

# ALLE ORIGINI DELLA SOVRANITÀ EUROPEA

## AT THE ORIGINS OF EUROPEAN SOVEREIGNTY

Riccardo Cavallo  
Università degli Studi di Catania

*Abstract English:* This essay aims at retracing in a new light the legal and historical roots of the controversial concept of “popular sovereignty” in the European context. To this purpose, it could be useful to analyse the last great debate on sovereignty, occurred in Germany during the Weimar Republic, before the oncoming storm of Nazism. Beyond the differences, today as yesterday the real issue at stake has been the problematic relationship between Europe and sovereignty. Just consider the significant diatribe between the philosopher Jürgen Habermas and the jurist Dieter Grimm that took place at the beginning of the process of European integration as well as the controversy on the future of Europe between Habermas and the sociologist Wolfgang Streeck. In such still open debate, concepts and categories from the Weimar lexicon are re-emerging. An emblematic example is the concept of “people”, whose meaning is ambiguous, as evidenced by its linguistic and conceptual history.

*Keywords:* Popular Sovereignty; European Integration; Weimar Republic; Carl Schmitt; Hans Kelsen; Hermann Heller

*Abstract Italiano:* Il presente contributo si propone di indagare le trascurate radici storico-giuridiche del concetto di sovranità popolare nel contesto europeo a partire dall’ultimo grande dibattito sulla sovranità, consumatosi agli albori dell’apocalisse nazista durante la *temperie* weimariana. Oggi come ieri, pur con tutti i *distinguo*, infatti, la posta in gioco ruota intorno al problematico rapporto tra Europa e sovranità. Si pensi alla polemica tra il filosofo Jürgen Habermas e il giurista Dieter Grimm sviluppatasi agli albori del processo di costruzione dell’Europa e da ultimo alla diatriba sul futuro dell’Europa tra lo stesso Habermas e il sociologo Wolfgang Streeck. Nelle pieghe di questa *querelle*, ancora ben lungi dall’essersi conclusa, sembrano riemergere concetti e categorie del lessico weimariano, tra cui, quella di popolo, il cui significato appare tutt’altro che univoco, come dimostra già la sua tormentata storia linguistica e/o concettuale.

*Parole chiave:* sovranità popolare; processo di integrazione europea; Repubblica di Weimar; Carl Schmitt; Hans Kelsen; Hermann Heller

*Sommario:* 1. Posizione del problema. – 2. Hans Kelsen: norma *versus* sovranità. – 3. Carl Schmitt: sovranità *versus* norma. – 4. Hermann Heller: sovranità e norma. – 5. Conclusioni.

- ❖ Italian Review of Legal History, 8 (2022), n. 6, pagg. 227-256
- ❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>
- ❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.54103/2464-8914/19253. Articolo pubblicato sotto Licenza CC-BY.

## 1. Posizione del problema

«La sovranità torna all'ordine del giorno in Europa, per molti versi, inaspettata»<sup>1</sup>. Questa lapidaria affermazione, più di ogni altra, racchiude il problematico rapporto tra Europa e sovranità che, rimane, ancora oggi, un nodo irrisolto, a distanza di oltre un ventennio dall'inizio del *processo costituente europeo*, quando sembrava che il *vecchio* concetto di sovranità dovesse andare in frantumi<sup>2</sup> a vantaggio di una miriade di *nuovi* poteri<sup>3</sup>. A tale scopo, gli studiosi, hanno cercato, per quanto possibile, di dare un contributo alla costruzione *ab imis* dell'edificio costituzionale europeo sganciato dal vecchio e ormai obsoleto ordine hobbesiano, accogliendo solo in parte l'invito pressante di Stefano Rodotà<sup>4</sup>, il quale rivoltosi soprattutto ai giuristi li ha spronati a frequentare la dimensione dell'inedito, cioè ad *andare oltre* il loro tradizionale conservatorismo e la difesa dello *status quo* senza avventurarsi in *territori sconosciuti* in modo da poter forgiare ulteriori categorie concettuali con i materiali già a loro disposizione evitando di ricadere in un errore ricorrente, ovvero quello forma di «inversione metodologica per quale i fatti vengono subordinati al concetto»<sup>5</sup>.

In un primo frangente, allora, proprio i cultori della scienza giuridica<sup>6</sup>, dimentichi del passato e proiettati verso il futuro, si sono messi alla ricerca spasmodica di nuove e ancora acerbe categorie spesso astratte e calate dall'alto<sup>7</sup> in grado di definire la forma dell'Europa in divenire dando luogo ad un appassionato dibattito che dopo decenni di silenzio si è nuovamente incentrato non solo sulla *forma* dell'Unione europea ma anche sul significato *sostanziale* di Costituzione<sup>8</sup>. Il culmine di tale dibattito è avvenuto con la diatriba consumatasi, ben oltre i confini tedeschi, tra l'*euroscettico* Dieter Grimm e l'*euro-ottimista* Jürgen Habermas<sup>9</sup>, che racchiude forse il *punctum dolens* del *processo costituente europeo*: se sia possibile concepire una Costituzione europea senza popolo e, soprattutto, se sia ipotizzabile un popolo europeo<sup>10</sup>. Tale problema si è riproposto, a distanza di diversi anni, attraverso la disputa (c.d. *Europa-Streit*) tra l'*europeismo critico* dello stesso Habermas e il *sovranismo democratico* di Wolfgang Streeck, ancora una volta, intorno al tema

<sup>1</sup> Galli, 2019, p. 129.

<sup>2</sup> Cfr. per tutti Bonvecchio, 2010.

<sup>3</sup> Cfr. il recente volume collettaneo curato da Tuccari, 2021.

<sup>4</sup> Rodotà, 2001, p. 461.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> A sostegno della ricchezza e problematicità di tale dibattito in ambito giuridico cfr. i due tomi dei "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", dedicati *All'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, 2002.

<sup>7</sup> Notazioni critiche al riguardo si ricavano dalla lettura dei seguenti volumi pubblicati, a poca distanza, l'uno dall'altro: Cantaro, 2003, Barcellona, 2005 e Carrino, 2005.

<sup>8</sup> Balibar, 2008, p. 62.

<sup>9</sup> Cfr. i contributi di Grimm, 1996 e di Habermas, 1996, pp. 339-375.

<sup>10</sup> Cfr. Dellavalle, 2002 e Scoditti, 2001.

della sovranità nel futuro dell'Europa: Habermas, pur condividendo la diagnosi del sociologo tedesco, insiste sulla necessità di costruire una cittadinanza post-nazionale, ritenendo che l'inevitabile ritorno allo Stato-Nazione<sup>11</sup> paventato da Streeck rappresenti, allo stato dei fatti, solo un'irrealizzabile opzione nostalgica. Malgrado gli innumerevoli sforzi posti in essere dagli studiosi al fine di liberarsi una volta per tutte di questo *controverso* concetto<sup>12</sup>, come accade spesso, il *de profundis* della sovranità nelle sue molteplici sfaccettature soprattutto ottonevicesche anziché decretarne il suo definitivo tramonto non ha fatto altro che farla risorgere come la fenice dalle sue ceneri<sup>13</sup> proprio nel *milieu* europeo richiamando alla mente l'ultimo grande dibattito sulla sovranità che ha avuto luogo nella *temperie* weimariana<sup>14</sup>, in cui un posto di indubbio rilievo spetta non solo a Carl Schmitt e al suo celeberrimo antagonista Hans Kelsen, ma anche al, per troppo tempo dimenticato, giurista socialdemocratico Hermann Heller. Se Schmitt con il suo celeberrimo «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»<sup>15</sup> aveva invitato la scienza giuridica a misurarsi con un concetto-limite – come quello di stato di eccezione – e ad interrogarsi su chi dovesse essere il soggetto della sovranità; al contrario, Kelsen aveva *bypassato* tale ineludibile problema operando, da un lato, una sorta di *reductio* della sovranità statale alla sovranità dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, ritenendo che la sovranità non poteva essere affatto considerata un'entità reale, tanto da spingere lo stesso Heller, sulla scorta di Schmitt, ad indicare nella totale spersonalizzazione «la *radix malorum* della dottrina di Kelsen»<sup>16</sup>.

Non è nostra intenzione ovviamente ripercorrere in questa sede la complessa e tormentata vicenda della storia della sovranità<sup>17</sup> bensì cercare di comprendere l'eventuale legame esistente tra il dibattito europeo e quello weimariano, essendo molteplici gli indizi da cui si evince che esiste una sorta di *filo rosso* sotterraneo che unisce queste due straordinarie esperienze. *A fortiori*, se si considera la fucina intellettuale weimariana come un vero e proprio cantiere del costituzionalismo europeo<sup>18</sup>, vista la ricchezza e la problematicità di un confronto tutt'altro che asfittico ma aperto e plurale vertente, tra le altre cose, proprio sul problema della sovranità declinata nelle sue molteplici accezioni<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. Habermas, Streeck, 2020.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti Galli, 2019.

<sup>13</sup> Cfr., tra gli altri, Carrino, 2014; De Giovanni, 2015 e Chessa, 2019.

<sup>14</sup> Sulle implicazioni giuridico-filosofiche di tale dibattito cfr. La Torre, 2005; Bisogni, 2005; Cavallo, 2009b; Gargano, 2011.

<sup>15</sup> Schmitt, 1972, p. 33.

<sup>16</sup> Heller, 1987a, p. 65, n.65.

<sup>17</sup> Cfr. da ultimo Chessa, 2021 e Morrone, 2017; si veda anche la magistrale sintesi di Grimm, 2009 nonché, tra gli innumerevoli scritti in materia, almeno Quagliani, 2004 e Ferrajoli, 2004.

<sup>18</sup> Cfr. Sbaillò, 2007.

<sup>19</sup> Ovviamente «la questione della sovranità nella Repubblica di Weimar è stata posta in

## 2. Hans Kelsen: norma versus sovranità

Un posto di indubbio rilievo nel dibattito novecentesco sulla sovranità spetta innanzitutto a Hans Kelsen, il quale abbozza tale tema già nello scritto giovanile *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905)<sup>20</sup>, in cui analizza le implicazioni giuridiche del pensiero politico dantesco, non senza incorrere in argomentazioni spesso fuorvianti oppure del tutto erronee<sup>21</sup>, e lo affronta in maniera sistematica nel suo *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920)<sup>22</sup>, la cui importanza nella storia del pensiero giuridico consiste, da un lato, nel suo essere «un contributo assai rilevante alla teoria del diritto internazionale» e, dall'altro, nel rappresentare «un momento cruciale nello sviluppo della dottrina pura del diritto»<sup>23</sup> come recita lo stesso sottotitolo dell'opera *Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre. Primo visu*, il saggio di Kelsen dedicato al Fiorentino parrebbe una mera «esercitazione scolastica»<sup>24</sup>, probabilmente a causa della precisazione postuma del giurista praghese che l'ha ritenuto uno scritto minore e non affatto originale o meglio, una ricostruzione del pensiero di Dante sullo Stato, che di fatto lo ricrea «ad immagine e somiglianza di alcune idee sul diritto e sullo Stato, che

---

molte altre prospettive, che hanno identificato la questione della sovranità nel rapporto fra unità e pluralità, fra diritto e politica. Un rapporto non più risolvibile nella finzione dello Stato sovrano della dottrina generale del diritto, se non altro perché lo Stato nel frattempo era divenuto pluriclasse, pluralistico. E tuttavia un rapporto da conservare, e da pensare a partire dalla sovranità. Ecco quindi accanto al monismo escludente di Schmitt e al relativismo disincantato di Kelsen, i teorici del pluralismo: in senso compromissorio (come l'austromarxista Otto Bauer) o in senso conflittuale ed evolutivo (come Kirchheimer che legge la costituzione di Weimar come una 'costituzione senza sovrano', cioè come un compromesso che non riesce a neutralizzare il conflitto di classe, che in ogni caso va assecondato e sviluppato), o nella direzione di un conflittualismo senza decisione (tesi di Fraenkel, secondo il quale l'equilibrio di classe è da costruire dentro le istituzioni). Ed ecco, inoltre, l'approccio costituzionalistico di integrazione organica (Smend), e la ripresa della sovranità come mediazione in senso neohegeliano, a opera di Heller, grande giurista socialdemocratico il cui sforzo di conservare la dialettica fra diritto e politica, negata da Schmitt e da Kelsen, e di polemizzare contro coloro che, come il liberale Preuss, vedono nella sovranità la radice del male politico» (Galli, 2009, pp. 103-105).

<sup>20</sup> Lo scritto che costituisce la rielaborazione della tesi di laurea di Kelsen è stato tradotto in italiano solo a distanza di circa settant'anni dalla sua originaria pubblicazione (cfr. Kelsen, 1974); successivamente esso è stato riedito con il titolo *Lo Stato in Dante* e con l'aggiunta del seguente sottotitolo *Una teologia politica per l'Impero*, 2017 (a questa edizione si farà riferimento nel presente saggio).

<sup>21</sup> Cfr. la lunga e articolata recensione al testo kelseniano di Solmi, 1907 che, pur riconoscendo lo sforzo teorico del giurista praghese, non manca di evidenziare le argomentazioni spesso erronee e talvolta fallaci.

<sup>22</sup> Kelsen, 1989.

<sup>23</sup> Carrino, 1990, p. 9.

<sup>24</sup> Riccobono, 1976, p. 261.

erano evidentemente già presenti in qualche modo nella sua mente»<sup>25</sup>. Ma ad una lettera più attenta esso, malgrado sia stato a lungo negletto e sottovalutato dagli esegeti del suo *opus*, presenta degli spunti di sicuro interesse ai fini dell'elaborazione del concetto di sovranità.

L'*intentio* che muove la riflessione del giurista praghese consiste, per un verso, nel cercare di «chiarire, partendo da tutto l'insieme della sua grandiosa visione del mondo e della vita, la dottrina dello Stato secondo il Poeta», e, per l'altro, di «fissare la posizione di Dante nella storia della dottrina dello Stato nel Medioevo»<sup>26</sup>. Si tratta di un vero e proprio banco di prova dell'allora ventiquattrenne Kelsen che, noncurante degli avvertimenti del professor Leo Strisower che gli aveva caldamente sconsigliato di occuparsene<sup>27</sup>, intende cimentarsi con alcuni concetti del lessico politico dantesco, tra cui quella di sovranità, mediante una lettura scevra, per quanto possibile, da pregiudizi ideologici ritenendo Dante non solo un precursore dello Stato moderno, ma la sua *Monarchia* addirittura una prefigurazione dello Stato di diritto, anzi dello Stato di cultura<sup>28</sup>.

Kelsen esprime in via preliminare il suo pieno apprezzamento alla grandiosa costruzione dell'edificio concettuale di Dante, il quale sembra non presentare alcuna increspatura sotto il profilo logico-formale, essendo non solo l'universo, ma anche «le società particolari», la stessa famiglia e da ultimo l'individuo come anelli di una salda catena, in cui nessuna parte può essere eliminata «senza distruggere l'insieme»<sup>29</sup>. Allo stesso modo, anche lo Stato terreno costituisce soltanto «una parte di tutto l'edificio del mondo, un membro organico di quello Stato divino abbracciante cielo e terra», essendo «solo una copia di tutto l'universo, della signoria di Dio, alla quale esso sta nella relazione del microcosmo col macrocosmo»<sup>30</sup>. In ogni caso, il «supremo principio ordinatore» rimane «il *principium unitatis*, il principio dell'unità; quell'unità che è prima della molteplicità, allorché viene ad essere considerata l'origine di essa e il suo punto di partenza»<sup>31</sup>. Successivamente Kelsen, interrogandosi sul rapporto tra il principe e il popolo nel *De Monarchia*, ritiene che Dante possa essere considerato come teorizzatore *ante litteram* della dottrina della sovranità popolare, anche se non riesce a sviluppare adeguatamente le argomentazioni addotte a sostegno di questa affermazione<sup>32</sup>. Il rischio in cui incorre una siffatta interpretazione è quella di rileggere categorie

<sup>25</sup> Patrono, 2022, p. 759.

<sup>26</sup> Monateri, 2017, p. 9.

<sup>27</sup> Kelsen, 2008, pp. 72-73.

<sup>28</sup> Cfr. Ancona, 2011.

<sup>29</sup> Kelsen, 2017, p. 73.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Non ha tutti i torti Riccobono, 1976, quando nota, sotto il profilo metodologico «la preferenza kelseniana del procedere per congettura – per altro debolmente costruita – sul procedere per dimostrazione» (pp. 280-281).

giuridiche del passato con gli occhiali del giurista contemporaneo<sup>33</sup> o di ricadere in affermazioni apodittiche. Pur tuttavia, essa risulta di estremo interesse ai fini dello sviluppo del nostro discorso, poiché il *Leitmotiv* della rilettura kelseniana consiste, nell'evidenziare, in linea generale, la *modernità* della riflessione di Dante contenuta nel *De Monarchia*<sup>34</sup> e, in particolare, di una specifica categoria come quella della sovranità popolare come si evince dalla concisa affermazione che chiude il volume: «nel campo della dottrina dello Stato Dante sta soltanto a significare l'alba del Rinascimento, che nella sua altezza meridiana ha maturato un Machiavelli e un Bodin»<sup>35</sup>. Seppur il pensiero di Kelsen non sia ancora del tutto allineato ai dettami del formalismo, egli avrebbe cercato di comprendere le categorie di Stato e di sovranità allo scopo di decostruirle alla radice:

Dante avrebbe compiuto opera di indagine e di riflessione puramente scientifica, elaborando una teoria dello Stato, concepito in senso universale (e si sarebbe tentati di dire, per valerci della più tarda terminologia kelseniana, 'trascendentale'), senza che suggestioni o deformazioni di parte politica ne alterassero la natura di forma obbiettiva della conoscenza. Com'è evidente, in una simile interpretazione è già dato di cogliere riflesso l'atteggiamento mentale dello stesso Kelsen, come del futuro teorico di una dottrina pura del diritto e dello Stato quale ordinamento giuridico; *pura*, perché sottratta a contaminazioni di genere politico<sup>36</sup>.

In effetti, la decostruzione del concetto di sovranità costituisce una tappa ulteriore nel difficile e accidentato cammino scientifico del giurista praghese verso la purezza (quasi incontaminata) della scienza giuridica. In questi anni decisivi, la riflessione di Kelsen risulta ancora *in fieri*<sup>37</sup> e tutta protesa alla decostruzione dei concetti fondamentali del lessico giuridico ottocentesco, anche

<sup>33</sup> «Noi moderni usiamo correntemente concetti e termini come 'Stato', 'sovranità', 'legge', 'legalità', 'interpretazione', caricandoli di quei contenuti che la coscienza moderna vi ha grevemente sedimentato; concetti e termini compromessi inevitabilmente da quei contenuti. Se, come disinvoltamente si fa da storici e anche da storici del diritto, siffatti concetti e termini vengono trapiantati nel tessuto medievale quasi che un *continuum* legasse quel tessuto a noi [...], quei concetti-termini si risolvono in una forzatura della realtà storica e, anziché strumenti di comprensione, fungono piuttosto da pericolose matrici di fraintendimenti ed equivoci» (Grossi, 1995, p. 11).

<sup>34</sup> Cfr. da ultimo il puntuale saggio introduttivo di Quagliani al *De Monarchia* di Dante, 2021.

<sup>35</sup> Kelsen, 2017, p. 185.

<sup>36</sup> Frosini, 2017, p. 23.

<sup>37</sup> In senso contrario si esprime Carrino, 1988, il quale osserva che «il Kelsen americano ha alle spalle una dottrina già 'fatta', che aveva raggiunto le sue vette logicamente più coerenti e teoreticamente più significative in opere – di cui giovanili possono esser considerati solo lo scritto di dottorato su Dante del 1905 e quello di abilitazione, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, del 1911 – che appartengono alla sua maturità: *Das Problem der Souveränität* [...]. Negli anni Venti e Trenta del secolo, dunque, il pensiero di Kelsen è del tutto formato e già fatto oggetto di polemiche, apologie e studi critici» (pp. 11-12).

se, in controtela è già possibile intravedere i futuri sviluppi del suo pensiero, profondamente influenzato dalla filosofia neokantiana<sup>38</sup>: «il metodo – in maniera più o meno consapevole, più o meno conseguente – è determinato dalla critica della ragione operata da Kant: dualismo di essere e dover-essere; sostituzione di ipostasi e postulati metafisici con categorie trascendentali come condizioni dell'esperienza; trasformazione di contrapposizioni considerate, all'interno di una stessa e medesima disciplina, assolute, perché qualitative e trans-sistematiche; passaggio dalla sfera soggettivistica dello psicologismo all'ambito di una validità logico-oggettiva: ecco alcuni momenti essenziali di questo metodo. Sono queste le linee direttrici decisive del mio lavoro nel campo della teoria del diritto»<sup>39</sup>. Kelsen pertanto nell'analizzare la sovranità utilizza l'approccio trascendentale kantiano che considera la realtà giuridica come un prodotto del pensiero tanto da riformulare la domanda sulla sovranità nei termini seguenti: quand'è che il soggetto-osservatore si pone nella posizione di presupporre un ordinamento come sovrano?<sup>40</sup>

La sovranità, agli occhi di Kelsen, si presenta come «uno dei concetti più difficili e controversi della moderna dottrina del diritto pubblico»<sup>41</sup> avendo assunto, nel corso del tempo, significati diversi e spesso antitetici. La sua anfibia semantica deriva proprio dal fatto che tale termine-concetto sia stato impiegato con significati diversi non solo in epoche differenti, ma durante la stessa epoca storica. Kelsen intende analizzare scientificamente la sovranità eliminando non solo ogni commistione con la politica, ma tutte quelle «funeste confusioni tra considerazione politico-morale e giuridica e tra considerazione giuridica e sociologico-psicologica»<sup>42</sup>. Non a caso, la sovranità è, stata, per molto tempo, a detta di Kelsen, la maschera giuridica dietro la quale si sono celati i rapporti di potere<sup>43</sup>. Lo si evince dalla storia di tale concetto e, in modo particolare, dalla riflessione di Bodin, il fondatore della dottrina della sovranità, da cui emergono, come non mai, le implicazioni politiche sottese a tale concetto: «è vero che Bodin il sedicente fondatore della dottrina, poté sostenere con essa le pretese di indipendenza politica dei re francesi rispetto all'*Imperium* degli imperatori tedeschi»<sup>44</sup>. Dopo aver fatto queste doverose precisazioni, Kelsen ritorna sull'accusa di sincretismo metodologico che costituisce, a suo dire, l'elemento caratterizzante della moderna dottrina dello Stato, non risparmiando neanche la riflessione di Georg Jellinek il giurista-filosofo<sup>45</sup>, autore della monumentale

<sup>38</sup> Cfr. in generale Calabrò, 1983, pp. 87-92 e nello specifico, tra gli altri, Carrino, 1992<sup>3</sup>.

<sup>39</sup> Kelsen, 2013, p. 6.

<sup>40</sup> Kelsen, 1989, pp. 25 ss.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>42</sup> *Ivi*, p. 6.

<sup>43</sup> Cfr. anche Kelsen, 1931.

<sup>44</sup> Kelsen, 1989, p. 7. Più o meno negli stessi termini Kelsen, 2013, p. 272.

<sup>45</sup> Cfr. Jouanjan, 2005.



*Allgemeine Staatslehre*<sup>46</sup> e più volte riconosciuto, dal giurista praghese come un «Maestro ineguagliato»<sup>47</sup>. Ciononostante, Kelsen sottolinea, in nome della *purezza* della scienza giuridica, l'errore metodologico in cui incorre Jellinek quando elabora la *Zwei-Seiten-Theorie* in quanto essa, andando ben al di là del giuridico fino a lambire la sociologia, rischia di operare – agli occhi del neokantiano Kelsen – una sorta di (inaccettabile) commistione tra ambito *giuridico* e *sociologico*. Le parole di Kelsen, tra l'altro, non lasciano trasparire alcun dubbio essendo abbastanza chiare e inequivocabili: «la teoria secondo cui 'lo' Stato è al tempo stesso un fatto naturale e una persona giuridica e quindi, pur essendo sempre lo stesso, oggetto di due modi di conoscenza del tutto separati per metodo, di due differenti tendenze di considerazione, una sociologica e scientifico-naturalistica e una giuridico-normativa, cozza contro il principio fondamentale di ogni teoria della conoscenza: che l'oggetto della conoscenza è determinato dalla tendenza conoscitiva e che quindi due metodi differenti, come quello causale delle scienze naturali e quello giuridico-normativo, devono produrre non uno stesso oggetto – lo Stato 'in sé' – ma due oggetti altrettanto differenti. Chiamare questi due oggetti con lo stesso nome 'Stato' può essere soltanto un errore sviante»<sup>48</sup>. Al fine di corroborare la sua posizione Kelsen riporta l'esempio ripreso dalla nota opera di Jellinek intitolata *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892)<sup>49</sup> che, nel rispondere alla *giusta* domanda *Come devo pensare giuridicamente lo Stato*, sostiene in maniera fuorviante che uno stesso oggetto [lo Stato] può essere studiato attraverso un approccio plurimo senza che muti la sua essenza, allo stesso modo di una sinfonia che può essere oggetto sia della fisica, sia dell'estetica senza che venga snaturata. Irrigiditosi nella sua critica, il giurista praghese, spinge questa argomentazione fino alle sue estreme conseguenze ponendo l'interlocutore di fronte ad un vero e proprio *aut aut*: «se lo Stato come formazione sociale naturale è un prodotto o un oggetto di riflessione della scienza sociologico-naturalistica» vuol dire che «esso non esiste affatto per la conoscenza giuridico-normativa»; al contrario, «se lo Stato è oggetto di conoscenza giuridico-normativa [...] allora questo Stato non esiste per una considerazione sociologico-naturalistica»<sup>50</sup>. Ne consegue che la rilettura kelseniana, oltre ad apparire in alcuni frangenti «una polemica avvocatessa dialetticamente abile, ma spesso esclusivamente verbalistica, piuttosto che una serena e penetrante critica scientifica»<sup>51</sup>, finge di ignorare che «*giuridico* e *sociale* sono due facce di un'identica medaglia, o, meglio due aspetti del *giuridico* medesimo, che si mostra

<sup>46</sup> Sull'importanza della dottrina dello Stato tedesca anche nel *milieu* europeo cfr. Portinaro, 2005, p. 5.

<sup>47</sup> Kelsen, 1997, p. 14.

<sup>48</sup> Kelsen, 1989, pp. 18-19.

<sup>49</sup> Jellinek, 1912.

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 19, nota 2.

<sup>51</sup> Gueli, 1959, p. 155.



rispettivamente, prima come sovranità dello Stato-persona, poi come esercizio limitato di quella medesima sovranità nei confronti di altri soggetti»<sup>52</sup>.

Kelsen, inoltre, si confronta con le teorie della scienza giuridica considerate più avanzate, come quella del giurista olandese Hugo Krabbe, il quale «sviluppando coerentemente il concetto secondo cui lo Stato è sottoposto al diritto e il diritto è quindi al di sopra dello Stato, ha sostenuto la tesi che sovrano non è lo Stato ma il diritto»<sup>53</sup>. Nello specifico, Krabbe, pur contrapponendo all'ormai *vecchia* e superata dottrina della sovranità dello Stato la *nuova*, e ancora *in fieri*, dottrina della sovranità del diritto, non riesce, per Kelsen, ad andare oltre, verso il riconoscimento dell'identità tra la sovranità dello Stato e la sovranità del diritto ritenute ancora due entità del tutto differenti. Malgrado gli innumerevoli passi in avanti anche Krabbe<sup>54</sup>, secondo Kelsen, oltre a «confondere acriticamente il momento giuridico formale con il momento giuridico contenutistico-materiale»<sup>55</sup>, ricade nuovamente in errore quando attribuisce alla (propria) teoria della sovranità del diritto solo una validità storicamente condizionata, ritenendo che quest'ultima possa valere solo nell'ipotesi in cui «il potere non si radica in un diritto personale al comando»<sup>56</sup>, come, per esempio, nella monarchia costituzionale o nella repubblica. In estrema sintesi, Krabbe, a detta di Kelsen, non *tollera* che qualunque tipo di Stato (persino la monarchia assoluta) possa essere considerato uno Stato di diritto, anche qualora il potere di legiferare sia attribuito ad una sola persona, *radicandosi* pur sempre tale potere nel diritto<sup>57</sup>. Pertanto, secondo Frosini, il limite maggiore in cui incorre la dottrina kelseniana della sovranità che «sciogliendo un epicedio e cioè un poemetto funebre (sia pur in prosa) dell'idea di sovranità come principale attribuito del potere dello Stato che aveva caratterizzato la dottrina politica e giuridica dell'Ottocento»<sup>58</sup> è quello di aver dato vita ad un concetto di sovranità del tutto sganciato dalla storia, come dimostra lo stesso giurista praghese quando ritiene che, pur prescindendo dalla prossimità tra l'idea aristotelica di autarchia e del concetto romano di *majestatis populi romani* con l'idea di sovranità, appare «impossibile negare che i Greci, e in particolare, i Romani, concepissero il loro ordinamento giuridico e statale come ordinamento sovrano»<sup>59</sup> e al tempo stesso, che «il concetto di sovranità cui la dottrina dello Stato deve pervenire è né più né meno 'storico' di quelli di Stato e

<sup>52</sup> Fioravanti, 1979, p. 420.

<sup>53</sup> Kelsen, 1989, pp. 34-35.

<sup>54</sup> Altro rilievo critico avanzato da Kelsen nei confronti di Krabbe è il suo avvalersi di un concetto non positivisticò di diritto, essendo quest'ultimo [il diritto] per lui solo l'emanazione del sentimento giuridico o della coscienza giuridica (Kelsen, 1989, p. 45).

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 38.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Frosini, 1990, p. 28.

<sup>59</sup> Kelsen, 1989, p. 9.

di diritto, e che esso [...] ha validità tanto per lo Stato e il diritto degli antichi Egizi quanto dei moderni Europei»<sup>60</sup>.

### 3. Carl Schmitt: sovranità versus norma

Contro la *reductio* da parte di Kelsen del concetto di sovranità a «mera funzione logico-conoscitiva»<sup>61</sup> si scaglia il suo acerrimo *nemico*: Carl Schmitt. Quest'ultimo, già nella sua opera *Die Diktatur* (1921)<sup>62</sup> effettua una disamina di tale concetto a partire dagli albori della modernità fino alla teorizzazione della marxiana dittatura del proletariato che riprende e sviluppa nel noto scritto *Politische Theologie* (1922) che reca come sottotitolo *Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, in cui Schmitt cerca di misurarsi con l'enigma della sovranità affrontando dapprima l'annosa questione della sua definizione e successivamente concentrandosi sui criteri dirimenti per risolvere il suddetto enigma: forma (giuridica) o decisione (politica)<sup>63</sup>. Questi due scritti, pubblicati a distanza di un anno, vanno letti quasi come la logica prosecuzione l'uno dell'altro e rappresentano pertanto un dittico indispensabile<sup>64</sup> per comprendere la «raffinata e complessa teoria della sovranità»<sup>65</sup> elaborata da Schmitt.

In questo magistrale lavoro di scavo storico-giuridico sulla dittatura<sup>66</sup> che ebbe un impatto dirimpente nel dibattito giuridico-filosofico e teorico-politico degli

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 10. Sulla stessa falsariga sembra muoversi Stella, 2013, quando afferma che «anche ammettendo che il termine 'sovranità' sia principalmente legato alla modernità, neppure si può disconoscere il fatto che il concetto che gli corrisponde è, invece, antico; perciò, non è detto che non si possa continuare a esprimere, con tale termine, l'antico significato, ossia, in breve, la costante esistenza, entro tutte le forme associative, di un potere supremo, di un'autorità suprema. I Romani non parlavano di 'sovranità' bensì di *summum imperium* e, in definitiva, questa espressione altro non denotava che quanto modernamente s'intende con il termine *sovranità*» (p. 76).

<sup>61</sup> Carrino, 1989, p. IX.

<sup>62</sup> Schmitt, 1975. Il testo *La Dittatura* è stato riedito, a distanza di molti anni, dalla casa editrice Settimo Sigillo (2006), con la pubblicazione delle parti omesse nell'edizione Laterza, di un'appendice sulla dittatura del Presidente del Reich aggiunta da Schmitt alla seconda edizione tedesca e della voce redatta nel 1926 dal giurista renano col titolo *Dittatura per lo Staatslexikon* della *Gorres-Gesellschaft* (a quest'ultima edizione faremo riferimento nel prosieguo dello scritto).

<sup>63</sup> Schmitt, 2006, pp. 33-59.

<sup>64</sup> «Giuristi e filosofi [...] hanno orientato la loro attenzione soprattutto sulla teoria della sovranità contenuta nel libro del 1922 senza rendersi conto che essa acquista il suo senso esclusivamente sulla base della teoria dello stato di eccezione già elaborata in *La dittatura*» (Agamben, 2003, p. 48).

<sup>65</sup> Chessa, 2012, p. 755.

<sup>66</sup> In realtà, i prodromi della riflessione schmittiana sulla dittatura sono già rintracciabili in due scritti editi alcuni anni prima ed aventi per oggetto lo stato d'assedio: 1) Schmitt, 1916a, pp. 138-161; 2) Schmitt, 1916b, pp. 783-797.

anni Venti del Novecento, Schmitt si propone di analizzare le diverse declinazioni di quello che ritiene essere un concetto-chiave della dottrina dello Stato, ma per lo più utilizzato come «slogan politico», tanto da essere spesso frainteso e trattato con una buona dose di diffidenza proprio dagli stessi giuristi. Muovendosi controcorrente rispetto alla dottrina dominante, e, in particolare, a quella kelseniana che riteneva in maniera del tutto coerente con i suoi presupposti metodologici che «il problema della dittatura può dirsi problema giuridico non più di quanto un'operazione del cervello possa dirsi problema logico»<sup>67</sup>, Schmitt cerca di dare dignità scientifica al suddetto aspetto rimasto ai margini della scienza giuridica. A *fortiori*, se si pensa che la pur appassionata discussione tra giuristi e filosofi sulla sovranità dello Stato e/o del diritto abbia perso di vista il reale obiettivo: «l'autorità suprema giuridicamente in grado di sospendere il diritto e legittimare una dittatura»<sup>68</sup>.

Nell'affrontare tale nodo problematico Schmitt introduce la distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana<sup>69</sup>, le quali, pur nascendo entrambe da una situazione eccezionale, si contraddistinguono per la diversa fonte di legittimazione del potere: nel primo caso si tratta del potere costituito, nel secondo, invece, del potere costituente. La *dittatura commissaria* rintracciabile nell'esperienza storica della repubblica romana aveva il compito di salvaguardare, in casi eccezionali, con procedure *extra-ordinem*, l'ordinamento giuridico esistente attraverso «un forte *imperium* che non potesse essere messo in discussione, come l'autorità dei consoli, dall'esercizio collegiale del governo, dal diritto di veto dei tribuni della plebe o dall'appello puro e semplice al popolo»<sup>70</sup>. In questo caso, la legittimazione del potere dittatoriale trovava la propria scaturigine nell'ordinamento costituzionale preesistente (c.d. potere costituito). Al contrario, la dittatura sovrana, che per Schmitt rappresenta l'esempio più eclatante di rottura della continuità dell'ordine statale istituito, pur risalente storicamente alla *rivoluzione puritana*, si realizza pienamente con la Rivoluzione francese e, in modo particolare, con la dittatura della Convenzione Nazionale. Se la *sovranità* esercitata da Oliver Cromwell, pur avendo provocato una frattura profonda nell'ordinamento statale esistente, agli occhi di Schmitt, non può ancora definirsi una forma di dittatura sovrana, in quanto la legittimazione del soggetto sovrano avviene non ad opera del popolo bensì emana direttamente

<sup>67</sup> Schmitt, 2006, p. 13.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>69</sup> Anche se in concreto appare alquanto labile tale distinzione, poiché «al di là delle prescrizioni formali della costituzione, relative alle modalità con le quali può essere decisa l'instaurazione di una dittatura commissaria - quali siano i poteri costituiti a ciò legittimati, in quali casi può essere attivata -, in realtà è sempre la prassi a mettere in luce la distanza che separa il 'diritto' dalla costituzione medesima, fino al punto limite nel quale si rende necessaria la sospensione» (Fioravanti, 1987, pp. 80-81).

<sup>70</sup> Schmitt, 2006, p. 21.

da Dio<sup>71</sup>, invece, la Convenzione Nazionale, a cui era stato attribuito il compito di varare un nuovo progetto di Costituzione dopo la caduta del regime monarchico rappresenta il caso più significativo dal punto di vista storico di dittatura sovrana poiché per la prima volta viene affermata la sovranità assoluta del popolo<sup>72</sup>. Parimenti, Schmitt annovera anche la marxiana dittatura del proletariato tra i casi di dittatura sovrana, poiché si propone, da un lato, di abbattere il *vecchio* potere statale e, dall'altro, di costruirne uno *nuovo* su basi radicalmente diverse e per questi motivi evidenzia una linea di continuità tra questi due *momenti costituenti* dal punto di vista della dottrina generale dello Stato: «la dittatura del proletariato [...] intesa come transizione ad un assetto economico in cui lo Stato si 'estingue', presuppone il medesimo concetto di dittatura sovrana che era alla base della teoria e della prassi della Convenzione nazionale»<sup>73</sup>. A tal proposito ricorda le significative parole pronunciate da «Engels durante un'allocuzione alla Lega dei comunisti nel 1850»<sup>74</sup> che invitava gli iscritti a seguire lo stesso *modus operandi* della suddetta Convenzione nella Francia. Quest'ultima, riunitasi il 20 settembre 1792 per elaborare il progetto di una nuova costituzione, si era trovata in una situazione a dir poco scomoda, avendo assolto il proprio mandato e cessato di essere un organo costituito. A causa del perdurare della guerra, per legittimare il proprio operato e non esistendo alcun organo che potesse dichiararne la decadenza, si era vista costretta ad appellarsi al potere costituente del popolo<sup>75</sup>. Schmitt si sofferma altresì sul discorso tenuto da Bertrand Barère il 5 Aprile 1793, in cui il deputato rivoluzionario nel cercare di giustificare l'istituzione del *Comité de salut public* utilizza il termine dittatura, ma non nell'accezione classica, bensì attribuendogli un significato diverso, in base al quale la legittimità di tale dittatura derivava direttamente dal popolo che la esercitava su se stesso e sostenendo che anche il *Comité* agiva soltanto in qualità di mandatario della Convenzione, essendo quest'ultima la sorgente unica dei poteri dei commissari del popolo così come di ogni altra autorità statale esistente in Francia in quegli anni (1792-1795)<sup>76</sup>.

Schmitt rintraccia nella riflessione di Mably e di Rousseau i prodromi del passaggio a quella nuova concezione della dittatura in seguito messa in pratica dalla Convenzione nazionale. Al di là delle differenze e del diverso percorso

<sup>71</sup> *Ivi*, pp. 166 ss.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 148. Ne deriva che per Schmitt «il vero portato della rivoluzione non è l'idealismo della libertà, dell'uguaglianza e della fraternità [...] ma il potere costituente come origine della politica, come '*Entstehung der Verfassung*'» (Galli, 1996, p. 589).

<sup>73</sup> Schmitt, 2006, p. 248.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 185. Tale idea di *pouvoir constituant* risale al *pamphlet* dell'abate Sieyès *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789) dove risulta alquanto evidente che l'unico potere sempre costituente e mai costituito è quello del popolo (*ivi*, p. 179).

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 188.

seguito, ciò che caratterizza la figura del dittatore, per l'abate Mably, sta nel suo essere in possesso di poteri illimitati da esercitare nei confronti dell'intera organizzazione statale, invece, secondo la singolare e, per molti versi, ardita rilettura schmittiana di Rousseau, vi sarebbe una sorta di *filo invisibile* che lega il dittatore al *législateur*, nel senso che si tratta di due figure paradossalmente complementari: il primo ha il potere di sospendere il diritto vigente e pertanto è «potenza senza diritto»; il secondo, invece, ponendosi «fuori e prima della legge» è «diritto senza potenza»<sup>77</sup>.

Sulla scorta di questo breve *excursus*, la figura del sovrano delineata da Schmitt appare simile a quella di un demiurgo, le cui funzioni vanno ben oltre ciò che è previsto all'interno di un determinato ordinamento giuridico, essendo la sovranità qualcosa che esula dalle forme storiche e giuridiche in cui essa si concretizza: «se il sovrano fosse semplicemente definito dalla funzione che svolge all'interno dell'ordinamento, sostanza ed esercizio coinciderebbero col risultato che il fondamento della sovranità sarebbe una funzione determinata e regolamentata»<sup>78</sup>. La lezione che emerge dalle pieghe di queste tormentate pagine schmittiane può essere allora riassunta nei termini seguenti: «chi ha il controllo dello stato di eccezione, chi ha cioè il potere di stabilire quando esso si verifica e i mezzi appropriati per affrontarlo, ha perciò stesso il controllo della macchina statale»<sup>79</sup>.

Definire la sovranità vuol dire pertanto confrontarsi con quel vero e proprio rompicapo, ovvero l'*incipit* di *Politische Theologie*: «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione». Prima di individuare il soggetto della sovranità occorre pertanto comprendere cosa Schmitt intenda per stato di eccezione<sup>80</sup>, in quanto al *soggetto che decide* in una siffatta situazione viene attribuito lo *status* di sovrano, ma deve trattarsi, precisa Schmitt, di un soggetto in carne ed ossa. Detto altrimenti, il problema della sovranità si risolve individuando il soggetto della stessa non prima di aver definito lo stato di eccezione: «il problema di chi decide di questo potere, di chi decide cioè del caso non regolato dal diritto, diventa il problema della sovranità»<sup>81</sup>. Non stupisce, pertanto, che Schmitt avesse imposto nel dibattito giuridico-costituzionale tedesco ed europeo degli anni Venti, la *vexata quaestio* intorno al concetto di sovranità individuando in essa, tra l'altro, «l'essenza della *Verfassungslehre*»<sup>82</sup>. Nello specifico Schmitt lamenta l'eccessiva astrattezza delle coeve ricostruzioni di tale concetto svolte, in molti casi, in modo manualesco e non

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 162.

<sup>78</sup> Nicoletti, 1990, p. 141.

<sup>79</sup> Schmitt, 2006, p. 39.

<sup>80</sup> «Tentativo più rigoroso di costruire una teoria dello stato di eccezione è opera di Carl Schmitt essenzialmente nel libro su *La dittatura* e in quello, di un anno successivo, sulla *Teologia politica*» (Agamben, 2003, p. 44).

<sup>81</sup> Schmitt, 2006, p. 204.

<sup>82</sup> Bolaffi, 2002, pp. 4-5.

affatto problematico oppure relegando la sovranità ad una sorta di residuo dello Stato autoritario<sup>83</sup>. Il bersaglio polemico della riflessione schmittiana rimane, pur sempre, il suo storico antagonista: Hans Kelsen. Pur definendo il testo kelseniano «la trattazione più approfondita del concetto di sovranità compiuta negli ultimi anni»<sup>84</sup> Schmitt procede, da un lato, alla sua critica radicale ritenendo che il giurista praghese «risolve il problema del concetto di sovranità semplicemente negandolo»<sup>85</sup> e, dall'altro, ne evidenzia limiti e contraddizioni, ma soprattutto ritiene insostenibile la *purezza* del suo metodo che mira a separare in maniera netta l'ambito giuridico da quello sociologico. Difatti, per Schmitt, estromettere tutti gli elementi sociologici dalla sfera giuridica significa cercare di costruire con «incontaminata purezza» un sistema basato esclusivamente su norme che si rifanno ad una norma fondamentale finale unitaria in quello che Schmitt non esita a definire «una interessante mitologia matematica»<sup>86</sup>. L'inadeguatezza di un siffatto metodo per il giurista tedesco è dimostrata dalla *reductio* del concetto di Stato a un *quid* eminentemente giuridico e, di fatto, coincidente con l'ordinamento giuridico: «non vi sono persone né reali, né finte, ma solo punti di riferimento. Lo Stato è il punto finale di riferimento»<sup>87</sup>. In ultima analisi, Schmitt, seppur allo stesso modo di Kelsen sostiene che la sovranità sia, a tutti gli effetti, un concetto giuridico, essa debba, però, essere intesa non in maniera astratta bensì deve essere calata nella situazione concreta, altrimenti, malgrado gli esercizi di stile, gli esorcismi e le acutezze concettuali, si rischia di arrestarsi sulla soglia del giuridico.

Sulla falsariga di Kelsen, si era mosso, ben prima di lui, il giurista olandese Hugo Krabbe<sup>88</sup> che senza esitazioni aveva preso atto dell'eclisse della sovranità dello Stato a vantaggio della sovranità del diritto, come si desume in maniera inequivocabile dalle parole tratte dalla sua opera *Die moderne Staatsidee* (1919) e riportate da Schmitt: «la dottrina della sovranità del diritto comunque la si voglia intendere è o la descrizione di una situazione realmente esistente oppure un postulato alla cui realizzazione bisogna tendere»<sup>89</sup>. Schmitt pur riconoscendo l'esistenza di alcune affinità tra la teoria di Krabbe e quella di Kelsen e, in particolare, la sovranità ormai riconosciuta al diritto non manca di sottolineare

<sup>83</sup> Qui Schmitt si riferisce criticamente alle argomentazioni utilizzate da Hugo Preuss, da un lato, per sopprimere del tutto il concetto di sovranità ritenendolo appannaggio dello Stato autoritario e, dall'altro, di «individuare nel sistema comunitario, formatosi dal basso e in senso corporativo, un'organizzazione che non abbisognava del monopolio del potere e che perciò può sussistere anche senza sovranità» (Schmitt, 1972, p. 50).

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 44.

<sup>85</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>88</sup> Schmitt nella *Premessa* alla prima edizione de *La dittatura* si rammarica che al momento della stesura del suo scritto *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) non era a conoscenza della dottrina di Krabbe sulla sovranità giuridica.

<sup>89</sup> Schmitt, 1972, p. 48.

la loro distanza sotto il profilo metodologico, essendo il pensiero kelseniano profondamente influenzato dalla filosofia neokantiana mentre Krabbe parte da una mera constatazione di fatto: il tramonto della sovranità dello Stato a favore di quella del diritto. In ogni caso, al di là delle differenze metodologiche tra Kelsen e Krabbe, la loro aspirazione all'oggettività si traduce semplicemente nella volontà di espungere qualsiasi elemento personalistico dal concetto di sovranità ridotto ad un insieme di relazioni logico-funzionali<sup>90</sup>. L'algido mondo delle forme giuridiche, a detta di Schmitt, non può essere separato, anzi, va contaminato con altri mondi, ma soprattutto con la realtà, non può prescindere da quest'ultima ed essere rinchiuso nella *gabbia d'acciaio* del giuridico.

Tralasciando qui i vari tentativi di rileggere, in maniera più o meno fedele, la teoria schmittiana della sovranità, il suo indiscusso merito è stato quello di riuscire, da giurista, a confrontarsi con questa problematica ponendo apertamente la questione «chi è concretamente il sovrano?»<sup>91</sup>. Quando Schmitt (ri)costruisce – non senza forzature ermeneutiche – la storia dello Stato moderno e della sovranità intesa come *suprema potestas superiorem non recognoscens*, i cui prodromi sono già rintracciabili, sia pur a livello embrionale, in epoca medievale<sup>92</sup>, incontra necessariamente Bodin e Hobbes che diventano delle presenze costanti e insostituibili nel suo *opus*. Il merito di Bodin rimane, comunque, quello di essere riuscito a elaborare il concetto decisivo dello *jus publicum europaeum*: lo Stato sovrano. Per tale teorizzazione Bodin, conclude Schmitt, può rientrare nel prestigioso alveo dei «maieuti dello Stato moderno»<sup>93</sup>. Hobbes, invece, riesce ad *andare oltre* Bodin quando teorizza il *Leviatano* dalle quattro facce (Dio, animale, uomo e macchina). Al filosofo britannico, dunque, Schmitt riconosce l'indubbio merito di essere stato in grado di comprendere questo essere quadruplo del Leviatano, ma, al contempo, gli rimprovera di non esserne riuscito a segnalare l'estrema pericolosità a chiunque voglia accostarsi a tale spaventoso e potentissimo essere. Le formulazioni di Bodin e Hobbes, in ogni caso, si distinguono dalle ricostruzioni storiche del concetto di sovranità che si limitano a mettere insieme solo le formule astratte nelle quali sono contenute, in modo manualesco e non problematico, le definizioni della sovranità, il significato dell'espressione, continuamente ripetuta ma del tutto vuota, «potere supremo»<sup>94</sup>.

Non a caso, proprio nel *milieu* giuridico francese, per porre fine alle guerre civili di religione, i concetti di Stato e di sovranità hanno trovato la prima formulazione giuridica, grazie soprattutto a Bodin. Quest'ultimo, nel primo dei suoi *Six livres de la République*, ha enunciato la prima definizione di sovranità (la *majestas*

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 54.

<sup>91</sup> Schmitt, 1984, p. 21.

<sup>92</sup> Cfr. Calasso, 1951.

<sup>93</sup> Schmitt, 1978, p. 68.

<sup>94</sup> Cfr. Schmitt, 1972, p. 35.



– equivalente latino di sovranità per Bodin – intesa come *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*) che rompe con la tradizione precedente grazie al cruciale, ma quanto mai pericoloso, concetto di decisione. In questa ‘scoperta’ per Schmitt risiede la grandezza di Bodin che, pur inserendosi nel solco di una tradizione di pensiero già esistente che si interroga in che misura il sovrano è sottoposto alla legge (e alle promesse fatte ai ceti), riesce in maniera originale a ridurre la dialettica tra principe e ceti a un’alternativa secca che rimanda al caso d’eccezione e conferma un’idea di sovranità come unità irriducibile, risolvendo, una volta per tutte, la questione del potere statale. Esemplificativo di tale svolta decisionistica nella teoria della sovranità di Bodin è – per Schmitt – proprio l’esempio dello stato di eccezione, in cui si può trovare il sovrano, cioè il caso in cui sia necessario infrangere le promesse fatte ai ceti, modificare o eliminare le leggi. Per Bodin sarebbe assurdo ritenere che il sovrano debba farsi autorizzare previamente dai ceti o dal popolo poiché, non essendo quest’ultimi ‘padroni delle leggi’ dovrebbero, a loro volta, farsi autorizzare dal sovrano stesso creando una sorta di perverso meccanismo tautologico ed un’inaccettabile suddivisione della sovranità che andrebbe contro ogni fondamento razionale e giuridico, in quanto «sovrano sarebbe ora il popolo e ora il principe»<sup>95</sup>. Se tale esito è assurdo quanto illogico, vuol dire allora che l’unico soggetto competente ad abrogare una legge in vigore, sia in generale, sia in relazione al singolo caso, è per Bodin il sovrano. Questo aspetto a discapito di altri storicamente evidenziati (dalla concessione della grazia alla dichiarazione di guerra) è senza dubbio il nucleo fondante della sovranità. Ma l’ammirevole percorso teorico di Bodin sembra arrestarsi di fronte a quello che Schmitt ritiene un ostacolo invalicabile, cioè il suo essere ancorato a un concetto tradizionale di ordine ancora imperniato sulla famiglia, i ceti e le altre istituzioni. In un siffatto sistema, il sovrano si traduce dunque in un *monarca legittimo*. È come se Schmitt avesse individuato (agendo in buona o in mala fede) in Bodin soltanto i prolegomeni di un decisionismo che lo stesso non riesce a teorizzare fino in fondo.

Forse per tale ragione Schmitt individua il reale atto di nascita del pensiero decisionistico soltanto con Hobbes con cui finalmente si afferma la massima *Auctoritas, non veritas facit legem*. Anche se Bodin era certamente riuscito a distinguere l’*auctoritas* dalla *potestas*, Hobbes riesce ad andare oltre questo *distinguo* poiché tutto diventa decisione sovrana: l’*auctoritas* non è un mero garante dell’ordine ma è colui da cui promana una decisione pura e originaria, non derivabile né da una norma né da un ordinamento precedente. Tuttavia Schmitt non si limita a dipingere Hobbes come un alfiere del decisionismo, con cui inevitabilmente tende spesso a identificarsi, ma si spinge addirittura ad accomunarlo con un autore a lui caro, come il filosofo controrivoluzionario Donoso Cortés<sup>96</sup>. Entrambi, malgrado le enormi differenze, giungono, in epoche

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 36.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 73.

diverse, a conclusioni non dissimili: fuoriuscire da una situazione caotica (*bellum omnium contra omnes*) è possibile solo affidandosi ad una decisione sovrana e personalistica.

#### 4. Hermann Heller: sovranità e norma

A metà strada tra la riflessione di Kelsen e quella di Schmitt si pone quella del giurista weimariano per antonomasia<sup>97</sup>, ovvero Hermann Heller, il quale ha dato anch'egli un contributo decisivo all'analisi del problema della sovranità quando nell'affrontare l'imprescindibile questione del soggetto della sovranità<sup>98</sup> procede alla critica della dottrina giuridica dominante che, al di là delle differenze, cerca di aggirare tale ostacolo considerando la sovranità un artificio, una finzione o, tutt'al più, un'astrazione. In nessuno di questi casi, a detta di Heller, si è in presenza di un soggetto della sovranità<sup>99</sup>. Anzi, il vero sovrano diviene, come nella teoria di Kelsen, un'entità impersonale, vale a dire il diritto, il quale finisce così con il coincidere con lo Stato, da intendersi come astrazione o come un sistema ideale di norme completamente avulso dalla realtà.

A partire da queste considerazioni, Heller sviluppa la sua riflessione, cercando di instaurare un dialogo critico-problematico con Carl Schmitt, al quale spetta il merito di aver intrapreso «l'unico tentativo [...] di fondare l'idea di sovranità introducendo un soggetto dotato di volontà»<sup>100</sup>. In particolare, Heller evidenzia come Schmitt contrapponendo il decisionismo alla fiducia razionalistica nella legge, sia stato l'unico giurista capace di mettere a nudo i limiti del formalismo come teoria giuridica; subito dopo però aggiunge che anche l'approccio schmittiano non risulta esente da critiche, presentandosi contraddittorio e insostenibile<sup>101</sup>.

In primo luogo, esso appare «contraddittorio» per la sua diversa interpretazione

<sup>97</sup> «Nel confronto con l'itinerario intellettuale di Smend e persino con quello di Carl Schmitt quello di Hermann Heller è stato segnato in modo intenso dalla partecipazione alle passioni politiche della Germania degli anni della Repubblica e da un impegno civile, che condusse Heller dapprima a condividere gli ambiziosi progetti di riforma sociale di Ebert e della socialdemocrazia tedesca e poi ad unirsi alla resistenza al nazismo fino all'esilio in Spagna nel 1933 e, poco più che quarantenne, alla morte, che lasciò la sua opera maggiore, la *Staatslehre*, incompiuta come la Repubblica alla quale lottò» (Ridola, 2016, p. 68).

<sup>98</sup> Cfr. Costa, 1991, il quale molto opportunamente precisa che il problema del portatore della sovranità che la giuspubblicistica otto-novecentesca pensava di aver definitivamente risolto costituiva, invece, «la sfida principale per il giurista degli anni Venti, un problema dove le preoccupazioni ideologiche-politiche finivano per formare con le esigenze di ristrutturazione del campo teorico un nodo particolarmente intricato» (p. 63).

<sup>99</sup> Heller, 1987b, p. 126.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 129.

<sup>101</sup> *Ivi*, pp. 130-131.

dell'art. 48 della Costituzione di Weimar che, com'è noto, riconosce al Presidente del *Reich* poteri di carattere eccezionale in caso di minaccia all'ordine e alla sicurezza pubblica. Heller analizzando l'interpretazione schmittiana di tale *controverso* articolo, ne evidenzia le ambiguità, laddove Schmitt considera l'ipotesi contemplata dall'art. 48 come un caso di «dittatura commissaria»<sup>102</sup> e, di conseguenza, ritiene ex art. 50, che il Presidente del Reich sia titolare non della «pienezza dei poteri statuali» ma solo di poteri limitati. In questo caso, per Schmitt il *solo* legislatore sovrano è il Parlamento. Successivamente, invece, col mutare della situazione storico-politica, Schmitt *soverte* la sua posizione, riconoscendo pieni poteri al Presidente del Reich, equiparandolo così al legislatore e attribuendo alle leggi emanate durante lo «stato di eccezione» una superiorità rispetto a quelle ordinarie<sup>103</sup>. Pertanto conclude Heller (e in ciò sta la contraddizione del discorso schmittiano): «non sarà possibile affermare contemporaneamente che la dittatura del Presidente è necessariamente di tipo commissario e che il Presidente è l'istanza che può compiere *atti di sovranità*»<sup>104</sup>. Nel fare ciò Schmitt, inoltre, ignora di fatto la distinzione, da lui stesso elaborata, tra dittatura commissaria e dittatura sovrana<sup>105</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'insostenibilità della posizione schmittiana, Heller critica alcuni aspetti della sua teologia politica, contestando il passaggio in cui Schmitt ricorre all'analogia tra lo stato di eccezione e il miracolo<sup>106</sup>. Heller osserva, infatti che, qualora tale analogia fosse valida e, tenuto contemporaneamente bene a mente il concetto schmittiano di sovranità, si arriverebbe alla conclusione, a dir poco paradossale, di poter equiparare Dio ad un qualunque mago o stregone. In realtà – continua Heller riprendendo un'opinione sostenuta, tra gli altri, da Schleiermacher – le decisioni divine non rimangono circoscritte agli eventi eccezionali, quali i miracoli, ma si estendono a tutto l'ordine legale delle cose<sup>107</sup>. Ma ciò serve ad Heller solo come pretesto per mettere in evidenza la lettura del tutto arbitraria che Schmitt fa del legame tra sovranità e stato di eccezione nella riflessione di Bodin. Anche Schmitt, infatti, come altri autorevoli esponenti della scienza giuridica weimariana, interpreta *ad usum Delphini* il pensiero di Bodin che, al contrario, per Heller rappresenta, invece, colui che per primo ha affermato la sovranità come attributo concettuale dello Stato, intendendo quest'ultimo non

<sup>102</sup> Anche Hugo Preuss, considerato il padre della Costituzione weimariana sostiene una posizione analoga a quella schmittiana laddove definisce il Presidente del Reich ex art. 48 come un [dittatore] commissario, il cui obiettivo consisteva appunto nel difendere la Costituzione (Preuss, 1924, p. 101).

<sup>103</sup> «È qui che il Politico, abbandonando il Giuridico al suo destino, ne mostrerebbe la tragica infondatezza» (Pomarici, 1998, p. 198).

<sup>104</sup> Heller, 1987b, p. 132.

<sup>105</sup> Su tale distinzione vedi Schmitt, 2006, cit.

<sup>106</sup> Schmitt, 1972, p. 61.

<sup>107</sup> Heller, 1987b, p. 133.

più solo *superior* (alla Chiesa, all'Impero e ai baroni) ma *supremus*<sup>108</sup>. Il sovrano, insomma, per Bodin, non deve essere in alcun modo soggetto al comando altrui (*qui jura majestatis habeat, nullius imperio teneri oportet*). Benché egli riconosca che, in alcuni casi ben definiti, è possibile ricorrere alla nomina di ministri straordinari, a cui spettano determinati compiti, ritiene che la *potestas sovrana* debba restare sempre un attributo spettante solo ed esclusivamente al sovrano. In altre parole, il carattere essenziale della sovranità, per Bodin, risiede nel suo diritto di emanare leggi<sup>109</sup>.

A questo punto risulta necessario confrontare la definizione schmittiana di sovranità con quella helleriana<sup>110</sup>. Sovrano per Schmitt è «chi decide sullo stato di eccezione»<sup>111</sup>. Contro i due termini che compongono tale definizione (sovrano e stato di eccezione), si sono da tempo appuntati gli strali della scienza giuridica, in particolare di stampo formalistico, si pensi soprattutto a Kelsen, il quale a conclusione di uno dei suoi saggi più discussi, più o meno coevo a quello schmittiano, sostiene che «il concetto di sovranità deve essere radicalmente rimosso. È questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo per prima cosa bisogno»<sup>112</sup>. In realtà, la questione è molto più complessa di quanto possa pensare Kelsen, in quanto la definizione schmittiana di sovranità ha rappresentato, e continua a rappresentare, una sorta di rompicapo giuridico-filosofico, nella cui risoluzione si sono cimentati, nel corso del Novecento, illustri giuristi e filosofi<sup>113</sup>, dandone letture diverse e, spesso, contrastanti. A ben vedere, la circostanza che la decisione secondo Schmitt sia priva di fondamento non si traduce nell'assolutezza del soggetto decidente e, dunque, in un comportamento del tutto arbitrario, ma è piuttosto il contrario, in quanto non può materialmente preesistere un soggetto che preceda e dunque la fondi. In altri termini, ciò che manca è proprio un sovrano aprioristicamente dato poiché la necessità di un *sovrano* nasce laddove ci si trovi nello stato di eccezione. Ciò poiché «la decisione non è [...] legata ad un fichtiano rapporto dell'io con se stesso" avendo, invece, "realtà all'interno della complessità storica e in relazione a un mondo del diritto non riducibile alla legge intesa in senso formale»<sup>114</sup>. Di contro, la definizione helleriana in base alla quale «sovrano è colui che per garantire il diritto [...] si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto»<sup>115</sup> non ha

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 71.

<sup>109</sup> *Ivi*, p. 133.

<sup>110</sup> Sulle *affinità* e *differenze* tra la sovranità schmittiana e quella helleriana si veda da ultimo Pomarici, 2020.

<sup>111</sup> Schmitt, 1972, p. 33.

<sup>112</sup> Kelsen, 1989, p. 469.

<sup>113</sup> Si veda, per tutti, la riflessione di Agamben racchiusa nella trilogia sulla genealogia del potere (1995; 2003; 2007).

<sup>114</sup> Brandalise, Duso, 1981, p. 55.

<sup>115</sup> Heller, 1987b, p. 244.

suscitato, nonostante la sua problematicità, commenti così approfonditi come quella schmittiana. Ma cosa vuol dire, l'espressione «anche contro il diritto», che è forse il passaggio più oscuro ed enigmatico della suddetta definizione?

*Primo visu*, sembra di essere di fronte ad una vera e propria contraddizione sotto il profilo logico (come garantire il diritto anche contro il diritto?) ma – come opportunamente precisa Pasquino<sup>116</sup> – bisogna tener presente che qui il termine diritto (*Recht*) va inteso nel suo duplice significato (*lex e jus*) che Heller mutua dalla riflessione di Bodin, ovvero di «colui che per primo ha affermato la sovranità come attributo concettuale dello Stato»<sup>117</sup> e lo ha fatto in maniera geniale individuando «nella sovranità il più importante fra tutti i problemi scientifico-normativi, quello cioè del rapporto fra individualità e norma»<sup>118</sup>. Con l'espressione *contro il diritto*, infatti, Heller si riferisce all'ordinamento positivo (*Rechtsätze*) o, meglio, al concetto di *lex* (diritto positivo) nel senso utilizzato da Bodin nella sua nota definizione della sovranità<sup>119</sup>; invece, con l'affermazione che *um des Rechtens willen* viene infranta la legge, si fa riferimento alle *Rechtsgrundsätze*, allo *jus*, cioè ai principi etico-giuridici che fondano l'ordinamento. E la distinzione tra *principi giuridici o direttive etiche* («principi strutturali del diritto la cui natura è o logica o etica, che non sono ancora norme giuridiche positive, poiché manca loro l'individualizzazione o positività che rende possibile un comportamento conforme alla norma»)<sup>120</sup> e *norme giuridiche o obblighi di diritto positivo* («norma che associa una fattispecie ipotizzata ad una conseguenza giuridica e connette diritti soggettivi e doveri ad una fattispecie»)<sup>121</sup> occupa un posto fondamentale nella riflessione di Heller. Sovrano è dunque chi ha deciso sullo stato normale per mezzo della costituzione scritta e non scritta e, poiché la mantiene volontariamente in vigore, continua a decidere sempre di nuovo. E solo chi decide dello stato normale conformemente alla costituzione ha il diritto di decidere anche dello stato d'eccezione, eventualmente anche *contra legem*. Se si volessero ipotizzare due unità di decisione reciprocamente indipendenti, di cui l'una decidesse dello stato d'eccezione e l'altra di quello normale, si giungerebbe ad ipotizzare due sovrani nel medesimo Stato. Anche la disamina del concetto di popolo dimostra – malgrado alcune affinità – la distanza che separa i due giuristi. Infatti, se tale concetto pur assumendo nella riflessione di Heller dapprima una connotazione «nazionalistica»<sup>122</sup>, progressivamente, con il mutare dello scenario politico, egli sembra privilegiare una concezione del popolo di tipo storico-culturale<sup>123</sup>,

<sup>116</sup> Pasquino, 1987, p. 12.

<sup>117</sup> Heller, 1987b, p. 71.

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 72.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Heller, 1987c, p. 331.

<sup>121</sup> *Ivi*, p. 330.

<sup>122</sup> Cfr. soprattutto Heller, 1992.

<sup>123</sup> Cfr. Heller, 1988, pp. 245-258.

stemperandone, almeno in parte, gli accesi toni. Nella riflessione schmittiana, invece, il concetto di popolo non assume mai una connotazione univoca poiché è permeato da una strutturale ambivalenza/ambiguità<sup>124</sup> che lo fa oscillare da elemento politico-strategico (nel periodo weimariano) ad elemento avente una connotazione più smaccatamente *völkisch* (negli scritti *nazional-socialisti*)<sup>125</sup>.

In realtà, anche Heller, come si desume dalla lettura della *Staatslehre*, pur essendo consapevole della «straordinaria ambiguità, del concetto di popolo, fonte di errori ed equivoci»<sup>126</sup>, cerca di superarla, concentrando la sua attenzione sulle due accezioni più significative del ‘popolo’, quella etnico-naturalistica e quella storico-culturale. Così, il giurista per ricostruire la prima accezione, analizza le argomentazioni dei sostenitori della tesi secondo cui il fondamento di un popolo sia una determinata razza (teoria politica della razza), mettendone in evidenza la fallacia e le contraddizioni insite in essa. Secondo tale teoria – che Heller definisce «un arbitrario prodotto della fantasia»<sup>127</sup> – i caratteri ereditari di una razza primaria (naturale) influenzerebbero anche la definizione della razza secondaria (culturale), cioè ad ogni ‘razza fisica’ corrisponderebbe una specifica ‘anima razziale’ implicante determinati comportamenti sia culturali che politici già predefiniti<sup>128</sup>. Perciò Heller, nonostante ammetta in alcuni passaggi del suo testo, l’ereditarietà di alcune qualità antropologiche, rigetta fermamente una simile accezione del concetto di popolo, affermando che «è il popolo e mai la razza il soggetto dell’attività politica come di tutte le altre attività culturali [e che] il concetto di razza, conformemente alle premesse, non ha il ‘benché minimo punto di contatto’ con il carattere nazionale»<sup>129</sup>. Difatti, proprio la *fede razziale* avrebbe una funzione disgregatrice sia della comunità culturale nazionale che dell’unità politica del popolo. Così facendo Heller dimostra infatti di propendere per una concezione storico-culturale del popolo, sottolineando come quest’ultimo sia «forma storica»<sup>130</sup>, in quanto non appartenente né al mondo della natura, né a quella dello spirito o delle idee, ma al mondo intermedio della cultura, della vita, dell’attività umana<sup>131</sup>. Ma ciò che agli occhi di Heller appare rilevante è il momento

<sup>124</sup> Cfr. Cavallo, 2005.

<sup>125</sup> Cfr. Cavallo, 2009.

<sup>126</sup> Heller, 1988, p. 230.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 241.

<sup>128</sup> Ciò comporterebbe (ed è proprio questo che irrita maggiormente Heller) una sorta di automatismo dell’agire politico delle varie *razze*: «come politicamente più dotata viene indicata la razza oggi definita nordica. L’uomo nordico [secondo la teoria politica della razza] è quello capace di giudicare, sincero ed energico, l’uomo veramente libero che viene mosso innanzitutto dal suo senso di giustizia. [...] La razza ostica [invece] si troverebbe perfettamente a suo agio all’interno dei partiti liberali e socialisti, essa resterebbe sempre, però, *la razza subordinata per eccellenza*» (*ivi*, pp. 234-236).

<sup>129</sup> *Ivi*, p. 241.

<sup>130</sup> *Ivi*, p. 251.

<sup>131</sup> «L’unificazione della volontà attraverso il principio di maggioranza e la rappresentanza

in cui un popolo diviene nazione. A tal riguardo egli scrive: «il popolo civile, di per sé politicamente amorfo, diventa nazione quando trasforma la consapevolezza della comune appartenenza in un vincolo di volontà politico»<sup>132</sup>. Pertanto Heller dichiara di rifiutare categoricamente il pensiero romantico (e, in particolare il concetto di *volonté générale* di Rousseau) basato su un'aprioristica unità del popolo<sup>133</sup>, il quale assumendo una connotazione sostanzialistica appare come un'entità metafisica ovvero una sorta di demiurgo che genera «tutte le attività politiche e tutte le altre attività culturali nelle profondità della vita storica»<sup>134</sup>. Allo stesso modo, Heller critica anche le teorie nazionali e demoliberali, che, come il pensiero romantico, presuppongono l'esistenza di un popolo politicamente omogeneo che abbia una volontà aprioristicamente unitaria, vale a dire uno *spirito del popolo* originario ed immutabile. Qui la riflessione helleriana<sup>135</sup> sembra convergere con quella elaborata da Schmitt<sup>136</sup> negli scritti weimariani, soprattutto laddove quest'ultimo procede ad una critica radicale del pensiero romantico (e dello stesso Rousseau) reo di aver idealizzato il popolo, sottraendolo alla dimensione della storicità, cioè alla sfera politica reale e alla sua naturale conflittualità<sup>137</sup>. In tal senso, dunque, la volontà popolare derivante dall'unità originaria del popolo, prima unico titolare della decisione politica, sembra ora potersi esprimere solo «in forma incosciente e negativa»<sup>138</sup>.

---

sono [...] gli strumenti tecnici che permettono al popolo in quanto unità di governare il popolo in quanto molteplicità e di diventare soggetto della sovranità. Precondizione di entrambi è però l'esistenza concreta di una *volonté générale*, che sola in fin dei conti può indurre la minoranza a sottomettersi ai rappresentanti nominati dalla maggioranza» (Heller, 1987b, p. 140).

<sup>132</sup> Heller, 1988, pp. 249-250.

<sup>133</sup> Del resto, Heller si distacca anche dal kelseniano concetto giuridico di popolo, la cui unità di tipo normativo consiste nella «sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale» (Kelsen, 1984, p. 51).

<sup>134</sup> Heller, 1988, pp. 250-251.

<sup>135</sup> Più o meno negli stessi termini si era già espresso, qualche anno prima, lo stesso Heller quando scrive che «lo stato, cioè il popolo come unità politica, non esiste né prima, né al di sopra del popolo come pluralità; esso nasce da un accordo meramente razionale tra queste diverse componenti» (Heller, 1987d, p. 45).

<sup>136</sup> A detta di Pomarici, la concezione giuridico-sociologica di Heller, si presenta, per molti versi, contigua a quella schmittiana quando considera il popolo come «un'entità aperta all'azione, alla ricezione, e all'elaborazione di un patrimonio comune costituito tramite un contesto culturale tramandato: lì dove questa ricezione avviene con piena, compatta consapevolezza, lì nasce la volontà politica»; se ne distacca radicalmente quando Schmitt «identifica il popolo in una volontà un'animistica e quest'ultima è posta come la misura *decisiva* nella formazione della volontà statale: come espressione legittima dello spirito nazionale del popolo, il Politico finisce per ridursi in tal modo alla *Fiktion* di una volontà comune *solidale*» (Pomarici, 1989, p. 226).

<sup>137</sup> Cfr. soprattutto Schmitt, 1981, p. 108.

<sup>138</sup> Mortati, 1940, pp. 42 ss.



## 5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti il laboratorio europeo, dunque, come quello weimariano è diventato, negli ultimi decenni, lo spazio in cui saggiare la fecondità epistemologica dei concetti elaborati durante la tragica esperienza della Repubblica di Weimar a partire proprio dalla sovranità<sup>139</sup> che è stata definita, a ragione, il punto di incrocio e di intersezione di tutti i problemi più scottanti della teoria giuridico-politica moderna<sup>140</sup>. E non è un caso, se sia Schmitt, sia Heller, si arrovellavano sulla sua consistenza reale cercando di identificare il soggetto concreto che la dovesse incarnare, in alternativa al formalismo kelseniano che considerava la sovranità come un'anticaglia da relegare nel ripostiglio della storia giuridico-politica. A distanza di circa cento anni, pertanto, l'appassionato dibattito sulla sovranità svoltosi durante la *temperie* weimariana potrebbe rivelarsi ancora oggi proficuo<sup>141</sup>, avendo questi paradigmi valicato i confini di tale esperienza storica influenzando altresì, in maniera palese o latente, sia la teoria giuridica, sia il pensiero politico europeo. In un modo o nell'altro, comunque, i giuristi weimariani potrebbero essere visti come coloro che hanno silenziosamente ma alacramente provveduto al difficile lavoro di tessitura dell'*arazzo europeo*<sup>142</sup>. In un primo momento ha prevalso probabilmente il *momento kelseniano* al punto che il giurista praghese, sia pur criticamente, sembra presentarsi come «il vero interprete del cammino dell'Unione Europea»<sup>143</sup>. La sua posizione, difatti, appare vincente, specie se messa a confronto con la durezza dell'esistenzialismo politico schmittiano, incentrato sulla valenza dello stato di eccezione, in cui decisione e sovranità finiscono per intrecciarsi e sovrapporsi. Ne consegue che le suggestioni kelseniane – che riducono la sovranità ad un insieme di relazioni logico-giuridiche – sono diventate quasi una sorta di *idem sentire* nella riflessione di molti studiosi contemporanei che, di fronte all'inesorabile crepuscolo degli Stati nazionali, vedono finalmente realizzarsi la *civitas maxima* dimenticando che, come soprattutto Schmitt (e in parte Heller) aveva lucidamente intuito, l'affermarsi del globalismo giuridico va di pari passo con l'egemonia economico-militare dell'Occidente<sup>144</sup>. Successivamente, di fronte all'inadeguatezza della soluzione kelseniana che dissolve il «soggetto sovrano nella norma»<sup>145</sup>, è stata la volta

<sup>139</sup> Sulla possibilità di instaurare un fecondo e problematico dialogo critico tra i più autorevoli esponenti della *Allgemeine Staatslehre* cfr. Giordano, 1996 e Frosini, 1996.

<sup>140</sup> Marramao, 2000, p. 300.

<sup>141</sup> Cfr. da ultimo Gozzi, 2019.

<sup>142</sup> Pernice, 1995, contrappone al modello decisionista e, per molti versi, escludente, di Schmitt quello più cooperativo e, di conseguenza, più inclusivo di Smend che, a suo dire, ben potrebbe essere più consono a descrivere il processo di integrazione europea ancora in divenire.

<sup>143</sup> De Giovanni, 2002, p. 152.

<sup>144</sup> Cfr. Zolo, 2001.

<sup>145</sup> De Giovanni, 2002, p. 189.

del *momento schmittiano* ovvero quella fase in cui si è manifestata la necessità di misurarsi con la dimensione concreta della sovranità a livello europeo, cioè con l'insieme dei rapporti di forza e di potere. In altre parole, ciò vuol dire mettere a frutto la lezione schmittiana sulla sovranità, concependo l'Europa come quell'entità politica sovrana che sia in grado di mostrarsi all'altezza delle impegnative sfide storiche che l'attendono nell'attuale scenario geopolitico<sup>146</sup>. Del resto, lo stesso De Giovanni, a distanza di diversi anni, cerca di modificare, sia pur parzialmente, il suo acuto sguardo alla luce degli accadimenti successivi relativizzando la sua posizione su Kelsen e cercando di far dialogare criticamente i due illustri giuristi<sup>147</sup>. Oggi forse potrebbe toccare al *momento helleriano*, visto che la «proposta di pensare la sovranità come unità strutturata nella molteplicità, di giustificarla attraverso il suo ruolo sociale», da parte del troppo sottovalutato giurista weimariano, potrebbe risultare, oggi più che mai, convincente nel contesto europeo rispetto alla sua originaria formulazione avvenuta in «tarda età weimariana»<sup>148</sup>. Già invitato di pietra nelle pieghe dell'ormai storica sentenza Maastricht (1993)<sup>149</sup>, il nome di Heller è stato citato, sia pur *en passant*, dai giudici del *Bundesverfassungsgericht*, quando hanno richiamato il concetto di *Staatsvolk*, ritenendo che esso potesse fungere da vero e proprio *katéchon* nei confronti di un *processo costituente europeo* senza la necessaria omogeneità politico-sociale<sup>150</sup> che «non significa assenza di differenze e di contrasti, ma consapevolezza [...] che il processo politico presuppone l'unità e conduce ad essa, ma non la realizza immediatamente»<sup>151</sup>, bensì vuol dire «condivisione di un fondamento comune, di una comune identità, che non esclude i contrasti, ma si pone, rispetto ad essi, su un piano diverso e più profondo, tanto da renderli tollerabili proprio perché superficiali e comunque non *totali*»<sup>152</sup>. Probabilmente, non ha tutti i torti Emanuele Severino, filosofo che non ha mancato di confrontarsi anche con i problemi giuridici, quando afferma: «se cade la politica come principio ordinatore, anche il diritto è destinato all'estinzione»<sup>153</sup>.

<sup>146</sup> Cfr. Cavallo, 2020 e D'Attorre, 2020.

<sup>147</sup> De Giovanni, 2018, «mi capitò tanti anni fa di definire il sistema giuridico europeo *kelsenismo realizzato* [...] vedevo il lato kelseniano e vedevo meno il lato schmittiano [...] ma ora stiamo giungendo a quel punto di svolta in cui le ragioni di Schmitt si ripresentano in tutta la loro aspra necessità» (pp. 271-273).

<sup>148</sup> Galli, 2019, p. 105.

<sup>149</sup> Per un articolato commento di tale sentenza si rimanda a Bonini, 1994.

<sup>150</sup> Sulla mancanza di una vera omogeneità sociale come *conditio sine qua non* per il corretto funzionamento delle istituzioni parlamentari e democratiche si rinvia a Lagi, 2019.

<sup>151</sup> Costa, 2001, p. 91.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> Severino, 2001, pp. 33-34.

## Bibliografia

- AA.VV., 2002: *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", vol. 31
- Agamben G., 1995: *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi
- Agamben G., 2003: *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri
- Agamben G., 2007: *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza, Neri Pozza
- Ancona E., 2011: *Dante e l'anti-sovrano. Attualità di una riflessione tardomedievale*, in "Rivista internazionale di filosofia e teologia", vol. 64, pp. 343-350
- Balibar E., 2008: *Europa, paese di frontiere*, Lecce, Pensa MultiMedia
- Barcellona P., 2005: *Il suicidio dell'Europa*, Bari, Dedalo
- Bisogni G., 2005: *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller e Carl Schmitt*, Napoli, ESI
- Bolaffi A., 2002: *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, Donzelli
- Bonini M., 1994: *Riflessioni a margine della sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 6, pp. 1271-1310
- Bonvecchio C., 2010: *L'eclissi della sovranità*, Milano-Udine, Mimesis
- Brandalise A., Duso G., 1981: *Decisione e costituzione: la discontinuità del Politico*, in "Laboratorio politico", 5-6, pp. 45-63
- Calabrò G., 1983: *Kelsen e il neokantismo*, in C. Roehrsen (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, pp. 87-92
- Calasso F., 1951: *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, Giuffrè
- Cantaro A., 2003: *Europa sovrana*, Bari, Dedalo
- Carrino A., 1988: *Vita e forme in Kelsen*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, ESI, pp. 7-40
- Carrino A., 1989: *Presentazione*, in H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, pp. V-XLVI
- Carrino A., 1992<sup>3</sup>: *Hans Kelsen e Hermann Cohen*, in Id., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, pp. 169-181
- Carrino A., 2005: *Oltre l'Occidente*, Bari, Dedalo
- Carrino A., 2014: *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (Cz), Rubbettino
- Cavallo R., 2005: *Il terribile potere. Il 'popolo' nel pensiero di Carl Schmitt (1919-*

- 1928), in AA. VV., *Annali del seminario giuridico*, vol. V (2003-2004), Milano, Giuffrè, pp. 35-87
- Cavallo R., 2009a: *La costruzione triadica dell'unità politica in Carl Schmitt*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 3, pp. 361-394
- Cavallo R., 2009b: *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, Giappichelli
- Cavallo R., 2020: *L'Europa tra nomos e polemos*, Novara, Utet
- Chessa O., 2012: *Sovranità, potere costituente, stato di eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in "Diritto Pubblico", 3, pp. 755-800
- Chessa O., 2019: *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, Mimesis
- Chessa O., 2021: *Sovranità*, in C. Caruso e C. Valentini (eds.), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino (edizione digitale)
- Costa P., 1991: *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, in "Filosofia politica", 1, pp. 51-69
- Costa P., 2001: *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, vol. 4
- D'Attorre A., 2020: *L'Europa e il ritorno del 'politico'. Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Torino, Giappichelli
- De Giovanni B., 2002: *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida
- De Giovanni B., 2015: *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica
- De Giovanni B., 2018: *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica
- Dellavalle S., 2002: *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè
- Ferrajoli L., 2002: *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza
- Fioravanti M., 1979: *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè
- Fioravanti M., 1987: *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi, P. Schiera (eds.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, pp. 51-103
- Frosini T.E., 1996: *Costituzione e sovranità nella Dottrina dello Stato di Weimar*, in "Il Politico", 1, pp. 95-127
- Frosini V., 1990: *Kelsen e le interpretazioni della sovranità*, in A. Carrino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., pp. 23-41
- Frosini V., 2017: *Kelsen e Dante*, in H. Kelsen, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'Impero*, Milano-Udine, Mimesis, pp. 17-27
- Galli C., 1996: *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico*

- moderno*, Bologna, Il Mulino
- Galli C., 2019: *Sovranità*, Bologna, Il Mulino
- Gargano A., 2011: *Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, La Scuola di Pitagora
- Giordano P., 1996: *Profili della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli Anni Venti*, Napoli, Editoriale Scientifica
- Gozzi G., 2019: *Weimar: questioni costituzionali e prospettive dell'integrazione europea*, in "Il pensiero politico", 2, pp. 208-222
- Grimm D., 1996: *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, pp. 339-367
- Grimm D., 2009: *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press
- Grossi P., 1995: *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza
- Gueli V., 1959: *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto*, Roma, Società editrice del Foro Italiano
- Habermas J., 1996: *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 369-375
- Habermas J., Streeck W., 2020: *Oltre l'austerità. Disputa sull'Europa*, a cura di G. Fazio, Roma, Castelvecchi
- Heller H., 1987a: *La crisi della dottrina dello Stato*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè
- Heller H., 1987b: *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 67-301
- Heller H., 1987c: *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 303-356
- Heller H., 1987d: *L'Europa e il fascismo*, Milano, Giuffrè
- Heller H., 1988: *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, ESI
- Heller H., 1992: *Staat, Nation, Sozialdemokratie*, in Id., *Gesammelte Schriften*, C. Müller (hrsg. von), vol. I, *Orientierung und Entscheidung*, Tübingen, Mohr, pp. 527-542
- Heller H., 1998: *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica
- Jellinek G., 1912: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, con note dell'Avv. Gaetano Vitagliano e prefazione di Vittorio Emanuele Orlando, Milano, Società Editrice Libreria
- Jouanjan O., 2005: *Georg Jellinek ou le juriste philosophe*, in G. Jellinek, *L'État*

- moderne et son droit*, Paris, Panthéon-Assas, pp. 5-85
- Kelsen H., 1931: *Der Wandel des Souveränitätsbegriffe*, in AA.VV., *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, Modena, Società Tipografica Modenese, vol. II, pp. 1-11
- Kelsen H., 1974: *La teoria del diritto e dello Stato in Dante*, Bologna, Massimiliano Boni Editore
- Kelsen H., 1984: *La democrazia*, Bologna, Il Mulino
- Kelsen H., 1989: *Il problema della sovranità*, cit.
- Kelsen H., 1997: *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI
- Kelsen H., 2008: *Autobiografia*, in Id., *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis
- Kelsen H., 2013: *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther e E. Daly, Milano, Giuffrè
- Kelsen H., 2017: *Lo Stato in Dante*, cit.
- La Torre M., 2005: *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi del crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo
- Lagi S., 2019: *Unità e pluralità nella democrazia weimariana. Hermann Heller e l'omogeneità sociale*, in "Il pensiero politico", 2, pp. 223-238
- Marramao G., 2000: *Dopo il Leviatano: individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri
- Monateri P.G., 2017: *Kelsen e Dante oltre Schmitt?*, in H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 7-15
- Morrone A., 2017: *Sovranità*, in "Rivista AIC", 3 (reperibile online)
- Mortati M., 1940: *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè
- Nicoletti M., 1990: *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, Morcelliana
- Pasquino P., 1987: *Introduzione*, in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., pp. 1-17
- Patrono M., 2022: *Latenza di idee. Un'analisi a 'posteriori' della prima opera pubblicata di Hans Kelsen: Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905)*, in "Federalismi", 4, pp. 753-765
- Pernice I., 1995: *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die Europäische Integration*, in "Archiv des öffentlichen Rechts", 1, pp. 100-120
- Pomarici U., 1989: *Oltre il positivismo giuridico, Hermann Heller e il dibattito costituzionale weimariano*, Napoli, Prismi
- Pomarici U., 1998: *Postfazione*, in H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?*, cit., pp. 189-225

- Pomarici U., 2020: *La mediazione sigillo della sovranità. Hermann Heller fra Moderno e Contemporaneo nello specchio di Weimar*, in "Rivista di filosofia del diritto", 2, pp. 439-462
- Portinaro P.P., 2005: *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in "Teoria politica", 1, pp. 3-33
- Preuss H., 1924: *Reichsverfassungsmäßige Diktatur*, in "Zeitschrift für Politik", XIII, pp. 97-113
- Quaglioni D., 2004: *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza
- Quaglioni D., 2021: *Introduzione*, in Dante, *De Monarchia*, Milano, Mondadori, pp. V-LXXIX
- Riccobono F., 1976: *Gli inizi di Kelsen. La teoria dello Stato in Dante*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1, pp. 261-289
- Ridola P., 2016: *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli
- Rodotà S., 2001: *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in G. Bonacchi (ed.), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, pp. 451-476
- Sbailò C., 2007: *Weimar un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, Troina (En), Città Aperta
- Schmitt C., 1916a: *Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren*, in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", pp. 783-797
- Schmitt C., 1916b: *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", pp. 138-161
- Schmitt C., 1972: *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, pp. 33-86
- Schmitt C., 1975: *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, Laterza
- Schmitt C., 1978: *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano, Adelphi
- Schmitt C., 1981: *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Milano, Giuffrè
- Schmitt C., 1984: *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè
- Schmitt C., 2006: *La dittatura*, Roma, Settimo Sigillo
- Scoditti E., 2001: *La Costituzione senza popolo. Unione Europea e nazioni*, Bari, Dedalo
- Severino E., 2001: *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza
- Solmi A., 1907: Recensione a H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in "Bulettno della società dantesca", 2, pp. 98-111
- Stella G., 2013: *Sovranità e diritti. La dottrina dello Stato da Jellinek a Schmitt*,



Torino, Giappichelli

Tuccari F., 2021: *La sovranità. Trasformazioni e crisi in età contemporanea*, Roma, Carocci

Zolo D., 2001: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci