



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

COMUNITÀ, IDENTITÀ E OMOGENEITÀ FRA SCHMITT, HELLER E KELSEN*

di Antonino Scalone**

SOMMARIO: 1. La critica del concetto di comunità in Weber e Plessner. - 2. Weimar e la ricerca della comunità perduta. - 3. Omogeneità e identità in Carl Schmitt. - 4. Comunità e nazione in Hermann Heller. - 5. L'anticomunitarismo di Hans Kelsen.

1. La critica del concetto di comunità in Weber e Plessner

Il disorientamento prodotto in Germania dalla sconfitta militare e dal crollo del secondo impero ha a che fare con la consapevolezza della perdita definitiva dei caratteri specifici – culturali e politici – della storia di quel paese. Si tratta di quella specificità ancora invocata – per ciò che riguarda l'assetto istituzionale – da Otto Hintze in un saggio del 1911, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*¹ e, sotto un profilo più ampio, ma egualmente ostile alla nozione di democrazia parlamentare, o comunque alle versioni non-tedesche di democrazia, da Thomas Mann nelle *Betrachtungen eines Unpolitischen*, composte fra il 1915 e il 1918, anno in cui furono pubblicate. Qui Mann scorge nella richiesta di democratizzazione della Germania sul modello degli altri paesi europei la pretesa, a suo avviso inaccettabile, di “un graduale livellamento di tutta la cultura nazionale in nome di una civilizzazione del tutto omogenea”, della “realizzazione totale e dell'instaurazione definitiva dell'impero mondiale della civilizzazione”².

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova.

1 Trad. it. in H. HINTZE, *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, 27-49. In particolare Hintze nota come il principio monarchico, tipicamente “tedesco-prussiano” (27), costituisca “una forma costituzionale di specie particolare” che proprio per questo è dotata di “un retroterra storico-politico completamente diverso da quello parlamentare” *ivi*, 31. Su quest'autore si veda la monografia di P. SCHIERA, *Otto Hintze*, Napoli, Guida, 1974. Sul saggio citato si veda in specifico F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè, 1985, 92-97.

2 T. MANN, *Considerazioni di un impolitico* (1918), trad. it. Milano, Adelphi, 1997, 254. Su questo testo conserva

Proprio la riluttanza ad assimilare la propria vicenda storica, politica e istituzionale a quelle degli Stati vicini sarà una delle ragioni della diffusa avversione nei confronti della Repubblica di Weimar, avvertita da molti come priva di tradizione, infondata sotto il profilo della legittimità, espressione del compromesso fra partiti e priva pertanto dell'energia necessaria per opporsi efficacemente alla volontà punitiva delle potenze vincitrici³.

Il disorientamento di cui si è detto è particolarmente diffuso fra le giovani generazioni: le conferenze monacensi di Max Weber dedicate rispettivamente alla scienza e alla politica come professione e pronunciate dinanzi ai membri del *Freistudentischer Bund* alla fine del 1918, quando, come scrive Delio Cantimori, “più vivo era il senso della crisi generale del paese e del fallimento della classe dirigente”⁴, si collocano precisamente in questo orizzonte. Ma in tali conferenze Max Weber nulla concede all'uditorio: egli afferma recisamente come l'attività dello scienziato sociale non abbia niente a che vedere né con la “vita”, né con l’”esperienza vissuta” e si sottrae programmaticamente ad ogni pretesa di confondere attività scientifica e politica, di fornire dalla cattedra indicazioni politiche: “Voi venite alle nostre lezioni – dice rivolgendosi agli studenti – con la pretesa di trovare in noi qualità di capi”, trascurando che “le qualità che fanno di qualcuno un eminente studioso o un professore universitario non sono quelle che fanno un capo sul terreno dell'orientamento pratico della vita o, specificamente, della politica”⁵. Alla domanda relativa agli “dei in lotta” che si dovrebbero “servire”, piuttosto che un professore potrebbero rispondere un “profeta” o un “redentore”, ma il “fatto decisivo” è che “il profeta, che invocano tanti della nostra più giovane generazione, *non esiste*”⁶. Il desiderio di comunità non può che risultare frustrato – ad uno sguardo obiettivo, vale a dire scientifico – dalla consapevolezza del definitivo “disincantamento del mondo”, per cui “l'indefinibile” che “un tempo pervadeva e rinsaldava come un soffio profetico e una fiamma impetuosa le grandi comunità”, oggi è patrimonio solo di comunità “ristrette”⁷. Il profeta della cattedra “potrà forse dar vita a sette fanatiche, mai però ad un'autentica comunità”. È questo, l'impossibilità di un'autentica comunità, “il destino della nostra epoca” e a chi “non sia in grado di affrontar[lo] virilmente” non resta che l'esortazione a ritornare “nelle braccia delle antiche chiese, largamente e misericordiosamente aperte”⁸.

il suo interesse A. ASOR ROSA, *Thomas Mann o dell'ambiguità borghese* (1968), ora in ID., *Le armi della critica. Scritti e saggi degli anni ruggenti (1960-1970)*, Torino, Einaudi, 2011, 186-311.

3 Cfr. M. CACCIARI, *Walther Rathenau e il suo ambiente*, Bari, De Donato, 1979, 72-73. Sulla perdurante diffidenza di vasta parte dell’”intellettualità tedesca”, anche dopo la nascita della Repubblica, nei confronti della democrazia parlamentare e dei partiti, la prima vista come “il minor male” e i secondi come “una rottura dell'unità statale”, responsabili per questo dell’”incapacità decisionale del sistema”, cfr. F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., 228-230.

4 D. CANTIMORI, *Nota introduttiva*, in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione* (1918), trad. it. Torino, Einaudi, 1976, XIX.

5 M. WEBER, *La scienza come professione* (1919), trad. it. in ID., *Il lavoro intellettuale...*, cit., 35.

6 Ivi, 39.

7 Ivi, 41-2.

8 Ivi, 42.

Le parole di Weber non sortiranno l'effetto sperato dall'autore se qualche anno dopo, nel 1924, Helmuth Plessner darà alle stampe un volume, intitolato *Grenzen der Gemeinschaft. Eine Kritik des sozialen Radikalismus*, nel quale afferma con decisione che “l'idolo di quest'epoca è la comunità”⁹. Egli ne individua con chiarezza il carattere marcatamente *reazionario*: nel bisogno di comunità “riemerge con raccapricciante ruvidezza ciò che era seppellito”; esso ha a che fare con l'incapacità di far fronte allo “smisurato raffreddamento delle relazioni umane”, dunque con qualcosa di simile alla scarsa virilità di cui parlava Weber e, nel suo aspirare ad una immediata e materiale vicinanza interumana tale da dissolvere ogni “diritto alla distanza tra gli uomini”, l'ideologia comunitarista ha come risultato quello di costituire una minaccia “per l'uomo stesso”¹⁰. Nelle sue varie declinazioni la comunità produce “la rinuncia all'affermazione del proprio sé”; la pretesa di “relazioni sostanziali da persona a persona” significa “l'abbandono dell'intimità ultima”¹¹ che può invece essere salvaguardata solo attraverso l'istituzione di regole che conservino l'esteriorità formale dei rapporti. Da qui la sua attenzione per le forme del cerimoniale, in cui si manifesta esplicitamente “l'artificialità di cui l'uomo si circonda”¹², per quelle del gioco (“La società – scrive – vive solo dello spirito del gioco”¹³), per la delicatezza che “evita ogni autenticità esplosiva”¹⁴, per il tatto, inteso come “arte della differenziazione sociale interiore”¹⁵, per la condotta diplomatica orientata, allo stesso modo del tatto, al fine di “coltivare semplici relazioni senza scopo”¹⁶.

La critica alla nozione di comunità nei termini in cui si è detto non ha e non può avere fra i suoi obiettivi polemici la riflessione di Ferdinand Tönnies: innanzitutto per ragioni temporali, dato che la prima edizione di *Gemeinschaft und Gesellschaft* è del 1887; in secondo luogo perché, com'è stato osservato, sotto il profilo teorico comunità e società nella riflessione tönnesiana “corrispondono a due tipi diversi di individualismo”¹⁷. La prima, dunque, non costituisce il luogo cui nostalgicamente si aspira in nome di una pienezza di rapporti che la modernità societaria, con la sua astrattezza e formalità avrebbe definitivamente compromesso, ma piuttosto il suo “opposto sociologico”¹⁸. Ne consegue la sostanziale estraneità, anche sotto il profilo biografico, della riflessione di Tönnies rispetto “all'entusiasmo comunitario che si diffonde in modo sempre più spaventoso in Germania fino alla catastrofe degli anni Trenta”¹⁹.

9 H. PLESSNER, *I limiti della comunità. Critica del radicalismo sociale* (1924), trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2001, 21.

10 *Ibidem*.

11 *Ivi*, 51.

12 *Ivi*, 85.

13 *Ibidem*.

14 *Ivi*, 98-99.

15 *Ivi*, 100.

16 *Ivi*, 103.

17 M. RICCIARDI, *Introduzione a F. TÖNNIES, Comunità e società* (1887), trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2001, X.

18 *Ivi*, XIV.

19 *Ivi*, VIII-IX.

2. Weimar e la ricerca della comunità perduta

Tale entusiasmo è invece presente in misura massiccia nella stessa Costituzione di Weimar che, specialmente nella seconda parte, quella relativa ai *Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi*, dissolve le spinte rivoluzionarie, o quanto meno riformatrici, all'interno di un quadro di riferimenti di tipo organicistico nel quale il bene comune si pone comunque come terzo superiore. Lo stesso giuslavorismo weimariano, a prescindere dai suoi indubbi meriti, deve molto, soprattutto nelle sue figure più eminenti, come Hugo Sinzheimer, alla lezione gierkeana²⁰.

Ma è nella riflessione giuridica di orientamento conservatore che la pulsione comunitaristica trova la sua maggiore espressione. A questo proposito può risultare utile il riferimento a Rudolf Smend, autore nel 1928 di un fortunato saggio dal titolo *Verfassung und Verfassungsrecht*. In esso egli si sforza di conferire alla nozione di Stato una specifica realtà materiale costituita dall'intreccio fra “individuo e comunità”²¹. L'affermazione dell'indissolubile commistione fra questi due elementi permette a Smend di criticare la pretesa – propria di larga parte del pensiero politico moderno, perlomeno da Hobbes in poi – di costituire lo Stato a partire dal singolo. A suo avviso, infatti, a partire dalle “configurazioni dell'individualità non si giunge alle forme superindividuali della vita sociale, allo Stato, perché queste esigono di per sé un tipo particolare di formazione dei concetti e non sono quindi spiegabili a partire da quegli elementi”²². Lo Stato, lungi dall'essere “un intero immobile da cui emanano singole espressioni di vita, leggi, atti diplomatici, sentenze, atti amministrativi”²³, è una vera e propria entità vivente caratterizzata da “un processo di rinnovamento costante, di continua rigenerazione del vissuto”; processo al quale Smend, com'è noto, attribuisce il nome di *integrazione*²⁴. Solo apparentemente i due termini a partire dai quali si articola il movimento dialettico di tipo integrativo – individuo e comunità – sono sullo stesso piano; infatti Smend, pur affermando la necessità di tenerli distinti, ritiene che “soltanto all'interno della vita spirituale della comunità senso e valore divent[i]no realtà di senso e valore”. Solo a livello comunitario, insomma, trova piena espressione e piena realtà il momento della “vita personale”²⁵.

Le tre forme di integrazione che Smend teorizza, quella personale, quella funzionale e

20 Di “ideologia comunitario-organica di cui trasuda la costituzione weimariana, specie nella sezione dedicata alla 'vita economica’” ha parlato M. CACCIARI, *Walther Rathenau...*, cit., 67. Per uno sguardo sul giuslavorismo weimariano si vedano i saggi raccolti in E. FRAENKEL-O. KAHN-FREUND-K. KORSCH-F. NEUMANN-H. SINZHEIMER, *Laboratorio Weimar. Conflitto e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma, Edizioni Lavoro, 1982 e il saggio introduttivo di G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel “laboratorio Weimar”*, ivi, 7-44. Cfr. altresì G. ARRIGO *Teorie e ideologie politiche e sindacali nella Repubblica di Weimar. Dalla “democrazia consiliare” alla “democrazia economica”*, in *Rivista di studi politici*, a. XXX, gennaio-marzo 2018, 89-132. Sul punto ci permettiamo inoltre di rimandare a A. SCALONE, *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Monza, Polimetrica, 2011, 243-270.

21 R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), trad. it. Milano, Giuffrè, 1988, 68.

22 Ivi, 67.

23 Ivi, 75-6.

24 Ivi, 76.

25 Ivi, 77.

quella materiale, sembrano tutte orientate dalla necessità di fondare modalità di coesistenza eccedenti il semplice accordo fra singoli e di sostanziarlo. Così l'integrazione personale ha a che fare con un'eccedenza specifica: la presenza del capo e l'esercizio determinato della *Führung*, la cui azione determina l'adesione emotiva dei subordinati che devono riconoscere nella vita del gruppo, promossa dall'azione del capo, la propria, autentica vita. Si tratta di una vera e propria “esperienza vissuta” nella quale i subordinati divengono attivi grazie alla mediazione del capo²⁶. “Non vi è vita spirituale – conclude infatti Smend – senza 'leadership' (*Führung*)”²⁷. È in una figura particolare di capo, il sovrano dinastico, che si rende visibile appieno il rapporto fra integrazione personale e realizzazione di una comunità materiale: egli infatti simboleggia e riassume nella sua persona “il patrimonio storico dei valori statali della comunità”²⁸ permettendo ai subordinati di riconoscersi in esso e di realizzare così la necessaria coesione sociale.

L'integrazione funzionale ha a che fare con “forme di vita collettivizzanti”, atte cioè a “rafforzare l'esperienza vissuta della comunanza (*Gemeinsamkeit*)” in modo da “intensificare la vita sia della comunità che del singolo”²⁹. Come esempi Smend adduce “il ritmo acustico di un'attività in comune” o le strategie tese a ricomporre il conflitto sociale in termini di “unità spirituale”, nella quale dovrebbero riconoscersi tutti gli attori del “processo di produzione”, a partire ovviamente dai lavoratori, al fine di garantire a un tempo maggiore “partecipazione interiore” e incremento della “prestazione pratica del singolo”³⁰. Le stesse elezioni hanno per Smend un significato eminentemente funzional-integrativo: esse non valgono tanto come strumenti di autorizzazione nei confronti dei rappresentanti, ma come “procedure” attraverso le quali si produce qualcosa di vivente e unitario: “l'individualità politica del popolo nel suo insieme”³¹. Ma perché ciò avvenga è necessaria la preesistenza di un sostrato omogeneo di tipo prepolitico e che per ciò stesso si sottrae al conflitto e lo delimita: l'efficacia dell'integrazione funzionale, così come quella delle altre forme di integrazione presuppone infatti, scrive Smend, “una comunità di valori non messa in questione dalla lotta politica”³².

La terza forma di integrazione, quella materiale, ha a che fare con la “partecipazione a contenuti di valore materiali”³³, quei valori, cioè, che a un tempo presuppongono e arricchiscono una “comunità”³⁴ e che trovano la loro sedimentazione in “simboli politici quali bandiere, stemmi, capi di Stato (specialmente monarchi), cerimonie politiche e feste nazionali”³⁵.

26 Ivi, 82: “In tale esperienza vissuta i diretti sono vivi e i capi costituiscono la forma di vita di coloro che in questi divengono socialmente e spiritualmente attivi”.

27 Ivi, 83.

28 Ivi, 84.

29 Ivi, 89.

30 Ivi, 89.

31 Ivi, 94.

32 Ivi, 95.

33 Ivi, 102.

34 Ivi, 100.

35 Ivi, 102.

3. Omogeneità e identità in Carl Schmitt

Nella riflessione schmittiana degli anni Venti e dei primi anni Trenta sembrano all'opera due prospettive di ricerca distinte e fra loro non facilmente conciliabili. La prima, preso atto dell'esaurirsi, all'altezza del primo conflitto mondiale, del sistema degli Stati e della sua capacità di governare i conflitti, procede ad una rielaborazione del plesso giuridico-politico che progressivamente possa fare a meno della concettualità moderna incentrata sulla nozione di Stato: vanno in questo senso sia alcuni scritti giusinternazionalistici degli anni venti, sia lo stesso *Der Begriff des Politischen*. La dicotomia amico-nemico proposta in questo scritto è appunto il tentativo di pensare il politico in termini post-statali. Tale linea di ricerca troverà il suo esito e la sua (problematica) sistemazione negli scritti degli anni Trenta orientati alla definizione del concetto di *Grossraum*³⁶. La seconda, che corre parallela alla prima fino a *Legalität und Legitimität*, apparso nel 1932, mira invece a recuperare per quanto possibile, con uno sguardo alle precarie sorti della repubblica di Weimar e al dibattito politico-giuridico interno, quella sostanza statale che per altro verso sembra a Schmitt sempre più evanescente. Per documentare tale sforzo faremo riferimento, prima che al già citato testo del '32, a *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, pubblicato per la prima volta nel 1923 e in forma accresciuta da un'importante introduzione nel 1926, e a *Staatsethik und pluralistischer Staat*, apparso nel 1930.

Nel saggio dedicato al parlamentarismo, Schmitt argomenta a favore del definitivo superamento di questa forma di organizzazione politica, in conseguenza del fatto che i presupposti teorici che la legittimavano appaiono al giorno d'oggi, di fronte all'irruzione sulla scena politica delle masse organizzate, definitivamente obsoleti. Alla pluralità delle convinzioni politiche che trovavano la loro composizione razionale nella legge, frutto del libero e disinteressato dibattito parlamentare, succede piuttosto una dinamica politica fondata su una serie di *identità/identificazioni* (governanti e governati, sovrano e sudditi, soggetto e oggetto dell'autorità statale, popolo e sua rappresentanza, quantitativo – maggioranza parlamentare – e qualitativo – giustizia della legge)³⁷ a partire da un'omogeneità di tipo pre-politico ed esistenziale che più che con convinzioni razionali ha a che fare con la dimensione del mito³⁸. Tale omogeneità si costituisce e si rafforza – su questo Schmitt è assolutamente esplicito – tramite l'eliminazione del diverso, condizione necessaria per istituire, mantenere e rafforzare rigorosi limiti fra interno ed esterno: “Propria della democrazia – scrive – è dunque innanzitutto l'omogeneità e secondariamente

36 Su questo aspetto della riflessione schmittiana ci permettiamo di rimandare al nostro *La teoria schmittiana del grande spazio: una prospettiva post-statale?*, in *Scienza & Politica*, vol. XXIV (2017), 179-205. Più in generale sul pensiero internazionalista di Schmitt cfr. F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012.

37 C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo* (1926²), trad. it. Torino, Giappichelli, 2004, 37. Su questo saggio e più in generale sulla critica schmittiana al parlamentarismo cfr. G. STELLA, *Sovranità e diritti. La dottrina dello Stato da Jellinek a Schmitt*, Torino, Giappichelli 2013, 163-210.

38 È proprio al mito politico che Schmitt dedica il capitolo finale del proprio saggio, cfr. C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale*, cit., 91-106.

– all'occorrenza - l'eliminazione o l'annientamento dell'eterogeneo”³⁹. Si tratta di una condizione necessaria, giacché “la forza politica di una democrazia si mostra nel fatto che essa sa eliminare o tenere lontano ciò che, in quanto estraneo o diseguale, minaccia l'omogeneità”⁴⁰. Lo stesso diritto di voto universale ed eguale per tutti è il corrispettivo dell'“eguaglianza sostanziale entro il circolo degli uguali e non va oltre questa uguaglianza”⁴¹. Peraltro, non c'è stato finora, a livello storico, un modello di democrazia che non si sia costituita *anche* sulla discriminazione dello straniero e che “abbia realizzato l'uguaglianza di tutti gli uomini”; ogni universalismo astratto, a giudizio di Schmitt, appartiene all'ideologia liberale, più che a quella democratica⁴². La concezione identitaria della democrazia, oltre al riferimento ad un'omogeneità di tipo esistenziale, comporta due ulteriori, importanti conseguenze. La prima è l'indifferenza circa le procedure attraverso le quali le identità si realizzano: sotto questo profilo il meccanismo elettorale e l'acclamazione si equivalgono⁴³. La seconda è che, conformemente all'insegnamento di Rousseau nel *Contrat social*, non vi possono essere istanze intermedie, come i partiti, “né interessi particolari, né differenze religiose” che fessurino l'omogeneità unanimistica del popolo⁴⁴. Qui si situa una fine osservazione di Schmitt relativa ad un'inconseguenza del ragionamento rousseauiano: se democrazia e omogeneità sostanzialmente coincidono, se la democrazia è a tal punto identitaria da comportare l'unanimità, perché immaginare alla base dell'ordine politico un contratto *individuale*, connotato, per ciò stesso, da “differenza e opposizione”?⁴⁵. L'unanimità si dà *im*-mediatamente o non si dà: “Dove essa sussiste, a causa della sua naturalità, il contratto è senza senso; dove non sussiste, un contratto non giova”⁴⁶. Il problema è che, a giudizio di Schmitt, nel *Contrat social* convivono contraddittoriamente due principi politici diversi: quello liberale, che Schmitt giudica solo di “facciata” e quello democratico che costituisce “il vero volto” del modello rousseauiano⁴⁷.

Se in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* l'obiettivo polemico è l'ideologia parlamentare propria del pensiero liberale, in *Staatsethik und pluralistischer Staat* Schmitt si propone di fare i conti col pensiero pluralistico, in particolare con Cole e Laski. Egli esordisce affermando che l'odierna crisi dello Stato è anche, necessariamente, crisi della specifica “etica statuale”⁴⁸. Essa non è propria solo del pensiero hegeliano o della più recente dottrina fascista, ma anche di Kant, ovvero di un pensatore che, sotto il profilo politico, viene piuttosto ascritto al campo liberale. La ragione per cui Kant rifiuta il diritto

39 Ivi, 11.

40 Ivi, 12.

41 Ivi, 14.

42 *Ibidem*. Che “ogni uomo adulto solo in quanto uomo de[bb]a essere *eo ipso* politicamente con gli stessi diritti”, scrive, “è un'idea liberale, non democratica; essa pone una democrazia dell'umanità al posto della democrazia esistente finora, fondantesi sul presupposto dell'uguaglianza e omogeneità sostanziali”.

43 Cfr. ivi, 37.

44 Ivi, 19.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 Ivi, 18.

48 C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930), in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, 132.

di resistenza è da connettere, secondo Schmitt, alla convinzione della superiorità dello Stato rispetto ad ogni altra associazione interumana: “Nonostante tutte le relativizzazioni razionali dell'idea di Stato, Kant ha rifiutato il diritto di resistenza contro lo Stato sulla base dell'idea dell'unità dello Stato”⁴⁹. Vi è qui il nocciolo dell'argomentazione antipluralista: la pretesa di fare dello Stato un'associazione fra le altre, senza assegnare ad essa un rango superiore porta alla situazione odierna, ovviamente deprecata da Schmitt, nella quale lo Stato non è che il *Kompromißobjekt* di “gruppi di potere sociali ed economici, un agglomerato di fattori eterogenei, partiti, associazioni d'interesse, gruppi industriali, sindacati, chiese ecc.”⁵⁰. In realtà, a suo giudizio, anche uno Stato pluralistico può possedere una sua specifica etica: essa si identifica con la *Verfassung* e con i valori condivisi in essa contenuti. In questo caso “l'etica statale diventa allora etica costituzionale”⁵¹. Non è questo però il caso della repubblica di Weimar nella quale l'accordo fra i gruppi contrapposti è fondato semplicemente sul principio *pacta sunt servanda*. Ma questa, rileva Schmitt, è un'etica della guerra civile che produce per il cittadino “una situazione insopportabile poiché in questo modo viene a mancare la situazione normale e il presupposto di ogni norma etica e giuridica”⁵². La necessità, morale e politica, di ovviare a tale situazione e di ricostituire l'unità dissolta è espressa conclusivamente da Schmitt nella formula “*Pflicht zum Staat*”, formula che però, con riferimento alle scelte schmittiane degli anni successivi, assume una colorazione piuttosto sinistra: il dovere nei confronti dello Stato, qualunque esso sia, sembra infatti lasciare il giurista disarmato di fronte all'avvento del peggiore dei poteri totalitari.

L'enfasi sul concetto di omogeneità ritorna in un altro scritto fortemente situato all'interno del dibattito politico-giuridico weimariano, il già citato *Legalität und Legitimität*. Senza ripercorrere tutte le articolazioni dello scritto, è su questo specifico elemento che concentreremo la nostra attenzione. Il nesso fra quest'opera e *Die geistesgeschichtliche Lage* è evidente, tanto che Carlo Galli, nella sua *Introduzione* all'edizione italiana di *Legalität und Legitimität*, ha potuto scrivere che il saggio sul parlamentarismo costituisce “il prologo in cielo” di quello del 1932⁵³. Tale nesso è costituito proprio dal concetto di omogeneità che secondo Schmitt è il presupposto necessario di ogni forma politica: senza “una sostanziale omogeneità di tutto il popolo” non solo non potrebbe darsi democrazia, ma non troverebbe giustificazione la pretesa che la minoranza si sottometta alle decisioni della maggioranza, anche quando lo scarto fra l'una e l'altra è minimo⁵⁴. In quest'ottica sostanzialmente unanimistica e identitaria il voto, nel quale solo in apparenza la maggioranza prevale sulla minoranza, non ha altra funzione che quella di certificare e formalizzare “un *accordo* e un'unanimità presupposti ed esistenti in forma latente”. Va da sé che in un simile contesto democrazia e pluralità appaiono radicalmente opposti e incompatibili, anzi, la seconda risulta essere una pericolosa deviazione patologica rispetto alla prima: “Poiché, come già

49 Ivi, 134.

50 Ivi, 136.

51 Ivi, 145.

52 *Ibidem*.

53 C. GALLI, *Introduzione* a C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2018, 9.

54 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 60.

accennato, ogni democrazia poggia sul presupposto del popolo indivisibilmente omogeneo, intero, unitario, essa non conosce propriamente, nei fatti e nella sostanza, alcuna minoranza e tantomeno una pluralità di minoranze stabili e costanti”⁵⁵. Al di fuori del presupposto dell'omogeneità del popolo la pretesa della maggioranza di far valere la propria volontà diventa “vera violenza, quantitativamente maggiore o minore, sulla minoranza soverchiata e dunque oppressa”. Con ciò si dissolve anche “l'identità fra governanti e governati”⁵⁶ ed è messa in pericolo la stessa sopravvivenza dell'unità politica. Molte pagine del suo saggio sono appunto dedicate alle caratteristiche e alle conseguenze dello Stato pluralistico dei partiti, espressione nella quale egli compendia il profilo istituzionale weimariano. Lungi dall'esprimere una omogeneità sostanziale, le decisioni delle mutevoli maggioranze parlamentari poggiano “esclusivamente su un compromesso tra organizzazioni di potere del tutto eterogenee”⁵⁷. Peraltro, si tratta di una sorta di 'pluralismo chiuso': tramite la “negazione del principio dell'uguaglianza di *chances*”, infatti, vengono discriminati “tutti i partiti che non rientrano fra i partner del pluralismo”⁵⁸. Inoltre lo Stato pluralistico dei partiti non si sottrae, ad onta del proprio carattere plurale, alla tendenza a farsi totale. Solo che, scrive Schmitt riprendendo analisi avanzate in scritti precedenti, esso è uno Stato totale non già “per forza, bensì “per debolezza”, ovvero costretto dalla necessità di “soddisfare le esigenze di tutti gli interessati” senza poter esercitare “qualsivoglia ruolo di guida e di influenza politica”⁵⁹. Il richiamo finale è significativamente alla necessità, per ovviare a tale situazione, di una “riconfigurazione della costituzione tedesca” capace di cogliere in essa e valorizzare “contenuti e forze sostanziali del popolo tedesco”. In mancanza di una decisione in questo senso, a favore di un “ordine sostanziale” (contenuto a suo avviso nella seconda parte della Carta) e non di una “neutralità di valore funzionalistica”, potrebbe risultare definitivamente compromessa la stessa “idea di una costruzione costituzionale tedesca”⁶⁰.

4. Comunità e nazione in Hermann Heller

Il *pathos* comunitaristico, identitario e orientato alla valorizzazione dell'omogeneità

55 Ivi, 61.

56 Ivi, 62.

57 Ivi, 121.

58 Ivi, 122.

59 Ivi, 126.

60 Ivi, 128. Nel nostro ragionamento abbiamo opposto fra loro le tesi di Plessner e quelle di Schmitt a proposito del plesso comunità/omogeneità. Ciò potrebbe suscitare qualche perplessità tenendo conto del fatto che Plessner, in un saggio nel quale le citazioni esplicite sono assai scarse, ne dedichi una proprio a *Der Begriff des Politischen* di Schmitt. Egli infatti, con riferimento a questo saggio, afferma in modo perentorio che “una decisione dev'esserci” perché si dia ordinamento e perché questo possa “ricevere validità *giuridica* e non semplicemente un carattere di decretazione d'urgenza” (H. Plessner, *Il limiti della comunità*, cit., 108-9). Tuttavia quel che Plessner riprende della riflessione di Schmitt è precisamente il carattere assoluto ed eccezionale della decisione, svincolata da ogni omogeneità preesistente: “In ultima istanza tutto fa capo – scrive – all'uomo al quale va il potere supremo, tutto fa capo alla sua individualità irrazionale”; egli è la condizione perché un'unità si dia, perché si produca (non perché si manifesti a partire da un'unanimità sostanziale, come in Schmitt). Come scrive Bruno Accarino nella *Postfazione* alla traduzione italiana del saggio di Plessner a proposito dell'utilizzo che questi fa della riflessione schmittiana (ivi, 171), “l'orizzonte è dunque quello di una ridefinizione complessiva del potere a fronte del presunto assorbimento comunitario dello stesso”.

sostanziale non è patrimonio soltanto di giuristi di orientamento conservatore, ma si estende anche al versante politico opposto. Una conferma di questa circostanza si trova, oltre che nelle vicende del giuslavorismo cui si è già fatto cenno, nella riflessione di Hermann Heller, socialdemocratico, ma esplicitamente avverso – come fece mettere a verbale nel 1920, al momento della sua iscrizione alla SPD, tanto al materialismo storico, quanto all'internazionalismo⁶¹. Di quest'autore prenderemo in considerazione soprattutto due saggi: *Sozialismus und Nation*, pubblicato per la prima volta nel 1925 e poi, con qualche modifica, nel 1931, e *Politische Demokratie und soziale Homogenität* del 1928.

Nel primo saggio Heller tende a caratterizzare la sua adesione al socialismo in senso etico giacché, scrive, nessuna necessità di tipo sociale o scientifico può portare di per sé all'edificazione di una società socialista⁶². Piuttosto, le “convinzioni morali – afferma con una certa enfasi – sono potenze gigantesche (*gewaltige Mächte*)!”⁶³. La vita stessa di Marx che rinuncia ad una tranquilla ed agiata esistenza borghese testimonia lo stretto legame che sussiste fra socialismo ed etica⁶⁴. Frequente in questo saggio è il riferimento a Fichte perché permette a Heller di porre con forza il legame fra socialismo e nazione: è la nazione il medio concreto attraverso il quale bisogna passare per realizzare effettivamente la “comunità socialista”⁶⁵. Ancora, il riferimento a Fichte permette a Heller di sostenere il carattere rivoluzionario dell'idea di nazione la cui attuazione in Germania nel XIX secolo avrebbe portato al “rovesciamento di una dozzina di troni, più o meno grandi”⁶⁶. *Blut, Boden e Kultur*, ma quest'ultima in una posizione un po' subordinata rispetto ai primi due, sono gli elementi costitutivi di quella *Gemeinschaft* nazionale della quale tutti necessariamente fanno parte e dalla quale, proprio per il suo valore formativo nei confronti dell'individuo e per la sua incidenza sulle condizioni materiali, non si può prescindere⁶⁷. In particolare, “i più importanti legami naturali che (...) uniscono e distinguono dagli altri sono il sangue e il suolo, la stirpe (*Abstammung*) e il territorio” che contribuiscono a formare “le basi naturali della nazione”⁶⁸.

Non solo socialismo e nazione non si oppongono, ma il socialismo si compie – e, per così dire, si spoglia di alcuni suoi caratteri astrattamente universalistici – nella nazione: “La nazione è una forma di vita definitiva che non può e non deve essere eliminata attraverso il socialismo. Socialismo non significa affatto la fine, ma piuttosto il compimento della comunità nazionale, non la distruzione della comunità nazionale attraverso la classe, ma la distruzione della classe attraverso una vera comunità nazionale”⁶⁹. Pur non negando la lotta di classe, Heller la pone al servizio della realizzazione di un'autentica comunità nazionale: essa “è un mezzo sociale necessario per la realizzazione del socialismo. Ma socialismo non

61 Cfr. M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo, 2006, 58.

62 H. HELLER, *Sozialismus und Staat* (1931²) in ID., *Gesammelte Schriften*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, vol. I, 440.

63 Ivi, 441.

64 Cfr. *ibidem*.

65 Ivi, 445.

66 Ivi, 450.

67 Cfr. Ivi, 452-459.

68 Ivi, 452.

69 Ivi, 468.

significa la fine, bensì il compimento della comunità nazionale”⁷⁰. E poco più avanti: “La parola d'ordine della lotta di classe può essere solo: la classe deve divenire nazione. Noi ci vogliamo battere non al di fuori, ma all'interno della nazione! Il socialismo è tanto più vicino al suo scopo, quanto più la classe lavoratrice è vicina alla nazione”⁷¹. Poiché la nazione è il fondamento dello Stato, la realizzazione del socialismo non può comportare l'estinzione di esso, ma, di nuovo, la sua realizzazione più autentica: “Il socialismo non è il superamento, ma la nobilitazione dello Stato. Il lavoratore è tanto più vicino al socialismo, quanto più è vicino allo Stato”⁷².

In apertura del secondo saggio, Heller afferma che quello dell'omogeneità politica e del suo significato è “un problema inesauribile”. Ne consegue la sua centralità e la necessità di esaminarlo non solo secondo un punto di vista puramente giuridico. Heller giudica infatti questo approccio insufficiente e bisognoso pertanto di essere integrato in orizzonte più ampio attraverso il riferimento ad altri punti di vista: segnatamente quello sociale, quello economico e quello etico⁷³. L'unità politica, infatti, non può essere tale solo in termini formali, ma deve realizzarsi anche a livello di coscienza. Nei termini di Heller: “Se la democrazia dev'essere formazione cosciente dell'unità politica dal basso verso l'alto, ogni rappresentanza deve restare legalmente dipendente dalla volontà della comunità. Il popolo in quanto molteplicità deve farsi coscientemente popolo in quanto unità”⁷⁴. In questo quadro integrativo trovano posto anche i partiti, intesi come “fattori specifici dell'unificazione delle volontà che chiamiamo Stato democratico”⁷⁵. Se è impensabile una società senza conflitti, pure l'obiettivo dell'azione politica dev'essere quello della realizzazione e del mantenimento dell'omogeneità e della coesione sociali: a questo proposito Heller menziona, come fattori integrativi, “la lingua, la cultura e la storia comuni”⁷⁶. Il problema però è come conciliare l'esigenza di omogeneità di fronte agli “enormi conflitti di classe e di razza”, dato che non si dà democrazia senza “integrazione sociale”⁷⁷. Qui si manifesta il vero tema della riflessione helleriana: come controllare il conflitto sociale, come fare in modo che la classe operaia rispetti “le forme democratiche della lotta di classe”⁷⁸. La realizzazione di tale obiettivo è affidata innanzitutto alla “perspicacia del proletariato”, ma molto di più alle “capacità intellettuali e morali della classe che ha il potere e di coloro che stanno dalla sua parte”⁷⁹. Spetta innanzitutto a loro il compito di realizzare una “omogeneità dei comportamenti quotidiani” - come già avvenuto negli Stati Uniti - e di affermare un’“omogeneità antropologica” e culturale capaci di

70 Ivi, 472.

71 Ivi, 474.

72 Ivi, 496.

73 H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale* (1928), trad. it. in *Quaderni piacentini*, a. 1983, n. 10, 139.

74 Ivi, 143.

75 *Ibidem*.

76 Ivi, 145.

77 Ivi, 146.

78 Ivi, 146.

79 Ivi, 148.

disinnescare i pericoli insiti nella “disparità economica”⁸⁰.

5. L'anticomunitarismo di Hans Kelsen

Negli autori trattati in precedenza costante è la polemica nei confronti di Hans Kelsen. Questi, infatti, sembra incarnare al meglio il profilo del giurista formalista e dunque lontano dalla realtà, estraneo alla materialità dei rapporti concreti fra gli uomini, disinteressato all'effettività del diritto. Peraltro lo stesso Kelsen non mancherà di rispondere a tali critiche, ad esempio dedicando un intero saggio a Smend, *Der Staat als Integration*⁸¹, e un altro per contrapporsi alla proposta schmittiana del Presidente del *Reich*, eletto plebiscitariamente, come difensore della Costituzione⁸².

Ci si può chiedere tuttavia se effettivamente tali rilievi siano giustificati o se, invece, la riflessione di Kelsen non offra spunti utili per criticare il comunitarismo identitario di questi autori.

Senza voler ricostruire il profilo complesso della riflessione kelseniana negli anni europei, va comunque perlomeno ricordato che costante, fin dalle prime prove, è la consapevolezza del necessario legame fra la dimensione propriamente giuridica e quella della realtà concreta. Così, ad esempio, nel primissimo scritto di Kelsen, successivo alla tesi dedicata a Dante, egli, affrontando il tema della composizione delle liste elettorali, è mosso dal fine, apertamente politico, di fare in modo che il meccanismo elettorale possa riflettere, nel modo più fedele possibile, la reale articolazione degli interessi sociali e delle loro organizzazioni⁸³. Si tratta di una posizione che tornerà invariata in tutti i suoi scritti successivi dedicati al diritto elettorale. Nella sua prima grande opera, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, egli individua precisamente nel parlamento il luogo in cui la società, con i suoi contrasti e le sue contrapposizioni, fa irruzione all'interno della sfera politico- giuridica, influenzandola, tanto che l'attività legislativa viene definita come “funzione sociale”⁸⁴.

Ciò che muove Kelsen in direzione della strutturazione di una compiuta scienza del diritto, formalizzata e libera da inconfessate opzioni politiche, è l'idea che solo una forma giuridica *pura* sia in grado di garantire il rispetto dei concreti rapporti di forza sociali. La stessa

80 *Ibidem*. Va comunque segnalato che in questo saggio, diversamente da quello precedente, Heller, differenziandosi esplicitamente in ciò da Schmitt, denuncia i limiti del sentimento nazionale come fattore d'integrazione: “Nell'Europa del dopoguerra – scrive – l'idea dello Stato nazionale sovrano ha perso molto della sua forza di convinzione presso tutte le classi sociali (...) Ben presto l'idea di nazione apparirà (...) insufficiente a legittimare la creazione dell'unità democratica” (ivi, 150). Ha richiamato l'attenzione su questo punto P. PASQUINO, *Unità politica, democrazia e pluralismo. Note su Carl Schmitt, Hermann Heller e Ernst Fraenkel*, in *Quaderni piacentini*, a. 1983, n. 10, 134 (si tratta del saggio introduttivo alla traduzione italiana, curata dallo stesso Pasquino, dello scritto di Heller).

81 Trad. it. Milano, Giuffrè, 2001. Sul saggio si vedano l'ampia *Presentazione* della curatrice, M. A. CUBIDDU (ivi, VII-LXVII) e A. SCALONE, *L'ordine precario*, cit., 171-208.

82 H. KELSEN, *Chi dev'essere il Custode della Costituzione?* (1930-31), trad. it. in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.

83 Cfr. H. KELSEN, *Wählerlisten und Reklamationsrecht* (1906), in *Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Mohr-Siebeck, Tübingen 2007, 301-331. Sulla riflessione elettorale in materia elettorale ci permettiamo di rimandare al nostro *Stato, scienza e società in Hans Kelsen. Su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, Modena, Mucchi 2016, 15-52.

84 H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (1923²), trad. it. Napoli, Esi, 1997, 460.

Costituzione, a suo dire, lungi dall'incarnare principi universali o valori sempiterni, non è altro che il portato della concreta situazione degli attori che hanno dato vita al processo costituente⁸⁵. Come si vede, nessuna enfasi nei confronti dell'unità: questa è e può essere *solo* giuridica e al di sotto di essa si conservano e agiscono i rapporti sociali, sicché si può dire che per Kelsen il processo costituente non è mai compiuto. Tutti i tentativi di nascondere questa realtà tramite il riferimento a enti collettivi quali lo Stato inteso in senso sostanziale, il bene comune o l'interesse generale sono criticati in quanto produttivi di entità fittizie, “spettri” o “fantasmi” che meritano di essere dissolti e smascherati nella loro unica, vera funzione: quella, eminentemente politica di dissimulare i rapporti di sovra- e sott'ordinazione fra i differenti strati sociali e, più in generale, fra i governanti e i governati. Fantasma è lo Stato, fantasma è il popolo, fantasmi sono l'interesse generale e il principio rappresentativo. La *desostanzializzazione* dello Stato, la sua riduzione a mero punto d'imputazione ha precisamente la funzione di procedere oltre l'apparenza. Ma proprio perché lo Stato non ha realtà, vanno valorizzate le aggregazioni sociali che agiscono sotto la sua superficie e che confliggono fra loro. Lo stesso dicasi per il popolo: “Non è necessario essere marxisti – scrive – per considerare come un fantasma, di fronte ai profondi contrasti di classe che dividono il popolo organizzato nello Stato, che forma giuridicamente un'unità, una volontà collettiva che unifichi spiritualmente l'intero popolo”⁸⁶.

A proposito dell'interesse generale, Kelsen scrive già negli *Hauptprobleme* che esso non esiste affatto, ma vi sono piuttosto “sempre solo interessi di gruppi che conquistano per sé in qualche modo il potere statale, la volontà dello Stato”⁸⁷. In *Vom Wesen und Wert der Demokratie* egli qualifica l’“interesse generale superiore e trascendente gli interessi dei gruppi” come “illusione metafisica”⁸⁸.

Poiché non esiste un popolo unitario, appare come un'illusione la stessa sovranità popolare. In sé, scrive Kelsen nella *Allgemeine Staatslehre*, il popolo “è muto”⁸⁹, dunque risulta una pura finzione l'idea del trasferimento di volontà da esso al rappresentante. L'idea di sovranità popolare ha una funzione puramente ideologica: “Essa vuole far credere a quegli stessi che attraverso la Costituzione sono esclusi dalla legislazione che essi, sia pure solo rappresentati dal parlamento, tuttavia determinano la volontà dello Stato. E nella stessa misura in cui le riesce questo, fonda la posizione di forza del parlamento: questo si legittima attraverso quel dogma della volontà popolare che respinge attraverso la sua esclusiva competenza legislativa”⁹⁰.

85 Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), trad. it. in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., 152. Ha osservato a questo proposito M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1993, 143, che per Kelsen la Costituzione va intesa come “norma fondamentale di una società massimamente aperta e pluralistica che sfugge ad ogni definizione sostantiva del bene comune, così come ad ogni tipo di 'omogeneità' politico-sociale che non sia quella relativa al necessario riconoscimento e rispetto delle regole del gioco”.

86 H. KELSEN, *Tra scienza del diritto e sociologia* (1911), trad. it. Napoli, Guida, 1974, 55.

87 H. KELSEN, *Problemi fondamentali...*, cit., 532.

88 H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929²), trad. it. in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1988, 68.

89 H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (1925), trad. it. Milano, Giuffrè, 2013, 701.

90 *Ibidem*.

Non ci si può stupire che in quest'opera di radicale desostanzializzazione dello Stato subisca un radicale ridimensionamento anche il concetto di cittadinanza. Tale concetto non indica altro che una condizione *giuridica*. Ad esso dunque non si connette alcun “particolare dovere di fedeltà e di obbedienza”⁹¹ che, semmai, risulta rilevante sotto il profilo “etico-giuridico”, in quanto tale indifferente per il giurista. Il diritto di cittadinanza, *allo stesso modo del diritto di residenza*, cui per questo motivo risulta assimilabile, esprime semplicemente una “particolare appartenenza”⁹² formale: la differenza è soltanto quantitativa, relativa cioè alle dimensioni dell'ambito del quale si è parte. Ma se la distinzione fra cittadino e non cittadino è puramente accidentale essa, com'è stato osservato, non ha niente a che fare con l'idea che “lo Stato sia necessariamente l'espressione giuridica di una comunità”⁹³.

Nell'avversione kelseniana nei confronti della sostanzializzazione di qualsivoglia ente sovraindividuale va scorta infine una delle ragioni dell'attenzione che il giurista austriaco prova nei confronti della psicanalisi. La teoria delle masse di Freud, infatti, appare a Kelsen un potente sostegno nella critica contro “ogni ipostatizzazione”, giacché scompone tutte le entità sovraindividuali, “Dio, Società e Stato, nei loro elementi individual-psicologici”⁹⁴ e gli pare dunque svolgere una funzione demistificatrice analoga a quella svolta dalla *Reine Rechtslehre*⁹⁵.

Di tale funzione mette conto infine sottolineare il carattere *esplicitamente* politico, ad onta della pretesa e tanto spesso (polemicamente) rivendicata purezza. La desostanzializzazione dello Stato, la sua riduzione a mera funzione, a punto di imputazione giuridico ha infatti come esito non solo un'acquisizione di valore meramente conoscitivo, ma piuttosto – scrive Kelsen in modo difficilmente equivocabile – quello di “elimina[re] uno degli ostacoli politicamente più efficaci che in ogni tempo hanno intralciato il cammino di una *riforma* dello Stato nell'interesse dei governati”⁹⁶.

Si potrà forse scorgere in tali affermazioni un atteggiamento ingenuamente progressista: Kelsen è effettivamente convinto che il *progresso* delle scienze – finalmente estesosi a quella più restia a tale cambiamento, la giurisprudenza⁹⁷ – potrà riverberarsi efficacemente sul piano sociale e politico. Tuttavia non va trascurato l'effetto liberatorio e, per così dire,

91 Ivi, 371.

92 *Ibidem*.

93 A. SAYAD, *Immigration et 'pensée' de l'État*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, septembre 1999, 7. Su quest'autore si veda l'importante monografia di F. RAIMONDI, *Migranti e Stato. Saggio su Abdelmalek Sayad*, Verona, Ombre Corte, 2016.

94 H. KELSEN, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud (1922)*, trad. it. in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1966², 437.

95 Ha notato a questo proposito A. CARRINO, *Scienza e politica nella crisi della modernità*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, 34, che da Kelsen “il concetto di un legame oggettivo, di una comunità naturale è respinto con orrore, essendo solo il residuo storicamente putrefatto dell'animale totemico”. Sul nesso fra Kelsen e Freud si vedano, oltre al saggio citato, J. VILLACANAÑAS BERLANGA, *Qué sujeto para qué democracia. Una análisis de las afinidades electivas entre Freud y Kelsen*, in *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 35, a. 2002, 11-54 e F. LIJOI-F.S. TRINICIA, *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Brescia, Morcelliana, 2015.

96 H. KELSEN, *Dio e Stato (1922-23)*, trad. it. in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, Esi, 1988, 163.

97 Cfr. *ibidem*: “Questa pura teoria giuridica dello Stato, che dissolve il concetto di uno Stato differente dal diritto, è una dottrina dello Stato - senza Stato. E solo così, per quanto ciò possa suonare paradossale, la teoria del diritto e dello Stato avanza dal livello della teologia nella linea della scienza moderna”.

soversivo che un progetto scientifico come il suo produsse al suo tempo (e per molti versi continua a produrre). A valle dell'analisi kelseniana, infatti, non uno dei tradizionali concetti della *Staatslehre* riesce a conservarsi intatto⁹⁸. Fu uno dei più accesi critici di Kelsen, il suo collega all'Università di Vienna Alexander Hold-Ferneck, in un libello assai velenoso cui Kelsen rispose con uno scritto di tenore analogo, a cogliere con esattezza la portata politica delle tesi dell'avversario: “Lo sregolato formalismo ed empirismo di Kelsen – scrive – sfocia in teorie addirittura spaventose, teorie che sono idonee a minare ogni rispetto del diritto e dello Stato. Devo supporre – continua – che Kelsen non sia del tutto consapevole di quanto spaventose siano queste teorie. Egli si sarebbe altrimenti fatto scrupolo di esporle in un volume destinato anche ai giovani universitari”⁹⁹. Ma Kelsen era perfettamente consapevole di tutto questo, tanto che, nel già citato *Der Staat als Integration*, scriveva in modo inequivocabile: “Chi nega la realtà dello Stato ne mette in pericolo l'autorità, allo stesso modo di chi sminuisce l'autorità di Dio, di chi non riconosce in lui una realtà trascendente, ma solo l'espressione dell'unità del mondo”¹⁰⁰. Difficilmente lo “spinozismo giuridico” di Kelsen, com'è stato giustamente definito¹⁰¹, potrebbe trovare una sintesi migliore di questo passo.

ABSTRACT

Durante la Repubblica di Weimar molti giuristi, fra cui Smend, Schmitt ed Heller, posero al centro della loro riflessione concetti quali identità, comunità e omogeneità. Lo scopo era rimediare alla carenza di legittimazione che questi autori rimproveravano alla Repubblica. L'articolo ricostruisce nei suoi tratti essenziali il dibattito su questi temi, confrontando le posizioni di questi autori con quelle, radicalmente opposte, di Hans Kelsen.

During the Republic of Weimar, several jurists, including Rudolf Smend, Carl Schmitt and Hermann Heller focused their attention on concepts such as identity, community, homogeneity. The goal was to remedy the lack of legitimacy these authors believed the Republic had. This article retraces this debate by comparing the positions of these authors with those, radically opposite, of Hans Kelsen.

98 M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. GOZZI-P. SCHIERA (a cura di) *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1987, 57 parla a proposito dell'opera di Kelsen di “una vera e propria demolizione del concetto di Stato dominante nella dottrina giuridica dello Stato dell'Ottocento” e H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990², 208 di “profanazione dello Stato”.

99 A. HOLD-FERNECK, *Lo Stato come superuomo* (1926), trad. it. in H. KELSEN - A. HOLD-FERNECK, *Lo Stato come superuomo*, Torino, Giappichelli, 2002, 4.

100 H. KELSEN, *Lo Stato come integrazione*, cit. 52.

101 A. CARRINO, *Vita e forme in Kelsen*, in H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 35.

PAROLE CHIAVE: Comunità, identità, Nazione, diritti, Costituzione