

UNA STELLA NEL CREPUSCOLO:
GLI SCRITTI WEIMARIANI
DI ERNST FRAENKEL

Stefano Carloni

Tra i molti eventi occorsi nel “secolo breve” che ci siamo appena lasciati alle spalle (dallo scoppio della rivoluzione bolscevica fino alle pacifiche sollevazioni popolari del 1989-1991, che hanno fatto giustizia di un regime macchiatosi del sangue di centinaia di milioni d’innocenti) merita certamente di esser conservato nella memoria, e profondamente meditato, il singolare esperimento costituito dalla proclamazione in Germania nel 1919 di una repubblica “ibrida”, nella quale ad istituti propri della più schietta tradizione liberale e *rechtsstaatlich* furono giustapposti organi e normative di derivazione marxista, ispirati dall’esigenza di assicurare un peso politico adeguato ai ceti operai che con la loro rivolta avevano decretato la fine dell’Impero e che a stento (dopo la stagione dei *Räte* o consigli) erano stati riportati nell’ambito della legalità; un sistema di governo la cui tenuta era affidata soltanto al mantenimento dei fragili equilibri sociali espressi dalla “grande coalizione”, e che pertanto doveva necessariamente crollare con la fine di questi e l’avvento del nazionalsocialismo – il quale “risolse” il problema a modo suo, con la *Gleichschaltung* –. In questo periodo celebrò i suoi fasti l’indirizzo teoretico *positivistico* ed *avalutativo* inaugurato nella scienza sociologica da Max Weber e coerentemente applicato nell’ambito giuridico dal praghese-austriaco Hans Kelsen: questa visione, fondata su una netta cesura tra mondo dei “fatti” (*Sein*) e sfera dei valori (*Sollen*), faceva del diritto un mero *sistema di norme* emanato da un sovrano purchessia, la validità delle quali coincideva con la loro *efficacia* (garantita dalla sanzione) indipendentemente da ogni considerazione circa la *justitia* del prescritto. Una teoria che certo rispecchiava fedelmente, dal punto di vista empirico, il mutamento dei rapporti di forza all’interno della società conseguente all’ascesa al potere del proletariato, ma che altrettanto sicuramente portò ad un obnubilamento della coscienza etico-giuridica diffusa – basti porre mente all’enorme diffusione che ebbe la pratica dell’aborto “sociale” – al quale va forse addebitata anche la supina accettazione che il terrore nazista ricevette in seguito da parte del popolo tedesco.

In questo lungo crepuscolo che precedette la notte del Terzo Reich, tuttavia, è possibile scorgere alcune stelle che indicarono con tenacia, fino all’ultimo, la via per evitare il disastro, e che nel dopoguerra guidarono gli sforzi per una rifondazione della democrazia e dello Stato di diritto. Fra questi è da considerare certamente il politologo e giurista Ernst Fraenkel che, formatosi nei

difficili anni di Weimar, durante l'esilio cui fu costretto a partire dal 1938 formulò una descrizione del regime hitleriano come «doppio Stato»¹ e negli anni '60, tornato in patria, fu autore della teoria cd. *neo-pluralista* della democrazia, nella quale il nuovo assetto istituzionale della Repubblica federale di Bonn veniva consacrato speculativamente e difeso contro gli attacchi tanto dei nostalgici autoritari, quanto dei contestatori di sinistra ispirati dalla scuola “critica” di Horkheimer e Adorno². In questa sede si prenderanno in considerazione i principali scritti fraenkeliiani risalenti al periodo weimariano, nella convinzione che in essi già si delineino le linee portanti della sua produzione successiva.

1. AUS DEM ORT, DIE ORTUNG

Forse mai come nel caso di Ernst Fraenkel può ritenersi appropriato il luogo comune, secondo cui le circostanze ambientali d'origine possono determinare l'indirizzo di una vita³. Nato a Colonia il 26 dicembre 1898 da genitori ebrei benestanti e rimasto orfano all'età di sedici anni, si trasferisce a Francoforte sul Meno presso lo zio materno, il fisico matematico Joseph Epstein. Dalla famiglia, politicamente schierata in senso democratico-progressista, riceve un'educazione umanistica nella quale i «principi fondamentali del pensiero tollerante e favorevole allo Stato di diritto» erano considerati quali “presupposti ovvii di un'esistenza «colta» dignitosa”⁴.

¹ *The Dual State*, Oxford University Press, New York 1940-41. L'opera costituisce la rielaborazione di un saggio del 1937, *Das Dritte Reich als Doppelstaat*, pubblicato in più puntate nella rivista della SPD «Sozialistische Werte» (XII, pp. 41-44, 53-56, 87-90) sotto lo pseudonimo di Conrad Jürgens; verrà poi ritradotta in tedesco e pubblicata nel 1974 in Germania, col titolo *Der Doppelstaat*, in una nuova edizione, dalla quale è stata tratta la traduzione italiana *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* a cura di P.P. Portinaro (introduzione di N. Bobbio), Einaudi, Torino 1983. Per una sua analisi mi permetto rinviare a due miei articoli di imminente pubblicazione: *Stato di diritto e nazionalsocialismo: l'analisi di Ernst Fraenkel (60 anni dopo The Dual State)* in «Nuovi Studi Politici» n. 1/2002, e *Giusnaturalismo «comunitario» e «societario»: il contributo di Ernst Fraenkel (a 60 anni dalla pubblicazione di The Dual State)* in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» n. 4/2001.

² I saggi di questo periodo sono stati poi ricompresi nell'antologia *Deutschland und die westlichen Demokratien*, a cura di A. von Brünneck, Suhrkamp, Frankfurt a. Main 1991; vedi ad es. la relazione tenuta alla 45^a *Deutsche Juristentag* svoltasi a Karlsruhe il 22 settembre 1964 *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie* (ora in E. FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien* cit., pp. 297-325; trad. *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico* in *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel* a cura di V. Atripaldi, Giappichelli, Torino, 1996, p. 7).

³ Le notizie sulla vita di Ernst Fraenkel sono tratte dalla premessa autobiografica (*Anstatt einer Vorrede*) e dal'Appendice alla sua antologia del 1973 *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie* (hrsg. von F. Esche und F. Grube), Hoffmann u. Campe, Hamburg (pp. 11-26 e 469-472), nonché dalla postfazione di A. von Brünneck alla raccolta da lui curata *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit. (pp. 360-372).

⁴ Come ricorderà egli stesso in *Reformismus und Pluralismus* cit., p. 14.

L'antisemitismo diffuso nella società guglielmina, di cui acquista presto consapevolezza, non gli impedisce di sentirsi pienamente tedesco (anche a causa dello scarso sentimento religioso dei parenti); nel conflitto mondiale egli vede soprattutto una guerra contro la Russia autocratica dei *pogrom*, e questo può spiegare la sua decisione di parteciparvi come volontario dal 1916 al 1918. Una partecipazione che, del resto, si mantiene lontana da cedimenti nazionalistici, come pure *sans passion* saranno da lui vissuti i giorni della rivoluzione.

Dal 1919 Fraenkel studia scienze giuridiche e storia all'Università di Francoforte ove aderisce prima ad un gruppo studentesco liberal-democratico, poi all'Unione degli studenti socialisti; nel 1921 entra nella SPD. Nel 1923 si laurea sotto la guida di Hugo Sinzheimer con una tesi su *Der nichtige Arbeitersvertrag*; del celebre giuslavorista sarà anche assistente tra il 1922 e il 1924, e da lui apprende quell'interpretazione dei rapporti tra sfera sociale e politica che in seguito trasfonderà nella sua analisi della «*kollektive Demokratie*». Come secondo incarico si occupa della formazione dei funzionari sindacali, mentre dal 1925 insegna politica sociale nella scuola di economia della associazione dei metallurgici tedeschi a Bad Dürrenberg. Da queste esperienze nel campo sindacale e nella pratica forense nasce la sua prima opera significativa: l'opuscolo del 1927 *Zur Soziologie der Klassenjustiz*.⁵

2. LA SOZIOLOGIE DER KLASSENJUSTIZ

a) Fine dello statualismo giuridico

La fonte d'ispirazione primaria di questo saggio è certamente costituita dalle indagini di Max Weber – la cui opera *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, letta da Fraenkel durante il periodo bellico, gli aveva «aperto l'accesso ad una considerazione scientifica della politica»⁶ – volte alla ricostruzione “idealtipica” di figure e gruppi umani (il capitalista, il burocrate, l'azienda e il partito politico), a loro volta mediate dalla *Wissenssoziologie* di Karl Mannheim⁷. Esso si articola infatti in una ricognizione delle cause che avevano portato la magistratura tedesca – nell'ottica della classe operaia uscita vittoriosa dalla rivoluzione – ad alterare l'equilibrio dei poteri istituzionali all'interno della nuova repubblica fino ad “espropriare” il Parlamento della sua funzione legislativa⁸, dando vita a

⁵ Pubblicato nella «Jungsozialistische Schriftenreihe», Laubsche, Berlin, poi ricompreso nelle antologie *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968, pp. 1-41 e *Reformismus und Pluralismus* cit., pp. 88-125; ora anche in E. FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, Bd. 1. *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, hrsg. von H. Buchstein unter Mitarbeit von R. Kühn, Nomos, Baden-Baden 1999, pp. 177-211 (da cui saranno tratte le citazioni nel testo).

⁶ E. FRAENKEL, *Reformismus und Pluralismus* cit., p. 20.

⁷ Cfr. il suo *Die Strukturanalyse der Erkenntnistheorie*, Reuther & Reichard, Berlin, 1922.

⁸ «La magistratura, con eccezioni insignificanti, si è collocata in opposizione alla neonata

quell'indirizzo giurisprudenziale che Fraenkel denomina «giustizia di classe [*Klassenjustiz*]»⁹.

L'analisi fraenkeliana muove dal riconoscimento della «crisi psicologica» in cui versa il giudice nel nuovo regime, di cui individua l'origine in un mutamento radicale della *Weltanschauung* giuridica: ovvero nel tramonto di quella concezione *statualista* che, nata dalle speculazioni della Scuola storica di Savigny sul diritto quale “precipitato” del *Volksgeist* e dalla filosofia di Hegel – la quale vedeva nello Stato la realizzazione dello Spirito oggettivo e la fonte di ogni regola giuridica –, era assunta a ideologia ufficiale del *Reich* bismarckiano, spingendo a rifiutare come estraneo ogni diritto che pretendesse di avere un'origine diversa da quella statale, come il diritto internazionale, il diritto consuetudinario e, ciò che a Fraenkel più importa, il contratto collettivo di lavoro (*Tarifvertrag*)¹⁰. Il tentativo di preservare il settore politico della vita statale dai conflitti di classe che già allora laceravano la società (le leggi contro i socialisti risalgono al 1871) si era concretizzato nella dottrina labandiana della “sanzione” della legge da parte di un monarca «al di sopra delle parti»¹¹, il quale con la sua firma elevava il progetto legislativo uscito dalla deliberazione delle rappresentanze popolari (*Volksvertretungen*) «dalla lotta degli interessi e dei pratici di partito in una sfera apartitica, senza classi»¹². Anche la “teoria pura” di Kelsen, da questo punto di vista, non aveva fatto altro che portare alle estreme conseguenze il processo di radicamento del diritto nella volontà dei detentori del potere; la sua identificazione dello Stato con un ordinamento normativo

repubblica»: *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 197. Un giudizio che l'Autore riprenderà nel saggio del 1931 *Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz*, pubblicato sulla rivista della SPD «Die Gesellschaft» (ora in *Gesammelte Schriften*, Bd. 1 cit., pp. 445-458): «Il primo decennio di esistenza della repubblica tedesca è caratterizzato da una notevole espansione del potere della magistratura. L'estensione dell'ambito di competenza del potere giudiziario nasceva in parte da una tendenza classista più o meno consapevole della burocrazia giudiziaria, di bloccare l'influenza del proletariato sulla legislazione. Il potere giudiziario nei primi anni della repubblica si è rivelato, visto da una prospettiva borghese, come uno sbarramento contro “esperimenti” di politica sociale e socialisti» (p. 446).

⁹ «Giustizia di classe e violazione del diritto sono due cose, che nel loro concetto non hanno nulla in comune. Una violazione del diritto sussiste solo se il giudice viola coscientemente le prescrizioni della legge; se a un giudice viene rimproverata la giustizia di classe, in questo caso nessuno dubita, che egli abbia emesso una sentenza, che formalmente è compatibile con la legge. La giustizia di classe non è identica neppure alla giustizia politica [*politische Justiz*]. Quest'ultima sussiste, se il giudice nell'emanazione della sentenza si è lasciato indurre dalla sua concezione politica ad una pronuncia giuridica unilaterale. Se si sostiene di una sentenza, che essa è un esito della giustizia di classe, non si ha qui un giudizio sull'atteggiamento soggettivo del giudice, piuttosto una critica al risultato della sua attività. *Giustizia di classe significa che la giurisprudenza di un Paese viene unilateralmente influenzata dagli interessi e dalle ideologie della classe dominante, cosicché nonostante l'applicazione formale della legge la classe oppressa viene danneggiata dall'uso della giustizia*»: *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 207 (corsivo mio).

¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹ Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928, trad. *Dottrina della costituzione* a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, p. 378.

¹² *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., pp. 181 e 183.

coercitivo (*Zwangsordnung*) mirava ad eliminare ogni residua possibilità di una critica filosofica al diritto vigente: «il diritto, un tempo *ratio scripta*, finisce così per essere *res publica scripta*»¹³.

La situazione cambia radicalmente con l'abbattimento della monarchia: il giudice, privato della garanzia della sanzione regia, vede ora il diritto come «una marionetta in balia delle forze sociali». Viene inoltre affermandosi una concezione relativistica della democrazia – Fraenkel si riferisce in modo esplicito al Kelsen di *Das Problem des Parlamentarismus* – la quale «autorizza una molteplicità di punti di vista» con la conseguenza che «ogni atto legislativo si presenta come vittoria di una maggioranza politico-partitica sulla minoranza con la possibilità, che la minoranza di oggi si trasformi nella maggioranza di domani»¹⁴, consacrando in tal modo la soggezione della regola giuridica al mutevole assetto di una società frantumata in classi antagoniste. Il giudice, che aveva vissuto nel riflesso dello splendore monarchico, e “in nome del re” aveva emanato le sue sentenze, si trova ora a dover pronunciare diritto in nome di quel popolo che aveva imparato a disprezzare come “plebaglia”. Ad aggravare la situazione è poi la crisi economica che colpisce tutto il ceto medio e in particolare i giudici, la cui indipendenza finanziaria li aveva fino ad allora messi al riparo da pressioni della grande imprenditoria. Da qui sorge per Fraenkel quell'ostilità del ceto giudiziario nei confronti del proletariato, nuovo detentore del potere politico, e il suo conseguente allearsi con i ceti economicamente dominanti; un atteggiamento che avrà il suo sviluppo anche sul terreno della *Rechtsfindung*.

b) «Diritto libero» e primato della legge

L'acquisizione da parte della magistratura di una autonoma “coscienza di classe” ha come risultato, nell'analisi di Fraenkel, l'abbandono del tradizionale metodo formalistico – il quale «ricava soltanto dalla legge e dalla storia della sua formazione la decisione della causa da giudicare» e rifiuta di conseguenza di prendere in considerazione punti di vista extra-giuridici nell'interpretazione del diritto¹⁵ – a favore di un criterio *finalistico* che cerca «mediante la domanda sullo scopo delle leggi, di adattarle alla situazione del momento... tenendo conto del mutamento della concezione sociale complessiva, delle trasformazioni nell'atteggiamento spirituale della nazione, della struttura sociale della popolazione», facendo pertanto obbligo al giudice di «valutare dal punto di vista della buona fede, quali ripercussioni di tipo economico, sociale e spirituale avrà la sua decisione»¹⁶. Aderendo alle concezioni espresse da Oppenheimer sullo Stato quale «rapporto di potere, espresso in forma giuridica, tra un piccolo ceto

¹³ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 182.

¹⁴ *Op. ult. cit.*, p. 183.

¹⁵ *Ibidem*, p. 190.

¹⁶ *Loc. ult. cit.*

superiore possidente e una grande massa nullatenente»¹⁷, Fraenkel afferma infatti che un diritto interpretato formalisticamente era funzionale agli interessi economici dei grandi proprietari terrieri – dal momento che le norme di diritto reale che li riguardavano sono meno soggette ai mutamenti portati dal trascorrere del tempo – mentre il mondo del commercio e dell'industria dominante ad es. nella Germania meridionale (terra d'origine della *Freirechtsschule*) aveva bisogno di un diritto maggiormente adattabile alle esigenze degli scambi¹⁸.

Sulla valutazione di questa tendenza Fraenkel prende nettamente le distanze dalla tradizionale impostazione antiformalistica del movimento operaio (la quale aveva trovato uno dei suoi più autorevoli interpreti in Pothoff): se nel periodo prebellico i pochi giuristi di professione, che erano vicini al movimento operaio, si univano alla scuola del diritto libero vedendo in esso una possibilità di mutare le leggi ad esso sfavorevoli¹⁹, nella nuova situazione sociale e politica «il proletariato ha maggiore influenza sulla formazione delle leggi da parte del Parlamento che sulla loro interpretazione da parte della giurisdizione»²⁰. Le sentenze emesse in materia di rivalutazione monetaria, o di applicazione dell'art. 165 della costituzione di Weimar (interpretato nel senso dell'esistenza di una *Arbeitsgemeinschaft* che limitava fortemente gli spazi di lotta sindacale all'interno dell'azienda), dimostrano inequivocabilmente l'esistenza di una opposizione fra lo Stato – ora dominato dalla classe operaia – e la società in cui è ancora prevalente il ceto capitalistico che «influenza il potere giudiziario nelle sue tendenze *freirechtliche*»²¹ e lo spingono ad affermare la necessità di imporre alla magistratura un rigoroso rispetto della lettera delle leggi emanate dal Parlamento a difesa dei lavoratori²².

Ma non è soltanto un'esigenza di opportunità pratico-politica a suggerirgli il rifiuto di un'impostazione finalistica; ancor più decisiva è la considerazione della funzione *garantista* esercitata dal principio della certezza giuridica di fronte a possibili arbitrî dei detentori del potere (politico o economico) nei

¹⁷ F. OPPENHEIMER, *Der Staat*, Rutten & Loening, Frankfurt a. Main 1907.

¹⁸ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., pp. 191-192.

¹⁹ *Ibidem*, p. 193.

²⁰ *Ivi*, p. 211.

²¹ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 199.

²² «Quanto più esteso è il margine d'azione, che viene lasciato aperto al giudice nella sua attività, tanto più grande deve diventare il pericolo della giustizia di classe»: *op. ult. cit.*, p. 211. Cfr. F. NEUMANN, *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, Laubsche, Berlin 1929 (trad. *Il significato politico e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro*, ora in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista* a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Edizioni Lavoro, Roma 1982, p. 138): «Già Fraenkel si è riferito al fatto che la classe operaia è contraria al diritto libero. E a ragione: il diritto libero aveva un suo significato prima dell'entrata in vigore delle grandi leggi sociali. A quel tempo il libero apprezzamento dava al giudice i mezzi tecnico-giuridici per contrastare un rigido orientamento conservatore. Oggi che la classe operaia ha conseguito rilevanti successi nel campo politico e sociale, il libero apprezzamento del giudice consente invece a questi di interferire sulla legislazione politico-sociale».

confronti degli strati sociali più deboli: «Contro nulla il debole si sente più indifeso che contro l'arbitrio. La prima reazione della classe oppressa contro il potere statale è la richiesta che nella giurisprudenza sia eliminato ogni arbitrio»²³. E se il dissidio fra giustizia e certezza del diritto è «un problema quasi insolubile per ogni società»²⁴, esso appare addirittura tragico per il proletariato, il quale deve decidere «se vuole, dati gli attuali rapporti di forza, incatenare rigorosamente il giudice alla legge tollerando qualche sentenza dura, ovvero preferisce, per spianare la via all'equità, dilatare la libera discrezione del giudice a rischio della moltiplicazione dell'arbitrio»²⁵. Per parte sua, afferma Fraenkel, la classe operaia ha già deciso: «a partire dalla sua situazione di classe compresa istintivamente in modo corretto» essa lotta per una limitazione della discrezionalità giudiziaria, e tende (sia pur inconsciamente) verso una giurisprudenza formalistica²⁶. Di conseguenza l'invito che egli rivolge alla dirigenza socialdemocratica è di «mettere da parte l'idea dei giorni di festa di un ordinamento sociale il più possibile *giusto* come inattuabile dati gli attuali rapporti di forza, rispetto alla sicurezza» e di respingere ogni tentativo – come ad esempio il progetto di riforma penale allora in discussione – di minare il primato della legge generale ed astratta mediante un ampliamento del margine di valutazione della magistratura nel caso singolo²⁷.

c) *Un marxismo "giusnaturalista"*

La preferenza mostrata da Fraenkel verso il principio della certezza del diritto a fini di garanzia non implica però una sua adesione alle teorie giuspositivistiche in quel periodo alla moda, le quali – con argomentazioni rozze o più raffinate, non rileva – fanno discendere il carattere obbligante di una norma dall'*auctoritas* di chi detiene il potere. Da questo punto di vista *Zur Soziologie der Klassenjustiz* può esser visto come la manifestazione di un tentativo di riproporre, nella *Denksform* propria del marxismo, una visione del diritto ben più antica e vicina al comune sentire *anche* dei ceti operai: si parla ovviamente del *giusnaturalismo* e in particolare di quella sua declinazione *razionalistica* la quale individua appunto la fonte delle prescrizioni giuridiche

²³ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 204.

²⁴ *Op. ult. cit.*, p. 206.

²⁵ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., pp. 206-207.

²⁶ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 204.

²⁷ Nel saggio del 1931 *Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz* (in *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, cit.) Fraenkel ritornerà sul tema con una più matura consapevolezza teoretica: «L'indipendenza del potere giudiziario dalle disposizioni dell'autorità amministrativa ha il suo correlato nella dipendenza dalla legge. Solo in correlazione con la dipendenza dalla legge l'indipendenza del potere giudiziario è conforme alla costituzione e pensabile nella cornice dello Stato di diritto. Nel momento in cui il concetto stesso di legge diviene problematico, l'indipendenza del potere giudiziario perde il suo sostegno interno, poiché essa ha avuto il suo senso soltanto in correlazione con la dipendenza dalla legge» (p. 450).

non nella “natura” intesa come totalità cosmica impersonale²⁸ bensì nella essenza propria dell’uomo e nella sua capacità di attingere il *logos* presente all’interno della sua vita relazionale (*l’ipsa res iusta*).

Questo atteggiamento fraenkeliano non è motivato soltanto dalla constatazione che «nonostante più di 50 anni di marxismo il percorso dall’utopia alla scienza non è ancora giunto al termine»²⁹ e che una gran parte dei seguaci di Marx non ha ancora compreso il suo punto di vista, secondo cui «la classe operaia non ha ideali da realizzare»³⁰; fin dalla prima pagina del suo saggio egli sottolinea che a fare di un brillante giurista un buon giudice non bastano «un ingegno chiaro e veloce, per comprendere la fattispecie concreta rapidamente e in modo corretto» o «una buona memoria, poiché egli deve aver sempre disponibile il gran campo delle leggi», e neppure «un intelletto acuto e chiaro, che segua con sicurezza imperturbabile il procedimento spirituale per “decidere” la fattispecie da lui chiarita secondo le disposizioni della legge»³¹. No, per essere un “buon” giudice questi dovrà essere un giudice *giusto*, dovrà essere intimamente «pervaso dalla giustizia del diritto da lui applicato» se non vorrà cadere nella tragica alternativa di «emettere una sentenza “giusta” ignorando la legge... oppure pronunciare, in applicazione della legge, una sentenza da lui stesso sentita come ingiusta»³². In verità «la spinta verso la giustizia è un impulso della natura umana così primitivo, da non poter essere soppresso neppure da montagne di pratiche e volumi di regolamenti di servizio»³³; un impulso che Fraenkel non ha timore di ricondurre ad un fondamento religioso³⁴; anzi, egli sembra prendere le distanze dalla compiaciuta descrizione weberiana sul «disincanto del mondo» che spoglia il diritto della sua origine divina per farne un «affare dello Stato»³⁵ e guarda con rimpianto all’esperienza medievale del *jus commune*, il diritto romano recepito anche in terra tedesca come la stessa *ratio scripta*³⁶.

Per Fraenkel il diritto naturale non è un evento storico unico, ma piuttosto «un fenomeno duraturo sociologicamente fondato»³⁷; infatti «l’idea che debba

²⁸ Si ricordi la classica affermazione di Ulpiano (*Digesta*, 1.1.1.3): «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*»: una teoria che trova interessanti coincidenze nella visione induista del *dharma*.

²⁹ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 200.

³⁰ *The Civil War in France. Address of the General Council of the International Working-Men’s Association*, Truelove, London 1871³; trad. *La guerra civile in Francia* a cura di P. Togliatti, Editori Riuniti, Roma 1974, p. 87.

³¹ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 178.

³² *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 179.

³³ *Ibidem*; e più avanti: «La funzione pratica della filosofia del diritto è di attuare il radicamento del diritto positivo in un ideale di giustizia» (*ivi*).

³⁴ A pp. 179-180 della *Soziologie der Klassenjustiz* sono citati alcuni versi di Goethe: «*Gott, der einzige Gerechte/will für jedermann das Rechte;/sei von seinem hundert Namen/dieser hochgelobet. Amen!*».

³⁵ *Ibidem*, p. 180.

³⁶ *Loc. ult. cit.*.

³⁷ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 202.

sorgere un ordinamento giuridico il quale corrisponda all'idea della giustizia, è propria di ogni strato sociale oppresso»³⁸. E come la borghesia, ansiosa di liberarsi dai ceppi dell'ordinamento feudale, si era data nel XVIII secolo un diritto naturale avente al suo centro il «postulato della libertà dedotto dall'idea della ragione» e articolantesi nelle pretese alla libertà professionale, contrattuale e di movimento, alla tutela della libertà privata e all'uguaglianza davanti alla legge³⁹, analogamente «la concezione giuridica del proletariato è riempita da un pensiero giusnaturalistico d'impronta proletaria»⁴⁰; con l'unica differenza che il giusnaturalismo liberale, mirante ad una limitazione del potere statale, si è esplicito soprattutto nell'ambito del diritto commerciale, mentre il diritto naturale "proletario" si ripercuote in modo speciale sulla disciplina del lavoro dipendente, ove la classe operaia invoca l'aiuto dello Stato⁴¹.

Dichiarando «superate» le posizioni anarchiche pregiudizialmente ostili alla dimensione giuridica della vita sociale, tipiche di alcuni «lavoratori spiritualmente elevati» (un'espressione ironica per definire gli intellettuali della SPD) Fraenkel riporta i risultati di indagini statistiche da lui svolte fra i lavoratori sindacalizzati nel corso della sua attività di docente, le quali attestavano come per la grande maggioranza del proletariato non fosse concepibile una società futura senza «un diritto fornito di carattere coattivo»⁴². La stessa reazione dei lavoratori contro sentenze ritenute espressione della *Klassenjustiz* borghese dimostra ai suoi occhi quanto saldamente sia radicata in essi l'idea della giustizia⁴³; per cui egli ritiene di poter affermare che la lotta marxista per la creazione di una società senza classi non sia altro che una lotta per la realizzazione del «vero diritto», da combattere con tanto maggior intensità, quanto più acutamente il diritto positivo viene compreso come «il prodotto degli attuali rapporti di forza» e la legge scritta avvertita come «una profanazione dell'idea pura del diritto»⁴⁴. Non dunque la "dittatura del proletariato" instaurata in Russia dieci anni prima costituisce per Fraenkel «l'idea immanente del marxismo», bensì la certezza (o speranza⁴⁵) che «la lotta per l'emancipazione

³⁸ *Ivi*, p. 201. V. pure p. 202: «Una storia del diritto orientata in senso marxista – di cui siamo privi – dovrebbe concepire l'evoluzione del diritto come la storia della lotta fra diritto vigente e diritto naturale, per comprendere in tal modo la storia del diritto come frammento della storia delle lotte di classe».

³⁹ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p.201.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 202.

⁴¹ *Loc. ult. cit.*

⁴² *Op. ult. cit.*, p. 203.

⁴³ «Quanto più fortemente la fede nel diritto naturale di stampo proletario è radicata nel singolo lavoratore, tanto più vivacemente egli reagirà contro le sentenze che avverte come ingiuste... La fede nel diritto naturale di stampo proletario induce pertanto molti lavoratori a qualificare una sentenza che contraddice la fede giusnaturalistica della sua classe, ma è in armonia con il diritto vigente, come un prodotto della giustizia di classe»: *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., pp. 202-203.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 200.

⁴⁵ Cfr. O. KAHN-FREUND, *Postscript a Labour Law and Politics in the Weimar Republic* a cura di R. Lewis e J. Clark, Blackwell, Oxford 1981, p. 202, il quale lamenta la presenza nell'opera di Fraenkel di una «componente romantica».

del proletariato mediante l'eliminazione delle classi è in grado di realizzare la libertà e l'uguaglianza degli uomini»; è l'idea, espressa da Lassalle nel suo *Programma*, che «la causa del ceto operaio sia in verità la causa dell'intera umanità, la sua libertà la libertà della stessa umanità, il suo dominio il dominio di tutti»⁴⁶.

3. LA «KOLLEKTIVE DEMOKRATIE» E IL PLURALISMO

a) Crisi del parlamentarismo

Il 1929 vede Fraenkel attivamente impegnato a Berlino su più fronti: come avvocato giuslavorista nello studio di Sinzheimer, a fianco dell'ex-compagno di studi Franz Neumann; ancora con Neumann in qualità di consigliere giuridico della direzione della SPD per i procedimenti amministrativi; ma soprattutto, come pubblicista, inizia a prendere in considerazione l'assetto istituzionale della repubblica weimariana, che in quel periodo da un lato attraversava una fase di relativa stabilità politica, ma dall'altro era fatto segno di accuse implacabili da parte dei giuristi di tendenza conservatrice (*in primis* Carl Schmitt). Accuse che Fraenkel nei suoi articoli mostrerà di non ignorare, ma alle cui implicazioni autoritarie contrappone puntualmente (forse con una punta di ottimismo) prospettive di conservazione della pace sociale e della legalità propria di uno Stato di diritto. Il saggio più rilevante di quell'anno, *Kollektive Demokratie*⁴⁷, si apre con una lucida analisi retrospettiva dei dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana e dei fattori che avevano portato la struttura concreta dei rapporti fra poteri dello Stato – quella che Costantino Mortati chiamerà «costituzione in senso materiale»⁴⁸ – a discostarsi sensibilmente dalla lettera della legge fondamentale.

I motivi per i quali «l'aspettativa dei padri della costituzione, secondo cui il Parlamento avrebbe dovuto essere il centro di formazione della volontà dello Stato, il motore dell'attività dello Stato, non si è realizzata nel modo che lasciavano prevedere i lavori stessi della costituente»⁴⁹ sono identificati da Fraenkel essenzialmente nel *Funktionswandel* (mutamento di funzione) del Parlamento stesso e nello spostamento del potere “reale” dall'ambito legislativo a quello giudiziario. Sotto il primo aspetto egli riconosce che «l'autolimitazione del Parlamento è latente nel sistema stesso del parlamentarismo»⁵⁰: infatti l'assoggettamento del Cancelliere e dei singoli ministri alla fiducia del

⁴⁶ *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., pp. 200-201.

⁴⁷ Pubblicato sulla rivista della SPD «Die Gesellschaft»; trad. di G. Arrigo *Democrazia collettiva* in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», Angeli, Milano 1980, n. 8, pp. 601-616; ora anche in *Laboratorio Weimar* cit., pp. 89-104.

⁴⁸ V. il saggio omonimo pubblicato nel 1940 presso l'editore Giuffrè di Milano.

⁴⁹ E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, in *Laboratorio Weimar* cit., p. 90.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 91.

Reichstag, insieme alla partecipazione al gabinetto dei *leaders* dei partiti della coalizione di governo, aveva fatto sì che venisse meno la «naturale controparte» del Parlamento, davanti alla quale esso operava la *Vertretung* delle molteplici opinioni del popolo non sovrano⁵¹; il fatto che l'assemblea legislativa non costituisse più una «tribuna» adeguata all'espressione degli stati d'animo del corpo elettorale aveva fatto perdere ad essa quella «funzione di stimolo che [la] rendeva, agli occhi delle grandi masse, il centro del loro interesse politico»⁵². Inoltre la fine del dualismo Parlamento-Governo rendeva problematico un serio controllo della maggioranza parlamentare nei confronti non soltanto dei ministri, ma dello stesso apparato burocratico⁵³, cosicché ad una dipendenza *giuridica* dell'Esecutivo dal Parlamento faceva da *pendant* una dipendenza *politico-sociologica* del Parlamento rispetto alla burocrazia⁵⁴.

Quanto ai rapporti fra potere legislativo e potere giudiziario, già nella *Soziologie der Klassenjustiz* di due anni prima Fraenkel aveva evidenziato la tendenza della magistratura a non comportarsi più come una semplice «*bouche de la loi*»⁵⁵, ma a «considerare le norme positive come un fastidioso imbrigliamento della propria attività, e a giudicare... sempre più in base al sentimento di giustizia di volta in volta dominante»⁵⁶. Qui egli riconferma il suo giudizio circa il ridimensionamento della funzione propria del Parlamento derivante dagli indirizzi della scuola del «diritto libero», come pure dall'opinione di giuristi come Schmitt e Smend i quali assegnavano un ruolo predominante ai «diritti fondamentali» contenuti nella seconda parte della *Reichsverfassung* e caldeggiavano l'istituzione di una corte per il controllo centralizzato delle leggi; un'idea che non poteva ovviamente risultare gradita al partito socialdemocratico allora al potere⁵⁷. Tutto questo per Fraenkel mostrava

⁵¹ «Il Parlamento *rappresenta* certamente tutt'ora il popolo. Ma esso non è più *rappresentante* del popolo in termini di perfetta corrispondenza. Infatti un rapporto di rappresentanza del popolo è possibile solo quando c'è una controparte del rappresentato. Naturale controparte del Parlamento è il Governo. Ma come possono Hermann Müller o Gustav Stresemann, come dirigenti di gruppi parlamentari, rappresentare se stessi contro Hermann Müller, cancelliere del *Reich*, e Gustav Stresemann, ministro degli esteri?»: *Democrazia collettiva*, cit., pp. 91-92. Per la differenza tra *Vertretung* e *Repräsentation* qui accennata cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* cit., p. 281: «Il rappresentante è indipendente, perciò non è né funzionario né agente né commissario».

⁵² E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, cit., p. 92.

⁵³ «Agli occhi della burocrazia i ministri parlamentari sono visti come il paraurti contro la rappresentanza popolare»: *ibidem*, p. 91.

⁵⁴ *Ivi*, p. 90.

⁵⁵ Secondo la celebre formula di MONTESQUIEU, *De l'esprit du lois* (1748), trad. *Lo spirito delle leggi* a cura di B. Boffito Serra, Rizzoli, Milano 1999⁴, vol. I, l. XI, cap. 6, p. 317.

⁵⁶ *Democrazia collettiva*, cit., p. 93.

⁵⁷ Cfr. *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 197: «La giurisprudenza postrivoluzionaria rivendica per sé il diritto di controllare la conformità costituzionale delle leggi». A p. 95 di *Democrazia collettiva* Fraenkel richiama un articolo di F. NEUMANN pubblicato su «Die Gesellschaft» in quel medesimo anno, *Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen* (trad. *Contro una legge sul controllo della costituzionalità delle leggi del Reich*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura* cit., pp. 65-86) nel quale – in accordo con Anschütz – si giungeva a definire tale progetto «un attacco alla democrazia parlamentare» (p. 83).

chiaramente come non avessero più senso i pericoli, agitati in seno all'assemblea costituente, di un «dominio assoluto» del Parlamento; e come anzi si dovesse parlare di una «paralisi» di questo organo fondamentale, causata – come aveva fatto notare anche Neumann⁵⁸ – non da una modifica delle norme costituzionali, bensì di una diversa configurazione delle forze sociali che aveva portato al «rafforzamento del potere dell'apparato burocratico dentro lo Stato»⁵⁹.

b) *Un pluralismo “organicista”*

Nonostante la sua presa d'atto dello scollamento tra costituzione “formale” e costituzione “materiale”, l'atteggiamento fraenkeliano circa il futuro della repubblica è improntato a grande ottimismo: il segreto della stabilità istituzionale è da lui riposto nello sviluppo di quella «integrazione della democrazia politica con le forze economiche» che era stata avviata dalla legge sui tribunali del lavoro (*Arbeitsgerichtsgesetz*) del 1926 – la quale aveva previsto la partecipazione di membri designati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro – e che egli designa con il termine allora in uso di «democrazia collettiva»⁶⁰. Anch'essa, in verità, era il prodotto di un distacco fra ideali e realtà: più precisamente essa costituiva l'equivalente funzionale del *Rätewesen* che era stato all'origine della rivoluzione e che, secondo l'articolo 165 della costituzione, avrebbe dovuto articolarsi non solo nei consigli aziendali (*Betriebsräte*) ma anche in una serie di consigli distrettuali avente al suo vertice un Consiglio economico del *Reich* con funzioni consultive e d'iniziativa in materia sociale ed economica.

Questo ambizioso progetto di “costituzione economica” era fallito, ricorda Fraenkel, sotto la spinta concomitante di due fattori: da un lato «una sottovalutazione dei tempi dello sviluppo economico e politico» aveva indotto a ritenere imminente il passaggio dall'economia privata capitalistica all'economia collettivistica⁶¹; dall'altro il processo di sindacalizzazione dei consigli, compiuto

⁵⁸ *Op. ult. cit.*, p. 69.

⁵⁹ E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, cit., p. 95.

⁶⁰ «La democrazia collettiva... è un nuovo tipo di formazione della volontà politica che conferisce alle organizzazioni un'influenza diretta sulla formazione della volontà dello Stato, sulla realizzazione dell'essenza stessa dello Stato»: *Democrazia collettiva*, cit., p. 101. Cfr. F. NEUMANN, *Sul controllo della costituzionalità delle leggi* cit., p. 76: «Oggi i sindacati sono portatori di una nuova forma di democrazia, di una democrazia collettiva, che riguarda la gestione del lavoro. Il singolo prestatore di lavoro non esercita più direttamente il suo diritto di partecipazione; può farlo, e lo fa, solo attraverso la mediazione della coalizione», e *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, pubblicato su «Zeitschrift für Sozialforschung», Alcan, Paris 1937 (trad. abbreviata *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese* in ID., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* a cura di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna 1973, pp. 245-296): “Il sistema di Weimar è stato chiamato «democrazia collettivista» perché alla formazione di decisioni politiche si doveva giungere non solo tramite la somma delle volontà dei singoli elettori ma anche con la rappresentanza di organizzazioni sociali autonome” (p. 275).

⁶¹ *Democrazia collettiva*, cit., p. 97.

«negli anni seguenti all’emanazione della costituzione a prezzo di gravi lotte» fra comunisti e socialdemocratici, aveva eliminato l’originario antagonismo fra movimento consiliare e sindacalismo e trasformato i consigli stessi nella «longa manus dei sindacati dentro le aziende»⁶². Il risultato era la concentrazione dell’attività delle rappresentanze aziendali sulla difesa degli interessi del personale nei confronti dell’imprenditore, trascurando pertanto i compiti di direzione dell’attività produttiva⁶³; ma questa “funzione economica” veniva ora assolta dalle organizzazioni liberamente costituite di lavoratori e imprenditori, le quali non soltanto (come già detto) designavano loro membri nei tribunali del lavoro e nelle commissioni arbitrali in materia di contratti collettivi, ma venivano preventivamente consultate dal Governo in occasione di iniziative di politica economica particolarmente rilevanti; Fraenkel può così affermare che i deputati eletti in Parlamento hanno trasferito ai *leaders* delle coalizioni più vicine ai loro partiti «una larga parte del loro potere di influire sulle decisioni politiche»⁶⁴. Tuttavia egli ritiene che la funzione della democrazia collettiva non sia di soppiantare la democrazia politica, ma semplicemente di «integrarla»⁶⁵: la partecipazione del popolo alle decisioni politiche generali, svolgendosi non più in maniera episodica al momento delle elezioni ma stabilmente per mezzo di tali organizzazioni, doveva nei suoi auspici contribuire a superare la «mortificazione del Parlamento» da lui stesso denunciata e ad innalzare il livello dell’attività politica⁶⁶, producendo inoltre «una costante ricostruzione e neoriproduzione dell’intero organismo statale»⁶⁷.

Quest’ultima funzione «integrativa» della società nello Stato, che lo stesso Fraenkel ammette di aver mutuato dalla dottrina smendiana⁶⁸, sarà oggetto di

⁶² *Loc. ult. cit.*

⁶³ *Democrazia collettiva*, cit., p. 96; e ancora: «L’onestà storica impone di dichiarare fallito il tentativo, intrapreso dall’articolo 165 della costituzione, di attenuare la sovranità del Parlamento politico» (*ivi*).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁵ «Le decisioni di natura politica generale e l’attività legislativa competeranno sempre al Parlamento eletto secondo criteri politici e saranno precluse alla democrazia collettiva ampi settori di competenza dell’esecutivo»: *loc. ult. cit.* A p. 101 nt. 19 il Nostro sottolinea con forza che “per «kollektive Demokratie» non si intende neppure vagamente un «Parlamento professionale» (Ständeparlament)” e che «la funzione legislativa resta di assoluta competenza del Parlamento». Anche per Neumann (*Il significato politico e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro*, cit., p. 117) «in nessun caso... le coalizioni debbono partecipare alla funzione legislativa... La coalizione deve partecipare pienamente all’amministrazione sociale ed economica in posizione paritaria con i datori di lavoro e gli imprenditori».

⁶⁶ *Democrazia collettiva*, cit., p. 99. Cfr. F. NEUMANN, *Il significato politico e sociale*, loc. ult. cit.: «L’autonomia collettiva o, come dice Fraenkel, la democrazia collettiva realizza fundamentalmente due obiettivi: per un verso stabilisce un’intima fusione tra Parlamento e Governo, da un lato, e popolo, dall’altro; per un altro verso limita il potere della burocrazia e partecipando all’espletamento di funzioni pubbliche (giurisdizione del lavoro) e adempiendo autonomamente ed originariamente a compiti pubblici (conclusione di contratti collettivi, ecc.)».

⁶⁷ *Democrazia collettiva*, cit., pp. 98-99.

⁶⁸ Vedi in particolare il suo *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928, trad. *Costituzione e diritto costituzionale* a cura di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano

aspre critiche da parte di quanti vedevano in essa una pericolosa analogia con il sistema corporativo fascista sanzionato dalla Carta del lavoro nel 1927⁶⁹ e un avvicinamento alla visione schmittiana dello «Stato totale»⁷⁰; critiche da lui tenute in conto, al punto da ribadire che «fascismo e democrazia collettiva non hanno niente in comune»⁷¹. La democrazia collettiva si basa infatti su un «diritto costituzionale non scritto» il quale riconosce espressamente alle associazioni «il potere di regolare *autonomamente*, pur entro i limiti delle leggi vigenti, i propri interessi», laddove nell'Italia fascista i sindacati erano soggetti a tali e tanti controlli da aver perduto ogni autonomia sostanziale, ed esser divenuti in realtà «uffici dello Stato (staatliche Behörde)»⁷². Sarà la grande crisi economica dei primi anni Trenta, con il crescente interventismo dello Stato, a determinare una riduzione della libertà e dell'autonomia delle forze sociali foriera di involuzioni autoritarie; ma contro questa tendenza Fraenkel prenderà decisamente posizione affermando che «dal punto di vista della costituzione di Weimar lo Stato totale è una soluzione di ripiego»⁷³. E sarà proprio questa accresciuta importanza dell'Esecutivo con i suoi decreti d'emergenza a confermare, paradossalmente, la tesi fraenkeliana circa l'impossibilità di sostituire completamente la

1988. Cfr. E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, cit., p. 98: «Le organizzazioni liberamente costituite si cristallizzano in misura sempre maggiore in fattori di integrazione della vita statale, sono mezzi funzionali di integrazione dello Stato, nell'accezione che a queste espressioni dà Rudolf Smend».

⁶⁹ Vedi ad es. O. KAHN-FREUND, *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts*, Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931 (trad. *L'ideale sociale della Corte del lavoro del Reich*, in *Laboratorio Weimar* cit., pp. 165-219): «I sindacati e le associazioni imprenditoriali sono divenuti, dal punto di vista giurisprudenziale, organi pubblici che debbono perseguire, lo vogliano o no, compiti ben precisi: e cioè i compiti di pacificazione economica... Questo modo di coniugare la pacificazione economica con l'organizzazione collettiva, questo finalizzare l'azione collettiva ad obiettivi estranei al collettivismo appartengono piuttosto all'ideologia fascista» (pp. 180 e 185). Più recentemente G. MARRAMAIO (*Politica e complessità: lo Stato tardo-capitalistico come categoria e come problema teorico*, in *Storia del marxismo*, vol. IV: *Il marxismo oggi*, Einaudi, Torino 1982, pp. 557-558) accusa Fraenkel di essere un «organicista» e scorge nella sua teoria «un legame di forte, anche se sotterranea, continuità con la tradizione dello statalismo tedesco» perché in essa «gli elementi cooperativi, di coazione al compromesso, sopravanzano di gran lunga gli elementi conflittuali»; un'opinione ripetuta anche in *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 133-134.

⁷⁰ Cfr. *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1931 (trad. *Il custode della costituzione* a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, pp. 123-124): «Se la società stessa si organizza in Stato, Stato e società devono essere fundamentalmente identici, cosicché tutti i problemi sociali ed economici diventano immediatamente problemi statali... la società divenuta Stato è uno Stato dell'economia, della cultura, dell'assistenza, della beneficenza, della previdenza; lo Stato divenuto auto-organizzazione della società, quindi di fatto da essa non più separabile, abbraccia tutto il sociale, cioè tutto quanto concerne la convivenza umana».

⁷¹ *Democrazia collettiva*, cit., p. 101.

⁷² *Democrazia collettiva*, cit., pp. 101-102 (corsivo mio). Sembra così trovare smentita la tesi di Marramao (*op. cit.*, p. 558) circa il «netto rifiuto» che Fraenkel avrebbe opposto nei confronti di «soluzioni volte a salvaguardare, oltre alla libertà di associazione... l'autonomia contrattuale dei partner sociali».

⁷³ *Abschied von Weimar?*, articolo pubblicato su «Die Gesellschaft» nel 1932; ora in E. FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Recht und Staat in der Weimarer Republik* cit., pp. 481-495 (il passo riportato è a p. 487).

responsabilità politica sottesa all'asse della *Repräsentation* popolo-corpo elettorale-Parlamento/Governo con una *Interessenvertretung* di gruppi politicamente irresponsabili; e non soltanto per «questioni di Kultur»⁷⁴!

4. LA VERFASSUNGSKRISE E IL CONFRONTO CON SCHMITT

a) *Il congedo da Weimar*

La fine della *grosse Koalition*, con l'uscita dei socialdemocratici dal governo e l'avvento dei ministeri Brüning e von Papen, insieme alla crescente influenza della NSDAP hitleriana, arrecano un duro colpo alle speranze di relativa stabilizzazione del quadro politico-sociale che Fraenkel aveva espresso in *Kollektive Demokratie*; si fa strada in lui, come più in generale all'interno della sinistra, un atteggiamento disincantato e pessimista nei confronti di un'ulteriore tenuta della legalità costituzionale, quasi una mesta attesa dell'imminente esplodere di nuovi, catastrofici contrasti⁷⁵. Ci si preparava, insomma, a "prendere congedo" da quello che Heller aveva chiamato il primo «Stato sociale di diritto»⁷⁶; e proprio *Abschied von Weimar?* è intitolato il primo di tre saggi pubblicati da Fraenkel nel 1932, nei quali lo strumentario concettuale della lotta di classe si coniuga con una raffinata analisi delle problematiche tecnico-istituzionali in controtendenza rispetto all'orientamento prevalentemente "sociale" della *Linksintelligenz* sua contemporanea. In questi articoli, inoltre, egli procede ad un serrato confronto con le posizioni teoriche di Carl Schmitt⁷⁷, che allora dominava il dibattito costituzionale con la sua *Verfassungslehre* del 1928 e con il saggio *Legalität und Legitimität* – pubblicato anch'esso nel 1932 – esercitando un fascino ambiguo anche su giuristi di opposta ideologia (basti pensare a Kirchheimer); confronto dal quale emergeranno tanto importanti elementi di continuità, quanto punti ancor più cospicui di opposizione.

Il punto di partenza è una critica alla dichiarazione, pronunciata da von Papen alla sua entrata in carica, secondo cui «la purezza della vita pubblica non [poteva] venir salvaguardata o ripristinata lungo la via del compromesso in nome della parità» tra forze marxiste e non-marxiste, la quale per il Nostro è il segnale di «una rottura con il sistema vigente... sul quale riposa l'ordinamento

⁷⁴ *Democrazia collettiva*, cit., p. 99.

⁷⁵ Ne è espressione ad es. il saggio di O. KIRCHHEIMER, *Weimar – und was dann ? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*, Laubsche, Berlin 1930 (trad. *Analisi di una Costituzione. Weimar – E poi ?*, in ID., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale* a cura di A. Bolaffi, De Donato, Bari 1982, pp. 45-83).

⁷⁶ *Rechtsstaat oder Diktatur?*, in «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart», Mohr, Tübingen 1930, n. 68; trad. *Stato di diritto o dittatura?*, in H. HELLER, *L'Europa e il fascismo* a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1987, pp. 212 e 225.

⁷⁷ In una nota ad *Abschied von Weimar?* (a p. 482 di *Gesammelte Schriften*, Bd. 1 cit.) Fraenkel ringrazia «il signor Prof. Schmitt» per avergli consentito di partecipare ad un seminario di diritto costituzionale da lui tenuto nell'estate del 1931.

di Weimar»⁷⁸. Per chiarificare la natura di tale ordinamento, Fraenkel procede ad una ricostruzione degli avvenimenti che tredici anni prima avevano condotto alla promulgazione della nuova costituzione. Suo carattere precipuo, nota, è che essa «è nata certo da un rovesciamento, ma la rivoluzione è stata interrotta prima di quanto era avvenuto nei tipi fondamentali delle grandi rivoluzioni che la storia europea ha conosciuto fino ad ora»: infatti «gli artefici del movimento non hanno tentato di porre il loro potere al posto del potere rovesciato, ma si proponevano piuttosto di realizzare una divisione del potere politico, economico e sociale con le forze rovesciate»⁷⁹. Quindi, contrariamente a quanto sostenuto da Schmitt – il quale aveva visto nell'unione fra i partiti democratici solo una volontà negativa di difendersi dal bolscevismo⁸⁰ – una «decisione fondamentale» (*Grundentscheidung*) era stata presa a Weimar: trasformare il «predominio della *casta protestante prussiana dei grandi possidenti e degli industriali...* in una parità con non-protestanti, non-prussiani e non-imprenditori»⁸¹. Fraenkel sostiene pertanto che «lo sforzo di non consegnare la Germania al bolscevismo era nel 1919 soltanto secondario» e in realtà già compreso nel tentativo di raggiungere questa triplice parità, «poiché il bolscevismo, caratterizzato dall'appello rivoluzionario di consegnare tutto il potere ai consigli, rappresenta[va] la diretta negazione dell'idea di realizzare una configurazione paritetica delle forze confessionali, politiche e sociali»⁸².

Il compito che la repubblica dovette subito affrontare fu pertanto quello di «armonizzare questo *contenuto* politico della parità con la *forma* politica della democrazia moderna, l'uguaglianza di valore dei voti, la “democrazia del numero delle teste” [*Kopfzahldemokratie*]»⁸³; ma se questo aveva comportato per i *Länder* e per la minoranza cattolica un rafforzamento della loro posizione giuridica, nel settore economico il cammino verso la parità era complicato da una reciproca asimmetria tra potenza *numerica* e potenza *reale*, tra maggioranza formale e maggioranza di fatto, tra eguaglianza giuridica e diseguaglianza materiale⁸⁴. L'unico modo per conciliare il principio dell'uguaglianza formale, fondato sull'astrazione dalla «qualità sociale dei singoli voti», con il riequilibrio dell'asimmetria sociale esistente fra datori di lavoro e lavoratori auspicato nel patto Stinnes-Legien del 15 novembre 1918, consisteva nel concepire

⁷⁸ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 481.

⁷⁹ *Loc. ult. cit.*

⁸⁰ *Dottrina della costituzione*, cit., p. 51: «La decisione dovette esser presa a favore dello *status quo* sociale che si era fino allora avuto, cioè per il mantenimento dell'ordinamento sociale borghese, perché ormai l'altra decisione, un processo rivoluzionario socialista attuato in modo conseguente nella forma di una costituzione sovietica, era stata espressamente rifiutata anche dai socialdemocratici».

⁸¹ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 482.

⁸² *Loc. ult. cit.*

⁸³ «L'esperimento di Weimar consisteva in questo, nonostante la differenza numerica ma anche di natura di queste forze, nel raggiungere tra esse un equilibrio mantenendo l'uguaglianza aritmetica dei voti nel procedimento elettorale democratico»: *Abschied von Weimar ?*, cit., pp. 482-483.

⁸⁴ Cfr. l'*Introduzione* di A. BOLAFFI a O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano* cit., pp. LXXVI ss.

l'eguaglianza dei diritti «non come uguaglianza politica, ma solo come uguaglianza sociale»⁸⁵; cosicché l'accordo formalizzato nell'articolo 165 della costituzione dovette consistere nel «garantire allo strato dei lavoratori *numericamente* di gran lunga superiore, ma socialmente inferiore, la parità di diritti con la classe degli imprenditori socialmente superiore – ma numericamente debole»⁸⁶.

In tal modo Fraenkel smentisce un luogo comune caratteristico della giuspubblicistica della sua epoca: quello dell'«equilibrio delle forze di classe», formulato dall'austromarxista Otto Bauer⁸⁷ e fatto proprio da autori schierati su posizioni politiche opposte come Kelsen⁸⁸, Kirchheimer⁸⁹ e Neumann⁹⁰ da una parte, e lo stesso Schmitt⁹¹ dall'altra. La costituzione di Weimar non era da lui percepita come il prodotto di un equilibrio di classi, ma al contrario essa mirava a *produrre* una condizione di parità, a “mettere in forma” il valore del compromesso sul quale avrebbe dovuto edificarsi il nuovo ordine⁹²; e come nell'ambito sociale l'ordinamento del lavoro discendeva dal reciproco

⁸⁵ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 485.

⁸⁶ *Op. ult. cit.*, p. 484.

⁸⁷ Nel saggio *Das Gleichgewicht der Klassenkräfte*, pubblicato su «Der Kampf um die Macht», Verlag der Organisation Wien der Sozialdemokratischen Partei, Wien 1924, pp. 57 ss.

⁸⁸ *Das Problem des Parlamentarismus*, Braumüller, Wien-Leipzig 1925 (trad. *Il problema del parlamentarismo* in H. KELSEN, *Il primato del parlamento* a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1982, p. 198 nt. 16), ove la teoria di Bauer è posta in relazione con l'idea del compromesso.

⁸⁹ *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, pubblicato su «Zeitschrift für Politik», Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München 1928 (trad. *Sulla dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo*, in O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano* cit., pp. 5-6): «I presupposti di esistenza della democrazia formale sono... i seguenti: un approssimativo equilibrio delle classi in lotta e il tacito accordo che ne risulta, finché duri una situazione di equilibrio tale per cui si lascia decidere alle elezioni e al loro casuale esito maggioritario chi debba assumere il governo».

⁹⁰ *Il significato politico e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro*, cit., p. 150: «Come ha dimostrato Otto Bauer, la caratteristica di fondo del nostro sistema sociale è il predominio della lotta di classe, che oggi ha portato ad un equilibrio fra le due classi contrapposte».

⁹¹ *Il custode della costituzione*, cit., p. 216: «Se lo Stato non è nient'altro che questo sistema pluralistico, allora esso in effetti sarebbe soltanto un continuo compromesso; la sua costituzione sarebbe un contratto fra i complessi di forze sociali, che formano il sistema pluralistico, e si baserebbe sul principio *pacta sunt servanda*». A p. 217 Schmitt riconduce la genesi della teoria dell'equilibrio al liberale John Stuart MILL – il quale nel VI capitolo delle sue *Considerations on Representative Government* del 1861 aveva affermato l'esistenza, all'interno di ogni società, di un bilanciamento reciproco tra due grandi partiti o coalizioni, tale da permettere il formarsi di una decisione neutrale – e a Friedrich ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates. Im Anschluss an Lewis H. Morgan's Forschungen*, Zürich 1884 (trad. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato. In rapporto alle indagini di Lewis H. Morgan* a cura di F. Codino, Editori Riuniti, Roma 1993⁴, p. 202): «Eccezionalmente... vi sono dei periodi in cui le classi in lotta hanno forze pressoché eguali, cosicché il potere statale, in qualità di apparente mediatore, momentaneamente acquista una certa autonomia di fronte ad entrambe».

⁹² «Come nell'ambito degli avvenimenti sociali l'ordinamento sociale doveva essere realizzato mediante reciproci compromessi, così nella vita politica doveva esser trovato il compromesso tra i partiti sulla cui collaborazione era costruito lo Stato di Weimar»: *Abschied von Weimar ?*, cit., p. 487. Cfr. A. BOLAFFI, *Dalla “kollektive Demokratie” al “doppio Stato” nell'analisi di E. Fraenkel* in AA. VV., *Internazionale operaia e socialista tra le due guerre* a cura di E. Collotti, Feltrinelli, Milano 1985, p. 1075.

riconoscimento, fra imprenditori e sindacati “liberi”, della capacità di concludere contratti collettivi e dalla comune volontà contrattuale, così nella sfera politica il successo dei governi di coalizione era legato al rifiuto dell’egemonia di un singolo partito sugli altri e alla volontà di raggiungere *comunque* un compromesso⁹³.

Questa posizione pratico-politica è da Fraenkel rivestita di dignità teorica mediante un collegamento con l’analisi kelseniana del rapporto fra *Parlamentarismus* e omogeneità sociale: l’idea originaria della rappresentanza popolare – nella quale, attraverso la discussione, i rappresentanti del popolo opposti l’uno all’altro si convincevano della giustezza dell’opinione della maggioranza e con l’aiuto del dibattito pervenivano ad un’opinione unitaria⁹⁴ – si fondava sulla comune estrazione dei deputati assicurata dal voto censitario, mentre «l’ammissione delle diverse classi alla rappresentanza popolare doveva portare con sé la collisione delle concezioni politiche, che certo potevano essere portate ad un bilanciamento tramite un compromesso, ma non condotte con il mezzo della discussione a rinunciare alle loro convinzioni»⁹⁵. Era quindi scorretto l’atteggiamento di quanti come Schmitt (e con lui Kirchheimer) si ostinavano a «vedere nel Parlamento monoclasse del 19° secolo il Parlamento in sé»; piuttosto, mentre allora le decisioni assumevano la forma di atti generali (*Gesamtakte*), nel Parlamento diviso in classi del Novecento «esse possono ottenersi solo attraverso il contratto, cioè mediante il compromesso»⁹⁶. Per questo motivo «non è il compromesso, ma la possibilità che un compromesso non venga più raggiunto, a mettere in pericolo l’esistenza della costituzione»⁹⁷; e tale eventualità si stava allora concretizzando a causa della crisi economica la quale, caricando lo Stato di compiti in precedenza lasciati alla sfera socio-economica⁹⁸, aveva distrutto il fragile equilibrio tra le classi che ne era la premessa.

Addio a Weimar, dunque? Fraenkel appare qui nettamente pessimista: della costituzione egli sembra voler salvare soltanto i diritti di libertà di matrice liberale, che rappresentano per lui «un’opera di civiltà politica di valore perenne» ed una «arma di cui la classe operaia ha bisogno in un periodo nel quale è respinta sulla difensiva»⁹⁹; ma allo stesso tempo riconosce il sostanziale fallimento sia della parte organizzatoria, dovuto alla tendenza delle forze non

⁹³ *Abschied von Weimar?*, loc. ult. cit.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 488.

⁹⁵ *Abschied von Weimar?*, cit., pp. 488-489.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 489.

⁹⁷ *Ivi*.

⁹⁸ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 487.

⁹⁹ «L’importanza dei diritti di libertà non consiste in questo, che in genere vengono concesse delle libertà, ma che esse vengono concesse *in generale*. La classe dominante possederà sempre la libertà d’azione per i propri membri, della quale ha bisogno. Che anche la classe non al potere faccia propri i diritti di libertà, perché i diritti fondamentali sono imbevuti dell’idea dell’uguaglianza, è l’eccezione nella società divisa in classi»: *ibidem*, p. 492.

democratiche (comunisti e nazionalsocialisti) a stringere «alleanze negative» al solo scopo di paralizzare l'attività delle assemblee legislative¹⁰⁰, sia dell'ordinamento sociale posto a fondamento di quella. Da qui l'invito alla dirigenza socialdemocratica a non cadere nell'errore di «assolutizzare il valore della costituzione per il partito e in tal modo identificare la costituzione di Weimar con la SPD»¹⁰¹; essa ha un significato per la classe operaia «finché contiene questi diritti di libertà, finché lo Stato concede libertà di opinione, di riunione, di coalizione, di stampa»¹⁰², ma sarebbe «una falsificazione del pensiero di Weimar edificare l'intero organismo statale su una parità apparente col sacrificio dei poteri di voto democratici e dei diritti di libertà politica»¹⁰³. Ormai «il rifiuto della parità sociale ed economica da parte del ceto imprenditoriale ha dato via libera alla lotta politica della classe operaia per il raggiungimento del suo obiettivo di classe» che per Fraenkel «non può più essere la parità, ma il dominio della classe operaia»¹⁰⁴; una speranza che si infrangerà di lì ad un anno, quando Hitler prenderà il potere con libere elezioni e un Parlamento ridotto all'impotenza gli conferirà i pieni poteri senza che questo provochi la sollevazione delle “masse” su cui contavano le forze di sinistra.

b) *La democrazia «dialettica»*

La fede nel compromesso di Fraenkel potrebbe far supporre una sua vicinanza alle posizioni “scettiche” sostenute in quegli anni da Kelsen; ma si tratterebbe di un'impressione del tutto superficiale. Lo dimostra il saggio *Um die Verfassung* (pubblicato anch'esso nel 1932¹⁰⁵) nel quale vengono prese le distanze tanto dalle ipotesi di «democrazia autoritaria» propugnate da Schmitt a partire dall'articolo 48 della costituzione (il cosiddetto *Diktatur-Paragraph*) quanto dal relativismo esangue e *passepertout* del praghese.

Ancora una volta Fraenkel prende lo spunto da una polemica nei confronti del cancelliere von Papen il quale, in occasione del suo discorso al *Reichstag* del 12 settembre (cui avrebbe fatto seguito un secondo scioglimento dell'assemblea e l'indizione di nuove elezioni) «si è spacciato per interprete di una volontà popolare che si contrapporrebbe alla volontà di tutti i partiti dello Stato e che

¹⁰⁰ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 490.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 492. Poco sopra Fraenkel afferma che «per il partito socialdemocratico la costituzione di Weimar era sempre soltanto una tappa, mai una meta» (p. 491).

¹⁰² «I diritti di libertà sono la *magna charta* di ogni minoranza. Finché in Germania esisteranno non soltanto la tensione polare imprenditoria-proletariato, ma anche i contrasti interstatali e confessionali, il tentativo di soppressione dei diritti di libertà politica urterà non soltanto contro la resistenza delle forze sociali minacciate di oppressione, ma anche di quelle regionali e confessionali»: *Abschied von Weimar?*, cit., p. 493.

¹⁰³ *Abschied von Weimar?*, cit., p. 495.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Anch'esso ora in E. FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, Bd. 1. *Recht und Staat in der Weimarer Republik*, cit., pp. 496-509.

potrebbe rivendicare la preminenza sulla volontà dei partiti»; in realtà egli si sarebbe limitato a far propri «ragionamenti che Carl Schmitt ha proclamato da lungo tempo in forma simile»¹⁰⁶. Il riferimento immediato è a *Legalität und Legitimität*¹⁰⁷, nel quale il giurista di Plettenberg riproponeva la sua tesi¹⁰⁸ secondo cui «ogni democrazia riposa sul presupposto del popolo indivisibile, omogeneo, intero ed unitario», tale da non ammettere «di fatto e in sostanza nessuna minoranza e ancor meno una pluralità di minoranze stabili e costanti»¹⁰⁹: Fraenkel mostra come la teoria schmittiana muova, senza che il suo autore ne faccia menzione, dalla dottrina della *volonté générale* di Rousseau la quale affonda le sue radici nelle comunità rurali dei cantoni svizzeri; una visione «non soltanto storicamente scorretta, ma prima di tutto politicamente ingannevole»¹¹⁰. Essa si rivela infatti assolutamente utopistica nel contesto dei moderni Stati divisi in classi, ove «l'omogeneità del pensiero sulle questioni statali e sociali non esiste e non può esistere»; per questo la democrazia autoritaria, che si fonda invece sul postulato di una simile uniformità di vedute, «deve spingere alla repressione di tutti i movimenti che si contrappongono alla concezione del gruppo dominante»¹¹¹, allo stesso modo per cui Rousseau invocava la proscrizione degli “eretici” politici, vale a dire di coloro che non accettavano la *religion civile*¹¹².

Liquidata così la democrazia “sintetica” di Rousseau/Schmitt – in un modo tanto sbrigativo, da indurre a ritenere ch'essa non sia in verità il vero obiettivo polemico del saggio – il Nostro dedica la sua attenzione alla teoria kelseniana della democrazia, la cui base sociale è individuata nel capitalismo

¹⁰⁶ *Um die Verfassung*, cit., pp. 506-507.

¹⁰⁷ Pubblicato dalla casa editrice Duncker & Humblot a München e Leipzig nel 1932; trad. parziale *Legalità e legittimità* in *Le categorie del 'politico'* a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 211-244.

¹⁰⁸ Risalente almeno a *Der Gegensatz von Parlamentarismus und modernen Massendemokratie*, in «Hochland», giugno 1926, pp. 257-270; trad. *Nota sull'opposizione fra parlamentarismo e democrazia* in C. SCHMITT, *Parlamentarismo e democrazia e altri scritti di dottrina e storia dello Stato* a cura di P. Pasquino, Marco, Cosenza 1999, pp. 84-105.

¹⁰⁹ *Legalità e legittimità*, cit., p. 235. Ma v. già *Nota sull'opposizione fra parlamentarismo e democrazia*, cit. p. 93: «Nella democrazia entra... necessariamente come ingrediente, per cominciare, l'omogeneità, e quindi, se ve ne fosse bisogno, la messa in disparte o l'esclusione dell'eterogeneo».

¹¹⁰ *Um die Verfassung*, cit., p. 499.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 507; e poco più avanti: «Al riconoscimento che sono possibili opinioni divergenti non può sottrarsi neppure la democrazia autoritaria. Per questo essa si organizza, come prova il fascismo, in un partito allo scopo di soffocare tutte le altre organizzazioni politiche» (p. 508).

¹¹² «C'è una professione di fede puramente civile di cui spetta al Sovrano fissare gli articoli, non precisamente come dogmi di religione, ma come sentimenti di socievolezza, senza i quali è impossibile essere buon cittadino né suddito fedele. Senza poter obbligare nessuno a crederci, egli può bandire dallo Stato chiunque non vi creda; egli può bandirlo, non come empio, ma come asociale, come incapace di amare sinceramente le leggi, la giustizia, e di immolare al bisogno la sua vita al suo dovere. E se qualcuno, dopo aver riconosciuto pubblicamente questi medesimi dogmi, si comporta come se non vi credesse, sia punito con la morte; egli ha commesso il più grande dei crimini, ha mentito davanti alla legge»: *Du contract social ou Principes du droit politique*, Rey, Amsterdam 1762, l. IV, cap. 8.

concorrenziale del 19° secolo e la cui premessa è data appunto dal postulato della concorrenza, come lo stesso Schmitt aveva riconosciuto parlando di «uguaglianza di *chances*»¹¹³. L'intonazione fundamentalmente relativistica di questo periodo si esprime, in accordo con quanto sostenuto da Kelsen, nell'«idea che la possibilità di conoscere con sicurezza la verità non sia data a nessuno»¹¹⁴: proprio dall'insicurezza riguardo alla giustificazione del proprio pensiero e delle proprie azioni deriverebbe la necessità di rispettare i punti di vista contrari¹¹⁵. Il punto debole di questa concezione è per Fraenkel quello di affidare la scelta delle personalità di governo alla libera scelta del singolo, senza tener conto delle «realità sociali di fatto preesistenti»: in effetti essa può funzionare soltanto in «un ordinamento sociale in cui, mediante la limitazione del diritto di voto agli strati sociali che rappresentano possesso e cultura [*Besitz und Bildung*], è garantita una omogeneità nella struttura sociale dei partiti» in competizione per il potere¹¹⁶, ma fallisce se applicata ad uno Stato i cui partiti sono fortemente differenziati sia per la composizione sociale sia per gli obiettivi di politica socio-economica da raggiungere, come era il caso della Germania dopo la guerra mondiale¹¹⁷. In quella situazione i principi della democrazia relativistica avrebbero dovuto condurre ad una alternanza al governo tra capitalisti e socialisti, una prospettiva che Fraenkel giudica «una evidente impossibilità»¹¹⁸; la prassi della repubblica di Weimar si è orientata piuttosto su un modello di democrazia «dialettica».

Anche questa forma di regime democratico prende le mosse da una pluralità di partiti in lotta per il controllo dello Stato; tuttavia l'appartenenza ad un partito non dipende dal libero voto del singolo, ma «è predeterminata dalla situazione di classe dell'elettore»¹¹⁹. La democrazia dialettica è pertanto «la forma di Stato del capitalismo sviluppato illuminato», poiché in essa «le

¹¹³ *Legalità e legittimità*, cit., p. 234 nt. 14; per Schmitt il termine *chance* «appartiene peculiarmente al modo di pensare e di esprimersi di un'epoca liberale fondata sulla libera concorrenza e sull'*expectation*».

¹¹⁴ *Um die Verfassung*, cit., p. 500.

¹¹⁵ Cfr. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen 1929²; trad. *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia* a cura di G. Gavazzi, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 141: «Chi ritiene inaccessibili alla conoscenza umana la verità assoluta e i valori assoluti, non deve considerare come possibile soltanto la propria opinione, ma anche l'opinione altrui. Perciò il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone».

¹¹⁶ *Um die Verfassung*, loc. ult. cit.; e subito dopo Fraenkel aggiunge: «Per lo Stato il sistema di alternanza della democrazia relativistica è tollerabile solo finché la differenza sociale ed economica di entrambi i partiti in lotta è irrilevante, ed entrambi i partiti sono concordi sui presupposti della struttura della società», portando ad esempio l'alternanza fra Repubblicani e Democratici negli Stati Uniti: «In sostanza nulla veniva minimamente modificato da questo evento politico nella struttura dell'economia e della società, poiché entrambi i partiti erano concordi nell'accettazione del sistema capitalistico e le loro differenze riguardavano solo delle sfumature» (pp. 500-501).

¹¹⁷ *Um die Verfassung*, cit., p. 501.

¹¹⁸ *Loc. ult. cit.*

¹¹⁹ «La democrazia dialettica prende in considerazione la differenza nella situazione di classe dei membri dello Stato»: *ibidem*.

esistenti opposizioni di classe vengono prese in considerazione» e «i pericoli che possono derivare dall'ordinamento capitalistico sviluppato della società vengono riconosciuti e devono essere attenuati dalla costituzione statale»¹²⁰; è esattamente quel che è avvenuto a Weimar, la cui costituzione – nata da un popolo non omogeneo come pensava Schmitt, ma «in sé spaccato» – ha posto la forza-lavoro sotto la protezione del *Reich* e ordinato la proprietà privata al bene della generalità¹²¹.

Affinché questi contrasti non distruggano la struttura unitaria dello Stato è però necessario che sussista un minimo di valori fondamentali sottratti all'ordinario dibattito fra i partiti: «in ogni comunità politica l'ambito complessivo dell'ordinamento sociale si suddivide in un settore *controverso* ed uno *non controverso*»¹²². È qui che la visione fraenkeliana si discosta maggiormente da quella di Kelsen: mentre per quest'ultimo il gioco politico si svolge su una *tabula rasa* dal punto di vista assiologico¹²³, Fraenkel mostra come nella seconda parte del testo weimariano siano stati accolti non soltanto i tradizionali diritti di libertà, ma anche i principi della “democrazia dialettica” in campo economico – con la possibilità per il movimento operaio di partecipare al processo di formazione della volontà dello Stato – e alcune richieste della socialdemocrazia finalizzate a garantire «un minimo esistenziale per ogni persona priva di mezzi» che in tal modo «erano state elevate ad elemento costitutivo del settore non controverso, costituzionalmente difeso, della vita statale»¹²⁴. E se la democrazia relativistica di Kelsen è caratterizzata dall'immagine dell'altalena, per la democrazia dialettica Fraenkel sceglie il paragone con un «pendolo, che ha la tendenza a fermarsi sempre nella posizione mediana di quiete»¹²⁵: un'altra prova della sua fede (già constatata nella *Soziologie der Klassenjustiz*) nella possibilità di giungere attraverso il confronto delle opinioni – sia pur distinte non in base alle singole personalità dei deputati, ma agli schieramenti di appartenenza – ad una soluzione il più possibile oggettiva e conforme al benessere dell'intero popolo.

¹²⁰ *Um die Verfassung*, cit., p. 502.

¹²¹ *Loc. ult. cit.*

¹²² *Ivi*, p. 505 (corsivo mio).

¹²³ «La causa della democrazia risulta disperata se si parte dall'idea che sia possibile la conoscenza della verità assoluta, la comprensione di valori assoluti»: così in *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 139.

¹²⁴ *Um die Verfassung*, cit., pp. 505 e 508-509.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 502. Subito dopo l'Autore tesse un elogio del partito cattolico del *Zentrum*, «un partito [in cui] il processo di formazione dialettica della volontà, che dovrebbe venir realizzato nella totalità statale, si sviluppa ancora una volta... come in un microcosmo»; esso, come dice il suo nome, «ha il compito politico di collocarsi in quella posizione mediana di quiete verso cui tende il pendolo statale» (p. 503).

c) *La costituzione e il “politico”*: affinità ed opposizioni

L’acuirsi della crisi, nella quale confluivano conflitti sociali interni e risentimento nazionalista contro l’«iniqua» pace di Versailles, doveva indurre anche gli intellettuali della SPD a uscire dalle secche di considerazioni puramente economico-rivendicazionistiche, e a prendere atto che in una situazione «tragico-paradossale» come quella, in cui la sinistra assisteva impotente alla disgregazione dell’ordinamento democratico, l’attestarsi su una strategia di difesa della costituzione *ut sic* rischiava di fare il gioco delle forze interessate alla sua liquidazione¹²⁶. Iniziò allora, da parte di alcuni tra essi, la ricerca disperata di «ogni possibilità, anche soltanto lontanamente emergente, per salvare i principi fondamentali dell’ordinamento statale di diritto, anche se questo doveva avvenire a spese di istituzioni costituzionali idealmente democratiche in sé desiderabili e auspicabili»¹²⁷; un tentativo al quale partecipò lo stesso Fraenkel, esponendo il suo progetto di riforma in un articolo pubblicato nel mese di dicembre del 1932, e significativamente intitolato *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*¹²⁸.

In apertura del saggio l’Autore sgombra subito il campo dalle considerazioni di tipo “estetico” familiari all’ *intelligentzija* socialdemocratica: il problema principale non è se la costituzione di Weimar sia «più o meno bella», ma piuttosto se essa adempia ancora al suo scopo, se cioè rappresenti in modo attuale «un ordinamento dell’esistenza dello Stato» che sia capace di garantire un’azione collegiale dei suoi organi¹²⁹. Su questo punto è evidente l’influsso della *Verfassungslehre* schmittiana, il cui concetto «assoluto» di costituzione allude appunto alla «concreta condizione generale dell’unità politica e dell’ordinamento sociale di un determinato Stato»¹³⁰; una definizione che a sua volta si richiama consapevolmente alla perenne lezione della filosofia greca, la quale vedeva nella *politéia* un «ordinamento» (*táxis*) della convivenza naturale degli uomini su un determinato territorio¹³¹ e insieme la struttura degli organi di governo e la distribuzione delle loro competenze¹³²; e ancora da

¹²⁶ «La cieca fedeltà costituzionale per la quale è tabù ogni parola del testo scritto, fa correre il rischio che mentre questo resta immutato, della costituzione stessa non rimanga neppure un’ombra. La fedeltà alla costituzione non deve mai diventare feticismo costituzionale»: così E. FRAENKEL in *Verfassungsreform und Sozialdemokratie* (trad. *Riforma della costituzione e socialdemocrazia* a cura di A. Bolaffi in «Micromega», Editrice Periodici Culturali, Roma 1990, n. 4, p. 73) con un trasparente riferimento a Kirchheimer.

¹²⁷ E. FRAENKEL, *Vorwort* all’antologia *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, cit., p. XIII.

¹²⁸ *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., pp. 69-81; cfr. pure la Presentazione di A. BOLAFFI, *Weimar e noi*, a pp. 61-68.

¹²⁹ *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 69.

¹³⁰ *Dottrina della costituzione*, cit., p. 16.

¹³¹ ARISTOTELE, *Politica*, I, III, 1274b 38-40.

¹³² «La costituzione è l’ordinamento delle varie magistrature d’uno Stato e specialmente di quella che è sovrana suprema di tutto»: ARISTOTELE, *Politica*, I, III, 1278b 8 (trad. a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1996³, p. 82). Anche per Schmitt la costituzione è pure «la forma

Schmitt è tratta l'idea «positiva» della *Verfassung* – in contrapposizione alla *Konstitution*, il testo scritto caratterizzato esteriormente da procedure di modifica “aggravate” caro ai formalisti da Jellinek a Kelsen – quale «decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica» di un popolo¹³³ che Fraenkel usa *contro* Schmitt identificando i princìpi, da conservare e rilanciare, di quella weimariana nella *sovranità popolare*, nel *sistema parlamentare rappresentativo* e nell'ancoraggio dei *diritti fondamentali* allo scopo di conferire loro una più elevata certezza giuridica¹³⁴.

Una così fedele recezione di stilemi schmittiani da parte di un autore schierato su posizioni politiche antitetiche come Fraenkel pone senza dubbio forti interrogativi in merito ad una sua eventuale accettazione (quantomeno nel periodo in considerazione) anche del principio cardine di tutta la speculazione giuridico-politologica di Schmitt: ovvero, il radicamento della categoria della politica – anzi, del *politico* (*das Politische*) – sulla distinzione di *amico* (*Freund*) e *nemico* (*Feind*)¹³⁵. È infatti ben noto come per Schmitt non soltanto «l'essenza dei rapporti politici [consiste] nel riferimento ad una contrapposizione concreta»¹³⁶; non solo «tutti i concetti, le espressioni e i termini politici hanno un senso *polemico*... [e] sono incomprensibili se non si sa chi in concreto deve venir colpito, negato e contrastato attraverso quei termini stessi»¹³⁷; ma perfino il concetto e la realtà dello Stato, in quanto «*status* dell'unità politica» di un popolo «organizzato su un territorio chiuso»¹³⁸ sono subordinati a quella dicotomia¹³⁹, dal momento che tale «unità politica» vien fatta consistere proprio nella «capacità di distinguere fra amico e nemico»¹⁴⁰. Una questione che assume

particolare del potere, che spetta ad ogni Stato e non si può separare dalla sua esistenza politica; per esempio, monarchia, aristocrazia o democrazia» (*Dottrina*, cit., p. 17).

¹³³ *Dottrina della costituzione*, cit., p. 38. «Una costituzione significa decisione storica relativa a princìpi fondamentali secondo i quali uno Stato deve essere costruito», chiosa Fraenkel (*Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 72) il quale vede in questa formula «il nucleo valido della dottrina di Carl Schmitt» (*ivi*).

¹³⁴ *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, loc. ult. cit. In verità lo stesso Schmitt (*Dottrina*, cit., p. 42) aveva riconosciuto quali «decisioni politiche fondamentali» (*politischer Grundentscheidungen*) le scelte in favore della democrazia (espressa nell'articolo 1 comma 2: «il potere dello Stato emana dal popolo») e della repubblica, per il mantenimento della struttura federale e per una forma di governo rappresentativo-parlamentare, nonché «per lo Stato borghese di diritto con i suoi princìpi: diritti fondamentali e distinzione dei poteri», contraddicendo così la sua affermazione circa i «compromessi formali dilatori» di cui sarebbe stata costellata la seconda parte della costituzione (quella relativa ai «diritti e doveri del popolo tedesco»). Vedi pure p. 57: «L'alternativa politica: repubblica dei soviet con dittatura del proletariato o Stato di diritto liberale con forma di Stato democratica, è in ogni caso decisa chiaramente».

¹³⁵ *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932³ (ma la prima edizione è del 1927, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», pp. 1-33); trad. *Il concetto di 'politico'* in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'* cit., p. 108.

¹³⁶ *Op. ult. cit.*, p. 113.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Dottrina della costituzione*, cit., p. 271 e *Il concetto del 'politico'*, cit., p. 101.

¹³⁹ «Il concetto di Stato presuppone quello di 'politico'»: *Il concetto di 'politico'*, loc. ult. cit.

¹⁴⁰ *Dottrina della costituzione*, cit., p. 283; qui e a p. 284 Schmitt distingue pure fra democrazia

tanto maggiore rilievo quanto più si tenga presente l'influsso inversamente esercitato sul pensiero schmittiano dai teorici della "guerra civile di classe", da Proudhon e Marx a Sorel e al Lenin di *Stato e rivoluzione*¹⁴¹.

In verità il tono dell'argomentare di Fraenkel è quanto di più lontano si possa trovare, nella letteratura dell'epoca, rispetto all'enfasi "polemogena" di Schmitt¹⁴²: non soltanto egli non usa praticamente mai il termine "nemico" (*Feind*), preferendo parlare – in riferimento ai capitalisti – di «avversari di classe» (*Klassengegner*)¹⁴³; anche i riferimenti alla "politica" sono assolutamente privi del *pathos* esistenziale e della latitudine semantica che negli scritti schmittiani contrassegna il concetto del "politico", legati come sono all'idea ben più forte dello Stato – come quando si parla di «diritti di libertà politica» (*politische Freiheitsrechte*) o di «comunità politica» (*politische Gemeinschaft*). La verità è che il significato della politica in Fraenkel è fin

e monarchia in base al fatto tale capacità discriminatrice pertenga al «popolo presente con se stesso... in forza di una propria coscienza politica e volontà nazionale» ovvero sia imposta ad una moltitudine dal detentore del potere sovrano.

¹⁴¹ V. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1923 (trad. *Parlamentarismo e democrazia* in C. SCHMITT, *Parlamentarismo e democrazia e altri scritti di dottrina e storia dello Stato* cit., pp. 77-78): «La figura del borghese creatasi in Francia per opera di autori francesi che prendevano di mira il borghese francese, Marx ed Engels la rimodellano al livello di una struttura storica universale. In loro, essa riveste il significato di rappresentante ultimo dell'umanità preistorica, divisa in classi, di ultimo nemico dell'umanità in genere, di estremo *odium generis humani*. L'immagine, così infinitamente dilatata, fu trasferita all'Est come comparsa su di un retroscena immenso, non solo per le dimensioni della storia universale ma anche per i suoi risvolti metafisici... Ambedue, il Russo e il proletario, vedevano ormai nel borghese l'incarnazione di tutto quel che, come un meccanismo di morte, cercasse di asservire il loro genere di vita», e *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'* cit., p. 147: «A partire dal 1840... [lo spirito di] Hegel si muoveva verso Mosca, attraverso Karl Marx e Lenin. Là il suo metodo dialettico provò la sua forza concreta in un nuovo concetto concreto di nemico, quello del nemico di classe». Cfr. P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Comunità, Milano 1982, p. 231, il quale attribuisce a Schmitt (in una con Pareto e Weber) il titolo di «Marx o Lenin della borghesia».

¹⁴² «Nel concetto di nemico rientra l'eventualità, in termini reali, di una lotta... I concetti di amico, nemico e lotta acquistano il loro significato reale dal fatto che si riferiscono in modo specifico alla possibilità reale dell'uccisione fisica... Solo nella lotta reale si manifesta la conseguenza estrema del raggruppamento politico di amico e di nemico. È da questa possibilità estrema che la vita dell'uomo acquista la sua tensione specificamente *politica*»: *Il concetto di 'politico'*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'* cit., pp. 115-116 e 118. Cfr. K. LÖWITH, *Il "Concetto della politica di Carlo Schmitt, e il problema della decisione*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», Anonima Romana Editoriale, Roma 1935, p. 72 (pubblicato sotto lo pseudonimo di UGO FIALA; ora anche in versione ampliata sotto il titolo *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt* in ID., *Marx, Weber, Schmitt* con prefazione di E. Nolte, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 140-141): sebbene lo Schmitt affermi che la sua definizione della politicità non è «né bellicistica o militaristica, né imperialistica, né pacifistica» (*Il concetto di 'politico'*, cit., p. 116), «essa non è neppure neutrale ma anti-pacifistica, e in seguito a questa negazione polemica, indubbiamente è bellicistica in sé».

¹⁴³ L'unica eccezione è rappresentata proprio dal saggio qui in esame *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, ove si parla di «nemici della costituzione» (*Verfassungsfemde*; p. 80); ma evidentemente siamo ben lontani dal nemico quale «differenza etica... estraneo da negare nella sua totalità esistenziale» che Schmitt aveva mutuato dalle *Wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts* di Hegel (*Il concetto di 'politico'*, cit., p. 147).

dall'inizio dipendente da una costellazione filosofica del tutto opposta alle categorie schmittiane: siamo qui di fronte ad una consapevole ripresa di Aristotele, per il quale “politica” diceva riferimento alla *polis*, ad una comunità che nasce non dalla paura nei confronti di un comune nemico, bensì dall'*amicizia* in vista della «buona vita comune» (εὖ ζῆν)¹⁴⁴; ragion per cui sarà “politico” ogni gruppo chiuso (tribù, partito, classe o chiesa) che ambisce ad esercitare un'influenza determinante sulla vita e sulle decisioni dello Stato, a porsi come uno Stato nello Stato o, al limite, come uno Stato *in fieri*¹⁴⁵. Così pure, mentre per Schmitt la funzione dello Stato – in quanto entità sovrana – consiste essenzialmente nella determinazione del nemico da combattere¹⁴⁶, Fraenkel è più vicino alla definizione helleriana dello Stato come «unità universale di decisione»¹⁴⁷, con l'avvertenza che, comunque, il concetto di “decisione” adottato dal Nostro (per qualificare ad esempio la costituzione) non ha nulla dell'arbitrarietà che caratterizza il “decisionismo” schmittiano, in considerazione del fondamento giusnaturalistico che egli riconosce ai diritti di libertà e del suo favore per la pubblica discussione all'interno del Parlamento come criterio di giustificazione razionale delle leggi (come abbiamo visto *supra*, § 2 c).

d) «Il Parlamento non muoia di parlamentarismo!»

Quanto alle cause che avevano portato ad una «dittatura di fatto» del Presidente del *Reich*, Fraenkel prende le distanze da quanti, all'interno del suo partito, ne attribuivano la responsabilità unicamente ad una pretesa volontà di potere di Hindenburg e del suo seguito: egli ritiene invece che il cuore del problema sia l'incapacità conclamata del Parlamento di svolgere i suoi compiti istituzionali a causa della convergenza degli “opposti estremismi” (KPD e NSDAP), uniti nel paralizzare l'attività del governo federale e di quelli locali, ma incapaci di formulare proposte politiche positive: «fintantoché esiste in Parlamento una maggioranza formata da partiti discordi e ostili in via di principio allo Stato, un presidente, qualunque sia il suo nome, non può proprio

¹⁴⁴ *Politica*, I, I, 1252b 31. V. pure le considerazioni di F. MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 139 e 150-151: “La coppia amico-nemico non spiega l'*obbligazione politica*... Il «politico» nasce da una relazione *fattizia* dell'uomo con l'uomo... il raggruppamento, prima di dividere, unisce, e dopo aver unito, se esso è politico, non cessa di unire, di produrre unità fine a se stessa”.

¹⁴⁵ Cfr. P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 260.

¹⁴⁶ *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 129. Anche il compito di «assicurare *all'interno* dello Stato e del suo territorio una pace stabile», che Schmitt ritiene proprio di uno Stato «normale», dipende nella sua teoria dalla possibilità di determinare il «nemico interno» (p. 130).

¹⁴⁷ *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, W. de Gruyter & Co., Berlin–Leipzig 1927; trad. *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale in La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato* a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1987, p. 183.

far altro che eludere le decisioni puramente negative di questo Parlamento»¹⁴⁸. Dichiarando la propria adesione a quanto affermato ancora da Schmitt un anno prima nell'*Hüter der Verfassung* – «L'attuale costituzione del *Reich* dà ad un Parlamento capace di formare una maggioranza e di agire tutti i diritti e le possibilità di cui un Parlamento ha bisogno per imporsi come elemento decisivo della formazione della volontà statale. Ma se il Parlamento non è in grado di far questo, non ha il diritto di pretendere che anche tutte le altre autorità responsabili diventino impotenti»¹⁴⁹ – egli pone come obiettivo di una possibile riforma costituzionale di «rafforzare nella sua attività il Parlamento capace d'azione e difendere da se stesso quello impotente»¹⁵⁰. Siamo dunque di fronte ad un radicale cambiamento d'opinione rispetto a quanto sostenuto tre anni prima in *Kollektive Demokratie*: se allora la crisi del Parlamento veniva fatta discendere dall'incapacità di porsi quale “specchio” (*Vertreter*) del Paese (v. *supra*, § 3 a) ora il carattere rappresentativo dell'assemblea, come di ogni altro organo dello Stato-apparato, viene identificato nella sua *Regierungsfähigkeit*, nella sua capacità di prendere decisioni vincolanti per l'intera collettività; in ciò riprendendo anche un insegnamento di Max Weber, il quale aveva definito la rappresentanza come quella situazione nella quale “l'agire di alcuni rappresentanti appartenenti al gruppo viene imputato a tutti i rimanenti, o deve da questi esser considerato – e di fatto lo è – come «legittimo» e «vincolante» nei loro riguardi”¹⁵¹. Lo scopo dichiarato di Fraenkel è insomma impedire al Parlamento di «morire di parlamentarismo»¹⁵²; e poiché la paralisi del Parlamento derivava principalmente dall'abuso che comunisti e nazionalsocialisti avevano fatto dell'articolo 54 della costituzione – per il quale il Cancelliere e i ministri del *Reich* dipendevano dalla fiducia del *Reichstag* – egli propone di modificare in senso “costruttivo” l'istituto del voto di sfiducia (*Mißtrauensvotum*) attribuendo ad esso la conseguenza giuridica dell'obbligo di dimissioni «solo se la rappresentanza popolare connette al voto di sfiducia verso un governo o un ministro una proposta positiva al presidente riguardante la nomina di una personalità esplicitamente indicata»¹⁵³. Una limitazione dei poteri *giuridico-formali* del Parlamento, dunque, al fine di salvaguardare la sua influenza *politica* esercitata mediante l'attività legislativa e il controllo sull'amministrazione; e al contempo un rafforzamento della stabilità dell'Esecutivo ed un aumento delle sue possibilità di realizzare non soltanto la

¹⁴⁸ *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 70.

¹⁴⁹ *Il custode della costituzione*, cit., p. 198.

¹⁵⁰ *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 74.

¹⁵¹ *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922; trad. *Economia e società* a cura di P. Rossi, Comunità, Milano 1981, vol. I, p. 290.

¹⁵² «*Das Parlament darf nicht am Parlamentarismus sterben!*» è il suo grido accorato (*Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 76).

¹⁵³ *Loc. ult. cit.* La proposta fraenkeliana ha poi trovato accoglimento nell'articolo 67 del *Grundgesetz* di Bonn.

difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma anche una più efficace attuazione delle stesse riforme legislative che stavano a cuore alla sinistra.

In conclusione del saggio, Fraenkel si pronuncia tuttavia in senso pessimista circa la possibilità di dar seguito alle sue proposte da parte di un Parlamento nel quale l'impossibilità di formare una maggioranza qualificata rendeva difficile sia la liquidazione della costituzione ai suoi nemici, sia i tentativi di rivitalizzarla¹⁵⁴. Ormai il consenso di fondo sui valori ereditati da Weimar si era dileguato, e ciascuna delle forze in campo non esitava a colpire l'avversario con «squalificazioni morali» per metterlo *hors la loi*¹⁵⁵; non era più possibile cambiare le “regole del gioco” continuando a giocare, perché anch'esse erano divenute segno di contraddizione. Neppure un mese dopo Adolf Hitler entrava trionfalmente alla Cancelleria.

¹⁵⁴ «Se una riforma della costituzione fosse possibile con l'attuale Parlamento, allora questa riforma sarebbe superflua. Dalla impossibilità di far approvare dal Parlamento una riforma costituzionale risulta proprio la sua necessità», è l'amara considerazione finale di Fraenkel (*Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, cit., p. 80).

¹⁵⁵ Cfr. E. FRAENKEL, *Um die Verfassung*, cit., pp. 83-84.