



Dalla IV ^ di copertina :

«Il libro di Ernst Fraenkel è un'analisi e una interpretazione dello stato nazionalsocialista, ma è anche per i problemi teorici che solleva, per gli strumenti concettuali di cui si serve e per le soluzioni proposte un notevole contributo alla teoria dello stato moderno», scrive Norberto Bobbio presentando al lettore italiano quest'opera. Per consentire una comprensione scientificamente fondata del ruolo che in Germania svolsero il diritto e la giustizia, Fraenkel introduce il concetto di «doppio Stato». Mediante tale categoria egli individua nel Terzo Reich la compresenza di uno «Stato normativo», che funziona rispettando in generale le sue proprie leggi, e di uno «Stato discrezionale», che agisce invece ignorando quelle stesse leggi, in quanto sistema di dominio, dell'arbitrio assoluto e della violenza, privo di limiti in alcuna garanzia giuridica. Caratteristica del «doppio Stato» è così una spuria coesistenza fra ordinamento giuridico positivo e totale assenza di diritto, in virtù della quale il regime nazista si riservò di sospendere il diritto positivo in tutte le questioni ritenute di volta in volta «politiche» e di sostituirlo con provvedimenti arbitrari.

Basato su materiale documentario raccolto dall'autore, il libro poté uscire negli Stati Uniti, con il titolo *The Dual State*, nel 1941. La presente versione, condotta sul testo tedesco riveduto e pubblicato da Fraenkel nel 1974, colma una lacuna e restituisce alla lettura un testo fondamentale per l'interpretazione del nazismo e dell'organizzazione totalitaria del potere.

Ernst Fraenkel, nato a Colonia nel 1898, morto a Berlino nel 1975, conta tra i maggiori studiosi tedeschi del diritto e della politica.

NORBERTO BOBBIO - Introduzione

Il libro che viene ora presentato per la prima volta al pubblico italiano è un'analisi e un'interpretazione dello stato nazionalsocialista, ma è anche, per i problemi teorici che solleva, per gli strumenti concettuali di cui si serve, e per le soluzioni proposte, un notevole contributo alla teoria generale dello stato moderno. Pubblicato in edizione inglese nel 1941, quando l'autore era esule negli Stati Uniti, col titolo *The Dual State*, ma scritto originariamente in tedesco, è stato ripubblicato nel 1974 in Germania, col titolo *Der Doppelstaat*, in una nuova edizione, dalla quale è tratta la presente traduzione italiana.

Ernst Fraenkel, nato a Colonia nel 1898 da famiglia ebraica, compì gli studi giuridici presso l'università di Francoforte, allievo, come Franz Neumann, di Hugo Sinzheimer ^[1]; insegnò per qualche anno in scuole per funzionari sindacali e fu consulente giuridico del Partito socialdemocratico tedesco; in seguito all'avvento del nazismo svolse attività di avvocato in difesa di vittime dei soprusi del regime. Costretto ad emigrare negli Stati Uniti nel 1938, si addottorò nel 1942 presso la Law School di Chicago. Dopo un periodo trascorso nella Corea del Sud come esperto in problemi del diritto di occupazione tra il 1945 e il 1951, tornò in Germania come docente presso la Scuola superiore di politica allora fondata a Berlino da Otto Suhr. Dal 1953 al 1967 fu professore ordinario di scienza politica presso la Libera Università di Berlino ^[2]. Morì il 28 marzo 1975 a Berlino. Negli anni drammatici della fine della repubblica di Weimar prende parte attiva alla controversia sui caratteri, sui difetti e gli errori, del regime democratico instaurato dopo la sconfitta; interviene autorevolmente nel dibattito sulla riforma della costituzione di cui è fautore, prendendo posizione sia contro i critici della costituzione di destra come Cari Schmitt, sia contro i critici di sinistra come Otto Kirchheimer. Alcuni suoi saggi ^[3], come *Kollektive Demokratie (Democrazia collettiva)*, 1929; *Abschied von Weimar? (Addio a Weimar?)*, 1932; *Um die Verfassung (Sulla costituzione)*, 1932; *Verfassungsreform und Sozialdemokratie (Riforma costituzionale e socialdemocrazia)*, 1932; fanno ormai parte essenziale di quella vastissima e dottrinalmente molto elevata letteratura giuridica e politica, che è ridiventata in questi anni oggetto di rinnovato interesse, anche in Italia, essendo la «crisi di Weimar» esemplare e ammonitrice per chiunque voglia rendersi ragione del modo con cui può avvenire la disintegrazione di una democrazia ^[4].

^[1] Su Hugo Sinzheimer, considerato il «padre del diritto del lavoro» tedesco, vedi la commemorazione dello stesso Fraenkel, tenuta nel 1958, quindi ripubblicata nell'ampia raccolta di scritti dello stesso FRAENKEL, *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, raccolti ed editi da F. Esche e F. Grube, Hoffmann und Campe, Hamburg 1973, pp. 131-42. Nello stesso volume anche un ricordo di F. Neumann, pp. 168-79.

^[2] Per ulteriori notizie biografiche e per la bibliografia completa vedi il volume citato nella nota precedente, pp. 469-72 e pp. 452-68; e il necrologio di W. STEFFANI, in «Politische Vierteljahresschrift», XVI, 1975, pp. 569-74.

^[3] I principali scritti di Fraenkel sono stati ripubblicati, oltre che nel volume già citato, *Reformismus und Pluralismus* ecc., in altre due raccolte: *Deutschland und die westlichen Demokratien*, W. Kohlhammer, Stuttgart 1964, e *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968. - Sui temi e sull'opera di Fraenkel d'importanza fondamentale il volume di studi in suo onore: *Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel zum 75. Geburtstag am 26 Dezember 1973*, a cura di G. Doeker e W. Steffani, Hoffmann und Campe, Hamburg 1973.

^[4] Mi riferisco alla importante ricostruzione storica e sociologica della lotta politica e ideologica di quegli anni fatta da G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Einaudi, Torino 1977. Dello stesso Rusconi, *La «kol-*

Ritornato in Germania dopo la caduta del regime nazista, Fraenkel, non senza una diretta influenza della scienza politica americana, sviluppatasi e arricchitasi a partire dagli anni trenta con decisivi contributi della scienza politica europea, e col preciso intento di combattere vecchie e nuove forme di totalitarismo, ebbe una parte di protagonista nella elaborazione e nella diffusione della teoria pluralistica della democrazia, divenuta dottrina quasi ufficiale della Repubblica federale tedesca, contestata peraltro, come vent'anni prima la difesa ch'egli aveva assunto della «democrazia collettiva», tanto da critici di destra quanto da critici di sinistra, con numerosi saggi teorici e interventi polemici, di cui basti qui ricordare *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtstaatlichen Demokratie (Il pluralismo come struttura della democrazia liberale e legalitaria)*, 1964, e *Strukturanalyse der modernen Demokratie (Analisi strutturale della democrazia moderna)*, 1970, dove le caratteristiche della democrazia pluralistica cui s'ispira la Repubblica federale tedesca vengono illustrate in continua contrapposizione coi principi cui è informata la Repubblica democratica tedesca. Nonostante la radicale differenza tra le due epoche storiche, tra la repubblica di Weimar e quella di Bonn, il pluralismo di cui Fraenkel si è fatto fautore nel dopoguerra non sembra rappresentare, secondo alcuni critici, una rottura rispetto alla teoria della democrazia collettiva, che egli chiamò in un secondo tempo anche «dialettica», del periodo weimariano ^[5]. Tanto la democrazia dialettica quanto quella pluralistica vengono considerate come il luogo di liberi, ancorché regolati e controllati, conflitti di gruppi, se pure nella prima, descritta quando l'autore era ancora marxista, la società è divisa da un conflitto principale e antagonistico che è il conflitto di classe, nella seconda i conflitti si moltiplicano, ma moltiplicandosi diventano sempre meno antagonistici. Tanto l'una che l'altra si contrappongono sia alla democrazia liberale classica, in cui i soggetti del conflitto sono astrattamente i singoli individui e non le classi o i gruppi d'interesse, sia alla democrazia rousseauiana, che esclude le società parziali in nome di una presunta e irrealistica, e non meno astratta, omogeneità sociale, e finisce per rovesciarsi nel suo contrario, nella cosiddetta democrazia totalitaria.

Il nucleo centrale del libro è costituito essenzialmente da due tesi, entrambe di notevole interesse, come dicevo, per una teoria generale dello stato moderno, e quindi meritevoli di essere conosciute e discusse anche in Italia.

La prima tesi si può sintetizzare in questo modo: la rottura che lo stato nazista compì rispetto allo stato di diritto fu sin dall'inizio giustificata in base al principio che regola lo stato d'eccezione (o di emergenza o di necessità o di pericolo pubblico o di assedio, come viene variamente chiamato), in base cioè al principio universalmente riconosciuto dalla dottrina giuridica secondo cui in situazioni eccezionali i legittimi detentori del potere politico hanno il diritto di sospendere le garanzie giuridiche previste dalla costituzione e sono quindi investiti dei «pieni poteri». Si può commentare questo principio giuridico col detto popolare che la necessità non ha legge: una norma giuridica, la cui funzione è quella di determinare un obbligo e rispettivamente un diritto, può valere soltanto nella sfera delle azioni possibili, giacché non avrebbe alcun esito proibire un'azione necessaria o comandare un'azione impossibile. Si veda come l'autore entra nell'argomento sin dalle prime righe del libro: «La Costituzione del Terzo Reich è lo stato d'assedio. La sua carta costituzionale è il decreto d'emergenza per la difesa del popolo e dello stato del 28 febbraio 1933». E spiega subito dopo che l'applicazione di questo decreto aveva lo scopo di sottrarre il settore politico della vita pubblica tedesca al dominio del diritto. Dunque il punto di partenza dell'analisi è la netta contrapposizione fra stato nazista e stato di diritto.

Siccome non sempre è chiaro che cosa s'intenda per «stato di diritto», che è espressione usata in molteplici accezioni, ritengo utile precisare che nell'accezione che qui può servire a intendere l'uso che ne fa Fraenkel, anche se non lo rende mai esplicito, per stato di diritto s'intende lo stato in cui il potere politico anche nelle sue più alte istanze è regolato e limitato da norme giuridiche (*sub lege*) e viene esercitato prevalentemente, salvo casi eccezionali previsti dalla stessa costituzione, mediante emanazione di norme generali [*per legem*]. In antitesi allo

lektive Demokratie » di Fraenkel e il corporativismo contemporaneo, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», il, 1980. Il tema della democrazia collettiva è stato ripreso da G. MARRAMAO, *Politica e complessità: lo stato tar-do-capitalistico come categoria e come problema teorico*, in *Storia del marxismo*, voi. IV, Einaudi, Torino 1982, che vi vede « una lucida e sorprendente anticipazione del dibattito attuale sul corporativismo e sul pluralismo corporatista » (p. 550). [Il saggio di Fraenkel *Kollektive Demokratie* è tradotto nel volume AA.VV., *Laboratorio Weimar*, a cura di G. Arri-go e G. Vardaro, Roma 1.982]. - Fondamentale per la ricchezza della documentazione sul dibattito politico e costituzionale del periodo l'ampia *Introduzione* di A. BOLAFFI, alla raccolta di scritti di O. KIRCH-HEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, De Donato, Bari 1982, pp. XI-CXII, dove i più importanti scritti di Fraenkel sono citati e commentati.

^[5] Questa tesi è stata sostenuta con vigore soprattutto da H. KREMENDAHL, *Von der dialektischen Demokratie zum Pluralismus. Kontinuität und Wan-del im Werk Ernst Fraenkels*, in *Klassenjustiz und Pluralismus* cit., pp. 381-394.

stato di diritto così inteso, le caratteristiche dello stato d'eccezione sono due: a) i detentori dei pieni poteri non si ritengono più vincolati a rispettare le norme costituzionali generali che stabiliscono le funzioni e i limiti di competenza degli organi di governo; b) si ritengono autorizzati a esercitare il potere, non solo in casi eccezionali, ma abitualmente, non mediante leggi generali, ma mediante provvedimenti concreti presi di volta in volta, in base a un mero giudizio di opportunità. Di conseguenza, in contrasto col governo doppiamente legale dello stato di diritto, il governo nello stato d'eccezione è un potere doppiamente illegale, cioè arbitrario, in due sensi: rispetto al *modo* con cui viene esercitato, ovvero senza vincoli costituzionali, e rispetto al *mezzo* con cui questo esercizio viene attuato, ovvero in base a meri giudizi di opportunità.

Che Fraenkel metta in particolare evidenza soprattutto questo secondo aspetto dello stato nazista, che chiama « Stato discrezionale » (Massnahmenstaat) contrapponendolo allo « Stato normativo » (Normenstaat), non vuol dire che trascuri il primo. Ciò che risulta chiarissimo è che, a ogni modo, nello stato d'eccezione il rapporto tra politica e diritto è completamente invertito rispetto allo stato di diritto: nello stato di diritto il potere è sottoposto al diritto; nello stato d'eccezione (o di polizia, volendo adottare una vecchia espressione) il potere è il creatore (a proprio assoluto arbitrio) del diritto. In altre parole, nello stato di diritto è potere legittimo solo quello esercitato in conformità di un'autorizzazione (nel senso letterale di attribuzione di « autorità ») da parte di una norma giuridica; nello stato di polizia è diritto quello prodotto in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità da coloro che detengono il potere politico. Si veda la netta e perentoria conclusione cui giunge Fraenkel che presenta la propria interpretazione con una ampia analisi di casi concreti tratti da sentenze di tribunali di vario ordine e grado: « Pertanto possiamo formulare nel modo seguente la distinzione tra Stato di diritto e Terzo Reich: nello Stato di diritto i tribunali controllano l'amministrazione dal punto di vista della legalità; nel Terzo Reich le autorità di polizia controllano i tribunali dal punto di vista dell'opportunità »

Tale inversione di termini può essere espressa anche con altre antitesi non meno tradizionali. Ne ho individuate due: quella tra giustizia formale e giustizia materiale cui Fraenkel si riferisce là dove afferma a più riprese che l'essenza dello Stato discrezionale va ricercata, tra l'altro, nella pretesa di attuare una giustizia materiale in contrapposto alla giustizia formale, la quale, secondo la famigerata formula di Forsthoff, è l'espressione di « una comunità priva d'onore e di dignità »; e quella tra politica, intesa come attività che non riconosce altro criterio della propria condotta che l'opportunità, e politica come amministrazione e giudizio che dovrebbero ricevere la loro legittimazione esclusivamente dall'essere esercitati in conformità di leggi prestabilite. Una volta riconosciuti come atti politici, e quindi sottratti alle leggi generali, quegli atti che vengono considerati tali dall'autorità politica la quale, essendo *legibus soluta*, è libera di stabilire ciò che rientra nella sfera della politica e ciò che non vi rientra, l'indebita estensione degli atti politici rispetto agli atti amministrativi e giudiziari è uno degli espedienti di cui si serve lo stato di polizia per delimitare, sino ad eliminarlo arbitrariamente, lo spazio dello stato di diritto. Per dare un esempio della documentazione di cui si serve l'autore, ecco che cosa si può leggere in una decisione dell'Alta Corte amministrativa prussiana del 28 gennaio 1937: « Nella lotta per l'autoaffermazione che il popolo tedesco oggi è chiamato a condurre, non esiste più come in passato un ambito di vita non politico ». Con un'affermazione di questo genere, secondo cui non esiste un ambito di vita non politico, non si potrebbe esprimere meglio la quintessenza dello stato totalitario.

La seconda tesi è quella più originale e anche più discutibile (nel senso che può invitare maggiormente alla discussione): nonostante la indebita estensione dello stato di polizia, il regime nazista non ha soppresso del tutto il governo attraverso le leggi, o « Stato normativo ». La ragione per cui il regime ha conservato, seppure in una sfera ampia ma ben delimitata, lo stato attraverso le leggi risiede nella protezione che esso ha offerto al sistema economico capitalistico, il quale ha bisogno per sopravvivere e per svilupparsi di un ordinamento legale, vale a dire di quella sicurezza nell'esercizio a lunga scadenza delle attività che gli sono proprie, e quindi della possibilità di prevedere le conseguenze delle proprie azioni, che solo un ordinamento legale può garantire assicurando con norme giuridiche generali, sottratte all'ingerenza occasionale e imprevedibile del potere politico, la stabilità della proprietà individuale, la libertà dell'impresa e dell'iniziativa economica, l'inviolabilità dei contratti, la regolarità della concorrenza, il dominio dell'imprenditore in fabbrica sui suoi dipendenti. Con diversa ma equivalente formula giuridica si può esprimere lo stesso concetto dicendo che, a differenza del diritto pubblico sottoposto al dominio dello Stato discrezionale, il diritto privato è sottratto all'arbitrio del potere politico diretto, e continua a essere regolato dallo Stato normativo, salvo nel caso, peraltro eccezionale, e quindi sottoposto allo stato d'eccezione, del diritto privato degli ebrei.

Attraverso una ben selezionata casistica di sentenze civili, penali e amministrative, Fraenkel tende a mostrare che, quando i principi necessari alla esistenza del sistema capitalistico sono in pericolo, i tribunali fungono da custodi del diritto. Si può stupire di questa conclusione, egli prosegue, solo chi non si è reso conto, o non ha voluto rendersi conto, che il nazionalsocialismo come fenomeno politico è il prodotto del più recente sviluppo capitalistico. Naturalmente la dottrina ufficiale non riconosce apertamente questo stato di cose. Però al fine di giustificare i limiti dello stato di polizia nel settore della vita economica si richiama spesso alla struttura dell'antico stato di ceti, in cui ogni ceto ha un proprio ordinamento particolare che non dipende direttamente dal potere statale. Con questa giustificazione la dottrina nazista, o più esattamente una parte di essa, persegue congiuntamente due scopi: quello di riallacciarsi a una vecchia tradizione di diritto pubblico tedesco, e quello di mascherare la composizione classista del regime, lo stato di classe rispecchiando una società antagonista in cui vi è una classe ristretta dominante e una classe dominata composta di gran parte del popolo, mentre lo stato di ceti è lo specchio di una società di ordini disposti gerarchicamente in cui ogni ordine gode di una relativa autonomia nel sistema generale. Che questo richiamo allo stato di ceti sia una maschera ideologica può essere dimostrato dal fatto che nella società nazista autodichiarantesi società di ceti l'unica componente della società che non costituisce un ceto, e quindi non gode di alcuna autonomia, è la classe operaia: il Fronte tedesco dei lavoratori, infatti, non costituisce, secondo Fraenkel, un ordine nel senso tradizionale dello stato di ceti, e pertanto la classe operaia, sola tra le varie componenti della società tedesca sotto il regime nazista, non avendo alcuna autonomia di ceto, è sottoposta interamente alla illimitata ingerenza dello stato di polizia.

Delle due tesi sin qui illustrate costituenti l'ossatura centrale del libro la prima è direttamente ricavata, se pure con un giudizio di valore opposto, da Carl Schmitt, il principale antagonista di Fraenkel non solo in quest'opera d'interpretazione del nazismo, ma anche negli scritti successivi del dopoguerra, di ricostruzione e di apologia della democrazia pluralistica⁶. In un saggio del 1922, ristampato nel 1934, Schmitt aveva sostenuto la nota tesi che «sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione», e aveva definito lo stato d'eccezione come quello in cui al detentore del potere sovrano spetta una competenza illimitata, derivante dalla sospensione dell'intero ordinamento in virtù di quel diritto supremo all'autoconservazione che gli antichi avevano espresso nella formula «salus reipublicae suprema lex esto»^[7]. Sospeso l'ordinamento delle leggi che regolano la vita normale dello stato, viene meno il diritto senza che venga meno il potere politico, inteso correttamente come il potere di prendere decisioni vincolanti per tutta la collettività nazionale ed eseguibili ricorrendo in ultima istanza alla forza, di cui il potere sovrano possiede sempre in ogni caso, anche nello stato di diritto, il monopolio. (Ma nello stato di diritto l'uso esclusivo della forza è comunque regolato dall'ordinamento giuridico inteso kelsenianamente come l'insieme delle norme che stabiliscono chi può e in quali circostanze usare la forza). Il venir meno del diritto nello stato d'eccezione significa che le decisioni politiche non possono più considerarsi giuridiche nel senso tradizionale della parola, cioè autorizzate dalla norma di una costituzione formale, l'unica norma autorizzatrice ultima e fondamentale essendo quella che, prevedendo lo stato d'eccezione, stabilisce che una volta dichiarato lo stato d'eccezione vien meno ogni limite giuridico del potere politico. Mentre la norma fondamentale di Kelsen, la cui dottrina può essere considerata come la sublimazione dello « Stato normativo» nel senso di Fraenkel, chiude il sistema in quanto ha la funzione di trasformare anche il potere ultimo, che è il potere costituente, in potere giuridico, la norma fondamentale di Schmitt, almeno in questa fase cosiddetta «decisionistica» del suo pensiero, è quella che chiude il sistema autorizzando il potere sovrano (che proprio per questo può dirsi a pieno titolo sovrano) a prendere decisioni politiche all'infuori dell'ordinamento giuridico, così giustificando quella inversione tra potere e diritto su cui si sarebbe fondata la dottrina del primato della politica sul diritto propria dello stato nazista, diametralmente opposta alla dottrina del primato del diritto sulla politica, il cui prototipo è la teoria classica del contratto sociale (il contratto è un atto giuridico) che ha servito di fondamento ai regimi liberali-democratici.

Che la dottrina schmittiana della sovranità come potere di decidere dello stato d'eccezione abbia offerto una giustificazione al regime nazista è indubbio. Nella contrapposizione enunciata e proposta da Fraenkel tra Stato normativo e Stato discrezionale è implicito il capovolgimento di questa dottrina. Può una eccezione trasformarsi senza contraddizione in regola? In altre parole, non è contraddittorio che una circostanza o una serie di circostanze valide per giustificare

[7] C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922 [che cito dalla trad. it, *Le categorie del «politico»*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 29-86].

uno stato d'eccezione siano adottate per giustificare e quindi imporre un intero regime, che è di per se stesso uno stato permanente, per trasformare l'eccezione in regola? Sin dall'antichità la dittatura, ovvero l'attribuzione di pieni poteri in caso di pericolo pubblico interno o esterno, è sempre stata considerata come una forma temporanea di governo, la cui durata è limitata alla durata dello stato d'eccezione o è preventivamente stabilita, la cui giustificazione quindi è fondata proprio sulla sua temporaneità. Sulla base del concetto tradizionale della dittatura, una dittatura permanente è una contraddizione in termini: una dittatura per essere legittima deve essere limitata nel tempo; nel momento stesso in cui diventa perpetua o comunque tende a perpetuarsi al di là del tempo prestabilito si trasforma in una forma di governo diverso, la tirannia o il dispotismo. Lo stesso Schmitt aveva distinto la dittatura costituzionale, che chiamò «commissaria», in quanto il dittatore temporaneo agisce su commissione o per incarico di chi detiene il potere sovrano, dalla dittatura costituente, cui diede il nome di «sovrana» in quanto instaura rivoluzionariamente un nuovo ordine giuridico. Ma anche la dittatura costituente è giustificata da uno stato d'eccezione, la situazione rivoluzionaria appunto, che come tale può, sì, prolungarsi nel tempo, ma non può diventare permanente senza cambiare natura: nel momento stesso in cui il governo rivoluzionario non pone più limiti alla eccezionalità dei pieni poteri, cioè al diritto di prendere decisioni al di fuori di ogni limite costituzionale, *extra* o *contro*, *legem*, non è più una dittatura ma un governo tirannico. Ma è proprio la dottrina della illimitata eccezionalità, e quindi dell'eccezione che diventa regola e diventando regola non può più valersi della giustificazione che vale per l'eccezione, ciò che caratterizza il regime nazista: uno Stato discrezionale permanente, e in quanto permanente ascrivibile non più al tipo classico e moderno della dittatura ma a quello della tirannia o del dispotismo. Che poi la continuità del regime d'eccezione possa essere stata anch'essa giustificata dalla permanenza della minaccia alla sicurezza della nazione sia interna sia esterna, dovuta all'esistenza di un nemico assoluto, il comunismo, che avrebbe tentato di travolgere l'ordine interno durante la repubblica, e ha continuato a costituire un pericolo incombente nei rapporti internazionali, mostra quanto la dottrina dello stato nazista sia un'espressione esemplare del principio della sicurezza come principio di giustificazione dell'agire politico e come criterio di giudizio in ultima istanza di ciò che è politicamente bene e male, lecito e illecito, anche se poi la politica di Hitler abbia avuto per effetto non la sicurezza ma la rovina della Germania, lasciando ai posteri il dubbio se sia il principio sbagliato o sia stato nel caso concreto applicato male.

La seconda tesi, secondo cui lo Stato normativo fu tenuto in piedi dai nazisti per salvare l'economia capitalistica, è evidentemente d'ispirazione marxistica. In una pagina autobiografica lo stesso Fraenkel racconta di essere stato indotto ad accogliere il marxismo, poi abbandonato nella seconda parte della vita, essendosi convinto dell'esattezza dell'analisi e della spiegazione che il marxismo era riuscito a dare del fascismo. Con un'autocritica che può persino apparire spietata confessa che nei cinque anni trascorsi nella Germania nazista (1933-38) non aveva saputo sempre resistere alla tentazione di impegnarsi in «una teoria dell'antifascismo orientata in forma monomaniaca verso la critica del capitalismo monopolistico»^[8]. Anche nell'analisi e nell'interpretazione del doppio Stato fraenkeliano conviene distinguere la struttura dalla funzione, e rendersi conto che un determinato organismo statale ha una certa struttura perché ha una certa funzione: ora la funzione della duplicità è quella di permettere alla classe dominante di tutelare i propri interessi attraverso la conservazione dello Stato normativo tradizionale e di schiacciare la classe dominata attraverso l'instaurazione dello Stato discrezionale. Nell'ultima parte del libro dove il tema viene ancora una volta ripreso, l'autore espone incisivamente il proprio pensiero, scopre le proprie carte con questa frase: «Per la sua salvezza il capitalismo tedesco necessita non di uno stato unitario ma di un doppio Stato, arbitrario nella dimensione politica e razionale in quella economica». Se l'ispirazione della seconda tesi è evidentemente marxistica, la principale categoria adoperata per costruirla, di cui è sufficiente spia l'espressione testé citata, «razionale nella dimensione economica», è altrettanto evidentemente weberiana. Nello stesso scritto autobiografico Fraenkel tesse l'elogio di Weber, considerato come l'autore che attraverso la lettura di *Parlament und Regierung in neugeordneten Deutschland* (*Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*), 1918, gli aveva aperto la via alla considerazione scientifica della politica^[9]: l'idea che l'economia capitalistica abbia bisogno di un sistema normativo stabile tale da consentire il calcolo razionale dei profitti e delle perdite, la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni anche a lunga scadenza, era una tipica idea weberiana che aveva trovato la sua compiuta elaborazione nella teoria del potere legale-

[8] E. FRAENKEL, *Anstatt einer Vorrede*, in *Reformismus und Pluralismus* cit., p. 25.

[9] *Ibid.*, p. 20, e cfr. lo scritto di Weber, Einaudi, Torino 1983.

razionale come la forma moderna di potere legittimo contrapposto al potere tradizionale e al potere carismatico che, se pure in diverso grado, potevano essere considerati come forme di potere, per usare la terminologia di Fraenkel, discrezionale. In sostanza, usando le categorie weberiane, lo stato nazista poteva essere interpretato come una forma mista di potere legale-razionale per quel che riguarda la sfera dell'economia e di potere carismatico nella sfera più strettamente politica. Il che appare ancor più chiaramente in un articolo che Fraenkel aveva scritto nel 1937, quando era ancora in Germania, nel quale aveva anticipato le tesi del libro che scriverà qualche anno più tardi negli Stati Uniti: *Das Dritte Reich ah Doppelstaat (Il Terzo Ketch come doppio Stato)*. Nel quale, richiamandosi direttamente a Weber, sostiene che «non a caso in Germania aveva potuto svilupparsi accanto all'apparato tecnico dello stato una forma particolare dello stato politico fondato sul principio del Führer» ^[10].

Nelle ultime pagine Fraenkel utilizza anche la distinzione introdotta da Mannheim tra razionalità sostanziale e razionalità funzionale, osservando che l'ordinamento giuridico del Terzo Reich, dopo che l'economia capitalistica è venuta sempre più perdendo la sua razionalità sostanziale, dimostra la più completa razionalità funzionale nel regolarla e nel sottoporla ai propri fini di potenza che vengono perseguiti nella più completa irrazionalità politica, e ridefinisce il doppio Stato sinteticamente come «nocciolo razionale in un involucro irrazionale».

Nell'ultima parte Fraenkel si pone il problema storico se il doppio Stato non abbia avuto precedenti nella storia costituzionale tedesca. In realtà il tema del doppio Stato è sempre esistito, almeno a cominciare dalla stessa formazione dello stato moderno, e va ben al di là della storia della Germania. Pur comprendendo i limiti imposti all'autore dal tema, che è tema di storia tedesca, sarà bene non dimenticare e richiamare qui di sfuggita che la storia costituzionale inglese è dominata dalla distinzione, così ben delineata e ricostruita da McIlwain, tra *gubernaculutn* e *iurisdictio*, cioè tra il potere di governo propriamente detto che ubbidisce a criteri di opportunità, e il potere di rendere giustizia che viene esercitato in conformità delle leggi del paese: una distinzione che corrisponde a quella scoperta o meglio riscoperta da Fraenkel nella interpretazione dello stato nazista. Ma anche nei paesi, che a differenza dall'Inghilterra, sono arrivati tardi al regime parlamentare, l'innesto di un'assemblea legislativa legittimata dal basso in uno stato burocratico organizzato secondo il principio gerarchico, ripropone il problema di due stati posti l'uno accanto all'altro e non mai completamente congiunti in unico organismo. Fraenkel si limita a distinguere il doppio Stato dallo stato dualistico, caratteristico dello stato di ceti in cui ogni atto sovrano del re è concordato coi rappresentanti degli ordini. Lo stato dualistico, se mai, si potrebbe a questo punto aggiungere, sarebbe un antecedente storico non del doppio Stato, ma dello stato pluralistico contemporaneo in cui ogni decisione politicamente rilevante è il risultato di trattative tra gruppi di potere, di cui il potere di governo costituisce spesso soltanto una delle parti.

Per quel che riguarda in particolare la storia tedesca, la monarchia assoluta, secondo Fraenkel, non sarebbe mai riuscita in Germania a unificare l'ordinamento statale, com'era avvenuto invece in Inghilterra attraverso il compromesso stabile tra re e parlamento: nella Prussia assolutistica la duplicità rimase nella coesistenza di un ordinamento regolato giuridicamente e di un ordinamento orientato verso fini politici, e nonostante il tentativo fatto dal dispotismo illuminato di superare il dualismo, lo stato di polizia continuò ad avere la supremazia nei riguardi del sopravveniente stato di diritto. Solo alla fine della prima guerra mondiale, col clamoroso crollo dello stato-potenza, la costituzione di Weimar sarebbe stata il primo tentativo nella storia tedesca di superare il doppio Stato. Ma la rinascita del doppio Stato nella crisi di Weimar e con l'avvento del regime nazista starebbero a dimostrare quanto poco fossero radicate nella storia costituzionale tedesca la teoria e la pratica dello stato di diritto. Tra gli anticipatori della tesi del doppio Stato Fraenkel menziona Emi! Lederer, che di fronte alla introduzione della legge marziale dei primi anni di guerra aveva sostenuto che lo stato moderno ha una doppia natura, essendo l'esercito, specie durante lo stato di guerra al di fuori della costituzione, ed abbozzato la tesi della compresenza di Stato normativo e Stato discrezionale sotto specie della distinzione, ben nota del resto a tutta la tradizione del diritto pubblico tedesco, tra *Machtsstaat* e *Rechtsstaat* ^[11]. Si potrebbe così interpretare la storia del doppio Stato come la storia della resistenza opposta dallo stato-potenza all'affermazione dello stato di diritto: in certi momenti lo stato-potenza appare come una sopravvivenza del passato destinata a scomparire; in altri riafferma la propria supremazia e lo stato di diritto viene conservato nei limiti in cui può ancora

^[10] Questo articolo, pubblicato in più puntate, in «Sozialistische Warte», XII, 1937, pp. 41-44, 53-56, 87-90, sotto lo pseudonimo di Conrad Jurgens, è stato ripubblicato nella raccolta, più volte citata, *Reformismus una Pluralismus*, pp. 225-40, dal quale traggio la citazione.

^[11] E. LEDERER, *Zur Soziologie des Weltkrieges*, in «Archiv für Sozialwissenschaft», xxxix, 1915, p. 359.

esplicare un'utile funzione in un settore ben delimitato della vita sociale, come il diritto privato. I momenti in cui lo stato-potenza riafferma la propria supremazia sono i momenti di grave crisi interna o internazionale. In generale, non solo in Germania (si pensi alla storia inglese durante l'era dell'imperialismo britannico e agli Stati Uniti di oggi) lo stato-potenza è destinato a sopravvivere nei rapporti internazionali anche nei paesi dove, nei rapporti interni, lo stato di diritto ha vinto.

In questo senso la tematica del doppio Stato è stata ripresa recentemente da Alan Wolfe in un'opera di forte impegno intellettuale e politico, *The Limits of Legitimacy* (1977), ove la tesi del doppio Stato (*the dual State*) viene introdotta per spiegare la contraddizione insita nel sistema politico degli Stati Uniti, che è democratico e costituzionale all'interno e imperialistico all'esterno, e a sua volta riproposta sotto forma di contrapposizione tra governo visibile e governo invisibile, attraverso la citazione da un *bestseller* americano del 1964, nel quale si legge: «Ci sono due governi negli Stati Uniti, oggi. Uno è visibile. L'altro è invisibile. Il primo è il governo di cui i cittadini leggono sui giornali, e che i bambini studiano sui testi scolastici. Il secondo è la sincronizzata, nascosta macchina che ha gestito la politica degli Stati Uniti nella guerra fredda»^[12]. Anche se la distinzione tra governo visibile e invisibile non corrisponde esattamente alla distinzione di Fraenkel tra Stato normativo e Stato discrezionale, sta di fatto che in ogni stato democratico, che è lo stato del governo visibile per eccellenza, il potere politico puro che non ubbidisce ad altro principio che a quello della sicurezza e della potenza, è costretto a nascondersi, per raggiungere i propri fini, e a invocare gli *arcana imperii*. La differenza tra il doppio Stato di un governo autocratico e quello di un governo democratico sta nel fatto che nel primo il potere politico puro è non solo manifesto ma anche esaltato, nel secondo, quando c'è (ma c'è), vive sotto forma di potere occulto.

Ci si può domandare alla fine se non sarebbe stato più corretto e più semplice parlare, anziché di doppio Stato, di due facce dello stato, una coperta dal diritto, l'altra aperta all'esercizio del potere puro, due facce dello stato che si ritrovano in diversa misura e in diverso grado in ogni sistema politico. Indipendentemente dalla formulazione, il tema peraltro è uno di quelli che anche la teoria del governo democratico farebbe bene a non trascurare. Maggiore sorpresa, se mai, può suscitare il fatto che Fraenkel abbia continuamente sfiorato ma non mai affrontato in pieno l'antitesi classica che attraversa tutta la storia del pensiero politico dall'antichità ai giorni nostri, tra governo delle leggi e governo degli uomini^[13]. Per sottolineare l'importanza della quale basterebbe questo brano delle *Leggi* di Platone: «Ho qui chiamati servitori delle leggi quelli che ordinariamente si chiamano governanti, non per amore di nuove denominazioni, ma perché ritengo che da questa qualità dipenda soprattutto la salvezza o la rovina della città. Difatti dove la legge è sottomessa ai governanti ed è priva d'autorità, io vedo pronta la rovina della città; dove invece la legge è signora dei governanti e i governanti sono suoi schiavi, io vedo la salvezza della città e accumularsi su di essa tutti i beni che gli dei sogliono largire alla città»^[14]. Delle due caratteristiche dello stato di diritto, sulle quali mi sono soffermato all'inizio, il potere *sub lege* e il potere *per legem*, la distinzione di Fraenkel tra Stato normativo e Stato discrezionale sottolinea forse maggiormente la seconda, la distinzione classica, tra governo delle leggi e governo degli uomini, tra decisione vincolata e come tale impersonale e decisione non vincolata e come tale personale, sottolinea soprattutto la prima.

Quando Aristotele afferma che il governo delle leggi è migliore del governo degli uomini perché le leggi non hanno passioni, vuol dire proprio questo, che il vincolo delle leggi impedisce al governante di ubbidire alle proprie inclinazioni e quindi di decidere in base alle proprie preferenze personali. S'intende che anche questa antitesi, come tutte le antitesi troppo nette, non è in grado di dare una rappresentazione adeguata della realtà. Il governo delle leggi non è mai riuscito a soppiantare del tutto il governo degli uomini, e viceversa. Ad ogni modo è anch'essa una conferma dell'interesse non occasionale che può avere per una teoria generale della politica il tema delle due facce dello stato o, se si vuole adottare l'espressione di Fraenkel, del «doppio Stato».

NORBERTO BOBBIO - Ottobre 1983.

[12] Cito dalla traduzione italiana: A. WOLFE, *I confini della legittimazione. Le contraddizioni politiche del capitalismo contemporaneo*, De Donato, Bari 1981, p. 271. Il brano citato è tratto da D. WISE - TH. ROSS, *The In-visible Government*, New York 1974, p. 3.

[13] Vi accenna soltanto nell'articolo *Rule of Law in einer sich wandeln-den Welt* (1943-44), ristampato in *Reformismus und Pluralismus* cit, pp. 258-74, richiamandosi alla dottrina di Harrington, secondo cui ogni governo civile deve esprimere il dominio del diritto e non il dominio degli uomini. Su questo tema rinvio al mio articolo *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in «Nuova Antologia», cxviii 1983, fasc. 2154, pp. 135-52.

[14] PLATONE, *Le leggi*, 715 d.