

Antonino Scalone

Introduzione

*Dalla decisione politica al compromesso istituzionale.
Otto Kirchheimer e la Repubblica di Weimar*

Otto Kirchheimer deve la sua fama innanzitutto ai lavori di argomento penalistico e politologico. Ci riferiamo, per il primo versante, a *Punishment and Social Structure*, apparso nel 1939, e a *Political Justice. The Use of Legal Procedure in the Apparatus of Justice*, pubblicato nel 1961. Per il secondo versante, invece, ci riferiamo soprattutto a *The Transformation of the Western European Party Systems*, del 1966. Si tratta di lavori pubblicati tutti nell'esilio americano, giacché Kirchheimer, militante socialdemocratico ed ebreo, era stato costretto ad abbandonare la propria patria all'indomani dell'avvento del nazionalsocialismo¹.

Punishment and Social Structure è il frutto della collaborazione con l'Istituto di ricerca sociale di Francoforte, anch'esso trasferitosi negli USA dopo la presa del potere da parte di Hitler. L'opera si propone di analizzare l'epoca borghese a partire dall'ottica particolare delle politiche carcerarie². Kirchheimer, su incarico dell'Istituto, interviene sulla prima stesura dell'opera, realizzata da Georg Rusche, rivedendola e aggiungendo alcuni capitoli³. *Political Justi-*

¹ Sulle vicende biografiche di Otto Kirchheimer cfr. J.H. HERZ, *Otto Kirchheimer, Leben und Werk*, in W. LUTHARDT, A. SOLLNER (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus. Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989, 11-26. Si vedano inoltre S. SALZBORN, *Otto Kirchheimer* in R. VOIGT, U. WEISS (Hrsg.), *Handbuch Staatsdenker*, Stuttgart, Steiner, 2010, 210-11 e J. PERELS, *Otto Kirchheimer (1905-1965). Demokratischer Marxist und Verfassungstheoretiker*, in REDAKTION KRITISCHE JUSTIZ (Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 401-414. Cfr. altresì i contributi raccolti in R.C. VAN OUYEN, F. SCHALE (Hrsg.), *Kritische Verfassungspolitologie. Das Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*, Baden-Baden, Nomos, 2011, in particolare, per la fase weimariana del suo pensiero, M.W. HEBEISEN, *Souveränität bei Otto Kirchheimer. Das Dogma der Souveränität zwischen Staatslehre und Politikwissenschaften*, ivi, 87-118; F. SCHALE, *Parlamentarismus und Demokratie bei frühen Otto Kirchheimer*, ivi, 141-176.

² Cfr. D. MELOSSI, *Introduzione all'edizione italiana*, in O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), trad. it. di D. Melossi e M. Pavarini, Bologna, il Mulino, 1978, 5 ss.

³ Scrive M. JAY, *The Dialectical Imagination. A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research, 1923-1959*, Berkeley - Los Angeles - London, University of California Press, 1973, 196: «Esaminando forme di sanzione penale come imprigionamento, multe, confino, deportazione e lavori forzati, Rusche e Kirchheimer furono in grado di dimostrare l'approssimativa relazione fra variabili quali il mercato del lavoro e la circolazione della moneta da un lato e specifiche forme penali dall'altra». Più in particolare, nelle pagine dedicate alle «trasformazioni dei regimi autoritari del XX secolo, Kirchheimer analizzò il generale collasso della legalità nel periodo del capitalismo monopolistico».

ce, anticipato nel 1955 da un saggio di argomento analogo, affronta invece il tema, particolarmente importante in quegli anni, dell'uso politico della giustizia⁴.

The Transformation of the Western European Party Systems introduce il concetto, che avrà grande fortuna in ambito politologico, di *catch-all party*, partito pigliatutto, privo di un'ideologia definita e orientato a ottenere, sulla base di un programma dai contorni indeterminati, il massimo consenso elettorale⁵. Tale concetto, è stato osservato, «costituisce probabilmente l'ultimo originale contributo interpretativo alla sociologia del partito politico»⁶.

Tuttavia, già negli anni weimariani Kirchheimer aveva prodotto una messe significativa di lavori nei quali la capacità analitica del giurista si coniuga efficacemente con la passione del politico. Essi costituiscono un tassello necessario per la piena comprensione degli scritti della fase successiva, ma sono anche una testimonianza importante del dibattito politico-costituzionale dell'epoca. Soprattutto mostrano la profondità e l'originalità dell'analisi kirchheimeriana, tali da offrire anche allo studioso odierno spunti importanti di riflessione.

Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus è un estratto della sua tesi di dottorato, composta sotto la direzione di Carl Schmitt, del quale riprende esplicitamente alcuni temi, declinandoli però in direzione politica opposta. Egli critica innanzitutto la democrazia borghese per il carattere solo formale del suo concetto di eguaglianza, nonché per il suo relativismo, prendendo esplicitamente le distanze da quanto sostenuto da Kelsen in *Sozialismus und Staat*⁷. La democrazia formale, proprio per la sua dichiarata neutralità, non è portatrice di valori, ma costituisce semplicemente il campo, presunto neutrale, nel quale si scontrano i valori contrapposti delle classi e delle loro organizzazioni politiche. Ma, mancando un sistema di valori condiviso, manca altresì la ragione per cui la minoranza dovrebbe sottostare alle decisioni della maggioranza. Per la sua formalità, lo Stato borghese esprime sostanzialmente una situazione di stallo nella lotta fra le classi: analogamente a Schmitt, per

⁴ Cfr. *L'Introduzione* di R. RACINARO alla trad. it. del saggio del 1955, *Giustizia politica*, Macerata, Liberilibri, 2002, IX-XXX.

⁵ Cfr. O. KIRCHHEIMER, *La trasformazione dei sistemi partitici dell'Europa occidentale* (1966), trad. it. in G. SIVINI (a cura di), *Sociologia dei partiti politici*, Bologna, il Mulino, 1979, 251.

⁶ G. SIVINI, *La sociologia dei partiti e lo stato*, in IDEM (a cura di), *Sociologia dei partiti politici*, cit., 50.

⁷ Cfr. H. KELSEN, *Socialismo e Stato* (II ed., 1929), trad. it. di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978, 174-75.

Kirchheimer la formalizzazione giuridica non è altro che neutralizzazione politica.

In questo saggio il giovane giurista manifesta una forte avversione per la teoria socialdemocratica del cosiddetto «doppio progresso»: a suo avviso il passaggio al socialismo può avvenire solo sulla base di una rottura decisa con ogni forma di compromesso, come mostra l'esperienza bolscevica, espressione autentica di energia e di capacità di decisione politica che non arretra nemmeno dinanzi alla prospettiva del conflitto più radicale⁸. Essa è animata dalla forza del mito politico che Kirchheimer, sulla scorta della lettura schmittiana di Sorel condotta in *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus*⁹, giudica più efficace della violenza 'soltanto' tecnica della borghesia¹⁰. È proprio il giovane Stato bolscevico, basato su una sostanziale omogeneità di classe e guidato da una classe dirigente determinata, a riprendere nelle sue mani e a rilanciare quel concetto di sovranità che l'Europa democratico-borghese vorrebbe smantellare. Si tratta tuttavia di un concetto radicalmente diverso da quello classico giacché separa risolutamente Stato e sovranità: essendo legata non ad un apparato coercitivo localizzato in un determinato territorio, ma ad una classe trasversale rispetto alle partizioni territoriali, la sovranità proletaria risulta infatti tendenzialmente universale. Naturalmente ci si potrebbe chiedere, proprio tenendo presente le tesi schmittiane da cui Kirchheimer prende le mosse, in che modo il concetto di sovranità, che sembra presupporre una pluralità di soggetti, ognuno titolare della medesima prerogativa su un territorio determinato, possa conciliarsi con tali prospettive universalistiche e con il proposito della rivoluzione mondiale o in che misura possa costituire uno strumento utile per comprenderle.

⁸ È il giovane Lukács, non ancora convertito al bolscevismo, a indicare proprio nel rifiuto del compromesso una delle ragioni del successo di quella dottrina politica; cfr. G. LUKÁCS, *Il bolscevismo come problema morale* (1918), trad. it. di M. Stocco, in appendice a M. LÖWY, *Per una sociologia degli intellettuali rivoluzionari. L'evoluzione politica di Lukács, 1909-1929*, Milano, La Salamandra, 1978, 325: «Nella liberazione dal compromesso si nasconde l'affascinante forza del bolscevismo. Ma colui che ne viene affascinato non si rende forse pienamente conto a cosa va incontro nel tentare di evitarlo. Il suo dilemma è il seguente: si può raggiungere il bene con mezzi cattivi?». Ha di recente richiamato l'attenzione su questo passo M. PICCINI, *Teologico e sociologico in Troeltsch. Ancora sulla nozione di compromesso*, in *Humanitas*, 2016, 325.

⁹ Cfr. C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, II ed., 1929, trad. it. di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2004, 92 ss.

¹⁰ A proposito di questo saggio, A. SIMARD, *La loi désarmée. Carl Schmitt et la controverse légalité / légitimité sous Weimar*, Laval, Le Presses de l'Université Laval, 2009, 367, ha parlato di «lecture "mythologisante" du léninisme». Sul punto cfr. anche M. SURDI, *Per una teoria politica della dittatura del proletariato. Gli scritti giovanili di Otto Kirchheimer*, in *Democrazia e diritto*, 1979, 153-162.

Anche *Bedeutungswandel des Parlamentarismus*, del 1928, e *Das Problem der Verfassung*, pubblicato l'anno successivo, risentono decisamente dell'influenza di Schmitt e, in particolare, del già citato *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus*. Nel primo saggio viene enfatizzata la contrapposizione fra parlamentarismo e democrazia. Il parlamentarismo, o perlomeno l'ideologia che lo sostiene, presuppone l'esistenza di un ceto colto dal quale, attraverso la procedura elettorale regolata dal diritto censitario, si possano selezionare e destinare all'attività parlamentare i 'migliori'. La legge sarà allora a un tempo l'espressione di una società omogenea, giacché solo la borghesia ha diritto al voto, e il risultato della discussione 'disinteressata' dei suoi rappresentanti, imponendosi così per la propria conformità a ragione. Tale situazione è radicalmente cambiata con l'estensione del diritto elettorale e con l'ingresso delle masse organizzate sulla scena politica. Il parlamento non può più pretendere di essere il luogo ove i migliori determinano attraverso la discussione il bene comune e la legge giusta, ma è piuttosto l'istanza all'interno della quale vengono registrati e formalizzati i rapporti di forza fra le classi. Lo Stato di diritto, a sua volta, con le sue procedure formalizzate, garantisce il mantenimento di tali rapporti di forza fra le due classi contrapposte finché l'una o l'altra non si senta in condizioni di romperlo con fondate possibilità di successo.

Nel secondo saggio, Kirchheimer prende le mosse da quello che egli giudica essere il tratto caratterizzante ogni costituzione borghese: la contraddizione fra individuo da un lato e «principio democratico comunitario» dall'altro. Il fondamento individualistico del meccanismo autorizzativo che fonda e rende legittimo il potere politico, ne costituisce al tempo stesso il principale limite. Infatti – come risulta chiaro già a partire dalla riflessione hobbesiana – il movente che giustifica la subordinazione degli individui al sovrano è esclusivamente il loro bisogno di assicurarsi una situazione di pace e sicurezza tale da permettere a ciascuno il perseguimento dei propri personali progetti di felicità¹¹. Nella rivoluzione russa Kirchheimer coglie il tentativo di superare questa antinomia, grazie ad un generoso 'anticipo' della volontà politica sulla situazione storico-spirituale del tempo. Ma in ciò risiede anche il suo limite, giacché risulta evidente la spaccatura drammatica fra la «volontà costituzionale» dei titolari del potere, vale a dire il partito bolscevico, e

¹¹ Sul punto, ci permettiamo di rimandare al nostro *L'ordine precario*, Monza, Polimetica, 2011, 11 ss.

la situazione materiale e ideologica in cui versano i contadini russi. Con il crollo catastrofico dell'Impero, la Germania del primo dopoguerra si è trovata nell'interessante situazione di poter scegliere fra due modelli costituzionali contrapposti: quello parlamentare-borghese e quello di orientamento socialista. Tuttavia, sulla base della situazione complessiva, ma soprattutto a causa dei limiti della dirigenza socialdemocratica, si è scelto di non decidere: il risultato è stato una Costituzione nella quale convivono contraddittoriamente princìpi e istituti dell'uno e dell'altro modello. Nella prassi degli anni successivi, poi, si sono mostrati vincenti i princìpi borghesi, così che la Costituzione di Weimar è stata rapidamente ricondotta nel solco di quella tradizione. La determinatissima volontà politica bolscevica ha portato ad una Costituzione troppo in anticipo sui tempi, e dunque irrealizzabile; la troppo debole volontà politica del socialismo tedesco ha condotto ad un assetto costituzionale arretrato rispetto a quanto la concreta situazione storico-spirituale avrebbe probabilmente consentito.

Alcuni di questi temi ritornano, in forma più articolata, in *Weimar, und was dann?*, pubblicato nel 1930. Si tratta di un ampio saggio che costituisce un vero e proprio commento alla Costituzione della Repubblica, un'introduzione ai suoi princìpi e ai suoi problemi ricca di spunti anche per chi non ne condivide, o ne condivide solo in parte, il taglio interpretativo. Al suo interno vengono sottoposti ad analisi tutti i principali organi costituzionali e discussi gli elementi forse più innovativi: il riconoscimento dei diritti sociali e il principio della codeterminazione fra le parti sociali fissato dall'art. 165.

L'analisi è condotta tenendo presente un assunto contenuto in un passo di Rosa Luxemburg posto non casualmente a esergo: rispetto alla rivoluzione che l'ha prodotta, e dunque ai concreti rapporti di forza che si sono instaurati, la costituzione, come ogni attività legislativa, rappresenta nulla più dello «sviluppo vegetativo della società». Ciò significa che dall'assetto costituzionale, di per sé, non è lecito aspettarsi le trasformazioni politiche che solo un' incisiva azione politica potrebbe introdurre. Esprimendo una situazione sostanziale di stallo fra i due gruppi principali, borghesia e proletariato, la Costituzione non è altro che la traduzione formale dell'accordo extraistituzionale fra parti sociali, stipulato nel 1918, che va sotto il nome di patto Liegen-Stinnes. I vari organi costituzionali, per parte loro, risultano neutrali rispetto a tale situazione, potendo essere utilizzati, a seconda dello sviluppo della situazio-

ne politica, in un senso oppure in un altro. Più in generale, scrive Kirchheimer, le stesse «forme di Stato e di governo non sono mai buone o cattive in sé. Ogni classe deve decidere autonomamente, sotto la propria responsabilità, se nel caso concreto l'una o l'altra forma sia per essa buona o cattiva». Lo stesso vale per il sistema elettorale: al suffragio universale non vanno attribuite qualità taumaturgiche in ragione del suo maggior tasso di democraticità rispetto a quello censitario o per ordini; la sua capacità trasformatrice – ribadisce Kirchheimer – è direttamente proporzionale alla volontà politica del proletariato che in esso si esprime¹². Per altro verso, le trasformazioni intervenute nel sistema rappresentativo in conseguenza dell'affermazione dei grandi partiti di massa svuotano il Parlamento di ogni senso: esso, infatti, non riesce nemmeno più ad assolvere la funzione assegnatagli da Weber, vale a dire la selezione dei capi politici.

Se il tratto forse più interessante e innovativo della Costituzione di Weimar è rappresentato dal riconoscimento dei diritti sociali, posti a integrazione di quelli soltanto individuali, considerati da Kirchheimer fundamentalmente asociali e astatali, purtuttavia in tale riconoscimento non va vista l'espressione di una volontà politica unitaria di tipo costituente, come sarebbe stato auspicabile e necessario, ma piuttosto l'esito di una contrattazione fra organizzazioni d'interesse già esistenti, ognuna delle quali orientata al riconoscimento o alla conservazione dei propri privilegi. «Là dove il legislatore avrebbe voluto legiferare in nome dell'intero popolo, altri erano già intervenuti», scrive Kirchheimer, che si mostra ancora del tutto dipendente dalla concezione monistica e identitaria della democrazia propria di Schmitt; il sistema weimariano dei diritti sociali si configura dunque, secondo la sua interpretazione, semplicemente come un sistema di garanzie reciproche dei diritti acquisiti dai gruppi d'interesse più forti. Nel suo complesso la Costituzione di Weimar non è nemmeno il frutto di un compromesso in senso proprio, inteso come l'accordo nel quale ognuna delle parti contraenti conviene di rinunciare stabilmente a qualcosa. Esso è invece soltanto, secondo la definizione che Kirchheimer riprende da Schmitt, un «compromesso formale di tipo dilatorio»¹³, sti-

¹² «Anche il più libero dei sistemi elettorali può solo sostenere una volontà politica già esistente, la cui forza il risultato elettorale sancisce con chiarezza. Il suffragio universale ed eguale, se pure significa qualcosa per i lavoratori, non sostituisce la volontà politica del proletariato, ma la presuppone».

¹³ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, 52.

pulato con la riserva mentale di rimandare ad un altro momento, più favorevole, la resa dei conti definitiva. Per questo motivo essa può a buon diritto venir definita «Costituzione senza decisione»: ha mantenuto intatto l'apparato amministrativo ereditato dall'Impero e, per altro verso, ha proclamato nella seconda parte una serie di principi fra loro eterogenei, lasciando «spazio, in linea di principio, ad un nuovo ordinamento sociale». Ma l'avvento di questo nuovo ordinamento non si è realizzato, né avrebbe potuto realizzarsi, poiché, scrive Kirchheimer, «la democrazia può esprimere solo ciò che è già presente. Dare espressione ad un ordinamento sociale già presente, rappresentarlo visibilmente: questo è ciò che una democrazia può fare. Ma avendo scambiato le forme della democrazia con il suo contenuto, si è tralasciato di fornire a questa Costituzione un programma politico». Agendo su questa mancanza, conclude Kirchheimer, la borghesia tedesca ha facilmente e rapidamente spento ogni velleità di trasformazione, riconducendo di fatto le potenzialità costituzionali che pure esistevano nell'alveo dello Stato di diritto.

Il riferimento al pensiero di Schmitt non deve far pensare che l'interpretazione della Costituzione di quest'ultimo e quella di Kirchheimer coincidano. Certo, il giurista di Plettenberg mette in luce il compromesso dilatorio che emerge in molti punti della seconda parte della Costituzione. Tuttavia egli ritiene in pari tempo che *comunque* la carta costituzionale contenga alcune decisioni politiche fondamentali. Esse riguardano, per quel che concerne la prima parte, la forma politica, di tipo parlamentare e democratico, e lo Stato di diritto; per quel che concerne la seconda parte, i diritti fondamentali, intesi da Schmitt come «sfere di libertà» prestatuali: «Libertà di religione, libertà personale, proprietà, diritto di libera manifestazione del pensiero»¹⁴. È ben vero che l'art. 153 prevede che contenuto e limiti della proprietà possano essere limitati per legge, ma si tratta di una contraddizione, giacché, scrive Schmitt, «non può esserci nessuno Stato di diritto senza proprietà privata e la Costituzione di Weimar vuole essere una Costituzione da Stato borghese di diritto»¹⁵. Sicché, mentre Kirchheimer prende le distanze dalla Costituzione e dall'intero assetto politico che ne è espressione, Schmitt, almeno nella *Verfassungslehre*, si pone a difesa dei principi costituzionali che ritiene corrispondano alle autentiche decisioni politiche del popolo tedesco. Così, a suo avviso, nessuna maggioranza parlamentare potrebbe trasformare la Repubblica in

¹⁴ *Ivi*, 220.

¹⁵ *Ivi*, 230-31.

una monarchia ereditaria o in una repubblica di tipo sovietico; allo stesso modo, nessuna maggioranza potrebbe abrogare la proprietà privata, cosa che invece sarebbe possibile per le semplici *garanzie istituzionali*, di per sé sempre circoscritte e limitate¹⁶.

L'interpretazione di Kirchheimer non coincide nemmeno con quella di altri giuristi di orientamento politico analogo al proprio, come Ernst Fraenkel e Franz Neumann¹⁷.

Il primo, in *Abschied vom Weimar?*, valuta positivamente il fatto che l'assetto costituzionale repubblicano, oltre a riconoscere i diritti individuali classici e i principi liberali della proprietà privata e della libertà d'intrapresa, valorizzi l'«ordinamento collettivo del lavoro» frutto del concorso fra forze sociali organizzate. In questo quadro, il compromesso fra parti non va valutato negativamente, perché è il presupposto necessario della stabilità politica; al contrario, va vista con preoccupazione l'*impossibilità* di raggiungere compromessi – e questo, a suo giudizio, è il pericolo che incombe sulla repubblica – giacché potrebbe pregiudicare «l'esistenza della Costituzione»¹⁸.

Il secondo, che condividerà con Kirchheimer l'esilio americano e la collaborazione con la Scuola di Francoforte¹⁹, in *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Republik* scorge nella Costituzione di Weimar una scelta decisiva a favore del principio dell'eguaglianza materiale e una correlativa relativizzazione dei diritti borghesi di proprietà, contratto e intrapresa. Ad essere assoluta, nel senso che non può essere limitata da alcuna norma, né a livello federale, né a livello di *Land*, è piuttosto la libertà di associazione che trova la sua massima garanzia nell'art. 165. Questo articolo dà riconoscimento giuridico ai contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei lavoratori e degli imprenditori e assicura l'indipendenza di tali associazioni di fronte ad ogni intervento dello Stato mirante a limitarne la libertà. Neumann consente con Schmitt sul fatto che nella Costituzione sia rinvenibile una decisione politica fondamentale; questa, però, non riguarda né lo Stato di diritto, né il diritto di proprietà, ma piuttosto l'ambito dei diritti sociali fissa-

¹⁶ *Ivi*, 229.

¹⁷ Cfr. A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, in O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza decisione. Saggi di teoria politica e costituzionale*, trad. it. di M. Bertaggia e M. Keller, Bari, De Donato, 1982, LXIII-LXXXII.

¹⁸ E. FRAENKEL, *Abschied vom Weimar?*, in IDEM, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 57. Per un'analisi più articolata del pensiero di Fraenkel ci permettiamo di rimandare al nostro *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milano, Angeli, 1996, 132-150.

¹⁹ Oltre al già citato M. JAY, *The Dialectical Imagination*, cfr. la documentata *Introduzione* di G. MARRAMAO a A.R.L. GURLAND, O. KIRCHHEIMER, H. MARCUSE, F. POLLOCK, *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, trad. it. di G. Pagliaro, Napoli, Liguori, 1981, 35 ss.

ti nella seconda parte del testo costituzionale. Sempre nell'art. 165, la decisione a favore di un principio sostanziale di eguaglianza è spinta al punto da prevedere, attraverso l'istituzione dei Consigli di fabbrica e la protezione speciale accordata ai sindacati, una decisa limitazione del *Kommandogewalt* dei proprietari d'azienda²⁰. Si comprende allora come per Neumann la Costituzione di Weimar, nonostante la congiuntura non favorevole per i lavoratori e le loro organizzazioni, contenga ancora potenzialità inespresse e principi suscettibili di essere realizzati. Così, alla domanda di Kirchheimer: «Weimar, e che cosa dopo?» egli ritiene che la risposta più adeguata sia: «Intanto, Weimar!».

Legalità e legittimità esce pochi mesi prima del saggio omonimo e più noto di Carl Schmitt, in cui questi non mancherà di citare favorevolmente l'antecedente kirchheimeriano. Ma tale apprezzamento non deve ingannare e anzi va probabilmente interpretato come deliberatamente tendenzioso²¹. In effetti, è proprio in questo scritto che, per la prima volta, l'allievo mostra un deciso distanziamento dalle posizioni del maestro e anche da quelle da lui stesso sostenute fino ad allora. Egli prende le mosse dalla seguente tesi: nel modello di Stato del XIX il diritto di resistenza, ancora presente in epoca assolutistica, non verrebbe superato in assoluto, ma soltanto *reso superfluo* dall'affermazione di un concetto razionale e compiutamente formalizzato di legge. Proprio per queste sue caratteristiche, infatti, la legge sarebbe particolarmente idonea a garantire indistintamente a tutti protezione e sicurezza rispetto ad ogni esercizio arbitrario del potere. Ma qualora si affermi, com'è accaduto nella Repubblica di Weimar, una «legalità a due livelli» - quello della legge formale e quello della Costituzione - gli apparati burocratici e giudiziari si sentiranno liberi di appellarsi alla seconda, pretendendo di interpretarne lo spirito contro la lettera della seconda. In questo modo, però, in nome di un principio di legittimità considerato, per il suo tratto *sostanziale*, sovraordinato alla mera legalità, sarà possibile neutralizzare la spinta riformatrice di molte leggi considerate sgra-

²⁰ Cfr. F. NEUMANN, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Republik* (1930), in IDEM, *Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930-1954*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 178, 72. Sul punto ci permettiamo di rimandare al nostro *L'ordine precario*, cit., 261-66.

²¹ Cfr. A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità*, cit., CVIII. Scrive C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932, 15: «Perciò considero esatta la formulazione del saggio su legalità e legittimità (*Die Gesellschaft*, luglio 1932) di Otto Kirchheimer il quale afferma che la legittimità della democrazia parlamentare "ormai consiste solo nella sua legalità" e oggi "palesamente il limite legale è equiparato alla legittimità"» [trad. it. (parziale) di P. Schiera in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, 209-244].

dite. Tale situazione risulta aggravata dall'uso estensivo dell'art. 48, che attribuisce al Presidente del *Reich* il potere di adottare tutte le misure che riterrà opportune per il «ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica», compresa la sospensione, parziale o totale, dell'efficacia dei diritti fondamentali. L'interpretazione estensiva di questo articolo, affermata durante la Repubblica sia in ordine alla valutazione della sussistenza o meno della situazione d'emergenza, sia in ordine alla validità temporale delle conseguenti ordinanze presidenziali, a giudizio di Kirchheimer significa un vero e proprio superamento del «concetto tradizionale di legalità». Al suo posto si instaura una legittimità orientata sostanzialmente alla valutazione della bontà dei fini. Essa viene spesso giustificata dal riferimento al fatto che il Presidente del *Reich*, essendo eletto direttamente dal popolo, risulta dotato di un grado di legittimità almeno pari a quello del Parlamento. Ma le cose non stanno affatto così poiché, sostiene Kirchheimer, esiste uno stretto legame fra democrazia e legalità: nello Stato di diritto, di cui ora egli sembra apprezzare molti tratti, non solo il potere dev'essere legittimo, ma dev'essere anche esercitato nel rispetto della legge²², pena la trasformazione della democrazia in dittatura. Nella legalità formale Kirchheimer tende ora a vedere non il velo mistificante che nasconde dietro un'eguaglianza solo formale la dissimmetria dei rapporti di forza fra parti contrapposte quanto, piuttosto, «un principio ordinamentale di tipo pratico adatto ad un paese diviso in classi». Esso può garantire che «le rapide trasformazioni del dopoguerra», interpretate dai conservatori come «abuso partitico, corruzione, irresponsabilità, inopportuno compromesso fra parti»²³, non risultino vanificate.

Nelle *Bemerkungen*, composte insieme a Nathan Leites e apparse nel 1933 nell'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, la presa di distanza da Schmitt che si era già manifestata nello scritto dell'anno precedente, si fa critica minuziosa e articolata di tutte le tesi sostenute dall'antico maestro in *Legalität und Legitimität*. Kirchheimer nota come il concetto schmittiano di democrazia presupponga

²² Scrive Kirchheimer: «Lo Stato legislativo, la democrazia parlamentare, non conosce altra forma di legittimità all'infuori della propria origine. Poiché ogni deliberazione assunta dalla maggioranza del momento ha valore di legge per la maggioranza stessa e per tutto il popolo, la legittimità di tale forma di Stato coincide con la sua legalità. Invece il regime delle ordinanze d'emergenza posto in essere dalla figura plebiscitaria del Presidente del *Reich* ed esercitato in concreto dalla burocrazia dei funzionari è caratterizzato non dalla legalità, ma dalla legittimità, ovvero dal richiamo all'insindacabile giustizia delle sue azioni e dei suoi scopi. Al concetto di legalità non appartiene solo la genesi legale del potere, ma soprattutto il suo esercizio in conformità alla legge».

²³ Si noti come qui il concetto di compromesso abbia perso la sua connotazione negativa.

quello di identità. Questa, a sua volta, rimanda al principio di eguaglianza. Tuttavia Kirchheimer ora sostiene che l'eguaglianza da sola non sia in grado di giustificare adeguatamente l'opzione democratica. Richiamandosi esplicitamente al Kelsen di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, egli ritiene che, accanto ad essa, sia necessario garantire la libertà individuale. Questa, a sua volta, non va intesa soltanto come libertà privata e dunque apolitica, secondo il modello schmittiano, ma piuttosto come libertà, potremmo dire, *pubblica*, relativa cioè all'azione dell'opinione pubblica e alla partecipazione, individuale e di gruppo, al processo di formazione della volontà politica. Questa compresenza di democrazia e libertà politica di per sé appare incompatibile con l'idea, precedentemente sostenuta dallo stesso Kirchheimer, per cui la democrazia sarebbe praticabile solo in una società omogenea. Una società di questo tipo, infatti, non riconoscerebbe lo spazio necessario agli interessi particolari, in sé irriducibili, per le ragioni dianzi dette, alla sfera privata e, se spinta all'estremo, avrebbe come conseguenza «il superamento del dato di fatto dell'individualità», cioè di uno dei presupposti della democrazia. Peraltro, sempre rifacendosi a Kelsen, adesso Kirchheimer ritiene che nulla osti ad un'accettazione anche solo «strumentale» dei principi democratici da parte di gruppi politici organizzati e in competizione fra loro per la conquista del potere.

Schmitt dedica una parte consistente del proprio saggio alla questione della parità delle *chance* fra soggetti politici diversi. A suo avviso, il semplice possesso legale del potere assicura un vantaggio sostanziale rispetto a chi si trova all'opposizione. Questa circostanza costituisce un argomento ulteriore di critica al sistema della democrazia borghese. Per Kirchheimer, invece, il sistema democratico-parlamentare, pur non riuscendo a realizzare *in toto* il principio delle pari *chance*, è tuttavia quello che vi si avvicina di più. Inoltre, a suo avviso non esiste, come sostiene Schmitt, una contraddizione strutturale fra parlamento e strumenti di democrazia diretta, giacché anche il parlamento, in una società pluralista e non omogenea, è espressione, ancorché mediata, della volontà popolare. Esso svolge la funzione di «intermediario plebiscitario» e dunque – a differenza di quanto sostenuto da Schmitt in *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus* – ha il medesimo fondamento di legittimazione degli istituti di democrazia diretta.

Esiste inoltre un'ulteriore circostanza che milita a favore dell'accettazione di questo modello di democrazia e contro le versioni plebiscitario-autoritarie della democrazia. Infatti per Kirchheimer

mer vi è un rapporto diretto fra capacità rappresentativa e numero dei rappresentanti. Un parlamento composto da centinaia di persone diverse, pur costituendo una semplificazione rispetto alla realtà sociale, può dar conto della diversità di opinioni, orientamenti politici e ideali, interessi economici che la caratterizza sicuramente molto meglio di un *referendum*, che offre solo l'alternativa secca fra il sì e il no, o dell'investitura plebiscitaria di *un solo* rappresentante. «L'elezione del presidente – scrive significativamente Kirchheimer – costituisce un'unificazione di volontà assai più ampia dell'elezione del parlamento; ma quanto più grande è la dimensione dell'unificazione di volontà, tanto più grande sarà la distanza delle volontà singole da quella del candidato e tanto più piccolo, a causa di questa intensificazione del compromesso, il grado di libertà. Un caso analogo di riduzione della libertà politica dovuta all'ipertrofia dell'unificazione delle volontà si ha nella seconda *chance* di partecipazione politica che Schmitt riserva al popolo, la decisione sul sì o sul no rispetto ad un quesito posto da un organo statale».

Rispetto a queste nuove posizioni kirchheimeriane si potrebbe certo obiettare che risultano condizionate da un eccessivo ottimismo nei confronti della democrazia parlamentare, ottimismo che gli avvenimenti immediatamente successivi, tedeschi e non solo, si incaricheranno di smentire dolorosamente. Esse, però, risultano ampiamente profetiche rispetto alla pretesa dei regimi autoritari e plebiscitari di ridurre la complessità delle articolazioni sociali e dei conflitti interumani nei confini di una omogeneità artificiosamente mantenuta da imponenti apparati ideologici e repressivi. Kirchheimer in questo scritto delinea con largo anticipo l'orizzonte dei problemi che caratterizzeranno le società democratiche di massa del secondo dopoguerra, strette fra l'esigenza di garantire la governabilità e quella di dare spazio adeguato alla molteplicità delle aggregazioni politiche ed economiche. Non è un caso che qui la nozione di compromesso perda la connotazione negativa che aveva negli scritti precedenti. Solo pochi anni dopo il compromesso politico, in un'accezione ancora una volta desunta esplicitamente dalla riflessione kelseniana, verrà inteso da Kirchheimer, ormai stabilizzato nella nuova patria americana, non come espressione di mancanza di energia politica e di capacità decisionale, ma come la forma tipica dell'agire politico delle «società industriali evolute»²⁴.

²⁴ O. KIRCHHEIMER, *Mutamento di struttura del compromesso politico* (1941), trad. it. in A.R.L. GURLAND, O. KIRCHHEIMER, H. MARCUSE, F. POLLOCK, *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, cit., 103.