

# DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - Vol. 1 (2019)- . - Pisa : Pisa university press, 2019-  
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a  
peer review secondo  
il protocollo UPI

© Copyright 2019 by Pisa University Press srl  
Società con socio unico Università di Pisa  
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503  
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa  
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945  
press@unipi.it  
www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3339-217-2

layout grafico: 360grafica.it  
impaginazione: Ellissi

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

**Direttore**

Tommaso Greco

**Comitato di direzione**

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuategui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerobosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

**Consiglio scientifico**

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Claudio Palazzolo, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Gianfrancesco Zanetti, Giuseppe Zaccaria

**Comitato dei referees**

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado del Bo, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Andrea Porciello, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli.

**Redazione**

Paola Calonico, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi.

**Sede**

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

---

Condizioni di acquisto:

Fascicolo singolo € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento:

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050-2212056

Fax 050-2212945

Mail: [press@unipi.it](mailto:press@unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)



# Indice

*Presentazione* ..... 7

## **Transizioni**

a cura di Alberto Andronico e Tommaso Greco

*La “transizione”: uno strumento metastoriografico?*  
Pietro Costa ..... 13

*La Conquista del Nuevo Mundo y la transición a la modernidad*  
Antonio Enrique Pérez Luño ..... 43

*Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito*  
Stefano Pietropaoli ..... 83

*Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito*  
Massimo La Torre ..... 107

## **Saggi**

*Alcuni aspetti problematici di una nozione contemporanea  
di storia della filosofia del diritto*  
Gianfrancesco Zanetti ..... 147

*Reali presenze*  
Salvatore Amato ..... 159

*Montesquieu e la pena di morte*  
Tommaso Gazzolo ..... 191

## **Note e discussioni**

*Su Cicerone filosofo del diritto*  
Giorgio Ridolfi ..... 217

<i>Per una biografia culturale di Norberto Bobbio</i>	
Claudia Atzeni.....	237

### **Archivio**

<i>La giustizia platonica (1933)</i> , a cura di G. Ridolfi	
Hans Kelsen.....	257

# IL CONVITATO DI PIETRA. CARL SCHMITT COME MONTO\*

Massimo La Torre

## *Abstract*

Carl Schmitt's ideas have experienced an unexpected revival especially in Continental European debates. And after the German and Latin intellectual world it is now Anglo-American culture that seems to be fascinated by this controversial author. For several years after the second world war his name was hardly mentioned in academic research. His views were not yet seen as admissible into the academic debate. This attitude of suspicion did change at the end of the Seventies of last century, once the grand theories and the strong narratives about politics were crumbling down. A surrogate of Marxist critique was looked for, and this was to be found in Schmitt's cynicism reinterpreted as a radical form of debunking and deconstruction. However, though Schmitt was not explicitly mentioned in the debate about power and law for a couple of decades after 1945, his figure emerges so to say *a contrario* in a few fundamental contributions to political and legal theory, especially when the case of Totalitarianism is discussed. But his presence is much deeper in such debates. My article tries to show that some of most interesting political and legal theory of the post-war world was a sort of showdown, a reckoning with Schmitt's ideas. His figure in post-war legal and political theory is like indeed that of a stone guest.

## *Keywords*

Power; Law, Friend/Enemy; Democracy; Carl Schmitt; Post-war legal and political theory.

---

\* Una prima versione di questo testo è stata presentata come relazione al Congresso "Populismo Global – Laboratorio Weimar: La crisis de la primera globalización en Euroamérica (1918-1933)", tenutosi alla Universidad Complutense di Madrid, presso la Facoltà di Filosofia, dal 13 al 15 novembre 2017.

## 1. Una inquietante tacita presenza

Se la fortuna dell'opera di Carl Schmitt è stata rilevante fino al termine della seconda guerra mondiale, terminata questa, ed una volta rivelato nelle sue proporzioni apocalittiche l'orrore dell'olocausto nazista, del giurista tedesco si preferisce tacere. Ci si vergogna a pronunciare il suo nome ed a riferirsi in maniera esplicita alla sua opera. Se ne parla poco. Bisognerà aspettare la fine degli anni Settanta perché si abbia una rinascita dell'interesse per il suo pensiero. Nondimeno v'è una presenza silenziosa, sussurrata potrebbe dirsi, delle idee di Schmitt in molta teoria politica del secondo dopoguerra, là dove si riflette, sia pure in modo indiretto, sulla catastrofe delle democrazie negli anni Trenta.

Si produce pensiero politico a partire dal 1933, e soprattutto a partire dal 1945, dietro il quale si intravede di maniera abbastanza nitida il profilo del giurista tedesco, che ora si staglia come monito. Le sue tesi servono ad ammonire su dove sia rischioso ed anzi talvolta illecito avventurarsi. Vi è così una serie di autori importanti che sviluppano la loro ricerca e le loro idee con lo sguardo fisso in Schmitt, per confutarlo o per contrapporgli un paradigma alternativo della politica e del diritto, anche là dove non lo si menzioni. La critica rimane sotterranea.

Si prenda per esempio l'opera di Hans Kelsen. Nel dopoguerra ci sono due terreni sui quali il giurista austriaco direttamente si incontra e scontra con Schmitt, al di là di quello già assai evidente, però ora in certa misura superato, della giustizia costituzionale. Tanto nella costituzione repubblicana italiana del 1948 come nel *Grundgesetz* del 1949 la "custodia" dell'ordinamento costituzionale è affidata ad un organo giurisdizionale supremo piuttosto che al capo dell'esecutivo. Su questo terreno Kelsen dunque sembra aver vinto.

Tra i due protagonisti della dottrina politica e giuridica di Weimar (si ricordi tra l'altro la definizione antidecisionista ed anticarismatica, oggi diremmo antipopulista, di democrazia offerta allora da Kelsen, come

regime che in via di principio rifiuta il “capo”, il *leader*)<sup>1</sup>, l’esito della lotta rimane però incerto in almeno altri due àmbiti. Si tratta in primo luogo della tradizionale controversia sulla natura del diritto internazionale, dove ora si vuole affermare un principio di responsabilità individuale oltreché statale. E poi di un nuovo àmbito di scontro nel quale si ripropone la questione della secolarizzazione, ed in ispecie la primazia della teologia politica come fonte ideologica e legittimante dello Stato moderno. Kelsen rigetta l’idea che i concetti politici e giuridici moderni siano di origine teologica o religiosa. Il giurista viennese elabora una tesi molto radicale, simile per certi versi a quanto negli stessi anni viene affermando in Italia Guido Fassò nel suo libro *Cristianesimo e società*<sup>2</sup>, ed anche vicina a idee che circolano negli studi di Hannah Arendt.

La tesi di Kelsen grosso modo è la seguente. I concetti moderni della politica e del diritto non sono di derivazione cristiana, per la semplice ragione che il cristianesimo non ha nessuna teoria sostanziale dell’ordine societario e dunque nemmeno del diritto. Nel cristianesimo tutto è diretto dall’aspirazione dell’*ut unum sint*, vale a dire dall’attesa dell’incontro e dalla fusione del sé del credente con Dio. Non vi è una specifica indipendente attenzione al *saeculum*, al mondo; non vi si rinviene nessun *amor mundi* – direbbe Hannah Arendt. L’atteggiamento esistenziale fondamentale è quello dell’*attesa*. Si tratta qui della speranza della fine del mondo, irrimediabilmente corrotto, del suo collasso; è questo motivo escatologico il motore del cristianesimo, ed anche la spiegazione della sua compassione per la vicenda umana. Nell’attesa di riunirsi con Dio per il cristiano la sfera pubblica e le sue regole non meritano un’attenzione o un’approvazione particolare. La città di Dio non è retta dal diritto positivo, e chi se ne sente partecipe non può che qui ed ora

---

<sup>1</sup> «Die Idee der Demokratie entspricht *Führerlosigkeit*» (H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. (1929), Reclam, Stuttgart 2018, p. 106; rendo col corsivo lo spaziato del testo).

<sup>2</sup> I ed., Giuffrè, Milano 1955; II ed., Giuffrè, Milano 1969.

assumere l'atteggiamento dell'estraneo. «Nec ulla nobis magis res aliena quam publica», dice Tertulliano.

Almeno a partire dal 1945 Gustav Radbruch prende distanza dalla sua precedente posizione giuspositivista e neutralista in teoria del diritto. Questa distanza si percepisce già bene nelle sue lezioni dell'autunno 1945, una volta riassegnatagli la cattedra all'Università di Heidelberg. Il diritto ora è visto come niente affatto relativo o neutrale. Giacché in questo il valore della giustizia si rivela indipendente da quello della positività, e la giustizia prevale sul valore della certezza giuridica, là dove tale certezza se rispettata producesse una intollerabile ingiustizia. Radbruch aggiunge che questa relativa primazia del giusto sul positivo, e sul certo, è parte fondamentale della tradizione giuridica europea. Dello *jus publicum europaeum* si offre pertanto, contro la tesi di Schmitt, una immagine moralizzata, niente affatto neutrale. Il diritto positivo europeo, a dispetto di ciò che sostiene Schmitt, è proprio il contrario di una normatività senza moralità.

Franz Neumann si distingue tra gli autori che tra i primi reagiscono contro la proposta di Schmitt e il collasso politico e morale della Repubblica di Weimar. Lo fa in maniera puntigliosa nella sua tesi di dottorato sulla *rule of law* diretta da Harold Laski alla *London School of Economics*<sup>3</sup>. Neumann ora afferma le virtù della legge generale e astratta e le contrappone ai vizi della decisione contingente. Non c'è potere giuridico, potere secondo il diritto, e potere che produce diritto, se non dentro il recinto dell'impero della legge. E soprattutto senza impero della legge non si dà quella uguaglianza di diritti che risulta fondamentale per una democrazia. Contro il decisionismo, l'antinormativismo e l'antiegualitarismo di Schmitt, Neumann riafferma il valore della legge uguale per tutti. Di conseguenza deve poter prendere distanza anche da ogni forma di positivismo scettico secondo cui la norma come tale

---

<sup>3</sup> Vedi F.L. Neumann, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in the Modern Society*, Berg Publishers, London 1985.

non sarebbe conoscibile e il normativo si ridurrebbe interamente al suo momento interpretativo o applicativo.

Tuttavia, in un secondo momento, a partire dal 1945, Neumann aggiunge due altre tesi alla sua riconsiderazione del valore della legge positiva. Riconosce che la legge non è sufficiente, rimanendo nondimeno necessaria, per la limitazione del potere politico. Si richiede un intervento sulle istituzioni, e sul contesto sociale di sfondo, oltreché sulla forma del diritto. C'è necessità della divisione del potere politico, della sua separazione in distinte e grosso modo indipendenti funzioni ed istituzioni, e bisogna affidarsi altresì al pluralismo della società. All'antipluralismo di Schmitt, alla sua ontologia sociale monista, Neumann contrappone un pluralismo assai elevato, articolato secondo un regime ricco di partiti politici e sindacati. Neumann inoltre, ancora una volta contro Schmitt, ma anche mi pare contro certo diffuso compiacimento della socialdemocrazia e contro le emergenti tesi dell'ordoliberalismo, sottolinea che, anche se l'economia fosse nazionalizzata, statalizzata, o regolata mediante organi statali (cosa che in certa misura difendono tanto i socialdemocratici quanto gli ordoliberali), la questione operaia o del lavoro, o detto altrimenti delle libertà sociali, o se si preferisce della "costituzione economica", non sarebbe ancora risolta.

L'operaio, nel quadro di una struttura di produzione parcellizzata e nondimeno gerarchica, seppure "socializzata" dallo Stato o regolata dalle sue agenzie, non può considerarsi padrone del suo lavoro. E nemmeno potrebbe sostenersi che la condizione di consumatore o imprenditore possa rimpiazzare quella di operaio o lavoratore, di maniera che l'economia si costituzionalizzi semplicemente mediante il mercato e i suoi meccanismi di libera concorrenza e formazione dei prezzi. La libera formazione dei prezzi o il controllo statale della produzione non liberano, non costituzionalizzano, la condizione operaia. I termini e l'organizzazione del lavoro rimangono sottratti alla partecipazione del lavoratore. Di maniera che si rende allora necessario il ricorso alla lotta di classe; questa non si può ignorare e va dunque articolata ed integrata all'interno del regime democratico. La conflittualità operaia – sostiene Neumann negli anni Cinquanta dello scorso secolo – è una forma ulte-

riore, e necessaria, per evitare un potere politico dai tratti dispotici, la quale deve accompagnare il meccanismo istituzionale della separazione dei poteri. Lo Stato di diritto, per sorreggersi, deve proiettarsi come Stato sociale, tesi aborrita da Schmitt negli anni Venti, e questo, lo Stato sociale, non può che alimentarsi della conflittualità di classe che va mantenuta. Lo Stato sociale non risolve il conflitto operaio né deve farlo, né può pensarsi come “totale” (*contra* Schmitt ancora), se vuole rappresentarsi come espressione radicale di un regime democratico.

Neumann, infine, anticipando Herbert Hart e per certi versi ricollegandosi a Gustav Radbruch, sviluppa la tesi del “contenuto minimo di diritto naturale” del diritto positivo. Questo “contenuto minimo” costituirebbe il riferimento sostanziale necessario dell’impero della legge. La generalità di questa offrirebbe un principio di uguaglianza, un criterio materiale di non discriminazione, vale a dire una soglia di normatività forte che la norma positiva dovrebbe poter sempre superare.

Sappiamo che Hermann Heller muore a Madrid nel novembre del 1933. Ha avuto ben poco tempo per reagire teoricamente al naufragio della Repubblica di Weimar. E lo fa in un’opera, che rimane incompleta, la *Staatslehre* del 1934, curata dal suo discepolo Gerhard Niemeyer. In questa opera, di respiro sistematico, Carl Schmitt è menzionato ripetutamente. Sembra anzi una presenza quasi palpabile. È l’oppositore della democrazia che ora sembra trionfare. Ed è allora in senso antidecisionista che Heller riconsidera la sua teoria del diritto e dello Stato. Anche il suo precedente antiformalismo si riduce in maniera sensibile. Ed al di là della prescrizione del sovrano appare una nuova entità giuridica, i principi fondamentali del diritto, ai quali si attribuisce un ruolo da protagonisti nella formazione ed interpretazione del diritto positivo.

Nel 1933 Hannah Arendt anch’essa ha dovuto esiliarsi dalla Germania. E la sua ricerca teorica dovrà attendere quasi vent’anni per manifestarsi in tutta la sua forza ed ampiezza. La sua riflessione sul totalitarismo la pone necessariamente dinanzi al pensiero di Schmitt. Da questo potrebbe sembrar derivare il suo profondo sospetto verso la categoria di diritti umani che non intrattengano diretta relazione con lo status di cittadino e con la titolarità e pratica dei diritti politici. L’“u-

manità” proclamata all’interno del discorso giuridico le appare una anticamera dell’essere umano senza protezione giuridica effettiva, vittima facile d’ogni abuso del potere politico. Per la filosofa tedesca è la cittadinanza a garantire e costituire il “diritto ad avere diritti”, non la mera soggettività giuridica<sup>4</sup>. Una soggettività che prescinda dalla reale partecipazione alla sovranità di un ordine politico effettivo le risulta una nozione ipocrita e manipolatrice.

D’altra parte, Arendt propone una concezione del potere politico per la quale il decisionismo antipluralista è considerato come atteggiamento radicalmente antipolitico (ci sono gli uomini al plurale, non l’uomo al singolare – ama ripetere). E del diritto inoltre ci offre una riconcettualizzazione in termini di regole costitutive, non regolative o imperative. Il diritto è – ci dice – qualcosa, non un artefatto, bensì una *pratica*, non “opera”, ma “azione”, che è diretta da una razionalità non strumentale. E questa, per la sua intrinseca razionalità comunicativa, rimane ben lontana dal situazionismo o dall’occasionalismo che sembra il motivo ricorrente del pensiero giuridico di Schmitt.

## 2. Contro la “teologia politica”

La grande fortuna dell’opera di Schmitt è abbastanza recente. Su di essa vi è una cappa di imbarazzato silenzio almeno fino agli anni Settanta dello scorso secolo. Con la sola eccezione forse, eccezione di certo importante, del mondo intellettuale della Spagna di Franco, di modo che c’è chi si è arrischiato a definire il giurista tedesco un “pensatore spagnolo”<sup>5</sup>. La svolta si dà probabilmente agli inizi degli anni Ottanta, propiziata in gran misura dalla crisi della teoria marxista dello Stato e dall’esaurimento delle “Trente glorieuses”, della lunga ondata socialdemocratica iniziata col *New Deal*. Dinanzi alla decadenza dello Stato

---

<sup>4</sup> Vedi H. Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, in «Die Wandlung», IV, 1949, pp. 754-770.

<sup>5</sup> Cfr. M. Saralegui, *Carl Schmitt pensador español*, Trotta, Madrid 2016.

sociale e del suo ideale di democrazia partecipativa si ricorre così, curiosamente, a due autori che, pur in misura diversa, appartengono entrambi al campo conservatore: a Niklas Luhmann, ma soprattutto a Carl Schmitt. In Italia, per esempio, un caso paradigmatico di questo nuovo clima è offerto dagli studi di Danilo Zolo, che adopera in maniera libera e spregiudicata entrambi tali autori per la ricostruzione di una teoria critica del diritto e dello Stato<sup>6</sup>.

In ogni caso il pensiero di Schmitt è molto presente nella teoria che riflette sulla catastrofe della democrazia degli anni Venti e Trenta. In certa misura – questa è la mia tesi principale qui – la teoria politica del dopoguerra, a partire dal 1945, e persino prima, a partire dal fallimento della Repubblica di Weimar, si costruisce *a contrario* come confutazione dell'opera di Schmitt. Questo, Schmitt, è il convitato di pietra in ogni discussione rilevante sullo Stato, la politica, e l'ordine giuridico internazionale. Non lo si nomina il più delle volte, ma lì si taglia inquietante la sua ombra.

C'è tanta teoria a partire dal 1933, ma specialmente a partire dal 1945, dietro la quale dunque può intravedersi il profilo di Schmitt. L'evocazione di questo, esplicita o implicita che sia, serve come monito. Là dove si proietta la sua figura, là dove si erge, è come se un cammino si chiudesse. Lì dove lo si veda, lì dove si muove comodamente, quello è un territorio per il quale non bisogna passare. Quella strada va evitata; ci è preclusa. Ciò vale per una serie di ricerche e di studi. Ma ciò può affermarsi specialmente dell'opera di cinque autori che pensano muovendo dal tragico fallimento della Germania di Weimar.

Questi sono, ma l'ho già anticipato, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Franz Neumann, Hermann Heller e Hannah Arendt. I primi quattro sono giuristi che hanno conosciuto personalmente Schmitt, ci hanno parlato, hanno avuto dibattiti e vere e proprie controversie e lotte con

---

<sup>6</sup> Si legga, a testimonianza di tale percorso, D. Zolo, *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milano 1996.

quello, negli anni di Weimar, com'è il caso specialmente di Kelsen e Heller, o che anche lo hanno ammirato, come sembra il caso specialmente di Heller e Neumann. Il cosiddetto *Preußenschlag*, la sospensione per decreto presidenziale della autonomia del *Freistaat* di Prussia, è forse il momento più drammatico di tali relazioni e controversie<sup>7</sup>.

Com'è noto, nel giudizio dinanzi allo *Staatsgerichtshof* di Lipsia Schmitt e Heller si incontrano e si scontrano come avvocati di parti contrapposte. Schmitt è l'avvocato del governo del Reich, del suo amico Franz von Papen, Cancelliere del Reich, mentre Hermann Heller è l'avvocato del governo regionale prussiano, di Otto Braun, Presidente dello Stato Libero di Prussia. Ed è lì dove in dibattito Heller allude a Schmitt come ad una sorta di lupo incaricato di proteggere un gregge di pecore (o letteralmente, nella frase fatta tedesca impiegata, come un caprone messo a fare il giardiniere), nel momento in cui si propone come custode d'una costituzione che invero si vuole condurre alla rovina<sup>8</sup>.

Comincio con l'esaminare il caso di Kelsen. Questi è in certa misura il teorico del processo di Norimberga, colui che ne offre l'anticipazione concettuale, specialmente col libro *Peace Through Law* del 1944<sup>9</sup>. In questo testo si vuole presentare un diritto internazionale denso, nel quale la guerra possa essere oggetto di norme giuridiche di maniera che si possa determinare la sua correttezza normativa, vale a dire la legalità della guerra medesima, tesi che si scontra frontalmente con l'idea di Schmitt per cui lo *jus publicum europaeum*, la tradizione giuridica europea continentale, contemplerebbe come attributo della sovranità statale un assoluto *jus ad bellum*. Sappiamo che è questo punto quello che ossessiona lo Schmitt critico del Trattato di Versailles, documento che in un articolo stabilisce la "colpa" del *Reich* tedesco come responsabile del primo conflitto mondiale. Schmitt poi ampliarà la sua prospettiva

---

<sup>7</sup> Documenti e verbali di quel processo sono raccolti in *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, con prefazione di A. Brecht, Dietz, Berlin 1933.

<sup>8</sup> Vedi *ivi*, p. 470.

<sup>9</sup> The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1944.

antinormativa allorché negli anni del regime nazista elabora una trama teorica rispetto al diritto internazionale, svincolato da ogni principio stringente di legalità, al fine di fornire una base giuridica al nuovo *Großbraumordnung* dell'impero hitleriano dopo il 1940. Né lo Schmitt del dopoguerra cambierà d'opinione sul punto; si rigetterà anzi ogni responsabilità tedesca persino per ciò che riguarda la seconda guerra mondiale e i crimini commessi in questa. Se Kelsen vuole dare legittimità ad un tribunale internazionale che giudichi sui crimini di guerra del regime hitleriano, Schmitt ostinatamente si nega a fare questo passo, ed invece lo interpreta solo come "giustizia del vincitore"<sup>10</sup>.

Kelsen – è noto – si muove nella direzione contraria. A suo avviso l'ordine giuridico internazionale non è privo di pretesa di giustizia. La sua fatticità non è assoluta e di per sé sempre produttiva di validità. Il *nomos* della terra non è qualcosa che si possa dare senza rinviare a elementi forti di uguaglianza e di forte normatività. La sovranità secondo Kelsen – è noto – è dissolta nella vigenza dell'ordine normativo, di modo che lo stato d'eccezione è sempre riassorbito nel sistema normativo, e lo conferma. Qui non v'è nessun miracolo che interrompa la legalità ordinaria dei fatti giuridici. Mentre per Schmitt la sovranità equivale alla capacità di operare il miracolo di produrre il diritto infrangendolo. Il diritto secondo Kelsen è un prodotto puramente secolare, e, se si vuole, prosaico. Non abbisogna di nessuna manifestazione *extra ordinem* e, per così dire, soprannaturale, per vedersi confermata la sua sovrana natura. Inoltre, ma ciò è meno noto, perché un po' sotterraneo, e per certi versi quasi rinnegato dallo stesso Kelsen, il giurista viennese lavora quindici anni, i suoi ultimi anni produttivi, per dimostrare l'inanità, il vuoto teorico, di un'altra tesi assai popolare di Schmitt, vale a dire che i concetti fondamentali della politica della modernità sono di origine religiosa, teologica.

---

<sup>10</sup> Com'è esemplarmente il caso in C. Schmitt, *Ex captivitate salus. Erinnerungen der Zeit 1945/47*, Greven Verlag, Köln 1950.

L'ultimo grande libro di Kelsen è *Secular Religion*, opera però che lo studioso austriaco ritira dalla circolazione quando è già in stampa. Ne riceve le bozze, ma decide di non pubblicare il libro, e per riuscirci dovrà indennizzare l'editore. Il libro si pubblicherà solo cinquanta anni più tardi, a cura dello *Hans Kelsen Institut* di Vienna<sup>11</sup>, e di esso sono ora disponibili tanto una edizione italiana quanto una versione in lingua spagnola. In *Secular Religion* l'obiettivo polemico diretto sono le tesi di Erich Voegelin (Eric senza acca dal suo soggiorno americano). Tuttavia, pare abbastanza plausibile che un altro avversario li considerato, questa volta occulto, sia l'autore della *Politische Theologie*, Carl Schmitt. La posizione di Kelsen è radicale: la politica non può derivare dalla teologia, in particolare da quella cristiana, giacché il cristianesimo è profondamente apolitico, in considerazione del fatto che la politica presuppone un mondo pienamente disponibile per gli esseri umani.

Un filosofo del diritto che dice qualcosa di simile è il professore bolognese Guido Fassò, il quale nel suo bel libro *Cristianesimo e società* pubblicato nel 1956 intende dimostrare, e lo fa con gran maestria e una profonda conoscenza della patristica, che il cristianesimo, il quale proclama verità *ut unum sint*, e si fonda su una ontologia ed una mistica monista, non può sviluppare autonomamente nessuna teoria della società e del diritto, giacché società e diritto non possono pensarsi da un siffatto assoluto monismo. Diritto e società presuppongono una pluralità irriducibile di entità e di soggetti nel mondo, e di relazioni tra questi, di maniera che non possono costruirsi concettualmente senza operare da una qualche prospettiva di pluralismo delle esperienze e delle verità, e senza altresì mettere in gioco la rivendicazione di una qualche bontà di tale pluralismo, della sua giustificazione normativa. Così che lo gnosticismo che Voegelin rimprovera alla modernità ed al suo pensiero

---

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, edizione rivista, Verlag Österreich, Wien 2017.

politico<sup>12</sup> più plausibilmente, questa pare la tesi centrale di Kelsen in *Secular Religion*<sup>13</sup>, dovrebbe ascriversi alla grande escatologia del cristianesimo che rappresenta il cuore del suo atteggiamento esistenziale.

Male e bene sono mescolati, secondo Kelsen, e per il punto di vista del diritto, non nel senso che non si possa distinguere il giusto dall'ingiusto, bensì per il fatto che non c'è l'Assoluto, il punto di fusione dell'esistenza individuale in un tutto che gli offre giustificazione, vale a dire nel senso che una medesima condotta individuale può essere giusta o ingiusta a seconda delle relazioni che essa intrattiene con gli interessi vitali di altri esseri umani individuali. Kelsen dunque difende una posizione assolutamente antignostica, e questa egli ritiene sia quella del diritto e ancor più di quello della modernità. Lo gnosticismo invece, nonostante ciò che ne dice Voegelin, sembra costituire un esito più o meno necessario della teologia cristiana. D'altra parte, cos'è la relazione di assoluta esistenziale incompatibilità di amico e nemico, che a parere di Schmitt costituirebbe l'essenza della dimensione politica, se non gnosticismo solo appena secolarizzato?

### 3. Diritto naturale minimo

Gustav Radbruch è noto per la sua *Rechtsphilosophie*, la cui edizione più matura e completa è del 1932, un anno appena prima del 1933, data fatidica. Qui nel terzo capitolo ritroviamo questa affermazione: «Il diritto per sua natura ha una pretesa di giustizia. La giustizia nondi-

---

<sup>12</sup> Vedi in particolare E. Voegelin, *The New Science of Politics. An Introduction*, The University of Chicago Press, Chicago 1953, pp. 107 ss. Nel 1954 Kelsen, già prima di *Secular Religion*, aveva fatto il libro di Voegelin oggetto di una dettagliata analisi critica (vedi ora H. Kelsen, *A New Science of Politics*, a cura E. Arnold, Ontos Verlag, Frankfurt am Main 2004).

<sup>13</sup> In merito mi permetto di rimandare a M. La Torre, C. Garcia Pascual, *Prólogo*, in H. Kelsen, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones"*, tr. castigliana di M. Abella Martínez, Trotta, Madrid 2015.

meno esige la generalità della legge, l'uguaglianza dinanzi alla legge»<sup>14</sup>. Questa tesi, in maniera abbastanza netta, è diretta a confutare qualsiasi posizione decisionista, antinormativa ed antiugualitaria. È Schmitt qui che sta nel punto di mira.

Per Radbruch, comunque, la giustizia del diritto è un valore *prima facie* secondario rispetto a quello della certezza giuridica. Così lo si presenta nella *Rechtsphilosophie* del 1932. La tesi è positivista, e riconnette sovranità, legittimità e validità. Il positivismo che qui si difende non è né “metodologico”, né “teorico”, bensì in buona sostanza “ideologico”, se si segue la nota tripartizione proposta da Norberto Bobbio. Il diritto positivo, o per meglio dire la legge generale ed astratta, va rispettato, perché solo così saremmo al sicuro dall'arbitrarietà d'un potere che agisce da una prospettiva occasionalista, senza tenere conto dei diritti quesiti e dell'uguale trattamento. Dietro questa posizione, come spesso occorre in questa versione di positivismo, ritroviamo una metaetica relativista, la tesi che i valori non sono oggettivi, bensì relativi, e che tra loro si pongono in conflitto. Il mondo della morale è quello del conflitto irrisolvibile, la lotta di “titani” menzionata da Max Weber; tesi che tanto per Radbruch come per Kelsen serve infine a giustificare il regime democratico. Dato che non vi sono valori assoluti, ed anzi tutti sono relativi, nessuno può affermare di avere la verità in tasca e dunque la sua prevalenza rispetto agli altri, e non ci resta allora che metterci d'accordo e ricorrere al principio di maggioranza come criterio di risoluzione del conflitto.

Nell'autunno 1945, crollata la dittatura hitleriana, Radbruch è nominato nuovo rettore dell'Università di Heidelberg. Nell'ottobre di quell'anno ritorna alla sua cattedra ed è il primo a dare un corso di diritto nella Germania ormai senza Hitler. In queste lezioni, a studenti in genere reduci dal fronte, la sua precedente posizione giusfilosofica si modifica. Innanzitutto cambia il tono e l'accento. Lo dice lui stesso nel

---

<sup>14</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, a cura di R. Dreier e S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg 1999, p. 26. Traduzione mia.

suo nuovo corso di introduzione alla filosofia del diritto, raccolto in un volumetto di grande leggibilità *Vorschule der Rechtsphilosophie*, un libro per certi versi commovente perché distilla dolore ed è pieno di pathos, e in una conferenza radiofonica ora giustamente celebre “Cinque minuti di filosofia del diritto”<sup>15</sup>. Qui si propone per la prima volta quella che è passata ora alla storia del pensiero giuridico come la “formula di Radbruch”<sup>16</sup>. La positività della legge – si dice – prevale sì, però soltanto nella misura in cui la conseguenza o il costo di una tale prevalenza non sia una intollerabile ingiustizia. Di fronte all’intollerabilmente ingiusto la positività della legge perde il valore che le proviene dalla certezza giuridica che è in grado di offrire. La tesi è moderatamente giusnaturalista e oggettivista, dunque una svolta per uno studioso nel 1933 ancora convinto relativista e deciso giuspositivista<sup>17</sup>.

Ora, la formula di Radbruch può leggersi come risposta ai tentativi dei *Kronjuristen* nazisti, primo tra essi Carl Schmitt, i quali, al fine di attenuare ogni responsabilità dei soggetti coinvolti nel regime, giudici e funzionari pubblici in special modo, si facevano forti del principio di certezza del diritto e di irretroattività della legge penale. E così lo interpreta Herbert Hart, allorché discutendo con Lon Fuller della relazione di diritto e morale cita l’esempio delle leggi naziste e dei problemi che

---

<sup>15</sup> Vedi G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in Id., *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, cit., pp. 209-210.

<sup>16</sup> Una versione più articolata e canonica si trova in G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in Id., *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, cit., pp. 211-219.

<sup>17</sup> C’è chi però propende per una certa continuità della vena teorica nonpositivistica nel pensiero di Radbruch: cfr. S.L. Paulson, *Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, in *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, a cura di M. Borowski e S.L. Paulson, Mohr Siebeck, Tübingen 2015. La tensione e contraddizione tra le diverse fasi del pensiero di Radbruch è invece sottolineata in A. Brecht, *Political Theory. The Foundations of Twentieth-Century Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1959, pp. 357 ss.

queste ponevano alla giurisprudenza della nuova Repubblica federale tedesca<sup>18</sup>.

Nei giorni in cui Radbruch torna nelle aule d'università e riprende le sue lezioni, l'autunno del 1945, Carl Schmitt è in carcere, sospettato di complicità nei crimini di guerra e contro l'umanità del regime nazista. E mentre Radbruch sembra essersi convertito al giusnaturalismo, lui si difende con argomenti positivisti. Come del resto faranno gli imputati nel processo di Norimberga e poi Eichmann a Gerusalemme. Ora, con la sua "formula", Radbruch toglie loro la terra sotto i piedi. La pretesa neutralità del diritto – argomenta – ha limiti abbastanza precisi. E questi saltano agli occhi, risultano evidenti nell'incontro con ciò che è intollerabilmente immorale. Non è sufficiente un'ingiustizia qualsiasi al fine di derogare la validità del diritto positivo. Ci vuole una ingiustizia terribile – e rispetto a questa non vale la tesi della relatività o non conoscibilità. Questa estrema forma d'ingiustizia ha il vantaggio, nella sua tragicità, di essere immediatamente percepibile da tutti, in maniera che dinanzi ad essa non vale appellarsi alla mancanza di oggettività del criterio normativo di riferimento. Cosicché la certezza giuridica, che sembrerebbe qui sacrificata, si recupera attraverso la certezza dell'evidenza morale.

Per sconfiggere il giuspositivismo Radbruch in prima istanza deve confutare la tesi scettica che si ritiene dia giustificazione al concetto di diritto adoperato dal positivismo. Si deve cioè attaccare la tesi dell'impossibilità di fondamentare in maniera oggettiva o intersoggettiva i valori morali. Ebbene – dice Radbruch –, anche se ciò ch'è giusto non è sempre certo, e su di esso si può ragionevolmente essere in disaccordo, ciò non vale per quel che risulta intollerabilmente, estremamente ingiusto. Ed allora sull'evidenza condivisa, e sull'oggettività della forma radicale di ingiustizia resa così manifesta, si potrà fondare un diritto supra-

---

<sup>18</sup> Vedi H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, pp. 593-629. E cfr. G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001.

legale che deroghi dunque al diritto legale, positivo, in casi eccezionali. L'eccezionalità qui è ritorta contro il situazionismo e il decisionismo di Schmitt. Lo stato d'eccezione – potrà sostenersi seguendo la logica di Radbruch – non giustifica e autorizza l'immoralismo. Accade il contrario. L'eccezionalità arma un moralismo moderato, che non si erge sempre a giudice della legge positiva né a sua fonte ordinaria. E nondimeno la giustizia è azionata dall'ingiustizia dello stato d'eccezione e da esso reintrodotta e resa operativa nell'ambito del ragionamento giuridico e della produzione della norma sul caso di specie.

#### 4. L'impero della legge

La storia di Franz Neumann è sommamente interessante e suggerente. Fino al 1933 è un avvocato giuslavorista vincolato a Otto Sinzheimer, professore di diritto del lavoro all'Università di Francoforte e intellettuale socialista, nel cui studio lavora anche un buon amico di Neumann, Otto Kirchheimer. I due giovani giuristi socialisti, Kirchheimer e Neumann, flirtano un po' con le teorie di Schmitt, la cui influenza sarà però più netta sulle idee di Kirchheimer. La relazione di Neumann con Schmitt è abbastanza cordiale tanto che Schmitt invita il giovane e promettente studioso socialista a dare una serie di lezioni nell'ambito di un suo corso di diritto pubblico all'Università di Berlino nel 1932. Tutto cambia l'anno successivo.

Neumann reagisce all'avvento del regime hitleriano modificando profondamente il suo precedente atteggiamento di sospetto nei confronti dello Stato di diritto, in particolare verso la generalità della legge qualificata come un attributo borghese ed uno strumento di dominio di classe. Il giovane socialista emigra in Inghilterra e scrive una seconda tesi di dottorato (era già dottore in Germania) alla *London School of Economics* sul tema della *rule of law*. La tesi è una elaborata e dotta discussione, ed una celebrazione altresì, delle virtù della legge generale ed astratta come limite all'autoritarismo e alla teoria del diritto che più si confà a questo, il decisionismo. *Behemoth*, il grande e primo accurato studio sulle istituzioni giuridiche del nazionalsocialismo, che

Neumann pubblica nel 1943, già nel titolo implica la rivendicazione, *a contrario*, della certezza giuridica che può offrire la struttura formalista e positiva della legge e della legislazione<sup>19</sup>. In certa misura Behemoth, il mostro marino che secondo Neumann può essere evocato come metafora della tirannia hitleriana, del suo furore e della sua crudeltà e irrazionalità, assolve il Leviatano, lo Stato hobbesiano della sovranità assoluta della legge.

Questo libro inoltre è una resa dei conti con Schmitt, che è il vero motore, come monito, del Behemoth studiato da Neumann. Vale sottolineare che con il libro e il suo titolo Neumann specialmente obietta ad una tesi idiosincratica di Schmitt che in due testi, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* del 1938, e *Land und Meer* del 1942, aveva tracciato una distinzione tra due tipi ideali di ordine politico, quello di terra, Leviatano, orientato alla legge ed alla sicurezza pubblica, e l'ordine di mare, Behemoth, nel quale non si applicano più le regole dello *jus publicum europaeum*, e il diritto non si struttura per regole certe, ma secondo standards flessibili, oppure secondo principi morali che non sarebbero altro che la copertura ideologica dei suoi inconfessabili interessi egemonici. Nell'ordine politico del mare la guerra non è più affare del soldato, stretto in una rigida gerarchia, bensì del *pirata*, di un anarchico avventuriero in cerca di bottino, nemico esistenziale di ogni *res publica, hostis generis humani*. Questa figura sarà poi successivamente e significativamente ripresa nello studio sul partigiano, un'opere degli anni Sessanta che è intrisa dello spirito della guerra fredda<sup>20</sup>.

Per lo Schmitt degli anni Trenta e Quaranta la Germania del Terzo Reich impersonificherebbe il Leviatano, mentre l'Inghilterra imperiale, il *Commonwealth*, e poi gli Stati Uniti, sarebbero il Behemoth. Ora, Neumann rigira questa contrapposizione schmittiana, le dà una diversa

---

<sup>19</sup> Vedi F. Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, Victor Gollancz, London 1942.

<sup>20</sup> Vedi C. Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin 1963.

torsione interpretativa, e rivela con argomenti incontestabili che il mostro marino, e il suo infernale regime di arbitrarietà, si può piuttosto rinvenire, ed in forma paradigmatica, nella Germania nazista. La grande bestia marina, per la quale la terra ferma della legge si trasforma nel mare agitato della flessibilità delle regole e della arbitrarietà, è il parto di un concetto e di una pratica che risolvono il diritto nella mera decisione, senza alcun rispetto per la normatività forte delle regole – ciò che fondamentalmente Schmitt raccomanda al giurista come criterio delle sue operazioni. E poi Behemoth – come nota anche Adorno rievocando la figura di Neumann – è un regime di pluralismo irrazionale, senza vera coordinazione. La sovranità decisionistica invece di sconfiggere il pluralismo dei poteri – come si augura Schmitt – lo rende invece ancora più prepotente e irragionevole<sup>21</sup>.

È però negli ultimi scritti pubblicati da Neumann dopo il 1945 dove la riflessione *a contrario* a partire dal pensiero di Schmitt si fa ancora più chiara e generale. Iniziando dalla sua definizione di ciò che è il “politico”, la prima cosa da fare qui è contestare che la dinamica amico-nemico sia ciò che dà alla politica la sua sostanza. «Fascist political thought asserts that the creation of a national community is conditioned by the existence of an enemy whom one must be willingly to exterminate physically. Politics thus denotes not the construction of a good society but the annihilation of an enemy»<sup>22</sup>. In ogni caso la costruzione è abbastanza tautologica, o per dirlo meglio vuota, giacché permette che: «Anything [...] may be or may become political»<sup>23</sup>. Secondo la dinamica amico-nemico ogni contesto di scontro, intensificandosi, può farsi “politico”. La politica potrebbe così avere qualunque oggetto e

---

<sup>21</sup> Si legga T.W. Adorno, *Franz Neumann zum Gedächtnis*, appendice in A. Söllner, *Neumann zur Einführung*, Soak-Verlag, Hannover 1982, pp. 98 ss.

<sup>22</sup> F. Neumann, *The Concept of Political Freedom*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, a cura e con una prefazione di H. Marcuse, The Free Press of Glencoe, London 1957, pp. 193-194.

<sup>23</sup> Ivi, p. 194.

contenuto, una tesi che ricorda curiosamente quell'altra di Kelsen che nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* afferma, ripetendo quasi alla lettera un giudizio di Laband, uno dei padri fondatori della dottrina giuspositivistica germanica, che il diritto, ovvero la norma giuridica positiva, il suo *Rechtssatz*, può avere qualunque contenuto<sup>24</sup>.

Neumann inoltre contesta la confusione di diritto e politica propria della prospettiva decisionista. Facendo della decisione il cuore del diritto, questo si equipara alla politica, nel senso che entrambe le dimensioni avranno come oggetto un caso specifico, saranno ancorate alla situazione singolare, si distingueranno per una elevatissima contingenza, peccheranno dunque di mancanza di universalità. Il diritto però, solo come legge generale, e criterio normativo che ricorre come fondamento alla razionalità logica, può – secondo Neumann – differenziarsi dalla dimensione politica ed ottenere così certa indipendenza e ragion d'essere rispetto a questa. «If the general law is the fundamental form of law and if law is not only *voluntas* but also *ratio*, then one must state that the law of the authoritarian State has no legal character. Law as a phenomenon distinct from the political command of the sovereign is possible only if it manifests itself as a general law»<sup>25</sup>. La legge viene così sganciata dall'imperativismo di scuola hobbesiana o austiniana, anticipando un'idea che successivamente sarà finemente articolata da Herbert Hart nel suo *opus magnum The Concept of Law*<sup>26</sup>.

Ma tra Neumann e Hart vi è un'ulteriore vicinanza. Com'è noto, Herbert Hart, che è il grande teorico del giuspositivismo analitico contemporaneo, modera la sua tesi della separazione concettuale di diritto e morale (che pare quella distintiva d'ogni positivismo) riconoscendo che ogni forma di diritto positivo ha un contenuto minimo di diritto

---

<sup>24</sup> «Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, a cura di M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 74).

<sup>25</sup> F. Neumann (a cura di), *The Change in the Function of Law in Modern Society*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State*, cit. p. 66. Corsivo nel testo.

<sup>26</sup> L.A. Hart, *The Concept of law*, Clarendon, Oxford 1961.

naturale. È questa una proposta che potrebbe dirsi introdurre, almeno in certa misura, elementi di giusnaturalismo in una teoria che nondimeno afferma una rilevante discrezionalità del potere giudiziale. Va detto però subito che il contenuto minimo di diritto naturale ha per Hart un significato fondamentale funzionale o sociologico. Ogni sistema giuridico – sostiene – deve offrire protezione e garanzia alla proprietà o titolarità di beni, deve offrire sicurezza all'integrità delle persone, e deve farsi garante delle promesse dei consociati, dei loro "contratti". Ma da ciò egli non fa derivare nessuna conclusione normativa forte, di maniera che la presupposta separazione di diritto e morale rimane impregiudicata.

Ebbene, una prima precedente versione della tesi del contenuto minimo di diritto naturale si ritrova nell'opera più matura di Neumann, questa volta però con un netto significato normativo, così da mettere in forse la separazione di diritto e morale. Ma soprattutto qui, nell'opera di Neumann, tale tesi ha un evidente tenore antidecisionista: «By speaking of man, we speak of him as being endowed with reason, for only this can we define man (as contrasted with other forms of organic life). But if we accept this as true, then we accept certain *minima* following from this proposition. These *minima* (and it is not important whether they are labelled natural rights or not) are thus valid, regardless of the political system, valid against any political system, even against a democracy»<sup>27</sup>. Il contenuto minimo di diritto naturale in questo caso ci è offerto dalla razionalità, o, se si vuole, dalla ragionevolezza, che è alla base delle deliberazioni pratiche, e che impedisce loro di presentarsi sotto la forma di un mero *fiat*.

D'altra parte, è l'antropologia schmittiana della politica che Neumann attacca, là dove sottolinea l'estraneità della paura alla dimensione politica, o meglio la sua qualità distruttiva della politica. Alimentare la

---

<sup>27</sup> F. Neumann, *On the Limits of Justifiable Disobedience*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State*, cit. p. 157. Corsivo nel testo.

paura significa rendere il legame politico meno forte, spingendo verso soluzioni in un certo senso meramente economiche, o efficientistiche, strumentali, della convivenza umana. Qui Neumann certamente ha in mente la teoria di Schmitt, ma anche probabilmente l'antropologia negativa che ispira e fonda le dottrine liberali del mercato come ordine altamente concorrenziale. Significativo è anche che buona parte della tradizione giuspositivista si nutra della figura del "bad man", dell'uomo cattivo, che va dunque appropriatamente contenuto, represso, soggiogato, per cui il diritto si deve essenzialmente foggare come "coazione", "forza", esito al quale Neumann oppone resistenza.

## 5. Princìpi del diritto

Il caso di Hermann Heller è forse il più complicato, giacché la sua relazione col pensiero di Schmitt rimane sempre ambivalente, di amore-odio potrebbe dirsi. Fino alla *Staatslehre* incompleta, pubblicata postuma a cura del discepolo Hans Niemeyer a Leiden nei Paesi Bassi nel 1934, il quadro teorico offerto da Heller per ciò che concerne il concetto di diritto è intriso della concezione schmittiana. La sua concezione della sovranità, che può leggersi nel libro *Die Souveränität*, del 1927, può sembrare persino più decisionista ed antilegalista della dottrina presentata al riguardo da Schmitt. Mentre quest'ultimo riconnette la sovranità ad una situazione singola e specifica, lo stato d'eccezione, là dove la sovranità si configurerebbe come titolarità del potere di definizione di questo, e dunque la sovranità sarebbe un potere di derogare alla legge, Heller riferisce la sovranità alla condotta dei poteri pubblici *contra legem*, alla capacità di agire illegalmente<sup>28</sup>, e dunque la sovranità sarebbe svincolata del caso specifico, e infine eccezionale, ma si giustificerebbe e manifesterebbe come caso ordinario normale, e in particolare come capacità di abrogare la legge, competenza ben più ampia della sua deroga.

---

<sup>28</sup> Vedi H. Heller, *Die Souveränität*, Walter de Gruyter, Berlin 1927.

Tutto però cambia a partire del *Preußenschlag* del 20 luglio 1932 e soprattutto a partire dal 30 gennaio 1933, data in cui Hindenburg nomina Hitler cancelliere del *Reich*. Il cambiamento di regime e il cambiamento coevo di atteggiamento teorico si riflettono nella *Staatslehre*, sebbene questa rimanga un'opera incompleta; le manca purtroppo la parte sul diritto internazionale e dunque sull'articolazione verso l'esterno della sovranità statale. Nella *Staatslehre* una prima importante modifica di prospettiva si può rinvenire in una certa rielaborazione dell'idea di potere politico. Qui, in maniera esplicita, si prende distanza da Schmitt. Non che nel passato non gli fosse chiara l'ispirazione antidemocratica e "fascista" del pensiero di questo, ma la critica al formalismo giuspositivista, in particolare kelseniano<sup>29</sup>, ed all'antisovranismo del giurista viennese, lo rendevano pericolosamente contiguo a varie tesi schmittiane. Però il "politico" non consiste – si sostiene ora – nella produzione del conflitto tra un "amico" e un "nemico"; piuttosto la sua sostanza e funzione vanno rinvenute nell'evitare che tale radicale conflitto possa aver luogo, nella sua neutralizzazione. «Besteht doch der grösste Teil aller Politik in dem Bemühen, den existentiellen Freund-Feind-Konflikt zu vermeiden»<sup>30</sup>.

Per Heller il concetto del "politico" di Schmitt si fa vuoto, "inhaltslos", di modo che lo si potrebbe accusare d'essere una nozione infine puramente formale. Secondo Schmitt la dimensione politica dipende dall'intensità dello scontro. Tutto può rientrare in tale dimensione, una volta che si dia conflitto esistenziale, vale a dire lotta a morte, ciò che potrebbe allora attribuirsi a qualsiasi conflitto, una volta che questo si faccia radicale e violento. La dimensione politica varrebbe allora per ogni rissa, o scontro violento, «für jede beliebige Prügelei kennzeichnend»<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Particolarmente aggressiva, se non addirittura velenosa, nei confronti di Kelsen è la prefazione al libro *Die Souveränität*, cit.

<sup>30</sup> H. Heller, *Staatslehre*, a cura di G. Niemeyer, VI ed., Mohr, Tübingen 1983, p. 234.

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

Secondo Heller invece bisogna argomentare in direzione opposta. La politica per lui è piuttosto ricerca del consenso, non provocazione del dissenso. Persino la politica estera degli Stati sovrani – aggiunge – non può concettualizzarsi a partire dalla situazione bellica, dalla prospettiva della guerra. La politica non è la continuazione della guerra con altri mezzi. Vale il contrario: la guerra è semmai una continuazione della politica, là dove quest'ultima non deriva il suo senso da quella, dalla guerra.

Il “politico” ha una pretesa di forza vincolante – nozione che probabilmente Heller deriva dal suo *Doktorvater* ed amico Gustav Radbruch –, la quale pretesa appella a un suo riconoscimento. Ha – scrive – «den Anspruch zur Verbindlichkeit»<sup>32</sup>, cosa che la violenza non può mai articolare né ottenere. Nel caso della violenza non si vuole un effetto mediato dal riconoscimento, bensì l'effetto diretto e per certi versi meccanico della soggezione. Ma – ripete più volte – *oboedientia facit imperantem*; è chi obbedisce che crea chi comanda; è l'obbedienza che produce riconoscendolo il comando, e non viceversa. In questa prospettiva allora il potere politico rinvia al diritto: «Politische Macht ist rechtlich organisierte Macht»<sup>33</sup>. Al diritto non compete solo una funzione giustificativa del potere (senza efficacia ontologica, ma con effetti deontologici), bensì una vera e propria efficacia costitutiva del potere. Dimodoché il giurista tedesco sottolinea «die machtbildende Funktion des Rechts»<sup>34</sup>.

Precedentemente, prima della *Staatslehre*, Heller si è distinto per la sua critica implacabile della teoria pura di Hans Kelsen. La sua critica a volte è più feroce di quella che a Kelsen dirige lo stesso Schmitt, di certo non particolarmente indulgente verso Kelsen. Alla “teoria pura del diritto” Heller rimprovera l'intento di neutralità e la distanza program-

---

<sup>32</sup> Ivi, p. 235.

<sup>33</sup> Ivi, p. 219.

<sup>34</sup> Ivi, p. 313.

matica da ogni considerazione politica o sociologica, il suo purismo metodologico e il suo formalismo, oltreché la genealogia neokantiana. La “dottrina pura” – dice Heller – alla fine sfocierebbe in una ideologia borghese del diritto, pretendendo di presentare come universale uno specifico modo di atteggiarsi dello stesso che però è legato ad una specifica condizione storica, quella del dominio di classe della borghesia. Nel libro sulla sovranità la “dottrina pura”, che risolve la sovranità nel gioco delle relazioni tra distinti piani normativi, viene bollata “heimatlos”<sup>35</sup>, senza patria, giacché dietro di essa non sembra potersi scorgere il profilo rassicurante della Nazione. In un passaggio d’un programmatico saggio sulla crisi della dottrina dello Stato Heller rimprovera a Kelsen mancanza di “tatto politico”, rammentando a questo proposito che questa del “tatto politico” era la qualità dello studioso di diritto più apprezzata da Edmund Bernatzik, il quale – lo si ricorda con orgoglio – è stato il comune maestro suo e di Kelsen all’Università di Vienna<sup>36</sup>.

Ora, nella *Staatslehre* il tono polemico si attenua, e ritroviamo un certo positivo apprezzamento dell’opera di Kelsen, e non per la *reductio ad absurdum* del positivismo logicista labandiano, bensì specialmente lì dove si tratta di configurare la relazione di diritto e potere. «Es ist das große kritische Verdienst Hans Kelsens, immer wieder darauf hingewiesen zu haben, daß die Rechtsgeltung nicht auf die Setzung durch eine normlose Willensmacht begründet werden kann»<sup>37</sup>. Kelsen – si dice – ha il grande merito d’aver sottolineato la natura normativa d’ogni potere produttivo di diritto.

La validità di questo, del diritto, non può intendersi né concettualizzarsi senza mettere in gioco il carattere costitutivo del potere che è proprio del diritto. «Deshalb muß auch das Problem der Rechtsgeltung im

---

<sup>35</sup> Heller, *Die Souveränität*, cit., p. 17.

<sup>36</sup> Vedi H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in Id., *Gesammelte Schriften*, a cura di M. Drath., G. Niemeyer, O. Stammer e F. Borinski, vol. 2, A.W. Sijthoff, Leiden 1971, p. 24.

<sup>37</sup> Heller, *Staatslehre*, cit., p. 216.

Zusammenhang gesehen werden mit dem machtbildenden Charakter des Rechts»<sup>38</sup>. Sembra perdere forza dunque l'accusa di formalismo prima ossessivamente diretta contro il giurista viennese. A questo proposito si può anche ricordare che, allorché Heller deve dare un giudizio sulla legalità del *Preußenschlag*, alla fine non trova di meglio che affermare che il vizio di questo è quello di soffrire d'un "Formenmißbrauch", d'essere un abuso formale di competenze, ricorrendo dunque essenzialmente ad un argomento formalista per invalidare la costituzionalità dello scioglimento del governo regionale prussiano operato d'autorità, ed invocando lo stato d'eccezione, dall'esecutivo del *Reich*<sup>39</sup>.

Il diritto non si può pensare come atto di decisione radicale e contingente – questa è la tesi di Heller nella *Staatslehre*, chiaramente rivolta contro il decisionismo schmittiano che pure egli precedentemente in buona sostanza aveva fatto suo. La normatività è limitazione della volontà arbitraria e il diritto lo è specialmente – dice Heller – in virtù della sua presunzione di legittimità e giustizia. Qui nuovamente Heller rincontra l'antico amico e maestro Gustav Radbruch nel comune riferimento alla pretesa di giustizia del neokantiano Rudolf Stammler: «Alle gesellschaftlichen Normordnungen sind Beschränkungen der Willkür; das Recht ist es als Verbot der Willkür im Sinne der Ungerechtigkeit»<sup>40</sup>.

In questa rivalutazione del contenuto propriamente normativo della pratica del diritto un ruolo importante è svolto dal riferimento ai "principi del diritto", *Rechtsgrundsätze*. Il diritto include non solo regole e decisioni, ma anche princìpi. La loro caratterizzazione da parte dell'ultimo Heller non è perspicua. Invero, di "principi" si parla anche nel libro sulla sovranità di qualche anno prima<sup>41</sup>. Eppure in

---

<sup>38</sup> Ivi, p. 217.

<sup>39</sup> Si legga H. Heller, *Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?*, in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. 2, cit., p. 410.

<sup>40</sup> Heller, *Staatslehre*, cit., p. 211.

<sup>41</sup> Si legga Heller, *Die Souveränität*, cit., pp. 127 ss.

quel libro la sovranità è autorità *contra legem*, e quei “principi” hanno fondamentalmente solo un valore ideologico. Il sovrano ha bisogno di essi per legittimarsi. È tesi sociologica, non veramente giuridica. Quei principi non sembrano potersi operazionalizzare nel ragionamento giuridico vero e proprio.

Anche nella *Staatslehre* non risulta chiaro cosa veramente sia un principio, né il loro statuto logico e nemmeno quello epistemologico. Ciò che però ora sembra più chiaramente affermato è che essi contengono un nocciolo etico, e che tale contenuto morale si ripercuote sul contenuto del diritto positivo vincolandone la possibile conformazione. I principi sono dunque pensati come cura per la malattia del decisionismo. Così Heller nella *Staatslehre*, allorché deve indicarci dove trovare i principi nell’ordinamento positivo, menziona la parte seconda della Costituzione di Weimar, quella in cui si trova il catalogo dei diritti fondamentali<sup>42</sup>.

Si potrebbe allora quasi credere che Heller sia l’antesignano della teoria dei diritti fondamentali come principi, tesi difesa ai giorni nostri da Robert Alexy<sup>43</sup>, il quale – sappiamo – è tutt’altro che un giuspositivista. Nondimeno, sarebbe una forzatura fare di Heller il precursore d’un concetto “principialista” del diritto, un anticipatore addirittura della filosofia del diritto di Ronald Dworkin, proposta interpretativa che un paio di decenni addietro è stata avanzata da David Dyzenhaus<sup>44</sup>. Tale proposta va rifiutata, in particolare in ragione del fatto che prima della *Staatslehre* il decisionismo di Heller è fortissimo, talora persino più forte di quello di Schmitt<sup>45</sup>, e poi che nella *Staatslehre* v’è ancora un residuo di decisionismo, là dove l’idea della sovranità come capacità prescrittiva *contra legem* rimane espressamente, seppure ora timi-

---

<sup>42</sup> Vedi ivi, p. 290.

<sup>43</sup> Vedi R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987.

<sup>44</sup> Vedi D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 1999.

<sup>45</sup> Su ciò mi permetto di rinviare al mio *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari 2006.

damente, ripetuta<sup>46</sup>. D'altra parte, i princìpi del diritto secondo Heller non sembrano essere norme direttamente applicabili e necessitano di un'ampia discrezionalità del giudice per divenire *Rechtssätze*, enunciati giuridici vincolanti.

Se il sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione, vale a dire decide su ciò che va definito come stato d'eccezione, là dove questo (lo stato d'eccezione) si soggettivizza, si pensi o si presenti cioè nelle forme di soggetti "eccezionali" che producono una situazione di grave pericolo o d'emergenza, allora secondo questa logica il sovrano sarà anche colui che potrà definire chi sono i nemici eccezionali dell'ordine costituito. Gli spetta il potere supremo di qualificare giuridicamente i soggetti e dunque di discriminare tra gli "amici" (cui si riconosce soggettività, giudice e diritti) e i "nemici" (i portatori dello stato d'eccezione) cui si strappa di dosso ogni veste o qualità di soggetto giuridico e di titolare di diritti fondamentali. Ma nel costituzionalismo moderno, così come Heller se lo rappresenta nell'ultima parte della *Staatslehre*, non si dà nulla di tutto ciò. L'attribuzione di soggettività giuridica non rientra nelle prerogative del sovrano, poiché questo si costituisce fundamentalmente mediante la costituzione, e la costituzione risulta intessuta di princìpi del diritto e di diritti umani inalienabili. Nemmeno la costituzione può decidere *ex nihilo*, giacché vi è presupposta una struttura basica delle relazioni intersoggettive che già prevede o presuppone la soggettività giuridica.

## 6. Costitutività del diritto

Il caso di Hannah Arendt è forse il più interessante, e significativo, perché è quello più intrigante. Nel suo primo grande libro *The Origins of Totalitarianism* (io qui però cito dalla prima edizione britannica del

---

<sup>46</sup> Vedi Heller, *Staatslehre*, cit., p. 276.

1951 pubblicata col titolo *The Burden of Our Time*) ritroviamo le parole seguenti in una nota nella quale si dà conto degli intellettuali nazionalsocialisti: «Most interesting is the example of the jurist Carl Schmitt, whose very ingenious theories about the end of democracy and legal government still make arresting reading»<sup>47</sup>.

Orbene, Schmitt è una presenza costante nell'opera di Hannah Arendt. La riflessione sul potere e la politica elaborata dalla Arendt è come la risposta ad un intellettuale che più che un interlocutore è un ammonitore, il convitato di pietra che si tema possa trascinarci nell'abisso. E già lo ha fatto. E non per rendere giustizia come il convitato di pietra, diciamo così, originale, quello che conduce con sé all'inferno il peccatore, Don Giovanni. Qui il "commendatore" è lui il gran peccatore, e chi vuole portare agli inferi non è l'immoralista, piuttosto l'ingenuo o anche il buono, che però non sia immune al suo fascino incantatore. Bisognerà allora sviluppare un discorso ed una costruzione teorica che gli impedisca di giocare nuovamente il ruolo distruttivo che lo rese celebre e potente (e benestante) tra Weimar e Norimberga.

Nel gran libro teorico di Hannah Arendt, *On Human Condition*, *Vita activa* in tedesco e in italiano, Schmitt non è citato nemmeno una volta. Tuttavia in più di un luogo gli argomenti sviluppati dalla filosofa tedesca si dirigono – mi pare – contro la figura minacciosa del giurista di Plattenberg. È il caso delle pagine dove Arendt critica ciò che lei chiama la teoria "materialista" e che noi possiamo leggere come una critica del realismo politico.

Il "materialismo" o realismo politico – questa è la critica di Arendt – ignora il fatto fondamentale della comunicazione sia pure nella strumentalità più radicale del "politico". Si tratta di una confutazione della ontologia prima everiana e poi schmittiana della politica: «The basic error of all materialism in politics [...] is to overlook the inevitability with

---

<sup>47</sup> H. Arendt, *The Burden of Our Time*, Secker & Warburg, London 1951, p. 332.

which men disclose themselves as subjects [...] even when they wholly concentrate upon reaching an altogether wordly material object»<sup>48</sup>. «The disclosure of the “who”», la rivelazione della soggettività, e delle sue intenzioni, si dà «through speech», mediante il linguaggio. E questo è un carattere tipico dell’azione, un contesto intersoggettivo dove si presuppone la ricerca della comprensione, all’interno di una rete di relazioni e di conseguenze imprevedibili. Nella “azione”, che sappiamo la Arendt contrappone al “lavoro”, la riproduzione del ciclo vitale dei soggetti, ed all’ “opera”, la produzione di artefatti, la volontà del decisore si misura secondo la recettività dell’altro. L’unità della decisione si dissolve nella pluralità del suo contesto performativo, che necessita di riceventi e interpreti del messaggio, e la sua unicità si perde nella collettività dell’agire comune.

Nel *Denktagebuch*, i quaderni nei quali Hannah Arendt raccoglie citazioni, idee, annotazioni varie, e persino poesie proprie, Schmitt ritorna. Vi si trovano un paio di citazioni esplicite ed ironiche al *Nomos der Erde*, ed alla sua giustificazione della guerra d’aggressione, lo *jus ad bellum*. Nel *Denktagebuch* la tesi sul potere politico è che questo, il potere, non è un fenomeno della volontà della decisione: «Macht ist kein Willensphänomen»<sup>49</sup>. Il potere si può dividere, la volontà no. Il potere è un fatto che affonda le sue radici nella pluralità. È la cooperazione o la convergenza di condotte che produce potere: «Wenn Menschen zusammen handeln entsteht immer Macht»<sup>50</sup>. In questa prospettiva il diritto non è radicato nel comando o nell’imperativo. È qualcosa d’altro. La sua funzione non è prescrittiva o regolativa, bensì costitutiva. Risulta evidente che un tale panorama teorico è specularmente opposto alla fenomenologia schmittiana del “politico”.

---

<sup>48</sup> H. Arendt, *On Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago 1958, p. 183.

<sup>49</sup> H. Arendt, *Denktagebuch*, 1950-1973, a cura di U. Ludz e I. Nordmann, vol. 1, Piper, München 2002, p. 184.

<sup>50</sup> Ivi, p. 186.

La legge, *Gesetz*, dice Arendt, è uno *Zaun*, un recinto<sup>51</sup>. Bisogna soffermarsi un po' su questo punto. Recinto, *Zaun*, non significa qui un limite o un vincolo per una attività che in tal modo viene limitata. *Zaun* ha una seconda e diversa lettura, che è quella che adotta Arendt. Equivale alla costituzione di uno spazio privilegiato di senso, come per esempio il campo di gioco del calcio. Il gioco non è limitato dal campo, ma è prodotto da questo. Non è che senza *Zaun*, senza recinto e campo, avremmo più gioco; al contrario senza quelli non avremmo affatto il gioco. È questa una tesi, va sottolineato, che si contrappone frontalmente con l'idea schmittiana, sviluppata nell'ultima fase di quel pensiero, secondo cui "nomos", legge e diritto sarebbero una realtà o una entità che hanno origine nell'attività dell'occupare, del prendere e chiudere, e nel delimitare e recintare, terra e spazio. «Eine Landnahme begründet Recht»<sup>52</sup>. Così Schmitt deriva, con una etimologia assai dubbia, "nomos" dal "nemein" greco antico, il cui significato è "assegnare" o "distribuire", il quale si avvicinerrebbe al senso del *nehmen*, prendere, afferrare, della lingua tedesca.

Il riferimento allo *Zaun* potrebbe allora sembrar evocare una concezione simile a quella difesa dall'ultimo Schmitt, quella del "nomos della terra", come senso ultimo del fenomeno giuridico. Nondimeno, è proprio il contrario. Nella prospettiva di Arendt il riferimento allo *Zaun* evoca un'idea della politica e del diritto che è molto più vicina a ciò che afferma al riguardo una filosofa che Arendt legge sempre con molta attenzione, Simone Weil. Allorché quest'ultima si intrattiene su ciò che è e significa la "città", vale a dire la sfera pubblica, ovvero l'ordine politico, concettualizza questo come uno spazio comune d'azione prodotto dai "muri" della città stessa, dalle "mura" che la circondano e la delimitano (e la proteggono pure). E le "mura" della città per Simone Weil sono es-

---

<sup>51</sup> Vedi ivi, p. 242.

<sup>52</sup> C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, Köln 1950, p. 16.

senzialmente le leggi nel senso di forze costitutive dello spazio comune e pubblico (una metafora che già adoperava Eraclito<sup>53</sup>). Così che «malheur le plus grand qui soit parmi les hommes, la destruction d'une cité»<sup>54</sup>.

La politica (e il diritto) non stanno lì, *faute de mieux*<sup>55</sup>, perché gli uomini sono malvagi, e necessitano d'essere legati e repressi. La politica e il diritto stanno invece là per permettere che la condotta degli esseri umani nella loro irriducibile pluralità abbia un ambito proprio di gioco. Non ci offrono giustificazione *ex post*, ma senso *ex ante*. Tantomeno può ritenersi, assumendo una teoria “costitutiva” e “comunicativa” del diritto come ambito d'azione, che il potere e il suo diritto operino la funzione di un *Katechon*, una forza che s'opponesse all'avvento dell'Anticristo, ovvero ne ritarda il trionfo, come qui e là Schmitt si diverte a speculare. Hannah Arendt non ha una filosofia densa della storia, non indulge nel pessimismo, ma nemmeno troppo nell'ottimismo. Non è una teorica del “progresso” alla maniera di Condorcet e neppure di Hegel. Non-dimeno, si può nel suo pensiero rinvenire una modesta concezione del tempo storico, riconnessa all'idea di “azione” e poi al fatto della natalità, al prodursi di esseri umani sempre nuovi, che garantisce una sia pure minima alterità del corso del tempo, e dunque l'irruzione del “nuovo”, dell'inaspettato. La libertà politica è dunque piantata nel tempo e nella storia, anche qui secondo una prospettiva che è nettamente ostile all'escatologismo decadente e infine apocalittico (e questo sì gnostico) di Schmitt. Per Arendt la dimensione temporale della patria, o meglio del nostro mondo sociale, il mondo che ci dà senso, e una identità, è il presente. «Die Dimension der Heimat ist die Gegenwart»<sup>56</sup>. Se il *Katechon* prende tempo, e solo ritarda l'inevitabile tragica fine, ché è già tutto

---

<sup>53</sup> Frammento B44. Cfr. Arendt, *Denktagebuch*, vol. 1, cit., p. 287.

<sup>54</sup> S. Weil, *L'Iliade ou le poème de la force*, in Ead., *La source grecque*, III ed., Gallimard, Paris 1953, p. 37.

<sup>55</sup> Vedi Arendt, *Denktagebuch*, vol. 1, cit., p. 342.

<sup>56</sup> Ivi. p. 301. Cfr. B. Hohn, *Hannah Arendt – Leidenschaften, Menschen und Bücher*, Berliner Taschenbuch Verlag, Berlin 2077, p. 74.

scritto, la natalità cui Arendt riferisce la condizione umana come sua vera essenza può ogni volta rimettere la storia in gioco.

Tutta questa riflessione, che ha di fronte Schmitt come ombra minacciosa ed ammonitrice, ha il suo esito in un'operetta che è una delle cose più intelligenti che si sia scritto sul potere politico: il saggio *On Violence*. Però, prima di meditare questo libretto, che ci fornisce una "summa" del pensiero di Arendt sul "politico", andrebbero letti i frammenti che sono ora raccolti in *Was ist Politik?*, libro pubblicato a cura di Ursula Ludz. Giusto nell'*incipit* di questa compilazione di frammenti ritroviamo due motivi fondamentali della teoria del potere della filosofa tedesca. Il primo è il pluralismo: «Politik beruht auf der Tatsache der Pluralität der Menschen»<sup>57</sup>. La politica si fonda nella pluralità degli esseri umani e dei loro interessi. Si ricorderà a questo proposito che il pluralismo è quasi un male assoluto nel quadro del "politico" così come concepito da Schmitt.

Il secondo *Leitmotiv* della teoria politica di Arendt è l'*anti-identitarismo*: «Politik handelt von dem Zusammen- und Miteinandersein der Verschiedenen»<sup>58</sup>. La politica ha che vedere con la convergenza, coll'incontro, e con la convivenza, il vivere insieme, dei *diversi*. Ciò che ci riconduce al rifiuto della unidimensionalità del potere. Questo non è cosa di "uno" (cosa di "uno" è la violenza). Si legga in merito la critica che si fa a Nietzsche. «Nietzsche nel suo intento di riabilitare il potere», rimanendo fermo in un orizzonte egocentrico (quello dell'"uno"), confonde il potere (*Macht*) con la violenza (*Gewalt*): «Macht, die niemals ein Einzelner haben kann, weil sie überhaupt nur aus dem Zusammenhandeln der Vielen entsteht, mit Gewalt, in deren Besitz sich allerdings Einer setzen kann, verwechselte beziehungsweise identifizierte»<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> H. Arendt, *Was ist Politik?*, a cura di U. Ludz, Piper, München 1993, p. 9.

<sup>58</sup> *Ibidem*, corsivo mio.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 16,

Giungiamo così alla distinzione, articolata nel saggio *On Violence*, tra (a) forza, *force*, *Kraft*, (b) violenza, *violence*, *Gewalt*, e (c) potere, *power*, *Macht*. In certa misura questa tripartizione riproduce la divisione presentata in *On Human Condition* tra (a) lavoro, *labour*, *Arbeit*, (b) opera, *work*, *Herstellen*, e (c) azione, *action*, *Handlung*. Mentre “forza” e “lavoro” sono elementi della natura, energie primordiali empiriche, ed “opera” e “violenza” sono condotte di razionalità strumentale, “azione” e “potere” necessitano di una razionalità comunicativa.

L’alterità della teoria di Arendt rispetto a Schmitt è profonda, radicale ed esplicita. E si manifesta in due tesi ulteriori. Vi è un’idea ricorrente nella teoria politica di Arendt, ed è che la natalità è la *condicio sine qua non* d’ogni politica. Vale a dire una nuova vita, la nascita, la possibilità della nuova vita, del nuovo, è ciò che presuppone la politica.

Questa è possibile se il mondo degli uomini non è retto da strette leggi deterministiche. Solo se l’inatteso è possibile, e la storia non è già scritta, ha senso discutere ed agire, le due componenti essenziali del fare politica. La politica dunque richiede l’eccezione, la rottura della regola, il “miracolo”, ma questo non si dà come fenomeno eccezionale prodotto da *un* sovrano, ma come esperienza ordinaria dei *tanti*, dei cittadini. L’essere umano – dice Arendt – è un operatore di miracoli, “Wundertäter”<sup>60</sup>. Ma lo è perché produce nuova vita. Mentre, com’è noto, la politica per Schmitt, che la collega al conflitto a morte con un “nemico” esistenzialmente diverso, rinvia alla morte, alla soppressione della vita, e dunque del nuovo, il ritorno all’indistinto. La relazione di “amico” e “nemico”, che produce il “politico”, si dà soltanto se il destino del nemico è per lo meno in via di principio la morte violenta<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Arendt, *Was ist Politik?*, cit., p. 34.

<sup>61</sup> Si legga C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, testo del 1932 con una prefazione e tre corollari, III ristampa dell’edizione del 1963, Duncker & Humblot, Berlin 1991, p. 33: «Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung bezug haben und behalten».

C'è poi la riflessione specifica di Arendt sul concetto di diritto, che si ritrova in vari luoghi. Il più perspicuo mi pare sia una nota in *On Violence* là dove si confuta la tesi tradizionale del diritto come regolativo, o prescrittivo, e si argomenta la sua natura o efficacia costitutiva. Di maniera che la forza vincolante del diritto non si fonderebbe sulla violenza, la sanzione («The sanctions of the law [...] are not their essence»<sup>62</sup>), o la giustificazione, la legittimità morale, bensì su una proprietà ontologica propria dell'efficacia delle regole costitutive. Queste producono *mondi*, àmbiti di azione, e si obbediscono, o, detto meglio, si usano, si adoperano, perché si vuol vivere o continuare a vivere in quel “mondo” o prender parte a quell'àmbito d'azione. «Every man is born into a community with preexisting laws which he “obeys” first of all because there is no other way for him to enter the great game of the world»<sup>63</sup>.

Chissà, in questa tesi si potrebbero rinvenire elementi attivi d'una visione comunitarista della convivenza sociale che avvicinarebbero sorprendentemente Arendt a Schmitt. Tuttavia, l'“istituzionalismo” del giurista tedesco si rivela come una prospettiva nuovamente opposta al “repubblicanismo” della filosofa de Königsberg. Il “mondo” di cui ci parla Arendt non coincide con la “konkrete Ordnung” di Schmitt né le si assomiglia. Quest'ultimo, l'“ordine concreto”, giustifica ed alimenta la decisione radicale, giacché quell'ordine rimane muto, incapace di articolare criteri di condotta, dinanzi al caso specifico. È solo un “mito” del ventesimo secolo, un po' come il “diritto naturale” di Leo Strauss, grande ammiratore di Schmitt, che serve solo ad occultare lo scetticismo normativo del “filosofo” di fronte al “gentiluomo”<sup>64</sup>. Tutt'al più può servire da pubblico acclamatore del decisore. Ben altro ruolo gioca

---

<sup>62</sup> H. Arendt, *On Violence*, Harcourt, Orlando, Florida, 1979, p. 97.

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> Cfr. L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago 1953, che va letto insieme a L. Strauss, *Liberalism Ancient and Modern*, The University of Chicago Press, Chicago 1968, per coglierne la non esplicitata e sotterranea tesi noncognitivistica.

il “mondo” di Hannah Arendt, contesto esistenziale discorsivo che vive della comunicazione di coloro che vi si ritrovano ogni volta diversi in ragione della natalità. Contro chi cerca la verità nell’unità e nell’identità, e così alimenta il conflitto, si preferisce la figura di chi raccoglie e mette in relazione verità particolari e plurali, ed in tal modo è un costruttore di convivialità. Giacché, come dice Heinrich Blücher, il marito di Hannah, l’essere umano, come Socrate, è “un inguaribile produttore di relazioni”, «ein unheilbarer Beziehungen-Hersteller»<sup>65</sup>.

C’è un ultimo punto che merita di essere ripreso. Se ne è accennato nella prima parte di questo scritto. Arendt è critica del concetto di soggettività giuridica ovvero di “diritti umani”, allorché questi sono sganciati dalla cittadinanza e dalla partecipazione alla sfera pubblica ed alla produzione delle sue norme<sup>66</sup>. Ciò perché secondo la filosofa tedesca è solo l’accesso al potere politico, ed alla produzione delle norme che vi è connessa, che garantisce veramente all’essere umano un posto nella società come attore, e non come mero soggetto di decisioni altrui. A sostenere questa tesi la induce la sua esperienza di rifugiata e di “senza documenti”, cui era stata costretta dalla Germania nazista e dall’insipida politica della Francia degli anni Trenta. Hannah Arendt è internata a Gurs, campo di concentramento in cui il governo francese interna i cittadini tedeschi senza alcuna considerazione della loro religione o razza, o della loro convinzione politica<sup>67</sup>. In quel campo si ritroveranno così fianco a fianco nazisti ed antifascisti, persecutori e perseguitati, ariani ed ebrei. Arendt riesce ad essere rilasciata dal campo, prima che questo venga visitato dai messi di

---

<sup>65</sup> H. Blücher, *Eine Vorlesung aus dem Common Course*, in A. Arendt, H. Blücher, *Briefe 1936-1968*, a cura di L. Kohler, Piper, Munchen 1996, p. 573. Cfr. B. Höhn, cit., p. 77.

<sup>66</sup> Vedi Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, cit.

<sup>67</sup> Vedi in merito H. Arendt, *We Refugees, in Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, a cura di M. Robinson, Faber and Faber, London 1994. Per una intensa testimonianza sul campo di Gurs, si legga L. Fittko, *Mein Weg über die Pyrenäen. Erinnerungen 1940/41*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2010, pp. 31 ss.

quell'Adolf Eichmann, *Obersturmbannführer* delle S.S., che poi Arendt ritroverà in gabbia a Gerusalemme vent'anni dopo.

La vera libertà – secondo Arendt – è solo quella “positiva”, democratica. Quella “liberale”, che può rinvenirsi anche al di fuori dello status di cittadino, è instabile, fragile, perché ci può essere sottratta in ogni momento, se ci si dichiara estranei ad ogni comunità politica e ad ogni sfera pubblica. La libertà per lei è eminentemente “spontaneità”, coincide con l’“iniziare”: «Freiheit identisch ist mit Anfangen»<sup>68</sup>. La libertà allora non è scelta tra corsi d'azione *già dati*, bensì creazione di *nuovi* corsi d'azione. E ciò è possibile solo nello spazio proprio della politica, quello che si dà tra gli esseri umani, nella loro relazione, nel loro agire di concerto. «Politik entsteht in dem *Zwischen-den-Menschen*, also durchhaus *außerhalb* des Menschen»<sup>69</sup>. La politica è spazio plurale *par excellence*.

Per essere libero devo poter agire politicamente, e per far ciò ho bisogno di avere attorno a me dei compagni con i quali possa relazionarmi da uguale. «Ohne solche Anderen, die meinesgleichen sind, gibt es keine Freiheit»<sup>70</sup>. Libertà dunque rimanda ad uguaglianza – un'altra tesi che cozza con la dottrina di Schmitt così profondamente intrisa di antiegalitarismo. In questo senso la libertà è sempre un esercizio di democrazia, di creazione e partecipazione, non di allontanamento o di solitudine. Della cosiddetta libertà repubblicana, ovvero della libertà come “indipendenza”, oggi evocata e resa di moda tra Cambridge e Sidney, non fa alcuna menzione. Appartenenza e partecipazione sono così la garanzia essenziale che la nostra umanità sarà rispettata. Una umanità nuda è sommamente pericolosa, ché riduce l'essere umano a brutta naturalità, privandolo della dimensione plurale ed intersoggettiva che gli è propria. Paradigmaticamente si dà nella condizione del *paria*, del

---

<sup>68</sup> Arendt, *Was ist Politik?*, cit., p. 34.

<sup>69</sup> Ivi, p. 11. Corsivo nel testo.

<sup>70</sup> Ivi, p. 39.

soggetto di cui si può fare qualsiasi cosa ed al quale qualsiasi cosa può essere imposta<sup>71</sup>.

Si ricorderà che Schmitt anche lui è critico della nozione di “umanità”: Chi dice umanità vuole ingannare, «Wer Menschheit sagt, will betrügen» – dice riprendendo una frase di Proudhon<sup>72</sup>. Allora, si potrebbe qui rinvenire almeno un punto in cui Schmitt e Arendt non siano così lontani, un punto d’accordo o d’incontro dunque. Ma non è così. Anche qui Arendt si contrappone al giurista tedesco. Questi attacca la nozione di “umanità” per il suo contenuto morale, per la sua forza universalizzante ed inclusiva. Infatti – le rimprovera Schmitt – umani sono tanto l’amico e il nemico<sup>73</sup>. “Umanità” in quanto idea morale risulterebbe nozione antipolitica. Universalizza invece di particularizzare. Include non esclude.

Per Arendt “umanità” invece è nozione ancora troppo poco morale, in quanto la sua inclusività è ridotta. Non riesce infatti ad aprirci le porte della cittadinanza. La sua è una dignità meramente promessa, ma non concessa. Ed ecco perché Arendt ci dice che c’è solo “un solo diritto umano”, quello alla cittadinanza. Toltaci questa, ci è anche sottratta la capacità di farci rispettare come esseri umani. Se per Schmitt l’umanità è inclusiva, per Arendt essa rimane una nozione divisiva ed escludente. E qui si dà un’ulteriore stoccata a Schmitt: lo *jus publicum europaeum*, tanto celebrato dal giurista tedesco, «the comity of European peoples» – lo chiama Arendt<sup>74</sup> –, viene smantellato, allorché si nega la cittadinanza come diritto umano inclusivo, ed umanità e cittadinanza vengono radicalmente separate. Il concerto normativo degli Stati europei crollò

---

<sup>71</sup> Vedi H. Arendt, *The Jew as Pariah. Jewish Identity and Politics in the Modern Age*, Grove Press, New York 1978. Si legga anche H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, con prefazione di S. Power, Schocken Books, New York 2004, p. 376: « The fundamental deprivation of human rights is manifested first and above all in the deprivation of a place in the world which makes opinions significant and actions effective».

<sup>72</sup> Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, cit., p. 55.

<sup>73</sup> Vedi *ibidem*.

<sup>74</sup> Arendt, *We Refugees*, cit., p. 119.

allorché si consentì che i suoi membri più deboli fossero esclusi dalla cittadinanza, e «esposti al fato di esseri umani che, non protetti da nessuno specifico diritto o da nessuna convenzione politica, non sono null'altro che esseri umani»<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Ivi, p. 118.

Finito di stampare nel mese di maggio 2019  
da Tipografia Montserrat S.n.c. - Vicopisano (PI)  
per conto di Pisa University Press