

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**21**  
(1992)



**giuffrè editore milano**

ANGELO ABIGNENTE

IL CONTRIBUTO  
DI RUDOLF SMEND ED HERMANN HELLER  
AL DIBATTITO WEIMARIANO SU DIRITTO E STATO

1. « Strutture del reale » e diritto. — 2. Kelsen e Smend a confronto. — 3. Dimensioni della sovranità. — 4. Giustizia costituzionale e legge.

1. « *Strutture del reale* » e diritto.

La riflessione kelseniana sullo Stato, la riduzione di questo a momento prettamente giuridico, a diritto ed ordinamento, nella critica serrata alla teoria dei “due lati”, eredità della elaborazione di Jellinek, ha un’indubbia connotazione filosofica. Molto spesso la critica si è soffermata sulla componente neokantiana che accompagna la teorizzazione kelseniana, riscontrandone la significativa presenza non soltanto nella netta separazione tra *Sein* e *Sollen*, quanto piuttosto nella accettazione dell’assioma fondamentale di quella impostazione filosofica: l’essere il metodo conoscitivo produttivo del suo oggetto. Collocando l’opera kelseniana nella congerie culturale degli anni ’20, si vede in essa riemergere significativamente quella “svolta copernicana” operata da Kant nell’attribuzione al pensiero di un carattere *produttivo* fondato su categorie trascendentali precedenti l’esperienza.

Ed è proprio la critica a questo modo di procedere, a questo metodo o a questa matrice filosofica, un elemento ‘forte’ che avvicina, nonostante le significative differenze, le letture di Smend ed Heller della teoria kelseniana dello Stato e della sovranità.

Nella ricerca di un’«oggettività apparente» che prescinde totalmente dal dato esperienziale e storico del reale, si configura l’«irrealtà spettrale di una dottrina dello Stato senza Stato e di una

scienza giuridica senza diritto» (1). Nel rifiuto di ogni metafisica che si ponga oltre la “pura datità” del fatto, viene completamente trascurato il momento della trasformazione di quel dato, “risolto” nella comprensione sistematica. Un processo “creativo”, richiesto dalla «normatività concreta», in cui assume un ruolo imprescindibile la volontà soggettiva che trasforma il “dato” nel “posto”: questo è il procedere delle scienze dello spirito. Di fronte a questo proce-

---

(1) H. HELLER, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929<sup>1</sup>), ora in Id., *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, Leiden, Sijthoff, 1971 (trad. it., *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè editore, 1987, p. 361).

La letteratura su R. Smend non è particolarmente vasta e si concentra quasi esclusivamente sulla sua dottrina dell'integrazione. Tra i contributi tedeschi si segnalano, particolarmente per un'analisi filosofica delle fonti smendiane: R. BARTLESBERGER, *Die Integrationslehre Rudolf Smends als Grundlegung einer Staats-und Rechtstheorie*, Dissertation, Erlangen 1964; W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*; H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends*, Dissertation, Köln 1930; M. MOLLS, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie? — Interpretation zu ihrem Verhältnis am Beispiel der Integrationslehre Rudolf Smends*, Berlin 1969; J. POESCHEL, *Anthropologische Voraussetzungen der Staatstheorie Rudolf Smends*, Berlin 1978; K. RENNERT, *Die 'geisteswissenschaftliche Richtung' in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlin 1987; P. VON OERTZEN, *Die Soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt 1974; W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staats-theoretische Diskussion, in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983, pp. 52-90.

Per quanto riguarda la riflessione più direttamente giuridica, sempre in area tedesca vanno segnalati: H. EHMCKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953; W. KAGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich 1945, pp. 142-146; fondamentale, anche se opera una critica distruttiva della dottrina smendiana, è H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930; O. KOLLREUTER, *Integrationslehre und Reichsreform*, Tübingen 1929; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pp. 43-52; per quanto poi riguarda, invece, la letteratura in lingua italiana su Smend sono da segnalare: N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, in «Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino», 2 s. 28, Torino 1934, pp. 51-63; U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in R. Smend*, in «Democrazia e diritto», 22 (1982), n. 2, pp. 109-135; C. ROEHRSEN, *L'Integrationslehre di Rudolf Smend*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 12 (1982), pp. 117-130; va infine segnalata l'edizione italiana dell'opera fondamentale di Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht (Costituzione e diritto costituzionale)*, intr. di G. Zagrebelsky, trad. di F. Fiore e J. Luther, Milano, Giuffrè, 1988), a cui si rinvia per ogni altra notizia bio-bibliografica su Smend, nonché per l'eccellente saggio introduttivo di Zagrebelsky.

dere la « paura della decisione che nasce dalla paura della storia » fa sì che « l'oggettività del dover essere (*Sollen*) politico-giuridico, dunque una forma di validità normativa rispetto alla volontà individuale, venga generalmente confusa con l'oggettività del dover essere (*Müssen*) logico-matematico, che è indipendente dalla volontà » (2).

È particolarmente incisivo Heller allorché definisce i principi metodologici della dottrina dello Stato, intesa a concepire lo Stato « in divenire come struttura » (3), nella processualità delle forme statali aperte al mutamento conseguente alla « dinamicità dello Stato in quanto unità di volontà storico-individuali » (4). Criticando l'elaborazione di Jellinek, per alcuni versi precorritrice della definizione weberiana di procedere *idealtipico*, Heller definisce il suo metodo come quel procedimento « concettuale dialettico » che ricorre ad asserzioni formali, valide, se « costantemente ricondotte alla totalità », soltanto come momento strumentale e transitorio. Lo Stato, pertanto, non è « sintesi concettuale soggettiva che il soggetto conoscente presuppone in modo arbitrario », ma « formazione reale attiva nel mondo storico-sociale » (5).

Certo una tale presa di distanza dal neokantismo, condotta nella critica serrata a Rickert, fa trasparire il rifiuto di una metodologia che assuma come suo postulato caratterizzante la *avalutatività* del procedere conoscitivo (6), ma con quel postulato rifiuta anche la possibilità di fondare, sugli assunti neokantiani, una teoria che superi le impostazioni jellinekiane e kelseniane.

La critica degli autori della *Methodenstreit* a Kelsen poggia pertanto, essenzialmente, sul rifiuto di una considerazione del momento giuridico come istanza che possa prescindere dal dato del "reale". La teoria kelseniana, che riprende consapevolmente o inconsapevolmente, i dati formalistici della tradizione giuridica dell'Ottocento tedesco, ed in particolare Laband e Jellinek, ripone nella

(2) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 360.

(3) H. HELLER, *Staatslehre*, (1934<sup>1</sup>), ora in *Gesammelte Schriften*, cit., (trad. it., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, ESI, 1988, p. 92).

(4) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 381.

(5) ID., *Dottrina*, cit., pp. 108 ss.

(6) Come sottolinea bene W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983, p. 56.

*Grundnorm* l'origine ultima dell'unità del momento giuridico, la sua autonomia rispetto alla considerazione sociologica e comunque a qualsiasi approccio alla realtà effettuale. Il considerare la norma fondamentale come presupposto dato ed indimostrabile dell'unità del diritto riproduce la stessa proposizione dell'unità "a priori" del comando sovrano, che si poneva come dato nella stessa tradizione giuridica ottocentesca. Ma, mentre quell'unità — il presupposto di un'unità già data e che non richiede di essere costruita — corrispondeva nella Germania prussiana al dato reale dell'unità ipotetica che non trova riscontro nel reale, non concretamente posta, ma astrattamente presupposta (7).

L'obiettivo principale degli autori della *Methodenstreit* — soprattutto, naturalmente, quelli che ponevano al centro del problema la riconsiderazione della matrice *politica* del diritto — era invece il tentativo di recuperare la concretezza del momento giuridico, di rinsaldare, specie in Smend, il dato giuridico con il dato sociale, di recuperare all'interno della società il diritto come istanza che ne costituisce un'articolazione essenziale e che in essa si fonda: il raggiungimento, pertanto, di un'unità non data, né caratterizzata da qualsivoglia ontologismo, ma teleologicamente perseguita.

Lo sguardo al "reale" come imprescindibile momento di determinazione del concetto stesso di Stato è costitutivamente presente nella teoria dell'integrazione. « Lo Stato — afferma Smend — esiste solo perché ed in quanto si integra continuamente, si costruisce nei e a partire dai singoli — e in questo processo continuo consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale » (8). Nello Stato, « unione sovrana di volontà » caratterizzata dalla « costante integrazione verso la realtà » coesistono « processi formali di diverso genere, da un lato, e contenuti materiali dei tipi più svariati, dall'altro » (9). Se nella "leadership" è dato cogliere un momento di integrazione personale all'interno di una vita spirituale, l'unione e la rappresentazione

---

(7) P. PASQUINO, *Introduzione a H. HELLER, La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 3 ss.

(8) R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, ora in: ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968, pp. 119-276 (trad. it., *Costituzione*, cit., p. 76).

(9) *Ivi*, p. 78.

dell'unità di un popolo intorno ad un simbolo, una rappresentazione di questa unità ricostruita nella « realtà spirituale », nella « vita spirituale » di un popolo che si definisce come comunità, l'elemento formale dell'integrazione, in opposizione a quello materiale, è particolarmente evidente nella contrapposizione dei due momenti dell'integrazione funzionale e materiale. Nella prima assumono rilievo le « funzioni o procedure integrative. [...] forme di vita collettivizzanti » <sup>(10)</sup> che permettono il formarsi di quell'unità estrinsecamente percepibile del « contenuto di senso che costituisce il contenuto materiale della comunità » <sup>(11)</sup>. Particolare evidenza assumono in quest'ambito i processi formativi della volontà nella loro valenza strettamente strumentale e funzionale alla « creazione costante della comunità statale come unione di volontà in generale » <sup>(12)</sup>. Le procedure elettorali, il referendum, lo stesso parlamento non assumono un valore in sé, non rappresentano di per se stesse una garanzia per la formazione di una volontà « buona », ma assumono un rilievo meramente strumentale per la formazione dell'« individualità politica del popolo nel suo insieme »: « Per quanto riguarda il senso ultimo dello Stato parlamentare, non conta che in generale il parlamento delibere e in particolare delibere bene, ma piuttosto è importante che la dialettica parlamentare conduca alla formazione di gruppi, alla associazione, alla formazione di un determinato atteggiamento politico complessivo all'interno del parlamento e del popolo dello Stato che condivide quella esperienza vissuta » <sup>(13)</sup>.

Il momento formale del processo di integrazione viene perciò immediatamente ricongiunto all'elemento materiale e, in un certo senso, ad esso subordinato. Se, infatti, il « tratto essenziale e comune a tutti i processi formali di integrazione è il fatto di essere in quanto tali senza scopo » <sup>(14)</sup> è proprio intorno allo scopo che viene a costituirsi lo Stato. Questo, spogliato di qualsiasi carattere personalistico, « è una realtà soltanto in quanto realizzazione di senso; è

---

<sup>(10)</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>(11)</sup> *Ivi*, p. 90.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*.

<sup>(13)</sup> *Ivi*, p. 94.

<sup>(14)</sup> *Ivi*, p. 99.

identico a questa realizzazione di senso [...] è unione sovrana di volontà» (15).

Lo Stato è, cioè, prodotto di quell'interrelazione sempre rinnovantesi tra comunità e valori che in esso viene simbolizzata come "unità individuale": «Solo grazie a questa ricchezza di valori lo Stato domina, cioè diventa una connessione permanente e unitaria di esperienze vissute che motiva i suoi appartenenti; ma diventa un'esperienza vissuta unitaria soltanto come totalità di valori» (16). Lo Stato quale «connessione di senso» non è strumento per la realizzazione degli scopi della comunità ma da essi è formato, da essi trae la sua legittimità (17) e la sua durevolezza. La forma stessa dello Stato «è il tipo specifico [...] di quella vita in cui esso diviene di continuo realtà e nel contempo individualità, [...] mentre la dottrina delle forme di Stato è una dottrina relativa ai tipi di sistema di integrazione» (18).

Sottesa alla teoria dello Stato di Smend vi è la concezione fenomenologica di Theodor Litt del «circolo chiuso», luogo di oggettivazione dello spirito, di interrelazionalità, strutturante, in un continuo divenire, le singole individualità. In questa interrelazione dello spirito con la realtà si apre un nuovo rapporto tra teoria e prassi, diverso da quello postulato dal neokantismo, anche se non scevro dal pericolo di ricadere in uno "spiritualismo" della realtà sociologica e statale (19). Proprio questo spiritualismo, da cui seppe tenersi distante Heller (20) che pure assumeva Litt come referente oppositivo al neokantismo, esercitò invece la sua influenza su Smend nel concepire l'unità sociale non già come finzione ipostatica di riferimento, ma come realtà unitaria ove la "totalità" della vita sociale non viene costituita in contrapposizione ma in relazione all'individualità che intende riconoscere e proteggere. Procedere

---

(15) *Ivi*, p. 100.

(16) *Ivi*, p. 102.

(17) «Legittimità è essenzialmente integrazione tramite valori materiali», *ivi*, p. 189.

(18) *Ivi*, p. 181.

(19) In questo senso W. SCHLUCHTER, *Entscheidung*, cit., p. 65 ss.

(20) H. HELLER, *Dottrina*, cit., pp. 116,142.

conoscitivo, attribuzione di senso e agire sociale sono così in stretta relazione nel divenire storico dello Stato.

Kelsen, nella sua critica alla dottrina della costituzione di Smend <sup>(21)</sup> contrappone la teoria della conoscenza di Litt alla teoria smendiana dell'integrazione considerandole come assolutamente opposte ed intraducibili l'una nell'altra <sup>(22)</sup>; ma, in realtà, indicare lo Stato come luogo dell'integrazione altro non è che contraddistinguerlo, con una specificità propria, tra gli altri «circoli chiusi» sociali. Lo Stato è il luogo di mediazione delle differenze nel raggiungimento di un'unità guidata dall'azione del potere politico, formato dai soggetti politici quali il parlamento, i partiti, le istituzioni ed i gruppi, che hanno come specifica funzione la trasformazione dell'ideale democratico in unità politica. La legittimazione del potere politico, fondata nella condivisione dei valori sottesi alla formazione di una volontà politica, ricongiunge in unità la democrazia formale con la democrazia materiale. La discriminazione tra sfera tecnica e sfera politica, espressa anche nella bipartizione della costituzione weimariana, trova la sua ricongiunzione nel processo di integrazione.

Nella graduazione della componente politica con quella tecnica, presenti entrambe nel processo di integrazione, prendono forma i tre «tipi», logicamente distinguibili ma storicamente interagenti, elaborati da Smend: l'«integrazione personale», nella ricostruzione dell'unità intorno alla «leadership» <sup>(23)</sup>; l'«integrazione funzionale», ove assumono significato le «funzioni o procedure integrative», che costruiscono la comunità statale come «individualità» <sup>(24)</sup>; l'«integrazione materiale», che entrambe le fonda nella «realizzazione di scopi comuni» <sup>(25)</sup>.

E tuttavia nella netta separazione tra momento politico e momento tecnico della integrazione non si configura una specificità dello Stato che lo caratterizzi rispetto alle altre aggregazioni sociali.

---

<sup>(21)</sup> H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, poi in Id., *Drei kleine Schriften*, Aalen, Scientia Verlag, 1971.

<sup>(22)</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>(23)</sup> R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 82.

<sup>(24)</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>(25)</sup> *Ivi*, p. 100.



Se infatti lo Stato viene concepito come comunità autolegittimantesi in virtù di valori propri, nella concretezza di « rapporti storici » determinati <sup>(26)</sup>, la specificità dello Stato rispetto agli altri « circoli chiusi » non può risiedere in altro che nella “potenza”: « la realtà dello Stato » è intesa da Smend come « sviluppo della sua potenza ordinatrice e formatrice » <sup>(27)</sup>. Il momento democratico trova espressione nella formulazione, storica e concreta, dei contenuti dello Stato, dei valori sulla cui base esso si è posto nella sua individualità sovra-individuale. Ma proprio in questo porsi dello Stato al di sopra degli individui, nel suo pre-porsi all'integrazione degli individui — che intanto vengono integrati in quanto fanno esperienza dei suoi valori storicamente contingenti — riemerge una centralità della sovranità e della potenza che in ipotesi Smend tendeva a contrastare.

Il “compito” dell'integrazione si rivela così — sia pure senza esplicita volontà, senza consapevolezza da parte di Smend — come occultamento del fine essenziale, quello dell'autoconservazione dello Stato.

È, invece, evidente e dichiarato l'intento di Smend di offrire con la teoria dell'integrazione un elemento polemico e critico tanto nei confronti del sincretismo metodologico quanto nei confronti del monismo che ha caratterizzato la dottrina statualistica tedesca dell'Ottocento <sup>(28)</sup>.

Il problema della legittimazione dello Stato, perseguito « tramite altri valori, specialmente tramite il valore del diritto » <sup>(29)</sup>, diviene secondario per una teoria che vuol porsi come paradigma per la conoscenza della realtà dello Stato in ogni sistema culturale a prescindere dall'assetto dei valori che storicamente lo costituiscono. L'intento fondamentale della teoria dell'integrazione è proprio il

<sup>(26)</sup> *Ivi*, p. 110 ss.

<sup>(27)</sup> *Ivi*, p. 169.

<sup>(28)</sup> In particolare Smend, pur riconoscendo a Jellinek e Kelsen il merito di aver sottolineato il problema metodologico quale momento essenziale ad una dottrina dello Stato, ne critica lo « svuotamento progressivo di risultati oggettivi fino al punto zero, ora raggiunto del tutto consapevolmente dalla *Dottrina generale dello Stato* di Kelsen del 1925 », *ivi*, p. 62. Con la sua teoria di una rifondazione materiale dello Stato nei suoi contenuti etici, « ci si trova, almeno in senso molto generale, d'accordo, in quanto non si sia di Vienna », *ivi*, p. 63.

<sup>(29)</sup> *Ivi*, p. 125.

superamento del « tentativo di comprendere isolatamente la norma, da un lato, e la realtà, dall'altro. La norma riceve dalla vita e dal senso, che è posto ad essa come scopo, la qualità e il contenuto della sua validità » (30).

Ma non è dato, agli occhi dell'interprete di quella teoria, prescindere da un dato storico ad essa sotteso. L'eclissi di un sistema eticamente "forte", residuo di un assetto politico imperiale fortemente fondato, rende indifferibile la questione della considerazione dell'elemento etico del vivere comune, di una rifondazione dei valori che presiedono all'unità di un popolo, alla vigilia del completo obnubilamento che caratterizzò la vita politica tedesca degli anni Trenta.

Questa teorizzazione dello Stato che si sviluppava a partire dal suo imprescindibile momento materiale, l'individuazione dell'unità statale nell'unità di un sistema ideale di senso, il ridimensionamento della componente formale nell'esperienza giuridica dello Stato, implica importanti conseguenze sul piano teorico. Le classiche elaborazioni degli istituti fondamentali del costituzionalismo moderno sono rilette alla luce della nuova prospettiva integrazionalista. La stessa configurazione della problematica degli organi dello Stato assume una nuova veste. Gli organi non sono più intesi come mero strumento giuridico per la realizzazione di una funzione che è considerata elemento di prioritaria attenzione, ma come portatori di una specifica funzione integrativa della comunità statale. « Gli organi, le funzioni formali e i compiti materiali sono gli elementi essenziali della costituzione. Nella formazione degli organi, nella loro esistenza e nella loro attività costituzionale lo Stato vive, viene integrato in forma personale; nelle funzioni formali la sua vita è processo, è integrazione funzionale » (31). Degli organi diventa prioritario non l'aspetto dell'incorporazione della funzione, ma l'organizzazione, il loro "obbligo" del rapporto dialettico con i soggetti che compongono la comunità di senso. « Nella formazione, nell'esistenza e nella funzione degli organi lo Stato diviene vivo, reale, cioè si integra del tutto indipendentemente dal contenuto giuridico dei singoli atti dell'organo » (32).

---

(30) *Ivi*, p. 275.

(31) *Ivi*, p. 159.

(32) *Ivi*, p. 222.

In questa prospettiva viene ancora una volta criticata da Smend l'impostazione teorica della Scuola di Vienna, la configurazione gradualistica delle fonti normative, dei poteri e delle funzioni. Non un rapporto gerarchico, che collega ad « anelli » i vari organi in un rapporto di sovra- e sotto-ordinazione, ma piuttosto « momenti dialettici » di un rapporto reciproco, lineare, che sviluppa il coagire degli organi dello Stato. La « specificità » di un sistema costituzionale e di uno Stato deriva proprio dalla combinazione dei vari organi, dalle loro « partecipazioni differenti al sistema di integrazione dello Stato » <sup>(33)</sup>.

Così, la stessa caratterizzazione delle differenti statualità può evincersi dal diverso combinarsi di legislativo ed esecutivo che rappresentano i momenti salienti della vita dello Stato. Legislazione ed amministrazione sono infatti funzioni connaturate al concetto di Stato e concepibili unicamente all'interno della sua realtà. La stessa classica divisione dei poteri viene riletta come distinzione di « tre sistemi di funzioni: il gioco politico d'insieme di legislativo ed esecutivo, cui si aggiungono governo e dittatura come funzioni d'integrazione immediatamente politiche; quindi legislazione e giurisdizione come portatrici della vita del diritto; infine l'amministrazione come promozione tecnica del benessere da parte dello Stato » <sup>(34)</sup>.

Lo Stato come « realtà » è comunità autogenerantesi e continuamente evolventesi nella trasformazione dei suoi contenuti e delle sue forme. La costituzione è il momento di positivizzazione di questa trasformazione che si genera nel processo continuo di integrazione: « La costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità della vita dello Stato, e la sua costituzione è la normazione tramite leggi (*gesetzliche Normierung*) di singoli aspetti di questo processo » <sup>(35)</sup>. E questo momento di giuridicizzazione, di normativizzazione del processo di integrazione in cui è sempre presente un elemento « politico » che la distingue dall'ordinamento giuridico comporta in sé, nel suo « senso imma-

---

<sup>(33)</sup> *Ivi*, p. 232.

<sup>(34)</sup> *Ivi*, p. 176.

<sup>(35)</sup> *Ivi*, p. 150.

nente» il carattere dell'elasticità, della trasformabilità funzionale al suo tendenziale riferirsi alla «totalità dello Stato e alla totalità del suo processo di integrazione»<sup>(36)</sup>. Come momento di positivizzazione del vivere della comunità la costituzione è in un perenne rapporto dialettico con la realtà che ne costituisce il contenuto materiale: «Come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà; come costituzione è realtà integrativa [...] costantemente riprodotta dalla vita costituzionale in continuo rinnovamento»<sup>(37)</sup>.

La teoria di Smend assume una rilevanza particolare all'interno del dibattito costituzionale weimariano. La individuazione di un concetto di Stato, da elaborare nella contrapposizione tra il retaggio conservatore monarchico e l'emergente liberalismo è tema centrale delle riflessioni teoriche di quel periodo. Il "purismo" labandiano, ripreso da Kelsen e collocato all'interno della sua teoria democratica, si pone nella sua staticità come un elemento certamente non risolutivo della problematica della sovranità; la staticità metodologica è, ad un tempo, funzione e causa di questa non risoluzione: essa si pone in effetti proprio l'obiettivo — costitutivamente enunciato in Kelsen — di vanificare il problema della sovranità nella sua valenza politica, che è come dire vanificarlo *tout-court*. La irriducibilità del problematico e conflittuale porsi del reale viene soltanto apparentemente risolta nell'approccio metodologico che sia in Kelsen che in Smend, in questo punto convergenti, intende salvaguardare la unicità dello Stato. Pur privilegiando l'approccio metodologico, Smend tuttavia si distingue da Kelsen nel rifiuto della separazione radicale del *Sollen* dal *Sein* e nel privilegiamento della considerazione del reale come momento essenziale e caratterizzante l'esperienza giuridica. In Smend rimane così centrale il riferimento ai valori, ossia la individuazione di una soluzione interna al problema della sovranità che poggia, in ultima istanza, sulla «necessità dell'autonomia, dell'affermazione dell'*Ich Welt*, al centro di una corrente sociale, vitale che lo esprima e in cui esso si riconosca»<sup>(38)</sup>. Viene pertanto in primaria evidenza la socialità dell'agire, letta in chiave fenomenologica che

<sup>(36)</sup> *Ibidem*.

<sup>(37)</sup> *Ivi*, p. 153.

<sup>(38)</sup> U. POMARICI, *La teoria*, cit., p. 118.

assume come dato ineludibile la trasformabilità della positivizzazione della norma, della costituzione, in un costante e dialettico rapporto tra costituzione scritta e costituzione materiale. Certo, questo riferimento al valore è implicitamente presente anche in Kelsen, in particolare nell'elaborazione teorica della norma fondamentale che poggia in ultima istanza la sua validità sul suo contenuto, ma in Smend questo continuo riferirsi al valore è assunto esplicitamente come dato ineludibile e fondante in modo archetipico l'intera costruzione del processo di integrazione.

## 2. *Kelsen e Smend a confronto.*

La critica kelseniana alla teoria dell'integrazione di Smend assume una rilevanza particolare anche se vista non più dall'angolo visuale del fondamento epistemologico, dell'impostazione filosofico-metodologica, così influenzata dalla lettura di Litt, ma piuttosto dallo specifico del momento giuridico. Centrale diventa in questo contesto il saggio kelseniano *Der Staat als Integration*.

Kelsen si sofferma particolarmente sull'intento smendiano di definire la teoria dello Stato concependo in modo sistematico la sua "realtà", una realtà naturale o "effettiva" sempre negata dal normativismo in quanto non conseguente o derivante dall'ordinamento giuridico<sup>(39)</sup>. Ed in questa accentuazione la critica kelseniana va al di là di quanto lo stesso Smend riteneva sulla problematicità « della fattualità dello Stato come unione di coloro che gli appartengono di diritto », in quanto essa si pone come « problema pratico [...] conquista culturale che come ogni realtà della vita spirituale è la vita stessa nel suo fluire, bisognosa di costante rinnovamento e perfezionamento »<sup>(40)</sup>.

Né convince del tutto la netta *indipendenza* intravista da Kelsen del rapporto reale di appartenenza degli individui allo Stato con le relazioni prodotte dall'ordinamento giuridico positivo. Può piuttosto riscontrarsi in Smend una costante attenzione al dato normativo nella natura composita della vita statale che si pone come « adem-

<sup>(39)</sup> H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, r.a. Aalen 1971, p. 51.

<sup>(40)</sup> R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 74.

pimento di un compito posto sia dalla legislatività dello spirito rispetto al valore, che dal diritto positivo dello Stato»: due momenti, quindi, che si pongono come dati “inscindibili” ad una teoria dello Stato in quanto «il diritto dello Stato non è altro che una positivizzazione di quelle possibilità e di quei compiti che derivano dalle leggi dello spirito e perciò soltanto a partire da questi può essere compreso. Viceversa, quelle possibilità e quei compiti hanno bisogno della positivizzazione giuridica per realizzarsi in modo durevole e soddisfacente» (41). Non si tratta, quindi, né di intendere la “realtà” nella sua accezione naturalistica, né di separare nettamente e quasi contrapporre questa “realtà” all’ordinamento positivo ma di comprendere *insieme*, nel rifiuto da un lato della riduzione dello Stato ad ordinamento e dall’altro nella critica alle teorie organiciste, l’ordine dell’esperienza individuale e l’ordine dell’esperienza giuridica nell’ambito comune e composito dell’esperienza statale: è questa forse la difficoltà maggiore incontrata da Kelsen che intende restare fedele al dogma dell’unicità del punto di vista conoscitivo.

Da questa non accolta conciliabilità dei due momenti deriva la critica di Kelsen al concetto stesso di integrazione, funzione attiva e costante del legame sociale, non unione statica, corpo organico, ritenuto non originale ed inconsistente nella proposizione di un legame privo di una precisa qualificazione (42). Obiezioni che gli sembrano essere rafforzate dall’affermazione di Smend per cui «il principio di senso dell’integrazione, dell’associazione unificatrice, non è quello dello Stato in generale, ma quello della sua costituzione» (43), in quanto ritiene che non sia possibile considerare la costituzione come ordinamento giuridico dello Stato e, al tempo stesso, sostenere che la realtà dello Stato possa realizzarsi «in modo del tutto indipendente» (44) dall’ordinamento giuridico positivo. Ma, a ben considerare, non è propugnata da Smend una totale

---

(41) *Ivi*, pp. 77-78.

(42) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 52. In questo contesto Kelsen polemizza con la definizione smendiana del nesso Stato - integrazione: «Lo Stato esiste solo perché ed in quanto si integra continuamente, si costruisce nei e a partire dai singoli — e in questo processo continuo consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale»: R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 76.

(43) *Ivi*, p. 54.

(44) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 53.

“indipendenza” della costituzione dalla realtà della vita statale ma una costante correlazione conseguente al dinamismo stesso dei «fondamenti istintivi», delle «funzioni vitali» che essa consacra in modo mai esaustivamente completo: «La costituzione è l’ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la costituzione è la normazione tramite leggi di singoli aspetti di questo processo»<sup>(45)</sup>.

Introducendo l’analisi del primo tipo di integrazione smendiana — il tipo personale — Kelsen solleva il sospetto di un’ambiguità che celerebbe una implicita valutazione politica: ciò, in particolar modo, nel giudizio che Smend dà della funzione governativa la quale *deve* — e Kelsen sottolinea questo *soll* — integrare non soltanto una parte dei cittadini ma tutto il popolo dello Stato. In questa affermazione si celerebbe un giudizio di valore, un’immagine del «governo giusto»<sup>(46)</sup>.

Il soffermarsi di Smend, quale esempio pregnante, sulla «funzione integrativa» della monarchia è per Kelsen indice significativo di un’utilizzazione politica da parte del giurista tedesco del suo apparato concettuale. Kelsen sottolinea il ruolo subordinato che Smend affida alla «funzione tecnica» del monarca, all’assolvimento dei compiti ad esso demandati dalla costituzione; ed effettivamente Smend definisce “meccanicistica” una considerazione della sola funzione tecnica che si limita ad enumerare meramente i vantaggi e gli svantaggi della figura del monarca ponendo in primo piano quella che può definirsi una «funzione facoltativa» e trascurando «completamente il compito indispensabile, vale a dire essere nella propria persona l’incarnazione, l’integrazione della totalità del popolo», essere insomma il «simbolo» dell’unità<sup>(47)</sup>. Kelsen accusa dunque Smend non solo di rovesciare, per così dire, le priorità antepo-  
nendo alla funzione tecnica la funzione simbolica, ma di più, gli rimprovera

---

<sup>(45)</sup> R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 150.

<sup>(46)</sup> H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 55.

<sup>(47)</sup> R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 84.

di porre in antitesi le due funzioni come se « la funzione simbolica non fosse che il riflesso di quella tecnica » (48).

Traspare in questa critica l'intento costantemente e tenacemente perseguito di criticare sistematicamente la necessaria coesistenzialità dell'elemento politico, ossia carismatico, alla forma-Stato in quanto tale, alla sua forma cioè di fenomeno tecnico-giuridico. E ciò stupisce in quanto Smend nelle sue affermazioni si pone nel solco della grande tradizione del pensiero politico che ha il suo culmine nell'idea hegeliana di Stato di potenza. Nei *Lineamenti di Filosofia del Diritto* Hegel afferma: « La personalità dello stato è reale soltanto se intesa come una *persona, il monarca* », ed aggiunge: « Il concetto del monarca è il concetto più difficile per il raziocinamento, cioè per la riflettente considerazione dell'intelletto, perché tale raziocinamento si ferma alle determinazioni isolate, e perciò poi anche conosce soltanto argomenti, punti di vista finiti e il *dedurre* da argomenti. Così esso espone la dignità del monarca come qualcosa di *dedotto* non soltanto secondo la forma, bensì secondo la sua determinazione; peraltro il suo concetto è di essere non un che di dedotto, sibbene ciò che *ha inizio semplicemente da sé*. Pertanto si avvicina qui più di tutto alla verità la rappresentazione di considerare il diritto del monarca come fondato sull'autorità divina » (49). Ma *oltre* Hegel la coesistenzialità del politico alla sfera tecnico-giuridica è incisivamente sostenuta da Max Weber, proprio quel Weber che Kelsen — ma anche Smend — colloca all'interno del luogo comune della secolarizzazione della politica, della *risoluzione* del politico, del carisma nella gabbia d'acciaio della burocrazia. Quell'opposizione che Smend pone fra attività integratrice ed attività tecnica è il fulcro di due tra i più importanti scritti politici di Weber, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania* e *La politica come professione* che costituiscono le dighe nell'ambito delle quali si sviluppa il discorso politico weberiano, nonché nelle ultime pagine di *Economia e società*. Innanzitutto sul sovrano nella monarchia costituzionale: proprio qui appare pregnante, nella riflessione weberiana, la differenza che costituisce l'essenza del politico,

(48) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 56.

(49) G.W. HEGEL, *Lineamenti*, Bari 1987, par. 279.



tra aspetto tecnico ed aspetto carismatico, ossia tra dipendenza dall'ordinamento da un lato e libertà, elemento creativo dall'altro. Infatti « nonostante la sua impotenza, il sovrano parlamentare viene conservato soprattutto perché egli, con la sua semplice esistenza, e per il fatto che il potere viene esercitato 'in suo nome', garantisce in virtù del suo carisma la *legittimità* dell'ordinamento sociale e patrimoniale esistente, e tutti gli interessati hanno ragione di temere che la sua eliminazione possa scuotere la credenza nella 'conformità al diritto' di questo ordinamento ». Ricoprendo una carica « suprema », « assegnata una volta per tutte », egli al tempo stesso « contiene formalmente il desiderio di potenza dei politici », assicurando così « una partecipazione realmente attiva al potere politico non in virtù di regole giuridiche, ma soltanto in virtù di un'eminente capacità personale o di un'elevata influenza sociale » (50).

Qual è allora la differenza che il politico induce e mantiene accanto al giuridico? Perché Weber parla nell'ambito del processo di democratizzazione di una « forma cesaristica di selezione dei capi » (51), di una « scelta plebiscitaria » accanto alla « scelta parlamentare » dei capi (52)?

Ed ancora, dalla differenza tra aspetto tecnico ed aspetto integrativo prende le mosse la riflessione di Weber sul problema « delle future forme di organizzazione politica » di fronte all'irreversibile avanzata della burocratizzazione: la questione « più importante di tutte, sorge dalla considerazione di ciò che la burocrazia come tale *non è* in grado di fare » (53), la questione cioè dei limiti della funzione burocratica e dunque della differenza dell'aspetto tecnico-burocratico rispetto allo « spirito direttivo ». Differenza, precisa Weber, « non necessariamente nella forma, ma certo nella sostanza » (54). Formalmente, dice insomma Weber, da un punto di vista tecnico-giuridico, le funzioni direttive non differiscono da tutte le altre funzioni e così è anche per il ministro rispetto ai funzionari

---

(50) M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1960<sup>2</sup>, II, p. 461.

(51) *Ivi*, p. 746.

(52) *Ivi*, p. 748.

(53) *Ivi*, p. 704.

(54) *Ivi*, p. 705.

governativi. Materialmente, invece, ossia « per il *sensu* della sua posizione, egli è [...] deve essere qualcosa di diverso dagli altri funzionari »<sup>(55)</sup>. E, « la differenza sta soltanto in parte nel carattere della prestazione che si attende »: inaccettabile è infatti quella concezione, ribadisce Weber, che vorrebbe il dirigente arbitro della decisione, il funzionario, invece, relegato in un « ordinario lavoro subalterno ». La differenza che costituisce l'essenza del carisma e l'essenza del politico rispetto alle altre funzioni e che ne fa, per dirla con Smend, il perno del processo di integrazione statale, sta, piuttosto, « nella specie di *responsabilità* dell'uno e dell'altro »: il funzionario si affida, nell'« eseguire coscienziosamente » gli ordini alla responsabilità di coloro che questi ordini gli hanno impartito; questo è il suo onere di funzionario, armonizzare la propria convinzione con l'ordine dell'apparato in modo assoluto, in modo che essa appaia unica. Il politico, invece, lotta per affermare la propria creativa convinzione anche contro le direttive dell'apparato e soprattutto nel portare intera su di sé la responsabilità di ciò che quella convinzione comporta: il carisma del politico gli deriva dunque non già dall'uniformarsi all'ordinamento, ma *proprio all'opposto* nel distaccarsi da esso, nel saper-sene nel profondo distaccare e nel lottare per imporre il proprio punto di vista, perché è la passione per la « Sache » e non già l'esser ligio all'ordinamento il fine della sua azione nello Stato.

Ecco dunque perché aspetto tecnico ed aspetto integrante non solo possono ma *devono* restare come elementi differenti di un'unità che è quella dello Stato.

Rispetto dunque allo spettro 'semantico' del problema, così come si è brevemente cercato di delinearlo, quantomeno elusiva appare la critica kelseniana la quale si sofferma, più che altro, nell'individuazione di contraddizioni terminologiche tendenti a mostrare l'inconsistenza delle tesi smendiane. Così, continuamente Kelsen ritorna a rimproverare Smend di ridurre il concetto dell'unità statale ad un fenomeno socio-psichico, e dunque naturalistico<sup>(56)</sup> in quanto dal punto di vista della dottrina pura del diritto, che identifica Stato e ordinamento giuridico, l'unico asse di valutazione possibile, l'asse che *fonda e spiega* lo Stato, è la norma; mentre per

<sup>(55)</sup> *Ibidem.*

<sup>(56)</sup> Cfr. ad es. *op. cit.*, p. 62.

Smend il sistema di norme, lungi dall'essere pensato come fondante, appare come risultato soltanto possibile e comunque sempre precario; di qui la centralità del processo di integrazione di valori comuni ed aggreganti che trovano la loro radice viva e vitale in motivazioni esterne alla statica tecnico-giuridica.

Appare perciò sintomatico di questa incomunicabilità concettuale fra i linguaggi dei due autori che Kelsen si meraviglia del fatto che Smend ponga la vita spirituale e sociale come un progresso apparentemente infondato — e comunque non fondato dall'ordinamento giuridico — « verso la sempre nuova produzione di un'unità in sé conclusa e priva di contraddizioni, cioè nel sempre nuovo elevarsi di un ordinamento giuridico positivo a una unità spirituale vivente »<sup>(57)</sup>. Sintomatico soprattutto del fatto che qui si trovano di fronte due concezioni culturali, ma anche due *fedi* differenti: quella di Kelsen, liberale, che crede possibile contenere il conflitto sociale sulla base del sistema chiuso delle norme giuridiche, che antepone dunque il giuridico in quanto momento fondante, alla sfera politica, nella convinzione che la costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico legando alla perfezione nell'istanza ordinamentale posizione ed esecuzione della norma riesca a frenare e ad annullare le spinte extra-normative dell'istanza politica; quella di Smend, ancora con gli occhi rivolti allo Stato prussiano, pone la « legislatività dello spirito rispetto al valore », ossia l'etica comunitaria come l'unico possibile saldo fondamento alla crisi della democrazia weimariana e che dunque necessariamente rovescia, o meglio *sdoppia*, la priorità kelseniana nella convinzione che l'ordinamento giuridico non sia che risultato ed indice, mai fondamento, dell'ordine politico.

### 3. *Dimensioni della sovranità.*

La teoria kelseniana dello Stato rappresenta il fondamentale referente polemico di Hermann Heller. Egli ne sottolinea la continuità con il « positivismo logico » di stampo naturalistico e storico-matematico raccolto intorno al « fiero vessillo del metodo giuridi-

---

(57) R. SMEND, *Costituzione*, cit., pp. 110-111.

co» (58). L'elaborazione di una legge generale che nella sua astrattezza elimina ogni individualità ed assume a metodo il procedere delle scienze della natura, proprio nella sua tendenza al conoscere *oggettivo* perde il suo oggetto che, secondo Heller, non può mai cogliersi come definito e precostituito ma che, invece, costantemente si pone solo e soltanto nella propria specificità storica, in cui esiste ed in cui è possibile ritrovarlo. Il « fatto », relegato dal kelsenismo al di fuori del mondo giuridico, è per Heller un'astrazione improduttiva, che non esiste come dato da mediare nella conoscenza volitiva e creatrice di ordini.

La completa contrapposizione del giuridico al reale trascura che

---

(58) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 382. Per la letteratura critica su Heller si indicano, senza alcuna pretesa di esaustività: AA.VV., *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, a cura di Ch. Müller e I. Staff, Baden-Baden 1984; S. ALBRECHT, *Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung*, Frankfurt-New York 1983; U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli 1989; G. ROBBERS, *H. Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden 1983; W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983<sup>2</sup>; tra i lavori, poi, che fanno consistenti riferimenti all'opera e alla figura di Heller, vanno perlomeno ricordati: W. ABENDROTH, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied und Berlin, 1972, pp. 109-138; W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit in Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer*, cit., pp. 349-426; J. BLAU, *Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik*, Marburg 1980, pp. 62-214; P. COSTA, *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, in « Filosofia politica », a. V, n. 1, giugno 1991; E. HENNIG, *Hermann Heller. Anmerkungen zum Versuch einer Synthese von Nationalismus und Sozialismus*, in *Neue politische Literatur*, H. 4, 1971, pp. 507-519; P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974, passim; F. OSTERROTH, *Der Hofgeismar-Kreis der Jungsozialisten*, in « Archiv für Sozialgeschichte », 4, 1964, pp. 525-569; P. PASQUINO, *Hermann Heller: sovranità e rappresentanza*, introduzione a H. HELLER, *La sovranità e altri scritti...*, cit., pp. 2-14; U. POMARICI, *Nota del curatore*, in: H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 443-451; U.K. PREUSS, *Zum staatsrechtlichen Begriff des öffentlichen untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen*, Stuttgart 1969, pp. 27 ss., 131 ss.; B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 18 (1989), pp. 643-667; R. TREVES, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano 1958, vol. 4, p. 447 ss.; TH. VESTING, *Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », vol. 1991 LXXVII/Heft 3.

«ogni diritto, poiché è una realtà che ha radici nell'esistente, ha un aspetto storicamente individuale» <sup>(59)</sup>, è «dato storico [...] mai 'puro', ma gravato da un residuo terrestre» <sup>(60)</sup>. La ricerca di una «validità in generale» viene perseguita su di un piano meramente logico, come luogo di unità astratta, pura equivalenza matematico-naturalistica, del molteplice. La concezione dello Stato che ne deriva è pertanto volutamente avulsa dalla decisione quale istanza imprescindibilmente individuale <sup>(61)</sup>.

Mi sembra che in questo punto la critica helleriana colga veramente il segno; l'elaborazione di leggi generali perseguita specie dal primo Kelsen nella netta separazione dalla particolarità storica del reale, caratterizza una dimensione prettamente statica.

Lo Stato definito da Heller «[...] concreta unità politica nella molteplicità» <sup>(62)</sup> non è forse vicino allo Stato dell'«integrazione materiale» di Smend o allo Stato schmittiano che nella costituzione fonda l'unità politica? Lo sforzo di questi tre autori — se si vuole tentare di individuare una coordinata comune, un loro possibile, comune orizzonte di riferimento — sta tutto nel collocare su un piano differente il problema dell'unità come lo aveva impostato e risolto il kelsenismo. Tentare dunque il comprendere lo Stato (nonché evidentemente il diritto e la sovranità), non a partire da leggi che lo precostituiscano ma, all'opposto, tentare di ritrovare nella concreta relazionalità dell'oggetto quella che Heller, in esplicito riferimento a Kant, poneva come l'*esperienza possibile*. Da questo tipo di riflessione nascono tanto la dottrina dell'integrazione di Smend, quanto il concetto amico/nemico di Schmitt, nonché il concetto di sovranità helleriano. Tentare di risolvere in modo diverso il problema politico dell'unità: un'unità che viene tanto più tenacemente perseguita quanta più lucida consapevolezza esiste della mancanza di una metodologia in grado di realizzare questo scopo <sup>(63)</sup>.

L'intento di Kelsen di liberare la dottrina dello Stato dal problema della sovranità, dal suo 'dogma', è rivolto, all'opposto, alla

---

<sup>(59)</sup> H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 384.

<sup>(60)</sup> *Ivi*, p. 395.

<sup>(61)</sup> *Ivi*, p. 393.

<sup>(62)</sup> H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 69.

<sup>(63)</sup> Cfr. per tutti, la riflessione di H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 59-60.

purificazione del 'giuridico' da ogni residuo metafisico: « la dissoluzione teoretica del dogma della sovranità, di questo massimo strumento dell'ideologia imperialistica [...] costituisce uno dei risultati più importanti della dottrina pura del diritto » (64). In questo sforzo Kelsen appare ad Heller particolarmente vicino al sindacalismo francese e, in particolare, a Leon Duguit: per entrambi, infatti, l'intento principale è quello di liberare la scienza giuridica da ogni componente metafisica ridefinendo la portata di categorie fondamentali — persona, volontà, norma — nella loro esclusiva valenza tecnico-giuridica (65).

Da questo punto di vista la dottrina pura del diritto rappresenta per Heller il paradigma della crisi della dottrina dello Stato nella cultura tedesca, il prodotto finale di un procedimento che tende ad isolare la dottrina dello Stato dalle scienze sociali, procedimento che, iniziatosi già con il Romanticismo e con la scuola storica, ha assunto nelle teorizzazioni del Gerber, Laband e, in certa misura, Jellinek, di cui Kelsen è fedelissimo erede, un carattere definitivamente formalistico, « privo di sostanza e di legami verso l'alto e verso il basso » (66), Il netto distacco, operato da Kelsen, della dottrina dello Stato dalle scienze sociali per assorbirla *in toto* nella 'sistematica' del diritto, il suo rifiuto di considerare gli elementi metafisici ed etici presenti nella fondazione giuridica, nonché il perseguimento di una purezza metodologica si accompagnano al rifiuto di una qualsiasi utilizzazione della stessa sociologia da parte della dottrina dello Stato. Se nell'organicismo di Gierke permane il tentativo di una spiegazione complessiva dello Stato, inteso come « prodotto necessario delle forze sociali che operano negli individui » (67), in Laband si assiste ad una radicalizzazione nell'approccio formalistico tale da eliminare nella definizione stessa dei soggetti giuridici qualunque

---

(64) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, p. 153 (trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, p. 168).

(65) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 83 ss.

(66) *Ivi*, p. 35.

(67) O. V. GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen 1915, p. 97.

considerazione che esuli dalla mera riduzione alla componente giuridica, dalla mera qualificazione normativa.

Con Jellinek, poi, si arriva alla completa separazione della giurisprudenza dalla sociologia, separazione che, comunque, non riesce ad essere coerentemente perseguita lungo tutto lo sviluppo della sua teoria: momenti 'sociologici' — quali ad esempio il territorio — si incuneano nella netta contrapposizione fra una dottrina generale dello Stato ed una sociologia generale dello Stato rendendo 'impura' ed imperfetta l'enucleazione di una sfera giuridica autonoma.

Con Kelsen, infine, si consuma per Heller la netta separazione della scienza giuridica dalle altre scienze sociali, separazione tesa a costituire le pure forme del diritto, « fragili al pari di sfere di vetro soffiato »<sup>(68)</sup> ma cogenti al punto da liberare l'operatore del diritto dal problematico misurarsi e dal confronto critico con i dati della realtà storica. Lo « Stato senza Stato », il « diritto senza diritto », questo processo di svuotamento interno conseguente alla disincarnazione dal reale, alla sottrazione delle categorie giuridico-formali all'*humus* da cui pure traggono origine, ha importanti implicazioni nella formulazione del problematico concetto helleriano di sovranità: « nel sistema della 'dottrina pura del diritto' l'assenza di dimora per il concetto di sovranità è una derivazione necessaria della mancanza di soggetto in quella dottrina. L'immagine giuridica del mondo non è mai stata spersonalizzata in modo più radicale, ed il problema del rapporto fra individualità e norma non è mai stato negato in modo più reciso »<sup>(69)</sup>. Nella teoria kelseniana, sottolinea Heller, la persona si riduce a centro di imputazione di fattispecie normative, fittizia creazione dell'ordinamento giuridico: la persona, sia essa persona fisica, giuridica e lo Stato stesso. La sovranità, fondata da Bodin nel potere di porre ed abrogare le leggi, viene a scomparire nell'impersonalità della legge, forma senza comando, senza volontà.

Non è certo casuale che Heller ponga Bodin al centro della sua analisi del concetto di sovranità: la costruzione realistica del soggetto della sovranità operata da Bodin consente infatti ad Heller di

<sup>(68)</sup> H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 43.

<sup>(69)</sup> *Ivi*, p. 79.

opporsi al processo senza soggetto cui approda l'ordinamento giuridico costruito da Kelsen. Ed ancora mentre Bodin pone in primo piano e in grande evidenza il rapporto problematico fra volontà e norma, Kelsen tenta di dissolverlo volgendolo sul piano metodologico e costruendo in tal modo una sfera del puro dover essere a priori separata dalla volontà concreta. Bodin è infine funzionale alla teoria helleriana anche da un punto di vista immediatamente politico: il sovrano di Bodin è un titolare dell'autorità sicuro di sé ed improntato alla decisione; Kelsen, invece, mira con la sua dottrina dello Stato a rassicurare una borghesia impaurita che spera di aggirare i rischi insiti nell'azione e nella decisione tramite l'autorità onnipervasiva ed oggettiva del diritto positivo, una borghesia il cui ideale era rappresentato da un ordinamento il quale rendesse superflua la dimensione politica e decisionale, riducendosi con ciò a pura amministrazione dell'esistente. È dunque sintomatica l'attenzione rivolta da Heller a Bodin e alla dottrina classica della sovranità: egli voleva infatti coniugare la dottrina dello Stato — e, ciò, con grande lucidità soprattutto nella sua ultima opera, la *Dottrina dello Stato* — come scienza politica.

L'acquisizione positiva della teoria bodiniana — una concezione problematica della relazione volontà/norma e la consapevolezza dell'impossibilità di difendere l'ordinamento giuridico in una formalizzazione assoluta — non porta però Heller a disconoscere il carattere vincolante dell'ordinamento giuridico. Quest'ultimo resta però sempre condizionato dal titolare della volontà politica nonostante la propria, relativa autonomia normativa: il diritto, sia che si concretizzi in un ordine autoritativo, sia che si concretizzi in un ordine contrattuale, resta sempre dipendente dalla volontà. Ed è proprio il momento della volontà l'elemento che 'muove' il processo giuridico nella teoria helleriana: « Anche se si immagina l'umanità come un'unica organizzazione autoritativa — afferma Heller — la produzione e l'applicazione del diritto rimangono pur sempre vincolate alle decisioni di volontà individuali. Ciò che vale in generale per ogni idea, vale in particolare per l'idea del diritto; essa appare soltanto sotto una forma mascherata! Anche la decisione umana più oggettiva è quindi sempre soggettiva e dovunque sia in questione l'ordine di un comportamento sociale e non solo un accordo di principio, l'autorità esercitata direttamente da un'idea è impossibile.



Anche quando il motivo della disposizione ad obbedire, oltre all'abitudine, all'interesse ed all'inclinazione, viene rafforzato dalla forza obbligatoria di un'idea, continua ad essere indispensabile un'unità di volontà che individualizzi il significato dell'idea» (70). Quindi il momento volitivo, decisionale, l'«unità di volontà» è l'aspetto che caratterizza la sovranità. Una decisione, una volontà che non assume rilevanza però, come in Schmitt, nel caso d'eccezione ma anzi nella situazione normale, ordinaria, nella regolarità della positivizzazione giuridica.

Kelsen, all'opposto, nella 'purezza' della sua dottrina ha nettamente contrapposto il dover essere alla volontà ipostatizzando costantemente la separazione dell'essere dalla normatività.

Gli ordinamenti giuridici concreti sono per Heller istituiti e continuamente consolidati dalle decisioni. Questa sottolineatura della centralità della volontà nella realizzazione e nella conservazione dell'ordinamento giuridico non diventa tuttavia in Heller incondizionato volontarismo: come si è accennato, la volontà costitutiva è essa stessa vincolata normativamente. Analogamente a Bodin, che distingue tra *ius* e *lex*, Heller distingue fra principi giuridici sovrappositivi, ossia « principi costitutivi del contenuto del diritto con una pretesa etica di validità » (71), oppure « principi per la costruzione della forma pura del diritto » (72) e norme giuridiche positive scaturite da un atto di volontà vincolato a quei principi giuridici sovrappositivi (73). L'ordinamento giuridico non è per Heller risultato di un 'automovimento' ma di un processo continuo di posizione di atti individuali di scelta, di una mediazione continua tra mondo dei valori e contenuti positivi storicamente determinatisi nell'esperienza. Il diritto positivo non può dunque nascere né dalla semplice convinzione nella sua giustizia, né da una decisione arbitraria. La positività del diritto si fonda piuttosto « da un lato nell'idealità dei principi giuridici, dall'altro nella fattualità sociale di un'unità volontaria che decide in ultima istanza e positivizza la norma giuridica, cioè la traspone dal regno delle possibilità giuridiche limitate solo da

---

(70) *Ivi*, p. 99.

(71) *Ivi*, p. 110.

(72) *Ibidem*.

(73) *Ivi*, pp. 111-113.

quei principi, peraltro innumerevoli, in quello della realtà singolare del diritto» (74).

Il problema della sovranità viene da Heller strettamente legato alla questione: come possono venire positivizzati in modo vincolante i principi giuridici in una comunità storica, concreta? (75).

Innanzitutto: sovrano è, per Heller, il titolare di un'unità di « decisione efficace » (76), un'unità che si estrinseca, come già si è accennato, non nella eccezionalità di una decisione ultima, ma nella ordinarietà di una decisione « costante ed universale » (77). Ed infatti egli definisce il diritto come un « ordinamento sociale posto dall'autorità esistente in una comunità, il quale limita, per mezzo di norme, il comportamento sociale, cioè degli uni verso gli altri, di soggetti dotati di volontà » (78). Il problema della sovranità può venire risolto, dunque, solo allorché esiste un soggetto della sovranità che, grazie alla decisione, positivizza i principi giuridici nella determinazione e nella coerenza delle condizioni storico-sociali. La questione della sovranità e del suo soggetto diventa allora quella dell'unità dello Stato moderno. Essa non può né venire costruita in base ad un principio metafisico, né venire posta come finzione giuridica: essa deve venire mostrata come realtà sociale e politica, in quanto il processo di secolarizzazione della modernità impedisce qualsiasi fondamento di legittimazione trascendente al potere. Sovranità è dunque, per Heller, « la proprietà di un'unità di azione e di decisione universale sul territorio, in forza della quale per garantire il diritto essa si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto » (79).

Questo è il punto di vista che vede Heller in contrasto non solo con la scienza dello Stato in alcune sue decisive espressioni, ma lo

---

(74) *Ivi*, p. 113.

(75) *Ivi*, pp. 94 ss.

(76) *Ivi*, p. 100.

(77) *Ivi*, p. 104.

(78) *Ivi*, p. 108.

(79) *Ivi*, p. 244. Sul punto cfr. P. PASQUINO, *Introduzione*, a H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 12, il quale sottolinea come in questo affermarsi della decisione « eventualmente anche contro lo Stato » vive tutta la conflittualità di una continua trasformazione — trasformazione dei principi giuridici in norme, dello *jus in lex* — il cui motore è proprio la decisione sovrana intesa come decisione riprodotte e dinamica.

pone, soprattutto, al centro fra positivismo giuridico e decisionismo. Heller concorda infatti con Carl Schmitt allorché egli dice che il problema della sovranità va inteso all'interno della categoria di decisione, che la fede razionalistica nella legge, cioè, non è in grado di risolvere il vero nodo che si cela nella categoria di decisione: l'individualità<sup>(80)</sup>.

Heller concorda peraltro con Kelsen: ancorare la sovranità ad un organo che decida sullo stato d'eccezione vuol dire misconoscere un'autonomia fondamentale all'ordinamento giuridico. Heller si pone così al centro tra Kelsen e Schmitt: egli è un fautore della sovranità dello Stato come « unità di decisione universale suprema »<sup>(81)</sup>, che, in quanto tale, dà unità e univocità al sistema giuridico nella molteplicità e varietà delle sue norme, nella singolarità e concretezza storica dei suoi contenuti resi validi non attraverso un processo logico ma in base ad un atto creativo, volitivo, mai semplicemente conoscitivo. L'assunzione « di una *volonté générale* rappresentata e concretamente presente »<sup>(82)</sup> mostra l'intenzione di Heller di declinare la teoria dello Stato come teoria della democrazia. Ecco che le categorie di decisione, di sovranità, di « unità universale di decisione sul territorio » trovano una prima concretizzazione politica: il potere, che è sempre potere *rappresentativo*, ed il suo esercizio devono sempre restare vincolati a questa volontà generale. La democrazia può realizzarsi, per Heller, solo lì dove la struttura istituzionale, la forma organizzativa riflettono l'idea-forza della discussione razionale come mezzo per la formazione dell'unità statale. Il parlamentarismo, che è la forma organizzativa di questo sistema, s'innalza a valore<sup>(83)</sup>.

<sup>(80)</sup> H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 134.

<sup>(81)</sup> *Ivi*, p. 168.

<sup>(82)</sup> *Ivi*, p. 167.

<sup>(83)</sup> Qui va ricordato, per un possibile e positivo raffronto delle posizioni di Heller e Kelsen, che la concezione helleriana del parlamentarismo è, proprio nello stesso senso di Kelsen, diretta contro Carl Schmitt: cfr. H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1927<sup>1</sup>), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, pp. 203-247 (trad. it., *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, in H. HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 317-318; ID., *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, (1928<sup>1</sup>), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. 2, p. 427; ID., *Europa und der Faschismus*, (1929<sup>1</sup>), ora in *Gesammelte*, cit., pp. 469, 489; ID., *Genie und Funktionär in der Politik*, (1930<sup>1</sup>), ora in

E qui Heller si volge contro la nota critica di Schmitt al parlamentarismo <sup>(84)</sup> contestandone tanto il punto di vista storico, quanto la posizione che questi attribuisce a tale forma politica intendendola come principio storico-spirituale. Il parlamentarismo — qui un possibile legame con Kelsen — è innanzitutto uno strumento di tecnica sociale che acquista il proprio significato in base alla validità del principio materiale dello Stato di diritto. La sua crisi non consegue dunque, per Heller, dal fatto che la ‘verità’ non sarebbe più raggiungibile attraverso la discussione, come sostiene Schmitt; essa risiede piuttosto nel fatto che « manca quella comunità di volontà e di valori presupposta che è la base comune indispensabile per una discussione parlamentare pacifica » <sup>(85)</sup>. Principio maggioritario e rappresentanza acquisiscono quindi tutto il loro spessore e la loro forza — in quanto mezzi tecnici — solo lì dove è presente una volontà statale, sia pure ancora in via di formazione. Solo l’esistenza di una volontà generale può infatti « indurre la minoranza a sottomettersi ai rappresentanti nominati dalla maggioranza » <sup>(86)</sup>.

Per quel che concerne, poi, la relazione tra volontà e norma si è già accennato al fatto che Heller instaura un rapporto, innanzitutto, fra principi giuridici e norme giuridiche <sup>(87)</sup>: i primi, in quanto *possibilità* inerenti il mondo giuridico necessitano della decisione sovrana per diventare realtà giuridica e quindi diritto positivo. Questo però non elimina il rischio di un’interpretazione decisionistica, in quanto i principi giuridici, se pure obbligano la volontà, risultano così generali da lasciare ampi margini alla volontà sovrana nell’azione e nella decisione.

Può certo costituire una forza della dottrina helleriana il fatto che il rapporto fra principio giuridico e norma giuridica non venga

---

*Gesammelte*, cit., pp. 619-620; ID., *Autoritärer Liberalismus*, (1933<sup>1</sup>), ora in *Gesammelte*, cit., p. 647.

<sup>(84)</sup> Citiamo *Der Begriff des Politischen, Legalität und Legitimität* e *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* quali opere più significative nello sviluppo della polemica schmittiana contro l’ideologia liberale della forma parlamentare.

<sup>(85)</sup> H. HELLER, *Europa*, cit., p. 469.

<sup>(86)</sup> H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 140.

<sup>(87)</sup> *Ivi*, pp. 192 ss.

concepito come rapporto linearmente deduttivo, bensì venga inquadrato in un nesso dialettico mediato dagli atti di volontà <sup>(88)</sup>.

Ciò può essere tuttavia visto anche come una debolezza della dottrina helleriana: l'interpretazione che la volontà fornisce, nella sua decisione, del principio giuridico è una tra le molteplici interpretazioni, tutte ugualmente possibili <sup>(89)</sup>.

Da questo punto di vista la positivizzazione dei principi appare interamente consegnata alla discriminazione arbitraria del detentore del potere: quel che trasforma le « infinite possibilità » contenute nei principi, non sembra essere né una scala 'oggettiva' di valori, né la stessa appartenenza al principio, quanto la « possibile » fruizione del titolare dell'autorità. Il titolare dell'autorità si impone con la propria decisione, dunque, non perché ne ha il 'diritto', ma perché ha il potere di fare ciò. Il soggetto della sovranità viene così implicitamente assunto ad istanza di trasformazione dell'indecidibilità di quelle « infinite possibilità » contenute nei principi, nella decisione fattuale che pone il diritto come potere. Da questo punto di vista è lo stesso concetto di giustizia a diventare problematico.

Insomma, nella relazione istituita da Heller fra principio giuridico e norma giuridica viene in luce il rischio cui, costantemente, resta esposto tutto il diritto positivo, la sua interna fragilità, nonché la sua ineliminabile dipendenza dal potere e dalla sfera etica.

Se il diritto nasce dalla positivizzazione di principi giuridici ad opera della decisione sovrana esso non opererà allora esclusivamente grazie ai suoi propri autonomi strumenti. È solo grazie al potere che esso verrà sanzionato e conservato nella sua validità, né potrà contraddire quella consapevolezza giuridica dominante nello specifico ambito culturale, poiché essa, orientata com'è a principi giuridici sovrapositivi funge da istanza critica.

Il diritto positivo appare così in Heller posto al centro della tensione fra potere e morale: un potere, che, per quanto sovrano, resta vincolato alla volontà generale concreta; una morale che, per quanto critica, non ha carattere giusnaturalistico e metastorico, ma

---

<sup>(88)</sup> Cfr. per questa problematica: H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 342 ss., 348-350, 374-375; Id., *La sovranità*, cit., p. 111 ss.; Id., *Il concetto di legge*, cit., p. 330.

<sup>(89)</sup> W. SCHLUCHTER, *Entscheidung*, cit., p. 99; H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 113.

piuttosto storico-culturale. Ma questo era, appunto, il fine che Heller si era prefisso nell'indagare le radici della sovranità contemporanea; tentare di spiegare e porre al centro la tensione esistente fra diritto, potere e morale senza cadere né nel giusnaturalismo, né nel positivismo storicistico.

È a questo punto opportuno tematizzare la differenza che assume la dottrina helleriana della sovranità nel passaggio da *La sovranità* alla *Dottrina dello Stato*: quel consenso realmente presente e rappresentabile, che costituiva e connotava il potere supremo de *La sovranità*, diventa nella *Dottrina dello Stato* molto meno 'visibile' e sicuro. Il colpo decisivo a questa certezza che animava il testo del 1927 risale naturalmente agli immediati eventi storici legati alla crisi della repubblica weimariana: nasce così il problema dell'autonomia del singolo di fronte al potere sovrano, problema che costituisce il nerbo delle pagine più mature della *Dottrina dello Stato*.

Ciò non vuol dire che Heller, nella sua ultima opera, abbia rivisto la propria teoria della sovranità ma, certo, vi ha introdotto dei contrappesi: alla ragion di Stato egli contrappone ora, in un drammatico scontro a carattere etico-politico, la ragione giuridica individuale <sup>(90)</sup>. Questo è lo scontro, dunque, fra certezza del diritto e legittimità <sup>(91)</sup>.

Questo conflitto, tuttavia, supera la dimensione politico-giuridica ed istituzionale per acquisire una drammaticità etica in quanto pone la sovranità dello Stato in antagonismo immediato ed irrisolvibile con l'autonomia dell'individuo: «Solo la coscienza giuridica individuale, e sempre soltanto essa, sarà in grado di assicurare la giustizia: nasce così nello Stato moderno un conflitto inevitabile ed insanabile tra la legalità e la legittimità dello Stato. Questo conflitto è inevitabile, perché in un popolo vitale non può mai dominare un consenso generalizzato sul contenuto e sull'applicazione dei principi giuridici in vigore. Ed è insanabile perché entrambi, lo Stato e il singolo, esistono solo nel rapporto conflittuale nel quale si trovano il diritto positivo e la coscienza giuridica» <sup>(92)</sup>.

L'antagonismo fra la potenza sovrana dello Stato e l'autonomia

---

<sup>(90)</sup> Id., *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 348-350.

<sup>(91)</sup> *Ibidem*.

<sup>(92)</sup> *Ivi*, pp. 348-349.

coscienza dell'individuo nasce dal fatto che entrambe sono, in modo differente, in relazione con i principi giuridici etici. I principi giuridici regolano da un lato — in quanto norme rivolte all'intenzione individuale — gli obblighi di fronte alla propria coscienza o a Dio; dall'altro, invece, — in quanto norme sociali — essi regolano gli obblighi contratti verso altri uomini o gruppi <sup>(93)</sup>: nel primo caso ci troviamo dinnanzi ai comandamenti della morale e della religione, mentre nel secondo caso siamo di fronte agli obblighi convenzionali e giuridici; questa differenza, tuttavia, non dipende dal fatto che i principi giuridici hanno contenuti differenziati, ma dal fatto che essi vengono positivizzati da istanze diverse: «al fine di distinguere i differenti tipi di norme, decisivo non è mai il solo contenuto normativo ma, sempre, anche l'autorità cui viene per convenzione imputata la statuizione delle norme» <sup>(94)</sup>.

Il conflitto descritto da Heller è quello lacerante ed irrisolvibile della volontà scissa tra l'obbligo normativo del comportamento esteriore, la legalità e l'intenzione normativa del comportamento interiore, la legittimità della coscienza individuale, la moralità. Qui però si può forse dire che nel conflitto fra ragion di Stato e morale individuale entra in crisi quella sovranità dello Stato che nell'opera del '27 Heller aveva descritto come incontrastato ed assoluto potere (incontrastato ed assoluto quantomeno rispetto ad un principio individuale).

Di più: questo conflitto egli non lo vede soltanto come il frutto di una differente statuizione di uno stesso contenuto normativo (le 'diverse' autorità interiori ed esteriori) bensì, per quanto solo implicitamente, come il frutto di una inconciliabilità contenutistica di due principi giuridici etici validi in sé e per sé. Ossia: il principio giuridico che fonda l'autoconservazione dello Stato è in sostanziale contraddizione con il principio giuridico che fonda l'autoconservazione dell'individuo. Il mondo dei valori è scosso da un conflitto che non può trovare soluzione: entrambe le norme, quella sociale e quella dell'intenzione, si rivolgono all'individuo con pari legittimità: all'individuo, cioè, in quanto cittadino, che fa parte di una comunità

---

<sup>(93)</sup> *Ivi*, pp. 283-284.

<sup>(94)</sup> *Ivi*, p. 285.

e all'individuo in quanto singolo, considerato nell'assoluta solitudine della propria coscienza.

La dimensione tragica di questo conflitto sta tutta nell'impossibilità di una sua risoluzione con una misura esterna al conflitto stesso, con un giudizio che ne risolva il nodo.

Ma, a ben guardare, *questo* è proprio il fine di Heller: il principio transpersonale, nel quale tanto il positivismo storicistico, quanto il naturalismo umanistico dello Stato come *magnus homo* à la Gierke giungono a fine. Lo Stato e l'individuo vanno considerati come fini in sé, senza che l'uno debba venire sacrificato all'altro, e senza, quindi, però, — questa è la conclusione paradossale di Heller — che la realizzazione dell'uno possa pensarsi senza la contemporanea realizzazione dell'altro.

Questo e non altro è ciò che Heller, del resto, rivendicava alla conclusione della riflessione metodologica nella sua *Dottrina dello Stato*: l'unità gestaltica, transpersonale dello Stato — nella quale né la forma può venire dedotta dagli elementi, né questi ultimi, a loro volta, possono venire dedotti in modo meccanico ed immediato dalla forma — non può venire *decisa*, prodotta tramite la priorità di *un* elemento rispetto agli altri: la forma che, di volta in volta, si muta è sempre e solo risultato dell'intreccio dialettico degli elementi fra loro, risultato della dipendenza reciproca che essi stessi realizzano nel perseguimento conflittuale dei propri interessi <sup>(95)</sup>.

E qui allora va detto che il transpersonalismo — proprio perché è qualcosa di più e di diverso da una semplice somma di istanze precostituite, proprio perché trasforma gli elementi che lo compongono — non coglie lo Stato e l'individuo come istanze astratte, tout-court, ma *quello* Stato e *quell'*individuo che reciprocamente riflettono in modo consapevole gli scopi della parte avversa. Quello Stato non è più, evidentemente, lo Stato-potenza, né lo Stato in quanto compiuto dispiegamento di tecnologie ed amministrazione, ma è, per l'appunto, lo Stato che conserva al proprio interno, come forza viva e vitale il principio e lo scopo della volontà individuale in quanto conflittuale. Lo Stato ha in tal forma l'individuo al proprio

---

<sup>(95)</sup> *Ivi*, pp. 104 ss.



interno e solo così, d'altronde, può rifletterne logiche, intenzioni, interessi, bisogni.

Quello Stato e quell'individuo perseguono i propri scopi solo e soltanto se tengono presente lo scopo esterno dell'altro: questo è, in altri termini, il compimento dello Stato liberale classico, l'annuncio programmatico dei principi fondamentali dello Stato sociale di diritto di cui Heller viene, a giusta ragione, designato fra gli anticipatori in ambito giuridico <sup>(96)</sup>.

Cerchiamo allora, infine, di cogliere la radice del problema helleriano, cerchiamo di riarticolare il nodo del conflitto Stato-individuo: tanto le norme regolanti il 'foro interno' individuale, quanto quelle preposte al 'foro esterno' mostrano una concretizzazione dei principi giuridici che differisce tanto, quanto lo richiedono l'autonomia dei due ambiti in questione, quello personale e quello statale. Ora, il principio giuridico, al fine di poter essere esplicitato e posto, deve venir riferito ad ambiti funzionali, al fine di poter acquisire rilevanza di contenuto, potenza effettiva. E questi ambiti funzionali sono organizzati e sorretti da leggi: la sovranità dello Stato da un lato, l'indipendenza del singolo individuo dall'altro. Tanta diversità spiega l'entità abnorme del conflitto: al fine dello Stato, colto nella sua propria origine, la legge che lo governa, è la conservazione del suo potere, potere che altresì può essere conservato solo estendendone in modo sempre più ampio e profondo il controllo; il fine del singolo individuo sta invece nell'armonizzare le convinzioni 'in foro interno' con la realtà esterna, ponendo tuttavia nel caso d'eccezione <sup>(97)</sup> la preminenza assoluta della propria convinzione individuale sulle necessità del 'Tutto'. Il conflitto tra sovranità statale ed autonomia individuale intanto assume forme tragiche, in quanto coinvolge — come un destino — lo Stato nella dimensione etico/esistenziale. Lo Stato potrebbe rinunciare a sovrintendere alla sfera morale, potrebbe rinunciare a 'dialogare' con l'individualità sepa-

---

<sup>(96)</sup> Penso, tra gli altri, ad Abendroth, Ehmke, U.K. Preuss, von Oertzen — per le cui opere si rinvia alla nota 1 — solo per citare alcuni tra coloro che hanno ricostruito la genealogia dello Stato sociale di diritto. Cfr. inoltre, a questo proposito, AA.Vv., *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1978.

<sup>(97)</sup> H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 333 ss.

rando morale da diritto. Ma allora il conflitto che fonda lo Stato post-imperiale perderebbe di senso.

Occorre dunque procedere sulla strada di questo conflitto per vedere in che modo esso struttura la relazione Stato-individuo, in che modo esso si traduce in forme stabili, in istituzioni. Va allora detto che lì dove Heller parla della decisione individuale, del singolo, utilizza il concetto di individualizzazione proprio per spiegare la traduzione dei principi in norme del foro interno; lì invece dove parla delle norme giuridiche attinenti all'ordinamento statale parla, per lo più, di positivizzazione.

L'individualizzazione non è *mediata*, ma solo *decisa* dalla propria coscienza, mentre, lì dove si tratta di positivizzazione occorre la mediazione di un potere dotato di autorità affinché esso possa realizzarsi, andare a buon fine. Poiché, tuttavia, Heller configura questo potere come potere fornito di autorità — ossia di legittimità —, come potere 'immanente', potere universale di decisione in un ambito territoriale determinato, ne consegue che il processo di positivizzazione dei principi giuridici etici in norme giuridiche resta per l'appunto limitato a questa 'ridislocazione' dei principi, ad opera di un potere esterno, in un dato di fatto sociale limitato alla sola sfera esterna; laddove, invece, l'individualizzazione di principi giuridici si realizza tutte le volte che l'intenzione individuale esprime norme che stabiliscono un nesso forte — ossia produttivo — tra principi giuridici e realtà sociale <sup>(98)</sup>.

L'immediatezza è dunque la qualità delle norme dell'intenzione, il loro luogo l'interiorità; mediazione è invece la forma in cui esistono le norme sociali, esteriorità è il luogo nel quale si realizzano: l'irrisolvibilità del dato conflittuale riemerge anche qui prepotentemente allorché non si rinuncia — così come accade in tutto il positivismo — a scindere l'ambito del diritto da quello della sfera etico-politica. Questo è lo scoglio che Heller intende affrontare e superare.

Un passo ulteriore potrebbe essere compiuto, in quest'analisi dello sviluppo del concetto helleriano di sovranità, se si constatasse che l'unicità, l'unitarietà del mondo dei valori non è per Heller,

---

<sup>(98)</sup> *Ivi*, p. 345.

affatto, *realità*; altrimenti, non avrebbe mai potuto affermare, in un luogo centrale della sua *Dottrina dello Stato*: «L'ipotesi fondamentale di questa dottrina dello Stato consiste nel supporre l'insostenibilità della struttura di classe dello Stato attuale e la validità delle tendenze di sviluppo che gli si rivolgono contro. Proprio perché queste tendenze di sviluppo hanno reso problematiche realtà ed unità dello Stato odierno, il problema-cardine della dottrina dello Stato va posto in questi termini: è possibile e in che modo lo Stato attuale come un'unità attiva nella realtà storico-sociale, come una forma storica reale?» <sup>(99)</sup>.

Il carattere irrisolvibile del conflitto cresce soprattutto nella convinzione che esista un mondo unitario dei valori, convinzione che mai è dato ritrovare, come si è appena esemplificato, nei testi helleriani: l'unità non è mai un *dato*, ma sempre un *fine* ideale che va continuamente confrontato con la complessità e la contraddittorietà dei dati concreti. Occorre dunque richiamare quella distinzione fatta da Heller a proposito del conflitto fra ragione statale e convinzione individuale — ossia tra positivizzazione esteriore e individualizzazione interiore, mediazione e immediatezza — per comprendere come non si riesca ad affrontare l'analisi della dottrina helleriana dello Stato senza porre al suo centro la categoria dell'*unità nella molteplicità*. I principi giuridici etici 'predicano' la giustizia ed il bene *sia* se formulati nella positivizzazione dell'ordinamento, *sia* se espressi nella forma pura dell'immediata convinzione interiore dell'individuo. Nel corso della sua *Dottrina dello Stato* più volte Heller si esprime in modo significativo sulla necessità di pensare lo Stato — nell'ambito delle scienze della realtà — come unità nella molteplicità; come, cioè, da una molteplicità in prima istanza ed apparentemente irriducibile divenga, proceda il tentativo di porre l'unità. E, nel far ciò, egli prende significativamente le distanze tanto dalla soluzione spiritualistica di Smend — cui pure inizialmente aveva prestato grande interesse — quanto da quella finzionale di Kelsen, cui pure *ex-post* può, per certi versi, venire ricondotto <sup>(100)</sup>.

<sup>(99)</sup> *Ivi*, p. 104. Cfr. inoltre, a questo proposito, H. HELLER, *Politische Demokratie*, cit., pp. 421 ss.; ID., *Europa*, cit., pp. 465 ss., in particolare pp. 467-480.

<sup>(100)</sup> H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 141-142, 144, 157, 353-355. Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto Heller-Kelsen, per il quale si rinvia al seguito

È l'organizzazione che costituisce per Heller il modulo esteriore di una possibile unità dello Stato: questa unità, razionalmente conseguita, organizza le molteplicità in conflitto tra loro nell'ambito territoriale ma da essa resta fuori il punto di vista individuale nella forma del principio etico: l'organizzazione non può raggiungere questo livello di consapevolezza, di comprensione. Ed è per questo che tutto il processo organizzativo, il divenire forma-Stato dell'organizzazione dominante grazie alla mediazione dell'autorità, in una parola i principi giuridici quali principi di regolazione formale del diritto vanno tenuti distinti dalle massime etiche già da sempre indiscutibili ed indiscussi principi della morale individuale. Diventa evidente allora che la coppia opposizionale interiorità/esteriorità che serviva ad Heller per mostrare la sostanziale distanza fra diritto e morale indica anche qualcos'altro: il diritto non può venire assimilato alla morale ma non può neppure restarne del tutto separato. Tutta la costruzione dialettica della *Dottrina dello Stato* culmina nella constatazione dell'esistenza di un reciproco condizionamento fra sviluppo della costruzione giuridica in quanto realizzazione dei principi giuridici etici e in quanto potere; l'un termine è distinto dall'altro ma non può farne a meno.

L'individuo della modernità vive nelle forme cogenti della società razionalizzata, una società nella quale egli non può porre in modo immediato la propria natura etica, in cui egli deve imparare a calcolare le conseguenze delle proprie azioni: la sua autonomia ne risulta inevitabilmente ridotta, ma non annullata — come si è detto

---

del saggio, si può dire che, se si riconosce l'imprescindibilità del momento volitivo-discrezionale anche all'interno della *Reine Rechtslehre* — riconoscimento reso esplicito, è noto, solo nelle opere del « secondo » Kelsen — un punto di contatto con Heller, al di là delle critiche testuali di quest'ultimo, può forse intravedersi nella definizione helleriana della decisione come momento individualizzante il contenuto normativo e, pertanto, espressione della sovranità. La decisione, non più « eccezionale », ma imprescindibilmente funzionale alla esperienza giuridica, inderogabilmente posta in ogni assunto scientifico che non accetti la separazione fra etica e diritto, diritto e politica, non è forse anche momento essenziale di quella produzione normativa concretizzante che, nella formulazione kelseniana, assume la sentenza giurisprudenziale? Il libero e discrezionale prodursi dell'atto normativo, che nel suo contenuto trasfonde i continui condizionamenti storico-politici, non è forse vicino a quel decidere positivizzante la norma, mediativo di una determinazione obbligatoria?

— in uno Stato che rifletta questo individuo — un cittadino cioè e non un suddito — e sappia dunque anch'esso compiere il passo da Stato di potenza a Stato di diritto.

La dottrina dello Stato di Heller ci fornisce così un punto di vista peculiare del rapporto che intercorre nella modernità fra morale, potere e diritto: le massime etiche della morale da un lato e la 'ragione' dello Stato dall'altro appaiono come due sfere in sé fondate, fini in sé e che in se stesse contengono il proprio principio di validità. Il diritto invece — di qui il suo problematico porsi, la sua fragilità — si realizza soltanto nell'atto della positivizzazione, atto nel quale sono compresenti in una certa misura tanto la morale quanto il potere: il diritto si configura, allora, inferiore alla sfera della morale, nella misura in cui esso avrà sempre bisogno di un potere effettivo che lo produca e lo mantenga in validità, che lo garantisca; esso sarà tuttavia anche sempre superiore al potere, nella misura in cui la sua produzione e la sua validità saranno costantemente regolate da quei principi giuridici formali che, sempre, restano vincolati all'idea del Bene. Il diritto si differenzia, dunque, tanto dal potere quanto dalla morale; eppure esso può costituirne, proprio in questo suo essere differente da entrambi, una possibile unità dialettica, una possibile forma: «il problema centrale di tutta la teoria giuridica, la questione del rapporto fra volontà e norma, può essere risolto dall'autorità giuridica sovrana soltanto se l'autorità dello Stato viene intesa, come accade nella scienza della realtà, come un'unità dialettica di entrambe. L'autorità della volontà sovrana dello Stato, la sua qualità di potere 'supremo', si fonda sulla sua legittimità. Il diritto è la forma fenomenica necessaria, tanto da un punto di vista etico-spirituale quanto da un punto di vista tecnico, di ogni potere che sia duraturo [...]» <sup>(101)</sup>. D'altronde, dice Heller, «Lo Stato vive della sua legittimazione». Ma «l'oggetto» di questa legittimazione «non è tanto racchiuso, come quasi sempre si dice, nella domanda: perché si deve tollerare la coercizione statale? ma, innanzitutto, in un'altra domanda: perché dovrebbero venir offerti allo Stato, in un supremo sacrificio, il proprio patrimonio etico e la vita stessa? [...] Le immani pretese dello Stato non vengono

---

<sup>(101)</sup> H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 298-299.

giustificate dal fatto che esso assicura un ordine sociale ‘qualsiasi’ sul territorio, ma dall’ambizione che esso mostra di un ordine giusto [...]. La legittimazione può essere soltanto etica» <sup>(102)</sup>.

La configurazione — con il nesso dialettico di potere, diritto e morale — di un’unità nella molteplicità quale imprescindibile connotato della sfera statale, fa trovare ad Heller, tra l’altro, anche la soluzione di quella problematica jellinekiana che costituiva il punto di partenza della *Methodenstreit*. Il nesso che Heller costruisce fra sfera normativa e sfera fattuale risolve infatti il problema di ‘trovare’ un legame fra i due ‘lati’ dello Stato. Heller come Kelsen voleva, attraverso un concetto di Stato di diritto inequivoco, evitare quella soluzione che lasciava lo Stato scindersi in una sfera normativa del diritto ed in un’altra fattuale del potere. Diversamente da Kelsen, però, Heller tenta al contempo di concepire i due ‘lati’ in un’unità non finzionale ma reale, un’unità nella quale resti cioè produttivo e vitale un confronto fra i due intendimenti opposti. Questa era del resto anche la posizione jellinekiana che viene però da Heller sistematizzata — e non ridotta ad una teoria della forza normativa del fattuale — nella concezione dello Stato come organizzazione <sup>(103)</sup>. Accanto alla forza normativa del fattuale, ed *oltre* essa — perché si dia Stato di diritto e lo stato d’eccezione non trasformi il Politico in dittatura — deve prendere forma la forza fattuale del normativo.

#### 4. *Giustizia costituzionale e legge.*

La distanza che separa Heller e Kelsen nelle contrapposte elaborazioni dottrinali sulla sovranità acquista una valenza significativa se riferita ad alcuni istituti e categorie giuridiche fondamentali. In questa luce può essere letto il dibattito sorto tra i due autori all’interno della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Invitato nel 1927 a tenere una conferenza su *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar* Heller critica l’«armonia veramente stupefacente» <sup>(104)</sup> a cui era pervenuta la dottrina dominante nel ritenere concettualmente essenziale la distinzione categorica tra le leggi in

<sup>(102)</sup> *Ivi*, pp. 334-336.

<sup>(103)</sup> *Ivi*, pp. 352 ss.

<sup>(104)</sup> H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., p. 306.

senso *materiale* e le leggi in senso *formale*, concetti « nel migliore dei casi inutili e nel peggiore confusi e dannosi » (105). Un'armonia peraltro pronta a sfaldarsi non appena dal piano nominalistico ci si sposta all'analisi delle distinzioni concettuali che i singoli autori contrapponevano per distinguere le categorie elaborate e, ancor di più, non appena da questo piano si trascorreva ad esaminare in particolare cosa i singoli autori intendessero per norma e per norma giuridica. Nel suo *excursus* storico Heller mette in evidenza come i "classici" rappresentanti di questa dottrina dominante, sino a Laband, Jellinek e Anschütz, richiedano per il concetto di legge materiale, identificantesi con la norma giuridica, espressione autentica del potere legislativo, il requisito della "generalità" anche con l'intento di ovviare così al principio classico della divisione dei poteri o delle funzioni dello Stato, non sempre rigorosamente osservato nell'assunzione da parte del potere legislativo di funzioni rientranti nell'amministrazione, estrinsecantesi nella produzione di leggi materiali. Ma il carattere della generalità non può essere di per sé determinante per il concetto di norma giuridica: « Che le norme più importanti di una comunità siano in genere anche le più generali, è dal punto di vista del concetto di norma giuridica una casualità di natura tecnico-organizzativa, la quale dipende semplicemente dal fatto che al legislatore viene fornita in genere una sufficiente base di astrazione per la formulazione astrattamente generale delle sue leggi » (106). Né varrebbe qualificare le norme giuridiche dal loro scopo, quello di imporre "limiti sociali", o dalla sfera di intervento, l'ambito delle libertà e della proprietà dei cittadini (107). Tali limitazioni del concetto di norma giuridica alle leggi materiali verrebbero a creare, accanto alle norme, delle "non-norme giuridiche": una contraddizione insostenibile per un discorso giuridico. Una contraddizione, peraltro, che nella sua « limitazione arbitraria del concetto di norma » specularmente è riproposta nella configurabilità di leggi formali prive di contenuto normativo, magari fondata sull'esistenza nelle leggi di "particelle" prive di tale contenuto. « Una legge — afferma Heller — è però una totalità. E se contiene

---

(105) *Ivi*, p. 325.

(106) *Ivi*, p. 316.

(107) *Ivi*, pp. 319 ss. Per queste posizioni Heller si rifà a Jellinek e ad Anschütz.

certo definizioni di concetti, constatazioni di circostanze di fatto, programmi ecc., che in un caso possono essere necessari a concretizzare i suoi comandi giuridici e nell'altro solo un'inutile loquacità del legislatore, pure con la dimostrazione che esistono parti di legge senza contenuto normativo, non è ancora fornita in alcun modo la prova che ci siano 'leggi' di tal genere» (108).

Rifiutando quindi come inammissibile una discriminazione tra gli atti di statuizione del diritto per «essenza, natura o sostanza» Heller fonda la loro diversità formale nel mutevole e storico combinarsi degli ideali di libertà ed eguaglianza che costituiscono gli elementi costitutivi dello «Stato di diritto materiale». Dal suo ideale di libertà deriva il principio dell'autodeterminazione, «il principio della determinazione di tutti gli atti dello Stato da parte della *volonté générale* che si esprime nella legge» (109). Soltanto da questo principio, e non da una diversità di natura, deriva la supremazia della legge costituzionale la quale «possiede la sua qualità, la sua forza di legge, la sua 'incrollabilità' esclusivamente perché vale come deliberazione autonoma della *volonté générale* che rappresenta i valori della comunità» (110). Proprio per questo motivo la costituzione del *Reich* non contempla una riserva generale di legge definibile in quanto tale e le stesse accezioni particolari, presenti nella sua seconda parte, vanno indagate particolarmente da un'analisi che sarebbe oscurata dalla contrapposizione formale/materiale.

Coerentemente con l'impostazione seguita, Heller perviene quindi ad una definizione generalissima di norma giuridica intesa come «norma individualizzata dell'autorità della comunità e che vincola la volontà di azione delle relazioni intersoggettive», che ricomprende cioè anche le manifestazioni di autonomia privata ove l'autorità va individuata come quella volontà comune che obiettivizza la *lex contractus*. Ed in questa affermazione Heller appare oltremodo vicino agli assunti della *Reine Rechtslehre* giungendo finanche ad abbozzare, forse andando anche oltre le sue premesse,

---

(108) *Ivi*, p. 322.

(109) *Ivi*, p. 327.

(110) *Ivi*, p. 328.



una concatenazione “dialettica” che nel processo continuo di individualizzazione richiama molto da vicino lo *Stufenbau* <sup>(111)</sup>.

Una affinità che non sfugge a Kelsen che, nel suo intervento al dibattito, si mostra sorpreso di essere stato classificato tra gli eredi di quella “dottrina dominante” tanto criticata da Heller e rivendica invece a sé il merito di aver per primo combattuto « gli abusi per cui da concetti giuridici — che si atteggiano a concetti giuridici fondamentali — si ricavano risultati politicamente favorevoli » <sup>(112)</sup>. Rifiutando quella contrapposizione tra leggi formali e leggi materiali

---

<sup>(111)</sup> Cfr. a questo proposito: Ch. MÜLLER, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen*, in AA.VV., *Der soziale Rechtsstaat*, cit., pp. 693 ss. Müller infatti ridiscute criticamente il conflitto Heller-Kelsen partendo dal presupposto che molta parte di esso si fondasse su degli equivoci o su dei preconcezioni. Ad esempio egli dice (*ivi*, p. 705): questo conflitto potrebbe anche essere spiegato, forse, con il fatto che Heller si è via via avvicinato a Carl Schmitt? Questo è certo uno degli elementi che ha favorito le incomprensioni tra i due giuristi ma, per restare al tema Heller-Schmitt, accettare, come fa Heller, i *limiti* dell'ordinamento giuridico non vuol dire immediatamente essere decisionista nel senso di Schmitt. Heller riconosce, indubbiamente, che il potere può produrre diritto (Cfr. *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 398-399). A differenza di Schmitt, però — che si serve del concetto weberiano di legittimità trasformandolo in una categoria giuridica, prosegue Müller (*ivi*, p. 706), e quindi scambiandolo di fatto con il concetto di legalità, al fine più o meno dichiarato di minare l'ordinamento legale della repubblica weimariana — Heller espone i problemi della legittimità restituendo a questa categoria tutto il suo spessore metagiuridico: cfr. *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 405 ss. Così come, mentre la difesa della generalità della legge era fatta da Schmitt per esaltare l'indipendenza e il potere *di fatto* legiferante dell'Esecutivo e della magistratura al fine di aggirare il potere del parlamento, la difesa kelseniana della generalità della legge mirava ad assicurare quegli spazi lasciati liberi dalle norme generali per le decisioni individuali: egli non mira dunque a precludere al parlamento la possibilità di risolvere un conflitto attraverso una legge parlamentare, né a prescrivere quanto generale debba essere — in senso quantitativo — la regolamentazione necessaria. Proprio nello stesso senso, afferma dunque Müller (*ivi*, p. 711) Heller interpreta la generalità della legge a partire dall'uguaglianza dinanzi alla legge (Cfr. H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., pp. 318-319). Qui Müller vede un decisivo punto d'incontro tra Heller e Kelsen. In particolare, sarebbe secondo lui possibile legare l'idea dell'uguaglianza dinanzi alla legge in quanto condizione costitutiva a carattere etico della forma giuridica con la dottrina pura del diritto, in quanto anche Kelsen vede nell'uguaglianza di applicazione un postulato — sia pure a carattere logico e non etico — della forma giuridica.

<sup>(112)</sup> *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrL)*, H. 4, Berlin, De Gruyter, 1928, p. 176. Si tratta dell'intervento di Kelsen nel dibattito sulla relazione di Heller.

egli aveva proposto di definire nel concetto di “forma di legge” il «fondamento dello Stato moderno per cui la norma giuridica generale dev'essere prodotta in una forma determinata, ossia tramite una determinazione parlamentare» (113).

In modo ancora più radicale Kelsen rivendica a sé ed alla sua scuola — particolarmente a Merkl — la paternità di quella critica alla identificazione del diritto con la legge da cui consegue il riconoscimento della natura normativa di tutti gli atti dell'ordinamento giuridico e riconosce l'affinità, anche terminologica, degli assunti helleriani con la teoria dello *Stufenbau* nella considerazione di quel passaggio progressivo dalla generalità all'individualità che si sviluppa come processo continuo di individualizzazione normativa: «'Individualizzazione', 'concretizzazione': ma non è altro che la discesa (o la salita) dal generale, astratto, all'individuale, al concreto» (114). Ed in questo processo ogni atto normativo si presenta con un carattere di novità che sarebbe disconosciuto da Heller quando include «Kelsen ed i suoi allievi» in quel tentativo teorico di «razionalizzare fino in fondo la storia e l'individualità ed in tal modo di 'legalizzarle' in anticipo» (115).

Certo, Kelsen è consapevole che l'introduzione dell'elemento dinamico nella sua teoria, con le implicazioni che ne derivano, non è definitivo nelle sue prime opere, ed in particolare nei *Hauptprobleme*: espressamente lo riconosce, anche se avverte che nulla in quell'opera era contrastante con le elaborazioni che ne sarebbero seguite. È invece proprio su questo punto che si radica la critica helleriana: nella sua replica all'intervento di Kelsen Heller, infatti, riprendendo argomenti già sostenuti nel suo saggio su *La crisi della dottrina dello Stato* e *La sovranità*, individua nello *Stufenbau* non già «una parte essenziale e caratteristica del sistema kelseniano», ma al contrario il momento della sua “dissoluzione” (116).

Il vero contrasto tra i due autori è, però, proprio in uno dei “passi centrali” della relazione di Heller: la qualificazione della legge rispetto alle altre norme giuridiche «per la sua maggiore validità

(113) *Ivi*, p.177.

(114) *Ivi*, p. 179.

(115) H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., p. 328.

(116) *Id.*, *La sovranità*, cit., p. 284.

materiale» (117). Se Kelsen aveva affermato di non aver inteso cosa si intendesse con quel concetto, Heller ribadisce che in esso è da leggersi «un'esplicita opposizione al suo apriorismo formalistico» capace di «sublimare i rapporti di potere in relazioni logiche» (118). È, cioè, l'intento di non considerare dannosa «l'irruzione della politica da destra e da sinistra», ma di salutarla come la forza capace di fare uscire la dottrina dello Stato «dall'infruttuoso, arbitrario e positivistico logicismo» (119). Quindi è la considerazione dell'elemento politico, dei rapporti politici di potere, a dividere ed opporre le concezioni helleriane, intrise di una valorizzazione del contenuto giuridico, dalle formalistiche posizioni del liberale Kelsen.

Questa contrapposizione emerge anche in occasione di un successivo dibattito tra i due autori. Nel 1928, infatti, la *Vereinigung* affidò a Kelsen una relazione su *Natura e sviluppo della giustizia costituzionale*. In quella occasione Kelsen ribadisce la identificazione dello Stato con l'ordinamento giuridico, entrambi caratterizzati da una processualità formativa interna per cui «il diritto regola la propria creazione e lo Stato si crea e si ricrea senza posa insieme col diritto» (120). A causa di questa identificazione, allorché Kelsen si pone il problema di definire la natura e la funzione della giustizia costituzionale, della «garanzia giurisdizionale della costituzione» (121), egli non può non ridurla a “garanzia della regolarità” di questo processo di formazione che si sviluppa per gradi, regolarità di atti statali (122). E ciò in quanto la stessa costituzione — che nella sua accezione di «costituzione in senso materiale coincide con la costituzione in senso formale» (123) —

(117) Id., *Il concetto di legge*, cit., p. 328.

(118) *Der Begriff*, cit., p. 180.

(119) *Ivi*, p. 204.

(120) H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1928) in VVDStRL, H. 5 (1929), pp. 30-88 [trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 147. La traduzione italiana è stata fatta sull'edizione francese del testo. Citiamo l'edizione tedesca, in particolare, perché a differenza dell'edizione francese e di quella italiana, riporta il dibattito a cui partecipò anche Heller].

(121) *Ivi*, p. 145.

(122) *Ivi*, p. 176 ss.

(123) *Ivi*, p. 153.

formalizzando i contenuti giuridici in requisiti di regolarità <sup>(124)</sup>, viene definita come « principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche » <sup>(125)</sup>.

La giustizia costituzionale, quindi, attraverso il controllo di regolarità esercitato sugli atti, leggi ed altri atti immediatamente subordinati alla costituzione, perviene ad una verifica dell'esercizio delle funzioni statali per sindacarne la conformità al dettato costituzionale. Un controllo, svolto da un organo “terzo” <sup>(126)</sup>, che si configura come garanzia “repressiva” ed “oggettiva” e che si sostanzia nell'annullamento dell'atto considerato irregolare <sup>(127)</sup>.

Se pure Kelsen, protagonista del modello di giustizia costituzionale consacrato nella costituzione austriaca del '20, si sofferma sull'indicazione dei mezzi più idonei che scelte politicamente caratterizzate potrebbero assumere al fine di raggiungere quella funzione di “garanzia” che si intende perseguire, il suo discorso si mantiene fortemente ancorato, sotto un profilo teoretico, ad una prospettiva prettamente giuridica. Il criterio del controllo di costituzionalità non può che formularsi in norme positive: « l'applicazione di norme diverse da quelle giuridiche, di norme ‘superpositive’ quali che siano, dev'essere considerata del tutto esclusa » <sup>(128)</sup>. La funzione della giustizia costituzionale, pertanto, resta del tutto interna all'ordinamento giuridico e la sua istituzione è garanzia di “obbligatorietà” dell'ordinamento stesso <sup>(129)</sup>. E, anche quando attraverso di essa si intenda perseguire un fine “materiale”, quale il mantenimento di un regime democratico, essa si presta unicamente quale garante della formalizzazione di quel principio nella regola di maggioranza: « Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la

---

<sup>(124)</sup> *Ivi*, p. 154.

<sup>(125)</sup> *Ivi*, p. 152.

<sup>(126)</sup> Kelsen non trascura di indicare le possibili obiezioni conseguenti all'attribuzione della prevalenza di un organo giurisdizionale sugli altri poteri dello Stato: una questione rilevante per valutare l'opportunità di scelte politiche, ma del tutto carente di un fondamento giuridico. *Ivi*, pp. 172 ss.

<sup>(127)</sup> Kelsen distingue le « garanzie di regolarità » in « preventive » e « repressive » ed ancora in « oggettive » e « soggettive »: cfr. *ivi*, pp. 169 ss.

<sup>(128)</sup> *Ivi*, p. 188.

<sup>(129)</sup> *Ivi*, pp. 199 ss.

maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza »<sup>(130)</sup>.

Ben altra è l'impostazione helleriana della funzione e del ruolo della giustizia costituzionale nello Stato di diritto. Ciò che in particolare Heller oppone a Kelsen è di aver delineato per la giustizia costituzionale un ambito di azione illimitato, un'estensione generale ad ogni estrinsecazione delle funzioni statali, tralasciando, ancora una volta, di considerare la centralità del "politico". Quel "politico" inteso nel suo specifico collegamento allo Stato di diritto, che « comprende atti che non sono sottoponibili a giudizio, alla decisione di un'autorità giudiziaria; essi non sono né atti di diritto positivo, né atti regolabili tramite norme di diritto positivo »<sup>(131)</sup>. È la presenza di questo tipo di atti, in cui sovente si manifestano conflitti e sovrapposizioni di poteri, a segnare il limite della giustizia costituzionale come strumento di assoluta garanzia della costituzione. Ed a sostegno di questa sua critica al formalismo kelseniano « alla ricerca di sicurezze »<sup>(132)</sup>, Heller cita l'esempio dell'America dove l'ampliamento della giustizia costituzionale non ha portato ad un ridimensionamento della componente politica ma ad un suo radicamento nello stesso organo giurisdizionale. E se Kelsen intende porre in evidenza la particolare opportunità di un organo di giustizia costituzionale per dirimere i conflitti insorgenti tra Stati all'interno di uno Stato federale<sup>(133)</sup>, Heller sottolinea come tale conflitto debba risolversi su di un piano generale e non possa di volta in volta essere devoluto alla cognizione di un tribunale, poiché « nella vita dello Stato esistono *sempre* casi, e sempre ve ne saranno, nei quali

<sup>(130)</sup> *Ivi*, pp. 202-203.

<sup>(131)</sup> H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung*, cit., p. 112 (Si tratta dell'intervento di Heller nella discussione sulla relazione di Kelsen).

<sup>(132)</sup> *Ivi*, p. 113.

<sup>(133)</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 203 ss.

l'amministrazione della giustizia giungerà troppo tardi e non solo per motivi tecnico-giuridici ma per motivi che sono immanenti al diritto e che rendono impossibile una decisione giuridica».

Anche sul piano metodologico Heller non tralascia di trarre alcune pregnanti considerazioni dal "disagio" kelseniano conseguente alla sua identificazione dello Stato col diritto; disagio reso particolarmente evidente allorché Kelsen, configurando la giustizia costituzionale come garante della «legittimità delle funzioni statali» viene implicitamente a distinguere quest'ultime dalle funzioni giuridiche; laddove, in caso contrario, si giungerebbe all'assurdo per cui «si darebbe anche il caso di un'illegittimità delle funzioni giuridiche ed il caso di una legittimità di funzioni illegittime»<sup>(134)</sup>. Ed è a questa obiezione che risponde in particolare Kelsen nella sua replica, opponendo alla «furia giovanile» della critica helleriana la riproposizione di quella giuridicizzazione dello Stato che prende forma nel processo di legittimazione progressiva dello *Stufenbau*. Kelsen non nega la rilevanza delle considerazioni politiche nel processo produttivo del diritto ma distingue nettamente tra «produzione» e «conoscenza giuridica». È quest'ultima che la *Reine Rechtslehre* intende assumere a proprio oggetto e a proprio metodo e che, nella formalizzazione della realtà giuridica, giustifica e fonda i compiti e le funzioni di un istituto atto a salvaguardare, in ultima istanza, il mantenimento della pace, «l'ideale di sicurezza così schernito da Heller»<sup>(135)</sup>. Ma può l'ideale "razionalistico" di sicurezza espungere totalmente dalla valutazione di conformità di una norma alla costituzione quella componente politica che è entrata in gioco nel suo porsi? Può in definitiva il giudizio di costituzionalità assumere ad unico criterio le norme positive e tralasciare del tutto le norme "superpositive quali che siano"? Forse un'analisi sul funzionamento degli organi di giustizia costituzionale nei paesi occidentali, ed anche nel nostro, potrebbe mostrare il contrario!

---

<sup>(134)</sup> Id., *Wesen und Entwicklung*, cit., p. 113.

<sup>(135)</sup> *Ivi*, p. 123 (Si tratta della replica kelseniana al dibattito sulla propria relazione).