per la (notissima) citazione cfr. H. HELLER, op. ult. cit., 97.

<sup>151</sup> Sulla concezione helleriana della democrazia e della rappresentanza v. D. SCHEFOLD, *Gesellschaftliche und staatliche Demokratietheorie*, in C. GUSY (a cura di), op. cit., 256 ss.

<sup>152</sup> Cfr. ancora H. HELLER, *Die Souveränität*, cit., 99 ss.

<sup>153</sup> Si v. ampiamente sul punto H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in Id., *Gesammelte Schriften*, II, 421 ss.

<sup>154</sup> Per questa lettura del pensiero helleriano v. I. STAFF, op. cit., 408 ss.

quanto più esse si presentano come anonime ed irresponsabili.<sup>155</sup> Precondizioni di omogeneità sociale costituiscono quindi per Heller un fattore determinante nella formazione dell'opinione pubblica, dalla quale dipendono la stabilità ed il grado di consenso degli assetti di potere e il raggiungimento dell'unità politico-sociale. A questo proposito meritano di essere segnalati due profili. Il primo riguarda la concezione ed il ruolo della costituzione, che Heller rifiuta di appiattare sul solo piano del realismo esistenziale, quello, per intendersi, che è alla base del decisionismo schmittiano. La costituzione helleriana è invece inseparabile dall'intreccio dialettico fra piano normativo e piano sociologico.<sup>156</sup> Questo comporta che lo stesso nesso fra democrazia e omogeneità sociale fa affidamento sulle risorse "costruttive" di un ordinamento della società che la costituzione riesce a dispiegare, e dunque sulle risorse del piano normativo, che sono quelle della normalità, della stabilità e della calcolabilità delle azioni umane nelle relazioni sociali.<sup>157</sup> E tuttavia la costituzione, nella sua attitudine "plasmante", non può essere intesa come un sistema normativo in sé chiuso e sorretto dai canoni della logica, in quanto essa rinvia a una realtà che non è <<normimmanente>>, ma storico-politica, e dunque può essere compresa solo risalendo alla realtà della comunità politica.<sup>158</sup>

D'altra parte, l'analisi helleriana, sebbene alimentata da una forte passione civile, non resta prigioniera dell'ideologia, ma si radica in una visione realistica della struttura della società e delle dinamiche del potere politico nelle società di massa. La tesi che l'opinione pubblica pervenga ad unità senza la guida di élites dirigenti (*führerlos*) è –osserva Heller– solo una finzione che serve come alibi alla conservazione dell'*establishment*. Una considerazione realistica induce a ritenere, al contrario, che in ogni epoca l'opinione pubblica è stata esposta a <<minacce, condizionamenti economici, tecniche di persuasione ed alla prevaricazione sociale, economica ed intellettuale dell'uno sull'altro>>, ciò che rende estremamente sottile la linea di confine <<fra costrizione e riconoscimento, tra coazione esterna ed intimo convincimento>>.<sup>159</sup> Ma per sfuggire al <<contagio della psicologia delle masse>><sup>160</sup>, un ordinamento democratico deve approntare argini per assicurare la razionalità del processo di formazione dell'opinione pubblica, quali sono quelli che riguardano anzitutto il campo dell'istruzione di tutti gli strati della popolazione.<sup>161</sup> Misure economiche e nel settore dell'istruzione sono invero condizioni essenziali per promuovere l'omogeneità sociale e realizzare l'unità politica. Condizioni in assenza delle quali il conflitto di classe può far saltare la coesione politico-sociale e aprire la strada alla crisi della democrazia ed all'avvento della dittatura.

Non è casuale che alle esperienze della crisi della democrazia Heller abbia dedicato un'opera importante, che va considerata peraltro non soltanto come l'espressione dell'impegno intellettuale nella lotta contro la dittatura, ma come l'occasione per mettere a fuoco le premesse metodologiche antipositivistiche della sua opera.<sup>162</sup> L'analisi delle modalità di affermazione del regime fascista in Italia offrì ad Heller elementi per un'ipotesi ricostruttiva della genesi dello stato autoritario, che configura queste esperienze essenzialmente come il momento più significativo della torsione autoritaria dello stato liberale e come lo sbocco del giuspositivismo statualistico. La distruzione di un sistema democratico si compie invero attraverso la costruzione di una <<nomocrazia spersonalizzata (*entpersönlichte Nomokratie*)>>, cioè di uno stato legislativo nel quale l'ordinamento normativo resta del tutto alienato da una realtà sociale che fa interagire organi statali e cittadini. E quando le leggi smarriscono il loro necessario punto di aggancio ad una concreta situazione politico-sociale, l'intero sistema resta privo di legittimazione. Critica al giuspositivismo e critica delle coeve teorie politiche elitistiche confluiscono in una diagnosi della <<crisi politica europea>>, iniziata con la torsione statualistica del liberalismo giuridico e culminata nella distruzione della democrazia nello stato autoritario. Le cause di questa crisi vanno dunque ricercate, andando indietro nel tempo, nello sradicamento della legge dalla realtà sociale. <<Senza una comunità fondata su valori politici, non vi è né una volontà politica comune, né una comunità fondata sul diritto>>, e <<nella dissoluzione di questi valori comuni vanno ricercate le radici più profonde della crisi politica europea>>. Questa crisi ha toccato il suo momento più critico allorché lo stato si

<sup>155</sup> Si v. H. HELLER, op. ult. cit., 430 ss.; ID., *Grundrechte und Grundpflichten* (1924), in ID., *Gesammelte Schriften*, II, 291 ss.

<sup>156</sup> Sulla concezione helleriana della costituzione v. H. HELLER, *Hellers Ringen um den Verfassungsbegriff*, in C. MÜLLER- I. STAFF (a cura di), *Staatslehre* cit. 158 ss.

<sup>157</sup> Si v. H. HELLER, op. ult. cit., 285 ss.

<sup>158</sup> Si v. ancora H. HELLER, op. ult. cit., 298 ss.

<sup>159</sup> Cfr. H. HELLER, op. ult. cit., 86 ss.

<sup>160</sup> Così H. HELLER, op. ult. cit., 91.

<sup>161</sup> Si v. i numerosi scritti sui problemi dell'ordinamento dell'istruzione, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, cit., I, 579 ss.

<sup>162</sup> Si v. H. HELLER, *Europa und der Faschismus* (1929), in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., II, 463 ss. Su quest'opera v. la prefazione di C. AMIRANTE alla traduz. ital., H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, Milano 1987, 3 ss. Sulla riflessione dei giuristi weimariani sullo stato autoritario v. la presentazione di F. LANCHESTER all'opera di G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di stato autoritaria* (1933), Milano 1996, VII ss.

è separato dalla realtà ed <<è divenuto una astrazione o una finzione perché il suo contenuto di valore non appare più credibile>>. Da un lato, pertanto, <<lo svuotamento positivistico di ogni contenuto di senso toglie ogni punto di riferimento non solo allo stato ma anche all'intera cultura>>, dall'altro <<l'intera vita appare un problema sociologico privo di significato e di valore>>.<sup>163</sup> La concezione positivistica dello stato e della legge, in quanto costruite sulla astrazione dalla volontà concreta dei cittadini, lungi dal configurarsi come un'argine alla <<monocrazia personalizzata>> delle dittature, si alimenta della stessa cultura di potenza, fondata sull'identificazione dello stato con un'entità astratta, che la fuga nell'estetismo irrazionalista ed eroizzante e nel vitalismo avrebbe caricato di pregnanti valenze autoritarie ed avrebbe fatto sfociare nel mito della supremazia di chi di fatto riesce ad affermarsi come il più forte.<sup>164</sup> Per questa via, l'ordinamento normativo era stato sostituito, nelle esperienze dello stato autoritario, dall'assolutizzazione della forza dell'esistente. E le vicende della crisi dello stato liberale in Italia e del trapasso alla dittatura offrivano il destro ad Heller per sferrare l'attacco più duro al legalismo giuspositivistico : <<la norma senza volontà fu sostituita dalla volontà senza norma, il diritto senza potere dal potere senza diritto, certamente la dottrina più impressionante che il fascismo aveva da regalare allo stato di diritto europeo>><sup>165</sup>.

<sup>163</sup> Così H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, cit., 476 s. (per la citazione cfr. la traduz. ital. cit., 55 ss.)

<sup>164</sup> Per questa lettura di questo aspetto del pensiero helleriano v. I. STAFF, op. cit., 419 s.

<sup>165</sup> Così ancora H. HELLER, op. ult. cit., 528 (per la citazione cfr. la traduz. ital. cit., 113).