

Pluralismo, "società aperta" e Costituzione: il contributo di Ernst Fraenkel di STEFANO CARLONI

Negli ultimi anni del secolo da poco concluso sembrò a molti che si fosse giunti alla «fine della storia»: il crollo dei regimi totalitari dell'Europa centro-orientale e la scomparsa della stessa Unione Sovietica (eventi inaspettati per la rapidità con cui si sono svolti) segnavano la consacrazione indiscussa della democrazia liberale come unico modello universalmente valido di coesistenza politica. Eppure, questo apparente trionfo è oggi messo in crisi dall'emergere di concezioni – come l'integralismo islamico e l'anti-globalismo – nelle quali la sovrapposizione di religione, politica e diritto da una parte, la difesa pregiudiziale della propria "particolarità" dall'altra, determinano un attacco concentrico alla civiltà occidentale, "laica" e cosmopolita che abbiamo conosciuto negli ultimi cento anni. Si avverte sempre più fortemente l'esigenza di ritornare alle radici teoretiche di concetti quali "democrazia", "popolo" e "società", di riscoprire quale immagine dell'uomo ne costituisce il fondamento occulto ma imprescindibile.

Per questi motivi l'opera di un politologo come Ernst Fraenkel assume un valore paradigmatico e merita di essere qui presa in considerazione: nella sua parabola umana e intellettuale – figlio di liberali "illuminati"¹, marxista eterodosso², difensore della democrazia liberale³ – egli ha sperimentato su di sé le tragiche conseguenze cui può giungere (per usare le parole di Marx) una speculazione ubriaca, cui non si riesca più a contrapporre una filosofia sobria⁴, e ha conservato, pur fra tante discontinuità, una fiducia incrollabile nel diritto come principio regolativo di una vita fondata sulla giustizia e nella capacità della ra-

¹ Nato a Colonia il 26 dicembre 1898 da genitori ebrei benestanti e rimasto orfano all'età di sedici anni, Fraenkel si era infatti trasferito 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" (come ricorderà egli stesso nell'antologia *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, a cura di F. Esche e F. Grube, Hoffmann u. Campe, 1973, p. 14).

² Entrato nella SPD, Fraenkel pubblica nel 1927 l'opuscolo *Zur Soziologie der Klassenjustiz* – ora in *Gesammelte Schriften*, Bd. 1. *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, a cura di H. Buchstein e R. Kühn, Nomos, 1999, pp. 177-211 – in cui stigmatizza la tendenza della magistratura weimariana (assecondata da taluni settori dell'*intelligencija* socialdemocratica) ad una giurisprudenza *freirechtlich* e riafferma il valore primario, per un ceto sociale oppresso, della certezza del diritto e della fedeltà alla legge.

³ Dopo la nomina di Hitler a Cancelliere, egli si prodiga nell'assistenza alle vittime del regime nazista; dalla sua esperienza professionale nasce il progetto di analizzare criticamente il sistema di potere del III Reich secondo la chiave della coesistenza in esso di uno «Stato discrezionale» (*Maßnahmenstaat*) e dello Stato di diritto classico, ribattezzato «Stato normativo» (*Normenstaat*); un lavoro che si concretizza nel 1940-41, dopo l'emigrazione forzata negli Stati Uniti, con la pubblicazione del saggio *The Dual State* (trad. *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, a cura di P. P. Portinaro con introduzione di N. Bobbio, Einaudi, 1983).

⁴ *Die heilige Familie oder Kritik der kritischen Kritik. Gegen Bruno Bauer und Konsorten* (1845), trad. *La sacra famiglia, ovvero Critica della critica critica. Contro Bruno Bauer e soci*, in Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere*, vol. IV, a cura di A. Scarponi, Editori Riuniti, 1972, p. 139.

gione umana di ricercare in comune il Bene.

2. UNA TEORIA “ANTI-PANKOW”

All’inizio degli anni ’60 l’acuirsi della contrapposizione ideologico-militare tra il mondo libero occidentale ed il blocco dei Paesi dominati dall’Unione Sovietica – che trovò la sua tragica materializzazione nel Muro di Berlino – induce Fraenkel a meditare sulle differenze esistenti fra sistemi che, ambedue, aspiravano a fregiarsi del titolo di “democratici”⁵. Attraverso l’analisi comparata in particolare degli ordinamenti della Repubblica Federale di Germania e della sua controparte, egli giunge a identificare tale discriminazione: le «democrazie occidentali», pur possedendo una «*onnicompentenza* giuridica fondamentale illimitata», vedevano la presenza accanto alla persona dello Stato-apparato di «una molteplicità di associazioni autonome con proprie funzioni», libere di stabilire la propria organizzazione interna e di inserirsi nel «processo di formazione dell’opinione e della volontà politica»; mentre «nelle così dette democrazie popolari, nessuna associazione, che non sia già prima uniformata, è inserita nel processo di formazione della volontà statale»⁶. Dalla esigenza di apprestare un solido modello teorico in funzione antitotalitaria vede dunque la luce una teoria da lui detta del «*neo-pluralismo*»⁷.

3. PLURALISMO VERSUS ANTIPLURALISMO

a) Bene comune *a priori* e *a posteriori*

Per Fraenkel l’antinomia esistente fra i due lati della cortina di ferro sul piano dell’organizzazione sociale deriva da una differenza più profonda in merito alla natura del bene comune e alla maniera ottimale di realizzarlo: mentre il totalitarismo muove dall’ipotesi dell’esistenza di un bene comune «determinato univocamente e dato *a priori*», la democrazia pluralistica «si fonda piuttosto sull’ipotesi che in una società differenziata il bene comune nella sfera della poli-

⁵ Vedi le parole con cui l’Autore motivava la scelta del titolo della sua relazione alla 45^a *Deutsche Juristentag* svoltasi a Karlsruhe il 22 settembre 1964 *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie* (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, 1996, p. 7): “Non da ultimo sentiamo come una provocazione l’utilizzazione della definizione «DDR» per il contesto al di là della «cortina di ferro» e del muro, perché secondo le nostre convinzioni non vi può essere un sistema di governo al tempo stesso totalitario e democratico”.

⁶ *Ibidem*, pp. 7-8. Vedi pure p. 9: «Per evitare il destino della massificazione, le democrazie occidentali concedono ai loro cittadini la possibilità illimitata di organizzarsi *pluralisticamente* in una molteplicità di associazioni, di essere attivi e di inserirsi collettivamente nella totalità statale. Guidate dalla preoccupazione di non perdere il controllo sulle masse, invece, le democrazie popolari si sono sforzate di controllarle e di dirigerle in ogni sfera vitale, cioè in maniera *totalitaria*, mediante organizzazioni coercitive manipolate da un partito di Stato monopolistico».

⁷ Il termine compare per la prima volta ne *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 20.

tica possa essere raggiunto soltanto *a posteriori*»⁸. Dal passo riportato si evince chiaramente come la teoria fraenkeliana muova dalla rappresentazione sociologica di un ambiente umano fortemente differenziato, non soltanto dal punto di vista economico, ma anche religioso, ideologico o anche razziale; un *melting pot* – va ricordato che Fraenkel aveva trascorso molti anni in esilio negli Stati Uniti⁹ – che ben difficilmente può venir ricondotto negli schemi di una *Gemeinschaft* omogenea (secondo la dicotomia tönnesiana). Da questo punto di vista si comprende il suo ripetuto sottolineare il carattere di «idea regolativa» del bene comune, la sua inidoneità a costituire un programma d'azione perseguibile da un partito politico¹⁰; di conseguenza esso non può che essere «la risultante che deriva di volta in volta dal parallelogramma delle forze economiche, sociali, politiche e ideologiche di una nazione»¹¹. Detto questo, però, non si deve confondere il pluralismo di Fraenkel con una qualsiasi visione relativista *à la* Kelsen. La differenza fondamentale sta in questo: che il Nostro distingue, all'interno della vita dello Stato, un «settore non-controverso» nel quale esiste un *consensus omnium* generale, ed un «settore controverso»¹² in cui un tale consenso generale non soltanto non esiste, ma non è neppure auspicabile.

Il settore controverso costituisce dunque la «sfera della politica [*Bereich der politik*]]»¹³ vera e propria, nella quale è necessario un aperto e libero confronto di opinioni che porti alla formazione di una netta maggioranza parlamentare e di una non meno chiara opposizione, al fine di permettere un responsabile con-

⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 10-11. V. pure *Die ordnungspolitische Bedeutung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat* del 1968 (ora in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 285): «Il totalitarismo è anche una forma di democrazia, ma una democrazia d'impronta particolare, una democrazia che parte dall'omogeneità e dalla possibilità di un bene comune a priori da realizzare. La democrazia in cui noi viviamo è una democrazia eterogenea, nella quale non è possibile proclamare e realizzare un bene comune come programma d'azione di una politica pratica».

⁹ Cfr. il saggio *Das amerikanische Regierungssystem* (ora in E. Fraenkel, *Gesammelte Schriften*, Bd. 4: *Amerikastudien*, a cura di H. Buchstein, R. Kühn, C. Arendes e P. Kulessa, Nomos, 2000, pp. 441-834): «Fondato per rendere possibile la coesistenza delle sette, rafforzato dalla disponibilità a garantire una libera possibilità di sviluppo dei gruppi etnici più diversi, legato ideologicamente al dogma della libera concorrenza di un gran numero di unità economiche autonome, il sistema di governo americano è caratterizzato nella sua essenza dal suo carattere pluralistico» (p. 645).

¹⁰ «Il bene comune non è una realtà sociale, ma una idea regolativa», afferma icasticamente nel saggio del 1960 *Deutschland und die westlichen Demokratien*, a p. 61 dell'antologia omonima.

¹¹ *Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus* (1960), in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 34.

¹² *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., p. 352. In *Demokratie und öffentliche Meinung* del 1963 (sempre in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., pp. 248-249) l'A. richiama il saggio del 1956 di Robert A. Dahl *A Preface to Democratic Theory* (trad. *Prefazione alla teoria democratica* a cura di A. Martinelli, Comunità, 1994, pp. 151-152), il quale afferma che «in un certo senso, quella che normalmente chiamiamo «politica» democratica è solo un polverone; è un fenomeno di superficie e rappresenta conflitti superficiali. Prima della politica, alla sua base, ad avvolgerla, limitarla, condizionarla c'è il consenso civico profondo che esiste in genere in una parte predominante dei membri politicamente attivi della società».

¹³ *Stukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung* (1964), in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 89.

trollo da parte dell'opinione pubblica¹⁴. Per questo motivo Fraenkel sostiene che la teoria pluralistica del bene comune «non contesta in alcun modo che vi siano vasti ambiti della vita statale e sociale sul cui ordinamento esiste un *consensus omnium*» e che anzi «alla lunga non è vitale uno Stato nel quale non vi sia un ampio accordo né su un minimo di problemi fondamentali né su numerosi problemi di dettaglio dell'economia, della società e delle politica», ma nello stesso tempo considera le differenze di opinione esistenti in altri ambiti «indizio di una vita pubblica liberamente pulsante» e ritiene che «l'unica via adatta a trovare un'accettabile soluzione ai problemi sui quali *non* esista un *consensus omnium* sia la disputa aperta delle differenze di opinione... e i compromessi mediante i quali questi conflitti vengono superati»¹⁵.

b) Pluralismo “buono” (Gierke) e “cattivo” (Laski)

In *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie*¹⁶, scritto nel 1964, Fraenkel afferma esplicitamente che il suo neopluralismo si oppone alle teorie di matrice anarco-sindacalista rappresentate nel periodo fra le due guerre da Harold J. Laski, da lui giudicate un fraintendimento e una degenerazione del tentativo – formulato da Otto von Gierke nella sua monumentale *Genossenschaftslehre* – di render conto teoreticamente di una realtà fatta di associazioni di ogni tipo (dalle confessioni religiose alle corporazioni territoriali come i comuni, ai sindacati operai) ormai impossibile da rinchiudere negli schemi individualistici del liberalismo di fine '800.

Comune a tutti i pluralisti “della prima ora” era infatti il riconoscimento che lo Stato non è un gruppo come gli altri, ma quantomeno un'associazione *sui generis* avente il fine di comporre i conflitti tra i gruppi al proprio interno e difendere gli individui contro l'eventuale tirannia dei medesimi¹⁷; Laski invece, muovendo dalla constatazione che lo Stato aveva perduto *de facto* la sua onnipotenza a causa del passaggio di funzioni, fino ad allora da esso svolte, alla compe-

¹⁴ «Il *consensus omnium* che appare nel settore non-controverso è il prodotto naturale di forze storiche, sociali e ideologiche. Le volontà di maggioranza e minoranza che appaiono nel settore controverso sono un prodotto artificiale della politica. Esse trovano la loro manifestazione più evidente nella frazione parlamentare di maggioranza e nell'opposizione parlamentare. La destinazione costituzionale a cui i partiti sono chiamati, di collaborare alla formazione della volontà popolare, si riferisce primariamente non alla produzione di un *consensus omnium* nel settore non-controverso, ma alla formazione di una volontà unitaria di maggioranza e minoranza nel settore controverso della vita statale e sociale»: *Ursprung und politische Bedeutung der Parlamentsverdrossenheit* (1966), in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., , pp. 141-142.

¹⁵ *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., pp. 11-12. In questo scenario un ruolo determinante spetta ai partiti, chiamati a fungere da «catalizzatori sociali e politici» in quanto, sforzandosi di conciliare gli interessi conflittuali dei vari gruppi e di ottenere tra essi un compromesso, permettono quella «trasformazione di energia sociale in energia politica» che Fraenkel indica quale funzione precipua del pluralismo: in esso infatti «gli elementi diffusi della società di massa eterogenea vengono trasformati in una formazione compatta, alla quale in una democrazia parlamentare deve essere in ogni tempo aperto l'accesso al Parlamento, al governo e all'amministrazione»: *Möglichkeiten und Grenzen politischer Mitarbeit der Bürger in einer modernen parlamentarischen Demokratie* (1966), in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 275).

¹⁶ *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., pp. 14-20.

¹⁷ *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 15.

tenza di gruppi non statali, e influenzato da episodi in cui membri di un'associazione avevano opposto con successo i loro obblighi particolari ad atti imperativi dell'amministrazione pubblica (egli si richiamava esplicitamente alla resistenza dei cattolici tedeschi al *Kulturkampf* bismarckiano), credette di poterne dedurre la fine della onnicompetenza statale anche *de jure*¹⁸ in favore di un modello "federalistico" e privo di gerarchia. Ma è proprio su questo punto che la teoria mostra la sua incongruenza con quella realtà empirica dalla quale si vantava di discendere: Fraenkel ricorda come già nel 1919 il filosofo del diritto Morris Raphael Cohen avesse messo in guardia da un «pluralismo dei gruppi di potere che per la tutela della libertà dell'individuo può rivelarsi più pericoloso dell'esercizio del potere sovrano dello Stato sovrano»¹⁹. Egli ritiene invece che lo Stato (nella persona del suo apparato governante) possieda una naturale superiorità su tutti gli altri gruppi presenti all'interno della sua sfera di potere, un primato che gli deriva dalla sua funzione: «intervenire regolativamente ogni volta in cui non sussista alcuna garanzia che dal parallelogramma delle forze economiche, sociali e politiche esca una risultante che corrisponda alle richieste minime di una soluzione economicamente accettabile e socialmente sopportabile dei problemi che si presentano»²⁰.

c) Licurgo-Rousseau-Schmitt: una *Trimurti* totalitaria

La difesa della democrazia pluralistica doveva necessariamente condurre Fraenkel a incrociare le lame con il suo avversario *seinsmässig*: quello Schmitt la cui produzione intellettuale era stata fin dall'inizio contrassegnata da accenti caustici nei confronti della combinazione di pluralismo-policrazia-federalismo della repubblica di Weimar. Nel suo saggio sul pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto, in particolare, la critica fraenkeliana procede ad una ricostruzione filologica delle fonti di ispirazione della speculazione schmittiana – considerata sia quale componente di quel «pensiero democratico volgare»²¹ dal quale giungevano gli attacchi al pluralismo, sia ancor più come copertura ideologica del nazismo – riconducendola a due figure del passato: Licurgo per l'età antica e Rousseau per quella moderna; quasi un'unica *mens*, antipluralistica e *in nuce* totalitaria, avesse percorso la storia incarnandosi di volta in volta in questi tre personaggi.

Le testimonianze riportate dagli storici non permettono dubbi circa il carattere ostile al pluralismo della costituzione di Licurgo. In verità gli Spartiati – cittadini *optimo jure* – costituirono fin dall'inizio una casta molto ristretta della popolazione (meno di diecimila) e che andò vieppiù riducendosi a causa della

¹⁸ A p. 17 de *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., Fraenkel definisce Laski «un esponente di quella corrente, allora ed ancor oggi molto diffusa, che volva filtrare la giurisprudenza attraverso la sociologia».

¹⁹ *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 16.

²⁰ *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., pp. 354-355, che così prosegue: «Solo se lo Stato non si sottrae a questo compito, esiste una *chance* che in una società differenziata possa essere realizzato un bene comune *a posteriori*».

²¹ *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 31.

norma che attribuiva la cittadinanza soltanto a chi avesse entrambi i genitori cittadini. A questa casta Licurgo proibì di avere una vita privata²² prescrivendo loro un'educazione collettiva, pasti comuni (*sissizi*), persino la promiscuità delle donne²³; e interdì loro anche la proprietà privata, l'esercizio dell'agricoltura e di ogni attività economica, affinché non avessero alcun interesse particolare. Li abituò così a «non volere e a non sapere vivere da soli, ma a formare sempre un corpo solo con la comunità, come le api; e, stringendosi insieme intorno al capo, quasi *fuori di sé* per l'entusiasmo e l'emulazione, ad appartenere interamente alla patria»²⁴.

Sparta era dunque il prototipo di quella forma di coesistenza che Tönnies avrebbe chiamato «comunità» (*Gemeinschaft*); e come ogni gruppo umano dominato dalla *politica* (intesa in senso schmittiano), essa doveva la sua coesione in gran parte all'odio contro un nemico: Plutarco racconta come l'addestramento militare dei giovani spartani consistesse nell'organizzarsi in bande (le cosiddette *krypteiai*) che percorrevano le terre abitate dagli Iloti – gli antichi abitanti predorici della Laconia, ridotti in schiavitù – vivendo di rapina e massacrando quanti ne incontravano, allo scopo di incutere il terrore nei sottomessi²⁵. Non desta pertanto meraviglia che, come ricorda Fraenkel, il grande storico inglese George Grote abbia detto di Licurgo che egli era stato non il legislatore di una comunità politica, ma «il fondatore di una comunità militante di congiurati – «*a warlike brotherhood*»»²⁶ –, mentre Franz Neumann definiva Sparta il modello di Stato delle SS²⁷: la sua costituzione costringeva i cittadini «a sublimare così radicalmente i propri sentimenti, pensieri, interessi ed istinti in un patriottismo integrale, che questo processo doveva sfociare in un abbruttimento umano, in un indu-

²² Cfr. Ernst Fraenkel, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 38.

²³ Plutarco, *La vita di Licurgo*, cap. 15, §§ 12-13: «Il marito anziano di una donna giovane, se egli amava e apprezzava qualche giovanotto eccellente, poteva condurlo da lei, farla fecondare di seme generoso e tenersi come proprio il figlio. Così, viceversa, un uomo onorato, se ammirava una donna prolifica e onesta sposata a un altro, poteva unirsi con lei, dopo averne ottenuto il consenso dal marito, in modo da seminare come in un terreno fecondo e procurarsi dei figli valenti, che sarebbero stati fratelli e consanguinei di uomini valenti». Cfr. PLATONE, *Repubblica*, I. V, 457c 10-457d 1-3: «Queste donne di questi nostri uomini siano tutte comuni a tutti e nessuna abiti privatamente con alcuno; e comuni siano poi i figli, e il genitore non conosca la propria prole, né il figlio il genitore».

²⁴ *Op. cit.*, cap. 25, § 5 (corsivo mio).

²⁵ *La vita di Licurgo*, cit., cap. 28, §§ 3-5.

²⁶ *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., p. 41; v. pure p. 42: «Quel posto nel mondo nel quale secondo Rousseau la *volonté générale* ha veramente regnato, nel quale l'alienazione era completamente superata, era la *res publica* dei sovra- e sub-umani (*Über- und Untermenschen*)».

²⁷ *Notes on the Theory of Dictatorship*, trad. *Note sulla teoria della dittatura in Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* a cura di N. Matteucci, Il Mulino, 1973, p. 346 – ove si paragona l'educazione spartana («A leggere e scrivere imparavano nei limiti dell'indispensabile; per il resto tutta la loro educazione era rivolta a obbedire disciplinatamente, a resistere alle fatiche e a vincere in battaglia»: PLUTARCO, *La vita di Licurgo*, cit., cap. 16, § 10) alla ricetta fornita da Himmler per l'istruzione dei russi sotto l'occupazione tedesca: «Devono imparare solo a contare fino a dodici e a scrivere i propri nomi. Andando oltre, l'istruzione diventa pericolosa e non deve essere permessa» – e p. 354: «Poca differenza passa fra il comportamento dell'aristocrazia spartana nei confronti degli iloti e il trattamento riservato agli ebrei dai nazisti».

rimento dell'anima e in un'atrofia intellettuale senza eguali»²⁸.

Dimenticato per millecinquecento anni, il mito di Licurgo risorse (non casualmente) al tempo della formazione delle monarchie assolute e delle guerre di religione, quasi come contrappeso alle spinte disgregatrici di un pluralismo non "temperato", e nel '700 costituì l'alimento spirituale del radicalismo democratico di Jean-Jacques Rousseau: in un passo dell'*Emile* egli attribuisce a merito di Licurgo di aver «snaturato» il cuore dell'uomo²⁹, cioè di aver compiuto quell'opera di sostituzione, nei cittadini, dell'esistenza «fisica e indipendente» ricevuta dalla natura con una «parziale e morale» che egli ascrive al buon legislatore³⁰. Nel *Contract social*, poi, gli attribuisce anche la paternità dell'idea che la perfetta unità del popolo possa derivare soltanto dalla sua perfetta atomizzazione: «è importante dunque, per avere l'enunciazione della volontà generale, che non ci siano società parziali nello Stato e che ogni cittadino non pensi che da sé solo. Tale fu l'unica e sublime istituzione del grande Licurgo»³¹.

Il pensiero del *citoyen de Genève* è infatti dominato dal timore nei confronti della schiavitù in cui verrebbe ridotto l'uomo, che fosse costretto ad ubbidire a leggi il cui contenuto sia stato dettato da gruppi d'interesse³²; un pericolo che egli ritiene superabile soltanto costruendo la *volonté générale* come «somma delle differenze», ovvero eliminando dalla sommatoria delle volontà particolari «il più e il meno che si elidono»³³; ed è proprio per far sì che il risultato di questa operazione "demoscopica" non sia falsato dall'eterogeneità del popolo che

²⁸ Così Ernst Fraenkel, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., p. 42. E-sattamente il contrario, si può notare, di quanto avveniva ad Atene – la storica avversaria – in cui, come testimoniava Pericle nel suo discorso in memoria dei caduti nella guerra del Peloponneso, «non ci si irrita[va] con il vicino, se anche in qualche cosa si comporta[va] a piacer suo, né lo si rattrista[va] con dispettoso cipiglio» (Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, I, II, cap. 37, § 2).

²⁹ Trad. *Emilio o Dell'educazione* a cura di P. Massimi, Mondadori, 2000⁴, I, I, p. 13.

³⁰ «Colui che osa intraprendere d'istituire un popolo deve sentirsi in grado di cambiare, per così dire, la natura umana; di trasformare ciascun individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in parte di un più gran tutto da cui questo individuo riceve in qualche modo la sua vita e il suo essere; di alterare la costituzione dell'uomo per rafforzarla... Bisogna, in una parola, che egli tolga all'uomo le sue forze proprie per dargliene altre che gli siano estranee e di cui non possa fare uso senza il soccorso d'altri»: *Du contract social ou Principes du droit politique*, Rey, Amsterdam 1762, I, II, cap. 7. Cfr. Ernst Fraenkel, *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., p. 34: «L'uomo che non ha più una volontà propria, smette di pensare a se stesso e ai propri interessi, è solo un uomo sociale, è mutilato, è spiritualmente storpio; egli è la vittima di un processo che la moderna psicologia definisce sublimazione».

³¹ *Du contract social*, cit., I, II, cap. 3.

³² «Niente è più pericoloso dell'influenza degli interessi privati negli affari pubblici, e l'abuso delle leggi da parte del governo è un male minore della corruzione del legislatore, conseguenza infallibile dei punti di vista particolari. Allora, essendo lo Stato alterato nella sua sostanza, ogni riforma diviene impossibile»: *Du contract social*, cit., I, III, cap. 4.

³³ *Du contract social*, cit., I, II, cap. 3.

egli proscrive le associazioni particolari³⁴. L'*omogeneità* è dunque il presupposto della democrazia roussoviana come «identità dei governanti e dei governati»³⁵; un'idea che trapassa integralmente nella dottrina schmittiana per la quale «ogni vera democrazia si basa sul fatto che non solo quel che è simile riceve un trattamento simile, ma anche... che quel che non è simile non gode in alcun modo di un trattamento simile» e quindi ingrediente necessario di ogni regime fondato sulla volontà del popolo sarebbe «per cominciare, l'omogeneità, e quindi, se ve ne fosse bisogno, *la messa in disparte o l'esclusione dell'eterogeneo*»³⁶.

Il pluralismo fraenkeliano, invece, pur ritenendo necessario un minimo di omogeneità, «non ritiene auspicabile un massimo di omogeneità», perché esso «si fonda sulla fiducia ottimistica che un *consensus omnium* da raggiungere automaticamente è normalmente sufficientemente forte da permettere alle forze eterogenee di agire liberamente nello Stato e nella società»³⁷. Esso è inoltre consapevole che «la cura dei propri interessi particolari forma una parte essenziale della natura umana»³⁸, ma ritiene che i cittadini, nella loro duplice posizione di «persone private» e di «membri di un interesse generale», non possano perdere di vista e trascurare quest'ultimo per limitarsi a difendere i propri interessi particolari³⁹. Combatte, infine, la pretesa di annullare la complessità sociale in una organizzazione di massa sotto il giogo di un dittatore che dica, come Trotzki faceva dire a Stalin, «io sono la società»; nella consapevolezza che «non è possibile mantenere la libertà se le volontà dei gruppi vengono asservite»⁴⁰ e che – come insegnava Pascal – «*la multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion*», ma anche «*l'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie*»⁴¹.

4. PLURALISMO E COSTITUZIONE: *OLTRE* KELSEN

³⁴ «Quando si formano delle consorterie, delle associazioni parziali a spese di quella grande, la volontà di ciascuna di queste associazioni diviene generale in rapporto ai suoi membri, e particolare in rapporto allo Stato; si può dire allora che non ci sono più tanti votanti quanti sono gli uomini, ma solo tanti quante sono le associazioni. *Le differenze diventano meno numerose e danno un risultato meno generale*. Infine, quando una di queste associazioni è così grande che essa prevale su tutte le altre, voi non avete più come risultato una somma di piccole differenze, ma una differenza unica; allora non c'è più volontà generale, e il parere che prevale non è che un parere particolare» (*ivi*; corsivo mio).

³⁵ Ernst Fraenkel, *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., p. 26.

³⁶ *Der Gegensatz von Parlamentarismus und modernen Massendemokratie* (1926), trad. *Nota sull'opposizione fra parlamentarismo e democrazia* in Carl Schmitt, *Parlamentarismo e democrazia e altri scritti di dottrina e storia dello Stato* cit., p. 93 (corsivo mio). Cfr. la sua *Verfassungslehre* (1928), trad. *Dottrina della costituzione* a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, 1984, p. 298: «Ogni eguaglianza acquista la sua importanza ed il suo significato per la correlazione di una possibile ineguaglianza. Essa è tanto più intensa quanto più grande è l'ineguaglianza nei confronti di quelli che non fanno parte degli eguali... Il concetto democratico di eguaglianza è un concetto politico e si riferisce – come ogni vero concetto politico – alla possibilità di una distinzione».

³⁷ *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., pp. 27-28.

³⁸ *Ibidem*, pp. 31-32.

³⁹ *Die ordnungspolitische Bedeutung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, in Deutschland und die westlichen Demokratien* cit., pp. 295-296.

⁴⁰ *Il pluralismo come elemento strutturale*, cit., pp. 46-47.

⁴¹ *Pensées* (1670), n. 871 Brunschvicg.

a) «Game rules» formali e sostanziali

È ora necessario approfondire l'esame delle condizioni di funzionamento della democrazia pluralistica, le quali vanno a formare il contenuto di quello che Fraenkel chiama il «settore non-controverso» della vita pubblica. A tale scopo si rivela utile un ulteriore confronto fra la teoria democratica radicale di Rousseau (che il Nostro definisce «teoria *classica* della democrazia») e la cosiddetta «teoria *concorrenziale*» da lui preferita: mentre la teoria “classica” considera come premessa indispensabile per la fondazione e il mantenimento di un ordinamento costituzionale democratico «l'esistenza di una *volontà popolare* data in anticipo», la teoria “concorrenziale” assegna tale ruolo fondativo alla «validità di un *ordine di valori* dato in anticipo»⁴².

Un ordine di valori generalmente valido: questo è per Fraenkel il minimo comun denominatore intorno al quale possono ritrovarsi tutti i diversi gruppi economici, politici, confessionali e razziali. Ma qual è il contenuto del «codice di valori» democratico-pluralista? A questa domanda Fraenkel risponde in apertura di *Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung* del 1964, con un elenco che comprende i seguenti principi:

il riconoscimento della sovranità popolare come fondamento di legittimità dell'ordinamento costituzionale vigente;

la sottomissione al principio di decisione a maggioranza;

il rispetto del principio di eguaglianza davanti alla legge;

la validità dei tradizionali diritti fondamentali di libertà;

l'applicazione inviolabile dei principi di legalità dell'amministrazione e di imparzialità del potere giudiziario;

l'uso dei precetti della correttezza (*fairness*) nella applicazione delle regole del gioco che sono stabilite per regolare il processo di formazione della volontà politica⁴³.

Come si può vedere, si tratta dei classici principi dello Stato di diritto liberale; essi indicano inoltre come la preferenza di Fraenkel vada ad una società di tipo “aperto”, nella quale i diversi stili di vita possano coesistere nel rispetto del principio regolativo della *giustizia*.

b) Diritto naturale e valori costituzionali

Ai problemi dell'origine storica e della giustificazione teoretica del codice di valori Fraenkel non ha mai dedicato un'esplicita attenzione. C'è tuttavia un momento in cui, seppur indirettamente, il velo si solleva: allorché egli dichiara di voler astenersi dall'entrare in una discussione del fenomeno «diritto naturale», in quanto “anche chi respinge la «validità» di ogni diritto naturale – a prescindere dal fatto che esso venga legittimato in modo trascendente o razionale –

⁴² *Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung*, in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 87 (corsivi miei).

⁴³ In *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., pp. 69-70.

può tuttavia ritenersi vincolato ai suoi imperativi, poiché essi rappresentano una parte essenziale della nostra eredità culturale”⁴⁴.

Si conferma così l’importanza da lui attribuita al giusnaturalismo fin dalla gioventù marxista di *Soziologie der Klassenjustiz*, e consolidata attraverso la sua opposizione al *Doppelstaat* nazista; ma qui la fede nel diritto naturale come garante di un ordine “giusto” si coniuga in modo inedito con un’attenzione privilegiata al dettato costituzionale⁴⁵, le cui norme vengono ora considerate alla stregua di una “positivizzazione” e concretizzazione di quei principi astratti e immortali: una sorta di “superlegislazione” in funzione non soltanto garantista, ma anche orientativa della prassi politica⁴⁶.

Ancora più importante ci sembra il parallelismo che egli instaura fra diritto naturale e costituzione del pluralismo: «Per una democrazia occidentale funzionante l’esistenza di gruppi d’interesse e la vigenza di un diritto naturale sono egualmente indispensabili. Essi costituiscono parti corrispondenti di ogni moderno ordinamento statale e sociale che non sia infettato dal bacillo totalitario»⁴⁷. Il diritto naturale si rivela dunque come il nucleo primario di quel «setto-re non-controverso» dal quale dipende la tenuta di una società democratica eterogenea: «Solo chi nega la validità di ogni diritto naturale, solo chi dubita radicalmente della forza motivante di idee giusnaturalistiche è impaurito dall’indicazione che noi viviamo in una società pluralistica e scandalizzato dalla professione di fede nello Stato pluralista»⁴⁸.

5. Carattere *normativo* della teoria fraenkeliana

a) La contestazione della Scuola di Francoforte

Una teoria così fortemente ancorata a livello assiologico, e così fermamente orientata al mantenimento e alla legittimazione della pace sociale affermatasi in Occidente per tutti gli anni ’50 e fino alla metà dei ’60, non poteva ovviamente risultare gradita a coloro che avevano combattuto il nazifascismo ve-

⁴⁴ *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., p. 355.

⁴⁵ È questa l’opinione di Raffaele Bifulco, *Il contributo di Ernst Fraenkel alla teoria pluralistica*, in *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., p. 77, il quale ricorda la posizione fortemente critica assunta da Fraenkel in epoca weimariana contro le concezioni formali della costituzione.

⁴⁶ A tal proposito è sufficiente considerare il legame da lui individuato fra il riconoscimento espresso dal popolo tedesco nell’articolo 1 comma 2 del *Grundgesetz*, dei «diritti inviolabili e inalienabili dell’uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo» e l’approvazione, che in tale riconoscimento sarebbe contenuta, di un codice di valori generalmente vincolante (*Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., p. 355).

⁴⁷ *Deutschland und die westlichen Demokratien* nell’antologia omonima, p. 66; e poco prima «Fin dalla azione di livellamento dell’anno 1933 doveva esser chiaro all’ultima organizzazione d’interessi che la sua esistenza – e di conseguenza l’esistenza di una società pluralistica – dipende dal fatto che l’eredità del diritto naturale, che rappresenta un elemento essenziale della democrazia occidentale, non vada perduta» (*ivi*).

⁴⁸ *Loc. ult. cit.*

dendo in esso la sovrastruttura del capitalismo monopolistico⁴⁹ – come aveva fatto lo stesso Fraenkel in *The Dual State*, prima di aprire gli occhi sulla realtà dello stalinismo – e che ancora auspicavano il superamento dello «stato di cose presente»⁵⁰ in una società senza classi e senza Stato. In questa cornice si spiegano gli attacchi che la Scuola sociologica francofortese ha sferrato contro la teoria pluralista di Fraenkel; fra le accuse più violente che gli sono state rivolte, è sufficiente ricordare in questa sede quelle di Claus Offe e Rainer Eisfeld. Il primo denuncia la funzionalità del pluralismo alla «esclusione e repressione delle espressioni di bisogni che minacciano il sistema»⁵¹. Analoghe accuse vengono formulate da Eisfeld in tono, se possibile, ancora più veemente: la concezione «dialettica» del pluralismo viene posta accanto alla teoria di Smend – nella quale lo Stato esiste «solo perché e in quanto si integra continuamente»⁵² – così da imputare al Nostro il tentativo di inserire le associazioni che «perseguono le esigenze del bene comune»⁵³ in un ordine *già dato*⁵⁴. Al fine di procurarsi “uno slogan da contrapporre all’«avversario totalitario» «al di là del muro»⁵⁵ egli avrebbe dunque accettato, se non ricercato, «una realtà anti-democratica, per suggerirne la coincidenza con le norme democratiche»⁵⁶.

b) Contro il pessimismo dell’empiria

In verità, a tutte queste posizioni critiche si può rimproverare da un lato di aver rivolto un’attenzione insufficiente e pregiudizialmente unilaterale a quella realtà empirica sulla quale esse pretendono di fondarsi, dall’altro di aver compiuto una lettura parziale della produzione fraenkeliiana che non tiene conto dei suoi indiscutibili elementi di continuità⁵⁷.

In primo luogo, si possono a ragione – come fa lo stesso Fraenkel – citare gli sforzi, coronati da successo, compiuti negli Stati al di qua della “cortina di ferro” per «integrare la classe operaia nello Stato e nella società in modo tale,

⁴⁹ Cfr. Herbert Marcuse, *Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung*, in «Zeitschrift für Sozialforschung» (1934), trad. *La lotta contro il liberalismo nella concezione totalitaria dello Stato* in Id., *Cultura e società. Saggi di teoria critica 1933-1965* a cura di C. Ascheri, H. Ascheri Osterlow e F. Cerutti, Einaudi, 1969, p. 19.

⁵⁰ Secondo la formula di Karl Marx-Friedrich Engels, *Die Deutsche Ideologie*, I. I, *Feuerbach* (trad. *L’ideologia tedesca* a cura di C. Luporini, Editori Riuniti, 2000, p. 25).

⁵¹ Vedi il suo *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen* (1969), trad. *Dominio politico e strutture di classe* in Id., *Lo Stato nel capitalismo maturo* a cura di D. Zolo, Etas, 1977, p. 41; il risultato sarebbe una attenuazione dei conflitti con conseguenze «spoliticizzanti» (si noti la ripresa di tematiche schmittiane, tanto profonda da risultare inconsapevole di se stessa).

⁵² *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. *Costituzione e diritto costituzionale* a cura di E. Fiore e J. Luther (introduzione di G. Zagrebelsky), Giuffrè, 1988, p. 76.

⁵³ Il riferimento è a Ernst Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, p. 64 dell’antologia omonima.

⁵⁴ Rainer Eisfeld, *Il pluralismo tra liberalismo e socialismo*, cit., p. 203.

⁵⁵ *Op. ult. cit.*, p. 206.

⁵⁶ Rainer Eisfeld, *Il pluralismo tra liberalismo e socialismo*, cit., p. 203.

⁵⁷ È quanto viene obiettato a Eisfeld da Falk Esche e Frank Grube nella Introduzione all’antologia di scritti fraenkeliiani *Reformismus und Pluralismus*, cit., pp. 45 e 440 nt. 56: «Lo sforzo di Eisfeld per un apprezzamento critico della posizione fraenkeliiana è addirittura un esempio modello per il rapporto eccessivamente sconsiderato con fonti reperibili; se nell’essenziale si ricorre sempre di nuovo soltanto a due studi, l’analisi deve necessariamente risultare unilaterale».

che ai sindacati liberi venisse permesso di apparire come portatori di interessi collettivi» come esempio della «importanza che il carattere eterogeneo di una società può avere per la libertà e il diritto»⁵⁸. L'accusa di conservatorismo sociale formulata da Offe e Eisfeld, poi, è manifestamente priva di ogni fondamento: la legittimazione di ogni associazione già esistente implica per Fraenkel l'*apertura al nuovo*, l'accoglienza di ogni gruppo ulteriore che accetti di giocare al gioco sociale rispettando le preesistenti regole di forma e valore. Gli unici gruppi che non possono esser tollerati sono quelli che si propongono di interrompere il gioco, di sopprimere il meccanismo elettorale (o di falsificarlo intimamente) al fine di conservare il potere; e questo, come ricorda la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 1956, era proprio lo scopo dichiarato dei partiti comunisti di tutto il mondo.

In realtà è difficilmente negabile che la teoria fraenkeliana sia pervasa da un forte anelito alla democratizzazione. Egli ritiene che costituisca certamente una «ipotesi ottimistica» credere che «una democrazia politica vitale possa funzionare anche rinunciando all'uso delle stampelle utopistiche di un *consensus omnium* universale e di un *bonum commune* generalmente valido»⁵⁹; ma è un'ipotesi che trova una, seppur parziale, conferma sia dall'osservazione del funzionamento delle democrazie occidentali "reali", che è ben lungi dal degenerare in un caos anarchico⁶⁰, sia dal fallimento storico dei regimi totalitari (di "destra" e oggi anche di "sinistra") e dei tentativi di realizzare una democrazia «diretta», unanimitica, secondo il modello dei *soviet* o consigli⁶¹.

Per Fraenkel lo Stato pluralista è dunque «un esperimento morale, che deve essere tentato ogni giorno di nuovo»⁶², con quella *apertura al futuro che si fa incontro* che ha fatto di lui un vero Europeo e della sua vita terrena una autentica *avventura*⁶³. Un'avventura che si concludeva, dopo lunga malattia, a Berlino il 28 marzo 1975.

⁵⁸ *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., p. 349.

⁵⁹ *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., pp. 351-352.

⁶⁰ «La supposizione che non sia mai possibile nella realtà sociale realizzare perfettamente l'idealtipo di un *consensus omnium* universale, è altrettanto irrealistica quanto l'affermazione che in una società divisa in classi la divergenza delle opinioni, degli obiettivi e delle rappresentazioni di valore sia di volta in volta così grande, che il pensiero di un *consensus omnium* formato in qualche modo debba presentare necessariamente il carattere di una ideologia»: *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, cit., p. 352.

⁶¹ L'ultima monografia di Fraenkel è significativamente intitolata *Räte-mythos und soziale Selbstbestimmung. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte der deutschen Revolution* (in *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden*, a cura di P. Saladin e L. Wildhaber, Helbing & Lichtenhahn, 1972, pp. 75-114; parz. modificato in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., pp. 95-136).

⁶² *Deutschland und die westlichen Demokratien*, p. 66 dell'antologia omonima.

⁶³ Per Vittorio Mathieu l'avventura è «il consacrare coscientemente se stessi all'*andare incontro* a un futuro aperto, che è inesorabile, ma che senza il nostro movimento non si determinerebbe» (*L'avventura spirito dell'Europa*, in Id., *L'uomo animale ermeneutico*, Giappichelli, 2000, p. 174).