

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

2|2019

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (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

Questo numero di Diacronia è stato curato da Francisco Javier Ansuátegui Roig.

© Copyright 2020 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 978-88-3339-347-6

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 Ansuátegui 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, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti.

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado del Bò, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Andrea Porciello, Federico Puppò, 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

www.pisauniversitypress.it

Indice

Riflessioni sul metodo

La storia del pensiero giuridico, fra “archivio” e “discipline”
Pietro Costa9

Perché leggere i classici
Giulia Maria Labriola.....19

La filosofia del diritto come metodo e l’oblio della riflessione sul diritto naturale
Mario Ricciardi43

Norberto Bobbio e la storia della filosofia del diritto
Tommaso Greco.....77

Saggi

Esculpir el tiempo. Una mirada desde la filosofía del derecho a la construcción del orden y la sociabilidad
Maria José González Ordovás.....109

Una ciudadanía nobiliaria frente al estado de igualdad: el momento Tocqueville
Julián Sauquillo143

Il costituzionalismo vittoriano tra libertà e impero
Giorgio Scichilone.....185

Il costituzionalismo tedesco da Weimar al nazionalsocialismo. Figure e problemi
Ulderico Pomarici209

Lo Stato e la frontiera. Appunti sulla libertà di movimento
Lorenzo Milazzo.....273

Note e discussioni

Forme e dimensioni urbane della paura

Valerio Nitrato Izzo.....309

IL COSTITUZIONALISMO TEDESCO DA WEIMAR AL NAZIONALSOCIALISMO. FIGURE E PROBLEMI¹

Ulderico Pomarici

Abstract

In this paper my aim is to analyze the legal-philosophical debate developed during the constitutional experience of the Weimar Republic, until the fall and rise of the National Socialist legal regime. I will structure my analysis by focusing mainly on the doctrine of three legal scholars who were at the very center of the debate: Rudolf Smend and his doctrine of integration; Hans Kelsen and his theory of normativity; and Carl Schmitt and his concept of decision.

Keywords

Weimar Constitution; Carl Schmitt; Hans Kelsen; Rudolf Smend; National Socialism.

1. Premessa

Quale senso attribuire oggi a una riflessione sul costituzionalismo tedesco fra il 1919 – quando si inaugurò l'Assemblea costituente che a Weimar avrebbe steso la costituzione repubblicana – e il 1933, quando

¹ Data la specificità del tema non ci saranno per gli autori trattati indicazioni bibliografiche generali, ma solo quelle di volta in volta rese necessarie per l'argomentazione.

per vie legali il nazionalsocialismo iniziò la sua opera di distruzione di ogni principio di legalità? Credo che questo senso vada ritrovato nella sua storia contraddittoria: l'aver chiuso un'epoca e assieme inaugurato, dal punto di vista politico-giuridico, la nostra, aprendo la crisi della sovranità politica come si era delineata nelle forme dello *jus publicum europaeum*². Trovandosi, in gran parte, di fronte agli stessi nodi di fronte ai quali ci troviamo noi oggi. Nodi in gran parte irrisolti. Abbiamo infatti assunto da quella forma costituzionale varata nel 1919 la stessa relazione fra diritti e potere politico, fra *auctoritas* e *potestas*, legalità e legittimità, dunque fra potere costituente e potere costituito. Così come ereditiamo da Weimar l'apertura verso diritti inviolabili, quei principi giuridici che tracciano – nel crocevia fra diritto e morale, in quanto principi di giustizia – “la sfera dell'indecidibile”³ e richiedono un'essenziale – e problematica – opera di interpretazione. Opera che mette in questione la divisione dei poteri ereditata dallo Stato di diritto ottocentesco: chi può dire infatti oggi, in modo incontrovertibile, dove si colloca la sovranità fra Legislativo e Giurisdizionale?

1.1. Il contesto politico

La Repubblica di Weimar nasce fundamentalmente da tre eventi: la disfatta militare nella prima guerra mondiale, cui seguirà una crisi economica senza precedenti; il crollo dell'Impero austro-ungarico; e la rivoluzione del '18-'19. È la sinergia fra questi tre eventi che accelera la trasformazione politica con l'instaurazione della Repubblica, di quel-

² Si veda C. Schmitt, *Der Nomos der Erde, im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, Köln 1950; tr. it. di E. Castrucci, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 2003³.

³ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001.

la che era indubbiamente una “democrazia improvvisata”⁴, che veniva cioè costruita sperimentalmente e su fragili basi, un *novum* per la nazione tedesca. Arthur Rosenberg delinea chiaramente il problema: «nel novembre 1918 si verificò la più strana di tutte le rivoluzioni, quando le masse che si riconoscevano nella maggioranza parlamentare si ribellarono al governo di Max von Baden, cioè la realtà della loro stessa mediazione politica»⁵. Perché accadde questo? Von Baden, ultimo Cancelliere dell’Impero tedesco, presiedeva un governo che per la prima volta includeva rappresentanti del Partito socialdemocratico, tra cui Friedrich Ebert e Philipp Scheidemann. Di fronte alla disfatta militare, il Reichstag aveva infatti immaginato un passaggio indolore, la *Parlamentarisierung* della monarchia, per salvare l’Impero. Ma i parlamentari eletti non avevano legami diretti con la base popolare. Il nascente “Stato dei partiti” era formato da un potere sostanzialmente d’élite, mentre le masse costituivano inizialmente la forza decisiva: «la repubblica può contare su una sola forza attiva di difesa: il movimento operaio organizzato»⁶. Tutto apparve invece come un’operazione di vertice. E la rivoluzione fu infatti innanzitutto una rivolta di soldati e operai che si sollevarono, sì, contro la fame e la guerra, «ma soprattutto contro una gestione politica autoritaria, antidemocratica»⁷. Gestione autoritaria della quale faceva parte anche la SPD, che di fatto, preparata a diventare partito di governo già durante la guerra, per gestire la transizione, non aveva né saputo né

⁴ Cfr. T. Eschenburg, *Die improvisierte Demokratie. Gesammelte Aufsätze zur Weimarer Republik*, R. Piper, München 1964; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4: *L’età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 14; K.D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Athenäum, Düsseldorf 1978, p. 16; G.E. Rusconi, *La crisi di Weimar*, Einaudi, Torino 1977, pp. 5 ss.

⁵ A. Rosenberg, *Die Entstehung der deutschen Republik 1871-1918*, Rowohlt, Berlin 1928; tr. it. di G. Gentili, *Origini della repubblica di Weimar*, Sansoni, Firenze 1972, p. 238.

⁶ Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 43.

⁷ Ivi, p. 16. Cfr. anche H. Mommsen, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar. 1918-1933*, Ullstein, Berlin 2009, p. 27.

voluta governare senza l'appoggio dell'apparato istituzionale esistente, non riuscendo a svincolarsi dai condizionamenti del potere imperiale radicato nell'amministrazione centrale⁸. Così, nel tentativo di dare la parola a chi non l'aveva mai avuta, nascono i Consigli degli operai e dei soldati. Tentativo unilaterale però, incapace di un progetto istituzionale più ampio e di governo. In quanto tale, questo tentativo rivoluzionario fu combattuto, *in primis*, dalla SPD, il partito socialdemocratico prigioniero di una logica puramente governativa e impegnato a proporre un progetto di riforma costituzionale assieme al partito cattolico, il Zentrum e all'élite burocratico militare. Infatti, al fine di ottenere il governo del paese, la SPD trova i propri alleati dentro le istituzioni dell'Impero in disfaccimento, mentre i Consigli, assieme alla "Lega di Spartaco", restano isolati a condurre la loro battaglia che si concluderà nel sangue nel gennaio del 1919, ad opera proprio di Friedrich Ebert, presidente della SPD, capo del governo provvisorio e poi primo presidente della Repubblica. Egli aveva già espresso il suo "orrore per la rivoluzione". Dunque l'Assemblea che si riunisce a Weimar appena un mese dopo, nel febbraio 1919, nasce sulle ceneri di questo tentativo di democrazia radicale i cui esponenti di punta – e vittime della repressione – furono gli "spartachisti" Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht. Non è un caso che la repressione del moto rivoluzionario sia riconducibile alla responsabilità di Gustav Noske, socialdemocratico e ministro della difesa nel primo Gabinetto Scheidemann. A lui sono riferite le parole che legittimarono la repressione nel sangue degli spartachisti: "*Einer muss den Bluthund machen! Ich scheue die Verantwortung nicht!*"⁹. La repubblica weimariana mosse da questa tragedia sperimentando nel breve suo corso tutti gli stadi del declino democratico: perdita di potere, vuoto di potere, presa

⁸ Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 145 ss. Cfr. anche S. Mezzadra, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Il Mulino, Bologna 1999, pp. 284-285.

⁹ "Anche il boia è necessario. Non ho timore della responsabilità".

del potere da parte del partito nazionalsocialista¹⁰. Sono queste le tappe che cercheremo ora di enucleare nel dibattito sul costituzionalismo.

1.2. L'eredità filosofico-giuridica

Quale pensiero matura dunque nella scienza giuridica tedesca che sosteneva questo passaggio storico? Per comprenderlo è necessario fare un passo indietro. La sua riflessione nasceva infatti sulle basi del diritto pubblico ottocentesco, dominato, da un lato, dalla figura di Laband, con la formulazione di un positivismo giuridico che aveva maturato un concetto di validità pienamente formale, dall'altro dai modelli organici-stici di Gierke, Beseler, Preuss e Bluntschli. In una posizione mediana, con i suoi *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, si può collocare la figura di Gerber, poiché nel suo pensiero confluivano, in un tentativo sincretistico, entrambe le dimensioni della scienza giuridica tedesca. La compresenza di queste due grandi linee teoriche nel loro permanere conflittuale si spiega alla luce della costruzione del diritto pubblico tedesco dopo il 1789. La Germania non riuscì a metabolizzare, nella sua elaborazione culturale, gli elementi di progresso insiti nell'ondata rivoluzionaria, ma arretrò, piuttosto, di fronte agli eccessi di quell'ondata. Così, il liberalismo borghese che maturò in terra tedesca finì per subordinare del tutto la libertà politica alla libertà civile: «l'ideale dei liberali tedeschi assume la forma di una società armonicamente regolata, dominata da un'istanza di razionalità nascente dal suo stesso seno»¹¹. Di qui prende le mosse la figura, decisiva, di Karl Friedrich von Savigny, il fondatore della Scuola storica alla metà dell'Ottocento e grande romanista. Non va infatti dimenticato che la scienza del diritto

¹⁰ Cfr. K.D.T. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, cit.

¹¹ M. Fioravanti, *La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione giuridica dello Stato*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1982, p. 24.

romano costituisce il fondamento della scienza giuridica europea¹². Nel segno del diritto come garante della *continuità* del vivere in comune: «Das wahre Recht wird nicht gesetzt, sondern entsteht in einer absichtlosen Entwicklung». Dunque, «die Rechtswissenschaft als die Hüterin des nicht nur gesetzten Rechts» si presenta come «die eigentliche Rechtsquelle»¹³. Per questo motivo, in Savigny il *Volksgeist* costituisce – con le consuetudini che assicurano la continuità organica delle comunità – l’idea di una progressione naturalistica, di un fondamento etico inconcusso che rappresenta la base ideale sulla quale edificare l’edificio giuridico al riparo da ogni scossone rivoluzionario: «die Entwicklung war dabei als ein ruhiges Wachstum gedacht, das durch die fortwährende Bezugnahme auf solche Quellen seine Kontinuität bewahrte und vor Willkür geschützt blieb»¹⁴. Coerentemente organicista nella rappresentazione della sfera pubblica, Savigny, nell’ambito del diritto privato, accoglie l’idea dell’uguaglianza degli individui «facendo di ogni soggetto come tale il titolare di diritti e doveri e risolvendo il rapporto giuridico in una semplice relazione interindividuale»¹⁵. Ed è dunque logico che lo strumento principe in queste condizioni divenga «inevitabilmente la scienza giuridica, la quale sola possiede la necessaria obiettività, il necessario bagaglio di tecnica e di tradizione storica»¹⁶ per rilevare il diritto preesistente. Ecco perché lo scienziato del diritto e il dotto sono superiori al legislatore e la scienza è superiore alla legge. La celebrazione del *Volksgeist*, lungi dall’essere antinomica, è perfettamente fun-

¹² Cfr. C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44), in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin 19732, p. 391.

¹³ «Il diritto in quanto tale non è posto, ma scaturisce nel corso di uno sviluppo privo di volontà [...] la scienza giuridica come custode del diritto non solo posto [...] l’autentica fonte del diritto» (ivi, pp. 411-412).

¹⁴ «Il processo fu pensato nel senso di un pacifico sviluppo che, tramite l’ininterrotto legame con queste fonti, manteneva la propria continuità e restava immune dall’arbitrio» (ivi, p. 413).

¹⁵ Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 337.

¹⁶ Fioravanti, *La scienza giuridica*, cit., p. 48.

zionale al primato della *scientia iuris*. La ragione illuministica diventa il “motore immobile” che nella legge esprime la propria *naturalistica* perfezione. Ma ciò lo può perché inscritta nella sapienza dei dotti. Lo Stato per Savigny è funzione dell’individuo e della sua libertà: «vi sono solo due grandi partizioni della giurisprudenza: scienza del diritto privato e scienza del diritto criminale. In nessun modo il diritto statale – l’esposizione sistematica della costituzione statale – è riconducibile al concetto della giurisprudenza»¹⁷. Il problema è che, dopo Savigny, i due versanti che nella sua teoria sono funzionalmente connessi – organicismo e positivismo – si disgiungono. Così si spiega come la Scuola storica diventi l’incunabolo del formalismo giuridico della Pandettistica: Windscheid e Puchta, suoi allievi, si trovano in una condizione storico-culturale nella quale «saltano, nei fatti, i due punti di riferimento di tutta la teoria giuridica ottocentesca: il popolo e l’individuo»¹⁸ e il conflitto fra capitale e lavoro prende sempre più spazio, guidando il ceto dei giuristi verso quel positivismo giuridico che avrà in Laband, Jellinek e Kelsen – nelle differenze sostanziali che pur li connotano – i suoi alfieri. Con la teoria di Gerber si compie, per la prima volta in modo sistematico, allontanandosi da Savigny, il tentativo di una fondazione giuridica del diritto pubblico:

il diritto, il quale innanzitutto sorgeva insieme con i rapporti reali ed esisteva soltanto come parte integrante di questi rapporti, si staccava poi progressivamente dai rapporti economico-politici, diventava ‘astratto’ e conquistava una propria esistenza autonoma in istituzioni e principi esattamente determinati, sicché alla fine di questo processo di obiettivazione, il diritto stesso dominava i rapporti reali ed infine non era il diritto più espressione di questi rapporti, bensì i rapporti stessi espressione del diritto¹⁹.

¹⁷ Ivi, p. 26.

¹⁸ M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979, p. 11.

¹⁹ W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, V. Klostermann, Frankfurt a. M. 1958; tr. it. di P.L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo*

1.3. Segue

Lo Stato è affermato così “personalità giuridica”, legittimato dal mandato popolare, ed è soltanto dal popolo, ma non *qua talis*, in una dimensione organica – bensì come “Stato-volontà”, detentore assoluto della sovranità – che discendono i diritti pubblici dell’individuo (“diritti riflessi”) in quanto prodotti dalla e assoggettati alla statualità²⁰, dunque *Machtstaat*, Stato politico. L’individuo non appare più come fonte dei diritti, ma è lo Stato-macchina che avoca a sé l’intera prerogativa. Eppure c’è un filo che lega ancora il positivismo di Gerber all’organicismo di Gierke, ed è «la ricerca della collocazione della *Herrschaft* statale nel contesto dell’esperienza dell’intera collettività». Questa tensione sembra terminare con Laband, per il quale la personalità giuridica dello Stato non ha più alcun senso autonomo in quanto ipotesi scientifica, «ma solo in quanto caratterizzante la dimensione essenziale dello Stato medesimo, che è quella della *Herrschaft* e del *Befehl*». Così si assiste alla provvisoria scomparsa di quel primato della scienza giuridica che aveva trovato in Savigny il suo alfiere e, grazie a Laband, si assiste al «progressivo adeguarsi dell’intelligenza giuridica al ruolo di mera tecnica dell’apparato di potere»²¹. Questo positivismo giuridico che getta le basi del costituzionalismo si ricollega inevitabilmente alla teoria hobbesiana dello Stato: lo Stato d’ora innanzi si esprime esclusivamente attraverso il diritto²². Ma, d’altro canto, permane come separato l’altro versante risalente a Savigny, quello organicista: secondo Gierke, infatti, è la natura organica dello Stato e dei corpi sociali, è proprio e solo il suo es-

XIX, Giuffrè, Milano 1974, p. 106.

²⁰ Cfr. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, p. 113.

²¹ Fioravanti, *La scienza giuridica*, cit., p. 342.

²² Cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico, costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», IV (2006), pp. 1643-1668; B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

sere unità vivente del popolo a fondare i diritti degli individui in quanto suoi membri. E proprio nel diritto questo Stato, a garanzia dell'autonomia individuale, incontra i limiti alla propria azione. Si è mostrato come Gierke non sia semplicemente l'epigono della tradizione organicistica ottocentesca ma – pur soccombendo all'incedere del metodo labandiano – egli rappresenta le forme giuridiche del Reich bismarckiano²³. E in particolare quella disposizione “sociale” dell'Ottocento tedesco che troverà nella *Weimarer Verfassung* una prima compiuta sistemazione. Gierke dunque si contrappone alla concezione gerberiana nel punto decisivo: «Der Begriff einer rechtlichen Organisation und eines Verfassungsrechts ist dem Staatsrecht mit jeder Körperschaft gemein, dagegen im Privatrecht ohne jede Analogie»²⁴. Dunque la posta in gioco è chiara: si tratta di stabilire su che basi costruire la sovranità dello Stato e a chi spetti il primato nella costruzione del diritto pubblico. Al diritto privato o al diritto pubblico? All'individuo astratto del positivismo giuridico o ai corpi sociali dell'organicismo? Del resto cos'è la *Zwei-Seiten-Theorie* (teoria dei due lati dello Stato) di Jellinek se non il tentativo di tenere insieme i due momenti che appaiono invece geneticamente conflittuali? «Der Staat ist einmal gesellschaftliches Gebilde, sodann rechtliche Institution. Dementsprechend zerfällt die Staatslehre in die soziale Staatslehre und die Staatsrechtslehre. Die allgemeine Staatslehre insbesondere hat demnach zwei Abteilungen: die allgemeine Soziallehre des Staates und die allgemeine Staatsrechtslehre»²⁵. Il tentativo di Jellinek

²³ Cfr. Fioravanti, *La scienza giuridica*, cit., p. 323.

²⁴ «Il concetto di un'organizzazione giuridica e di un diritto costituzionale è quel che il diritto pubblico ha in comune con ogni corporazione; all'opposto nel diritto privato non c'è alcuna analogia» (O. Gierke, *Drei kleine Abhandlungen*, Scientia, Aalen 1973, p. 123, citato in Fioravanti, *La scienza giuridica*, cit., p. 327).

²⁵ «Lo Stato è innanzitutto una formazione sociale e poi un'istituzione giuridica. Di conseguenza la dottrina dello Stato si divide in dottrina sociale dello Stato e dottrina del diritto pubblico. In particolare, la dottrina generale dello Stato si compone di due parti: la dottrina generale della società e la dottrina generale del diritto pubblico» (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, O. Haring, Berlin 1900, p. 10).

muove dalla consapevolezza della nuova dinamica di forze sociali che si affacciano sulla scena pubblica tra fine '800 e inizio '900, rendendo necessario un «riassorbimento del popolo nello Stato»²⁶, senza tuttavia essere in grado di rivitalizzare una scienza costituzionale ancora ristretta nell'idealizzazione dell'apparato statale, nella sua «irrinunciabile centralità assoluta»²⁷. Il pensiero di Jellinek finisce quindi per limitarsi a un'analisi della funzione statale senza riuscire a cogliere i nessi che l'innervano a «*tutto* il complesso della vita collettiva» pur comprendendo che sarebbe stato necessario andare oltre. Egli restò dunque intrappolato nella polarizzazione che positivismo e organicismo avevano creato, consegnando al nuovo secolo l'ambiguità, dalla quale tutto il dibattito sarebbe partito, fra l'elemento politico e quello normativo della sovranità.

2. La *Methodenstreit* weimariana: figure e teorie costituzionali

«L'assetto istituzionale configurato a Weimar segna un punto di svolta nella storia del costituzionalismo, in quanto, per più di un verso, rappresenta la conclusione di quel ciclo apertosi con le rivoluzioni politiche francese e americana»²⁸. Conclusione, perché con l'instaurazione dello Stato democratico, si ridefiniva in modo radicale il rapporto fra legalità e legittimità – incunabolo dello Stato costituzionale di diritto in Europa – che dispiegherà tutta la sua carica problematica nella polemica fra Hans Kelsen e Carl Schmitt, polemica centrale per interpretare il

²⁶ Fioravanti, *La scienza giuridica*, cit., p. 408.

²⁷ Ivi, p. 414.

²⁸ P.P. Portinaro, *Weimar e la teoria politica del Novecento*, in «Cultura tedesca», XIV (2000), p. 114. Cfr. anche M. Stolleis, *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert)*, Beck, München 2014, pp. 84 ss.; I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Staates*, in Id. *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, Fink, München 1986, pp. 36 ss.

costituzionalismo del Novecento. Non è un caso che in quel dibattito il rapporto fra legalità e legittimità sottendesse il rapporto fra potere costituente e potere costituito, la natura della giurisdizione costituzionale e la natura della sovranità, ovvero il problema cruciale della rappresentanza. La riflessione del diritto pubblico tedesco, pur conservando l'ambiguità formatasi alle sue radici, tentò nel corso degli anni '20 di immaginare, allontanandosi tanto dal liberalismo quanto dal socialismo, un *tertium genus*, esperimento che tuttavia finì tragicamente con l'esito nazionalsocialista. La Carta che fu varata a Weimar l'11 agosto 1919 riflette l'ambizione di costituzionalizzare la complessità sociale che intendeva governare: i nuovi soggetti e l'affermazione dei diritti sociali che ne fissavano la dignità. A fronte di questo progetto ambizioso che allineava accanto ai diritti civili e politici anche i diritti sociali – cruciale fu in questo senso l'opera di Friedrich Naumann che perorò la causa dei nuovi diritti per il *Verbandsmensch*, l'uomo socializzato dell'epoca industriale – e che rende la Costituzione di Weimar «uno scarto rilevante rispetto al costituzionalismo ottocentesco»²⁹ – permanevano le difficoltà dettate dal carattere plurale, dunque eterogeneo e conflittuale, della composizione dell'Assemblea costituente weimariana. Accanto al Centro cristiano-democratico e agli eredi dell'Impero tramontato, vi erano la democrazia laica e la socialdemocrazia. L'Assemblea era infatti il frutto della transizione fra Impero e Repubblica, erede dunque delle ambiguità di quel passaggio. La Carta che ne scaturisce è così da un lato una riscrittura del modello ottocentesco “nel linguaggio dei diritti”³⁰; mentre dall'altro, mostra una

²⁹ Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 7, p. 11. Ma va detto che nel 1916, tre anni prima della costituzione weimariana, la Costituzione del Messico fissava già un corpus di diritti sociali: il diritto dell'operaio a che il contratto non menomi la sua libertà di uomo e non limiti i suoi diritti politici e sociali (art. 5); il diritto alla libertà sindacale e il diritto di sciopero (artt. 17, 21, 22, 123); il diritto a giusti salari e a soddisfacenti condizioni di lavoro, garantite queste ultime dalle responsabilità dei datori di lavoro per il caso di malattie e infortuni professionali (artt. 123, VI, X, XLV).

³⁰ Cfr. Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 6, p. 14.

natura compromissoria che – giustapponendo negli equilibri costituzionali forme politiche monarchiche, aristocratiche e democratiche, e configurando quindi di fatto una costituzione mista – aggiungeva ulteriore ambiguità a quel pluralismo incomponibile di cui si è appena detto. E Carl Schmitt ne sanzionò la natura compromissoria³¹. Perché dunque Weimar ci interessa ancor oggi? Lo spiega bene P.P. Portinaro, che insiste sulla “fondamentale ambivalenza” che analogamente connota l’edificio costituzionale delle nazioni europee nel dopoguerra:

Tre aspetti, tra loro connessi, meritano di essere tematizzati nella loro reciproca implicazione: a) la duplice natura della democrazia: plebiscitaria e rappresentativa; b) la duplice natura della rappresentanza: privatistica e pubblicistica, particolaristica e totalizzante; c) la duplice logica delle istituzioni: politica e giurisdizionale³².

Ormai la nazione tedesca aveva intrapreso una strada differente rispetto alla costituzione imperiale e all’omogeneità sociale che l’aveva connotata per tutto l’Ottocento sigillandone le forze. All’alba degli anni ’20 si profila un pluralismo divisivo e conflittuale e la *Weimarer Verfassungsdebatte*, pur nella ricchezza e nella profondità dei suoi contributi, mostra anche il livello di incertezza e di divisione a volte lacerante che la anima³³. Intellettuali come Hans Kelsen, Hermann Heller, Rudolf

³¹ Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928, p. 31, pp. 304-305. Schmitt sostiene che accanto ad autentici compromessi su punti non decisivi della Costituzione, emergono *Scheinkompromisse* (compromessi fittizi) su temi fondamentali, come la relazione fra Stato e Chiesa e quella fra Stato e educazione scolastica: «poiché essi non riguardano nessuna decisione oggettiva raggiunta tramite una concessione bilaterale, ma la loro sostanza consiste proprio nel differire e rinviare questa decisione» (ivi, p. 31). A questa osservazione risponde Hermann Heller in *Freiheit und Form in der Reichsverfassung* (1929-30), in Id., *Gesammelte Schriften*, II, Sijthoff, Leiden 1971, p. 375; cfr. sul punto Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 8.

³² Portinaro, *Weimar e la teoria politica del Novecento*, cit., p. 121.

³³ Cfr. i quaderni della *Gesellschaft der deutschen Staatsrechtslehrer* dove vengono pubblicate le *Tagungen* della società. Per una “summa” del dibattito metodolo-

Smend, Carl Schmitt, Max Weber, Friedrich Naumann, Hugo Preuss, Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, – che rappresentano le anime di questo dibattito nell’analizzare le difficoltà e i problemi del tutto nuovi che poneva la democrazia weimariana – esprimono punti di vista e linguaggi spesso irriducibilmente contrapposti, pur contribuendo alla ricerca di nuove soluzioni. Divisioni che non erano se non il riflesso, sul piano del dibattito filosofico-giuridico e giuspubblicistico, delle divisioni *reali* sul piano politico e su quello sociale. Perché «Ursachen, Entstehung und Verlauf des staatsrechtlichen Methoden- und Richtungsstreits [risiedono] im Wechsel der Staatsform und in den neuen gesellschaftlich-politischen Bedingungen des aus Revolution entstandenen parlamentarisch-demokratischen Staates erblickt werden muß»³⁴. All’interno di questo sviluppo magmatico sembra di poter riconoscere due raggruppamenti fondamentali: uno legato all’idea del diritto costituzionale come «diritto politico»³⁵ rappresentato da giuristi come Triepel, Smend, Kaufmann e Leibholz. Il testo che più aspramente combatte quest’idea è senz’altro il kelseniano *Der Staat als Integration*, che condanna la teoria di Smend poiché la sua idea della “realtà” dello Stato sarebbe servita «alla lotta contro la costituzione della Repubblica tedesca»³⁶. L’altro raggruppamento, invece, legato al positivismo giuridico e all’interpretazione formalistica della costituzio-

gico cfr. M. Friedrich, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CII (1977), pp. 161-209. L’autore indica in Smend, Kelsen e Heller i tre protagonisti della discussione metodologica.

³⁴ «Cause, origine e decorso del dibattito sul metodo e l’orientamento del diritto pubblico vanno ritrovate nel mutamento della forma di Stato e nelle nuove condizioni socio-politiche scaturite dalla rivoluzione democratico-parlamentare dello Stato» (Friedrich, *Der Methoden- und Richtungsstreit*, cit., p. 166).

³⁵ Ivi, p. 171.

³⁶ H. Kelsen, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Springer, Wien 1930; tr. it. di M.A. Cabiddu, *Lo Stato come integrazione*, Giuffrè, Milano 2001, p. 145.

ne (Kelsen, Anschütz, Thoma). I due raggruppamenti si dividono su di un'alternativa di principio: è il metodo che condiziona e determina l'oggetto della conoscenza, o viceversa?³⁷. La caduta dell'Impero e le macerie della guerra avevano infatti indotto una crisi che improvvisamente apriva divisioni profonde nel tessuto socio-economico mostrando al contempo un fiorire di movimenti, partiti, associazioni che rendevano la situazione tedesca sempre più difficilmente governabile. Al fine di illustrare le linee essenziali del costituzionalismo tedesco, tra le figure di giuristi enunciate qui sopra e le relative teorie costituzionali degli anni weimariani ne abbiamo scelte tre che, nelle loro differenti opzioni, ben si prestano a riassumere la discussione teorica che sarà fondamentale per l'intero costituzionalismo europeo.

2.1. Rudolf Smend o dell'integrazione

2.1.1. (Segue) «Für die Staatsrechtslehre dieses Jahrhunderts ist die Integrationslehre in Für und Wider, in oft vermittelter, gebrochener und unmerklicher Wirksamkeit, eine Wasserscheide geworden, in der Destruktion aller normativistischen Unbefangenheit und in der Neubegründung der juristischen Theorie einer verfassungsrechtlichen Normativität des demokratischen Verfassungsstaates»³⁸. Così un giurista e costituzionalista tedesco contemporaneo fissa la prestazione teorica di

³⁷ Cfr. R. Miccù, *Prefazione a Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar. Scritti di E. Kaufmann, W. Sauer, G. Hohenauer*, Esi, Napoli 1992, p. 151.

³⁸ «Per la dottrina del diritto pubblico di questo secolo la dottrina dell'integrazione rappresenta uno spartiacque, nei pro e nei contro, nei suoi effetti connettivi, intermittenti, inavvertiti, nella distruzione di tutta la neutralità normativistica e nella rifondazione della teoria giuridica di una normatività propria dello Stato costituzionale democratico» (P. Badura, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode Rudolf Smends (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)*, in «Der Staat», XVI [1977], p. 306). Nella *Presentazione* dell'edizione italiana di *Der Staat als Integration*, la curatrice, Maria Agostina Cabiddu nota come il linguaggio smendiano anticipi quello della dottrina e della giurisprudenza contemporanee nell'«indeterminatezza concettuale e

Rudolf Smend. Giuristi di vaglia, come Konrad Hesse, Horst Ehmke, Peter Häberle e Friedrich Müller hanno ripreso all'interno delle loro teorie costituzionali la suggestione smendiana dell'integrazione, ma in quanto concetto esso non è stato successivamente sviluppato in modo compiuto da nessun giurista³⁹. La prestazione teorica di Smend è nondimeno importante e problematica, in quanto riflette il passaggio dal dominio incontrastato del positivismo giuridico, alla sua crisi, che coinciderà con quella drammatica di Weimar. Smend, proveniente da una famiglia di teologi protestanti e studioso di vaglia del diritto canonico, per un verso rappresenta la continuità della tradizione guglielmina e evangelica della Germania di Bismarck, dell'età imperiale che non vuole passare, dall'altro si apre ai fermenti socio-politici degli anni '20-'30 che portano in primo piano esperienze – come quella fascista, ma anche dei Soviet russi – in cui lo Stato diventa il momento di organizzazione corporativa della società. Il più fiero avversario di Smend, Hans Kelsen, riduce la dottrina dell'integrazione all'organicismo ottocentesco dei Beseler e dei Gierke⁴⁰, mentre il tentativo di Smend, come intuisce anche Schmitt, è quello di una riflessione – sia pure con strumenti forse inadeguati – volta al futuro della democrazia di massa. La critica kelseniana a *Verfassung und Verfassungsrecht* – è stato giustamente osservato, «troppo violenta, senza misura, persino irritante»⁴¹ – coglie però elementi di verità. È il caso dell'accusa di teologia politica che di certo costituisce la spina dorsale della sua dottrina dell'integrazione. Ma non intesa – come l'interpretava Kelsen – nel senso schmittiano. Anzi, si può dire che in Smend la teologia politica di Schmitt si presenti rovesciata. Non è un caso che in lui manchi del tutto il tema dello stato di eccezione. Il le-

la pressoché totale mancanza di chiusura sistematica» (in Smend, *Lo Stato come integrazione*, cit., p. XI).

³⁹ Cfr. Badura, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre*, cit., pp. 305-306.

⁴⁰ Cfr. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, cit., pp. 49-50.

⁴¹ Cabiddu, *Prefazione*, cit., pp. IX-X.

game fra protestantesimo e democrazia lo mostra chiaramente. Mentre infatti la legittimazione sovrana è in Schmitt indotta dall'alto con una lettura molto ideologica di Hobbes – apertura alla trascendenza: “Gesù è il Cristo” – ed è il sovrano che indica la via, il nocciolo della legittimazione in Smend si fonda sul popolo protestante, sulla sua fede e sulla sua azione collettiva quotidiana, dunque radicata non nel vertice, ma nella base⁴². Prova ne sia questa presa di distanza dalle concezioni, pur differenti, della decisione sovrana di Heller e Schmitt: mentre queste due dottrine «mettono in luce la decisione sovrana come nucleo del problema dello Stato, qui si tenta di dimostrare, dal punto di vista delle scienze dello spirito, la realtà di questa decisione come autoformazione politica»⁴³. L'integrazione sembra presentarsi – e radicarsi – come un processo *in interiore homine*.

In prima battuta, credo si possa dunque dire che il contributo di questo giurista, sullo sfondo delle lacerazioni sociali e politiche di quegli anni, vada compreso come il tentativo, certamente utopico, di trovare una chiave che realizzi *autonomamente* la coesistenza sociale così da rendere il processo della legittimazione irenico, in qualche modo *automatico*, e dunque certo⁴⁴. Processo che non può né deve avvenire

⁴² Cfr. R. Smend, *Protestantismus und Demokratie* (1932), ora in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und ander Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin 1955; tr. it. di M.A. Cabiddu, *Protestantesimo e democrazia* in Kelsen, *Lo stato come integrazione*, cit., pp. 162 ss. Sul versante teologico-politico in Smend cfr. J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna 1987, pp. 195 ss.; G. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, ESI, Napoli 2005, p. 72.

⁴³ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928; tr. it. di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988 (d'ora in poi *CDc*), p. 125.

⁴⁴ Si vedano Luther, *Rudolf Smend*, cit., p. 189; U. Pomarici, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, in «Democrazia e diritto», II (1982), pp. 109-135.

giuridicamente. Esso deve solo sancire ciò che già da sempre avviene processualmente nella sfera assiologica, che Smend definisce *Wertgesetzlichkeit des Geistes*: l'orientamento al valore, la normatività assiologica dell'azione politico-sociale in un background indubbiamente legato alla fede. La sua critica alla categoria weberiana di dominio (*Herrschaft*) è da questo punto di vista sintomatica: «il dominio, in quanto fenomeno sociale, non è mai qualcosa di ultimo, ma necessita costantemente di legittimazione [...] Dietro il dominio vi sono sempre altri valori e ordini da cui è dedotto [...] fattori integrativi che hanno già costituito e permanentemente costituiscono la comunità al cui interno il dominio può essere esercitato»⁴⁵. Dunque la “comunità di valori” è in Smend presupposta, così da sottrarsi alla lotta politica e preconstituire un ordinamento politico-giuridico armonico⁴⁶. Egli così non appare in contraddizione quando afferma in modo lapidario: «il concetto di politico è indispensabile per la dottrina del diritto dello Stato»⁴⁷. Mentre infatti si oppone, polemicamente, al formalismo normativistico kelseniano quest'affermazione collima con l'idea di un'integrazione che abbia a soggetto le masse e l'integrazione come processo frutto di una *totale Mobilmachung*.

2.1.2. (Critica del liberalismo) «In Germania la teoria dello Stato e la dottrina del diritto dello Stato sono, ormai da tempo, segnate da una crisi o, per lo meno, da un processo di transizione»⁴⁸. Questo l'incipit di *Costituzione e diritto costituzionale*, l'opera maggiore di Rudolf Smend (1928) collocata fra la *Allgemeine Staatslehre* di Kelsen uscita nel 1925 e la *Verfassungslehre* di Carl Schmitt che è invece anch'essa del 1928, attestando un momento cruciale del dibattito teorico degli *Staatsrechtslehrer* weimariani. A cosa è dovuta questa crisi secondo

⁴⁵ *CDc*, pp. 90-91.

⁴⁶ Cfr. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, cit., pp. 66-67.

⁴⁷ *CDc*, p. 216.

⁴⁸ *Ivi*, p. 59.

Smend? Né alla guerra né alla rivoluzione, ma alla crisi della visione del mondo individualistico-liberale e al dominio del positivismo giuridico di impronta neokantiana (Kelsen in primis), incapace di “leggere” il fenomeno statale all’altezza della crisi della sovranità. Già Heller si era espresso chiaramente su questo punto affermando l’«Heimatlosigkeit des Souveränitätsbegriff im System der reinen Rechtslehre»⁴⁹. Lo Stato, in quanto fenomeno complesso – politico, giuridico, sociale – appare drasticamente ridotto nella riflessione del positivismo giuridico proprio nel momento storico in cui vi fanno irruzione grandi masse disorganizzate di individui che chiedono diritti e governo. Ma è innanzitutto la società tedesca ad aver sviluppato un’estraneità nei confronti del fenomeno-Stato. E con un accento profetico Smend chiarisce «i due principali difetti politici dei tedeschi: l’astensione apolitica rispetto allo Stato e l’adorazione, ugualmente apolitica, del potere»⁵⁰. O apatia politica assoluta o acritica subordinazione all’autorità. Ed era il 1928, cinque anni prima della *Machtergreifung*. La critica di Smend si rivolge alla «rigida sostanzialità» con la quale vengono contrapposti nella dottrina dello Stato trådita «l’io e il mondo sociale». Né una considerazione “causale” o meccanica, né una teleologica si addicono alla *Staatsrechtslehre*: entrambe sono il frutto infatti di un pensiero *individualistico* «che costruisce la sua immagine dei singoli isolandoli l’uno accanto all’altro, per poi connetterli, tramite rapporti giuridici, in immagini concettuali di tipo spaziale»⁵¹. Questo metodo rende impossibile la comprensione della natura dinamica della costituzione statale. La sua analisi, in modo del tutto originale, muove dalla convinzione che la *Staatsrechtslehre*, abbandonando sia il metodo *naturwissenschaftlich* sia quello *kulturwissenschaftlich* debba far proprio il metodo *geisteswissenschaftlich*. Il che, apparentemente, lo avvicinerebbe a Kelsen, per il quale «la scienza del

⁴⁹ «Estraneità del concetto di sovranità nel sistema della dottrina pura del diritto» (H. Heller, *Die Souveränität* [1927], in Id., *Gesammelte Schriften*, II, cit., p. 42).

⁵⁰ *CDC*, p. 61.

⁵¹ *Ivi*, pp. 68-69.

diritto è scienza dello spirito e non già scienza della natura»⁵², ma in Smend questo metodo gioca un ruolo completamente diverso⁵³. Esso viene infatti applicato in una prospettiva filosofica fenomenologica, influenzata innanzitutto dalla *Lebensphilosophie* di Theodor Litt⁵⁴, il quale, attraverso l'astrazione ideante – *ideierende Abstraktion* – studia le vie attraverso cui la comunità come Intero vive, si rigenera e si riflette di continuo nelle sue parti, così che il senso della comunità esiste *immediatamente* nell'esperienza individuale in una costante dimensione di reciprocità. Egli tenta dunque di formulare una *geisteswissenschaftliche Staatstheorie* per la quale “la struttura della realtà spirituale-sociale”, fuori da ogni pensiero “spazializzante”, da ogni *Verräumlichung*, vada intesa “come un moto circolare” espressione che egli trae da Th. Litt. In questo moto circolare l'Io non ha una posizione privilegiata, né isolata, ma viene concepito sempre e solo in relazione, *Ich-Welt*: la realtà storica “vita” si dà sempre come qualcosa di singolare che non consente alcuna espressione generale e/o astratta sulla vita stessa. Ma, se i fattori che compongono la struttura sociale sono posti sullo stesso piano, com'è possibile pensare la realtà sociale in termini gerarchici? Se *Io* e *mondo* sono confusi, com'è possibile pensare le relazioni di potere? Non è un caso che Smend trascuri i partiti in quanto istituti della lotta politica. È infatti attraverso il dissenso che arriva a formarsi il consenso, ma nel processo di integrazione sembra venir meno la politica come evento (implicante il rischio del conflitto), così che l'analisi di Smend

⁵² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Wien 1934; tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1973, p. 56.

⁵³ Cfr. W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Nomos Verlag, Baden Baden 19832, p. 57.

⁵⁴ Cfr. T. Litt, *Individuum und Gemeinschaft. Grundlegung der Kulturphilosophie*, G. Teubner, Leipzig 1926. Kelsen tuttavia in *Lo Stato come integrazione* (cit., p. 14, p. 41) contesta a Smend la fondamentale incomprendimento del testo littiano che separerebbe in modo drastico ciò che Smend continuamente unisce, *Sinn* e *Wert*.

slitta verso una spiritualizzazione armonicistica dello sviluppo sociale⁵⁵. In questo senso non si può dire che egli faccia davvero i conti con la sovranità, se non nel senso di un tentativo, attraverso l'*Integrationslehre*, di suturarne la crisi, di fatto però ignorandone la dimensione "reale"⁵⁶.

2.1.3. (*Le tre forme dell'integrazione*) La teoria dell'integrazione si articola attraverso tre forme: personale, funzionale, materiale; ma Smend avverte subito che nessuna di queste forme è pura nel senso che apparterrebbe esclusivamente al tipo al quale è ascritta⁵⁷. Questo è uno degli elementi metodologici – l'assenza di distinzioni determinate in modo assoluto – sui quali si abbatte la severa critica di Kelsen, ma giova qui ricordare che la tassonomia dei tipi di autorità di Weber, per tanti versi vicina a Kelsen, è posta sotto lo stesso tipo di relativismo metodologico⁵⁸. La prima forma illustra la capacità di rinnovare costantemente attraverso il *Führertum* lo spirito comunitario: «non vi è vita spirituale senza leadership perlomeno nell'ambito della formazione e normazione di una comune volontà culturale»⁵⁹. In questo senso, per un verso questa prima forma di integrazione non si riferisce a una sola forma di Stato e, per altro verso, l'amministrazione non può considerarsi soltanto una macchina razionale (à la Weber): «il compito della personalità al vertice dello Stato non è di tipo tecnico», «ma sta nella natura e nell'atteggiamento della personalità»⁶⁰. Così, nel caso del Consiglio dei ministri, questo, «del tutto a prescindere dai suoi compiti di governo e d'amministrazione, deve guidare e tenere unita una maggioranza parlamentare

⁵⁵ Si veda Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 67. Cfr. anche Luther, *Rudolf Smend*, cit., pp. 183-184.

⁵⁶ Cfr. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, cit., p. 68.

⁵⁷ Cfr. *ivi*, p. 81.

⁵⁸ Cfr. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922; tr. it. di P. Rossi *et al.*, *Economia e società*, I, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, p. 211.

⁵⁹ *CDC*, p. 83.

⁶⁰ *Ivi*, p. 85.

e tramite ciò [...] non solo integrare una parte dei cittadini dello Stato in una coalizione di governo, ma l'intero popolo dello Stato nell'unità statale»⁶¹.

La seconda forma dell'integrazione illustra i caratteri della vita socializzata, ovvero tutti quegli eventi – dalle parate militari ai dibattiti parlamentari, dalle manifestazioni alle elezioni e ai referendum – che hanno le masse a protagoniste. Processi nei quali, grazie al loro contenuto simbolico, viene trasmesso un valore integrante ai partecipanti ricostituendo così la volontà politica: «nello Stato parlamentare il popolo non è già in sé politicamente presente e viene poi ulteriormente qualificato di elezione in elezione, in una particolare direzione politica [...] esso ha invece una sua esistenza come popolo politico, come unione sovrana di volontà, principalmente in virtù di una sintesi politica specifica in cui soltanto giunge sempre di nuovo ad esistere in generale come realtà statale». Qui si misura tutta la distanza fra Smend e le teorie dominanti del politico, da Weber a Schmitt a Heller. Infatti ecco che la politica – nel senso genuino di “lotta”, di costruzione del confine amico-nemico, o dello Stato concepito all'interno di una “scienza di struttura” – diventa irenica validazione del confronto. In particolare Heller rimprovererà a Smend di aver costruito un concetto per il quale, nella pluralità dei processi di integrazione che si succedono l'un l'altro, viene dissolto e scompare quello che può considerarsi l'unico vero oggetto della dottrina dello Stato: «l'unità dello Stato stesso affermantesi in ogni mutamento»⁶². La *Herrschaft*, il dominio, costituisce «la forma più generale di integrazione funzionale» in quanto «l'intera vita costituzionale ha in definitiva l'obiettivo di formare e esprimere una volontà dominante»⁶³. La cifra di quest'integrazione è l'assenza di scopo. Essa è *Selbstzweck*, autotelica: le marce militari, le esercitazioni ginniche, la danza, illustrano

⁶¹ Ivi, p. 83.

⁶² H. Heller, *Staatslehre* (1934), ora in Id. *Gesammelte Schriften*, III, cit., p. 90.

⁶³ *CDc*, p. 98.

bene quest'attività che non ha un fine specifico ma "funziona" per far emergere lo spirito comunitario.

La terza forma dell'integrazione, quella materiale, ha a oggetto i contenuti ideali che animano lo sviluppo sociale, i valori. Così, lo Stato non è un che di reale a prescindere da scopi elaborati al suo esterno, non è strumento tecnico per il loro realizzarsi, ma diventa reale solo «in quanto realizzazione di senso; è identico con questa realizzazione di senso»⁶⁴. Qui sembra assumere rilievo la rappresentazione: la complessità della vita associata infatti ne rende impossibile ai singoli la comprensione, così che dev'essere «condensata, in un momento, rappresentata da esso». Come accade tramite l'istituzione nella rappresentazione politica di simboli: «bandiere, stemmi, capi di Stato (specialmente monarchi), cerimonie politiche e feste nazionali»⁶⁵. Secondo Smend, a coronare gli effetti integrativi della funzione materiale potrebbe esserci una Corte Suprema come nel diritto americano.

Un secondo elemento portante di questa forma è il territorio dello Stato che non va considerato, come fa la dottrina dominante, nella sua funzione spaziale, ma come *Lebensraum* sostanziale, collettore di valori, e la *Staatslehre* deve assumere il territorio «come oggetto di esperienze vissute spirituali, come momento integrativo della comunità politica, in quanto momento di un destino politico comune»⁶⁶. Schmitt a questo proposito sottolinea un tratto significativo della teoria di Smend, il quale, a suo parere, costruisce l'*Integrationslehre* come una «situazione politica nella quale non è più la società che viene integrata in uno Stato preesistente ma è essa che deve integrare sé stessa nello Stato»⁶⁷. Questo

⁶⁴ Ivi, p. 100.

⁶⁵ Ivi, p. 102.

⁶⁶ Ivi, p. 108.

⁶⁷ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 19323; tr. it. di G. Miglio e P. Schiera, *Il concetto di «politico»: testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in Id. *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972, p. 107. Smend, in *CDc*, p. 202, commenta un lavoro sul concetto di divisio-

implica, secondo Schmitt, il concetto di Stato totale. Egli deduce questa conclusione da un commento di Smend a un'interpretazione della concezione hegeliana della divisione dei poteri, per la quale lo Stato penetra in modo capillare «in ogni sfera della società, allo scopo generale di guadagnare alla totalità dello Stato tutte le forze vitali del corpo del popolo»: quella condizione politica nella quale, perdendosi ogni distinzione gerarchica e politica, società e Stato si trasfondono l'una nell'altra senza residui fino a confondersi. Infatti Smend commenta questo passo così: «questo è precisamente ciò che la ricerca presente intende con il concetto di integrazione»⁶⁸.

2.1.4. (Presupposti filosofici) La risposta alla crisi dello Stato e alla sua delegittimazione va trovata quindi, secondo Smend, nei processi di integrazione che rendono possibile il ciclico rinnovarsi della costituzione. Solo processualmente, infatti – nella dimensione sociale –, appare possibile a Smend la formazione e la ricostituzione incessante dell'unità dello Stato che prende forma nella vitalità della Costituzione: «il mondo dello Stato costituisce per l'individuo una possibilità di azione spirituale e quindi, nel contempo, di autoformazione personale», quindi «esso non è tanto un fondamento quanto un momento costante del suo oggetto»⁶⁹. Non è dunque un caso che Smend abbia giustapposto nel titolo della sua opera *Verfassung* e *Verfassungsrecht* come due dimensioni differenti: la prima richiamante l'universo politico-sociale, materiale, dello spazio pubblico; il secondo, invece, la sua “ricaduta” giuridico-istituzionale. Qui è evidente la necessità di abbandonare ogni prospettiva teleologica nello spiegare il fenomeno-Stato: certamente, afferma Smend, esiste un piano della fattualità statale come «unione di coloro che gli

ne dei poteri: H. Trescher, *Montesquieu's Einfluss auf die philosophischen Grundlagen der Staatslehre Hegels*, «Schmollers Jahrbuch», XLII (1918), p. 105.

⁶⁸ *CDC*, p. 202 nota.

⁶⁹ *Ivi*, p. 70.

appartengono di diritto. Ciononostante, questa fattualità è nel contempo problematica [...] essa non è un fatto naturale che si deve accettare, ma una conquista culturale che come ogni realtà della vita spirituale è la vita stessa nel suo fluire, bisognosa di costante autorinnovamento, in questo ininterrotto riabbracciare e riunire i suoi appartenenti»⁷⁰. Rifa-cendosi alla concezione di Litt del *geschlossener Kreis*⁷¹ – una struttura di connessioni dove ogni elemento è in relazione con gli altri – lo Stato è considerato da Smend come istanza del flusso vitale sociale e della compenetrazione fra l'Intero della comunità politica e le sue parti che si appartengono in una relazione di reciprocità: in questo senso esso è necessariamente *Selbstzweck*. Fine in sé, come lo è la vita: non ha un fine né un fondamento predeterminato, in tal modo sfuggendo tanto a una deriva individualistica quanto all'organicismo che tanta parte aveva avuto – come abbiamo sopra accennato – nella *Staatslehre* ottocentesca. Infatti dall'idea del *geschlossener Kreis*

non [...] deriva una persona superindividuale, perché l'intero è e resta soltanto la 'struttura unitaria' delle singole partecipazioni all'esperienza complessiva; non si tratta neppure di 'relazioni' o di 'interazioni' tra i singoli considerati come 'soggetti sostanziali', perché l'essenza della vita spirituale consiste proprio nell'autoformazione, tramite la partecipazione a questa stessa vita, delle monadi spirituali, che non devono essere pensate come sostanza rigida⁷².

Qui Smend è certamente debitore anche del concetto fenomenologico di *Erlebnis* di Dilthey. Considerare lo Stato da un punto di vista fenomenologico significa infatti superare la distinzione assoluta fra dimensione personale e sociale, verso un'integrazione costante delle parti nell'Intero. Solo così è possibile iniziare a comprendere in che modo

⁷⁰ Ivi, p. 74.

⁷¹ Cfr. Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, cit., pp. 234 ss.; si veda anche *CDC*, p. 71.

⁷² *CDC*, p. 71. Sullo Stato come *Selbstzweck* cfr. anche Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 78.

si realizzi la comunità politica: «lo Stato esiste solo perché e in quanto si integra continuamente, si costruisce nei e a partire dai singoli – e in questo processo continuo consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale»⁷³. Non a caso egli si riferisce spesso, parlando dell'integrazione, all'espressione «un plébiscite de tous les jours»⁷⁴.

2.1.5. (Costituzione e integrazione) «La costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la costituzione è la normazione tramite leggi di singoli aspetti di questo processo»⁷⁵. Non a caso dunque Smend pone la *Verfassung* e non lo Stato in primo piano. Egli lo dichiara in apertura del suo saggio: non si tratta di delineare una *Staatslehre* ma solo di sviluppare i presupposti per una *Verfassungslehre*⁷⁶. Particolarmente pregnante sembra la critica di Forsthoff⁷⁷ a questa impostazione: il *Sinnsystem* teorizzato da Smend non può esser vagliato, in modo soddisfacente, egli dice emulando Kelsen, con strumenti giuridici. Il suo linguaggio, sostiene Forsthoff, si mantiene al di fuori del Politico che viene ridotto a tecnica. Dello Stato ridotto a fabbrica, del diritto ridotto a funzione. Così, rovesciando i termini, le norme giuridiche diventano valori e in base a tale equiparazione Smend fornisce una scala di preferenze attribuendo alle norme

⁷³ *CDc*, p. 76.

⁷⁴ Il rimando è alla conferenza del 1932 di Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?*, apparsa in traduzione italiana (di G. De Paola) come *Che cos'è una nazione?*, Roma, Donzelli, 1993.

⁷⁵ *CDc*, p. 150.

⁷⁶ Cfr. *ivi*, p. 67.

⁷⁷ Si veda E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes* (1959), in *Id.*, *Rechtsstaat im Wandel*, W. Kohlhammer, Stuttgart 1964; tr. it. di C. Amirante, *La trasformazione della legge costituzionale*, in *Id.*, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1973, pp. 196 ss.

diversa dignità e rango. Non è che per Forsthoff non vi sia un'*Abstufung* delle norme ma questa resta delineata da un criterio giuridico, pena la perdita di certezza del diritto e dei suoi confini metodologici. La critica di Forsthoff tende a mostrare come, con la teoria smendiana dei valori si giunga, nel dopoguerra, a un mutamento di funzione della legge mediante il quale i diritti fondamentali vengono sottoposti a una *Verwertung*, si valorizzano. Da ciò consegue un'enorme estensione del potere discrezionale del *Bundesverfassungsgericht* rispetto al potere legislativo. Se ad una norma si sottrae il vincolo tecnico-legale di cui è portatrice, se si pretende di porre in essa e non nel Politico il principio di legittimità, essa finisce per ampliare in modo incontrollabile le sue funzioni.

2.2. Hans Kelsen o della Norma

2.2.1. (*Inquadramento*) Hans Kelsen, uno dei grandi giuristi della prima metà del '900 per lucidità, rigore, spirito democratico, fece della sua *Reine Rechtslehre* un caposaldo della cultura giuridica del secolo scorso. Come si è accennato all'inizio, la Costituzione weimariana al suo nascerne ancora traeva le radici dal costituzionalismo ottocentesco, dominato dall'idea «di una circolazione continua e bidirezionale fra soggetti e ordine, l'immagine di un ordine che spontaneamente si sviluppa e progredisce ed esercita con questo un'efficace pressione inclusiva sui soggetti»⁷⁸. Ecco, Kelsen – che per tanti versi fu un innovatore –, rompe con quest'illusione: a cavallo del secolo, l'ingresso imponente delle masse nello Stato e la loro politicizzazione aveva provocato una sconnessione profonda e irriducibile in quell'armonia prestabilita ereditata dal secolo precedente fra soggetti e ordine costituito. Kelsen è un pensatore che va alla radice, mette in questione tanto il soggetto quanto l'ordine dal quale scaturisce il

⁷⁸ Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 14.

diritto. E lo fa con una “mossa” kantiana⁷⁹: fin dalla sua prima imponente opera⁸⁰ egli pone a tema, infatti, il metodo giuridico perché va innanzitutto combattuto il sincretismo metodologico imperante⁸¹ – e con esso ogni antropomorfismo –, secondo il quale il diritto starebbe a cavallo fra natura e società. Ogni elemento sostanzialistico delle dottrine giuridiche ottocentesche – volontà, scopi, corpi – viene “sciolto” da Kelsen in termini puramente formalistici. Ecco perché sotto la sua scure cade anche la *Zwei-Seiten-Theorie* di Jellinek, la teoria dei due lati dello stato, quello sociologico e quello giuridico. Il diritto non può comprendere due lati se vuole diventare un sistema scientificamente rigoroso e autonomo⁸².

2.2.2. (Natura della norma) Seguendo il rigore metodologico fondato su un impianto normativo, la specificità dell’atto sociale sta infatti nella sua capacità di autoqualificarsi, attribuendosi un significato e rendendosi così autonomo dalla catena causa-effetto propria alle leggi della natura. Lo specifico metodo per conoscere il Giuridico è infatti per Kelsen l’imputazione che si differenzia dalla causalità naturale⁸³. L’autoqualificazione consiste infatti nell’individuare, tramite una convenzione, un illecito e una sanzione collegati come l’antecedente e il conseguente in una pro-

⁷⁹ La ricezione di Kant – del Kant della prima e della seconda Critica innanzitutto – avviene con la mediazione del neokantismo a lui contemporaneo, la scuola di Marburgo con Hermann Cohen in prima fila.

⁸⁰ Si tratta di H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen, 1911; tr. it. di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, ESI, Napoli 1997.

⁸¹ Cfr. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 48.

⁸² Ci si è chiesto a questo proposito: «Ma Kelsen può analizzare effettivamente lo Stato sotto un unico e astratto punto di vista?» (Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 44).

⁸³ H. Kelsen, *Causality and Imputation*, in «Ethics», LXI (1950), pp. 1-11; tr. it. di R. Treves, *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. pp. 208 ss.

posizione di tipo ipotetico: «se un illecito è stato commesso, deve essere applicata una sanzione». Questa connessione è di tipo del tutto diverso dalla connessione delle scienze della natura, che è indipendente dall'atto volontario di un essere umano. Diversamente da essa, la connessione giuridica tra un illecito e la sanzione è stabilita da un atto il cui significato – convenzionale – è la norma: in una proposizione giuridica la sanzione non è l'effetto dell'illecito, dunque non consegue ad esso *descrittivamente*, ma gli viene imputata, ovvero *prescritta*: il diritto non è, per Kelsen, “scienza della realtà”⁸⁴, ma scienza normativa. Così, egli postula una sconnessione fra piano dell'essere e piano del dover essere: una *scienza* del diritto può darsi solo in quest'ultimo senso. La dimensione aletica – che attiene alle realtà di fatto e decide in merito alla verità/falsità di una proposizione – dev'essere rigorosamente distinta da quella deontica, che costituisce *un altro piano*, quello del dovere, e decide in merito alla validità/invalidità di un'asserzione. Su quest'ultimo piano sarà possibile costruire una dottrina *pura* del diritto, una scienza dell'obbligo giuridico attraverso l'ordinamento normativo. Tutta la teoria giuridica precedente, secondo il giurista praghese, è viziata da una confusione fra questi due piani, così che ogni discorso scientifico sul diritto diventa impossibile.

2.2.3. (Nomodinamica) Quest'impostazione è funzionale a costruire l'autonomia del Giuridico. La sua capacità autoespansiva, la sua nomodinamica. Infatti soltanto il diritto può essere fonte del diritto, dal momento che è il diritto a regolare la sua produzione⁸⁵. Così, Kelsen,

⁸⁴ Come invece sostenevano le correnti antinormativistiche: cfr. l'importante contributo di H. Freyer, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft*, Teubner, Leipzig-Berlin 1930. Cfr. anche l'affermazione di Hermann Heller: «la dottrina dello Stato è sociologia e come tale scienza della realtà non scienza dello spirito» (*Staatslehre*, Sijthoff, Leiden 1934; tr. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, ESI, Napoli 1988, p. 71).

⁸⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 19602; tr. it. di M.G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1975, p. 286. Cfr. sul tema

con un'altra mossa "kantiana", limita l'ambito della scienza alla conoscenza del diritto posto: «La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo»⁸⁶. È scienza nel senso che vuole solo conoscere il suo oggetto. Non prescrive ma descrive. Si occupa infatti di ciò che il diritto è e bandisce ogni indagine su come il diritto *deve essere*. Bandisce dunque ogni disciplina che – come la sociologia, la psicologia, la morale e la politica – ne inquina con finalità extragiuridiche la purezza. Questo è il *Leit-Motiv* di tutta l'opera kelseniana, di carattere eminentemente metodologico-critico. Il suo impeto innovatore emerge fin dal *magnum opus* del 1911 dove – sull'onda di questa distinzione – viene avviata da Kelsen «una vera e propria opera di demolizione del concetto di "Stato" dominante nella dottrina giuridica dell'Ottocento»⁸⁷. Questa convinzione resterà costante durante tutta la sua produzione. La persona-Stato come creatore del diritto è per Kelsen semplicemente un fantasma: non c'è alcun *Rex* prima della *Lex*; ciò che esiste è solo il diritto come «ordinamento del comportamento umano»⁸⁸. Questa decostruzione dello Stato-potenza di bismarckiana memoria, della sua valenza antropomorfica, mette in evidenza l'elemento dirimpante della teoria giuridica kelseniana: al posto degli individui ci sono le norme; e «sottoposti» nel senso di «obbligati» si è sempre solo alla norma, al volere di un uomo solo in quanto una norma lo sancisce [...] il comando di quest'uomo è solo il riempimento di una norma in bianco; egli è autorità solo in forza della norma»⁸⁹. Dunque «l'essere umano non è la persona fisica, ma per

di recente K. Groh, *Demokratische Staats(rechts)lehrer in der Weimarer Republik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, pp. 108 ss.

⁸⁶ Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 9. Cfr. su ciò M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 605 ss.

⁸⁷ Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., p. 611.

⁸⁸ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945; tr. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1966, p. 3.

⁸⁹ Ivi, p. 15.

così dire solo la ‘delimitazione’ di una persona fisica»⁹⁰, attraverso la costituzione dei diritti e dei doveri che ne regolano la condotta tramite norme giuridiche. La persona fisica è solo una maschera, costituita da un complesso di norme giuridiche, metafora in chiave convenzionale della celebre illustrazione del macroantropo hobbesiano, formato dai corpi dei cittadini, ovvero dai diritti di ognuno di essi. In questo senso, non esiste alcuno Stato *prima* dell’ordinamento giuridico, esso non ha alcuna *realtà* separato dal diritto. Lo Stato esiste solo in quanto «espressione dell’unità dell’ordinamento giuridico»⁹¹. E solo per questo è possibile parlare di un *sistema* giuridico, un sistema che si autoregola espandendosi, ovvero che possiede una capacità *nomodinamica*.

2.2.4. (Segue) L’ordinamento giuridico ha infatti a oggetto solo una serie di azioni selezionate, modellate in fattispecie formalizzate come norme del sistema giuridico. Quindi gli atti sociali hanno all’interno del sistema giuridico un significato oggettivo, attribuito ad essi dalle norme dell’ordinamento: «la norma funziona così come schema qualificativo»⁹². È solo essa ad avere l’autorità, attribuitale dalla norma immediatamente superiore che la delega e così, risalendo l’ordinamento a gradi – lo *Stufenbau* –, fino a un’ultima norma di chiusura, fondamentale (*Grundnorm*), unica fra le norme giuridiche a non essere delegata e dunque a essere solo presupposta, ma non posta, proprio come il protocollo di un sistema logico⁹³. Dunque, subordinazione e sovraordinazione non vanno intese come «effettive relazioni di dominio (processo che risulta dalla considerazione *causale dell’essere*) [...] ma riguardo al *dovere* di norme valide [ovvero] il *rapporto di obbligazione* secondo cui un soggetto deve conformarsi alla

⁹⁰ Ivi, p. 95.

⁹¹ Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 22.

⁹² Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 50.

⁹³ Per una critica di questa equiparazione cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1983, p. 252.

volontà di un altro»⁹⁴. Le norme, per Kelsen, non sono comandi né imperativi, costruzioni ottocentesche ancora fondate su di una concezione antropomorfa del diritto. In quanto norme esse sono invece del tutto impersonali, prive dell'attributo della volontà, elemento psicologico-naturalistico che ha una durata personalmente individuata. Diversamente, «un comando di quelli chiamati 'vincolanti' si dice che persiste anche se la volontà, cioè il fenomeno psichico, è venuto meno»⁹⁵: la legge è valida ben oltre la vita fisica di coloro che l'hanno emanata. È certo «necessario un atto reale di volontà per fare la legge»⁹⁶, ma l'obbligatorietà della legge non dipende dalla volontà psicologica dei legislatori. Allo stesso modo, poiché la norma è una fattispecie, ovvero un comportamento tipizzato come "dovuto", esso, in quanto contenuto della norma può esser confrontato con il comportamento oggettivo, ma non è identico con il comportamento effettivo conforme ad essa⁹⁷. Essere e dover essere restano due modalità differenti, pena l'insussistenza dell'universo giuridico. Questa sconnessione si manifesta nella critica alla concezione imperativistica del comando come fondamento di validità della norma e nel rovesciamento gerarchico fra norma primaria ("la norma che ordina il comportamento che evita la sanzione") e norma secondaria (in base alla quale "alla condizione della condotta contraria debba seguire un atto coattivo come conseguenza"). Se la tradizione millenaria del diritto riconosceva nel comando dell'autorità la norma primaria – il Decalogo *docet* –, Kelsen pone invece come

⁹⁴ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen 1920; tr. it. di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1989, p. 14.

⁹⁵ H. Kelsen, *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», LV (1941), pp. 44-70; tr. it. di R. Treves, *Dottrina pura e giurisprudenza analitica*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 187.

⁹⁶ Kelsen, *Dottrina pura e giurisprudenza analitica*, cit., p. 187.

⁹⁷ Cfr. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 15.

norma primaria non il comando ma la prescrizione delle condizioni alle quali scatta, nel caso di illecito, la sanzione⁹⁸.

2.2.5. (Obbligo diritti autorità) Anche per quanto concerne il tema dei diritti Kelsen affonda il bisturi nella tradizione. È evidente infatti che la sua polemica contro l'antropomorfismo conduce a conclusioni radicalmente diverse. Il diritto in quanto struttura convenzionale non può avere un fondamento. E dunque il diritto soggettivo non può esser fondamento di nulla. Su questa idea del fondamento la tradizione poneva un dualismo fra diritto soggettivo e diritto oggettivo dove il primo – come recita la scuola del diritto naturale – darebbe luogo al secondo. Ma i diritti soggettivi – in quanto strutture artificiali – su cosa si reggerebbero a loro volta? Quale sarebbe il loro titolo? Kelsen riprendendo Puchta lo enuncia: la libertà⁹⁹. Secondo le scuole del diritto naturale e la scuola storica del diritto, infatti, da un lato c'è l'individuo, fondamento di diritti soggettivi inalienabili – il primo dei quali è la proprietà – dall'altro l'apparato coattivo dello Stato – il diritto oggettivo – che solo in via sussidiaria reggerebbe il primato del diritto dei soggetti. Invece per Kelsen solo il diritto nella sua “sovranità” può istituire diritti soggettivi a cominciare dalla proprietà. E su questo punto egli ha evidentemente presente l'Hobbes del *Leviatano*: «Quoniam ergo constitutio proprietatis civitatis opus est; illius opus est, qui summam in civitate habet potestatem»¹⁰⁰. Egli rovescia la relazione fra diritto soggettivo e diritto oggettivo così come l'aveva affermata la scuola storica del diritto e pone il secondo come fonte di legittimazione, produzione e validità dei comportamenti sociali. La tradizione della scuola storica afferma «che una persona può essere soggetto di imputazione solo perché e nella misura in cui libera» e Kelsen, rovesciandola, sostiene in-

⁹⁸ Cfr. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 70.

⁹⁹ Cfr. *ivi*, p. 79.

¹⁰⁰ T. Hobbes, *Leviatano* (1651-1658), a cura di R. Santi con testo inglese e latino, Bompiani, Milano 2001, pp. 402-403.

vece che «una persona è libera solo perché e nella misura in cui è oggetto di imputazione»¹⁰¹. Così, egli ricostruisce la relazione fra obbligo diritti e autorità. Quest'ultima è il vertice convenzionale che nella sua potenza formale è *in grado di "reggere"* la relazione fra diritti e obblighi. Dunque, il fondamento della relazione giuridica è l'obbligo giuridico perché garantito dall'autorità, ed è solo in base a questo "protocollo" dell'obbligo nell'ordinamento autoritativo che il diritto soggettivo può essere tutelato *erga omnes*: «un uomo è obbligato giuridicamente a un determinato comportamento in quanto l'opposto di questo comportamento è posto nella norma giuridica come la condizione d'un atto coattivo qualificato come conseguenza dell'illecito»¹⁰². Il dovere – come collegamento nella proposizione giuridica fra una condizione, l'illecito, e una conseguenza, la sanzione – è dunque spogliato di qualsiasi connotazione sostanzialistica e ridotto in uno status puramente formale «applicabile qualunque sia il contenuto dei fatti così collegati e qualunque sia la specie degli atti da concepirsi come diritto»¹⁰³. Né la morale né la politica intervengono per Kelsen a determinare il concetto di illecito – e di conseguenza la figura della coazione –: ciò che decide perché vengano determinati prima l'illecito e poi la conseguenza coattiva risulta esclusivamente dalla «posizione del fatto in seno alla proposizione giuridica: che questo sia condizione per la specifica reazione del diritto, per l'atto di coazione»¹⁰⁴.

2.2.6. (Validità della norma) Quando si dice che una norma "esiste", ciò per Kelsen significa solo che essa è *valida* per colui la cui condotta viene regolata dalla norma stessa, ovvero: «qualcosa deve o non deve esistere o essere fatto»¹⁰⁵. La validità della norma è quindi diversa dall'esistenza

¹⁰¹ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Wien 1925, p. 72.

¹⁰² Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 83.

¹⁰³ *Ivi*, p. 65.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 67.

¹⁰⁵ Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 19.

dell'atto di volontà di cui essa costituisce il senso oggettivo: «essa entra in vigore solo quando l'atto di volontà, di cui essa è il senso, ha cessato di esistere». Quell'individuo *deve* comportarsi in conformità al dettato normativo, il che non significa ovviamente che si comporterà così. La prima affermazione attiene al dovere giuridico, la seconda attiene alla realtà di fatto e non concerne la *scienza* del diritto. La realtà di fatto corrisponde all'efficacia: ma «validità ed efficacia sono due qualità completamente diverse»; e tuttavia, lo abbiamo già notato, «vi è una certa connessione fra le due»¹⁰⁶. Infatti, poiché per Kelsen la coercizione è un tratto essenziale dell'ordinamento giuridico è evidente che, come «una norma giuridica non è più considerata valida se resta perennemente inefficace», allo stesso modo un ordinamento «può essere considerato valido solo quando sia efficace almeno nelle sue grandi linee»¹⁰⁷. Ma, in generale, che una norma posta nell'ordinamento non sia efficace non costituisce un problema rilevante per la validità dell'ordinamento nel suo complesso. Il fondamento di validità *delle norme è vincolato alla* «concatenazione produttiva di un ordinamento valido»¹⁰⁸. Questa concatenazione produttiva è finalizzata alla concretizzazione del diritto in ogni sua istanza: la costituzione, la legge e il regolamento come norme giuridiche generali, l'atto amministrativo e la sentenza come norme giuridiche individuali. Ad ogni grado della costruzione ordinamentale, che si scende muovendo dalla *Grundnorm*,

il rapporto tra libertà e limitazione si modifica in favore della seconda: la sfera dell'applicazione aumenta, quella della libera creazione diminuisce. Ogni grado dell'ordinamento costituisce quindi, al tempo stesso produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 181.

¹⁰⁷ Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 20, p. 59.

¹⁰⁸ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 103.

¹⁰⁹ H. Kelsen, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, in «Revue de droit publique et science politique en France et à l'étranger», XLV (1928), pp. 197-257;

In questo quadro, i due estremi dell'ordinamento, la norma fondamentale presupposta – che lo chiude in alto – è “pura posizione di norme”; mentre la sentenza che dispone l'atto coattivo, lo conclude in basso ed è “pura esecuzione”: «Ma tutto ciò che sta fra questi due casi limite è, contemporaneamente, posizione ed esecuzione del diritto»¹¹⁰. Ecco la costruzione a gradi, gerarchica, dell'ordinamento giuridico. È questa concatenazione rigorosa che garantisce l'unità del sistema culminante nella norma fondamentale puramente ipotetica, che in quanto tale interrompe il *regressus ad infinitum* dei rinvii a un'altra norma superiore. Proprio per questo la *Grundnorm* possiede l'autorità ultima, il potere di validare tutte le norme che da essa discendono. Si può dunque mantenere il concetto di sovranità «solo se si riconosce la sovranità come qualità dello Stato definito come ordinamento *giuridico*»¹¹¹. La scienza giuridica dell'Ottocento – *in primis* Otto Mayer – sosteneva l'idea di un plusvalore *politico* della statualità per cui amministrazione pubblica e cittadini sarebbero «soggetti di ‘qualità’ e ‘valore’ diverso»¹¹². Quest'idea ottocentesca della sovranità come *specifico* attributo del Politico riservava allo Stato un luogo *privilegiato*. Qual è il ragionamento kelseniano sul punto? «Daß der Staat souverän sei, bedeutet: daß man voraussetzungsgemäß die Frage nach einem außerhalb dieses Systems liegenden Geltungsgrunde nicht stellen dürfe»¹¹³. Se il principio della positività del diritto esclude ogni influenza eteronoma allora quest'espressione non significa altro che la positività del diritto è identica alla sovranità

tr. it. di C. Geraci, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981, p. 148.

¹¹⁰ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 111.

¹¹¹ Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 23.

¹¹² Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., p. 619.

¹¹³ «Che lo Stato sia sovrano significa che, proprio in base alle premesse, non si dovrebbe porre la questione di un fondamento di validità esterno a questo sistema» (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 103).

dello Stato. Eppure la *Grundnorm* kelseniana conserva uno statuto ambiguo nel senso letterale: proprio nel suo essere *Grund*, fondamento, si colloca fra la dimensione fattuale e quella normativa¹¹⁴. Questa norma infatti *non è una norma di diritto positivo*, in quanto non è delegata da nessuna altra norma. Essa «non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto». E proprio perché tale si presenta come «il presupposto necessario di qualsiasi interpretazione positivistica del materiale giuridico? Presupposto, dunque precedente il diritto per crearlo e riconoscerlo come valido. Ed è la rivoluzione – ovvero lo stato d’eccezione per eccellenza – che mostra la necessità della norma fondamentale: quando un rivolgimento politico si afferma, rovesciando l’ordinamento legittimo, nasce un nuovo ordinamento e semplicemente in virtù di quest’affermazione «questo ordinamento è considerato come valido»¹¹⁵.

2.2.7. (Il metodo giuridico) Come si è detto all’inizio il problema sul quale ruota la teoria kelseniana è un problema di metodo e concerne l’unità del sistema. Questa unità è rinvenibile però solo sul piano normativo, il piano del dover essere. «Lo Stato è unità solo in quanto coincidente con l’ordinamento giuridico; viceversa, quando un concetto non si presta a un’integrale traduzione normativa, esso non può che rinviare alla molteplicità ‘disordinata’ delle sue componenti»¹¹⁶. *Rechtserzeugung* (produzione del diritto) e *Rechtserkenntnis* (conoscenza del diritto) costituiscono due ambiti differenti, due differenti metodologie. Il popolo che crea le leggi costitutive dell’ordine sociale *non è lo stesso popolo* che sottostà alle norme giuridiche imposte dall’ordinamento: essi si distinguono al

¹¹⁴ Cfr. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 117 ss.

¹¹⁵ Ivi, p. 120.

¹¹⁶ Costa, *Civitas*, 4, cit., p. 40.

modo della «nozione ideale e la nozione reale di popolo»¹¹⁷. Qui Kelsen è ugualmente distante dalle dottrine ottocentesche della sovranità come da Rousseau. E questa distinzione trova il suo punto apicale – il suo problema – nel generarsi della norma fondamentale dalla rivoluzione. È un atto politico di rottura costituzionale che dà luogo al nuovo ordinamento, ma quest'atto *muterà di natura* nel dar poi luogo all'unità di tutti gli atti giuridici del sistema normativo. Nel tenere distinti questi due piani – il processo storico e il metodo giuridico – sta per Kelsen la questione della democrazia. Volerli tenere separati costituiva peraltro il terreno di scontro con le dottrine, pur differenti fra loro, di Heller, Smend e Schmitt. L'idea di democrazia muove secondo Kelsen da due postulati che sono anche “due istinti primordiali”: la libertà e l'uguaglianza¹¹⁸. Da un lato c'è l'insopprimibile desiderio di non essere sottoposti, «la protesta contro il tormento dell'eteronomia». Dall'altro c'è l'antidoto, «l'idea assolutamente negativa e a profonde radici antieristiche di uguaglianza». Ma l'esperienza storica rende evidente la necessità del potere: se la comunità politica deve esistere e prosperare questa necessità è ineludibile. Dunque la libertà in quanto sociale e politica muta di significato: non è più assenza di ogni legame come nello stato di natura lockeano. E qui Kelsen si riferisce al Rousseau del *Contratto sociale* che afferma: «È politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna» (libro I, cap. 6). Ciò però allude a una democrazia diretta e ideale di impossibile realizzazione. Per realizzare un ordine è necessario abbandonare l'idea della libertà individuale: l'ordine si misura sull'intera società e in questa il potere che assicura l'ordine «deve valere obiettivamente», dunque dev'essere indipendente «dalla volontà di coloro che sono ad esso sottomessi». La democrazia è una forma di potere. Per questo il Politico democratico si fonda su una sconessione fra l'ordine sociale e «la volontà di coloro

¹¹⁷ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen 1929; tr. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1984, p. 54. Cfr. anche Costa, *Civitas*, 4, cit., pp. 39 ss.

¹¹⁸ Cfr. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 39 ss.

che sono ad esso sottomessi»: il valore della libertà individuale incontra il limite della dimensione sociale. Così, viene abbandonato anche il criterio della democrazia diretta, dell'uguaglianza e della libertà assolute dando luogo al principio di maggioranza che nella rappresentazione realizza in modo compiuto il potere democratico, che non è assoluto ma relativo. Nel gioco di maggioranze e minoranze che si alternano al potere viene meno quel primato dell'individuo che costituiva la *ratio* del primo liberalismo.

2.2.8. (Democrazia liberale) Quello di Kelsen è il liberalismo della democrazia di massa. «La libertà dell'individuo la quale, in ultima analisi, si rivela come irrealizzabile, finisce per restare in secondo piano, mentre la libertà della collettività le succede al primo»¹¹⁹. Così, la libertà è riposta nella forma convenzionale dello Stato: l'*imperium* democratico non può che concretizzarsi in una persona anonima e abbandonare ogni identificazione individuale. Ecco perché «è libero solo il cittadino di uno Stato libero»¹²⁰. La presa d'atto della sconnessione fra individuo e Stato consegue alla convinzione che l'ordine è solo nella dimensione artificiale dell'ordinamento giuridico, mentre al di fuori regna il conflitto. E quest'idea matura in Kelsen fin dal 1911: la legislazione riflette, compone, governa, media il conflitto vigente nella società così che lo Stato – in relazione all'origine sociale della volontà – risulta dal compromesso che il Politico opera selezionando gli interessi divergenti¹²¹. La volontà statale è il fulcro di questi interessi, la *ragione* che ne risulta. Qui siamo ormai lontani dall'idea ottocentesca di sovranità: nell'ambito della democrazia di massa l'interesse generale è solo un *flatus vocis*. In realtà esistono solo interessi parziali in conflitto fra loro. In questa lotta, di volta in volta si compongono maggioranze e pongono le leggi. Ma allora che cos'è il concetto di popolo come realizzazione dell'unità della Na-

¹¹⁹ Ivi, p. 47.

¹²⁰ Ivi, p. 49.

¹²¹ Cfr. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 613-614.

zione? Finché si resta ai “fatti sensibili” l’unità è problematica¹²²: il popolo esiste solo come diviso da contrasti, a volte insanabili, di tipo religioso, etico, economico-politico. Una democrazia che funzioni (l’*arbeitendes Parlament* di weberiana memoria formato da “partiti politicamente responsabili”) implica di certo l’unità, ma costruita solo come finzione ed è solo sul piano normativo del diritto che essa può affermarsi. Lo Stato kelseniano è lo Stato dei partiti, governo della *Zersplitterung* grazie alla mediazione politica fra le *disiecta membra* degli individui da un lato e l’ordine normativo dello stato dall’altro¹²³. Proprio perché il presupposto è il conflitto sociale la democrazia kelseniana è ancorata all’universo liberale impregnato di relativismo. Non a caso lo scritto del ’20 si conclude con una citazione del confronto fra Pilato e Gesù – come modelli contrapposti di democrazia e autocrazia – tratto dal cap. 18 del Vangelo di Giovanni¹²⁴. Il governatore romano, è – in quanto uomo di legge relativista e scettico – estraneo a quella verità assoluta di cui gli parla Gesù. Certo, afferma Kelsen, forse quest’esempio sembra parlare a sfavore piuttosto che a favore della democrazia. La maggioranza ha infatti condannato un innocente. Eppure, se davvero si vuole rinunciare al principio democratico di maggioranza in nome di una verità politica assoluta, bisognerebbe essere disposti a difenderla se necessario “anche per vie cruente”. E non vi è dubbio dove andasse a cadere la scelta kelseniana.

2.3. Carl Schmitt o dell’eccezione

2.3.1. (Irruzione del Politico nella *Methodenstreit*) È uno dei grandi giuristi che ha influenzato – pur nelle ambiguità del suo pensiero e la contiguità al regime nazionalsocialista – larga parte del pensiero filosofico-giuridico del Novecento. Nella *Methodenstreit* weimariana è

¹²² Cfr. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 51.

¹²³ Sul concetto di “Stato dei partiti” cfr. ora Groh, *Demokratische Staats(rechts)lehrer in der Weimarer Republik*, cit., pp. 218 ss.

¹²⁴ Cfr. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 143-144.

stato avversario innanzitutto di Kelsen e del positivismo giuridico. Le affermazioni che aprono due delle sue opere fondamentali si pongono subito in netto contrasto con quanto appena esposto del pensiero kelseniano¹²⁵. Sembra di ascoltare un altro linguaggio. La prima è relativa al concetto di Stato che, secondo il giurista di Plettenberg, «presuppone il concetto di politico. Lo Stato è lo status politico di un popolo»¹²⁶. La seconda, invece, concerne l'idea di sovranità: «sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione»¹²⁷. Vorremmo qui tentare di porre in relazione queste due affermazioni per esaminare quale sia l'idea costituzionalistica di Schmitt. Cosa intende egli, innanzitutto, con “presuppone”? Che non posso pensare il concetto di Stato senza *preliminarmente* pensare il concetto di Politico. È il Politico che dà luogo allo Stato. Si delinea così la differenza profonda fra Kelsen e Schmitt: entrambi tentano, sì, di costruire l'autonomia del loro “campo”, ma a guidare le trasformazioni sociali sono campi diversi: per Kelsen è il Giuridico, per Schmitt il Politico. C'è tuttavia un sorprendente elemento comune: Kelsen decostruisce ogni “ontologia” del Giuridico – non a caso pone una norma ipotetica all'inizio dell'ordinamento, la *Grundnorm*, che è un protocollo logico convenzionale. Da parte sua, sembra che Schmitt segua lo stesso percorso di Kelsen nel criticare quelle concezioni tradizionali

¹²⁵ Su Schmitt cfr., nell'immensa bibliografia, fra gli altri, il testo ricco e informato di C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 1996.

¹²⁶ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LVIII (1927), pp. 1-33; tr. it. di G. Giurisatti, *Il concetto di politico*, in Id., *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano 2015, p. 35. Su cui cfr. E.-W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk von Carl Schmitt*, in Id., *Recht, Staat und Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991.

¹²⁷ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922; tr. it. di G. Miglio e P. Schiera, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 33.

dello Stato che assegnano al Politico «un'essenza propria distinta dalle altre essenze delle associazioni sociali»¹²⁸. Il Politico non sarebbe affatto un'unità *sostanziale* di questo tipo. Se lo fosse, dice Schmitt, collocandosi accanto a religione, economia, linguaggio, cultura e diritto sarebbe «di fatto annullata». Piuttosto, «bezeichnet das Politische nur den Intensitätsgrad einer Einheit. Die politische Einheit kann daher verschiedene Gehalte haben und in sich umfassen. Sie bezeichnet aber stets den intensivsten Grad der Einheit, von dem aus infolgendessen auch die intensivste Unterscheidung, die Gruppierung nach Freund und Feind, bestimmt wird»¹²⁹. Non solo non esiste il Politico come ambito sociale separato, ma in realtà non esiste alcun ambito che gli sia impermeabile: «ogni contrasto religioso, morale, economico, etnico o di altro tipo si trasforma in un contrasto politico, se è abbastanza forte da raggruppare gli uomini in amici e nemici»¹³⁰. In questo senso l'unità politica in quanto esiste è l'unità decisiva e sovrana.

2.3.2. (*Natura del politico*) La potenza del Politico espone dunque il grado di intensità di una relazione nell'ambito del diritto pubblico e la sua capacità di decidere – tirando una linea divisoria – fra amico e nemico, dando forma al territorio, disponendone le forze e disegnandone la sovranità¹³¹. Decisione, unità e legittimità ne sono i caposaldi. In Schmitt il concetto di Politico appare come quell'esperienza originaria, anzi l'origine per eccellenza, necessaria come antidoto al vuoto

¹²⁸ C. Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930), in Id. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1940, pp. 133 ss.

¹²⁹ «Il Politico connota solo il grado di intensità di una unità. L'unità politica può dunque avere e comprendere in sé contenuti differenti. Essa connota sempre il grado più intenso dell'unità a partire dal quale si determina anche la distinzione più intensa, che divide in gruppi differenti amici e nemici» (ivi, p. 141).

¹³⁰ Schmitt, *Il concetto di politico*, cit., p. 46.

¹³¹ Cfr. ivi, p. 39.

di potere, di politica e – in ultima istanza – di senso, che nel corso storico ciclicamente riappare. Il politico ha forma *eventuale*, sorgendo in luogo del diritto normativo, lì dove esso tace. Scivolando nell’escatologia egli parlerà successivamente della necessità di un *Katechon*: la sovranità come antidoto al caos. Antidoto che apre uno spazio nuovo e impensato per *ricreare* l’ordine assente. Il Politico dunque come unità suprema non perché sia *al di sopra* delle altre unità che alimentano la società – il suo peso specifico non sta à la Weber nel monopolio della violenza fisica legittima – ma perché decide i conflitti sociali e dunque ricrea la situazione normale, l’unità e l’ordine perduti. Ecco perché il Politico è innanzitutto decisione. Decidersi dall’*ingens Sylva* per dar luogo allo spazio della Città. Creare i confini della comunità politica dando vita alla costituzione come «unità politica di un popolo»¹³². Mentre Kelsen, nel perorare la *civitas maxima* e una concezione oggettivistica del diritto, sostiene la necessità di rimuovere radicalmente dal cammino del diritto internazionale la sovranità¹³³. All’opposto, Schmitt, in parallelo con Heller – il quale sosteneva che la sovranità è requisito irrinunciabile delle relazioni internazionali¹³⁴ – reintroduce il concetto di sovranità dandogli nuova dignità ma anche un significato del tutto nuovo. Egli lo lega infatti all’idea di limite¹³⁵ – lo stato di eccezione, determinante i confini del diritto – come un nuovo “concetto generale della dottrina dello Stato”. La “decisione intorno all’eccezione” è decisione in senso eminente in quanto nessuna norma generale e astratta può comprendere un’eccezione “asso-

¹³² C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928; tr. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, p. 15 (ho spesso modificato nelle citazioni seguenti la traduzione italiana). Il riferimento all’*ingens Sylva*: G.B. Vico, *Principj di scienza nuova* (1744), in Id., *Opere*, a cura di Fausto Nicolini, I, LXV, Riccardo Ricciardi, Napoli-Milano 1953, p. 458.

¹³³ Cfr. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 469.

¹³⁴ Cfr. Heller, *Die Souveränität*, cit., pp. 192 ss.

¹³⁵ Cfr. Schmitt, *Teologia politica*, cit. pp. 33 ss.

luta” ed è in quest’eccezione che si configura la sovranità. Perché in essa prende forma, imponendosi, la *Kompetenz-Kompetenz*, dunque la competenza assoluta. Schmitt «ritiene che alla sovranità non si possano frapporre limiti o compromessi attraverso il diritto: senza di essa lo Stato finisce di esistere come unità politica autonoma»¹³⁶. In questo senso, «l’eccezione è ciò che non è sussumibile» ma, proprio questo plusvalore politico – quello che Kelsen combatteva in radice nella teoria di Otto Mayer – costituisce la decisione quale «elemento formale specificamente giuridico»¹³⁷. Kelsen, ponendo tutto su di un piano normativo, ha eliminato dall’orizzonte giuridico il caso di eccezione al punto che «la validità generale di una norma giuridica viene identificata con la validità senza eccezioni delle leggi naturali». La moderna dottrina dello Stato sarebbe per Schmitt il frutto di un processo di secolarizzazione di concetti teologici. Processo che tende a eliminare ogni intervento personalistico nella costituzione del diritto affidando il processo normativo a una macchina impersonale. Introdurre l’eccezione nel diritto significa ritornare a una teologia politica, pensare un intervento indeducibile del sovrano – al di fuori della trama normativa, questa è letteralmente l’*Ausnahme* – come motore dell’ordinamento. Così, postulando il “fuori”, Schmitt può disegnare lo stato di eccezione come quell’elemento che «ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia»¹³⁸. Come tale esso introduce una “pietra d’inciampo” nella razionalizzazione giuspositivistica. Come il miracolo dà luogo a un *novum* assoluto, così l’eccezione – confermando la regola – la costituisce. È dunque dall’eccezione che trae senso vita e legittimità l’ordinamento normativo, non viceversa. In questo

¹³⁶ Böckenförde, *Der Begriff des Politischen*, cit., pp. 350-351. Cfr. anche Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 110.

¹³⁷ Ivi, p. 39.

¹³⁸ Ivi, p. 62.

capovolgimento c'è la chiave per comprendere la critica schmittiana al liberalismo.

2.3.3. (*Identità e rappresentazione*) Schmitt è, a pieno titolo, rappresentante della sua epoca, delle sue acquisizioni come delle sue contraddizioni e delle sue ambiguità. La Mitteleuropa, erede del paradigma filosofico moderno, sembra costituirsi nel congiungersi di due forze tra loro dissonanti: da un lato l'assunzione consapevole di una radicale contingenza del Politico che porta all'estremo il relativismo weberiano – cos'altro infatti significa porre al centro delle trasformazioni lo stato di eccezione? –: non esiste infatti fondamento ontologico alcuno dell'ordine; dall'altro, la tendenza a ricercare nella rappresentazione politica un elemento originario e sostanziale più forte di quanto la rappresentanza democratica moderna – nei suoi aspetti puramente convenzionali – possa e voglia offrire¹³⁹. È proprio questa sconnessione che ritroviamo in Schmitt, nella relazione fra i due principi della forma politica: l'identità e la rappresentazione¹⁴⁰. Da un lato, il principio dell'identità del popolo: il soggetto della forma politica statale è il popolo, e in quanto «entità realmente presente nella sua immediata identità con se stesso» esso è «unità politica». Ma esiste un principio ad esso contrapposto: quello della rappresentazione. Infatti «l'unità politica del popolo in quanto tale non può mai essere presente nella reale identità e perciò deve sempre esser rappresentata personalmente da uomini»¹⁴¹. Il dilemma della democrazia sta per Schmitt in questa alternativa: «il popolo o è del tutto presente e attuale o per nulla esistente. Ed è rappresentato non il popolo ma l'unità politica come il Tutto. L'idea della rappresentazione contraddice il principio democratico dell'identità del popolo presente con se

¹³⁹ Cfr. F. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, p. 205.

¹⁴⁰ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 270 ss.

¹⁴¹ *Ibidem.*

stesso in quanto unità politica»¹⁴². Tutte le forme di Stato esistono nella contrapposizione irriducibile fra questi due princìpi. I quali però sono, al tempo stesso, essenziali e irrinunciabili. Questa duplicità è radicale, e per un semplice motivo: lo Stato, in quanto “status politico del popolo” è *seinsmäßig* (conforme all’essere)¹⁴³, e la *Verfassung* ne è la proiezione esistenziale. Peraltro «ad ogni esistenza politica concreta spetta una qualche costituzione»¹⁴⁴. La quale, per Schmitt, non è un contratto, ma una decisione totale sulla specie e la forma dell’unità politica¹⁴⁵ e dunque lo Stato *non ha* una costituzione, lo Stato è la sua propria costituzione: «la costituzione è la sua ‘anima’. La sua vita concreta e la sua esistenza individuale»¹⁴⁶.

2.3.4. (Segue) Dunque, entrambi i princìpi sono necessari: da un lato, infatti, non esiste Stato senza rappresentazione¹⁴⁷ in quanto esso è istituzione, *forma* di Stato, «e alla forma spetta essenzialmente la rappresentazione dell’unità politica»¹⁴⁸. Rappresentazione che avviene nelle forme pubblicistiche per sottolineare il distacco dal potere monarchico fondato sul segreto e la gestione privatistica del potere. L’altro dato fondamentale: la rappresentazione non è né normativa né procedurale, ma *esistenziale*, in quanto rende visibile «un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente». Il popolo è infatti presupp-

¹⁴² Ivi, p. 345.

¹⁴³ Cfr. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen*, cit., p. 352.

¹⁴⁴ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 41.

¹⁴⁵ Cfr. ivi, p. 38.

¹⁴⁶ Ivi, p. 16.

¹⁴⁷ Si noti che in Schmitt troviamo la distinzione (codificata da Leibholz in *La rappresentazione nella democrazia* del 1929) fra rappresentanza (*Vertretung*) che concerne la sfera privatistica e rappresentazione (*Repräsentation*) che concerne invece la sfera dell’interesse pubblicistico (cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 274-275).

¹⁴⁸ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 273 ss.

sto come invisibile e assente ma *deve* esser reso visibile e lo può essere esclusivamente nella sfera pubblica. Rendere visibile non è tuttavia qualcosa di comune, relativo agli affari privati che intercorrono fra cittadini. Per questo basterebbe un mandato o una delegazione. Ma la rappresentazione esiste perché in essa «si manifesta una più alta specie di essere»: il popolo, che per Schmitt non è affatto un concetto naturalistico, ma una forma di vita connotata da concetti come *Würde* e *Ehre*. Ed è così importante perché l'atto della rappresentazione *produce* l'unità del popolo¹⁴⁹. D'altro canto, non c'è Stato senza gli «elementi strutturali del principio di identità»¹⁵⁰: il popolo presente con se stesso in quanto unità politica e dotato di coscienza politica e volontà ha la capacità di distinguere fra amico e nemico¹⁵¹. Tuttavia Schmitt sottopone questa espressione esistenziale a una condizione problematica che illustra anche la sua particolare concezione della democrazia, sostanzialmente di natura plebiscitaria. Qui infatti diventa centrale l'idea dell'omogeneità del popolo, come «la condizione ideale di una democrazia». Ideale perché «tutti vogliono la stessa cosa». Si scopre così che identità e eguaglianza non sono principi pariordinati, ma che il vero e unico principio democratico è quello dell'identità, mentre la rappresentazione «contiene l'autentica contrapposizione al principio democratico dell'identità»¹⁵². Dunque non un principio che concorra a formare l'istituzione democratica, ma un principio che Schmitt pone come *vulnus* di un'autentica

¹⁴⁹ Secondo Böckenförde, mentre Schmitt pone la rappresentazione come «un riflesso o un'immagine di un qualcosa che sussisterebbe di per sé, seppure invisibile», essa invece «può aver luogo o può anche venir meno o dissolversi» (*Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion* [1983], poi in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991; tr. it. di M. Nicoletti e O. Brino, *Democrazia e Rappresentanza*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006, p. 517).

¹⁵⁰ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 274.

¹⁵¹ Cfr. *ivi*, p. 283.

¹⁵² *Ivi*, p. 288.

democrazia. Infatti «nella democrazia pura c'è *solo* l'identità del popolo effettivamente esistente con se stesso, *ossia nessuna rappresentanza*»¹⁵³. Qui si annida la critica schmittiana al parlamentarismo liberale e alla democrazia *discutidora* derivatagli da Donoso Cortés, in quanto il liberalismo discute perché non vuole decidere. Il Parlamento è un istituto di natura aristocratica che ha smarrito – secondo Schmitt – l'elemento costitutivo della democrazia, la rappresentanza del Tutto così come avveniva all'alba della *Parlamentarisierung* nella lotta contro il monarca. Oggi invece, dice Schmitt, i luoghi della decisione emigrano dal Parlamento e i suoi membri diventano rappresentanti di interessi privati, trasformando di fatto la *Repräsentation* in *Vertretung*. Dunque si scopre che la rappresentazione mina dall'interno la “vera” natura della democrazia, identitaria per essenza, in quanto lì «dove tutto concorda, la decisione deve prodursi da sé, senza discussione e senza contrasti di interessi essenziali, poiché tutti vogliono la stessa cosa»¹⁵⁴. Al rovescio, infatti, «un massimo di rappresentanza» implica sì maggior governo ma solo un minimo di omogeneità del popolo, il che costituisce un pericolo: «il dominio del parlamento è un caso di aristocrazia»¹⁵⁵ nel quale il popolo viene “ignorato” con la perdita dell'elemento democratico a favore dell'elemento aristocratico-liberale.

2.3.5. (Concetto di democrazia) La democrazia ha dunque per Schmitt dei limiti costituitisi storicamente e ai quali è necessario porre rimedio. Il primo è la «illimitata estensione»¹⁵⁶ del suo concetto, funzionale «a tutto ciò che è ideale, bello e simpatico», dunque inservibile, privo di contenuti perché privo di distinzioni: la democrazia viene identificata con il liberalismo, il socialismo, gli ideali di pace e giustizia. Il secondo

¹⁵³ Ivi, p. 308 (corsivi miei).

¹⁵⁴ Ivi, p. 284.

¹⁵⁵ Ivi, p. 287.

¹⁵⁶ Ivi, pp. 296 ss.

limite è il concetto di eguaglianza che – se riferito all’umanità in generale – «non è in grado di fondare né uno Stato né una forma politica né una forma di governo». In ossequio alla distinzione fondamentale del Politico – quella fra amico e nemico – l’eguaglianza può acquistare senso solo in relazione all’ineguaglianza. Così è per il concetto di cittadino: tutti i cittadini – e solo essi – sono eguali e «chi non è cittadino, non entra in considerazione riguardo a questa eguaglianza democratica», che non è formale ma sostanziale. In democrazia, il riconoscimento degli eguali comporta il disconoscimento dei diseguali; l’eguale diviene assiologicamente superiore al punto che per garantire l’omogeneità sostanziale del popolo è necessaria «la eliminazione o la distruzione dell’eterogeneo»¹⁵⁷. La democrazia autentica, proprio perché fondata sull’omogeneità del popolo, può definirsi come «identità dei dominanti e dei dominati, dei governanti e dei governati, di quelli che comandano e di quelli che ubbidiscono»¹⁵⁸. Solo così infatti quelle distinzioni fondamentali – seguendo Rousseau – restano puramente quantitative senza trapassare in qualitative. Proprio perché interna all’omogeneità sostanziale del popolo, la differenza di grado fra governanti e governati può essere tuttavia «mostruosamente accresciuta e rafforzata», in quanto secondo il mandato libero ai rappresentanti non è data alcuna «competenza disciplinata e circoscritta in modo conforme ad una fattispecie», giungendo al paradosso per cui «una dittatura è possibile solo su un fondamento democratico»¹⁵⁹, mentre i principi liberali la contraddicono. E infine il terzo limite, configurato nella forma plebiscitaria della democrazia: al popolo è infatti riservata l’*acclamatio* come nelle antiche democrazie: «con il voto segreto [esso] può solo eleggere i candidati che gli vengono presentati e rispondere con un sì o con un no a una domanda che gli

¹⁵⁷ C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1923, p. 14.

¹⁵⁸ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 307.

¹⁵⁹ Ivi, p. 310.

venga proposta»¹⁶⁰. Dunque l'opinione pubblica, dove il popolo esiste come grandezza politica, «è la *forma moderna dell'acclamazione*»¹⁶¹. In un primo tempo sembra che in quanto titolare del potere costituente il popolo si trovi «fuori e al di sopra di ogni normativa legislativo-costituzionale»¹⁶². Nell'affrontare i limiti della democrazia, tuttavia, Schmitt opera una critica del suo principio-cardine “la maggioranza decide”, definendolo «ambiguo e oscuro»¹⁶³ e, soprattutto, formalistico. La maggioranza è infatti un concetto numerico, non sostanziale; dunque che la maggioranza si formi non implica che la decisione sia effettivamente presa. Anzi, prosegue Schmitt, poiché la decisione sottoposta al voto dipende dal *modo* in cui è posta la questione, «la maggioranza dei voti espressi decide solo eccezionalmente». Spesso infatti, fra due ali contrapposte, è una minoranza a decidere¹⁶⁴. La democrazia parlamentare è per Schmitt il classico esempio di fuga dalla decisione, di un «interesse a che determinate contrapposizioni rimangano latenti». I votanti infatti, per lo più tendono a rispondere con un “minimo di decisione” o si astengono per paura. Tuttavia, «chi pone la domanda ha, nel modo di formularla, il potere di determinare la decisione»¹⁶⁵. Perché, come in un gioco di vasi comunicanti, alla decisione non si può comunque sfuggire. Ed è qui che può inserirsi il rappresentante come istanza decisoria: nel modo di porre la domanda da sottoporre a votazione e – se la domanda è sufficientemente ambigua – nell'interpretare il risultato della votazione portando a termine quella decisione che l'elettorato tende a evitare. Due soggetti sono l'uno di fronte all'altro, ma sembrano scambiarsi i ruoli¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Ivi, p. 365.

¹⁶¹ Ivi, p. 323.

¹⁶² Ivi, p. 317.

¹⁶³ Ivi, p. 366.

¹⁶⁴ Cfr. ivi, pp. 307 ss.

¹⁶⁵ Ivi, p. 366.

¹⁶⁶ Cfr. A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*. Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt, Cambridge University Press, Cambridge 2008,

Cosa resta infatti del popolo come identità mitica e onnipotente, nella folla che articola solo un sì o un no, un'espressione monosillabica, di fronte al potere della domanda? Non è proprio questa paradossale "rappresentanza identitaria"¹⁶⁷ l'obiettivo di Schmitt? Il sovrano sembra ora essere proprio e solo il rappresentante. La riduzione del popolo alla sola *presenza* nell'*acclamatio* restringe infatti i confini dell'azione popolare, lasciando al *rappresentante* il potere esclusivo del linguaggio. Come pensare infatti, in queste condizioni, il controllo sull'operato dei rappresentanti? *Quis custodiet custodes?*¹⁶⁸ Come e chi può deciderlo, se il popolo si riunisce solo per l'*acclamatio* e «la decisione oggettiva si trova spesso già nel modo di formulare la domanda»?¹⁶⁹

2.3.6. (*Giustizia costituzionale*) L'ultima questione da affrontare concerne la discussione sulla natura e la forma della giustizia costituzionale. Nel 1928 Kelsen tiene una relazione sul tema al convegno degli *Staatsrechtslehrer* tedeschi. Schmitt replica con un saggio, poi ampliato e

p. 175: «*the fundamental problem is not only how to differentiate clearly between the constituting power and the constituted powers but also how to preserve both terms of the equation without sacrificing one to the other*». L'autore sottolinea una contraddizione essenziale nella costruzione schmittiana (si vedano le pp. 242 ss.): da un lato infatti egli critica il meccanismo plebiscitario perché passivizza il popolo e pone tutto il potere dal lato della domanda; dall'altro riduce lo spazio pubblico all'*acclamatio*.

¹⁶⁷ Prendo l'espressione da G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 27.

¹⁶⁸ Schmitt si pone il problema dal punto di vista della dinamica istituzionale (cfr. *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 346-347), ma non affronta il problema dal punto di vista della relazione fra potere costituente e rappresentazione. Cfr. anche Kalyvas (*Democracy and the Politics of the Extraordinary*, cit., pp. 174 ss., p. 181): «*who is the final and higher authority?*». Infatti, rispetto alla decisione che conclude l'*acclamatio*, Schmitt «*never specified in what forms, with what content, and to what effect*» (ivi, p. 182).

¹⁶⁹ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 367.

pubblicato in volume, al quale segue subito la controreplica di Kelsen¹⁷⁰. Il *background* della polemica è il crollo del regime monarchico e la ricerca di un nuovo modello di garanzia della costituzionalità delle leggi. Kelsen – ispiratore della costituzione austriaca del '20 che prevedeva una Corte costituzionale – sosteneva la necessità di un controllo accentrato di costituzionalità, mentre Schmitt era per un sindacato diffuso da parte dei giudici ordinari paventando nella Corte costituzionale il rischio concreto di una politicizzazione della giustizia. Il punto di partenza del normativismo kelseniano era dato dallo *Stufenbau*: la costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico poneva le norme in successione scalare, così che il giudizio fra una norma ordinaria e una norma costituzionale era assolutamente *omogeneo* rispetto al giudizio, ad esempio, fra norma ordinaria e atto amministrativo. Le differenze fra norme – gradi superiori e gradi inferiori dell'ordinamento – sono in Kelsen puramente quantitative, così che ogni norma possiede rispetto a quella che la segue un potere formale maggiore al fine di delegare quella che la segue nella scala gerarchica in una successione costante di creazione e applicazione del diritto. Kelsen combatte dunque la teoria che vuole sottrarre «agli organi preposti all'applicazione del diritto qualunque potere di sindacare la costituzionalità delle leggi [in quanto] la costituzionalità della formazione delle leggi sarebbe garantita dal potere di promulgazione attribuito al capo dello stato»¹⁷¹. Questa, afferma Kelsen, non è altro che la ripresa della dottrina della monarchia costituzionale. Invece, «quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi fra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro,

¹⁷⁰ Si vedano Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit.; C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Mohr, Tübingen 1931; tr. it. di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981; H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz. Monatsschrift für die Erneuerung des Deutschen Rechtswesens», VI (1931), pp. 576-628.; tr. it. di C. Geraci, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 229-291.

¹⁷¹ Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., pp. 151-152.

gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere ‘politico’ che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione»¹⁷². All’opposto, per Schmitt l’indipendenza del giudice si basa sul vincolo assoluto alla legge, sul fatto che egli decide «sulla base di una legge e la sua decisione ‘contenutisticamente’ è ‘dedotta’ da un’altra decisione già racchiusa in modo misurabile e calcolabile nella legge»¹⁷³. Kelsen, invece, non crede affatto che la decisione giudiziaria sia già «bella e pronta nella legge» e «debba essere solo dedotta mediante un’operazione logica»¹⁷⁴. Nella sua idea, il Giurisdizionale è solo *quantitativamente* diverso dal Legislativo e il controllo accentrato di costituzionalità poteva – applicando la Costituzione – avere la funzione di “legislazione negativa”, abrogando le leggi che fossero manifestamente incostituzionali. Schmitt, invece, sosteneva un concetto politico di Costituzione e una distinzione sostanziale fra Costituzione e legge costituzionale¹⁷⁵, assumendo una sconnessione *qualitativa* fra Legislativo e Giurisdizionale. Il primo, caratterizzato da un plusvalore legato alla funzione costituente del Politico, il secondo di mera applicazione. Impossibile trascurare «la fondamentale differenza fra una decisione processuale e la decisione di dubbi e divergenze di opinione sul contenuto di una norma costituzionale»¹⁷⁶. Per controversie legate a leggi che modificano la costituzione – intrinsecamente politiche – al Giudiziario dev’essere sottratta la competenza. La Costituzione rappresenta una decisione politica complessiva e una Corte che volesse decidere della costituzionalità di una legge non si limiterebbe ad “applicare una legge a un fatto” ma darebbe un’interpretazione autentica della Costituzione sostituendosi all’organo legislativo. La vera garanzia della Costituzione, conclude Schmitt riprendendo la teoria di Constant

¹⁷² Kelsen, *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, cit., p. 242.

¹⁷³ Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 63-64.

¹⁷⁴ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 362.

¹⁷⁵ Cfr. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 38.

¹⁷⁶ Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 13.

del *pouvoir neutre*, starebbe nella legittimità politica del Presidente del Reich. Qui il fulcro del dissenso fra Kelsen e Schmitt: quest'ultimo assegna al potere (politico) di decisione il compito di frenare la deriva pluralistica che prefigura il disfacimento della sovranità statale, mentre per Kelsen il pluralismo è il dato ineliminabile dello Stato contemporaneo e dunque il compromesso fra le parti diventa il compito essenziale e inesauribile, perché il popolo non costituisce un'unità ma una pluralità di convinzioni, ideologie, posizioni sociali. Solo attraverso una procedura, non attraverso un processo sostanziale, sarà possibile configurare l'unità nello Stato contemporaneo¹⁷⁷.

3. Perversione della legalità. La via totalitaria del nazionalsocialismo

3.1. L'avvento al potere

All'apice della crisi politica e sociale in cui era sprofondata la Germania di Weimar all'inizio degli anni '30 e all'esito del voto politico del 1932 che vedeva la NSDAP quasi al 38% dei voti, primo partito, il 30 gennaio del 1933 Hitler venne nominato Cancelliere del Reich dal vecchio Presidente Hindenburg con tutti i crismi della legalità costituzionale. Nonostante inizialmente si trovasse a capo di un governo di coalizione si liberò velocemente dei partiti alleati e, nel giro di un anno – accentrando nel governo e nella sua persona sia il potere esecutivo che quello legislativo, esautorando completamente il Reichstag – Hitler pose le basi per un regime totalitario di estrema destra, dalle forti connotazioni nazionalistiche, militaristiche, antisemite e fortemente aggressivo in politica estera. Il tentativo del popolo tedesco di autogovernarsi era fallito¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Cfr. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 364 ss.

¹⁷⁸ Cfr. E. Eyck, *Geschichte der Weimarer Republik*, 2 voll., Rentsch, Erlenbach (Zürich)-Stuttgart 1954-1956; tr. it. di E. Collotti, *Storia della Repubblica di Weimar 1918-1933*, Einaudi, Torino 1966, p. 806.

Grandi furono le responsabilità della socialdemocrazia nel sottovalutare il ruolo del nazionalsocialismo e nella «mancata percezione della specificità del suo comportamento politico»¹⁷⁹. Infatti, nel limitarsi a sottolineare i legami con il grande capitale, la socialdemocrazia negava al nascente nazionalsocialismo la dignità di soggetto politico. Fu invece proprio il discorso politico del nazismo a legittimare nel popolo tedesco la perversione giuridica imposta dal regime hitleriano. Non a caso il primo, importante atto giuridico del regime, conseguì alla farsa dell'incendio del Reichstag orchestrata dai nazisti e imputata ai comunisti¹⁸⁰. All'indomani dell'incendio, il 28 febbraio, Hitler impose infatti al vecchio Presidente Hindenburg di firmare il *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, ovvero l'*Ermächtigungsgesetz*, la legge sui pieni poteri, con la quale venivano soppressi i sette articoli della Costituzione weimariana, restata in vigore, che garantivano le libertà individuali e civili. Il decreto, fondato sull'art. 48 WV, sospendeva tuttavia non solo i diritti fondamentali ivi citati, ma anche altri *Grundrechte* «la cui sospensione non è prevista dal secondo comma dell'art. 48, e che pertanto vengono definiti, nella terminologia dei costituzionalisti *diktaturfest*. Ad essi appartiene fra l'altro la libertà di religione»¹⁸¹. Il

¹⁷⁹ Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., p. 452. Cfr. anche lo scritto postumo di Franz Neumann, *Notizen zur Theorie der Diktatur*, in Id., *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a. M. 1967; tr. it. di G. Sivini, *Note sulla teoria della dittatura*, in Id., *Lo stato democratico e lo Stato autoritario*, Il Mulino, Bologna 1973, p. 345.

¹⁸⁰ Scrive a tal proposito la Arendt come, contrariamente a certe leggende postbelliche, Hitler non avesse alcuna intenzione di difendere l'Occidente contro il bolscevismo e quello che lui definiva il “geniale” Stalin, «ma fosse anzi sempre rimasto disposto ad allearsi con lui per distruggerlo» (*The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, New York 1951; tr. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino 2004, p. 429).

¹⁸¹ E. Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a. M. 1974; tr. it. di P.P. Portinaro, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino 1983, p. 35.

nazismo dunque utilizzò lo stato d'assedio proclamato dopo la messa in scena dell'incendio del Reichstag per annientare lo Stato di diritto. Un regime di stato d'eccezione, una dittatura costituzionalmente transitoria in base all'art. 48 veniva predisposta come uno strumento per renderla duratura – quindi incostituzionale – al fine di istituire poteri sovrani illimitati. Si perverte così tragicamente il rapporto fra *Lex* e *Rex*: la *Kompetenz-Kompetenz* è ora nelle mani di un solo individuo, il *Führer*, che tutto può. Quella che sarebbe dovuta essere una dittatura commissaria finì per diventare – grazie alla complicità del Presidente del Reich – una dittatura sovrana¹⁸². Per tentare di portare tutta la Nazione dalla sua parte Hitler propagò prima la leggenda della minaccia bolscevica inventando poi la «cospirazione ebraica mondiale»¹⁸³ e così fu in grado di emanciparsi del tutto da ogni forma di legalità, da qualsiasi *consensus iuris*¹⁸⁴. Ma anche in quelle che furono le ultime elezioni democratiche tenute durante il regime totalitario, il NSDAP non riuscì a conquistare, con il 44%, la maggioranza assoluta dei voti dovendo inizialmente governare con un governo di coalizione.

3.2. Carl Schmitt teorico del nazismo

Carl Schmitt, uno dei giuristi di punta del regime ai suoi esordi, apparteneva a quei ceti intellettuali tradizionalisti accomunati nella «fatale debolezza di lasciarsi determinare dalle forze dell'epoca». E il suo lavoro teorico, come il barometro di un naufragio, «va preso molto sul serio»¹⁸⁵.

¹⁸² La distinzione ricorre in C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, Münche-Leipzig 1921; tr. it. di B. Liverani, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari-Roma 1975, p. 141 ss. Su cui cfr. anche Fraenkel, *Il doppio Stato*, cit. p. 22.

¹⁸³ Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 489.

¹⁸⁴ Cfr. *ivi*, p. 633.

¹⁸⁵ P. Müller (pseudonimo di W. Gurian), *Entscheidung und Ordnung. Zu den Schriften von Carl Schmitt*, in «Schweizerische Rundschau» XXXIV (1934-35), pp. 566-576.

In uno dei suoi più importanti contributi teorici, del 1932, egli delinea-va gli snodi fondamentali della crisi politica – snodi che avrebbero rappresentato le linee direttrici dell’attacco alla democrazia – rintracciando nella prassi giuridica della Repubblica «i tre legislatori straordinari della costituzione weimariana»: quello *ratione materiae*, ovvero la seconda parte della costituzione; quello *ratione supremitatis*, ovvero la legittimità plebiscitaria; e infine quello *ratione necessitatis*, i provvedimenti amministrativi che, a giudizio di Schmitt, stavano soppiantando lo Stato legislativo parlamentare. Nella sua lucidità questa appare tuttavia un’analisi molto tendenziosa, tesa a accreditare l’idea che il nazionalsocialismo fosse unicamente e direttamente il risultato inevitabile della prassi politico-giuridica propria di una democrazia liberale, divenuta ormai – in un inglorioso tramonto secondo Schmitt – un «tiranno senza titolo giuridico»¹⁸⁶. Di quel che sta per accadere – Schmitt scrive nell’estate del ’32 –, egli addossa infatti tutta la responsabilità all’esangue democrazia weimariana convertitasi, a suo giudizio, alla neutralità assiologica del positivismo giuridico: «dal momento che la maggioranza è divenuta l’unico titolo giuridico del possesso legale del potere [...] chi detiene questa maggioranza non commetterà più non-diritto, anzi trasformerà in diritto e legalità tutto ciò che fa [...]. Chi possiede il 51% potrà rendere illegali, in modo legale, il restante 49%»¹⁸⁷. E, in una nota di commento del dopoguerra scritta nel ripubblicare l’importante saggio, afferma di aver profetizzato, in quel saggio, la *legale Machtergreifung* hitleriana: «L’evenienza che un partito entri attraverso la porta della legalità per chiuderla subito dopo dietro di sé, dunque il caso esemplare di una rivoluzione legale, è qui riconosciuto e registrato una volta per tutte»¹⁸⁸. Il positivismo giuridico, dunque, inevitabilmente aprirebbe le porte alla dittatura. Come si può dar credito a questo giurista, pur grandissimo,

¹⁸⁶ Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., p. 261 ss.

¹⁸⁷ Ivi, p. 286.

¹⁸⁸ Ivi, p. 345.

che, una volta asceso Hitler al potere, scrive – un mese dopo la “notte dei lunghi coltelli” – che «il Führer protegge il diritto?»¹⁸⁹ Articolo «sinistramente celebre»¹⁹⁰ nel quale Hitler appare come il giudice supremo che, nel momento del pericolo per la Nazione, «crea diritto istantaneamente»¹⁹¹. Evidentemente egli aveva già preso la sua decisione e scelto da che parte stare, o peggio ancora era semplicemente salito sul carro del vincitore “giustificando” la sua adesione come una scelta *culturale*. Scriveva infatti nel 1934 nella rivista giuridica ufficiale del nazionalsocialismo: «la nostra battaglia nazionalsocialista per un pensiero giuridico dell’ordinamento concreto è oggi una battaglia che ha dalla sua parte gli spiriti migliori di tutti i popoli»¹⁹². Non si tratta quindi più di emendare il metodo normativistico, si tratta piuttosto di soppiantarli perché – afferma Schmitt – ci troviamo di fronte a una situazione assolutamente nuova che non tollera mediazioni: «nella nuova situazione di un popolo dobbiamo imporre il nuovo tipo del giurista tedesco»¹⁹³. Va tuttavia detto che un giudizio equilibrato su questo grande giurista non solo deve tenere il più possibile distinte le scelte politiche e professionali, occasionalmente opportunistiche¹⁹⁴, dal rilievo ineludibile del suo contributo teorico – basti pensare, oltre alla produzione weimariana ampiamente esaminata qui, alla fase post-bellica con al centro il monumentale *Nomos della terra* – ma non può tralasciare il fatto che egli fu nel dicembre 1936 oggetto di una stroncatura da parte dell’organo ufficiale delle S.S., «*Das schwarze Korps*», che lo qualificava come un cattolico conserva-

¹⁸⁹ Il rimando è a *Der Führer schützt das Recht*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», XXXIX (1934), pp. 945-950, poi in Id., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, cit., pp. 199 ss.

¹⁹⁰ Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 857.

¹⁹¹ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, cit., p. 200.

¹⁹² C. Schmitt, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, in «Deutsches Recht», IV (1934), p. 228.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Cfr. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 849.

tore estraneo al nazionalsocialismo inducendolo a rinunciare a tutte le cariche pubbliche tranne a quella di professore di diritto pubblico a Berlino, chiudendo di fatto la sua collaborazione col regime nazista¹⁹⁵.

3.3. Natura del totalitarismo

Al di là del pensiero schmittiano come si configurava in realtà il regime nazista? Certo in modo nuovo. Hannah Arendt descrive l'ordine politico totalitario con l'immagine della cipolla, al cui centro, in uno spazio vuoto, si trova il capo. Ogni componente del sistema: le organizzazioni paramilitari, la burocrazia del partito e le associazioni professionali hanno reciprocamente una relazione tale per cui sono «a seconda del punto di vista, la superficie o il centro della cipolla, cioè rispetto a uno strato costituiscono il normale mondo esterno, mentre rispetto a un altro strato rappresentano il radicalismo più estremista»¹⁹⁶. Questa notazione è di estrema importanza e aiuta a comprendere l'elevatissimo consenso di massa che ebbe il movimento nazista in Germania: la costruzione di un doppio registro, legale e illegale. Uno studio approfondito in tal senso è stato effettuato dal giuslasvorista Ernst Fraenkel – allievo di Hugo Sinzheimer, emigrato negli USA durante il nazismo – che definisce il nazionalsocialismo *a dual State*, composto da “due sistemi”: uno Stato discrezionale e uno Stato normativo. Il primo è «il sistema di dominio dell'arbitrio assoluto e della violenza che non conosce limite in alcuna garanzia giuridica»; il secondo invece è «un sistema di governo dotato di minuziose attribuzioni di potere che mirano al mantenimento dell'ordinamento giuridico e si esprimono in leggi, sentenze giudiziarie e atti amministrativi dell'esecutivo»¹⁹⁷. Tanto il partito (NSDAP), quanto lo

¹⁹⁵ Ivi, pp. 862-863.

¹⁹⁶ H. Arendt, *What is Authority* (1954), in Id., *Between Past and Future. Eight exercises in Political Thought*; tr. it. di T. Gargiulo, *Che cos'è l'autorità*, in Id., *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano 1999, pp. 141 ss.

¹⁹⁷ Fraenkel, *Il doppio Stato*, cit., p. 13.

Stato operano su entrambi questi fronti. Tuttavia «la delimitazione delle competenze» fra Stato e partito «non è generalmente regolata e nella prassi è fluida»¹⁹⁸. In effetti lo Stato risulta come l'autorità apparente, mentre il partito appare come l'autorità reale¹⁹⁹. E non è un caso che nonostante la valanga di leggi e decreti varati dal nazismo nei suoi primi anni la costituzione di Weimar restò in piedi. Quel che costituisce il centro di questo vortice giuridico è l'incessante pulsione alla normazione così da renderne impossibile ogni controllo²⁰⁰. Si assiste alla coesistenza di autorità vincolate alla legge e autorità che se ne rendono indipendenti in una duplicazione costante degli uffici amministrativi del Terzo Reich. Una delle conseguenze più clamorose: le autorità di polizia sottopongono a revisione le sentenze dei tribunali e, ad esempio, internano in campo di concentramento soggetti che sono stati assolti, dunque annullano sentenze civili mostrando come il potere extralegale godesse nel regime nazista di un plusvalore politico²⁰¹. La chiave del totalitarismo nazista – il suo strapotere – fu certo l'imprevedibilità delle decisioni, l'impossibilità di ricondurle a una struttura ordinamentale prescritta: il regime si costituiva incessantemente, puro *ius condendum*, alla radice. Risulta così evidente l'enorme distanza fra Stato di diritto e Terzo Reich: nel primo, i tribunali controllano l'amministrazione dal punto di vista della *legalità*; nel secondo, le autorità di polizia controllano i tribunali dal punto di vista dell'*opportunità*²⁰². Come si costruisce, dunque, il sistema totalitario? Con una sorta di dottrina della “doppia verità”, un permanente dualismo fra due diversi fondamenti giuridici che si ordinano secondo una gerarchia determinata. Da un lato c'è lo Stato con la produzione di norme giuridiche, dall'altro – e *prima* del diritto posto – c'è un'idea giuridica fondamentale sovrapositiva che

¹⁹⁸ Ivi, p. 25.

¹⁹⁹ Cfr. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 543.

²⁰⁰ Cfr. ivi, p. 541.

²⁰¹ Cfr. Fraenkel, *Il doppio Stato*, cit., pp. 60 ss.

²⁰² Cfr. ivi, p. 62.

rappresenta l'autentico scopo di tutta la produzione giuridica, l'ideale giuridico che conforma le decisioni, e ad essa devono conformarsi tutte le singole norme fino al punto da emendarle in caso di conflitto²⁰³. Dunque «le prescrizioni del BGB sono ancora esistenti, ma esse acquisiscono attraverso 'l'idea giuridica centrale' nuove finalità»²⁰⁴. Il concetto di *Rechtsidee* non ha un contenuto determinato, ma è il concentrato di valori comuni alla comunità giuridica, valori indeterminati che lasciano ampio spazio al più assoluto arbitrio interpretativo. Così, in base alla svolta radicale operata dal nazismo emergono i concetti di razza, volontà del *Führer*, programma del partito e ideologia nazista. Come afferma ancora Carl Schmitt: «Noi sovvertiamo i concetti giuridici»²⁰⁵. Dunque tutto diventa possibile.

E come si concretizza questo condizionamento delle norme giuridiche, la loro dipendenza dalla *zentrale Rechtsidee*? Uno degli strumenti è certamente il ricorso alle clausole generali²⁰⁶. Clausole che si distaccano dalle leggi in senso specifico: massime del tipo “colui che reca danno ad altri contravvenendo alla morale è tenuto al risarcimento dei danni” non è una legge autenticamente generale, ma solo *pseudogenerale*. Un sistema che annovera – com'è il caso del nazionalsocialismo – tutta una serie di clausole generali di questo tipo «non è che una maschera dietro la quale si celano provvedimenti *individuali*»²⁰⁷. La *Generalklausel* è un *passepartout* attraverso il quale nello Stato totalitario si armonizza il diritto weimariano con le pretese del gruppo dominante e i comandi

²⁰³ Cfr. B. Rüthers, *Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Beck, München 1988, pp. 23 ss.

²⁰⁴ H. Stoll, *Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», XXXIII (1933), p. 1231.

²⁰⁵ Schmitt, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, cit., p. 229.

²⁰⁶ Cfr. F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* (1937), ora in Id., *Demokratischer und autoritärer Staat*, cit.; tr. it. di G. Sivini, *Mutamenti di funzione della legge nella società borghese*, in Id., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., pp. 245 ss.

²⁰⁷ Ivi, p. 253.

inappellabili del Führer. Così, anche se il nazionalsocialismo sostiene che il giudice è soggetto soltanto alla legge, «tuttavia i ‘principi generali’ permettono che si emettano sentenze in accordo con le opinioni politiche dominanti anche là dove la legge positiva le contraddice»²⁰⁸. Anche su questo punto Carl Schmitt è stato chiarissimo: «Per l’applicazione e l’amministrazione delle clausole generali tramite giudici, avvocati, amministratori e giuristi la misura è data immediatamente e esclusivamente dai principi del nazionalsocialismo»²⁰⁹. Il che significa che «la legge è il comando del Führer»²¹⁰.

3.4. Segue

Con il nazionalsocialismo si inaugura un’epoca nella quale «i movimenti totalitari mirano a organizzare le masse non le classi», facendo leva «sulla nuda forza numerica, dell’ordine di milioni»²¹¹. Nuda forza numerica: perché non ci sono comunanze di interessi fra gli individui che la compongono, ed esse sono politicamente neutrali e con un basso grado di alfabetizzazione e di partecipazione alla cosa pubblica. Questa massa può diventare e diventò con il nazismo il propellente più formidabile per il regime hitleriano: la fine dello Stato diviso in classi e l’irrompere delle masse sulla scena della storia e della politica fece emergere la base amorfa dello Stato nazionale e impose quella «sconcertante alleanza fra plebe ed élite»²¹² dovuta all’emarginazione che la prima aveva subito nella costituzione dello Stato nazionale e delle classi che vi

²⁰⁸ Ivi, p. 289.

²⁰⁹ C. Schmitt, *Neue Leitsätze für die Rechtspraxis* (1933), ora in H. Pauer-Studer, J. Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2014, p. 515.

²¹⁰ Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 289.

²¹¹ Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 427.

²¹² Ivi, p. 467.

si incardinavano. Il nazismo prefigurava il riscatto di questi emarginati della storia: essere legittimati nel segno del potere. L'assenza di riconoscimento, l'emarginazione, «l'astratta nudità dell'essere nient'altro che uomo era il loro massimo pericolo»²¹³. Ma la grande e nefasta novità del nazismo fu la propaganda. Fu questa a guadagnare legittimità al regime attraverso i grandi mezzi di comunicazione di massa²¹⁴. Fino al terrore di massa come strumento di comunicazione: una volta insediati al potere, i nazisti avviarono un'ondata di delitti politici non eccellenti, così «uccidendo piccoli funzionari socialisti o membri influenti, ma non in vista, dei partiti avversari, cercarono di mostrare alla popolazione quali pericoli comportasse la mera appartenenza a un partito»²¹⁵. Diseducare alla democrazia espandendo un modello gangsteristico²¹⁶ del potere al fine di imporre il totalitarismo come regime politico. Il concetto esprime proprio la volontà di sottomettere l'essere umano nella sua interezza, senza lasciare spazi residui. Tutto dev'essere alla portata del comando totalitario, a disposizione. Compresi i corpi e le vite di qualsivoglia individuo: i campi di concentramento e di sterminio – lungi dall'essere semplicemente una soluzione (*Endlösung*) dettata dalla necessità – materializzano invece l'oscena pretesa di piegare «l'infinita pluralità e diversità» della singolarità umana; laboratori, quali essi sono, per la «verifica» di questo «dominio assoluto sull'uomo»²¹⁷.

²¹³ Ivi, p. 415.

²¹⁴ Cfr. W.L. Shirer, *The Rise and the Fall of the Third Reich. A History of Nazi Germany*, Secker and Warburg, London 1960; tr. it. di G. Glaesser, *Storia del Terzo Reich*, Einaudi, Torino 1974, pp. 382 ss.

²¹⁵ Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 475.

²¹⁶ Cfr. ivi, p. 476.

²¹⁷ Ivi, p. 599.

3.5. Per una genealogia del pensiero filosofico-giuridico nazionalsocialista

In un importante saggio sulla genealogia culturale del pensiero nazista Okko Behrends muove dall'analisi della *Freirechtsbewegung* e in particolare dalle sue radici romantiche, per giungere a quello che Carl Schmitt – riprendendo un'espressione di Roland Freisler – avrebbe definito il *konkretes Ordnungsdenken*²¹⁸. La finezza intellettuale di Behrends fa sì che egli non assuma certo la *Freirechtsbewegung* – e i giuristi che la rappresentano, da Fuchs a Kantorowicz a Ehrlich – come protonazista. Piuttosto, il suo volontarismo, gli accenti “romantici” forniti alla figura del giudice nella decisione e la sua libertà dai vincoli giuridici assiologici e concettuali sembrano mutare profondamente il rapporto fra giudice e legge, dando luogo a un'autoconsapevolezza che giungerà con il nazismo a una prassi giurisdizionale libera dai condizionamenti teorici della tradizione giuridica, esaltando il rifiuto di ogni dimensione astratta del diritto. Behrends prende spunto da un celebre brocardo del Digesto: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Ebbene, afferma Behrends, il movimento del diritto libero ha capovolto il rapporto tradito fra regola e diritto: non è più dalla regola che ora scaturisce la decisione sul caso di specie; ma è da quest'ultimo, dalla sua concreta determinatezza, che scaturisce la regola²¹⁹. Schmitt lo dirà con chiarezza in altro modo: «Per il pensiero dell'ordinamento concreto, 'ordinamento' anche dal punto di vista giuridico non è innanzitutto regola o una somma di regole, bensì, al contrario, la regola è solo parte e strumento dell'ordinamento»²²⁰. Non è la norma che produce l'ordine ma un or-

²¹⁸ Cfr. O. Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in R. Dreier, W. Sellert (hrsg.), *Recht und Justiz im 'Dritten Reich'*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1989, pp. 34 ss.

²¹⁹ Ivi, p. 49.

²²⁰ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagssanstalt, Hamburg 1934, p. 13.

dine che vive nella situazione concreta produce la regola e la sentenza del giudice interpreta questo dato di fatto: la decisione, diversamente dalla regola, è sempre *personale*, sono gli ordinamenti concreti a essere *impersonali*. E di un *Nomos* effettivo, sovrano, si può parlare – afferma Schmitt significativamente – solo se esso esprime un ordinamento *totale*. Così, anche il giudice, che ci si sforza di costruire come sottoposto solo alla legge, organo puro della pura norma, si trova sempre collocato dentro ordinamenti e istanze gerarchicamente ordinate, non sottoposto a una norma ma a un ordinamento concreto²²¹. Dunque né la norma, né la decisione (l'*Entscheidungsträger*) sono più sufficienti, e neppure la loro combinazione, perché esse non originano dalla società su cui dovrebbero governare, ma sono imposte dall'esterno, in astratto. Per il pensiero dell'ordinamento concreto il diritto scaturisce direttamente dalla società. Ma di quale società parla Schmitt? Una società piegata dall'ideologia del potere assoluto, dove quindi la norma – lì dove esiste – non potrà mai limitare il potere, ma ne sarà in ogni sua parte serva. Fino in fondo al servizio del movimento nazionalsocialista, fino all'organizzazione puntuale meticolosa e terrificante dell'*Endlösung*²²².

²²¹ Cfr. *ivi*, p. 16.

²²² Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, cit., p. 62.