



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Filosofia

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : FILOSOFIA
INDIRIZZO:FILOSOFIA POLITICA E STORIA DEL PENSIERO POLITICO
CICLO XXIV

Ab integro nascitur ordo. Carl Schmitt e il diritto.

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Giovanni Fiaschi

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giovanni Fiaschi

Supervisore :Ch.mo Prof. Sandro Chignola

Dottoranda : Ilaria Durigon

Introduzione.

Decidere su quale argomento sviluppare un lavoro di ricerca significa innanzitutto stabilire un punto prospettico. Si tratta cioè di valutare quale sia il *posto* migliore da cui osservare e interpretare il senso di ciò che ci viene detto. Questo punto è quello che ci permette di gettare una luce particolare su quello che ci sta davanti, di vedere le cose in un modo piuttosto che in un altro. La prospettiva scelta, il punto di osservazione, condiziona e determina in maniera radicale ciò che si vede e come lo si vede. D'altra parte per poter vedere non c'è alternativa che scegliere un posto da cui sia possibile farlo.

Quale fosse il punto migliore attraverso cui tentare di chiarire un pensiero così complesso e articolato come quello di Carl Schmitt, è quindi il primo problema che ci siamo posti. Dove sedersi per poter osservare meglio? Diverse scelte si ponevano come alternative, una pluralità di opzioni che corrispondevano ai tanti luoghi chiave della riflessione schmittiana. Tutte queste possibili strade ci sembravano però convergere verso un unico punto. Si trattava della questione sulla natura del diritto e del suo ruolo. Questa si mostrava, almeno ai nostri occhi, come il nucleo attorno a cui si muoveva, seguendo molteplici direzioni, il pensiero del giurista tedesco. Da qui si è sviluppata la presente ricerca.

Come punto prospettico, la riflessione sul *giuridico* è apparsa fin da subito come ciò che rendeva possibile cogliere un'unitarietà di fondo che attraversava, ponendoli in continuità, le diverse 'fasi' e le diverse problematiche affrontate da Schmitt. Abbiamo quindi deciso di strutturare il lavoro secondo una logica che rispondesse all'esigenza di rendere conto dell'articolazione *interna* della questione. Ciò che ci interessava non era tanto mostrare il ruolo che il diritto, come problematica *a se stante*, rivestiva nelle singole opere, la sua *localizzazione*. Si trattava piuttosto di comprendere il diritto come sfondo comune all'intera prestazione schmittiana, come il terreno su cui le altre questioni affrontate dall'autore acquisivano una luce nuova e, forse, una coerenza

altrimenti introvabile.

Che cos'è il diritto per Schmitt? Tentare di spiegarlo voleva dire innanzitutto comprendere quali fossero gli elementi su cui questo si strutturava. Da qui la tripartizione della tesi in capitoli aventi ad oggetto rispettivamente la decisione, la norma e, infine, l'ordinamento concreto. Questa scelta può, a prima vista, apparire azzardata, visto che la definizione del diritto come complesso di questi tre elementi è in realtà qualcosa che Schmitt sostiene, in maniera chiara e articolata, solo in un saggio, cioè quello sui tre tipi di pensiero giuridico. Nondimeno ci sembra di poter dire con una certa sicurezza che il discorso sul diritto, in questo caso sui suoi singoli elementi, si articola con riferimenti costanti sulla loro natura, riferimenti riscontrabili in gran parte delle sue opere.

Parlare di norma, decisione e ordinamento in Schmitt vuol dire innanzitutto fare i conti con la problematizzazione che egli conduce rispetto alla crisi dello Stato e dello *Jus Publicum Europaeum*. È sulle loro ceneri che la domanda sul diritto diventa nuovamente essenziale. E tale domanda non può che rivolgersi in prima istanza verso ciò che, di quegli ordinamenti, ha determinato la fine. Centrale nella nostra analisi, proprio per lo stretto collegamento con la tematica che intendiamo affrontare, è quindi l'attenzione che il giurista tedesco rivolge nei confronti della tecnicizzazione dello spazio giuridico-politico. È qui che convergono due snodi centrali per comprendere il tipo di analisi portata avanti da Schmitt. Si tratta di due discorsi intimamente intrecciati: la critica all'amministrativizzazione e quella al positivismo giuridico. Di fronte ad essi, Schmitt articola e delinea ciò che per lui si deve intendere come diritto. Il suo senso infatti si mostrerà innanzitutto come critica alla realtà che si trovava dinanzi e al pensiero teorico che, a suo avviso, la sosteneva. Dire che cos'è diritto significa in primo luogo, in questa prospettiva, chiarire cosa non lo è. A partire da qui, è possibile dire che, talvolta, l'esplicitazione di quale sia la natura del diritto, da parte di Schmitt, sia rinvenibile *in negativo*. L'opposizione serrata che l'autore istituisce con il positivismo giuridico sarà quindi uno dei temi maggiormente sviluppati nella presente ricerca. Il secondo, quello che costituisce lo sfondo su cui il positivismo stesso ha trovato terreno fertile per il suo sviluppo, è quello della burocratizzazione. Da qui l'attenzione rivolta nei confronti della critica allo Stato, dalla sua origine fino a quell'implosione a cui

Schmitt rimanda parlando dello Stato totale.

Se decisione, norma e ordinamento sono elementi che ugualmente concorrono a definire la forma giuridica, nondimeno solo uno di essi può essere pensato come quello originario. L'originarietà è intesa qui non solo come ciò che corrisponde al momento della genesi del giuridico, ma anche come ciò che fornisce di senso e contenuto l'intera forma giuridica. A nostro avviso, l'analisi di Schmitt diventa molto più chiara e coerente solo se si coglie come fondamento della costruzione giuridica, l'idea dell'ordinamento concreto. È da qui che norma e decisione ricevono il loro senso specificamente giuridico. Al di là e al di fuori del rapporto con questo piano, se la norma è pura astrazione, la decisione è puro potere. La norma, per essere un elemento del diritto, non può essere totalmente svincolata dallo spazio a cui si applica ed è dal piano della concretezza che essa riceve un senso tale per cui la sua applicazione non è espressione di una mera coercibilità, di qualcosa che si impone dall'*alto*. Lo stesso dicasi della decisione. Solo in quanto è pensabile come luogo di intermediazione tra normativo e concreto e tra concreto e normativo, che il suo *momento* può essere pensato come un elemento proprio della forma giuridica.

Pensare all'ordinamento concreto come il luogo specifico dell'origine del diritto significa in qualche modo compiere una rivoluzione rispetto alle tradizionali interpretazioni che ruotano attorno al pensiero di Schmitt. In primo luogo, nei confronti di quelle posizioni che fondano la costituzione dell'ordine sul piano della *trascendenza*. Facciamo qui riferimento, in primo luogo, alla monumentale opera di Nicoletti nella quale l'interpretazione del pensiero di Schmitt viene sviluppata con riferimento ad un concetto specifico di 'teologia politica'. Questa viene intesa come un'ermeneutica del politico, cioè una struttura in cui si rivela la teologicità del politico. Il politico che emerge in quella struttura che sia chiamata teologia politica, è un politico che non si risolve in sé ma rimanda, per ciò che riguarda il suo senso, ad altro, ad un altro piano rispetto a quello, immanente, della realtà concreta. Affermare l'insopprimibile trascendenza del politico, significa affermare l'impossibilità che un ordine possa trovare in sé il suo senso¹. L'immanenza, secondo questa prospettiva, non ha la capacità di

¹ M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia, 1990.

costituirsi come un fondamento, essa è strutturalmente incapace di porsi all'origine dell'ordine.

Sul problema di come si *produca* la forma politica, a partire da ciò che emerge in *Teologia politica*, si sviluppa l'opzione teorica di Duso², il quale concentra la sua indagine sul concetto di 'rappresentazione'. È in essa, come struttura tipica secondo cui si costruisce lo Stato moderno, che diventa evidente come la forma politica stessa, per costituirsi, richieda qualcosa che la eccede, qualcosa che non è formale. Il senso della teologia politica viene qui inteso come "la presenza nel politico, *per il suo stesso costituirsi* di una trascendenza, o meglio di un movimento di trascendimento della realtà empirica"³. Senza un movimento di trascendimento la politica non può costituirsi come ordine, essa rimanda sempre ad altro da sé.

Una lettura che fa dell'essere cattolico di Schmitt, il fondamento a partire dal quale interpretare la sua intera prestazione di giurista, è quella proposta da Maraviglia⁴. A differenza delle altre due posizioni che individuano nella trascendenza il fondamento dell'ordine, questa ha il merito di sottolineare il ruolo importante che l'ordinamento concreto riveste. È questo infatti che, come emerge da queste pagine, può garantire alla decisione sia la formalità che la concretezza. L'importanza di questa riflessione non viene però portata avanti fino alle sue più rilevanti conseguenze, e in particolare ad un ridimensionamento del ruolo della decisione stessa.

Per quanto riguarda questo tipo di interpretazioni, modalità di lettura che si sviluppano attorno ad una visione *teologica* del pensiero di Schmitt, la nostra posizione si colloca, per certi aspetti, agli antipodi. Ai *nostri* occhi, dal posto che abbiamo scelto, esse ci sembrano non tenere in debito conto alcune affermazioni dello stesso giurista tedesco, in particolare, il suo ribadire come la riflessione giuridica sia un modo di pensiero radicalmente diverso da quello teologico. Anzi, la teologia, la sua *struttura*, rappresenta per la scienza giuridica, un pericolo.

Nell'introduzione al concetto di politico, facendo riferimento a quanti si erano cimentati con il suo scritto, Schmitt sottolinea come esso fosse innanzitutto indirizzato agli

2 G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimettrica, Milano, 2007.

3 Ivi, p. 197.

4 M. MARAVIGLIA, *La penultima guerra. Il concetto di 'Katéchon' nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Led, Milano, 2006.

studiosi di *diritto*. Ma, egli prosegue, “anche importanti teologi e filosofi si sono occupati del concetto di politico (...). In quest'ambito sorgono però nuove e straordinarie difficoltà, proprie di un tipo di comprensione *opposto a quello da noi impiegato*, cosicché diventa pressochè *impossibile* un inquadramento convincente della problematica comune. Continua a risuonare il *silete theologi*, che un giurista del diritto internazionale ha elevato contro i teologi”⁵.

Un'altra interpretazione che occorre tenere in considerazione per la sua indubbia rilevanza e per l'importanza che ha rivestito, è quella portata avanti da Carlo Galli nei suoi numerosi scritti su Schmitt. In particolare, facciamo qui riferimento allo scritto *Schmitt e lo Stato*, pubblicato nella raccolta *Lo sguardo di Giano*⁶. Qui, giustamente, si sottolinea come il giuridico preesiste alla decisione, ma questa esistenza presupposta viene pensata come priva di contenuti. Più che ad un ordine, seguendo quanto dice Galli, si è di fronte ad una 'coazione all'ordine'. La sua tesi prosegue sostenendo che la decisione sull'eccezione è ciò che permette la *creazione* del diritto. La decisione è pensata qui come fondativa dello spazio giuridico, come il momento essenziale in cui la coazione all'ordine diventa ordine. L'eccezione diventa in questa prospettiva l'origine, il fulcro, il cuore da cui il diritto si produce come diritto positivo. La nostra interpretazione sull'eccezione si discosta radicalmente da questa che, seppur molto affascinante e ricca di spunti, ci sembra non tenga in debito conto la riflessione eminentemente giuridica che Schmitt fa sullo stato di eccezione.

Un ultimo riferimento, almeno per quanto riguarda il panorama italiano, merita senza

5 C. SCHMITT, *Premessa* (1963) a *Il concetto di politico. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, (a c. di) G. Miglio - P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 87-183, p. 96. Ma si vedano anche C. SCHMITT, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, (tit. or. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*,), (a c. di) F. Volpi, Adelphi, Milano, 1992, p. 14, dove si dice "La scienza giuridica deve trovare un proprio spazio in una dimensione *storica* rettamente conosciuta, dimensione che la liberi dalle influenze di tecnica e teologia". E poi C. SCHMITT, *Glossario*, (tit. or. *Glossarium. Aufzeichnung der Jahre 1947-1951*, 1991), (a c. di) P. Del Santo, Giuffrè, Milano, 2001, p. 186: "Il dover scegliere, per i giuristi, tra teologia e tecnica, sottolinea Schmitt, li pone di fronte ad un'alternativa che li elimina proprio in quanto *giuristi*". Un ultimo esempio è un'affermazione contenuto nello scritto sulla condizione della scienza giuridica europea: "considerata nel suo sviluppo secolare la scienza del diritto europea è stata infatti sempre caratterizzata da due tipi di opposizione: l'opposizione nei confronti della teologia, della metafisica e della filosofia da un lato, e l'opposizione nei confronti di una mera tecnica normativa dall'altro". In C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, (tit. or. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1943-44) trad. it. L. Cimmino, Antonio Pellicani, Roma 1996, p. 80.

6 C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008.

dubbio l'interpretazione di Castrucci. In particolare ci soffermiamo qui su una affermazione e cioè quella secondo cui Schmitt tenderebbe a ricondurre l'essenza del diritto alle categorie fondamentali della dimensione del 'politico'. Più che di una pura e semplice politicizzazione del diritto, prosegue l'autore, "si dovrebbe però parlare di un'attenta e consapevole selezione dei dati del mondo giuridico che si affacciano direttamente sul mondo politico, e di una conseguente definizione del diritto a partire da problematiche di confine tra il giuridico e il politico"⁷. L'attenzione che abbiamo posto sull'elemento giuridico, sulla natura del diritto e la riflessione che Schmitt costruisce, ci pare sia ciò che ci ha permesso di smentire l'idea della preminenza del politico sul diritto. La politicizzazione del diritto è il punto cardine della *critica* che Schmitt rivolge al positivismo giuridico. La politicizzazione del diritto è, per il giurista, la fine del diritto. Due importanti interpretazioni sono poi quelle dei francesi Julien Freund e J. F. Kérvegan.

Il primo concepisce lo stato di eccezione come ciò a partire dal quale si mostrerebbero i limiti del diritto⁸. L'eccezione in questo non è interna all'ambito giuridico, ma di questo costituirebbe l'inevitabile limite. Nel primo capitolo della nostra ricerca, cercheremo di mostrare, al contrario, come l'eccezione si configuri come spazio giuridico, come luogo interno al diritto e alla dialettica che esso istituisce attraverso il rimando alla norma e alla normalità, quest'ultima pensata come espressione dell'ordinamento concreto.

Comprende invece il senso eminentemente giuridico dell'eccezione Kervégan. Nonostante questa importante acquisizione, il francese non la porta alle sue conseguenze, ovvero a comprendere che se l'eccezione è parte dell'ambito giuridico, allora essa diventa espressione di un ordinamento giuridico non riconducibile a quello normativo. Non si coglie qui insomma che già da *Teologia politica*, l'immagine di un ordinamento concreto sia presente e agisca come elemento fondamentale all'interno del ragionamento di Schmitt. Kervégan infatti suddivide la produzione schmittiana in due fasi, quella decisionista e quella istituzionalista. Nella nostra opzione teorica, la suddivisione temporale dell'opera di Schmitt ci è sembrata più che un buono strumento

⁷ E. CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino, 1991.

⁸ J. FREUND, *Le linee chiave del pensiero politico di Carl Schmitt*, in ID. *Diritto e politica. Saggi di filosofia giuridica*, Napoli, ESI, 1993.

ermeneutico, un ostacolo nella piena comprensione del pensiero dell'autore.

Con questo breve riferimento alla letteratura critica non abbiamo inteso offrire un quadro completo del dibattito sul pensiero di Carl Schmitt, nè nostra intenzione era esaurire qui la complessità di quelle posizioni. Abbiamo voluto mostrare, con quelle che secondo noi, limitatamente al nostro tema, sono le linee interpretative più rilevanti, linee di cui, pur criticandole, abbiamo tenuto conto nel corso di questa ricerca.

Un'ultima considerazione riguarda il titolo che abbiamo scelto. *Ab integro nascitur ordo* è un'espressione che Schmitt riprende, modificandola, da un passo di Virgilio⁹. Lontana dalle nostre intenzioni qualunque pretesa esegetica sul senso che essa assume nell'autore latino, anche perchè pensiamo che quell'espressione rivesta, nel testo del giurista tedesco, un significato del tutto particolare. Occorre sottolineare come il testo sulle neutralizzazioni in cui essa appare, fosse il luogo in cui Schmitt delineava la fine dell'ordinamento-Stato. Lo spostarsi del centro della vita spirituale nell'ambito della tecnica, portava con sé l'esposizione di una politicizzazione sempre più intensa. L'ordine su cui si era edificato lo Stato aveva esaurito la sua forza neutralizzante. Questa diagnosi però non rappresentava, per Schmitt, l'ultima parola. "*Geist kämpft gegen Geist, Leben gegen Leben, und aus der Kraft eines integren Wissens entsteht die Ordnung der menschlichen Dinge*"¹⁰, dice il giurista. L' *Ab integro* dell'espressione di Virgilio, che in latino vuol dire 'di nuovo', viene qui accostato all' *integren* tedesco che significa 'integro'. La fine di un ordinamento non è la fine di ogni ordinamento. La storia è innanzitutto nascita e morte di modi nuovi e diversi di intendere l'ordine. L'assenza di ordine non può che essere qualcosa di temporaneo, un doloroso intermezzo nell'attesa del nuovo. E questo nuovo non può che procedere *aus der Kraft eines integren Wissens*.

9 Così suona il passo di Virgilio, contenuto in VIRGILIO, *Ecl.*, 4, 4-10:

"*Ultima Cumaei venit iam carminis aetas;
magnus ab integro saeculorum nascitur ordo:
iam redit et Virgo, redeunt Saturnia regna;
iam nova progenies caelo demittitur alto*".

10 C. SCHMITT, *Die Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen* (1927), in ID. *Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin 1963, p. 79 - 95.

1. Eccezione e decisione come elementi dello spazio giuridico.

1.1 Schmitt e Weimar tra difesa e critica.

L'elaborazione, da parte di Schmitt, dell'idea di stato di eccezione si colloca storicamente e concettualmente all'interno della crisi che la Germania visse alla fine della Prima guerra mondiale. È a partire da questo sostrato storico e politico-giuridico che il giurista tedesco trasse la materia per le sue analisi. In questo senso, il suo pensiero è senz'altro *situativ*¹¹, e non potrebbe essere altrimenti. Come giurista, Schmitt non poteva prescindere dalla concreta situazione giuridica in cui versava lo Stato tedesco, essendo lo scopo del suo lavoro, non una mera teorizzazione, ma il tentativo di far fronte ad una situazione di crisi. Non solo. Il suo modo specifico di pensare il giuridico a partire dalla situazione storica concreta, era il risultato di una specifica concezione sul diritto stesso, il quale veniva definito nella sua essenza come *Situationsrecht*¹². Il diritto non appariva, nell'ottica del giurista tedesco, come un dato che fosse comprensibile se svincolato dalla concreta realtà nella quale si trovava immerso. Anzi, il diritto era un elemento che si strutturava proprio a partire da quella concretezza. Come vedremo, concretezza non vuol significare pura fattualità, ma al contrario uno spazio che aveva in sé un carattere eminentemente giuridico. Che il diritto fosse legato alla realtà concreta, non significava, nella sua ottica, sminuire la forza neutralizzante che il diritto giocava rispetto al politico, ma comprenderne proprio la sua specifica funzione all'interno di questa sfera. La specifica azione che il giuridico agiva rispetto al politico significava in Schmitt non la dipendenza di questo a quello, ma il fatto che il diritto non fosse mai una vuota astrazione, ma sempre diritto concreto.

11 H. HOFFMANN, *Legittimità contro legalità*, (tit. or. *Legitimität gegen Legalität*), (a c. di) R. Miccù, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999, p. 46.

12 C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, (tit. or. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, 1922), in ID., *Le categorie del politico*, (a c. di) G. Miglio, P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 27-86, p. 40.

Quando Schmitt elabora la sua concezione sullo stato di eccezione, la Germania si trovava in una situazione caratterizzata da una forte instabilità sociale e politica determinata da motivazioni di carattere economico. Le conseguenze che la fine della prima guerra mondiale aveva portato con sé, tra le quali la disoccupazione e l' aumento vertiginoso dei prezzi, furono la miccia per l'irrompere di conflitti sociali sempre più intensi¹³, conflitti che rischiarono di sfociare in una guerra civile¹⁴.

Un'ondata di scioperi e di proteste da parte degli operai, ai quali poi si aggiunsero i soldati di ritorno dalla guerra, portarono alla costituzione di consigli operai in molte parti della Germania che ebbero come conseguenza, nel novembre del 1918, l'abdicazione di Guglielmo II e la conseguente proclamazione della Repubblica, nonché l'assunzione della carica di cancelliere all'esponente dell' SPD, Ebert.

I problemi non provenivano solo dall'ambito concreto della vita sociale; anche dal punto di vista della formulazione dei principi costituzionali, la nascita della repubblica weimariana fu il luogo di uno scontro giuridico non risolto, eredità dei dibattiti sulla costituzione imperiale del 1871¹⁵. Il fulcro del problema era rappresentato dal modo in cui potessero svilupparsi, coerentemente, nella nuova Costituzione, parlamentarismo e principio monarchico. Le posizioni erano diversificate tra chi proponeva il superamento di quest'ultimo attraverso la parlamentarizzazione¹⁶ e chi proponeva invece una riforma che tenesse conto della specificità tedesca¹⁷. Il risultato fu quella di una strutturazione

13 Secondo Winkler, questi conflitti avevano la loro origine nella stessa società tedesca che, già prima del 1914, poteva essere definita come classista e come società di particolarismo culturale. In H. A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, trad. it. M. Sampaolo, Donzelli, Roma, 1998, p. 8.

14 G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, (tit. or. *The Challenge of the Exception*), trad. it. N. Porro, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 59.

15 Su ciò si veda H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, (tit. or. *Weimar. Deutschland 1917-1933*, 1982), trad. it. A. Roveri, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 103 ss.

16 Sulla questione si veda A. SCALONE, *Aspetti del dibattito sui partiti nella dottrina dello Stato weimariana*, in "Foedus", n. 19, 2007, pp. 3-21, dove vengono esposte le diverse posizioni che riguardarono il dibattito weimariano sul tema. Centrale, nella rassegna proposta tra i favorevoli e contrari all'idea di un ruolo costituzionale dei partiti, si mostrerà la nozione di rappresentanza.

17 Su questo si veda il saggio di O. HINTZE, *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, (tit. or. *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung* 1911), in ID., *Stato e società*, trad. it. P. Schiera, Zanichelli, 1980, pp. 27-49. Qui infatti si cerca di mostrare come la strutturazione costituzionale tedesca non possa essere comparata con altre perché dotata di una storia specifica che impedisce di applicare ad essa considerazioni tipiche di situazioni diverse. Hintze parla della radicale separazione di Stato e società, di contro all'esperienza inglese di una maggiore vicinanza e confusione. In Germania lo Stato è tradizionalmente separato da una società rispetto alla quale esso domina. Si sottolinea inoltre come fu Stahl il primo ad affermare una distinzione netta tra principio monarchico e parlamentare, idea

della vita statale che si giocava sull'equilibrio instabile fondato su una struttura dualistica che garantisse all' esecutivo sufficienti garanzie di stabilità di fronte a una realtà partitica molto frammentata¹⁸. Tale struttura dualistica rappresentava l'applicazione al nuovo *Volksstaat* di principi la cui origine era individuabile nella costituzione imperiale del 1871¹⁹. Il dualismo della monarchia costituzionale poteva essere trasferito qui allo scopo di assicurare una base di legittimazione all'azione consolidante del capo dello Stato e si rivelava anche nell 'idea di un presidente forte, capace di far confluire, unificando in sè, la frammentazione partitica.

La posizione del presidente del *Reich*, che sembrava richiamare il ruolo del monarca, fu fin dall'inizio oggetto di un grande dibattito²⁰. In accordo con la posizione che aveva sull'argomento anche Max Weber²¹, il progetto di Preuß²², costituzionalista ed esponente della sinistra liberale, a cui era stata affidata la stesura provvisoria della Costituzione, il Presidente doveva svolgere una funzione di integrazione in quanto potere *super partes* capace di garantire la continuità dello Stato tedesco al di là della frammentazione partitica²³. A questa impostazione aderirono alla fine anche i partiti legati alla SPD.

che influenzò lo stesso Bismark, e quindi la strutturazione stessa dello Stato tedesco.

18 F. LANCHESTER, *Le radici imperiali della forma di governo weimariana*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e Germania*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 201-220, p. 204.

19 Ivi, p. 207.

20 Ivi, p. 219.

21 Si veda il saggio *La futura forma statale della Germania* del 1918, dove Weber sostiene che "un presidente del *Reich* che poggiasse sulla legittimità rivoluzionaria dell'elezione popolare avrebbe un' autorità molto più ampia, e sarebbe contrapposto agli organismi del *Reich*. Questo sarebbe da un punto di vista rigidamente socialista, un grande privilegio del presidente eletto dal popolo. Infatti per la socializzazione sarebbe decisiva la mano forte dell'amministrazione e cioè un capo dell' esecutivo legittimato come uomo di fiducia del popolo". In ID., *Scritti politici*, a c. Di A. Bolaffi, Donzelli, Roma, 1998, pp. 132-167, p. 154. Sullo stesso tema si veda il saggio "Il presidente del Reich", (1919), in ID., *Scritti politici*, op. Cit., pp. 231-236. Anche qui Weber ribadisce come sia necessario creare un vertice statale che poggi sulla volontà di tutto il popolo (p. 233), e che solo un simile presidente potrebbe avere l'autorità per avviare la socializzazione, visto che questa significa essenzialmente amministrazione (p. 233). Il particolarismo rende inoltre necessaria un'istituzione che rappresenti il principio di unità del *Reich*. L'elezione plebiscitaria del presidente sarebbe quindi in Weber la garanzia contro i particolarismi e i regionalismi dei partiti che saranno così costretti a costituirsi su piano nazionale (p. 235). Senza un siffatto tipo di potere, ad ogni crisi parlamentare, vacillerebbe l'intera costruzione del *Reich* (p. 235). E infine, "Eletto dal parlamento, il Presidente sarebbe un uomo politicamente morto" (p. 236).

22 Su Hugo Preuß, di Schmitt, si veda C. SCHMITT, *Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, (tit. or., *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Mohr, Tübingen, 1930), in *Democrazia e liberalismo*, (a c. di) M. Alessio, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 87-123. Sulla posizione di Preuss in merito alla nascita della Costituzione di Weimar, si veda l'importante monografia di S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 277 ss.

23 H.A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar*, op. cit., p. 107.

L'esperienza weimariana rappresentò alla fine la costituzionalizzazione del compromesso sorto dalle dispute tra i diversi partiti²⁴. È da questo compromesso che discese, secondo Schmitt, la realizzazione all'interno della Costituzione di una commistione di principi poco chiari. In particolare, Schmitt sottolineava come non ci fosse una vera presa di posizione nei confronti del problema della socializzazione dello Stato. Rispetto all'alternativa tra ordinamento sociale borghese o socialista, la Costituzione non forniva una risposta univoca²⁵. Ciò che mancava cioè era un piano che desse unitarietà e coerenza²⁶. La compresenza di elementi che potevano costituirsi come principi contraddittori creava una situazione in cui la non chiarezza significava il lasciar spazio a vuoti normativi che potevano essere oggetto di diverse interpretazioni e che aprivano un varco per le tendenze più disparate. Il rischio era quindi quello della decostituzionalizzazione di settori diventati centrali, decostituzionalizzazione che significava emersione sempre più incontrollata di conflitti politici a cui lo Stato non poteva dare risposta.

La Costituzione quindi non dava una risposta su una questione che risultava essenziale. Questo problema veniva amplificato da un altro elemento interno ad essa. Il compromesso in cui essa concretamente si realizzava si mostrava infatti anche nella coesistenza di diversi soggetti del pluralismo statale in modo tale che lo Stato, nella sua stessa essenza, diventava una formazione pluralistica²⁷.

24 H.A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar*, op.cit, p. 114, e anche H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar*, op. cit., p. 112.

25 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, (tit. or. *Verfassungslehre*, 1927), (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 50 ss.

26 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, (tit. or. *Der Hüter der Verfassung*, 1931), (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1969, p. 142.

27 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. cit., p. 99. Si veda, come tentativo di soluzione alla frammentazione pluralistica, la teoria di R. Smend. Contro l'idea di parlamentarizzazione come distruzione dell'unità egli propone una teoria fondata sul concetto di integrazione. Muovendo dalla critica nei confronti della teoria dello Stato di Jellinek, egli propone un concetto di Stato come un'unità spirituale che trova il suo centro e la sua unitarietà attraverso un costante rinnovamento delle pratiche integrative che lo sottendono. Lo Stato non è un'unità data e immobile. Nello Stato, dice Smend, "una parte rilevante, anzi la parte fondamentale dei suoi processi vitali consiste in questo costante autorinnovamento, in questo costante riabbracciare e riunire i suoi appartenenti" (p. 74). L'unità non è il presupposto dello Stato, quanto piuttosto il fine che persegue costantemente la sua attività. In contrasto con una concezione verticistica dello Stato, egli avanzava quindi l'ipotesi che l'attività di direzione propria dello Stato avesse come obiettivo primario il perseguimento dell'unità (p. 81). Il concetto di integrazione si articola partendo dal presupposto che, al di là della lotta politica, si dia come presupposta una comunità di valori condivisi, a partire dai quali, l'integrazione stessa diventi possibile (p. 96). In R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, (tit. or. *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928), trad. it. F. Fiore e J. Luther, Giuffrè,

L'indebolimento del Parlamento, determinato anche da un sistema elettorale che portò ad una proliferazione sempre più consistente di partiti, aveva delle ripercussioni immediate anche sul governo e ciò sempre a causa del modo in cui si era strutturata la Costituzione. In essa non era infatti chiaro quale fosse il rapporto tra legislativo e esecutivo. Il primo rappresentava il vero soggetto politico, il portatore della sovranità e luogo del conflitto degli interessi, affiancato da un Presidente eletto dal popolo che nominava il cancelliere e su proposta di questo, i ministri: il governo quindi necessitava della fiducia del parlamento. Il governo così non solo veniva indebolito ma si trovava troppo coinvolto nella battaglia politica²⁸.

La neutralità, nella quale si sperava lo Stato potesse trovare il suo luogo specifico al di là della conflittualità sociale, si rivelò ben presto non più come uno spazio al vertice capace di arginare il conflitto giuridicamente, ma come l'aprirsi di un varco per un'azione che, servendosi di un diritto incerto, diventava politica. Anche autori lontani dalla destra compresero che gli eventi che portarono alla parlamentarizzazione²⁹ del *Reich* non soltanto rappresentassero una catastrofe per l'identità della borghesia colta e monarchica, ma producessero anche quella che Preuß concepì come un' 'improvvisazione', cioè il tentativo fallimentare di trasformare uno Stato autoritario in uno Stato di popolo per decreto e in una data prestabilita, senza quindi un lavoro di ampio respiro politico sul mondo culturale e tradizionale tedesco³⁰.

Mialno, 1988. Su Smend si veda l'introduzione al testo citato di G. Zagrebelsky che, tra le altre cose, sottolinea come qui sia contenuta una nozione di politico che è opposta rispetto a quella di Schmitt, "non la decisione che separa l'amico e il nemico, ma l'integrazione che consente alla struttura unitaria di non rompersi in parti separate". In G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a R. SMEND, *Costituzione e....*, op. Cit., pp. 1-33, p. 13. sulla critica al parlamentarismo di Rudolf Smend e su come questa si collochi in rapporto alla teoria e alla critica di Kelsen si veda A. SCALONE, *Kelsen critico di Smend*, in (ID.) *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt e Joseph H. Kaiser*, Polimetrica, Monza, 2011, pp. 171-207.

28 C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 491.

29 Si veda ad esempio la posizione che occupa il pensiero di H. Heller all'interno della *Kampfgemeinschaft* dei giuristi di Weimar contro il positivismo giuridico. Egli tenta, attraverso i suoi scritti, di ridefinire un concetto di sovranità che, distanziandosi radicalmente da quello proposto da Kelsen, riconduca la teoria giuridica all'interno di uno spazio politico, al di là della quale essa comporta una dissoluzione dello Stato stesso. Di Heller si vedano i saggi contenuti in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, (a c. di) P. Pasquino, Giuffrè, Milano, 1987. Per una lettura critica dell'opera di Heller si veda S. MEZZADRA, *Crisi dell'eticità e omogeneità sociale. Note su Hermann Heller*, in "Filosofia politica", V, 1, giugno 1991, pp. 161-175.

30 C.GALLI, *Genealogia della politica*, op. cit., p. 488.

1.2 Lo Stato di Weimar.

Nella sua incapacità di arginare il ruolo eminentemente politico dei partiti, allo Stato non rimaneva altro che la funzione di un' *amministratore* la cui presunta apoliticità e neutralità altro non era che l'abdicazione della sua funzione propriamente giuridica di preservazione costituzionale.

Questo Stato, prodotto dalla costituzione weimariana, è quello che Schmitt definirà successivamente come 'totale'³¹: uno Stato la cui neutralità non era altro che la concentrazione delle sue funzioni all'interno della sfera della burocrazia e dell'amministrazione. L'idea che lo Stato, come unità, dovesse rappresentare una struttura capace di porsi, neutralmente, al di là dei conflitti sociali, si rivelò ben presto un' utopia. Il modo in cui, alla fine, si concretizzò il progetto costituzionale, era infatti tutt'altro che la strutturazione di uno Stato capace di governare i conflitti e di porsi al di là dei partiti. Lo Stato prodotto costituzionalmente con Weimar, uno Stato non solo sorto dal compromesso ma anche incapace di agire efficacemente nel compromesso come terzo neutrale, si trasformava quindi nella pura amministrazione della società.

C'era quindi un problema di natura costituzionale tale che la parlamentarizzazione risultava essere un porsi sullo stesso piano di partiti e Stato, con una conseguente paralisi del legislativo determinata dall'incapacità delle diverse parti in gioco di agire responsabilmente per tutelare l'unitarietà della compagine statale. Sotto questo aspetto, la posizione di Schmitt agiva, come mostreremo meglio nei paragrafi successivi, in direzione di una critica nei confronti del predominio del legislativo e a favore di un'idea di equilibrio nei rapporti tra i poteri dello Stato che egli deriva direttamente dalla costruzione teorica di Montesquieu³², l'idea cioè della giusta *balance*.

31 C. SCHMITT, *Il leviatano nella dottrina dello stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (tit. or. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*) in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a c. di) C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 61-143, p. 124.

32 C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (tit. or. *Die Diktatur. Von Anfängen des modernen Souveränitätsgedankes bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921), (a c. di) A. Caracciolo, Settimo sigillo, Roma, 1975, p. 133.

Schmitt definisce la situazione politica tedesca post-bellica attraverso il concetto di 'pluralismo'. Esso designa una situazione in cui la commistione di Stato e società dà luogo alla formazione di gruppi di potere capaci di agire in sostituzione di uno Stato indebolito dalle continue dispute parlamentari. L'instabilità diventava, secondo Schmitt, il luogo di nascita e proliferazione di poteri che agivano da sovrani, pur non essendolo, non ne erano legittimati giuridicamente, poteri cioè altamente dispotici e illiberali.

L'odierno Stato tedesco, dice Schmitt, è uno Stato in cui il pluralismo consiste nella pluralità di partiti totali, è uno Stato che deve cedere ad ognuno di questi. La totalità che qui emerge vuol dire essenzialmente estensione quantitativa nella sfera sociale. Questa estensione non è una prova della sua forza, ma al contrario, della sua debolezza³³.

Il problema di Weimar non riguardava però unicamente una instabile strutturazione dell'attività statale ma anche un vuoto costituzionale sui temi che, per Schmitt, rappresentavano il vero centro della politica interna, ovvero quelli legati all'economia³⁴. Quando Schmitt parla di policrazia³⁵ dell'economia pubblica fa esplicito riferimento al fatto che, di fronte alla dissoluzione dello Stato legislativo parlamentaristico, ciò che si aveva innanzi era il complemetare, intensissimo e non correttamente costituzionalizzato sviluppo dello Stato in direzione dello Stato economico³⁶.

33 C. SCHMITT, *Weiterentwicklung des totalen Staat in Deutschland*, (1933), in ID. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 359-366, p. 361.

34 Su ciò si veda E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, (tit. or. *Kollektive Demokratie*, 1929), in G. Arrigo-G. Vardaro (a c. di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Lavoro, Roma, 1982, p. 89-104, che sottolinea come "l'edificazione di una costituzione economica non solo non si è compiuta, ma dopo il 1920 non si è tentato seriamente di realizzarla nel senso voluto dalla carta costituzionale". Su ciò egli osserva una sottovalutazione dei costituenti "dei tempi dello sviluppo economico" (pp. 95-96). In aggiunta a ciò egli osserva come l'art. 165 non abbia trovato effettiva realizzazione rimanendone comunque valida l'idea funzionale contenuta in esso (p. 98).

35 Il termine è stato coniato da J. POPITZ. In *Der finanzausgleich und seiner Bedeutung für die Finanzlage des Reichs, der Länder und Gemeinden*, Berlin, 1930. Cit. in C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, op. cit., p. 143.

36 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. Cit., p. 145. Uno sviluppo di questa idea è contenuto in E. R. HUBER, *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1931. Si tratta di una riflessione che muove da premesse schmittiane e in particolare dall'idea che la costituzione di Weimar rappresenti il prodotto di un compromesso, in particolare per ciò che riguarda le questioni economiche. Come Schmitt, anche Huber, ritiene inoltre che lo Stato tedesco si sia trasformato in uno Stato economico (p. 10), trasformazione senza riscontri adeguati sul piano costituzionale. Non solo lo Stato viene modificato dall'economia, ma anche questa si trasforma ad opera dell'intervento statale (p. 15). Nella commistione di pubblico e privato, sembra voler dire Huber, questi concetti si modificano e acquisiscono un nuovo senso. L'autore sottolinea inoltre come queste trasformazioni siano all'origine dell' intensa

La costituzione weimariana non ordinava al suo interno questo fenomeno della vita economica, nondimeno i più importanti portatori di essa, attraverso la garanzia della *Selbstverwaltung* ne venivano particolarmente rafforzati, determinando così una situazione in cui la policrazia stessa diveniva artefice della dissoluzione statale³⁷ e della sua crescente burocratizzazione. La crescita dell' economia pubblica, dell' intervento dello Stato in questo settore prima neutrale, una crescita esponenziale non solo quantitativamente, ma soprattutto qualitativamente, produceva nell'ottica di Schmitt un mutamento "strutturale" dello Stato stesso³⁸. Questo mutamento non essendo riconosciuto giuridicamente sul piano costituzionale³⁹ dava luogo ad una situazione in cui policrazia significava mancanza di unitarietà, contraddittorietà di piani, ovvero una frammentazione del potere non controllata né controllabile.

La problematicità della Costituzione di Weimar si concretizzava quindi da un lato sui contenuti interni alla Costituzione stessa, e dall'altro lato, su ciò che nella Costituzione non c'era. Schmitt ravvisava la necessità di una riforma costituzionale che tenesse conto sul piano giuridico del fatto che l'economia era il nuovo centro di politicizzazione della vita sociale.

Trovare una soluzione a questa situazione significava per Schmitt innanzitutto riconoscere giuridicamente l'esistenza di uno stato di emergenza, riconoscimento che

burocratizzazione della vita statale ed è nell'ampliamento dell'amministrazione economica statale che si mostra il carattere decisivo della situazione tedesca. Lo sviluppo del diritto amministrativo economico, sottolinea Huber, significa che la libertà economica dei singoli non viene limitata attraverso leggi generali, ma viene controllata e regolata in ogni fase del suo esercizio (p. 24). La libertà economica, che nello Stato liberale, rappresentava il paradigma di tutte le libertà, viene drasticamente ridotta, secondo Huber, nello Stato economico. La libertà economica, prima intesa come dato originario, diventa libertà di fare ciò che l'amministrazione statale trova giusto tollerare e prescrivere (p. 24). La libertà che si dà nella concreta situazione costituzionale è quindi diversa da quella espressa nella Costituzione.

37 E.R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, in "Blätter für deutsche Philosophie", 1931, p. 303

38 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. Cit., p. 125.

39 Si veda su ciò il dibattito intorno all'art. 165 della Costituzione di Weimar. Rispetto a tale articolo la posizione di Schmitt è chiara: suddetto articolo sarebbe in contraddizione con il resto della Costituzione e in particolare con la prima parte dove, dice Schmitt, è stabilita una decisione contro l'assunzione politica del *Reich* in una costituzione economica (*Il custode*, op. cit., p. 152). seguendo ciò che E. JACOBI sostiene in *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Schmitt afferma che il programma contenuto nell'art. 165 non può essere realizzato, se non mediante il capovolgimento dell'intera costituzione (Ivi, nota 12 p. 151). Sul dibattito intorno all'art. 165 si veda A. SCALONE, *La partecipazione economica nella Costituzione di Weimar*, dove si mette in luce come l'articolo consisterebbe in un tentativo di integrazione della rappresentanza economica rispetto ad una rappresentanza politica solo formale. Non solo, esso rappresenterebbe il tentativo di realizzare "un'unità politica di tipo sostanziale connotata in senso corporativo" (p. 13).

doveva giocare sull'analisi dei modi in cui questo si era sviluppato e valutando quegli strumenti giuridici che lo Stato tedesco aveva per affrontarlo. Si trattava specificamente di individuare quel potere che, in una situazione di emergenza come quella che viveva la Germania, fosse in grado di avocare a sè le decisioni più importanti in campo economico e finanziario, comprendendo come le vere minacce alla Costituzione vigente provenissero sia dal lato *materiale*, dalla situazione di profonda crisi economica, sia dal lato *formale*, dall'assenza nella Costituzione weimariana di una vera e propria giuridificazione dei rapporti economici e del ruolo dello Stato nell' economia.

Ciò però voleva dire riconoscere che ci si trovasse di fronte ad uno stato di eccezione che richiedeva un potere dittatoriale capace di ripristinare una situazione di normalità, situazione di normalità che non sussisteva nè sul piano dell'esistenza concreta nè veniva formalizzato sul piano giuridico. Da quest'ultimo punto di vista la situazione di normalità non sussisteva e ciò proprio a causa della moltiplicazione di centri di potere, e quindi originariamente per il venir meno dell' unità politica. La Costituzione di Weimar non solo rappresentava, nell'ottica di Schmitt, il frutto di un compromesso incapace di dar luogo ad una compagine statale fondata sull'equilibrio dei poteri, ma anche la dissoluzione sul piano giuridico dell' unità. Dove lo Stato non era in grado di agire mediante una decisione neutrale sui conflitti politici, le decisioni vengono comunque prese, ma da attori privi di riconoscimento giuridico e le cui decisioni sono incapaci di fungere da azioni ordinarie in grado di mantenere l'unitarietà della compagine statale.

La minaccia all' unità statale determinata da pluralismo e policrazia, l'assenza di un' efficace costituzionalizzazione dell'attività economica pubblica, una figura del Presidente del *Reich* che se, per taluni aspetti si fondava sul vecchio principio monarchico per altri lo poneva al di sotto del legislativo, sono i tre problemi fondamentali dell'esperienza weimariana, ai quali se ne aggiunge un quarto legato alla neutralità incompiuta dello Stato tedesco. Quest' ultimo problema era strettamente legato ai principi liberali di cui la costituzione di Weimar si era fatta portatrice. L' applicazione di questi principi, l'attuazione di uno stato borghese di diritto, in una situazione in cui non più di uno Stato liberale si trattava ma concretamente di uno Stato totale, non era altro che una parola vuota, ovvero la volontà di preservare uno *status*

quo in cui tutte queste garanzie avevano un senso solamente formale⁴⁰ e mai effettivo.

1.3 Weimar e lo stato di eccezione: l'art. 48.

Il problema dell'unità dell'ordine statale, la tendenza alla burocratizzazione di tutte le funzioni pubbliche, l'economizzazione politica priva di riscontro sul piano giuridico, l'affermazione puramente formale delle libertà borghesi, trovano una soluzione, almeno temporanea, per Schmitt, nella figura del presidente del *Reich*. Essa appare il luogo in cui non solo viene ribadita e garantita concretamente l'unità statale, ma in cui si riafferma un potere giuridicamente 'superiore' rispetto alle dinamiche puramente politiche incardinate in un meccanismo amministrativo di gestione privo di finalità ordinarie. È questo potere quello in cui si può tentare di ripristinare quello spazio di normalità in cui le norme che garantiscono le libertà borghesi possano avere concreta effettività.

Il tentativo di risolvere la questione costituzionale portata avanti con Weimar, ovvero la discrepanza tra piano giuridico e piano politico, mediante il rinvio ad un sistema concettuale legato alla tradizione borghese dello Stato di diritto non poteva che rivelarsi fallimentare. Ciò che ora veniva minata era la sostanza stessa dello Stato, quella unità che nelle formulazioni di quest'ultimo non veniva mai posta in questione.

Nella fase di transizione tra assolutismo monarchico e Stato borghese di diritto infatti si dava per scontato che l'unità fosse stata raggiunta⁴¹; si pensava cioè che le insurrezioni avrebbero potuto portare a dei disordini ma mai minare la stessa unità statale. Lo Stato borghese di diritto aveva previsto la possibilità di disciplinare giuridicamente la reazione nei confronti di chi violasse l'ordine legale, ma attraverso un procedimento tale

40 E.R.HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, op. cit., p. 312.

41 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 215.

che poteva essere valido soltanto finchè l'azione eversiva non andasse a toccare la sostanza statale⁴². Considerare lo stato di assedio, secondo lo sviluppo che aveva avuto nel corso del secolo precedente, come qualcosa di *fittizio*⁴³, laddove per questo si intendeva la regolamentazione giuridica non solo dei suoi limiti ma anche del suo contenuto, voleva dire non riconoscere che questa fosse possibile solo come forma di coercizione nei confronti di gruppi o individui isolati.

Non era questo il caso della Germania degli anni Venti. Il problema qui non era tanto l'esistenza di diversi gruppi sociali, ma quanto il fatto che questi costituissero la sostanza statale rendendola qualcosa di frammentato e instabile. La questione insomma ruotava intorno al fatto che non ci fosse alcun gruppo sociale che potesse presentarsi come un vero portatore dell'unità statale, ma vi fossero tanti gruppi che incidavano sulle decisioni statali.

Il fatto che la Costituzione di Weimar avesse lasciato un così ampio spazio alle formazioni partitiche, di qualunque dimensione esse fossero, comportava la conseguenza che ciascuna di esse, nella pretesa di portare avanti le proprie istanze, partecipasse alla distruzione della struttura statale.

L'azione destabilizzante così prodotta rendeva difficile agire sullo stato di emergenza. Essi non erano in grado di porsi come poteri costituenti capaci di fondare una nuova Costituzione, ma potevano minare quella esistente rendendo impossibile un' autentica azione sulla devastante crisi economica che era in atto. Il pluralismo rappresentava, in

42 *Ibidem*.

43 Schmitt fa riferimento alla disciplina che lo stato di assedio ha avuto a partire dagli eventi del 1848. Questa disciplina, sostiene il giurista "considera solo lo stato di assedio politico, il cosiddetto stato di assedio fittizio" (p. 241). Ciò che è interessante nella nuova disciplina è che si inizia a tentare di definire in maniera precisa i contenuti e le competenze del comandante militare, competenze che qui sono strettamente collegato con l'idea che ciò che deve essere sospeso sono sostanzialmente le libertà costituzionali. A fronte di questa sospensione, si cerca di "riempire il vuoto sorto con la sospensione" (p. 241). La sospensione dei diritti viene cioè compensata da una "disciplina positiva dello stato di assedio" (p. 241) attraverso l'enumerazione dei poteri del comandante militare. L'aspetto decisivo sta qui secondo Schmitt nella sostituzione dell'autorizzazione ad agire in base alle circostanze con una serie di poteri circoscritti (p. 242). La definizione di questo tipo di stato di assedio come fittizio era un modo per sottolineare come in esso non sussistesse una libertà di azione assoluta del comandante. Rispetto a questa situazione Schmitt evidenzia come, nel 1848, di fronte alla delimitazione dei poteri del comandante militare si desse invece per scontato come i poteri dell'Assemblea costituente fossero illimitati e quindi non vincolati alle libertà sancite costituzionalmente. Esisteva ancora, dice Schmitt, un potere per principio illimitato, quello del *pouvoir constituant*. La dittatura di cui tanto si parlava "non era la dittatura del comandante militare, bensì la dittatura sovrana di un' assemblea costituente, della quale il comandante non era che commissario" (p. 243). In C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit.

quest'ottica, un problema che diventava centrale per via secondaria, nel senso che veniva impedita un' efficace soluzione alla crisi.

Quale fosse quindi la strategia giuridica adatta⁴⁴ per affrontare il pericolo della disintegrazione dell'ordinamento statale ad opera dei diversi gruppi e partiti, nessuno in grado di rappresentare la sostanza statale, Schmitt la ritrova in un'analisi dell'art. 48 della Costituzione di Weimar, e nell'attribuzione al Presidente del *Reich* dei poteri sullo stato di eccezione.

Questo rappresentava, per Schmitt, il luogo in cui l'unico vincolo giuridico consisteva non nella positivizzazione del suo contenuto, ma nella consapevolezza che in realtà non poteva darsi, nello stato di eccezione, alcun contenuto giuridico specifico ma solo un fine giuridico. Non si trattava più qui della regolamentazione di uno stato di assedio 'fittizio' ma del riconoscimento di uno stato di eccezione arginabile mediante una vera e propria azione dittatoria. L'*Ausnahmezustand* economico e finanziario non doveva essere confuso con un *Belagerungszustand* di tipo militar-poliziesco perchè questo si riferisce ad un settore particolare dell'attività statale e riguarda essenzialmente il problema del disturbo e pericolo della sicurezza e dell'ordine pubblici⁴⁵. Riferire la situazione eccezionale ad un settore specifico dello Stato, significava separare l' "*Ausnahmezustand*" dal "*Gesamt-und Normalzustand*"⁴⁶ misconoscendone il senso specifico⁴⁷, il suo avere a che fare con il rischio che la stessa unità statale si disgregasse. Considerare lo stato di eccezione come stato di assedio significava inoltre non comprendere come quel concetto si riferisse a situazioni diverse: esso si era costruito e aveva sviluppato i suoi concetti e le sue norme sulla monarchia costituzionale⁴⁸.

Di fronte quindi al pericolo che, in conseguenza della paralisi parlamentare, lo Stato si dissolvesse in una pura amministrazione al servizio di gruppi di potere capaci di decidere per sè ma mai come tutto, il mezzo per salvare la costituzione Schmitt lo ravvisa nell'art. 48 della Costituzione di Weimar, che egli considera come il luogo in cui

44 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 216.

45 C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* (1931), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren....*, op. Cit., pp. 235-261, p. 235.

46 *Ibidem*

47 Questo aspetto è sottolineato da P. Napoli in ID., *Misura di polizia. Una prospettiva storico-concettuale in età moderna*, in "Quaderni storici", n.2, 2009, p. 533.

48 C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung*, op. Cit., p. 236.

si attribuisce al Presidente un autentico potere dittatoriale, ovvero la funzione di custodia della costituzione.

Il dibattito sul ruolo del presidente del *Reich* e sull'uso effettivo dell'art. 48 fu molto acceso⁴⁹. In effetti la Costituzione lasciava aperte, anche sotto questo aspetto, diverse interpretazioni. Essa infatti aveva creato un sistema dualistico che lasciava insoluto il problema del rapporto tra un Presidente forte e il ruolo del parlamento⁵⁰. Alcuni, come Kelsen⁵¹ e Thoma sostenevano la necessità di accettare il pericolo del pluralismo di fronte ad un pericolo maggiore, ovvero quello della degenerazione verso il dispotismo⁵², altri invece tra i quali Schmitt, di fronte al rischio dell'anarchia si appellavano alla funzione del Presidente come luogo di risoluzione dei conflitti e quindi di riunificazione al vertice della dispersione pluralista. Nel caso di Schmitt ciò coincideva con la dimostrazione di come questo potere fosse lontano dal dispotismo e dalla tirannia.

L' art. 48 della Costituzione weimariana recita così: "Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla Costituzione o da una legge del *Reich*, il Presidente può costringerVELo con l'aiuto della forza armata. Il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblici, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con l'aiuto della forza armata. A questo scopo può porre fuori vigore, temporaneamente, in tutto o in parte i diritti fondamentali fissati negli articoli 114, 115, 117,118, 123, 124 e 153. Di tutti i provvedimenti presi, ai sensi dei precedenti commi, il Presidente deve dare immediatamente notizia al *Reichstag*. I provvedimenti sono da porre fuori vigore, se richiesto dal *Reichstag*. In caso di urgente necessità, il governo di un *Land* può adottare nel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Essa sono da porre fuori vigore se richiesto dal Presidente del *Reich* o dal *Reichstag*. Norme più

49 Su ciò si veda M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, C.H. Beck, München, 1999, p. 114-116, dove viene sottolineato il fatto che tutti i giuristi tedeschi, pur nella diversità di opinioni, fossero mossi dall'intento di salvare la costituzione di Weimar, e quindi dalla tutela della repubblica tedesca.

50 W. CONZE, *Die Krise des Parteienstaates in Deutschland*, in "Historische Zeitschrift", 178, pp. 47-84, p. 49.

51 H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, (tit. or. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920), in Id., *Dottrina dello Stato*, (a c. di) A. Carrino, edizioni scientifiche italiane, napoli, 1994, pp. 7-39.

52 W. CONZE, *Die Krise...*, op. Cit., p. 49.

particolari saranno date con legge del *Reich*". Questo articolo fu utilizzato più volte dal presidente Ebert, e, sebbene in esso l'intento fosse quello di far fronte a sommosse politiche, fu utilizzato per affrontare i disastri economici che gravavano sullo Stato tedesco. Lo stato di eccezione tedesco, come lo definisce Schmitt, è prettamente economico e non politico. Le questioni economiche rappresentano il contenuto principale delle difficoltà di politica interna che è essenzialmente politica economica⁵³. La vera minaccia consisteva da un lato nella crisi economica, dall'altro da quella frammentazione partitica che ne impediva la soluzione.

Il richiamo a questo tipo di tradizione serviva a Schmitt per confermare il tipo di interpretazione che egli dava all'articolo in questione. Il suo scopo, nell'analisi che faceva del Presidente come custode della costituzione, era quella di arrestare il processo di disintegrazione dello Stato e di salvaguardare l'assetto del sistema weimariano⁵⁴. Intorno all'interpretazione di questo articolo vi fu infatti un aspro dibattito. I punti salienti della contesa ruotavano intorno alla questione della limitazione dei poteri presidenziali. In particolare si discuteva sul fatto che gli unici articoli sospendibili fossero quelli contenuti nella seconda frase del comma 2 dell'articolo 48. Analizzare l'interpretazione schmittiana di suddetto articolo, nonché il tipo di critica che egli muove rispetto alla lettura dominante, metterà in luce molti aspetti dell'analisi schmittiana successiva.

L'interpretazione di Schmitt ruotava intorno all'idea che nell' art. 48 fosse contenuta una commissione d'azione non circoscritta dal diritto e le cui condizioni erano soggette unicamente al giudizio del Presidente del *Reich*⁵⁵.

Innanzitutto occorre chiarire quale fosse la posizione del presidente, così come veniva chiarita nell'art. 48, rispetto agli altri poteri e alla stessa divisione di essi secondo la Costituzione.

Dal punto di vista della struttura costituzionale, il potere del Presidente, rispetto agli

53 C. SCHMITT, *Il custode....*, op. cit., p. 127.

54 G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, op. cit., p. 70.

55 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 212. E anche nella *Dottrina della costituzione* dove si osserva che "La Costituzione è inviolabile (...) Secondo l'art. 48 comma 2, il Presidente del *Reich* è autorizzato a questi provvedimenti. Tutto questo non tocca le decisioni politiche fondamentali e la sostanza della costituzione, ma è proprio al servizio della salvaguardia e del ripristino di questa Costituzione". Op. Cit., p. 46.

altri previsti, non si collocava su di una posizione di vertice, bensì sullo stesso piano, in un sistema di bilanciamento e collegamento con gli altri poteri⁵⁶. Si trattava, rispetto alla normale tripartizione, di un 'quarto' potere, normalmente inattivo, che aveva la funzione di agire come terzo neutrale⁵⁷. In quanto potere a sé stante, non assimilabile né al legislativo né all'esecutivo né tanto meno al giudiziario⁵⁸, il Presidente del *Reich*, avrebbe svolto non un'attività continuativa di comando, ma una funzione *regolativa* e di *tutela*⁵⁹, che diventava effettiva solo nei casi di necessità. Nell'ottica della separazione e del bilanciamento dei poteri, questo tipo di funzione è, secondo Schmitt, ineliminabile⁶⁰.

56 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. Cit., p. 203. Su questo punto si veda J. HECKEL, *Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassunsnotstand, mit besonderer Ruecksicht auf das Budgetrecht*, in *Archiv des oeffentlichen Rechts*, 22, 1932, pp. 257-338, p. 282.

57 Schmitt fa qui riferimento alla dottrina di Benjamin Constant sul *pouvoir neutre*. In merito ad essa, Schmitt attribuisce il merito a Constant di aver tenuto viva la saggezza propria della tradizione repubblicana romana. Ne *Il custode...*, op. Cit., p. 210. Di Constant si veda, per l'argomento trattato, B. CONSTANT, *Fragments d' un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution republicaine dans un grand pays*, (1795-1818, pubbl. Postumo 1991), Aubier, Paris, 1991. Per l'argomento trattato si veda O. BRUNNER, *Dall'investitura per grazia di dio al principio monarchico*, (tit. or. *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*, 1956) in ID. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, (a c.di) Schiera P., Vita e pensiero, Milano, 1970, pp. 165-199.

58 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit, p. 297.

59 Ivi, p. 199.

60 Ivi, p. 210. È a quest'altezza che si colloca la critica schmittiana all'idea che il vero custode della costituzione debba collocarsi sul piano del potere giudiziario. Secondo Schmitt la protezione giudiziaria rappresenta soltanto una parte delle istituzioni che hanno questa funzione (p.23). La difesa giudiziaria della costituzione è infatti limitata, cosa che rende necessario il riconoscimento di un potere che in sé svolga questa funzione. Il limite che Schmitt vede consiste nel vincolo indissolubile tra norma e giudizio, dimodochè quest'ultimo debba sempre rappresentare il frutto di una sussunzione a partire dallanorma astratta (p. 37). Vincolare l'idea di un custode della costituzione al potere giurisdizionale, comporterebbe inoltre secondo Schmitt non una giuridificazione della politica, bensì una politicizzazione della giurisdizione, nel senso che, essendo la custodia una funzione che si pone al di là della legge, la funzione giurisdizionale si espanderebbe ben al di là dei suoi limiti, determinando uno sbilanciamento dei poteri, il venir meno di quel principio proprio dello stato di diritto fondato sull'idea della divisione dei poteri. Ma questa espansione sarebbe all'origine del venir meno di un'altro dei fondamenti dello stato di diritto, ovvero l'idea di una giustizia indipendente (pp. 62-63). Questa è infatti possibile solo finchè sussiste un legame sostanziale alla legge. Un ulteriore problema legato all'idea che l'unico custode possa essere la giurisdizione costituzionale sta nel fatto che essa agisce sempre come correttivo tardivo, ovvero si applica a casi già accaduti (pp. 48 e 56). Rispetto a questa posizione, è necessario menzionare la critica che Kelsen rivolge a Schmitt, nel suo scritto "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*" (1931), in H. Klecatsky-R. Marcić-H. Schambeck, (hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 1873-1922. In questo scritto Kelsen accusa Schmitt di voler utilizzare un principio proprio della monarchia costituzionale, che, nell'affermare il ruolo del monarca come terzo neutrale, tentava di ribilanciare la perdita di potere che questi aveva subito nel passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale (pp. 1874-1877). Sostiene ancora Kelsen che questa formula di Constant sarebbe lo strumento principale dell'interpretazione schmittiana della costituzione di Weimar. Riguardo a questo primo aspetto di critica, ci sono da dire diverse cose. La teoria di Constant non rappresenta il punto a partire dal quale Schmitt interpreta il ruolo del Presidente, ma rappresenta una dottrina che sotto alcuni aspetti conferma l'opinione che Schmitt ha delle sue funzioni. È a partire dalla dittatura romana che Schmitt concepisce e struttura la sua interpretazione dell'art. 48. anche se sorta come risposta legittimista

Ciò distingue la funzione del Presidente da quella propria del governo e consistente, nei casi di necessità, di un diritto di emergenza pubblica (*Staatsnotrecht*). Laddove questo è un 'diritto' che spetta al governo, ad esempio nei casi di guerra o di un colpo di Stato, e che si sottrae ad ogni considerazione giuridica, l'art. 48 disciplina un istituto giuridico costituzionale, che delinea non un diritto ma una competenza⁶¹. Se l'essenza di una Costituzione nel senso dello stato di diritto sta nella divisione dei poteri, e la dittatura in tal senso rappresenta qualcosa di abnorme e non conforme, nondimeno ad essa spetta una specifica competenza costituzionale, quella appunto della tutela.

È a quest'altezza che si colloca la critica di Schmitt nei confronti di chi voleva attribuire al Presidente il potere specificamente legislativo di emanare decreti sostitutivi aventi forza di legge, quella decretazione di emergenza, che quando Schmitt scrive era già diventata una prassi⁶². Su questo punto l'idea di Schmitt, più che di un'estensione dei poteri contenuti nell'art. 48, agisce in senso restrittivo. L'idea che il Presidente rappresentasse un secondo legislatore⁶³, capace di modificare, seppur temporaneamente, la Costituzione, rappresentava una minaccia alla Costituzione stessa, nonché il dar luogo ad una dittatura che conglobava in sé sia aspetti sovrani che commissari. Questi due aspetti sono però, come vedremo, concettualmente e fattualmente incompatibili. Il loro coesistere minava la stabilità della stessa Costituzione poiché poneva il Presidente da un lato come custode commissario, dall'altro come potere costituente. Il potere che in tal modo veniva a delinearsi era, non solo concretamente, ma anche giuridicamente illimitato poiché il Presidente risultava essere il depositario del potere costituente,

di Constant l'idea di una funzione di salvaguardia della costituzione ha origini ben più lontane. L'idea di Constant non è quindi il centro dell'analisi schmittiana, ma rappresenta piuttosto un'analisi dell'idea di neutralità di cui Schmitt si serve per ampliare e confermare la sua tesi, già strutturata nello scritto sulla dittatura. Di più, riguardo alla monarchia costituzionale, così come essa si è realizzata al di là della posizione di Constant, l'analisi che fa Schmitt si concentra sul riconoscere che lì la custodia era concretamente affidata al Parlamento. Giuridicamente, dice Schmitt, le costituzioni della monarchia costituzionale tedesca non lasciano neppure intravedere il problema della sicurezza costituzionale (*Il custode...*, op. cit., p. 10) In questo senso egli, giustamente, dice che non si possa partire da quell'esperienza per ripensare un custode della costituzione. In questo senso egli dichiara inammissibile pensare di riportare in vita quel modello.

61 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 274.

62 Ivi, p. 180.

63 Schmitt mostra come non solo la prassi e la dottrina dominante agissero in questa direzione, ma come la stessa Corte Suprema del *Reich* trattasse il presidente come un legislatore. In *Il custode della costituzione*, op. cit., p. 180.

capace di rendere la Costituzione qualcosa di “estremamente provvisorio”⁶⁴. Schmitt contestava in tal senso l'enorme ampliamento della competenza e del potere politico del Presidente⁶⁵. Nel suo focalizzarsi sull'idea che la competenza del Presidente fosse quella di emanare provvedimenti (*Maßnahmen*⁶⁶) puramente fattuali e non atti giuridici, Schmitt tentava, non di ampliare i poteri, bensì di limitarli allo spazio della pura fattualità. Ma le azioni del Presidente non dovevano toccare la Costituzione, almeno nel senso della sua modifica, laddove invece, la dottrina dominante non solo attribuiva al presidente il *Notverordnungsrecht*, ma equiparava la forza di questo a quella della legge ordinaria⁶⁷. La dottrina dominante che, da un lato, puntava sul fatto che fossero suspendibili solo gli articoli elencati al comma 2 dell'art. 48, dall'altro lato giustificava il fatto che, in concreto, questi andassero ben al di là, sostenendo che il Presidente poteva emanare decreti di emergenza, cioè atti aventi forza di legge, anche per ciò che riguardava materie non elencate. Cioè il presidente poteva 'sospendere' solo quegli articoli, ma poteva agire come legislatore anche su tutto il resto.

L'interpretazione schmittiana, da questo punto, non agiva nel senso di un'estensione dei poteri; questa era qualcosa di già operante e legittimato. A molti infatti, e in particolare al governo, conveniva la situazione di provvisorietà giuridica la quale, inevitabilmente, comportava un accrescimento di forza di quei poteri capaci di agire.

Secondo Schmitt, la difesa della Costituzione, pur essendo prevista costituzionalmente, rappresentava una funzione che doveva collocarsi al di là dei poteri costituiti normalmente, in una posizione autonoma, e si configurava come sostituzione rispetto ad un altro tipo di garanzia costituzionale, cioè il diritto di resistenza. Quest'ultimo diritto, il diritto del rifiuto all'obbedienza rispetto ad un sistema politico che venisse meno ai suoi obblighi di conformazione alla costituzione, veniva reso

64 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 216.

65 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. cit., p. 195.

66 Sul concetto, centrale per spiegare l'amministrativizzazione dello Stato, torneremo nel prossimo capitolo.

67 Ivi, p. 186. Citazione da Anschütz. Sulla differenza tra dittatura e *Notverordnungsrecht* si veda anche J. HECKEL, *Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassunsnotstand, mit besonderer Ruecksicht auf das Budgetrecht*, in “Archiv des öffentlichen Rechts”, 22, 1932, pp. 257-338. Anche Heckel sostiene la differenza tra i due tipi di potere. Il *Notverordnungsrecht* è infatti un diritto di legislazione provvisorio e del governo. Qui si tratta dell'emanazione di *Verordnung*, cioè di una *Normensetzung*, e non come nella dittatura dell'emanazione di *Maßnahmen*. L'effetto della decretazione di emergenza è un temporaneo cambiamento dell'ordinamento giuridico, non il blocco della sua esecuzione (p. 306).

superfluo nell'idea di un custode⁶⁸, che insieme alla costituzione si faceva garante di quel *pouvoir constituant* che l'aveva attuata.

Ciò che minacciava la Costituzione weimariana, era innanzitutto la situazione economica in cui versava lo Stato tedesco. Essa infatti generava un'instabilità politica e sociale, tale da dar luogo a conflitti sempre più intensi e difficilmente arginabili. Lo stato di eccezione, sul quale avrebbe dovuto agire il Presidente, era quindi di carattere economico e finanziario⁶⁹. Ma i pericoli che minacciavano lo Stato tedesco erano anche collegati all'instabilità della situazione giuridica, instabilità generata, secondo Schmitt, sia dai compromessi interni alla costituzione weimariana, sia dall'incapacità della dottrina dominante di riconoscerne i pericoli.

Punto di partenza di questa analisi era la constatazione dell'esistenza di una prassi giuridica che contestava con i fatti il modo di intendere lo stato di eccezione proprio della maggioranza dei giuristi. Questa discrepanza tra prassi e dottrina rappresentava per Schmitt qualcosa di molto pericoloso, che diventava tanto più tale quanto più la stessa Costituzione dava avvio ad una situazione che, giuridicamente, poteva definirsi come un *provisorium*⁷⁰. L'instabilità giuridica era determinata *in primis* dal fatto che non era ancora stata emanata quella legge del *Reich* che, secondo il comma 5, doveva dare ulteriore specificazione al senso del comma 2. Si trattava di una lacuna determinata dall'incapacità o dalla non volontà del Parlamento di agire in senso chiarificatore. Rinviare continuamente l'emanazione della legge secondo il comma 5 voleva dire, secondo Schmitt, correre il pericolo che tutte le istituzioni e i controlli su di esse perdessero il loro significato⁷¹. In questo non adempiere al ruolo di legislatore, il Parlamento in sostanza conferiva il proprio potere legislativo al governo e al Presidente. Ciò che rimaneva insoluto all'interno della Costituzione era quindi per Schmitt un potere straordinariamente ampio, di fronte al quale egli sottolineava la necessità dell'emanazione della legge del *Reich*, che proponesse un elenco dettagliato dei poteri

68 C. SCHMITT, *Il Custode della costituzione*, op. cit., p. 40.

69 Ivi, p. 182.

70 Ivi, p. 184. E anche in C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*, op. Cit., p. 236.

71 C. SCHMITT, *La dittatura del presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, (tit. or. *Die Diktatur der Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, 1924), Appendice I, in ID., *La dittatura*, op. Cit., pp.248-302, op. cit., p. 281

dittatoriali⁷².

Quali fossero i poteri concreti del Presidente, Schmitt analizzando l'art. 48 nonché la tradizione a cui esso apparteneva, li ricollegava alla possibilità di emanare tutti i provvedimenti necessari per far fronte alla situazione di necessità e per ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblici. Tali provvedimenti, come abbiamo visto sopra, dovevano essere meramente fattuali, vincolati all'unico scopo dello ristabilire una situazione di normalità. L'idea che l'interpretazione schmittiana operasse nel senso dell'ampliamento dei poteri del Presidente si focalizzava sul senso che Schmitt attribuiva alla limitazione contenuta nel comma 2 dell'art. 48. La dottrina prevalente dell'epoca riteneva che gli articoli individuati nel comma 2 rappresentassero una elencazione tassativa delle norme che potevano essere soggette a sospensione, tassativa rispetto alla globalità dei precetti costituzionali. Nella prassi applicativa delle norme contestate si era mostrato però, in contrasto con l'opinione dominante, che anche altre norme venivano sospese⁷³ come ad esempio quelle che regolavano la struttura organizzativa del Reich e i rapporti di questo con i singoli *Länder*. Attraverso l'attuazione concreta, che veniva fatta dell'articolo 48, Schmitt riteneva che fosse legittima quella prassi che consentiva, non potendosi realizzare diversamente uno stato di eccezione, la sospensione di altri articoli oltre a quelli elencati. La motivazione giuridica stava, secondo Schmitt, nel fatto che l'elencazione rappresentava una limitazione non rispetto agli articoli costituzionali nel loro complesso, bensì fosse riferita a quella parte della Costituzione che si riferiva ai diritti fondamentali. Quindi, il Presidente poteva sospendere anche articoli relativi alla prima parte⁷⁴, quelli relativi alla struttura del *Reich* e dei suoi poteri che non toccavano il minimo di struttura organizzativa su cui si fondava lo stesso art. 48, mentre rispetto alla seconda parte, quella relativa ai diritti dei cittadini, il Presidente doveva attenersi a quelli elencati nel comma 2⁷⁵.

72 Ivi, p. 301 e si veda anche *Il custode della costituzione*, op. cit., p. 185.

73 C. SCHMITT, *La dittatura del presidente del Reich*, op. cit., p. 252

74 Ivi, p. 285

75 C. SCHMITT, *La dittatura del presidente del Reich*, op. cit., p. 266. In questo passo Schmitt parla di una distinzione tra un potere generale e un potere speciale "il presidente del *Reich*, secondo il comma 2 ha un potere generale di prendere tutti i provvedimenti necessari e un potere speciale di sospendere determinati diritti fondamentali elencati. La limitazione vale solo per il potere speciale; se il presidente vuole sospendere dei diritti fondamentali, è limitato a quelli elencati. Ogni tentativo di costruire

Al di là della limitazione che doveva essere attuata mediante la legge del *Reich* secondo il comma 5 dell'art. 48, Schmitt sottolineava quindi le ulteriori garanzie previste. Il primo limite, quello più generale, pertiene alla funzione stessa del dittatore. Il suo scopo e fondamento è sempre la Costituzione⁷⁶. Il senso che assume questa all'interno di un discorso sullo stato di eccezione la vedremo nel capitolo successivo. Il fatto che il Presidente, nella sua funzione dittatoria di tutela costituzionale, sia una figura costituzionalmente prevista, garantisce la limitazione temporale delle sue funzioni. Nonostante il Presidente possa configurarsi, in casi di necessità e urgenza, come dittatore, non comporta un prolungamento della durata della sua carica. Egli non può agire in tal senso⁷⁷. I provvedimenti emanati dal Presidente devono inoltre avere la controfirma di un ministro del *Reich*, laddove il governo continua ad esistere, rappresentando insieme al parlamento, una parte di quel minimo di assetto organizzatorio che deve essere mantenuto⁷⁸. Rispetto alla funzione del dittatore, inoltre,

dall'elencazione una limitazione giuridica non solo per la sospensione, ma per ogni procedimento che tocchi un articolo della costituzione, è un inganno rispetto al tenore letterale”.

76 Ivi, p. 283.

77 Ivi, p. 286.

78 Ivi, pp. 285 ss. Questo punto è essenziale per comprendere come il modo di concepire la dittatura del presidente del *Reich* da parte di Schmitt avesse poco a che vedere con l'ascesa del potere di Hitler. L'art. 48, dice Schmitt, non è privo di presupposti. Al contrario esso prevede un minimo di organizzazione, a partire dal quale esso stesso si costituisce ed ha il suo senso. Primo: “Giuridicamente competente per i provvedimenti possibili ex art. 48 è soltanto il presidente del *Reich* costituzionalmente previsto, non ad esempio una personalità giunta attraverso l'art. 48 stesso ad una posizione corrispondente a quella del Presidente” (p. 285). Secondo: “il presidente del *Reich* non potrebbe nemmeno sulla base di questo articolo prolungare la durata sulla propria carica o in qualche altro modo cercare di creare una situazione oggettiva che trasformi oggettivamente l'istituto costituzionale del presidente del *Reich*” (p. 286). Terzo: “I provvedimenti ex art. 48 hanno bisogno inoltre della controfirma di un ministro del Reich ex art. 50” (p. 286). Quarto: “Anche il governo del Reich deve continuare ad esistere in tutte le circostanze e precisamente nella sua forma costituzionale, cioè come un governo che secondo l'art. 54 ha bisogno per la conduzione del suo ufficio della fiducia del *Reichstag*” (p. 286). Quinto: “Al minimo intoccabile di assetto organizzativo dell'art. 48 appartiene infine (...) anche il *Reichstag* (p. 286) (...) Anche qui il potere politico del Presidente può diventare assai grande se le possibilità dell'art. 48 si combinano con altre possibilità costituzionali (p. 286). In un modo del tutto insolito per un Presidente di stato repubblicano diventa questo il caso, appena il *Reichstag* venga sciolto secondo l'art. 25 cost (...) il presidente (...) non potrebbe però impedire che il nuovo *Reichstag* venga eletto e si riunisca nel termine previsto dalla costituzione. Egli non può abolire o promulgare il termine di 60 giorni stabilito per le nuove elezioni nell'art. 25 comma 2; egli non può con ordinanze intervenire nel diritto elettorale (...) ed ostacolare con provvedimenti il suo esercizio o abolire la libertà di elezione garantita nell'art. 125”. In C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich...*, op. cit. A proposito di ciò si veda anche C. SCHMITT, *Solange das Imperium da ist. Carl Schmitt im Gespräch 1971*, (hrsg.) F. Hertweck- D. Kisoudis, Ducker & Humblot, Berlin, pp. 71-72. Sul rapporto di Schmitt col nazismo si veda C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, (tit. or. *Antworten in Nürnberg*, 2000), (a c. di) H. Quaritsch, Laterza, Roma-Bari, 2006, in particolare le pagine 124-139. Qui si fa esplicito riferimento all'art. 48. Inoltre si mostra come la difesa di Schmitt rispetto al suo coinvolgimento nel regime nazionalsocialista agisca

il Parlamento mantiene il suo potere di controllo. Il parlamento cioè può decidere il limite temporale della dittatura, cioè se il Presidente possa o meno svolgere le sue funzioni eccezionali⁷⁹. Il fatto che il parlamento venga meno a questa sua funzione, in quanto teatro di scontri sociali, è, secondo Schmitt, la causa di quella tendenza alla dittatura come azione universale⁸⁰, di cui si vedevano gli effetti nella prassi giuridico-politica.

È possibile quindi tracciare una linea che va dagli scritti sulla dittatura fino a *Il custode della costituzione*, nel quale Schmitt tenta di legittimare, da un punto di vista eminentemente giuridico, il ruolo del Presidente del *Reich*. In esso più che di una questione di potere si tratta della questione del diritto, della possibilità di una tutela giuridica della costituzione.

Rispetto alla continuità che lega questi scritti sia detta un'ultima cosa. Alcuni interpreti⁸¹, mancando il senso dell'interpretazione schmittiana dell'art. 48, ravvisano una contraddizione tra quanto il giurista tedesco afferma sulle funzioni del custode della costituzione e quanto sostenuto all'interno di *Teologia politica* e in particolare sul fatto

mostrando come il potere di Hitler si sia realizzato a partire da un'idea di legalità tipicamente positivista: "Il *behavior* di una burocrazia completamente funzionalizzata può condurre a simili fenomeni abnormi nel momento in cui esiste una concentrazione totalitaria del potere. Questa è una constatazione sociologica di enorme portata. Essa giustifica questo tentativo di trattare il problema della legalità come tema chiave per una comprensione del regime hitleriano". Ivi, p. 138-139. Su Schmitt e il nazismo si veda inoltre l'introduzione di A. Carrino, al saggio sulla condizione della scienza giuridica europea dove egli afferma la sussistenza di un'incompatibilità ideologica sostanziale tra Schmitt e il nazismo e cioè l'avversione del giurista tedesco per la tecnica. Ciò appare inoltre evidente nel saggio sulla scienza giuridica europea in quanto il nazismo fu anche un avversario irriducibile del diritto romano. In A. CARRINO, *Introduzione*, a C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, (tit. or. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1943-44) trad. it. L. Cimmino, Antonio Pellicani, Roma 1996, p. 18. Sulla non compatibilità tra il concetto di eccezione di Schmitt e il nazismo si veda GUARESCHI M.- RAHOLA F., *Chi decide? Critica della ragione eccezionalista*, op. cit., p. 30-31.

⁷⁹ C. SCHMITT, *La dittatura del presidente del Reich*, op. cit., p. 289.

⁸⁰ Dice Schmitt, "la tendenza recente ad una dittatura come azione universale, in parte causata da un parlamentarismo a intermittenza così come dall'esistenza di un parlamento con una maggioranza puramente negativa, ha reso misera la funzione di controllo del parlamento e ha nel legame con le funzioni di scioglimento del presidente del *Reich* contribuito a respingere il parlamento nel ruolo di un organo plebiscitario di aiuto. Con ciò è però entrato nel *Diktaturrecht* un trasferimento di forze enorme: il controllo parlamentare è sostituito con uno plebiscitario ed è quindi diventato più lento e più pesante, come il peso politico e la posizione autoritativa del dittatore". In *La dittatura*, op. cit., p. 291.

⁸¹ Si veda ad esempio M. GUARESCHI-F. RAHOLA, *Chi decide? Critica della ragione eccezionalista*, Ombre Corte, Verona, 2011, p. 37 e inoltre, citato nello stesso libro, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Presses universitaires de France, Paris, (p. 315), dove si afferma, criticando Schmitt, che la necessità spinge ad agire non secondo decisioni, ma atti compiuti d'istinto (p. 69). Anche qui si confondono i poteri del sovrano con quelli del custode. Il custode non decide sullo stato di eccezione, ma è colui che è deputato ad agire al suo interno prendendo tutti i provvedimenti necessari.

che Schmitt attribuirebbe, seguendo quest'ultimo scritto, funzioni sovrane al Presidente, che però dovrebbe svolgere solamente funzioni commissarie. La contraddizione in questo caso sarebbe evidente, e non solo, il ribadire da parte di Schmitt che il Presidente non deve avere funzioni sovrane non potrebbe in alcun modo spiegarsi.

Il problema di simili interpretazioni è che non colgono almeno due aspetti essenziali. Il primo ha a che fare con l'art. 48. Nell'art. 48 non sono affidate funzioni di tipo sovrano, ma come ben evidenzia Schmitt di tipo esclusivamente commissario. Chi decide 'sullo' stato di eccezione ex art. 48? Il parlamento con il suo potere di revoca sulle azioni del Presidente. Se si ha il potere di revocare tutto ciò che il Presidente fa, allora la decisione ultima spetta al parlamento. Chi decide 'nello' stato di eccezione ex art. 48? Il Presidente del *Reich*. Al Presidente non vengono in alcun modo affidate funzioni sovrane e l'interpretazione di Schmitt agisce proprio in questa direzione. Il secondo aspetto da menzionare è il seguente: cosa voleva dirci Schmitt mediante la sua definizione di sovranità? Voleva dire che in una situazione in cui il parlamento è incapace di decidere sullo stato di eccezione, e qui il riferimento va alla situazione concreta in cui versava il parlamento tedesco all'epoca di Weimar, il Presidente diventava sovrano perchè nessuno era in grado di revocare le sue azioni. 'Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione' significa quindi in primo luogo un'azione di denuncia nei confronti del parlamentarismo.

Dove è possibile ravvisare l'origine del potere descritto nell'art. 48 della costituzione di Weimar? Per Schmitt si tratta di un potere, che lungi dall'identificarsi con l'esecutivo, il legislativo o il giudiziario, si trova già esplicito nella costituzione repubblicana dell'antica Roma e che poi segnerà l'intero sviluppo dello Stato moderno. Si tratta quindi di un potere che costitutivamente appartiene ad ogni ordinamento giuridico e che coincide con la sua salvaguardia.

Lo scopo dello scritto sulla dittatura era allora quello di dimostrare due cose: innanzitutto che non si trattava dell'espressione di un potere illimitato e dall'altro lato che da sempre si era riconosciuto che la salvaguardia di un ordinamento di diritto necessitava di una regolamentazione interna sullo stato di eccezione. Il potere dittatoriale è quindi un potere interno alla costituzione, un quarto "potere" che ha con il diritto un rapporto del tutto peculiare.

Senza una dittatura, nel senso che poi mostrerò, non sarebbe stato possibile ricostruire uno stato normale di applicazione della legge, tutto ciò mettendo in pericolo la Costituzione stessa. Se non c'è una situazione normale le norme non possono vigere. Persistere in uno stato intermedio di eccezionalità non riconosciuta giuridicamente ma effettiva politicamente voleva dire mettere in pericolo l'ordinamento giuridico stesso.

1.4 La dittatura: uno spazio giuridico tra funzioni e finalità.

A partire dalla constatazione che già nella costituzione repubblicana romana era configurato un tipo di dittatura del tipo che poi sarà ravvisabile, nell'ottica di Schmitt, nell'art. 48 della costituzione weimariana, il giurista passa ad analizzarne i caratteri così come si sono concretizzati e sviluppati nello Stato moderno, mostrando come essa rappresenti qualcosa che ha col modo in cui questo stesso è nato del tutto particolare. Il legame tra i caratteri propri della dittatura commissaria e quelli su cui si realizzerà lo stato moderno mostreranno come l'azione disintegrante dello stato di eccezione non regolamentato giuridicamente fosse un pericolo insito nel dna dello stato moderno fin dalla sua nascita.

Giuridicamente, presupposto della dittatura è l'idea che sussista una separazione tra norme del diritto e norme di applicazione del diritto⁸². Queste ultime non sono norme giuridiche in senso stretto, ma norme che hanno con il diritto un rapporto particolare: esse sono ciò che crea la condizione di possibilità del diritto stesso, non come diritto astratto, ma come diritto realizzato. La realizzazione del diritto infatti non può prescindere dal costituirsi di uno stato tale in cui l'applicabilità diventi possibile. Ogni norma, secondo Schmitt, necessita, per avere vigore, di una situazione normale, cioè di una situazione che renda possibile, una volta dedotta una conseguenza da un'idea

82 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 10.

normativa, la sua applicazione concreta. Situazione normale vuol dire qui una situazione media omogenea⁸³.

Le norme di applicazione del diritto sono norme prive di 'contenuto' giuridico ma strettamente vincolate ad un fine che fa un tutt'uno col diritto stesso e che coincide con il risultato concreto al quale tendono. Si intende qui per prive di contenuto, l'assenza di determinazioni di tipo positivo che le definiscano dall'interno.

Il risultato concreto a cui mirano le norme *rechtverwirklichende* è creare lo spazio affinché le norme giuridiche possano vigere. Svincolate da qualunque contenuto di tipo *normativo*, le norme di applicazione hanno come contenuto il fine da raggiungere, fine che coincide sempre con un' idea normativa.

L'azione del dittatore ha la funzione di creare uno stato di cose che consenta quindi l'applicazione del diritto⁸⁴. Cosa significhi ciò è possibile comprenderlo facendo riferimento a *Teologia politica* che appare come la rielaborazione teorica sul piano della sovranità delle conseguenze desunte dal testo sulla dittatura, di modo che questa risulta essere incomprensibile se svincolata dalla tematica della dittatura.

Ogni diritto, dice qui Schmitt, è, come detto precedentemente, *Situationsrecht*⁸⁵, dove la situazione che distingue il diritto al suo interno è *in primis* quella della normalità, e , in maniera derivata, quella dell'eccezione. Lo stato di normalità non è qualcosa che ha a che fare con il diritto solo esternamente, ma lo riguarda in maniera essenziale. Se non c'è nessuna norma che sia applicabile ad un caos, non c'è nemmeno nessuna norma che riceva il suo senso sul piano della pura astrattezza. La norma rappresenta il livello di astrazione non da un piano concreto indeterminato bensì definibile come normale.

Si potrebbe dire che il diritto ha sempre in potenza la possibilità della sua applicazione e che diventa atto, cioè diritto nel senso pieno della parola, nel momento in cui può concretamente realizzarsi.

Il problema della dittatura è quindi propriamente giuridico giacché ha a che fare con la realizzazione del diritto.

83 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. cit., p. 39.

84 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 149.

85 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. cit., p. 40.

Abbiamo visto come presupposto della dittatura sia la separazione tra norme del diritto e norme di attuazione del diritto e come la dittatura si identifichi con queste ultime. Per comprendere quale sia il rapporto che si istituisce tra queste e il diritto in senso stretto occorre valutare in che modo esse siano collocabili all'interno di quello che chiameremo spazio giuridico.

La dittatura, dice Schmitt, sia essa sovrana o commissaria, implica il riferimento ad un contesto giuridico⁸⁶, e questo riferimento non rappresenta qualcosa di esterno alla sua essenza ma ne definisce al contrario il contenuto stesso, stabilendone i confini.

Seguendo Schmitt potremmo dare la seguente definizione di dittatura secondo la quale essa consiste nell'esercizio di un potere "svincolato da limitazioni giuridiche allo scopo del superamento di una situazione abnorme, specialmente una guerra o una sollevazione. Determinante per il concetto di dittatura è quindi dapprima la determinazione di una situazione normale, che con la dittatura deve essere restaurata o prodotta, ed in seguito la rappresentazione di determinate limitazioni giuridiche abolite (sospese) nell'interesse della eliminazione della situazione abnorme"⁸⁷.

La dittatura implica quindi in primo luogo la 'soppressione' dei vincoli giuridici. Cosa ciò significhi, soprattutto tenuto conto che lo scopo della dittatura è eminentemente giuridico, nel senso della salvaguardia di un ordinamento risulta chiaro laddove Schmitt specifica che si tratta della soppressione *in concreto* dei limiti giuridici⁸⁸. Si tratta di vedere da un lato quindi cosa intenda Schmitt per sospensione in concreto e dall'altro comprendere a cosa faccia riferimento parlando di limitazioni giuridiche. Per comprendere cosa sia la dittatura, come potere giuridico, un ruolo fondamentale lo ha l'utilizzo da parte di Schmitt dell'idea di concretezza. La dittatura infatti appare come eccezione concreta⁸⁹, che prevede una sospensione concreta⁹⁰ di vincoli e che ha come scopo il conseguire un risultato concreto⁹¹.

Per quanto riguarda il secondo di questi punti che è quello che ora ci interessa,

86 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 151.

87 C. SCHMITT, *Dittatura*. (tit. or. *Diktatur*, 1926), Appendice II, in ID., *La dittatura*, op. cit., pp. 303-310 p. 305 trad. it.

88 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit, p. 170.

89 Ivi, p. 174.

90 *Ibidem*.

91 Ivi, p. 10.

Schmitt spiega in cosa consista questo insistere sul fatto che non di pura e semplice sospensione si tratta, ma di una sospensione concreta.

Nello spazio della dittatura commissaria, la Costituzione, dice Schmitt, può essere sospesa senza cessare con ciò di rimanere in vigore⁹². Le norme continuano a vigere, ma tacciono⁹³, la loro vigenza è cioè qualcosa che resta immutato sul piano dell'astrattezza, ma la loro efficacia concreta decade temporaneamente. La norma c'è, esiste, non viene modificata, non subisce alcuna variazione da parte di alcun potere, ma si autosospende⁹⁴ in virtù della possibilità della sua futura applicazione. Essendo che l'applicabilità è qualcosa di sostanziale al diritto, esso prevede la possibilità, nei casi in cui quella non si realizzi, della sua autosospensione come momento necessario in virtù della sua futura effettività. Sospensione concreta vuol dire quindi che la Costituzione resta formalmente in vigore, vale come idea normativa che rimane sul piano dell'astrattezza, nell'attesa del momento in cui ridiventi possibile quel processo di concretizzazione che, nelle situazioni di normalità, è qualcosa di immediato. Nella situazione di eccezione, il processo di derivazione dall'idea normativa non è più possibile. Presupposto di esso è una situazione di normalità, e lo è in modo tale che ci troviamo di fronte ad un processo circolare per cui se l'applicazione giuridica è dedotta da una norma che la presuppone, di converso lo spazio di applicazione di questa norma, definito come normale, diventa presupposto di possibilità dell'idea normativa stessa, nel senso della sua applicazione. Nello spazio della dittatura i vincoli giuridici non vengono meno, ma la loro presenza è appunto silenziosa.

La dittatura non è però solo concretezza in opposizione all'astrattezza dei vincoli giuridici che permangono nel suo spazio, ma è tale anche in virtù del suo scopo.

Tale scopo, il perseguire un determinato risultato concretamente possibile è ciò che definisce giuridicamente il limite e il contenuto dell'attività dittatoria stessa.

Ma tale definizione giuridica non pertiene alla sfera della normatività, cioè della determinazione tramite norme dei vincoli dell'azione stessa. Ciò che determina il contenuto della dittatura non è un insieme di norme che positivamente scandiscono la

92 Ivi, p. 149.

93 E. NOLTE, *Diktatur*, in O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 1, Ernst Klett, Stuttgart, 1972, pp. 900-924, p. 901.

94 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op.cit., p. 40

sua azione, ma il suo scopo.

Il contenuto non può consistere in norme perchè queste non possono applicarsi ad alcuna situazione che non sia 'normale', non avrebbe quindi senso, e anzi consisterebbe in una contraddizione il voler normare ciò che non è normabile. Porre dei vincoli normativi sarebbe solo il risultato della volontà di celare dietro ad una presunta *normatività*, una realtà che concretamente è determinata solo dalla *fattualità*.

Una volta che si debba ricorrere allo stato di emergenza cesserà di valere la disciplina giuridica che regolava questa azione.

La disciplina giuridica quindi non deve stabilire dei limiti giuridici ma definire le condizioni per le quali sia necessario lasciar spazio all'azione dittatoria. Schmitt porta a questo proposito l' esempio della legittima difesa: la norma giuridica non può dire quali azioni compiere ma si limita a dire che è lecito compiere quanto richiesto per la difesa⁹⁵.

Ma la dittatura non è perciò qualcosa di definibile come caos giuridico, perchè al di là della pura norma c'è qualcosa che ne determina chiaramente i confini e ne definisce in qualche modo il contenuto. Si tratta dello scopo, ovvero del risultato che l'azione dittatoria deve perseguire e che la colloca immediatamente nello spazio del giuridico.

La dittatura persegue quindi uno scopo concreto che coincide con la finalità intrinsecamente giuridica di produrre uno stato di cose che consenta l'applicazione del diritto⁹⁶. L'obiettivo della dittatura è, alla fine, un' idea normativa. Nel voler creare uno stato di normalità è insita infatti la possibilità che il normativo ritrovi applicazione. Ciò significa che lo scopo ultimo dell'azione dittatoria consiste nel rendersi superflua⁹⁷.

L'ultimo aspetto della dittatura che la colloca sul piano della concretezza è la sua definizione come eccezione concreta⁹⁸.

Ciò da cui qui si fa eccezione, concretamente, e in via generale, è la Costituzione sia essa già esistente o sia che si tratti di una costituzione futura.

La dittatura non è eccezione *tout court*, non è eccezione di qualsiasi norma, ma è

95 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 188.

96 Ivi, p. 149.

97 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 11. Sull' argomento si veda G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, p. 31, dove si osserva come l'ordine giuridico "non si presenta in origine semplicemente come sanzione di un fatto trasgressivo, ma si costituisce, piuttosto, attraverso il ripetersi dello stesso atto senza alcuna sanzione, cioè come caso di eccezione".

98 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 149.

eccezione proprio di quella norma la cui sovranità si vuole assicurare nella realtà storico politica⁹⁹. In senso più specifico essa è eccezione che si definisce in base a ciò che viene reputato normale¹⁰⁰: se normalità si intende democrazia, dittatura significherà sospensione temporanea dei principi democratici, se per normalità si intende l'esistenza di uno stato di diritto, dittatura significherà l'eccezione rispetto a questo, e così via.

Per comprendere quali siano i caratteri generali della dittatura, sia essa sovrana o commissaria, occorre tener presente che in essa agisce una doppia dialettica: quella tra astratto e concreto e quella tra forma e contenuto. Come mostreremo successivamente la natura stessa della dittatura ha infatti a che fare con quella che Schmitt intende la forma sostanziale del diritto. La dittatura, lo spazio di eccezione, si colloca all'interno di questa forma, la quale quindi non significa mai forma vuota, ma sempre forma che congloba in sé il piano dell'astrattezza e quello della concretezza. La forma giuridica è ciò che tiene insieme questi due piani.

1.5 La dittatura commissaria.

Lo scopo a cui tende lo scritto sulla dittatura, e che risulterà evidente nei prossimi due paragrafi, è da un lato quello di costituzionalizzare l'eccezione e dall'altro quello di riportare l'azione tipica che si realizza in essa, cioè l'emanazione di *Massnahmen* puramente fattuali, all'interno di un'eccezione come spazio giuridicamente limitato. Il problema centrale che emerge dalle pagine sulla dittatura è infatti lo sviluppo di un tipo di potere che tende inesorabilmente a costituirsi come potere assoluto svincolato dal diritto. Il modo in cui Schmitt costruisce la sua argomentazione mostra in maniera chiara come l'intento del giurista tedesco, lungi dal farsi sostenitore di poteri

⁹⁹ Ivi, p. 11.

¹⁰⁰ Ivi. p. 8.

illimitati e non giuridicizzati, sia quello di tentare di incardinare i poteri 'eccezionali' all'interno della maglie dello spazio costituzionale. La dittatura si mostra infatti come un testo in cui l'argomentazione muove secondo un'analisi di tipo storico che evidenzia una costante degenerazione, degenerazione che si conclude mediante il costituirsi di un'idea di dittatura sovrana¹⁰¹. Questa, se ben si osserva il modo in cui il testo si struttura, è il prodotto, sul piano prima teorico e poi concreto, dell'aumento dei poteri di tipo commissario, poteri che sono all'origine del costituirsi dello Stato moderno. Ma su ciò torneremo più avanti.

Il dittatore, afferma il giurista tedesco, non è un tiranno, nè la dittatura una forma di potere assoluto¹⁰². Comprendere cosa comporti la dittatura, quale significato essa abbia vuol dire, da un lato, distinguere il suo concetto da tutte le confusioni concettuali che la riguardano, dall'altro coglierne le diversificazioni interne.

Così si distinguerà da un lato la dittatura da tutte quelle forme di potere che dittatura non sono e dall'altro lato, si tratterà di distinguere all'interno della dittatura due forme diverse, la dittatura commissaria e quella sovrana. Per ciò che pertiene quest'ultima analisi, c'è da tener preliminarmente presente che ciò che le distingue non è il fatto che l'una implichi una commissione mentre l'altra no. In realtà entrambe queste forme di dittatura sono commissarie¹⁰³; ciò che le distingue è in realtà il tipo di potere da cui promana la commissione. Entrambe hanno in comune il fatto che tale commissione promana, almeno nell'ottica di Schmitt, da un potere giuridico che le colloca all'interno di uno spazio di giuridificazione dei rapporti politici.

Per dimostrare come la dittatura commissaria sia uno strumento giuridico e non una pura e semplice soppressione del diritto, Schmitt allaccia questo concetto ad una tradizione che dalla costituzione repubblicana romana coinvolge la nascita dello Stato moderno, e che rimane invariata fino al XIX secolo¹⁰⁴.

La dittatura commissaria dell'antica Roma serve a Schmitt per dimostrare come sia

101 Su ciò ritorneremo quando si tratterà specificamente dell'idea di sovranità. Pensare ad uno Schmitt come difensore strenuo di un'idea di sovranità come emergere eccezionale di un potere costituente è una interpretazione che non regge anche per il modo in cui Schmitt arriva a definire il concetto di dittatura sovrana. Su ciò basti sottolineare come i pensatori della dittatura sovrana (Schmitt fa riferimento a Rousseau e Mably) siano da lui radicalmente criticati.

102 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 18.

103 Ivi, p. 174. "Ogni dittatura", dice Schmitt, "implica una commissione".

104 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 1.

funzionale ed essenziale al concetto di ordinamento giuridico il prevedere un potere garante della sua salvaguardia.

L'antenato storico del dittatore, risalente all'età monarchica, era il *magister populi* che, accanto al *magister equitum*, rappresentava un ausiliario straordinario del *rex* per ciò che perteneva alle questioni militari¹⁰⁵. Una volta che si sviluppò un livello di organizzazione militare superiore a quello gentilizio, fu ritenuto necessario affidare l'esercito ad un comandante che non fosse il *rex*, che è colui che successivamente assunse il nome di *dictator*¹⁰⁶.

Con il passaggio dal Regno al consolato, che rappresentava una magistratura a carattere ordinario tipica della nuova costituzione, la più antica magistratura unica, temporanea, cioè il *magister populi*, assunse la figura di magistratura straordinaria, cui si poteva far ricorso in quelle circostanze eccezionali che richiedevano il ritorno ad un'unità di comando¹⁰⁷. Nella concezione repubblicana la dittatura si configurava come una magistratura straordinaria, cioè era riconducibile a quel tipo di magistrature che venivano fatte "per un caso isolato, per una legge speciale o per un atto equivalente"¹⁰⁸. La dittatura è quindi un'originaria istituzione repubblicana e costituisce un anello di trapasso dalla monarchia vitalizia al regime consolare. Il dittatore non era un qualsiasi comandante militare, cui si attribuiva, per l'occasione di gravi pericoli, *l'imperium*; egli era l'antico *magister*, il capo dell'esercito centuriato¹⁰⁹. Secondo le concezioni correnti nell'ultimo periodo repubblicano il dittatore è magistrato unico, straordinario, non soggetto nè alla *provocatio* nè all'*intercessio* dei tribuni, nominato, in seguito a conforme parere del senato, da uno dei consoli designato dal senato o dalla sorte¹¹⁰. La

105 P. DE FRANCISCI., *Primordia civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959, p. 612.

106 P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica*, (3a edizione riveduta e corretta), Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1965, p. 44.

107 Ciò non significa che la dittatura rappresenti un ritorno al regime monarchico, per brevi periodi e in circostanze gravi come sostiene Mommsen. Non si tratta infatti di un ritorno ad un *imperium regio*, ma di un ritorno al *magister ordinario*, cioè ad un magistrato unico con poteri illimitati. Se essa non è modellato sul regno, nondimeno rappresenta qualcosa di anomalo nel quadro della costituzione repubblicana storica, consistendo appunto nella reminiscenza dell'antico assetto della magistratura prima ordinario, ora straordinario. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, vol. I, ed. Eugenio Jovene, 2a ed., 1972, pp. 238-242.

108 T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, (tit. or. *Römisches Staatsrecht*, 1874), IV, (a c. di) P. F. Girard, Diffusion de Boccard, Paris, 1984, p. 323.

109 F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, op. Cit., p. 277.

110 Ivi, p. 72.

dittatura romana era una magistratura straordinaria, disciplinata e prevista dalla costituzione per i casi di pericolo, limitata sia nel tempo che per il compito¹¹¹. Il *dictator* era un magistrato straordinario *cum imperio*, ovvero il suo potere era originariamente assoluto e illimitato¹¹², egli deteneva la pienezza del potere civile e militare. Al dittatore, nominato dal console su richiesta formale del senato, spettava il compito di far fronte a quella situazione di pericolo venutasi a creare e che giustificava la sua investitura. Suo specifico compito era cioè fare la guerra, e in questo caso si parlava di *dictatura rei gerundae* oppure reprimere una sedizione interna, che si definiva come *dictatura seditionis sedandae*¹¹³.

I caratteri della dittatura commissaria vengono delineati da Schmitt attraverso un'analisi del modo in cui questa antica istituzione della repubblica romana viene ripresa e tramandata nella cultura politica portando avanti una tradizione che rimarrà inalterata, secondo Schmitt, fino al XIX secolo¹¹⁴.

I caratteri della dittatura commissaria, così come si possono desumere dalla storia romana possono quindi riassumersi focalizzando l'attenzione sul tipo di commissione che la attua. Innanzitutto tale commissione promana da un organo costituito¹¹⁵, cioè il dittatore riceve autorizzazione da un organo previsto costituzionalmente¹¹⁶, egli è un commissario d'azione di un *pouvoir constitué*¹¹⁷. Ciò conferisce a questo tipo di dittatura il suo carattere formale, nel senso in cui si utilizza il concetto di formalità nel positivismo giuridico. Ciò che conferisce carattere giuridico-formale alla dittatura è cioè il fatto di essere promanata da uno specifico organo previsto costituzionalmente¹¹⁸- il carattere formale sta dunque nell'autorizzazione della più alta autorità che è in grado *giuridicamente* di oltrepassare il diritto e di autorizzare la dittatura¹¹⁹. Un altro aspetto della commissione che riguarda la dittatura commissaria è il fatto che essa non comporta un mandato assoluto ma al contrario essa è vincolata ad un incarico specifico

111 G. SARTORI, *Dittatura*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, pp 356-372.

112 F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, op. cit., p. 97.

113 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 22.

114 Ivi, p. 21.

115 Ivi, p. 182.

116 *Ibidem*.

117 Ivi, p. 183.

118 Ivi, p. 158.

119 Ivi, p. 11.

che significa concretamente il ritornare a quello stato di normalità in cui la Costituzione non è solo astrattamente in vigore, ma lo è in senso concreto. Riportare la sicurezza¹²⁰ e l'ordine pubblico, il ritornare ad una situazione di normalità sono quindi elementi che pertengono alla difesa della Costituzione, la quale può avere un senso nell'applicazione concreta delle sue norme. La dittatura commissaria consiste quindi in un mandato ad agire che prevede una sospensione in concreto della costituzione allo scopo di difenderne l'esistenza. Dice Schmitt, "L'argomento è noto da sempre: quando l'esistenza stessa della costituzione è minacciata, occorre salvaguardarla per mezzo di una sua temporanea sospensione"¹²¹.

Il modo in cui la dittatura romana viene recepita nel pensiero politico della modernità mostra come la tradizione sia stata recepita solo in parte.

Se infatti, da un lato, Schmitt sostiene che la dottrina romanistica sulla dittatura commissaria rimane invariata fino al XIX secolo¹²², egli mostra come tale recezione sia in realtà solo parziale e come tale parzialità costituisca il modo a partire dal quale sorge un concetto diverso di dittatura, e cioè quello di dittatura sovrana. Tale parzialità ha a che fare con l'esperienza propria della nascita dello Stato moderno che mostra da un lato come alcuni aspetti della dittatura riguardino in realtà l'intera struttura statale moderna, dall'altro come ciò abbia portato ad un misconoscimento della tradizione stessa, in modo tale che niente possa ancora chiamarsi dittatura. Vedremo poi successivamente come ciò comporti una diversa estensione dello spazio proprio della dittatura nel senso dello stato di eccezione.

Un primo punto per comprendere quale fosse il senso della dittatura commissaria in età moderna è l'analisi che Schmitt fa dell'opera di Machiavelli. E' infatti qui che si realizza una ricezione del senso tecnico della dittatura romana¹²³, ed un'accentuazione di questo elemento che avrà un'immediata influenza sul piano politico diventando tale tecnicità un'aspetto essenziale dello Stato moderno¹²⁴.

120 Ivi, p. 17.

121 Ivi, p. 133.

122 Ivi, p. 22.

123 Si veda in particolare N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Einaudi, Torino, 1983.

124 N. MACHIAVELLI, *Il principe*, in ID., *Opere politiche*, vol.1, (a c. di) M. Martelli, Salerno, Roma, 2006.

Quando Schmitt dice che lo Stato ha alla propria origine questo orientamento verso la dittatura¹²⁵, intende proprio affermare l'influenza che l'idea di tecnica nell'ordine politico ha avuto un influsso determinante per ciò che pertiene lo sviluppo della burocrazia e la nascita di quello che all'inizio nel Novecento verrà chiamato Stato amministrativo.

Machiavelli serve a Schmitt per mostrare come, se da un lato l'idea di dittatura commissaria sia ancora presente nella tradizione politica, nondimeno ciò che viene recepito di essa è il lato puramente tecnico, disconoscendo quello più propriamente giuridico. La dittatura commissaria non è una pura tecnica, ma è un'azione che con la tecnica ha in comune solo l'idea della valutazione dei mezzi per raggiungere un risultato concreto¹²⁶. La dittatura commissaria, come aveva giustamente affermato Machiavelli, non è tirannia, nè potere assoluto, ma un mezzo della costituzione repubblicana finalizzato alla protezione della libertà¹²⁷. L'interesse però di Machiavelli sta in alcuni specifici aspetti della dittatura funzionali alla sua visione specificamente tecnica del potere politico. Il problema, nella sua visione, è *come* conseguire un risultato determinato a prescindere da qualsivoglia finalità politica¹²⁸. Questa visione tecnicistica avrà secondo Schmitt una portata immediata sia per la nascita dello Stato moderno sia per il modo in cui si svilupperà la dittatura¹²⁹. Se quindi Machiavelli recepisce il senso della dittatura romana, dall'altro lato estende il modo di procedere di tipo dittatoriale al di là dei limiti di quel potere, per giungere a definire in quei termini lo stesso potere statale. L'organizzazione politica del potere e la tecnica per conservarlo, osserva Schmitt, rimangono qualcosa che può essere prodotto con tecniche pratiche¹³⁰. Machiavelli assume la tecnicità intrinseca all'antico potere dittatoriale, come mezzo essenziale che il potere in quanto tale ha per conservarsi e durare. Si vede già, a partire da qui, l'estensione del tipo di potere dittatoriale, un potere i cui caratteri si riconducono all'idea che può essere compiuto tutto ciò che le circostanze (*Lage der Sache*) richiedono¹³¹.

125 C. SCHMITT, *La Dittatura*, op. Cit., p. 30.

126 Ivi, p. 33.

127 Ivi, p. 6.

128 Ivi, p. 28.

129 Ivi, p. 30.

130 Ivi, p. 29.

131 Ivi, p. 33.

Quegli aspetti, che definiscono la dittatura, e che permangono come elementi essenziali nello sviluppo dello Stato moderno sono la tecnicità dei mezzi impiegati, il razionalismo che deve governare l'azione, e infine il carattere specificamente esecutivo del potere dittatoriale¹³². Se si pensa infatti al modo in cui lo Stato moderno si è sviluppato si vedrà che in esso l'anima risiede nel potere esecutivo, gestito da un corpo di burocrati fino a pervenire allo Stato novecentesco di una totale amministrativizzazione della vita pubblica. La tecnicità è un dato essenziale dello Stato moderno, il quale, come ben evidenzia Schmitt, si costituisce fin dalle sue origini come macchina¹³³. Il secondo aspetto, quello del razionalismo, rimanda al carattere, tipico dell'azione dittatoria, del calcolo dei mezzi in rapporto ai fini. Infine l'esecutività come dato centrale. Il carattere esecutivo del potere dittatoriale non è quello riconducibile ad un'idea di esecutivo come potere che si pone al di sotto del legislativo; non si tratta inoltre dell'idea di esecuzione di leggi, bensì dell'esecuzione *tout court*. Gli organi dell'esecutivo, dice Schmitt, "devono piegarsi incondizionatamente alle esigenze di un procedimento snello"¹³⁴. L'esecuzione ha qui a che fare specificamente e unicamente con l'ambito dell'amministrazione. Anche storicamente, dice Schmitt, non si dà prima la legge e poi la sua esecuzione giacché "ogni faccenda viene sbrigata all'inizio, concretamente e caso su caso"¹³⁵. L'esecuzione che Schmitt tenta di incardinare all'interno dell'ambito costituzionale, è quella che specificamente pertiene alla sfera dell'amministrazione. Ciò che viene perduto in questa concezione, e che Schmitt tenta di riattualizzare, e nello sviluppo che avrà la dittatura commissaria è l'idea che questa non rappresenta una pura tecnica, ma ha un significato giuridico in senso eminente. La perdita di questo lato, se da una parte è dovuta all'accentramento del senso politico e statale nell'esecutività, dall'altra è la conseguenza del venir meno di una concezione normativa che faccia della legge un qualcosa di positivamente dato non però nel senso della pura formalità e astrattezza.

132 Ivi, p. 33.

133 C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio*, (tit. or. *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, 1937) in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a c. di) C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 45-59, p. 55.

134 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 33.

135 C. SCHMITT, *Diktatur und Belagerungszustand*, op. Cit., p. 17.

1.6 La dittatura sovrana: dall'aumento del potere commissario al potere costituente.

La dittatura non si concretizza però unicamente come dittatura commissaria prevista costituzionalmente. Comprendere un concetto vuol dire coglierne anche le distinzioni interne. È questo che ha portato Schmitt a individuare un' altro tipo di dittatura che, accanto a quella 'puramente' commissaria, esaurisce il contenuto del concetto. Si tratta della dittatura sovrana. Questo tipo di dittatura nasce nel diciottesimo secolo. È qui che si forma l'idea di una dittatura in cui il dittatore è commissario diretto del popolo "in virtù del potere non costituito, ma costituente del popolo, e quindi un dittatore che detta legge anche al suo mandante senza cessare di dipenderne per ciò che pertiene alla sua legittimazione"¹³⁶.

La dittatura sovrana, seguendo il ragionamento che fa Schmitt, risulta essere il prodotto di un'evoluzione storica dell'idea di potere commissario. Dalla nascita dello Stato moderno si assiste infatti ad un aumento di poteri di tipo commissario e non solo dal punto di vista quantitativo ma anche qualitativo¹³⁷. Osservare il modo in cui il commissario acquisisca sempre più un potere di tipo illimitato, significa per Schmitt, da un lato comprendere la nascita del concetto di potere costituente, dall'altro spiegare il modo in cui lo Stato sia potuto diventare uno Stato eminentemente amministrativo.

È nel momento di passaggio dall'ordinamento per ceti allo Stato assolutistico che si assiste alla nascita di un'idea di commissario non avente più semplici facoltà giurisdizionali, che non agisce solamente in veste di giudice (*rechtsprechend*), ma anche

136 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 12.

137 Interessante il rimando che Schmitt fa ad un'affermazione di O. Hintze, secondo il quale, nello sviluppo del potere dei commissari, si assiste non solo ad un'estensione ma anche ad un cambiamento qualitativo di questo potere: "Le medesime autorità che devono provvedere al sostentamento dell'esercito e alla riscossione dei tributi, finiscono con l'assumere responsabilità per il mantenimento e l'incremento del tenore di vita e della capacità retributiva della popolazione, soprattutto per il controllo dei viveri per le città e dei traffici. L'amministrazione militare viene in tal modo ad intrecciarsi inestricabilmente con quella civile e poliziesca; l'intera 'polizia' interna che si sviluppa a poco a poco da tutto ciò, porta un'impronta militaresca". In O. HINTZE, *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, in *Historische Aufsätze. Karl Zeumer zum 60. Geburtstag als Festgabe dargebracht von Freunden und Schülern*, Böhlau, Weimar, 1910, pp. 493-528. Citato in C. SCHMITT, *La Dittatura*, op. Cit., p. 103.

attuando il diritto (*rechtsverwirklichend*)¹³⁸. Egli non solo giudica, ma amministra. Ciò significa che il commissario inizia ad avere facoltà di tipo amministrativo e organizzativo. È questo commissario il mezzo con cui si realizza l'accentramento di potere tipico dello Stato moderno; è il mezzo specifico con cui il principe tentava di smantellare i ceti. Mediante l'attribuzione ai commissari di poteri sempre più estesi, e in particolare di poteri di tipo esecutivo, il principe perseguiva i suoi scopi. È a partire da un potere di tipo esecutivo che ciò si realizza. L'aumento di potere del principe si realizza per mezzo di poteri esecutivi. Ma come può la sola esecuzione produrre un tale accentramento di potere? Fondamento giuridico dell'esecuzione, sottolinea Schmitt, "è la sentenza giudiziaria avente vigore legale"¹³⁹. Però, per quanto possa essere regolata da norme procedurali, l'esecuzione non può essere completamente riportata entro "le maglie della forma giuridica"¹⁴⁰. Il momento esecutivo vero e proprio, continua Schmitt, non può mai essere completamente formalizzato. Ciò diventa particolarmente evidente quando la necessità di perseguire un determinato obiettivo diventa così preponderante, che il fondamento legale diventa una pura formalità¹⁴¹. Esso rappresenta soltanto un ostacolo inutile sulla via del raggiungimento del risultato finale.

Al potere dei commissari veniva quindi congiunto l'esercizio di facoltà autoritative del mandante. Ciò significava che l'attività del commissario travalicava la sua attività di giudice e quindi di applicazione delle norme giuridiche, per comprendere azioni "che sono rese necessarie per il conseguimento di un obiettivo concreto e vengono intraprese di autorità"¹⁴². Oggetto di una commissione di questo tipo era solo il potere di tipo autoritativo poichè, quando si tratta di conseguire un risultato concreto, e quindi la misura è puramente fattuale, ciò che avviene di fatto non può essere oggetto di mandato

¹⁴³.

L'aumento del potere dei commissari è all'origine del concetto di dittatura sovrana e dell'idea di un potere costituente dotato di poteri illimitati. Per comprendere il modo in cui Schmitt istituisce il passaggio tra l'uno e l'altro centrale è la critica che il

138 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 71.

139 Ivi, p. 84.

140 *Ibidem*.

141 *Ibidem*.

142 Ivi, p. 73.

143 Ivi, p. 174.

giurista di Plettenberg fa del pensiero di Mably. È nel suo pensiero che si realizza un ulteriore passaggio verso la dittatura sovrana. La critica di Schmitt evidenzia un aspetto essenziale del concetto di dittatura sovrana, nonché del legame tra questa e il potere dei commissari. Nel pensatore francese si osserva la genesi di quella che si potrebbe definire l'esecutivizzazione totale del potere statale.

Un aspetto centrale del suo pensiero, osserva Schmitt, è la diffidenza nei confronti dell'esecutivo, al punto che, nella sua visione il potere esecutivo dovrebbe essere sempre diviso secondo i diversi settori dell'amministrazione "per evitare che si produca un accumulo di forze, che sorga un *magistrat universel* e cioè un despota"¹⁴⁴. Affinchè ciò non si realizzi, Mably introduce quella che, nella sua visione, rappresenterebbe un ulteriore garanzia nei confronti dell'esecutivo: il controllo da parte del legislativo. Ma, ed è questo il passaggio essenziale mostrato da Schmitt, "Mably sembra non accorgersi che l'istanza che esercita il controllo *si trasforma in esecutivo* nel momento stesso che il controllo diventa effettivamente funzionale a uno scopo, riproducendo così quell'accumulo di potere dispotico che si voleva scongiurare"¹⁴⁵. Ciò, sottolinea Schmitt, è quello che si concretizzerà nella rivoluzione francese. Nell'attività dei commissari della Convenzione Nazionale inizia l'interferenza del legislativo nei dettagli dell'esecutivo, interferenza di cui Mably è stato l'ideatore con la sua tesi secondo cui i rappresentanti del popolo dovessero impadronirsi anche del potere esecutivo. È qui che nasce l'idea di una dittatura sovrana. Anche qui il tentativo di Schmitt consisterà nel riportare il concetto di dittatura all'interno dell'ambito giuridico.

La prima cosa da dire a proposito di questo modo di affermarsi del potere dittatoriale è che anch' essa è commissaria. Esiste quindi una dittatura commissaria *tout court* e una dittatura commissaria sovrana. Non è quindi l'idea di commissione in quanto tale ciò che distingue queste due forme. Anzi è proprio la presenza di una commissione ciò che ci permette di affermare la presenza di un potere di tipo dittatoriale. Ogni dittatura implica quindi una commissione¹⁴⁶.

Ciò che distingue, per quanto pertiene all'idea di commissione, dittatura commissaria e

144 Ivi, p. 147.

145 *Ibidem*.

146 Ivi, p. 174.

dittatura sovrana è il fatto che mentre la prima rappresenta una commissione d'azione di un potere costituito, la seconda è commissione d'azione di un potere costituente¹⁴⁷.

La differenza che sussiste quindi tra i due tipi di dittatura ha a che fare con il rapporto con l'ordinamento costituzionale esistente. La diversa relazione ad esso ha a che fare da un lato con il potere da cui promana la commissione e dall'altro dall'obiettivo che si vuole conseguire.

Per quanto pertiene al primo punto, nella dittatura sovrana la commissione deriva dal *pouvoir constituant* il quale ha con l'ordinamento un rapporto diverso rispetto a quello di qualunque organo costituito.

Per comprendere questo tipo di relazione occorre tener presente che il potere costituente, il soggetto illimitato e illimitabile della sovranità, si muove su due piani di modo che una parte di esso sta sempre nello stato di natura, mentre l'altra sempre nello stato di diritto¹⁴⁸. Ciò conferma il carattere giuridico della dittatura in quanto tale. Anche qui, nonostante ci si trovi di fronte ad un potere che si pone al di fuori della Costituzione, abbiamo a che fare con uno spazio di giuridicità. Il potere costituente non si colloca integralmente su di un piano agiuridico, anzi, lo stesso stato di natura appare come ciò che sempre si definisce a partire dal giuridico. Il potere costituente, in tal senso, pur ponendosi al di fuori della Costituzione esistente, si colloca sempre sul piano di ciò che, nella sua essenza, costituisce altro da sé e deve farlo. Si tratta infatti non di un potere puro e semplice ma appunto di un potere *costituente*. Dice infatti Schmitt "esiste sempre un minimo di Costituzione intanto che viene riconosciuto un *pouvoir constituant*"¹⁴⁹. Anche quindi nell'ambito della dittatura sovrana si ha a che fare con un oggetto di analisi giuridica e non politica: essendo il soggetto di essa un potere che pur non essendo costituito costituzionalmente, ha con la Costituzione un rapporto tale da rappresentarne il potere fondante¹⁵⁰, allora il legame col giuridico appare inscindibile.

Ma chi è il titolare della dittatura sovrana? Si tratta del rappresentante straordinario del *pouvoir constituant*. A differenza di quello ordinario, dice Schmitt, questo

147 Ivi, p. 183.

148 Ivi, p. 180.

149 Ivi, p. 183

150 Ivi, p. 174.

rappresentante esercita immediatamente e non mediatamente il potere che detiene¹⁵¹. La dittatura sovrana non fa appello ad una Costituzione esistente, che rappresenta il *medium* tra popolo sovrano e poteri costituiti, ma al potere costituente che può entrare in azione in ogni momento e quindi "avere un peso immediato anche sotto l'aspetto giuridico"¹⁵².

Così come la dittatura commissaria, anche la dittatura sovrana è vincolata al raggiungimento di un obiettivo concreto¹⁵³. Questo è ciò che ci permette di distinguerla dalla sovranità. Potremmo definire la dittatura sovrana come quell'esercizio *giuridico* di sovranità vincolato al raggiungimento di un risultato concreto, e perciò temporanea.

Da un lato, si trova qui un potere giuridico illimitato, posto interamente nella discrezione dell'ufficio autorizzato, nella misura in cui qui si può parlare di sovrano, ma per un altro verso è incaricata come dittatore solo l'assemblea costituente. La pienezza giuridica del potere di un' assemblea costituente si basa sul fatto che essa esercita il *pouvoir constituant*, e l'onnipotenza dura solo finché con l'entrata in vigore della costituzione non ha luogo l'insediamento dei poteri¹⁵⁴.

Per poter capire cosa sia la dittatura sovrana e come si realizzi Schmitt cita due casi. Il primo caso di dittatura sovrana è quello in cui, dopo una rivoluzione, venuta meno la Costituzione precedente, ne viene proposta immediatamente una nuova¹⁵⁵. Ciò è possibile solo grazie all' azione di un potere rivoluzionario, che esercita già parte della sovranità popolare, la quale però non è ancora mediata da organi costituiti. Chi detiene il potere rivoluzionario è quindi rappresentante immediato e straordinario del *pouvoir constituant*. Suo compito, determinato temporalmente, è la creazione di un nuovo

151 Ivi, p. 181 e 182.

152 Ivi, p. 183

153 Su questo punto si pone la critica di G. Sartori: "Occorre distinguere tra il problema della eccezionalità, o straordinarietà, e quello della temporaneità o provvisorietà. Che anche la dittatura sovrana sia una forma di governo straordinaria può venire concesso facilmente. Quel che non si può accettare è quello di qualificare la dittatura come una forma di governo 'provvisoria'. Provvisorio sarebbe solo nel caso che esista una normazione inderogabile che ne stabilisca tassativamente la scadenza, prevedendo altresì la procedura mediante la quale porvi termine. Non vale addurre, come fa Schmitt, che il dittatore sovrano è vincolato ad un risultato determinato. Troppo indeterminato. Dall' esame della forma commissaria, e per essa dell' istituto romano, si evince semmai la contraddittorietà del tentativo di fondare la tesi della provvisorietà della dittatura equiparandola ad un potere costituente: ché il *dictator* decadeva automaticamente dalla sua carica proprio perché sprovvisto di potere costituente". In G. SARTORI, *Dittatura*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, pp 356-372, p. 368.

154 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., pp. 235-236.

155 Ivi, p. 182.

progetto costituzionale.

Il secondo caso di dittatura sovrana è quello che si realizza prima della frattura costituzionale, prima della soppressione dell'ordine esistente, e nel momento in cui questo viene percepito come un ostacolo al libero esercizio del *pouvoir constituant*¹⁵⁶. In questo caso coloro che si richiamano ad esso, facendosi carico della demolizione della struttura costituzionale, sono dittatori sovrani. La loro azione rivoluzionaria si appella infatti al potere del popolo, e il loro obiettivo è anche stavolta circoscritto, si tratta della demolizione del vecchio ordine.

Nell'ottica di Schmitt in entrambi questi casi di dittatura sovrana, l'azione dittatoriale è circoscritta dalla stretta dipendenza funzionale alla costituzione giusta da realizzare¹⁵⁷. Anche qui, come nella dittatura commissaria, la Costituzione resta sospesa. La differenza sta nel fatto che mentre nel primo caso si tratta di una costituzione esistente, nel secondo si tratta della costituzione da attuare. La sospensione ha qui il suo significato nell'idea che laddove c'è un potere costituente, c'è anche una costituzione, sia essa presente effettivamente, sia che rappresenti il progetto che, inevitabilmente, il potere costituente costituisce a partire da sé. Si tratta di una sospensione rispetto ad una costituzione da attuare, che però è già potenzialmente presente, dal momento che il soggetto che presiede all'azione è già nello spazio del giuridico¹⁵⁸.

Anche qui quindi ciò da cui si fa eccezione è qualcosa di normativo, e l'eccezione è qui proprio rispetto a quella norma, ovvero quella Costituzione, la cui sovranità si vuole assicurare nella realtà politica.

Per quanto pertiene allo spazio di normalità, nel caso della dittatura sovrana, si tratta di uno spazio che, temporalmente, si colloca in una dimensione futura e che è vincolato all'attuazione della Costituzione. Quando si attua la Costituzione allora non ci

156 *Ibidem*.

157 *Ivi*, p. 182.

158 Secondo Sartori è artificioso parlare giuridicamente di dittatura. Riferendosi a Schmitt, egli sostiene che il giurista tedesco, "non riesce a spiegare come si possa uscire dalla dittatura sovrana, cioè come la logica giuridica possa vincolare il dittatore sovrano a quella osservanza della volontà popolare e dello scopo transitorio (p. 370) che lo stesso Schmitt gli assegna e che costituisce anche per lui la condizione della giustificazione giuridica della dittatura. La sua posizione si fonda su un assioma: che il dittatore rifiuta il diritto solo per realizzarlo (...) il suo dittatore sovrano non si distingue da quello che lui stesso definisce un dispotismo qualsiasi. Il giurista incontra enormi difficoltà nel definire la dittatura (...) la sua opera rischia di rappresentare una semplice sanatoria e legittimazione. L'esercizio del potere dittatoriale sfugge in larga parte alla rivelazione giuridica (p. 371).

sarà più dittatura¹⁵⁹.

1.7 Il potere costituente come potere costituentesi all' interno di uno spazio giuridico.

Nella prefazione alla seconda edizione dello scritto sulla dittatura, Schmitt sottolinea la necessità che risolvere il problema lì affrontato, di chiarire cosa si intenda per Costituzione¹⁶⁰. Non si può cioè risolvere il problema della dittatura, comprenderne la portata, senza delineare i caratteri di ciò di cui si fa eccezione. La dittatura rappresenta, infatti, come abbiamo visto, la sospensione della Costituzione, sospensione che, però, nell'ottica del giurista tedesco, non può mai essere totale. Occorre quindi vedere cosa possa essere sospeso, e quindi cosa invece rappresenti davvero quella parte di Costituzione che non può mai essere messa a tacere, e che quindi ne costituisce il fulcro sostanziale e formale.

Per poter accedere alla concezione schmittiana della Costituzione occorre innanzitutto chiarire quale sia il senso che egli attribuisce al potere costituente. Qui si cercherà di mostrare come il potere costituente non rappresenti ancora il luogo in cui sia possibile individuare una tensione tra l' elemento giuridico e quello politico, ma al contrario come questo tipo di potere, pur non essendo in sé costituito, agisca all'interno di uno spazio giuridico che invece lo è. Questo spazio giuridico, quello che poi Schmitt definirà prima come ordinamento concreto e poi come *Nomos*, dispiega il suo senso già all'interno della discussione che Schmitt fa sul potere costituente, in modo da rendere questo tipo di potere 'rivoluzionario' solo in parte.

Cercheremo qui di rendere conto del rimando di Schmitt all' idea di una Costituzione che preesiste al potere costituente. Ovvero cercheremo di risolvere la

159 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 235.

160 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 17.

questione in merito alla collocazione del potere costituente e della sua decisione. Essa è interna allo spazio giuridico o è fondativa dell'ordinamento? La decisione di un potere costituente, può, da sola, fondare un ordinamento concreto? Oppure essa, pur modificando quell'ordinamento, è comunque interna ad esso?

Che il potere costituente presupponga un minimo di costituzione, Schmitt lo afferma in due testi, in apparenza lontani per tematiche, ma dove in realtà la questione del potere costituente è assolutamente centrale: nello scritto sulla dittatura¹⁶¹, e nella dottrina della Costituzione¹⁶². In entrambi i casi, il concetto di potere costituente emerge a partire dalla riflessione sulla nascita di una Costituzione nel senso dello stato borghese di diritto. Il potere costituente nasce cioè in un preciso momento storico come potere con determinate caratteristiche, di fondazione di una Costituzione intesa in un senso specifico.

Cercheremo di mostrare come il potere costituente presupponga uno spazio giuridico al di là del quale la sua azione non è possibile, che l'azione del potere costituente è, giuridicamente, vincolata ad un fine specifico ed ha ad oggetto una decisione specifica che modifica un ordinamento già esistente e non lo 'fonda'.

Il potere costituente, dice Schmitt, presuppone l'unità politica¹⁶³. Ciò significa che senza questo presupposto non c'è alcun potere costituente, ovvero nessun potere che possa agire in senso costituente. Ma che cos'è l'unità politica? E perchè essa può essere pensata come qualcosa di giuridicamente determinato?

La prima argomentazione riguarda il modo in cui il 'politico' viene concepito da Schmitt in rapporto al giuridico. L'unità politica non è un'esistenza determinata solo politicamente, in quanto essa si configura come unità. Abbiamo visto come, per Schmitt, il giuridico sia forma del politico. L'unità è forma, quindi l'unità politica è un'esistenza politica già determinata giuridicamente. Il politico che emerge dall'azione del potere costituente è un 'politico' già strutturato, che impedisce in sé l'emergere del conflitto. Non si tratta qui del politico come conflitto, ma del politico come già neutralizzato, ovvero già incardinato all'interno della logica giuridica propria dello Stato

161 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 183.

162 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 131.

163 Ivi, pp. 77 e 125.

moderno¹⁶⁴. Essendo interno ad essa, rimanda ad un piano giuridico specifico e determinato, rispetto al quale esso si mostra capace di modificazioni solo in senso limitato. Essendo che lo Stato moderno si costituisce come forza neutralizzante, l'unità politica che lo sottende agisce anch' essa in questa direzione.

Il potere costituente, cioè, non è puro potere, non si tratta di quel tipo di potere che agisce, ad esempio, come quei gruppi sociali che pur minando le basi dello Stato, rendendo nulla la sua capacità di neutralizzazione del politico, non sono in grado di mettere davvero in discussione l'ordinamento costituzionale in quanto incapaci di porsi come poteri costituenti, capaci di farsi portatori di un principio giuridico, incapaci quindi di forma. Non si tratta quindi di un potere puramente conflittuale. Un potere puramente politico è, per Schmitt, quel potere che non si pone come costituente pur agendo in direzione di una disintegrazione dell' assetto esistente. Poteri puramente politici sono quelli che emergono nella crisi dello Stato weimariano, poteri depositari di specifici interessi. Il potere costituente è, invece, una forza neutralizzante. Esso decide e decidendo neutralizza. Non si tratta qui di una questione di pura forza, cioè di politicità pura, giacchè, come dice Schmitt, la forza non prova nulla per il diritto¹⁶⁵.

In secondo luogo occorre chiarire cosa sia questa unità politica, questa esistenza politica già giuridificata. Schmitt parla dell' unità politica quando fa riferimento al concetto assoluto di Costituzione, inteso nel suo primo significato, quello che fa riferimento ai concreti modi di esistere dell'unità politica¹⁶⁶. L'unità politica può essere

164 In questo senso non è possibile accogliere l'interpretazione che, del potere costituente, dà A. Negri. E in particolare non è condivisibile l'idea che esso si collocherebbe al di là dei limiti del moderno, quasi che la nascita di questo concetto, interna alla modernità, rappresentasse rispetto a questa un elemento disintegratore. Al contrario, l'idea di potere costituente, come ben dimostra Schmitt nel suo libro sulla dittatura, nasce proprio a partire da dinamiche tipicamente moderne. Se infatti si osserva come Schmitt costruisce il concetto di dittatura sovrana emerge chiaramente come essa si sviluppi come degenerazione di dinamiche tipiche della modernità. Nella *Dittatura* Schmitt evidenzia come il concetto di *pouvoir constituant* sia il prodotto di un progressivo aumento del potere dei commissari e a partire da un'idea di commissione all'interno della quale i poteri conferiti diventano sempre più estesi. L'idea di un potere svincolato da limitazioni nasce da qui ed è interno a questa logica. Pensare quindi al potere costituente come ciò che si pone contro il processo costituzionale, e come potere che porti con sé un'idea diversa di razionalità, appare quindi un'idea che mal si sposa con il dato concreto della nascita, e dello sviluppo, del concetto stesso di potere costituente. Rispetto all'idea di Negri di un potere costituente contro-costituzionale, ci si chiede inoltre cosa distinguerebbe questo potere 'costituente' da un potere puro e semplice. Cosa costituisce il potere costituente se non una 'costituzione'? Si veda, per i passi indicati, A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo, Varese, 1992, p. 371.

165 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 44.

166 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., pp. 16-20.

pensata come spazio già giuridificato e che si modifica indipendentemente da decisioni del potere costituente. La Costituzione in senso positivo, appare quindi come un momento *successivo* e, concettualmente, un sottotipo del concetto assoluto di Costituzione. Ovvero non si dà una costituzione in senso positivo, senza il presupposto di una Costituzione in senso assoluto.

Ciò si spiega anche facendo riferimento ad un altro dato che emerge nella *Dottrina della Costituzione*. Quando Schmitt parla dell' unità politica come presupposto del potere costituente fa appello all'idea dell'esistenza politica di questo. L' idea di esistenza non è però riferita all' ambito meramente politico e ciò si evince da un'affermazione che Schmitt fa in merito al concetto di ordinamento giuridico. Dice infatti Schmitt che l'ordinamento giuridico comprende l'elemento normativo e l'elemento 'esistenziale' (*seinsmässig*) dell'ordinamento *concreto*¹⁶⁷. Essa non è un'esistenza puramente politica, nel senso di agiuridica e fa riferimento all' esistenza di un ordinamento all' interno del quale essa è inserita. Solo nell'ordinamento concreto si dà l'esistenza politica, esso la costituisce.

Ma veniamo all' azione del potere costituente. Essa innanzitutto coincide con una decisione. Ma che oggetto potrà avere questa decisione, se un minimo di forma è già presupposto?

L' unità politica non è prodotto della decisione ma ne è il presupposto, e lo è proprio perché ci deve essere un soggetto capace di azione, cioè capace di dare la Costituzione. Questa unità politica, che dovrebbe decidere della sua forma, contiene già in sé un minimo di forma senza la quale essa non potrebbe decidere. Ciò distingue il soggetto del potere costituente, come abbiamo visto, da una massa informe incapace di azione. L' elemento della forma statale si dà prima della *Verfassungsgebung*. Come oggetto della *Gestaltung* costituzionale, rimane perciò un compito limitato: la delineazione particolareggiata dei principi formali già esistenti¹⁶⁸.

L'elemento politico che qui agisce è intrinsecamente legato ad un tipo di ordinamento che è già effettivo e che non può essere modificato mediante un potere che decide 'solo' della forma dell'esistenza politica. Lo dice lo stesso Schmitt: “La costituzione in senso

167 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 23.

168 E.R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, op. Cit., p. 307.

positivo contiene *soltanto* la determinazione consapevole della forma speciale complessiva per la quale l'unità politica si decide¹⁶⁹. Il potere costituente è quindi informe solo in parte. Esso presuppone una forma, l'unità politica che lo precede, rispetto alla quale esso ne decide i dettagli. Questa forma, questa unità politica è infatti lo Stato, e ciò che deve essere deciso è quale forma dare a questo Stato. In questo senso Schmitt sostiene che il potere costituente presuppone lo Stato¹⁷⁰.

Nell'idea di questa continuità dello Stato, al di là della decisione del potere costituente, si evince che l'abolizione rivoluzionaria di una costituzione può essere definita, secondo Schmitt, come una mera revisione della Costituzione¹⁷¹. Ciò vale tanto nel caso in cui il potere costituente riconosciuto rimanga lo stesso, sia nel caso in cui c'è un cambiamento del potere costituente. Cioè, in quest'ultimo caso, anche nel passaggio dall'idea del potere costituente identificato col monarca all'idea di esso come volontà del popolo. Anche in questo caso c'è continuità, tale da rendere la rivoluzione una forma di revisione costituzionale¹⁷².

169 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., p. 39.

170 Ivi, p. 114.

171 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, op. Cit., p. 132. Sul potere costituente si veda il saggio di CAYLA O., *L'obscure théorie du pouvoir constituant originare ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable*, in (a c. di) D. de Béchillon-P. Brunet- V. Champeil- Desplats-E. Millard, *L'architecture du droit*, Economica, 2006, pp. 249-265. Qui si sottolinea che è perché l'atto costituente è pensato nella dimensione pragmatica di un atto di linguaggio imputabile a un soggetto sovrano incarnato, che è possibile vedere nella costituzione una norma effettivamente posta per mezzo di una volontà sovrana in atto (p. 252). La teoria di Sieyes, "*vain et abscons*" non riesce a rendere conto del potere di revisione del parlamento che si configurerebbe come un "*pouvoir constituant constitué*" (p. 253). La teoria di Sieyes mostra il suo limite in un punto essenziale: essa è sostanzialmente inefficace dal punto di vista pratico e quindi inutile. L'oggetto che è costantemente postulato, cioè "*le souverain populaire concret*", presupposto come capace di fare un atto di 'presenza effettiva', come manifestazione empirica di una volontà produttiva di una costituzione originaria, è un oggetto concettuale evidentemente introvabile (p. 258). L'autore propone una teoria ermeneutica dell'identità sovrana originaria, secondo la quale, partendo dal presupposto che la giuridicità sia un fenomeno di significazione pragmatica, si può spiegare la generazione della '*parole constituant*' nel modo seguente: "*Cette parole, à comprendre comme ayant la signification pragmatique d' un commandement impératif suprême, c'est-à-dire imputable à un auteur souverain, s'articule non pas immédiatement, dans le seul temps d'une prise de parole spontanée d'un prétendu souverain incarné, mais médiatement, dans la succession des deux temps de l'écriture et de la lecture du texte de sette parole*" (pp. 260-261). Il rapporto che si istituisce tra l'autore del testo e il suo lettore è tale che entrambi sono rappresentanti di un autore puramente astratto e ideale. La *médiatisation* della parola "*vive par le corps graphique et inerte de l'écriture, déréalise et absentifie l'auteur, qui ne peut en aucun cas se réduire à la seule personne empirique de l'acteur de l'écriture qui, par définition, ne parle pas mais se tait, ni à celle de l'acteur de la lecture qui, par définition, n'articule pas sa propre parole mais celle d'un autre qu'il représente et qui, de surcroît, n'existe pas comme un seul individu, mais comme une série infinie d'individus ayant chacun une interprétation singulière de l'intention de cet autre radical qu'est 'l'auteur'*" (p. 260).

172 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 131.

Per meglio spiegare il punto di vista che intendiamo difendere, occorre sottolineare come la *Verfassungslehre* sia un'opera poco chiara e, in apparenza, spesso contraddittoria. Di fronte ad affermazioni che fanno pensare che sia la decisione il fondamento di un ordinamento giuridico, ce ne sono altre che pongono a monte di questa decisione altri elementi. Il presupposto dell' unità, e quindi di un qualcosa di strutturato, il presupposto dell' esistenza politica, dove abbiamo visto come il concetto di esistenziale sia riferito all'ordinamento concreto, insomma elementi che fanno pensare che non si tratti di una decisione nata dal nulla per opera di un potere informe. La *Verfassungslehre* sembra non dire tutto, lascia sospese e non chiarite molte questioni. Cosa peraltro provata dal fatto che è risaputo come essa non rappresentasse l'ultima parola di Schmitt¹⁷³; la limitatezza di una dottrina della Costituzione, quando questa è concepita come un tentativo di sistema della sola Costituzione dello stato borghese di diritto, è una cosa che Schmitt sottolinea fin dalle prime pagine della sua opera. Non si tratta di una dottrina della Costituzione nel senso generico della costituzione di qualunque ordinamento, ma appunto solo di quello specificato. Non si tratta quindi del problema della fondazione o della genesi del diritto in quanto tale. La sua ambizione era molto più limitata. Era proporre una sistemazione chiara di quella costituzione che seguiva, da un punto di vista teorico, quelle premesse ideate da Hobbes. Da qui esso doveva presupporre una decisione a monte. Che però questa spiegazione, per Schmitt, non sia sufficiente a spiegare come nasca e si modifichi un ordinamento giuridico, diventa chiaro non appena si colgono quegli elementi, sopra citati, in cui diventa chiaro che prima della decisione non c'è il nulla, ma c'è già diritto.

Delle 'contraddizioni' interne alla *Dottrina della costituzione* si era reso conto anche E. R. Huber¹⁷⁴, rispetto alle cui critiche Schmitt si trovava sostanzialmente d'accordo. La problematicità della *Verfassungslehre* emergeva sia per quanto riguarda alcune affermazioni al suo interno che parevano contrastare tra loro, sia soprattutto se messa in rapporto allo scritto sul custode della Costituzione. Si trattava in sostanza della

173 R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, C. H. Beck, München, 2009, p. 253.

174 E. R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, *Blättern für deutsche philosophie*, V, 2/3, 1931. Sui rapporti tra Schmitt e Huber si veda R. MEHRING, *Aufstieg und Fall*, op. Cit., pp.265-267.

differenza tra costituzione in senso assoluto, come concreta situazione costituzionale che emergeva nell'analisi sulla tendenza verso lo Stato totale, e costituzione in senso positivo e di come quest'ultima si delineasse in realtà come un elemento interno alla prima e non ne costituisse il presupposto. Dal punto di vista della costituzione in senso assoluto, la decisione positiva costituzionale non appariva come un atto contingente di volontà, ma come, dice Huber, una *differenziertes Gestaltungsgefüge*¹⁷⁵.

All'inizio della sua analisi Huber sottolineava il problema di quale costituzione, se quella concreta che emergeva nel Custode attraverso i concetti di policrazia, federalismo e pluralismo o quella positiva enunciata da Schmitt nel testo del '27, dovesse essere oggetto di una *Verfassungstheorie*¹⁷⁶. Quale Costituzione 'vale'? Quella concreta o quella enunciata nel documento costituzionale? Ovvero, diremmo noi, l'ordinamento concreto oppure la decisione? Qui stava, secondo Huber, il punto problematico e contraddittorio emergente nelle pagine della *Verfassungslehre*.

La decisione, osserva Huber, presuppone un soggetto capace di volontà e azione. Ciò significa che l'unità politica, la cui forma e il tipo deve essere definito attraverso la decisione costituzionale, è già esistente. La costituzione ha quindi, in quanti unità reale, un' esistenza che non è un puro dovere. Con questa definizione Schmitt rifiutava, in sostanza, ogni considerazione puramente normativa della Costituzione e anche le considerazioni dinamiche intorno al concetto di *Verfassung*. La Costituzione, in quanto decisione, si modifica solo per mezzo di un' altra decisione. Ma se si rifiutano le concezioni dinamiche, allora si dovrebbe presupporre che la costituzione sia qualcosa di duraturo. Essa non sarebbe perciò né volontà, né decisione, né un processo di nascita ma una situazione esistente a partire da un simile evento. Così, in effetti, viene considerata la costituzione da Schmitt quando dice che la costituzione nasce dalla decisione del soggetto del potere costituente: essa nasce dalla decisione ma non si identifica con la decisione stessa¹⁷⁷. La Costituzione non è qui evidenziata come decisione ma come la situazione che, attraverso la decisione, viene formata. Anche con questo chiarimento però la definizione di costituzione appare contraddittoria e in particolare con riferimento

175 R. MEHRING, *Aufstieg und Fall*, op. Cit., p. 267.

176 E. R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, op. Cit., p. 303.

177 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 69.

a ciò che Schmitt dice successivamente, ovvero che la Costituzione può nascere anche da un contratto¹⁷⁸. Questa è vista da Schmitt come una costituzione anche se non originata da una decisione.

La decisione, sottolinea Huber partendo proprio da ciò che dice Schmitt, non emerge come momento di nascita della Costituzione. La *Verfassungsgebung*, nel senso di Schmitt, sarebbe piuttosto una *Gesamtgestaltung* consapevole¹⁷⁹.

Proseguendo la sua analisi, Huber sottolinea come oggetto della processo costituente siano la forma e il tipo dell'unità politica. Da ciò emerge che il concetto positivo di costituzione è una sottospecie del concetto assoluto di Costituzione nel suo secondo significato, quello cioè secondo cui *Verfassung* è uguale a *Staatsform*. Ma se oggetto del concetto positivo della Costituzione è la forma dell'unità politica, e se l'unità politica è, sostanzialmente lo Stato, come si può distinguere il concetto assoluto di costituzione da quello positivo?

Che la Costituzione sia una decisione contraddice inoltre l'argomentazione di Schmitt contenuta ne *Il custode della Costituzione*, in cui parla di una concreta situazione costituzionale. Se la Costituzione fosse una decisione, non si potrebbe parlare di una simile situazione costituzionale poiché una decisione, che è definita in un' unica volta, non si può trovare in una situazione giacché questa definisce qualcosa di durevole e non un atto unico¹⁸⁰.

Se, infine, l'unità politica ha un'esistenza reale ed è già definita da principi formali elementari, allora questa unità si colloca sul piano di un' evoluzione storica che si compie indipendentemente da singole decisioni o dichiarazioni di volontà. C'è quindi una realtà costituzionale, e quindi giuridicamente definita, che non coincide necessariamente con una disposizione di volontà sulla forma dell'unità politica. Schmitt stesso, sottolinea Huber, ha chiarito la Costituzione in questi termini¹⁸¹ e lo ha fatto anche nella *Verfassungslehre*.

Riprendere l'interpretazione di Huber, ci è utile per sottolineare come alcune espressioni contenute nella Dottrina della Costituzione che farebbero pensare ad una fondazione di

178 Ivi, p. 90.

179 E.R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, op. Cit., p. 306.

180 E. R. HUBER, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, op. Cit., p. 308.

181 *Ibidem*.

un ordinamento giuridico a partire dalla decisione, siano in realtà in contrasto con altre e, più in generale, con il pensiero complessivo di Schmitt. Queste contraddizioni sono, a nostro avviso, il prodotto del tentativo, da parte del giurista tedesco, di dare una fondazione autentica alla costituzione, di origine hobbesiana, dello stato borghese di diritto e non un tentativo, da parte di Schmitt, di comprendere la genesi della costituzione degli ordinamenti in quanto tali.

A proposito del potere costituente è infine interessante sottolineare ciò che Schmitt sostiene ne *Il nomos della terra*. Due sono gli aspetti che emergono. In primo luogo, Schmitt sostiene che il fatto che la dottrina dei processi costitutivi e delle forme in cui il potere costituente si manifesta fa parte della problematica giuridica perchè "non c'è solo la legalità statale, ma anche il *diritto* pre-, extra-, e interstatale"¹⁸². Cosa vuol dire ciò? Vuol dire che, rispetto ad un' idea meramente positivista del diritto, il valore e il senso giuridico del potere costituente non si colloca sul piano della vuota legalità. Il diritto prestatatale è il diritto come ordinamento concreto che si costituisce prima e oltre il mero dato di un diritto come produzione di un' autorità. Comprendere che il diritto non si dà e non si riduce alla legge di un funzionalismo tecnicistico, vuol dire comprendere come il potere costituente si collochi pienamente all'interno di uno spazio giuridico determinato. Ma questo potere costituente non è quello che si colloca già all'interno della nascita dello stato moderno. Questo è infatti tutto interno ad un modo specifico di comprendere il diritto.

All' affermazione della sussistenza di diversi tipi di diritto, Schmitt aggiunge una nota in cui fa riferimento ad Hauriou e che ne chiarisce il senso e che riteniamo sia opportuno riportare per intero. Dice Schmitt: "L'esposizione moderna più significativa comprovante la necessità di tener presente i diversi tipi di diritto è quella di Hauriou. Ci sono giuristi che riconoscono come diritto in senso giuridico (*Als Recht im Rechtssinne*)- lo dice Sohm- solo il diritto legale dello Stato. Hauriou osserva «il loro errore consiste nel fatto che essi credono che esista un solo tipo di diritto: mentre ve ne sono perlomeno due, quello statale e quello prestatatale, e nel fatto che attribuiscono allo Stato un valore assoluto». Lo Stato è, secondo Hauriou, un' istituzione il cui diritto è circoscritto alla sfera interna e presuppone inoltre una normale situazione di pace. Nelle

¹⁸² C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 77.

relazioni extrastatali e durante i disordini interni allo Stato- in particolare nel corso di una guerra civile- c'è un diritto primitivo che non è però meno diritto di quello della legalità statale. Ogni costituzione statale si rifà a un diritto prestatale: non è quindi un *semplice dato di fatto*. Del resto *non è nemmeno lecito confondere le leggi costituzionali dello Stato moderno e il suo potere costituente con questi atti costituenti che risalgono al diritto di una libertà primitive*. Il *pouvoir constituant* negli stati moderni può essere già compreso nella legalità statale ed essere solo un tipo particolare di *pouvoir legislatif*¹⁸³.

Quindi, ci sono atti costituenti che si collocano all'interno dello spazio giuridico, intendendo per questo qualcosa che sta prima e si pone in maniera diversa rispetto all'idea di diritto della legalità statale. Non si tratta di atti puramente politici, appunto perchè sono atti costituenti, atti che si collocano sul piano della fondazione di nuovi ordinamenti. Da qui l'affermazione di Schmitt secondo cui, parlando del *nomos*, non ogni presa di possesso è *Nomos*¹⁸⁴. Non basta l'atto in sè dell'appropriazione per determinare la nascita di un nuovo ordinamento. Questo atto deve portare con sè una nuova forma giuridica, al di là della quale esso non è che pura violenza.

1.8 Lo stato di eccezione.

L'anno successivo alla pubblicazione del libro sulla dittatura, Schmitt pubblica quello che diventerà uno dei suoi scritti più famosi, e cioè *Teologia politica*. In esso l'autore cercava di chiarire, da un punto di vista di teoria giuridica, cosa voleva dire 'stato di eccezione'. Questo testo, insieme a quello sulla dittatura, sono ciò a partire dai quali è possibile comprendere in che senso Schmitt intenda lo stato di eccezione come centrale

183 *Ibidem.*. Schmitt fa riferimento a M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, op. Cit., pp. 284 ss.

184 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 72.

all'interno dello spazio giuridico.

Il senso di *Teologia politica*, diventa chiaro non appena venga posto in continuità con il libro sulla dittatura, e quindi con la separazione tra dittatura commissaria e sovrana, nonché con l'analisi che Schmitt fa dell'art. 48 come commistione tra queste due incompatibili modalità del potere dittatoriale.

Quando Schmitt dice 'Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione', intende fare due cose. In *primis*, dare una definizione strettamente giuridica della sovranità, definizione che, proprio in quanto giuridica, pertiene non al caso normale bensì al caso limite. Schmitt non intende qui dare una definizione generale della sovranità, ma di considerarla solo dal punto di vista giuridico. E se sovranità viene comunemente definita come un potere illimitato, ciò non può valere per la sua analisi dal punto di vista giuridico. Essendo che la forza non prova nulla per il diritto¹⁸⁵, la sovranità dovrà essere definita non come espressione di forza, ma di capacità di agire giuridicamente.

Si tratta quindi di una definizione giuridica della sovranità che fa leva sullo stato di eccezione "per una ragione sistematica, di logica giuridica"¹⁸⁶. Analizzata giuridicamente, la sovranità non può che avere a che fare con quel punto in cui, all'interno dello spazio giuridico, la norma non è più applicabile ed entra in gioco l'altro elemento giuridico, cioè la decisione. Giuridicamente, la sovranità non può essere definita come potere supremo, come "potere giuridicamente indipendente e non derivato"; come dice Schmitt nella realtà non esiste alcun potere "irresistibile e funzionante con la sicurezza della legge di natura"¹⁸⁷. Lo stato di eccezione diventa quindi il luogo in cui, all'interno del dato giuridico, è possibile cogliere il nocciolo della sovranità e quindi la strutturazione del potere interna allo Stato.

Individuare il luogo in cui la sovranità diventa immediatamente evidente come stato di eccezione, serve a Schmitt per mostrare come l'art. 48 possa essere compreso come un'attribuzione di sovranità, contrastando così il suo senso originario. La tutela della Costituzione e la sovranità dovrebbero essere funzioni distinte. In uno stato di diritto, dice Schmitt, in cui i poteri si bilanciano e controllano reciprocamente, il potere

185 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 44.

186 Ivi, p. 33.

187 Ivi, p. 44.

sovrano sull'eccezione viene sì preso da un solo organo, ma la compartecipazione degli altri mediante un sistema di collegamento e controllo, fa sì che l'illimitatezza di quel potere venga in qualche modo smorzata e spartita. Essendo che, giuridicamente non si dà alcun potere illimitato, il giuridico che agisce nella strutturazione del potere non può che comportare ad un equilibrio di poteri che nega l'accentramento in un solo punto.

Da questo punto di vista il potere attribuito al Presidente del *Reich*, secondo l'art. 48, non è e non deve essere concepito come un'attribuzione di sovranità, cosa che invece accade nel momento in cui viene meno il ruolo del Parlamento. Secondo l'art. 48 è il Presidente che dichiara lo stato di emergenza, ma sotto il controllo del parlamento che in ogni momento può chiderne la revoca¹⁸⁸. Sappiamo però quale fosse la situazione di instabilità del parlamento tedesco, e come fosse evidente la sua incapacità di adempiere alle sue funzioni di controllo. Venuto meno questo, ed è questo che Schmitt denuncia, il potere contenuto nell'art. 48 non era altro che un'attribuzione di sovranità.

189

Se il potere sull'eccezione non è soggetto a controlli, dice Schmitt, allora diventa immediatamente chiaro chi è il sovrano¹⁹⁰. Nel caso delle funzioni presidenziali ciò comportava che fosse il Presidente il vero sovrano dello Stato tedesco, cosa che contrastava con la sua funzione di tutela della costituzione. Questa commistione di funzioni, che Schmitt già denuncia nello scritto sulla dittatura criticando la funzione legislativa attribuita al Presidente, minava la costituzione e la possibilità di sopravvivenza dell'ordinamento giuridico weimariano.

Il potere del Presidente infatti, come custode della costituzione, come dittatore nel senso della dittatura commissaria, non poteva consistere in un potere sovrano del tipo di quello del principe secondo il principio monarchico¹⁹¹. Perchè ciò non accadesse sarebbe stato necessario stabilire giuridicamente le competenze attribuite per il caso di eccezione, mediante un controllo reciproco tra i diversi organi, per mezzo di una delimitazione temporale e infine con l'enumerazione delle competenze straordinarie¹⁹².

188 Ivi, p. 38.

189 *Ibidem*

190 *Ibidem*

191 C. SCHMITT, *Dittatura*, op. Cit., p. 275.

192 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 38.

Delimitare giuridicamente l'emergenza in cui versava lo Stato tedesco è lo scopo anche di questo scritto di Schmitt.

Lo stato di eccezione è l'emergenza giuridificata e riconosciuta; si tratta infatti non di caos o anarchia¹⁹³ ma di eccezione sempre riferita all'ambito normativo e normale e sempre collocabile all'interno di uno spazio mai separabile dal diritto.

Lo stato di eccezione è parte dell'ordinamento, ma non nel senso dell'ordinamento normativo, bensì nel senso di uno spazio giuridico che congloba in sé da un lato normalità e norma, dall'altro decisione ed eccezione. In questo senso, nel considerare lo stato di eccezione come giuridico, Schmitt può dire che in esso il diritto si sospende da sé¹⁹⁴ e che l'ordinamento giuridico si autosospinge¹⁹⁵.

Lo spazio giuridico quindi non si identifica e non si esaurisce nel dato normativo. Ciò pertiene alla sua stessa essenza. È Schmitt stesso che parlando di ciò che costituisce l'ordine nel senso giuridico, spiega come ogni atomo che lo costituisce ha una struttura interna che presuppone, già al suo interno, una situazione abnorme che si distingue dal quel diritto che deve valere per la situazione normale¹⁹⁶.

L'eccezione non è quindi esterna rispetto al giuridico, non è un presupposto 'politico' che ha una funzione fondativa: una volta sorto un ordinamento giuridico, l'eccezione ne costituisce il nocciolo interno¹⁹⁷. Essere ciò che permette di far venire alla luce il centro dello Stato¹⁹⁸, vuol dire costituire all'interno dell'ordinamento il punto in cui si comprende dove sta il centro problematico dell'intera costruzione giuridica.

L'eccezione è centro dell'ordinamento costituito, frutto di un'azione costitutiva precedente sulla base della quale si costruisce il senso della normalità. La normalità è costituita nel momento fondativo dell'ordinamento stesso, la decisione sull'eccezione invece è successiva e conseguente rispetto a quella decisione giuridica iniziale.

Decisa la normalità, costituito l'ordinamento normativo, l'eccezione è ciò che mette in luce cosa sia questa normalità, ciò che mette in evidenza come la normalità stessa sia

193 Ivi, p. 39.

194 Ivi, p. 40.

195 *Ibidem*

196 C. SCHMITT, *La dittatura del presidente del Reich*, op. Cit., p. 251.

197 C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*, op. Cit., p. 258.

198 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. Cit., p. 119.

sempre qualcosa di costituito e mai dato.

Se da un lato, Schmitt dice che ogni norma richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita¹⁹⁹, nondimeno egli intende questa normalità non in senso assoluto, e non come dato agiuridico, bensì si possono individuare diversi modi del concretizzarsi del normale. Se l'eccezione conferma la regola in modo sistematico²⁰⁰, questa regola non è qualcosa di dato in maniera assoluta. L'eccezione allora mostra il nocciolo dell'ordinamento giuridico in senso ampio, perchè mette in luce quella prima 'decisione' sulla normalità. Mentre il caso normale non mostra la normalità, la quale si fa evidente nel caso di eccezione; questo è più interessante perchè mette in luce quel primo strutturarsi del giuridico, su cui poi si fonderà l'ordinamento normativo stesso.

Nella realtà concreta, dice Schmitt, l'ordine e quindi ciò che deve essere concepito come strutturazione normale dei rapporti di vita, ciò che può essere visto come sicurezza pubblica si presentano in modo molto diverso a seconda che si tratti di una burocrazia militare, di un'amministrazione autonoma dominata dallo spirito borghese o un'organizzazione radicale di partito²⁰¹. La decisione sull'eccezione vuol dire mostrare cosa sia concepito come ordine e come sicurezza, laddove ciò rimanda appunto alla strutturazione della normalità. Allora l'eccezione, questa categoria di straordinaria portata demistificante²⁰², è il luogo in cui si mostra l'inconsistenza della normalità; non si tratta di qualcosa di distinto o presupposto ad essa, ma proprio il suo centro. Quando Schmitt dice che nell'eccezione, “la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita dalla ripetizione”²⁰³, mostra appunto come sia l'eccezione a rendere evidente la meccanica della normalità. Ed è la normalità ad essere fondativa rispetto all'eccezione. L'eccezione non è il dato primario, perché essa è sempre eccezione in rapporto a ciò che viene definito come normale²⁰⁴.

199 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 39.

200 C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*, op. Cit., p. 259.

201 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 36.

202 M. MARAVIGLIA, *La penultima guerra. Il concetto di 'Katéchon' nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Led, Milano, 2006.p. 35.

203 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 41.

204 Da qui la critica a coloro che reputano che l'eccezione costituisca il dato originario. Si veda ad esempio GUARESCHI M.- RAHOLA F., *Chi decide? Critica della ragione eccezionalista*, op. Cit., p. 53; C. GALLI, *Genealogia della politica*, op. Cit, dove si afferma la centralità strategica dell'eccezione rispetto all'ordine (p. 334). Ci sembra che tali interpretazioni non sottolineino il dato essenziale che

La normalità rispetto al giuridico non rappresenta un presupposto esterno, ma riguarda proprio la possibilità di costituzione di uno spazio giuridico, cioè pertiene alla sua efficacia immanente²⁰⁵. Ecco che, mediante l'eccezione, diventa evidente come la normalità non debba essere concepita come un dato assoluto e scontato. L'eccezione è legata indissolubilmente alla normalità. Laddove questa si struttura secondo il normativo, l'eccezione è normalità destrutturata, è normalità che mostra il suo volto. Normalità ed eccezione sono quindi le due faccie di una stessa medaglia. Entrambe collocantesi nello spazio giuridico, ed esaurendo insieme questo spazio, normalità ed eccezione hanno lo stesso 'contenuto'. L'eccezione non devia dalla normalità, ma è il cuore della normalità, quella parte di normalità che esce dalla meccanica del normativo.

Eccezione e normalità costituiscono insieme lo spazio giuridico. Con esse cioè viene a costituirsi quello che si definisce come ordinamento in senso ampio. Già in *Teologia politica* è presente l'idea che al di là del puramente normativo e al di là dello spazio di eccezione e di decisione, sia ravvisabile un spazio fondativo che rende possibili sia l'una che l'altra, idea che troverà il suo sviluppo compiuto ne *Il nomos della terra*.

Sussiste un ordinamento che si pone come superiore rispetto alla norma giuridica²⁰⁶, il cui senso diventa evidente nello stato di eccezione ma che non si esaurisce in esso.

Interessante a proposito dello stato di eccezione è, infine, quello che Schmitt sostiene ne *Il nomos della terra*. Qui, facendo riferimento alla costruzione inglese dello stato di eccezione, ovvero la *Martial Law*, Schmitt istituisce un collegamento tra il modo di concepire l'eccezione e l'idea di spazio libero propria dello *Jus Publicum Europaeum*²⁰⁷. L'immagine di un mare libero come spazio libero di azione ha con lo stato di eccezione alcuni aspetti fondamentali. *In primis*, l'idea che si tratti di uno spazio delimitato. Il concetto di libertà tipico del mare, come lo spazio proprio dello stato di eccezione, non deve prevedere sconfinamenti. In secondo luogo, all'interno di questo spazio l'azione si

l'eccezione è centrale rispetto alla norma, ma non fondativa rispetto alla normalità. L'eccezione è il centro dell'ordine, ma ciò che la fonda e costituisce è un modo specifico di intendere la normalità. E se l'eccezione non è un concetto autonomo rispetto a ciò di cui si fa eccezione, non lo è nemmeno rispetto a ciò che costituisce di essa, il fondamento comune, l'idea di normalità.

205 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 39.

206 Ivi, p. 39.

207 C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, op. Cit., p. 100.

fa libera dai vincoli giuridici che valgono al di là dei suoi confini. In terzo luogo, si tratta di uno spazio che trova il suo senso, la sua ragione, il suo limite, a partire da un ordinamento più ampio che lo sovrasta e solo a partire dal quale esso si costituisce. Non c'è un mare 'libero', senza il rapporto fondante con la terra. Non c'è stato di eccezione senza stato di normalità.

1.9 La decisione come elemento giuridico.

Lo stato di eccezione si distingue dal caos giuridico non solo perchè esso presuppone un ordinamento ma perchè in esso si mostra qualcosa di eminentemente giuridico, cioè qualcosa che fa parte del diritto come suo elemento proprio, cioè la decisione.

La decisione è decisione giuridica²⁰⁸ e lo è innanzitutto nel senso della sua espressione come decisione giudiziaria²⁰⁹.

È Schmitt stesso che collega le successive analisi sulla decisione a quel primo studio che aveva ad oggetto il problema della giustizia della decisione giudiziaria. Egli sottolinea infatti nella prefazione a *La dittatura* come già in esso emergesse il valore giuridico della decisione, valore che diventa evidente ogni volta che si pone il problema

208 Hoffmann distingue invece la decisione giuridica giudiziaria da quella che egli definisce come decisione politica, sviluppata, a suo dire, negli scritti successivi. In ID., *Legittimità contro legalità*, op. Cit., p. 57.

209 Sul tema, per quanto riguarda il panorama italiano, si veda V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano, 1995, nel quale viene sottolineato come il rapporto tra scrittura e lettura della legge sia un rapporto di tipo dialettico (p. 49) in cui entrambi gli elementi si condizionano e influenzano reciprocamente. Viene inoltre sottolineata l'inconsistenza della posizione secondo cui il giudice opererebbe, nelle sue decisioni, mediante una sussunzione di tipo logico (p. 73). L'interprete, al contrario, agisce come un demiurgo (p.74), la cui funzione ordinatrice è anche, e per questo, creatrice. La legge è legge, sostiene Frosini, "non già come viene formulata dal legislatore, ma come viene letta dal giudice" (p. 99). Appare inoltre interessante sottolineare come per l'autore, il primo passo che deve compiere l'interprete sia quello di collocarsi in una prospettiva ordinamentale, quella segnata dalle linee direttive indicate dai principi generali dell'ordinamento vigente (p.100).

del passaggio dalla teoria alla prassi giuridica²¹⁰. In *Gesetz und Urteil* il tema portante era quindi quello della realizzazione del diritto, problema che si mostrava essenzialmente come problema del giusto modo di intendere il senso giuridico della decisione giudiziaria²¹¹ al di là della norma.

Già qui Schmitt era giunto alla conclusione che se la legge è inevitabilmente lacunosa, il diritto, al contrario, è completo²¹². Anche qui Schmitt si scagliava contro l'idea che il diritto positivo rappresentasse la globalità del diritto e che l'applicazione di esso fosse riducibile ad una sussunzione logica da una norma generale e astratta. Il tema problematico consisteva nel problema del diritto e della sua realizzazione, e quindi del passaggio dal piano della generalità a quello della concretezza.

Si poneva il problema di come fossero giustificabili quei casi, definiti come casi di eccezione²¹³, in cui la prassi giuridica deviava dal diritto vigente. Poteva la decisione giudiziaria che deviava dal diritto vigente, essere giusta a prescindere dal suo non essere completamente *gesetzmäßig*²¹⁴?

Tutto ciò ci serve per comprendere sia ciò che Schmitt intende per forma giuridica, concetto che si trova delineato, seppur in maniera non molto chiara, in *Teologia politica*. La decisione appare qui come un elemento essenziale di ciò che può

210 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 13.

211 Sul tema dell'interpretazione della legge si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (a c. di) G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971. L'interpretazione che riguarda il diritto, a differenza di altri tipi di interpretazione, deve andare oltre la mera ricognizione teorica e ciò „sia per rendere il precetto *assimilabile dalla vita*, sia per sottoporre il fatto a una diagnosi giuridica“ (p. 94). Un momento essenziale dell'interpretazione è quindi anche quello che Betti definisce come “riproduttivo o rappresentativo” che coincide con la necessità, nell'interpretazione, di raffigurarsi le conseguenze pratiche. Nell'interpretazione giuridica, il giurista non deve quindi rievocare il significato originario della norma, il suo senso primitivo, perché essa si trasforma *nella vita sociale* (p. 96).

212 C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, op. Cit., p. 16.

213 Ivi, p. 39.

214 Sulla critica all'assunto della completezza dell'ordinamento giuridico e, di conseguenza, all'idea di una decisione giudiziaria possa essere sempre definibile come *gesetzmäßige* si veda R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995. L'attività di interpretazione non è, come vorrebbe la teoria 'formalistica', un'attività di pura conoscenza di norme dalle quali interamente dipenderebbe (p.18). L'interpretazione, sottolinea l'autore, è un'attività “valutativa e decisoria” (p. 19). Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico è privo di fondamento. Chi lo difende, facendo solitamente appello all'idea della sussistenza in ogni ordinamento di una norma generale di contenuto negativo secondo cui “tutto ciò che non è vietato è permesso”, incorre in una contraddizione. Contraddizione che diventa palese non appena si tiene conto del diverso senso che, giuridicamente, può essere attribuito all'idea di “permesso”. Se in un senso forte, permesso è ciò che una norma definisce come tale, in senso debole, permessa è quella condotta che nessuna norma qualifica come vietata. In questo secondo senso il 'permesso' allude all'assenza di una norma. Ora, dice l'autore, “la mancanza di una regola costituisce precisamente una lacuna” (p. 22).

essere inteso come forma giuridica. La decisione non è un elemento estrinseco alla forma, ma è specificamente interno ad essa.

In *Teologia politica* Schmitt riprende le sue precedenti argomentazioni sulla decisione e le applica alla nuova analisi. La forma giuridica “è dominata dall'idea di diritto e dalla necessità di applicare un principio giuridico ad una concreta situazione di fatto, è cioè dominata dal problema della realizzazione del diritto in senso ampio”²¹⁵. La forma giuridica cioè non è collocabile sul piano della mera astrattezza, ma è forma che si costituisce come ciò che ingloba in sé astratto e concreto, principio giuridico e sua realizzazione.

È qui che la decisione si mostra come elemento specifico del diritto. Infatti ogni pensiero giuridico “traspone l'idea giuridica, che nella sua purezza non diventa mai realtà, in un altro aggregato concettuale e aggiunge un momento che non può essere fatto derivare né dal contenuto dell'idea giuridica né, nel caso di impiego di una qualsiasi norma giuridica generale positiva, dal contenuto di quest'ultima”²¹⁶. Si vede qui come il punto di partenza di Schmitt sia l'osservazione di ciò che si realizza all'interno della decisione giudiziaria. La conclusione giuridica non è deducibile fino in fondo dalle sue premesse²¹⁷. Ma non solo.

Ciò che Schmitt, per mezzo di questa riflessione, vuole mostrare è che sempre il passaggio tra l'astrattezza della norma alla realizzazione concreta necessita di un ulteriore momento, quello appunto che si identifica con la decisione. Il passaggio tra idea giuridica e diritto concretamente realizzato non avviene senza l'intermediazione di quel momento.

Decisione giuridica e idea giuridica costituiscono insieme la forma giuridica. Nella esplicitazione concettuale del contenuto giuridico, la decisione appare come elemento proprio, accanto all'idea di norma, e alla conclusione giuridica, di ogni percezione giuridica. La decisione giuridica e la sua esplicitazione fa parte quindi di un'analisi eminentemente formale del fenomeno giuridico. Formalità, non significa quindi nell'ambito del giuridico vuotezza aprioristica, ma strutturazione del contenuto, forma

215 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 53.

216 Ivi, p. 55.

217 *Ibidem*.

appunto 'sostanziale'²¹⁸. Alla strutturazione del contenuto pertiene quindi la decisione come momento di trasformazione dell'idea giuridica. La decisione giuridica è ciò che permette all'idea di concretizzarsi nella realtà, è ciò che fa sì che il diritto non sia solo astrazione ma anche e soprattutto concretizzazione. Non è infatti per Schmitt possibile scindere il problema del diritto da quello della sua realizzazione, come per dire, non c'è diritto che non sia anche potenzialmente realizzabile e applicabile.

La decisione si mostra come essenziale non solo nel passaggio tra norma e conclusione giuridica come risultato di una sentenza, ma anche in un altro momento, cioè quello del passaggio tra principio giuridico e norma. Quello che qui viene definito come 'principio giuridico' non può che essere interpretato, facendo appello a ciò che Schmitt dice nelle pagine precedenti di *Teologia politica*, come qualcosa di interno all'ordinamento, il principio secondo cui si struttura l'ordinamento stesso e che permette di definire da un lato la situazione di normalità, dall'altro la situazione di eccezione. Il principio giuridico, nel momento in cui necessita di essere trasposto all'interno di una norma, implica una decisione. La decisione è ciò che si colloca quindi come momento essenziale nel processo di passaggio dal concreto all'astratto e dall'astratto al concreto.

La decisione non implica in Schmitt un'identificazione di personalità e comando²¹⁹, altrimenti non si spiegherebbe dove si collochi la critica al positivismo giuridico. La decisione giuridicamente intesa non è comando, e in quanto comando, essa non sarebbe creatrice di diritto²²⁰. La decisione come passaggio dal principio giuridico alla norma è decisione di un' *auctoritatis interpositio*²²¹; essa non pone, non è originaria, ma è il

218 Ivi, p. 48.

219 Ivi, p. 54.

220 Viste queste considerazioni, le critiche di Löwith alla teoria schmittiana della decisione ci paiono non condivisibili. Secondo Löwith infatti per Schmitt l'unica cosa importante sarebbe garantire l'anormale diritto della decisione. E ciò indipendentemente dal contenuto di quella decisione. Il "decisionismo profano di Schmitt" diventa, in tal senso, "necessariamente occasionale" (p. 131) La sua decisione, prosegue Löwith, è campata in aria perchè non sostenuta da altro che da se stessa (...) è essenziale l'occasionalismo, sia pure in forma non romantica e decisionistica (p. 133). In K. LÖWITH, *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, (tit. or. *Politischer Dezisionismus*, pubblicato nel 1935 con lo pseudonimo di H. Fiala e poi ripubblicato col titolo *Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt* nel 1960), in ID., *Marx, Weber, Schmitt*, trad. it. E. Brissa, A. Kunkler-Giavotto, A.M. Pozzan, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 125-166. per una critica a Löwith su ciò si veda Kervégan: "Schmitt n'affirme pas que la décision est immotivée, mais seulement qu'elle est irréductible à une rationalité normative. Son décisionnisme peut alors être appréhendé comme une forme, sans doute paradoxale, de la rationalité juridique". In J. F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. La politique entre spéculation et positivité*, PUF, Paris, 1992, p. 129.

221 Ivi, p. 55.

mezzo di passaggio tra idea giuridica e norma. Ecco che se la decisione è nata da un nulla lo è solo dal punto di vista normativo²²². Anche qui la decisione si colloca sul piano della questione della realizzazione del diritto. Se essa realizza il diritto vuol dire che il diritto si colloca *prima* della decisione. Non ogni decisione dell'autorità è decisione *giuridica*. Non ogni decisione dell'autorità è in quanto tale 'diritto', ma solo quella che mira a realizzare il diritto che la precede. Fare di Schmitt un pensatore che riconduce la creazione del diritto in quanto tale alla decisione, significa non riconoscere questi passaggi essenziali e vuol dire non rendere conto del modo in cui si struttura e si esplica la critica schmittiana al positivismo giuridico. Se il diritto si riducesse a decisione in che modo la critica al positivismo potrebbe essere inserita nella riflessione del giurista tedesco?

In questa prospettiva diventa chiara la critica che Schmitt fa di Hobbes nei passaggi successivi. Hobbes, focalizzandosi interamente sulla 'decisione concreta', propone un'idea di forma che ruota tutta intorno a questo elemento. La forma di Hobbes consiste nella decisione²²³. Ciò contrasta evidentemente con quanto assunto da Schmitt come senso proprio della forma giuridica. Egli, dice il giurista tedesco, "non è pienamente consapevole che esista una realtà e una vitalità giuridica che non è necessariamente la stessa cosa della realtà delle scienze naturali"²²⁴.

Così la forma giuridica appare come diritto che si realizza. L'ordinamento, intendendo per esso il concreto portatore di un principio giuridico mediante la decisione si trasforma in norma. Questa a sua volta per mezzo di una decisione si realizza nell'ordinamento. Il senso specifico della decisione è quello di permettere al diritto di realizzarsi.

In questo contesto si dà una decisione giuridica come decisione fondativa che si colloca prima dell'ordinamento solo nel momento di nascita dello Stato moderno. È qui che si realizza una completa rottura rispetto all'ordinamento precedente. La decisione non è, in quanto tale fondativa, ma lo è solo nello specifico caso dello Stato moderno e della sua storia. Essa ha rappresentato una decisione nel senso giuridico, una decisione di diritto

222 Ivi, p. 56.

223 Ivi, p. 58.

224 *Ibidem*

pubblico²²⁵, nel senso che mirava a realizzare il diritto attraverso la formalizzazione del conflitto politico concretamente espresso dalle guerre di religione. Non ogni ordinamento nasce da una decisione, ma solo l'ordinamento Stato²²⁶. Originaria rispetto all' ordinamento Stato è quindi la decisione.

Non ogni decisione dello Stato è fondativa di un nuovo ordinamento, ma solo quella iniziale in base alla quale un territorio si costituisce come Stato. Si tratta quindi dell' atto di nascita di un nuovo ordinamento, si tratta della nascita dello Stato assoluto e del superamento delle guerre di religione e dello Stato cetuale. In questo senso, il pensiero decisionistico ha il suo senso solo nel momento in cui si tratta di porre un collegamento positivo ad un determinato momento storico, nel quale "da un precedente nulla in quanto alle norme e ad un nulla in quanto ad un ordinamento, scaturisce la legge positiva"²²⁷.

Non solo non ogni decisione statale è decisione giuridica nel senso della nascita di un nuovo ordinamento, ma anzi, con il passaggio alla fondazione dello Stato da parte del popolo viene perso l'elemento decisionistico-personalistico che il concetto di sovranità aveva fin lì avuto²²⁸. Come vedremo meglio quando si tratterà di discutere della sovranità come elemento propriamente ordinamentale si vedrà che, proprio per questo, essa non si costituisce come strumento di fondazione di nuovi ordinamenti. L'unico momento in cui la sovranità ha rappresentato un momento di costituzione si realizza non in quanto venisse semplicemente compiuta una decisione, ma per il fatto che questa decisione fosse veramente una decisione di tipo giuridico, mirante al superamento dei conflitti religiosi, mirante cioè alla regolamentazione del politico.

Non le decisioni politiche hanno la capacità di fondare nuovi ordinamenti, ma solo le decisioni 'giuridiche'. Ciò risulta particolarmente evidente laddove si osserva il modo in cui Schmitt individua i punti di snodo delle vere rivoluzioni. La nascita dello Stato moderno è stata una rivoluzione in senso giuridico. L'occupazione di nuovi territori è stata una rivoluzione *in senso giuridico*. Il passaggio alla vita sedentaria lo è stata. La

225 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 76.

226 In effetti negli scritti successivi Schmitt mostra come l'ordinamento in sé originariamente nasca a partire da una *Landnahme*.

227 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 272.

228 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 71.

rivoluzione è là dove si istituiscono cambiamenti sul piano dell'ordinamento concreto. L'ultima rivoluzione, quella della tecnica, segna una trasformazione essenziale: essa è una rivoluzione distruttrice e non creatrice. Anch'essa si dà sul piano del diritto ma come semplice distruzione dell'ordinamento.

Ma torniamo alla forma giuridica e al modo in cui il discorso su di essa si espliciti anche in rapporto allo stato di eccezione. La forma giuridica di ogni singola e individuale percezione giuridica si sposta su di un piano più ampio non appena si passa ad una considerazione sull'ordinamento giuridico come totalità. Anche l'ordinamento giuridico inteso come complesso di norme astratte necessita di una realizzazione e applicazione. Nella trasposizione giuridica dalla singola forma nell'ordinamento giuridico complessivo si mostra come la decisione, momento specifico di ogni percezione giuridica, si riveli essere momento essenziale della concretizzazione dell'ordinamento, nel doppio senso della sua fondazione e della sua conservazione. La decisione giuridica, momento successivo dell'idea espressa come ordinamento giuridico, può diventare decisione di sospensione dell'ordinamento stesso, proprio in virtù di quella conclusione giuridica che vuol dire conservazione dell'ordinamento stesso. La decisione sull'eccezione è essa stessa parte della forma giuridica. La conclusione sarà la preservazione di quella norma astratta intesa come momento 'iniziale' del procedimento giuridico stesso.

Nella sospensione dell'ordinamento giuridico, e quindi dell'insieme delle norme astratte, permane ancora lo sfondo di quella forma, la sua possibilità, ovvero la possibilità che quel contenuto giuridico non vada perso. Questa possibilità si inserisce all'interno dell'idea di ordinamento. Il senso dell'ordinamento si realizza come spazio della conclusione giuridica, ovvero come il luogo aperto di realizzazione del diritto. Per questo Schmitt afferma, in *Teologia politica*, che ciò che permette all'ordinamento giuridico di sospendersi è l'ordinamento concreto che permane. Anche questo ordinamento concreto diventa, nella prospettiva schmittiana, luogo specifico del diritto, elemento specificamente giuridico. In quanto diritto implica sempre l'idea della sua realizzazione il luogo della sua applicazione, l'ordinamento concreto, è parte del diritto stesso e della forma giuridica che lo concettualizza.

Dalla forma giuridica singola, quindi, si deducono decisione e conclusione giuridica,

come concretizzazione nello spazio empirico, in un movimento discendente dall'astratto al concreto. Nel momento in cui viene richiesta una decisione conservativa ciò che permette la conservazione è il procedimento inverso, l'esistenza di uno spazio di concretizzazione giuridica, un ordinamento che, mediante la sospensione della norma, la conserva in sé come momento costitutivo.

Sembra quindi sussistere una relazione dialettica circolare di norma, decisione e ordinamento, un complesso di elementi che insieme danno origine alla forma giuridica in senso proprio. La dinamica che lega questi elementi interni al diritto stesso, alla complessità del giuridico sono ciò che permette di stabilire quel rapporto tra eccezione e normalità. Spazio di normalità e spazio di eccezione sono legati così come norma e decisione.

Se la decisione è ciò che concretizza la norma, l'eccezione della normalità ovvero lo spazio in cui la normalità può concretizzarsi, entrambe racchiuse nello spazio del giuridico. Così come non sussiste norma che non implichi immediatamente la decisione giuridica, così come non si dà una forma giuridica che non sia insieme norma e decisione, così la normalità richiede l'eccezione. Spazio di normalità e spazio di eccezione, come luoghi del giuridico, 'agiscono' sull'ordinamento e nell'ordinamento che diventa il luogo di possibilità della loro concretizzazione come compresenza di entrambi questi elementi.

L'interesse di Schmitt nei confronti di una chiara delimitazione del concetto di forma giuridica si muove in direzione della constatazione della perdita di senso che il diritto incontra in un'epoca in cui a dominare è una forma di tipo eminentemente tecnico. Il diritto che diventa tecnica non è più diritto perchè perde la sua forma. La forma tecnica, a differenza di quella giuridica, "significa una precisazione che è dominata da punti di vista dipendenti dagli scopi scelti"²²⁹. Ed è questa forma a dominare nello Stato amministrativo ed è, a partire da qui, che si articola la critica di Schmitt al positivismo giuridico.

229 Ivi, p. 53.

2. Norma giuridica e legge positiva.

2.1 Lo Stato come amministrazione.

I problemi che Schmitt intendeva affrontare mediante la sua analisi sullo stato di eccezione e sul tipo di potere che lo riguarda sono riconducibili a tre questioni. Innanzitutto egli intendeva affermare l'esistenza di un potere di tutela costituzionale che fosse in grado di far fronte ad una situazione di emergenza che, nel caso della Germania, riguardava esplicitamente questioni di carattere economico-finanziario.

In secondo luogo egli intendeva porre l'accento sul tipo di azione che una simile situazione comportava, mostrando quali fossero i caratteri specifici che la definivano. L'azione all'interno dello stato di eccezione è innanzitutto un'azione avente il carattere della pura fattualità. Ma non solo. L'azione nell'eccezione era un'azione, sì puramente fattuale, ma i cui scopi erano espressi all'interno della costituzione. L'azione puramente fattuale era quindi vincolata al ripristino di una situazione in cui ciò che la costituzione affermava potesse avere di nuovo valore.

In terzo luogo, Schmitt, nel suo tentativo di costituzionalizzare l'eccezione, intendeva mostrare come un'azione puramente fattuale, svincolata da scopi specificamente giuridici, significasse l'esplosione di un tipo di potere il cui carattere eminentemente amministrativo comportasse uno svincolamento dal diritto e quindi una politicizzazione totale.

L'azione all'interno dell'eccezione è un'azione di tipo amministrativo²³⁰. I suoi strumenti specifici erano i provvedimenti (*Maßnahme*). Schmitt, distinguendo radicalmente legge e *Maßnahme* intendeva affermare l'incompatibilità tra due funzioni statali distinte. La

230 Sull'art. 48 e sul suo significato dal punto di vista dell'amministrazione si veda E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Kohlhammer, 1938, p. 14.

'misura' non ha forma giuridica²³¹.

Lo sviluppo dell'amministrazione e del suo modo di azione specifico, sviluppo non costituzionalizzato, significava l'estensione di un tipo di potere la cui tecnicità e il cui mancato vincolo giuridico comportavano un'intensa politicizzazione di tutti gli ambiti della vita. Il dominio "di un modo di procedere interessato unicamente a conseguire un risultato concreto"²³², che però non ha limitazioni nè trova spazio all'interno della costituzione, significa il dominio di un potere che è tanto più politico quanto meno vincolato giuridicamente. Ma cosa significa qui 'politico' e come si collega questo significato agli altri sensi con cui Schmitt utilizza il termine?

Lo sfondo comune che appartiene all'idea del politico nelle molteplici accezioni con cui Schmitt lo usa, è quello del rimando alla conflittualità concreta, alla violenza come possibilità reale. Cosa ciò possa aver a che fare con l'amministrativizzazione si spiega chiarendo un punto essenziale. Se politico rimanda alla conflittualità, questa conflittualità si realizza in modo diverso a seconda del modo in cui il diritto agisce su di essa. C'è il politico che si colloca sul piano della mera fattualità, il politico non giuridificato, e il politico che si colloca sul piano dell'ordinamento concreto, il politico su cui il diritto ha impresso la sua forma. In questo secondo senso Schmitt parla della

231 Su ciò si veda l'analisi sul concetto di *Maßnahme* contenuta in P. NAPOLI, *Misura di polizia. Una prospettiva storico-concettuale in età moderna*, in "Quaderni storici", n.2, 2009. Napoli constata un mutamento di significato del termine 'misura' a partire dalla modernità. Nella prassi di governo che caratterizza gli stati territoriali dell'epoca moderna XVI-XVIII, "la misura si trasforma in strumento di potere. O per essere più esatti la misura si fa dispositivo, diviene un mezzo che, come tutti i mezzi, si lascia 'prendere'" (p. 529). Essa diventa lo strumento privilegiato con cui si governa una situazione di disordine. La misura, risulta in questa analisi, "come espressione di un atto enunciativo- lo *juris dicere* tende ora a essere sostituita da una misura il cui scopo è invece sottomettere la realtà con un atto di volontà" (p. 529). Essa opera "come disciplina globale che s'impone sugli oggetti dall'esterno, per riapparire altrove come regola appropriata a una situazione determinata". "Misurare" coinciderà con "l'espressione di un'opera costitutiva dell'ordine, ma anche di un atteggiamento in qualche modo maieutico e apofantico di quell'ordine stesso; nel primo caso la misura si distacca dal reale, nel secondo tende invece ad aderirvi. Che sia imperativa, costitutiva o dichiarativa, la misura ricopre una missione di governo e, in quanto tale, è destinata a introdurre una novità capitale nei modi di esercizio di potere" (p. 530). Quanto alla modalità di funzionamento, la misura conferma qui la sua vocazione a controllare le situazioni normali come le straordinarie per poi divenire il correlato normativo della legge, che avrebbe condotto, nel XIX e all'inizio del XX secolo all'affermazione di un antagonismo concettuale tra *Massnahme* (misura) e *Gesetz* (legge). Dopo la seconda guerra mondiale, ad opera di Forsthoff, questo antagonismo si stempera nel compromesso di una "formula felice, *Massnahmengesetz* (legge-misura)", "risorsa normativa preziosa delle politiche espansive di *welfare* che accompagna la ricostruzione post-bellica" (p. 531). Si veda su quest'ultimo argomento E. FORSTHOFF, *Le leggi-provvedimento*, (1955), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, (tit. or *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), (a c. di) C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 101-128.

232C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 10.

nascita dello Stato moderno e dello *jus publicum europeum*. Rispetto al problema del politico, la prestazione della statualità è stata, all'origine, quella di tentare di dare una forma al politico. Ciò si è concretizzato, sostanzialmente, nella neutralizzazione del politico all'interno e nella formalizzazione della sua espressione all'esterno. La politica interna diventava così polizia, la politica estera era invece governata dallo *jus publicum europeum*, quell'ordinamento che si era dimostrato capace di mettere la guerra 'in forma'.

La ragione della fine di questo ordinamento complessivo e quindi della formalizzazione del politico che esso portava con sé, sta, come abbiamo visto, nel modo stesso in cui lo Stato è nato e si è sviluppato: la neutralizzazione si è sviluppata essenzialmente come razionalizzazione e tecnicizzazione. La tecnica però, come mostreremo, non è capace di forma giuridica ed è proprio qui che il politico, in quanto non formalizzato, 'ritorna' per così dire a svilupparsi sul piano della mera fattualità. In questo senso Schmitt parla dello Stato totale come spazio di politicizzazione. In quest'ottica è possibile spiegare il perché l'azione amministrativa diventi un' azione politica, un'azione che implica un accrescimento dell'intensità del politico.

L'azione amministrativa diventa uno strumento di intensificazione del politico, della possibilità del conflitto, perché essa rappresenta l' espressione di un potere non vincolato giuridicamente, un potere cioè che non ha fondamento sul piano degli ordinamenti concreti, privo del rimando ad una dimensione giuridica stabile e riconosciuta. La discrezionalità dell'azione amministrativa e il suo non essere vincolata ad uno scopo più alto che non il perseguimento dell'obiettivo individuale e particolare per cui è stata creata, è ciò che fornisce il fondamento per una politicizzazione incontrollata. L'azione amministrativa necessita di una limitazione senza la quale essa è puro dispotismo.

Politico quindi, nel senso utilizzato in riferimento allo Stato amministrativo e totale, si identifica con la discrezionalità di un' azione svincolata da fini giuridici, di un'azione di un potere giuridicamente infondato e, proprio per questo, non solo incapace di arginare il conflitto ma strumento della sua intensificazione.

Il problema che si pone con lo Stato totale è tutto interno alla natura dell'

amministrazione e al suo specifico modo di funzionamento²³³. Essa, per natura, si colloca al di là dei limiti della semplice legge. Il porsi al di là dei limiti della legge non costituisce un problema se lo spazio al di là della legge è uno spazio che si colloca su un piano giuridico. Nel caso della dittatura questo piano è quello della costituzione, intesa come ordinamento concreto. Ma nel momento in cui l'azione dell'amministrazione è totalmente svincolata dal piano giuridico-costituzionale, il suo porsi al di là dei limiti della legge significa l'attestazione di un potere fondamentalmente illimitato²³⁴.

La mancata comprensione del problema interno all'amministrazione ha come sua origine teorica la dottrina rousseauiana della sovranità.

In essa l'esecutivo viene posto in una posizione di subalternità rispetto al legislativo. In questo modo, secondo Schmitt, viene persa la consapevolezza del fatto che l'amministrazione è più che mera esecuzione di determinazioni costituzionali²³⁵, essa non si riduce cioè all'esecuzione della legge. Anche da un punto di vista storico, sottolinea il giurista tedesco, non si dà prima la legislazione e poi l'esecuzione.

233 Sul tema dello Stato amministrativo appare necessario fare un riferimento a quanto sostiene E. Forsthoff. Come per il suo maestro, anche per Forsthoff la *Vergesellschaftung* dello Stato e la complementare *Verstaatlichung* della società coincideva con la fine stessa dello Stato (in FORSTHOFF E., *Einführung*, in STEIN L. VON, *Gesellschaft- Staat-Recht*, Ullstein, Frankfurt/Main, Berlin, Wien, 1972, pp. 7-20, p.20). Nella sua introduzione al *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Forsthoff parte dalla constatazione che l'amministrazione assume, con la sua massiccia estensione, un significato tale da intaccare ciò che viene concepito come costituzione (*Verfassung*) (p. V). Il problema era dovuto al fatto che le funzioni amministrative si erano estese anche in quegli spazi che prima erano lasciati all'autonomia privata e sui quali si fondava lo stesso stato di diritto. Di fronte all'estensione dello Stato sulla sfera privata veniva quindi intaccata quella costruzione liberale sulla quale *Verfassung* e *Verwaltung* acquisivano il loro senso e il loro limite (pp. 9-11 e 47). I compiti dello Stato, sottolinea Forsthoff, vanno ben al di là dell'emanazione di norme generali, ben al di là quindi di ciò che veniva posto come presupposto dello stato di diritto. L'intenzione del giurista era, a questo proposito, quella di riformulare un'idea di stato di diritto che prevedesse, al suo interno, le nuove funzioni statali. Si trattava di un problema di corretta costituzionalizzazione dello Stato sociale. Delineando i caratteri del problema che intendeva affrontare, Forsthoff metteva in luce come a partire dalla prima guerra mondiale non ci fosse più stato alcun tentativo "di una concezione sistematica dello Stato sociale. Al contrario, egli mostrava, "il suo processo di costruzione (...) si realizza sotto la pressione delle circostanze provocate volta a volta da situazioni difficili e di emergenza (...) Ogni azione si riferisce ad una situazione concreta, ad una necessità, ed è destinata a rimediare a questo stato di emergenza" (In FORSTHOFF E., *Il problema politico dell'autorità*, (1955), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, (tit. or *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), (a c. di) C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 129-144). Lo Stato amministrativo si mostrava qui nei caratteri chiariti da Schmitt come Stato che agisce a partire da strumenti tipicamente amministrativi, privi di finalità ordinarie perché non fondati a partire da un'analisi della situazione concreta. Lo Stato amministrativo è uno Stato continuamente in emergenza e in cui l'eccezione diventa la regola; esso cioè non ha più contorni fissi, né limiti (pp. 141-142).

234 C. SCHMITT, *Diktatur und Belagerungszustand*, op. Cit., p. 12.

235 Ivi, p. 17.

L'esecuzione è originaria rispetto alla legislazione; essa non nasce come esecuzione di una legge, ma come esecuzione *tout court*. Solo quando i numerosi provvedimenti di tipo amministrativo acquisirono un carattere generale e si stabilì un'idea di norma avente il carattere della generalità, si poté immaginare un organo come quello legislativo²³⁶. Da questo punto di vista si può considerare l'amministrazione come la situazione originaria, l'*Urzustand*²³⁷. L'esecutivo non può dipendere interamente dal legislativo. L'aver stabilito la dipendenza dell'uno dall'altro²³⁸ comporta, da parte di Rousseau, il non aver compreso qualcosa di essenziale alla natura stessa dell'esecuzione.

Come avevamo visto nel capitolo precedente parlando di Mably e della sua esecutivizzazione del legislativo, anche in Rousseau si assiste ad un procedimento analogo che mostrerebbe come si istituisca lo sviluppo verso l'amministrativizzazione totale dello Stato. A differenza di Montesquieu, nella costruzione statale di Rousseau, non si danno mediazioni²³⁹, ma solo rapporti 'immediati' di tipo commissario. Non solo nel rapporto tra principe e popolo il primo rappresenta un commissario, ma anche governo e amministrazione agiscono come commissari. Ciò significa che lo Stato si trasforma in un complesso di funzioni commissarie²⁴⁰.

Abbiamo visto in che modo il concetto di commissione agisca come strumento tipicamente amministrativo di gestione del potere. Ma la burocratizzazione²⁴¹ non si realizza solo su questo piano. In Rousseau emerge un elemento ulteriore di sviluppo del piano amministrativo, e cioè quello che fa coincidere la *volonté generale* con la ragione²⁴². Se la volontà generale è 'ragione' essa non contempla, in quanto contraria alla sua natura, né eccezioni né casi singoli. Qualunque espressione della *volonté generale* è, in questo senso, immediatamente diritto, indipendentemente da ciò che essa esprime, dal

236 *Ibidem*.

237 *Ivi*, p. 19.

238 Si veda J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, op. Cit., pp. 80 ss.

239 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 150.

240 *Ivi*, p. 161.

241 Sull'idea di burocratizzazione e sul suo sviluppo nella modernità si veda M. WEBER, *Parlamento e governo....*, Qui l'autore parla della *burocratizzazione universale* come destino della modernità, distinguendo la burocrazia moderna dalle forme precedenti per la specializzazione e l'istruzione professionale di carattere razionale. Egli distingue inoltre la burocrazia dagli altri fattori storici del moderno orientamento razionale, "per la sua, di gran lunga maggiore, *indispensabilità*". Con la sua specializzazione del lavoro professionale, la sua delimitazione delle competenze, i suoi regolamenti la macchina burocratica non è altro che "spirito rappreso".

242 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 153.

suo contenuto. È nella sua stessa essenza, spiega Schmitt, la capacità di rendere qualunque ordine (*Befehl*) puramente fattuale una norma giuridica. Qualunque ordine della *volonté generale* diventa legge. Questa cioè può avere qualunque contenuto, indipendentemente dal fatto che esso sia generale o meno. La legge non è più definibile mediante il carattere della generalità; essa è il prodotto di un' operazione di astrazione dal piano della mera fattualità.

Il contenuto della legge non è più qualcosa di generale ma qualcosa di astratto. La legge, sottolinea Schmitt, è universale al pari del *dictamen rationis*, una *loi de raison*²⁴³. Il legislativo si trasforma in un meccanismo di razionalizzazione che, ponendosi in una posizione superiore rispetto a governo e amministrazione, che si configurano come esecuzione di quella *volonté generale*²⁴⁴, non significa separazione dall'esecutivo, ma appunto come in Mably, 'esecutivizzazione del legislativo'. Il venir meno della *giusta balance* comporta un' amministrativizzazione delle istanze legislative e della legge stessa.

Il problema dell'amministrazione appare nella sua portata nel momento in cui esso da un lato coincide con il venir meno dei limiti che separano Stato e società²⁴⁵,

243 Ivi, p. 154. Si veda J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it. V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1966, p. 45.

244 J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, op. Cit., p. 81.

245 Sul limite di Stato e società e sulla necessità di una distinzione del concetto di *Verfassung* e quello di *Verwaltung* si veda STEIN L. VON, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, in ID. *Geschichte der soziale Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, erster Band, Masken, München, 1921. Costituzione e amministrazione vengono, da un lato, concepite insieme come "come contenuto organico dell'idea di stato" (p. 52). Dall'altro distinte perché mentre la *Verfassung* coincide con "der Organismus der inneren Selbstbestimmung des Staatswillens"; *Verwaltung* è invece l'organismo "mit welchen dieser Staatswille die Mannigfaltigkeit des äusseren Lebens ergreift und nach seiner Bestimmung ordnet" (p. 55). Sul presupposto di una simile distinzione agisce anche l'interpretazione di Forsthoff. Forsthoff condivide con Stein l'interpretazione della distinzione di *Verfassung* e *Verwaltung* secondo l'idea che mentre l'una è stabile e durevole, l'altra è dinamica e che a questa sono affidati i compiti sociali dello Stato. La distinzione tra amministrazione e costituzione, sottolinea inoltre, può essere concepita solo a partire da un concetto materiale di costituzione e in modo tale che il vincolo alle *Rechtssätze* si dà solo per ciò che riguarda l'intervento contro i diritti dei singoli. (In *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, op. Cit., pp. 9-11 e p. 47). Forsthoff distingue il modo di concepire l'amministrazione di Mayer da quello di Stein. Quest'ultimo infatti attribuiva all'amministrazione un compito eminentemente sociale, ovvero la realizzazione *concreta* dei fini dello Stato, attribuendo ad essa compiti che andavano ben al di là delle funzioni di polizia. L'attribuzione alla *Verwaltung* dei compiti legati alla *Fürsorge*, evidenzia come la posizione di Stein si collochi in una posizione diversa rispetto a quella degli altri teorici dello Stato di diritto. Come ben mostra Huber, "con il riconoscimento che l' amministrazione non avesse solo compiti di polizia ma fosse anche definita attraverso prestazioni produttive a servizio della *Gestaltung* dell'esistenza, Stein si distingue dai teorici dello stato di diritto classico liberale". Su questo punto egli era in armonia con la realtà amministrativa della sua epoca che assumeva consapevolmente e attivamente il compito della

dall'altro con la predominanza di un pensiero giuridico totalmente schiacciato sulle istanze di razionalizzazione, ovvero il positivismo giuridico.

Lo stato amministrativo, chiamato da Schmitt anche Stato totale, si caratterizza per il fatto che il comando non appare come frutto di una volontà personale, nè come prodotto dell'applicazione di norme superiori. Il comando si produce qui non attraverso leggi generali ma secondo disposizioni concrete. Lo Stato amministrativo è lo Stato in cui "nè gli uomini governano, nè le norme valgono come qualcosa di superiore, ma (...) le cose si amministrano da sole"²⁴⁶.

Lo Stato totale appare quindi come uno Stato in cui l'idea di legalità, come fondamento di legittimità, si trova connesso alle necessità di un mondo dominato dalla tecnica e dalle esigenze dell'economia. Si tratta di uno Stato in cui l'esigenza della pianificazione gioca inevitabilmente a scapito dell'idea di libertà²⁴⁷, dove l'amministrativizzazione operata da disposizioni concrete fa venir meno l'idea di un ancoramento del diritto ad un piano superiore rispetto a quello del governo delle cose.

In merito all'amministrazione, il principio proprio dello stato borghese di diritto, principio che ora veniva meno, era l'idea che l'amministrazione agisse sempre "in conformità alla legge"²⁴⁸. L'amministrazione era un'attività dello Stato regolata giuridicamente²⁴⁹, che consisteva nell'esecuzione di leggi e regolamenti²⁵⁰. Questo modo di intendere l'amministrazione era possibile però *solo* mediante la limitazione delle funzioni amministrative, cioè l'eliminazione dei fini sociali. Tolti i fini sociali, l'amministrazione poteva essere resa completamente 'conforme alla legge', nel senso

Daseinssicherung e della *Daseinsförderung* (p. 498). Per Stein, l'uguale partecipazione (*Teilhabe*) dei cittadini alla vita statale e l'uguale assistenza dello Stato per la vita dei cittadini, costituiva il principio interno dello Stato: la libertà. Che il principio dello Stato sia la libertà, sottolinea Huber, ha qui un senso che va al di là di quello della tradizionale dottrina liberale. Sul ruolo integrativo dell'amministrazione rispetto al rapporto di Stato e società si veda S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, dove si mostra come in Stein l'amministrazione abbia una funzione integrativa (p. 159). Alla *Verwaltung*, "al 'lavoro' per mezzo del quale lo stato elabora l'elemento impersonale ed 'unfrei' del corpo sociale spetta di portare a compimento il principio di uguaglianza e di libertà stabilizzato nella moderna nozione di *Verfassung*" (p. 171). Società e Stato entrano in contatto per mezzo dell'amministrazione il cui compito consisterebbe nella capacità di riprodurre la scissione operativa tra i due termini della relazione (p. 183).

246 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, (tit. or. *Legalität und Legitimität*, 1932), in ID, *Le categorie del politico*, op. Cit., pp. 211-244, p. 213.

247 Ivi, p. 215.

248 E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, op. Cit., p. 28.

249 Ivi, p. 3

250 *Ibidem*.

secondo cui, per quanto riguardava i suoi interventi nella proprietà e libertà dei singoli, essi dovevano essere regolamentati normativamente²⁵¹. Lo stato borghese di diritto si fondava quindi interamente sul presupposto di uno spazio libero e di una società separata dallo Stato. La sua permanenza in una situazione completamente mutata era dovuta al fatto che tale stato di diritto era giunto ad un punto tale di tecnicizzazione e razionalizzazione che ne rendeva le istituzioni e i metodi totalmente separati dal piano materiale²⁵². Il fatto che il ruolo dell'amministrazione si fosse esteso al di là della definizione dei limiti nell'intervento della libertà dei singoli avrebbe necessitato una sua ridefinizione: la sua azione non poteva essere vincolata alla sola vuota adeguatezza allo scopo²⁵³.

Riguardo al fatto che all'idea di legge non sia più vincolato il contenuto di una norma generale, sottolinea Schmitt, non comporta l'aprirsi di uno spazio di libertà. Al contrario, lo sviluppo della legge come strumento interamente tecnicizzato, comporta un "violento accrescimento di potere"²⁵⁴, accrescimento a cui si aggiunge la possibilità di acquisizione di mezzi di potere tecnico-militari sempre più distruttivi²⁵⁵. Economia e tecnica, concentrazione sul piano propriamente economico operata dalla tecnica, sviluppo della tecnica secondo le esigenze dell'economia, portano lo Stato, che sempre si costituisce a partire dal centro di riferimento spirituale²⁵⁶, ad adeguarsi allo stato di cose e alla necessità concreta. In contrasto con uno Stato legislativo in cui il principio essenziale era la conformità alla norma, lo Stato amministrativo si conforma alla situazione e alle cose e lo fa attraverso misure fattuali, i provvedimenti appunto²⁵⁷.

251 Ivi, pp. 11 e 29.

252 E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* (1954), in *Stato di diritto in trasformazione*, (tit. or *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), (a c. di) C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, p. 62. Su questo punto si colloca la critica di Forsthoff al positivismo giuridico e in particolare a Laband, il quale, nel suo sforzo di rendere il diritto amministrativo un genere particolare di *Rechtssatz* e di contrapporlo al diritto privato invece di riconoscerlo come un aggregato di diverse *Rechtssaetze* è "l'ostacolo peggiore per una dogmatica del diritto amministrativo". In ID. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 47. Il riferimento è a LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reich*, 2 Bd., 5 Aufl., 1911, p. 186.

253 Ivi, p. 4.

254 C. SCHMITT, *Sviluppo ulteriore dello Stato totale in Germania*, (tit. or. *Weiterentwicklung des totalen Staat in Deutschland*, 1933), in *Posizioni e concetti*, op. cit., pp. 303-312, p. 304.

255 C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (in *Staat, Grossraum, Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp.71-91., p. 73

256 C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni*, op. Cit., p. 174.

257 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 217.

Lo Stato totale, lo Stato amministrativo della pianificazione totale, è uno Stato che si insinua in tutti gli ambiti della vita²⁵⁸ e che, costituendosi istituzionalmente a partire dall'amministrazione "non è capace di distinguere nulla"²⁵⁹. Questo è uno Stato in cui l'individuo, privo di qualunque libertà, viene accompagnato "dalla culla alla bara, dalla scuola materna fino alla sepoltura"²⁶⁰. Incapace di distinguere tra sfera privata e sfera pubblica, nello sforzo di un governo delle cose che trascende questi vincoli, lo Stato totale non è altro che una società allargata che si autoamministra e che non ha altro scopo che quello del buon funzionamento burocratico. Nessuna azione politica, nessuna neutralizzazione del conflitto, nessuna capacità di dare una forma all'informe di una società dominata da interessi contrastanti. L'unità, dice Schmitt, non può sopraggiungere come risultato di questa "autoorganizzazione"²⁶¹ e per unità si intende proprio l'idea stessa di una forma che imprimendosi neutralizza; non significa semplicemente accentramento al vertice di un potere, ma ordine nel senso formalistico che questa parola può assumere. Ecco che lo Stato amministrativo è lo Stato che non conosce nulla di assolutamente non politico²⁶², cioè è lo Stato in cui tutto può diventare politico. L'amministrazione non distingue ma governa ciò che percepisce come governabile; non ha finalità politiche più alte che l'adeguazione allo scopo da perseguire per un perfetto funzionamento della macchina statale.

Sullo Stato amministrativo basti infine dire un'ultima cosa. Contrariamente a quello che comunemente si pensa di Schmitt, egli non era uno strenuo difensore dello Stato²⁶³. Non lo era nella misura in cui riconosceva la tecnicizzazione e

258 Come sottolinea Sordi, l'avvento dello Stato interventista modifica radicalmente l'amministrazione. Essa perde quei caratteri che aveva assunto nel corso dell'Ottocento, ovvero "la semplicità dell'organizzazione; la struttura accentrata e sostanzialmente unitaria; il carattere quasi esclusivamente autoritativo della propria azione; l'intrinseca separatezza dalla società e dagli interessi" (p. 234). La sua organizzazione si fa complessa e la struttura che la sorregge da unitaria si trasforma in multiorganizzativa. La dimensione dell'attività amministrativa rispetto al carattere prestazionale della sua azione diventa sempre più estesa. Infine sono sempre meno separabili gli interessi collettivi e quelli individuali che agiscono all'interno di essa (p. 235). In SORDI B., *Amministrazione: tra pubblico e privato*, in (a c. di) R. Gherardi- G. Gozzi, *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 225-248.

259 C. SCHMITT, *Sviluppo ulteriore...*, op. Cit., p. 306.

260 C. SCHMITT, *Starker Staat...*, op. cit., p. 75.

261 C. SCHMITT, *La svolta verso lo Stato totale*, (tit. or. *Die Wendung zum totalen Staat.*), in ID., *Posizioni e concetti*, (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 237-256, p. 251.

262 C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, op. Cit., p. 108.

263 Su ciò si veda J. Freund, il quale sottolinea che l'aver affermato la storicità stessa dello Stato da parte di Schmitt, dimostra che il suo non essere un apologeta dell'istituzione statale. In J. FREUND., *La crisi*

amministrativizzazione della vita come aspetto essenziale dell'origine stessa dello Stato. Già nello scritto sulla dittatura egli mostra come lo Stato si sia sviluppato essenzialmente come Stato burocratico e come l'idea di burocrazia sia originaria rispetto a quello. Come chiariremo nell'ultimo capitolo emerge nelle pagine schmittiane un atteggiamento ambivalente nei confronti dello Stato. Da un lato lo Stato appare come istituzione giuridica, quello che già nel *Der Wert des Staates* egli definisce come "soggetto dell' *ethos* giuridico"²⁶⁴. Lo Stato è, cioè, un' istituzione, una manifestazione del diritto, come diritto concreto. È la sua capacità di poter essere tale che permette a Schmitt di concepire lo Stato come soggetto capace di azione politica per mezzo del suo costituirsi come autentico ordinamento. Non si tratta quindi della difesa di un complesso di potere. Ma lo Stato, fin dalla sua origine, si è sviluppato come macchina statale, con uno sviluppo della burocrazia che fa scadere il diritto a mezzo per il buon funzionamento. Tale sviluppo diventa distruttivo per il diritto nel momento in cui, a partire dal positivismo giuridico, il diritto viene ridotto a legge positiva e la legittimità di esso sottomessa all'idea di legalità.

2.2 La critica al positivismo giuridico.

Dopo aver visto come, per Schmitt, decisione ed eccezione siano elementi che si collocano all'interno dello spazio giuridico, occorre vedere qual è il senso che egli attribuisce ad un altro elemento propriamente giuridico, cioè quello della norma. Nel suo scritto sui tre tipi di pensiero giuridico, il giurista tedesco infatti afferma che il diritto consiste in decisioni, norme e ordinamenti concreti e che il concentrarsi su uno di questi elementi come quello fondativo deve essere il risultato di un'analisi sulla realtà

dello Stato fra decisione e norma, (a c. di) A. Carrino, Guida, Napoli, 2008, p. 198.
264 C. SCHMITT, *Der Wert des Staates*, op. Cit., p. 10.

concreta.

Per poter comprendere cosa intenda Schmitt quando parla di norma, occorre inserire questo discorso in stretta connessione con la critica che egli fa del positivismo giuridico; è in esso infatti che è possibile individuare il modo in cui l'idea di norma si trasforma in pura tecnica. È quindi all'interno della critica al positivismo e all'idea di legalità che emerge l'idea schmittiana di norma.

Come specificheremo meglio in seguito, per Schmitt, carattere essenziale della norma giuridica è quello della generalità, dove per essa non si intende tanto l'astrattezza quanto piuttosto un carattere che rimanda al legame fondativo con l'ordinamento. Se viene meno la generalità della norma cioè, ciò che si spezza è quel legame con l'ordinamento che fornisce alla norma il suo senso e il suo contenuto.

Nel momento in cui, sullo sfondo dello Stato amministrativo, il positivismo riduce non solo il diritto a un insieme di 'leggi positive', ma considera queste niente più e niente di diverso che un insieme di ordini (*Setzung von Setzungen*)²⁶⁵, ciò che viene perso è il contenuto giuridico di quelle leggi. Una legge, nel senso in cui essa è espressione dello stato di diritto, deve contenere una norma. E una norma per essere davvero tale deve essere generale.

Il problema del positivismo giuridico è intimamente collegato alla natura dello Stato amministrativo e non può essere svincolato da questo. La condanna di Schmitt si rivolge in particolare contro l'incapacità del positivismo di salvaguardare un'idea di diritto autonoma rispetto alle istanze di potere di uno Stato in cui l'unica legge che vige è quella del buon funzionamento e della burocrazia. La critica che egli muove è strettamente connessa con questa realtà. Come abbiamo visto infatti per Schmitt ogni diritto è *Situationsrecht*²⁶⁶, dove per esso non si intende che il diritto è sottomesso alle logiche della situazione in cui è iscritto, ma al contrario, domina quella situazione in virtù della sua capacità di darvi forma.

Se lo Stato amministrativo è lo spazio in cui si realizza la definitiva tecnicizzazione dello Stato, il positivismo giuridico rappresenta lo strumento teorico a partire dal quale tale tecnicizzazione si realizza sul piano del diritto.

265 Ivi, p. 286

266 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. cit., p. 44.

Il diritto cioè, così come viene pensato dal positivismo, si trasforma nel "vuoto funzionalismo di qualsivoglia deliberazione presa a maggioranza"²⁶⁷. Il funzionalismo tipicamente positivista si intreccia così al funzionalismo tecnico e impersonale di una burocrazia che, venuto meno lo Stato legislativo, appare come l'unica strada percorribile²⁶⁸. Nella commistione di positivismo e burocratizzazione si assiste alla modificazione dell'idea stessa di legge. Tra legge e provvedimento amministrativo non sussiste più alcuna differenza sostanziale²⁶⁹.

Trasformazione della legge significa, per Schmitt, riduzione della legge a strumento di pianificazione, e l'atto amministrativo diventa atto di direzione²⁷⁰. Ciò significa che la legge non è più una manifestazione del diritto. Essere manifestazione del diritto significa infatti essere espressione di formalizzazione del politico. Diventando un atto di pianificazione, la legge si trasforma in uno strumento puramente politico, l'arma in mano ad un potere privo di finalità giuridiche.

L'assorbimento del diritto all'interno delle dinamiche di meccanizzazione e di tecnicizzazione, assorbimento che si rende palese nel concetto di legge del positivismo, mostra come l'esistenza stessa scienza giuridica sia minacciata "dallo scatenarsi di un tecnicismo che si serve della legge dello Stato solo come strumento"²⁷¹.

Se la situazione dello Stato totale mostra il positivismo come pensiero incapace di farsi portatore del diritto e delle sue istanze ordinarie, ciò non si può dire per quanto riguarda il positivismo ottocentesco. Secondo Schmitt questo, pur mostrandosi già in esso l'inizio della crisi della scienza giuridica²⁷², aveva un suo senso che lo collegava

267 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 222.

268 *Ibidem*.

269 *Ibidem*.

270 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, (tit. or. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1943-44) trad. it. L. Cimmino, Antonio Pellicani, Roma 1996, p. 62.

271 *Ivi*, p. 82.

272 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 51. Qui Schmitt fa riferimento in particolare alla relazione tenuta da H. Von Kirchmann nel 1847 e poi pubblicata col titolo *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, Berlin, 1848, citando l'affermazione dello studioso secondo cui la legge positiva rende il giurista un verme nel legno marcio. Nelle parole di Von Kirchmann si coglie la consapevolezza chiara dei problemi che la scienza giuridica si trovava ad affrontare nel momento in cui il diritto veniva ridotto a legge e questa a posizione dell'autorità. La legge positiva, sostiene l'autore, è un'arma, in sé, priva di volontà. Essa è pronta ad essere utilizzata sia dal legislatore saggio, che dal despota (p. 21). La casualità insita nella legge positiva rende la giurisprudenza stessa una scienza dominata dalla casualità. Tre parole di rettifica del legislatore, osserva Von Kirchmann, e intere biblioteche diventano carta da macero (p. 23). Il giurista diventa così, essendo l'oggetto della sua scienza qualcosa di casuale e un'arma utilizzabile da chiunque, un verme che vive nei legni marci; i

alla storia di cui era espressione. Il positivismo ottocentesco non era un pensiero completamente formale, ma rimandava ad un modo specifico di intendere lo stato di diritto. Qui continuava infatti a valere, almeno secondo Schmitt, un'idea di legge vincolata contenutisticamente ai principi della ragione e della giustizia. Ragione e giustizia non erano idee astratte, ma caratteri propri del legislatore. Da qui il presupposto stesso della costruzione del positivismo giuridico ovvero la fiducia illimitata nei confronti del legislatore²⁷³. Solo sul presupposto di questa fiducia era possibile immaginare l'identificazione del diritto con la legge.

Il fatto che non si trattasse di un pensiero totalmente formale ma contenutisticamente determinato dalla situazione storica e istituzionale dell'epoca si evince dal modo stesso in cui lo Stato si concretizzava. Ci si trovava infatti di fronte ad uno Stato legislativo, in cui avevano ancora valore le *istituzioni* dello Stato di diritto, per cui l'idea che la legge fosse ciò che era emanata dalle istanze competenti non comportava uno svuotamento del concetto di legge, giacché quelle istanze erano comunque vincolate ad un'idea di norma più alta²⁷⁴, di cui il legislatore era espressione.

Ora però questa situazione si trova essere radicalmente mutata a partire dal mutamento della struttura statale e dei suoi fondamenti²⁷⁵. Da qui la necessità di rivedere quel concetto di legge.

Nello sviluppo dello Stato amministrativo, non è più possibile parlare di fiducia nel legislativo, nè della legge come riferimento a contenuti di giustizia e ragione. Il legislativo non appare più come un organo che si fa portatore dell'interesse statale e

giuristi lavorano, "tessono e nidificano" su ciò che è malato (p. 23). Tra le altre scienze solo la scienza giuridica "subisce l'umiliazione, di dover onorare la stoltezza" (p. 24). E ancora "ogni perfezionamento del diritto attraverso i giuristi, del quale si può leggere in ogni compendio, va a finire nel gioco dei miseri dettagli" (p. 44).

273 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 227. Di questo scritto Schmitt dirà successivamente "il mio libro ha fornito - a proposito di questi anni interessanti, che racchiudono in nuce tutti gli sviluppi successivi - una diagnosi e una prognosi più esatte di tutte le ricerche sociologiche, filosofiche e di psicologia della massa". In C. SCHMITT, *Glossario*, op. cit., p. 152.

274 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 227.

275 A questo proposito, parlando di Hauriou, Schmitt sottolineava "chi dice cerimonia o formalità dice azione, compiuta in un periodo di tempo (e localizzata si dovrebbe aggiungere), (...) la legge è una disposizione per via generale (...) in quest'uomo riconosco il mio fratello maggiore (...) come può sussistere la legalità in quanto sistema, se nessuno è più in grado di credere alla razionalità del legislatore e alla sua buona volontà di essere imparziale? è importante riconoscere il legame tra legalità, razionalità e neutralità". In C. SCHMITT, *Glossario*, op. cit., p. 18. Nel momento in cui non si dà neutralità e razionalità, l'appello alla legalità è una finzione che nasconde una mera volontà di potere. La legalità, cioè, non può essere un principio scisso dalla fiducia nei confronti di chi fa le leggi, della sua imparzialità.

dell'unità. Il legislatore non appare più come ciò che ponendosi al di sopra delle istanze dell'esecutivo, è espressione di garanzia di ciò che viene emanato come diritto. In questo caso, nel caso in cui il parlamento è espressione del potere che di volta in volta riesce ad impadronirsene, portare avanti quell'idea formale di legge e legalità non sarebbe altro che "un assolutismo ancora più complicato, la pretesa di obbedienza una violenza, il rifiuto del diritto di resistenza una sciocchezza"²⁷⁶.

Una volta venuta meno la fiducia nel legislatore, porre la legge come equivalente del diritto e la legalità come principio assoluto, non significa altro che affermare che ogni ordine e ogni singola direttiva, ogni comando a prescindere dal loro contenuto, possono essere intrapresi. La sovranità della legge non significa altro che sovranità del potere di turno²⁷⁷.

Questo è il positivismo giuridico che Schmitt critica. Ancora una volta si vede come le sue analisi muovano sempre a partire non da pregiudizi, ma da un'analisi concreta. Non è contro il positivismo *tout court* ma contro il positivismo giuridico come pensiero incapace di far fronte alle istanze del presente.

Nel prevalere di un'idea di Stato focalizzata sull'amministrazione e in cui Stato e società perdono i loro confini e limiti in una fusione reciproca, il positivismo si rivela come un "formalismo *privo di presupposto*" che non è altro "che una pretesa di soggezione motivata in modo *puramente politico*, oltre che negazione, anch'essa motivata solo politicamente, di ogni diritto di resistenza"²⁷⁸. Il formalismo deve avere un presupposto, deve cioè coincidere con la formalizzazione di un contenuto. Un formalismo vuoto è invece la pretesa di attribuire una forma a qualcosa che non è altro che l'espressione di un potere privo di vincoli e limiti.

Sintetizzando quanto detto, la critica di Schmitt si focalizza, quindi, seguendo questa direzione: il fondamento del positivismo è la riduzione del diritto a legge intesa come espressione della volontà statale. Ciò può avere un senso finché questa volontà non è solo espressione di un potere, ma è anche ciò in cui si esprimono determinate caratteristiche, in cui vengono ad espressione le istanze dello stato di diritto. In quanto

276 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 227.

277 *Ibidem*.

278 *Ivi.*, p. 228.

espressione di quelle istanze, il legislatore appare come figura di garanzia di cui avere fiducia. Nel momento in cui la situazione storico-istituzionale muta e così la fiducia nel legislatore, ciò che questo emana non può più coincidere con il diritto. Se la legge è pura forma adattabile a qualunque contenuto, e se quella legge coincide con tutto il diritto, il diritto stesso apparirà come dipendente dal potere. Ma un diritto sottomesso alle logiche di una politica priva di finalità ordinarie non è più diritto²⁷⁹. Così, da un lato il diritto viene meno alla sua essenza e la politica, di converso, si riduce a puro potere.

Ma vediamo meglio come si sviluppa la critica di Schmitt al positivismo e come essa sia direttamente collegata alla riduzione della norma a legge posta da una volontà statale meramente fattuale.

Eccezione e norma sono due elementi imprescindibili del diritto. Non esiste infatti eccezione che non sia eccezione di una norma. Non c'è norma che non includa la possibilità di una eccezione. Ma questa norma deve avere caratteri specifici per essere considerata davvero parte del diritto. Al di là dell'eccezione, che costituisce un momento essenziale di quella che Schmitt considera la forma giuridica, sta sempre una norma che deve avere il carattere della generalità.

A partire da questa considerazione si vedrà come la critica di Schmitt nei confronti del positivismo giuridico si muova in due direzioni. La prima riguarda l'ancoramento di esso alla mera fattualità, la seconda si rivolge invece alla riduzione del principio del diritto all'idea di legalità. Entrambi questi elementi sono il prodotto dell'adeguamento della scienza giuridica alla tendenza più generale alla tecnicizzazione e all'amministrativizzazione della vita pubblica.

In primis quindi Schmitt critica l'idea che il diritto, e in questo caso egli prende in esame l'idea di norma, giacché è su di essa che si concentra il positivismo, sia prodotto diretto della fattualità. Tale critica è presente fin dai primi scritti schmittiani, rivelando come la tematica sia originaria rispetto alle problematiche affrontate successivamente

279 Su ciò si veda quanto sostiene E. LASK, *Filosofia giuridica*, (tit. or. *Rechtsphilosophie*, 1905), in A. Carrino (a c. di), *Metodologia della scienza giuridica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1989, pp. 13-53. La tesi del positivismo giuridico formale, egli sostiene, "è che questa normatività positiva trova il fondamento del suo carattere vincolante unicamente nell'autorità di una comunità umana, che dunque la norma giuridica valida non rappresenta una entità valida in virtù di del suo significato reale, della sua intima razionalità, ma qualcosa di dovuto solo perché effettivamente voluto (p. 16).

dall'autore. In *Der Wert des Staats und die Bedeutung des Einzelnen*, Schmitt sostiene l'inammissibilità di un metodo che da un lato afferma che le norme siano fondate sulla volontà fattuale dello Stato, mentre dall'altro cerca, attraverso l'argomentazione giuridica, di rivendicare ad esse un carattere razionale, nonostante il loro fondamento sia collocato nell'ambito della pura fattualità²⁸⁰.

L'operazione del positivismo giuridico è quindi duplice: riduce il diritto a norma e riduce questa a legge posta dallo Stato²⁸¹. Nonostante ciò, esso rivendica a quella legge il carattere di una validità ancorata a livello di pura forma²⁸². Ciò che viene meno in questa impostazione non è solo una concezione autentica di ciò che è la forma giuridica, cioè l'idea che il giuridico sia complessità e coesistenza di norma, eccezione e ordinamento concreto, ma della prima è dimenticato proprio ciò che la rende parte di quella forma e cioè il carattere della generalità. Il carattere della generalità è ciò in cui si esprime il rimando ad una dimensione altra rispetto a quella della pura fattualità. Parlando di forma, il positivismo non fa riferimento a ciò che per essa intende Schmitt. Se non si dà il vincolo ad un contenuto, la forma è forma vuota e questa non è una forma giuridica. La cosiddetta "forma positivista", dice il giurista, "è un concetto inadeguato (...) la misura puramente fattuale rimane inaccessibile ad ogni considerazione di diritto"²⁸³. Essere forma di un mero fatto è ciò che impedisce alla forma positivista di essere *giuridica*. È interessante notare come questa espressione sia contenuta in un libro come quello sulla dittatura, che da alcuni interpreti²⁸⁴ è visto come l'espressione del pensiero di Schmitt come puramente ancorato alla realtà del politico. La misura puramente fattuale non può essere contenuto della forma giuridica. Il puramente formale che qui si esprime "si riduce al vuoto termine e all'etichetta di legge

280 C. SCHMITT, *Der Wert des Staates*, op. cit., p. 21.

281 Così si esprime a tal proposito G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Mayer, Leipzig, 1914, p. 179: "Chi è in grado di imporre il diritto, dimostra così che è chiamato a porre il diritto".

282 Sulla purificazione della giurisprudenza si veda quanto Laband dice in merito a quello che dovrebbe essere il metodo propriamente giuridico, cioè la dogmatica. Tutte le osservazioni storiche, politiche e filosofiche, egli dice, sono per la dogmatica una sostanza concreta senza importanza e servono solo a coprire la mancanza di lavoro costruttivo. P. LABAND, *Vorwort zur ersten Auflage*, in *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Erster Band, Mohr, Tübingen, 1911.

283 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 185.

284 Si veda ad esempio il saggio introduttivo all'edizione della dittatura di Valentini. In F. VALENTINI, *Carl Schmitt o dell'iperpolitico*, introduzione a C. SCHMITT, *La dittatura*, Laterza, Bari, 1975, pp. I-XXIX.

e vien meno il nesso con lo stato di diritto"²⁸⁵. Così la legge positiva ridotta a comando perde il suo ancoramento al piano concreto del diritto. Essa perde il suo contenuto giuridico.

Abbiamo visto come per Schmitt la legge positiva potesse essere concepita come diritto per il fatto che essa rimandava alla dimensione della ragione e della giustizia. Ragione e giustizia non sono concepite come idee contenutisticamente determinate e assolute. Ragione e giustizia rappresentano in questa prospettiva i termini con cui si rimanda alle istituzioni dello stato di diritto. Il rimando alla dimensione della ragione e della giustizia significava quindi affermare che si potesse considerare diritto la legge positiva, solo finchè avessero avuto valore tutte le *istituzioni* tipiche dello stato di diritto²⁸⁶.

Pensare che il diritto nasca dalla fattualità, intendere cioè questa come fondamento giuridico, significa ridurre il diritto stesso a un mero fatto e all'espressione di un puro potere. Il positivismo, a partire dai suoi presupposti, giunge a considerare ogni comando, a prescindere dal suo contenuto, come *legale e giuridico*²⁸⁷. In questa idea si sviluppa una critica che Schmitt già portava avanti nel suo scritto sul significato giuridico dello Stato, critica nei confronti di chi considerava il diritto come derivazione dal potere, ovvero contro la *Machttheorie*²⁸⁸.

Di essa Schmitt criticava innanzitutto l'idea che il diritto fosse solo una parte dell'essere, inserito quindi completamente nel "meccanismo dell'accadere fattuale"²⁸⁹. Ridotto a puro fatto, il diritto non si erge in nessun punto al di sopra della semplice fattualità²⁹⁰, con la conseguenza di "disintegrare tutto il diritto e tutte le norme in un gioco di forze motrici"²⁹¹. Porre il diritto come 'legge dello Stato' significa abdicare all'idea di una possibile fondazione del diritto al di là del potere, tanto più che nemmeno l'osservazione empirica può giustificare che ciò che lo Stato ordina in una forma definita è diritto e cioè solo perchè è lo Stato che lo ordina²⁹².

285 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p.228.

286 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit, p. 227.

287 Ivi, p. 228.

288 C. SCHMITT, *Der Wert des Staates*, op. cit., p. 24.

289 *Ibidem*.

290 Ivi, p. 27.

291 Ivi, p. 29.

292 Ivi, p. 51.

Venuto meno questo rimando non esiste più alcuna norma, ma solo una 'legge' positiva frutto dell'arbitrio²⁹³, e, sottolinea Schmitt, di una visione distorta di ciò che, giuridicamente, si può chiamare 'decisionismo'.

Alla base del positivismo sta infatti, secondo Schmitt, una commistione tra decisionismo e normativismo. In quanto afferma che diritto è la legge posta dalla volontà statale, esso si trova legato alla teoria del diritto e dello Stato di Hobbes e della nuova idea di sovranità. Ma il positivismo giuridico non rappresenta solo questo. Nella più accentuata stabilità del XVIII secolo, un diritto razionale più normativistico, dice Schmitt, “fa regredire il decisionismo assoluto e risolve tutti gli ordinamenti naturali in norme e rapporti contrattuali individuali, finché, nel XIX secolo, sbocca nel funzionalismo positivistico delle regole di una società di scambio di tipo individualistico borghese”²⁹⁴. Decisionismo e normativismo insieme, dunque. L'origine del diritto diventa la decisione, ma si pretende poi di non riconoscerla come tale e si cerca di innalzarla a norma valida e duratura²⁹⁵. Si pretende quindi di innalzare al valore di norma l'arbitrarietà di una decisione il cui unico fondamento non si colloca sul piano istituzionale dello stato di diritto, ma sulla volontà mutevole dell'autorità che di volta in volta detiene il potere.

Se, pur non condividendone i caratteri, Schmitt sostiene che il positivismo di inizio Ottocento poteva avere un senso, ora esso non rappresenta altro che “un positivismo degenerato e perciò in se stesso contraddittorio, mescolato con un decisionismo che era soltanto un decisionismo degenerato, giuridicamente cieco, riferito alla forza normativa del fattuale invece che ad un vera decisione”²⁹⁶. La decisione appare qui come fondata su un'idea di istituzione giuridica, che valeva prima come idea di stato di diritto.

Occorre qui spiegare in cosa consista la critica di Schmitt all'idea della 'forza normativa del fattuale'²⁹⁷. La mera fattualità non tocca in alcun modo il piano normativo; questo, nella forma giuridica, rappresenta il livello più lontano rispetto a quello del fattuale. La fattualità quindi non è mai contenuto del normativo, pena il venir meno non

293 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 228.

294 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p. 275.

295 Ivi, p. 269.

296 C. SCHMITT, *Premessa alla seconda edizione*, in ID. *Il concetto di politico*, op. cit., p. 30.

297 C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, op. cit., p. 33.

solo dei caratteri propri della norma giuridica ma della forma giuridica nel suo complesso. Nell'idea della forza normativa del fattuale, ciò che viene meno è quindi non solo il normativo, ma il giuridico in senso ampio. Identificare la norma con qualunque legge positiva posta dalla volontà statale, indipendentemente dai caratteri di quella volontà e di quella norma, significa ridurre il diritto ad una volontà mutevole, rendendo anch'esso qualcosa che più che col generale ha a che fare con la particolarità del momento presente²⁹⁸.

Il carattere generale della norma viene meno e viene soppiantato da un'idea decisionistica della fondazione del diritto. Il positivismo, dice Schmitt, "è dominato dall'idea che un conflitto possa essere riportato all'ordine solo per mezzo di una decisione"²⁹⁹. Ciò che viene meno, insieme al carattere generale della norma che si riduce qui a mezzo a partire dal quale decidere di un conflitto, è un'idea di scienza giuridica davvero sistematica. Perfettamente coerente con l'idea tecnicistica che permea la condizione europea, il contenuto che porta con sé il positivismo giuridico è proprio quello di una macchinizzazione e tecnicizzazione del diritto³⁰⁰. Tecnicizzazione che trova il fondamento del suo sviluppo all'origine del positivismo. Come vedremo quando si tratterà di discutere del significato della legge positiva, fin dall'inizio manca nell'elaborazione positivista un nesso chiaro tra norma giuridica e legge positiva, una mancanza che porterà al venir meno della possibilità di distinguere in maniera netta la legge, come regola generale, dal semplice provvedimento³⁰¹. È questo il vero fulcro della critica schmittiana al positivismo, nonché l'origine della sua analisi sul fenomeno giuridico e sul senso che il diritto dovrebbe avere. La considerazione concreta difesa da Schmitt è, come vedremo, totalmente diversa dalla "lacerazione formal-positivista di interno ed esterno"³⁰².

Questa infatti pone come fondamento formale di validità del diritto positivo un'attività normativa propria della volontà statale³⁰³. Ridotto ad espressione della volontà statale, il diritto non solo perde la sua capacità di forma, ma si trova a condividere lo stesso

298 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 36.

299 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p. 265.

300 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 79.

301 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 229.

302 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, p. 37.

303 *Ibidem*.

destino dello Stato. Trasformato questo in uno Stato di pura amministrazione, l'operazione attuata dal positivismo giuridico viene rivelata da Schmitt, non solo come volontà di potenza ma come espressione dell'epoca della calcolabilità³⁰⁴. Esso, se dapprima è il prodotto di una volontà di realtà 'ottimistico illusoria', alla fine si mostra come una volontà essenzialmente atroce³⁰⁵.

Nell'idea che il diritto sia, all'origine, un ordinamento concreto di cui decisione, norma sono espressione, Schmitt esprime il tentativo di rivendicare al diritto un ruolo indipendente dal potere.

Il diritto non è il prodotto del potere, anzi, essendo il suo scopo quello di formalizzare il politico, il diritto si pone contro le pretese del potere di porsi al di sopra del giuridico. Il diritto come forma del politico, è precisamente che vien meno proprio a partire dal positivismo giuridico.

Il positivismo, quindi, non solo porta con sé un'idea deviata di norma e di decisione, ma prescinde in maniera assoluta dall'idea del diritto come ordinamento concreto. Dice Schmitt: "Tale positivismo non sta a significare altro che una finzione normativistica (...) Esso trascura intenzionalmente il significato dei contenuti e delle specificità del diritto, cioè il senso politico, sociale ed economico delle istituzioni e degli ordinamenti concreti"³⁰⁶.

Ciò risulta ulteriormente evidente nell'analisi che Schmitt fa sulla fine dello *jus publicum europaeum*. Il positivismo con il suo dipendere concettualmente dalla costruzione statale e dalla sua idea di legge non era, infatti, in grado di rendere conto delle trasformazioni comportate dalla fine del mondo eurocentrico. Il "positivismo della legge dello Stato"³⁰⁷ non era quindi uno strumento a partire dal quale fosse possibile cogliere il senso e la portata della negazione delle localizzazioni tradizionali. La scienza giuridica, imperniata sulle logiche positiviste, era portatrice di un diritto internazionale che non era più un ordinamento spaziale concreto³⁰⁸, bensì rappresentava un insieme di generalizzazioni che si fondavano su concetti ormai superati e inutilizzabili rispetto alla

304 A. CARRINO, *Introduzione*, a C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 15

305 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., nota 16 p. 50.

306 Ivi, p. 37.

307 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. cit., p. 302.

308 Ivi, p. 304.

novità della situazione. L'incapacità del positivismo di rendere conto dei mutamenti era insita nella sua stessa natura, nel suo costituirsi cioè fondamentalmente come ambito che si poneva al di là delle trasformazioni politiche, economiche e sociali. Trecento anni dopo Alberico Gentile, sottolinea Schmitt, "la scienza giuridica, in nome di quello che essa riteneva positivismo giuridico, si impose da sé il silenzio su tutte le grandi questioni *giuridiche* del proprio tempo"³⁰⁹.

2.3 La legalità senza il diritto.

Il concetto di legalità, osserva Schmitt, diventa un concetto centrale con la nascita dello Stato legislativo parlamentare. In esso si esprime il principio secondo cui il legislatore diventa "l'ultimo custode del diritto, l'ultimo garante dell'ordine costituito, l'ultima fonte di ogni legalità l'ultima sicurezza e l'ultima difesa contro il torto"³¹⁰. Questa identificazione di diritto e potere era il risultato di un modo di concepire entrambi gli elementi in gioco in opposizione con l'assolutismo monarchico che fondava la sua pretesa di ubbidienza sull'idea della legittimità dinastica. Nel momento in cui questa venne messa in discussione e si aprì lo scontro per il costituirsi di uno Stato legislativo, si pose la necessità di costruire un'idea nuova di legittimità, un'idea che fosse capace di farsi portatrice anch'essa delle istanze di ubbidienza e di negazione del diritto di resistenza³¹¹. Il fatto che il diritto venisse identificato con la legge e questa con una delibera della rappresentanza popolare furono i cardini di questo nuovo modo di intendere il rapporto tra diritto e potere, nonché una garanzia nei confronti del potere

309 Ivi, p. 305.

310 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 226. Il riferimento è qui a O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, p. 64.

311 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 219.

stesso. La possibilità di un abuso del potere statale veniva quindi bandita attraverso l'idea che il potere statale poteva agire nei confronti dei cittadini esclusivamente mediante lo strumento della legge, legge la cui costituzione era il prodotto della rappresentanza popolare. Parlare di sovranità della legge significava quindi affermare l'idea che l'obbedienza non era dovuta all'autorità o al comando di qualcuno, bensì alla legge che esauriva in sé l'idea stessa di diritto.

Sottesa a questa visione c'era il presupposto di un'armonia tra diritto e legge e tra giustizia e legalità³¹². La legge si identificava col diritto, la giustizia non era altro che legalità. Che la giustizia significasse legalità, rappresentava una vittoria della rappresentanza popolare: giustizia voleva dire rispetto di quella legge che era prodotta mediante il concorso della rappresentanza popolare.

Tutta questa costruzione si fondava su due elementi. In primo luogo l'idea che vi fosse un unico legislatore³¹³ e, in secondo luogo, il presupposto di una fiducia incondizionata nei confronti di esso³¹⁴.

Lo Stato legislativo e il suo specifico modo di intendere la legalità si fondavano sull'idea che nella figura del legislatore si concentrassero giustizia e razionalità; sulla sua infallibilità si giocava il senso dell'intero sistema. Solo la fiducia nei confronti del legislatore e della sua capacità di farsi autentico portatore di tutto il diritto potevano far sì che l'idea della legalità diventasse il principio giuridico di base del sistema legislativo. Il presupposto dell'idea di legalità è quindi la *fiducia* nell'*unico* legislatore³¹⁵.

L'emergere, all'interno di un simile contesto, di un concetto formale di legge, ovvero, come vedremo, di un'idea di legge svincolata da qualunque contenuto e definita

312 Ivi, p. 226.

313 *Ibidem*.

314 Su ciò si veda F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, op. cit., dove si afferma che “il formalismo giuridico del XIX secolo rappresentava il programma di una disciplina scientifica particolare scaturita essa stessa da precisi presupposti etici. Come tale esso era dunque compatibile con una cultura giuridica eticamente fondata fino a che questi fondamenti morali del diritto positivo continuassero a vivere nella coscienza dei giuristi e nell'opinione pubblica. Queste scelte preliminari extragiuridiche continuarono in generale ad essere valide anche quando negli stati costituzionali europei il compito della produzione del diritto passò al legislatore statale. Tutto questo presupponeva però che il legislatore si sentisse tenuto al rispetto di convenzioni giuridiche oggetto di tradizione (p. 308). La legittimità del diritto legislativo dipende dal perdurare di questa integrazione: essa viene meno ogni qual volta il continuo rinnovarsi della volontà generale venga reso impossibile dalla dissoluzione del comune retaggio nazionale di valori e di principi” (p. 309).

315 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 228.

solamente attraverso il fatto che nella sua procedura di approvazione veniva richiesta la partecipazione della rappresentanza popolare, aveva un senso. Questo concetto di legge, come vedremo, non era in realtà puramente formale. Il suo riferimento contenutistico era insito nel suo essersi costituito con un fine giuridico che ne ancorava l'essenza al piano concreto di una visione specifica dello Stato di diritto. Il problema di un simile concetto non stava quindi nel modo in cui si era originariamente strutturato bensì nella sua utilizzazione in una situazione storica radicalmente mutata. Inoltre un altro problema era determinato dall'incapacità della dottrina giuridica del tempo di distinguere chiaramente quest'idea di legge, come qualcosa di generale e durevole, da qualsiasi comando o provvedimento³¹⁶. Se la legge viene svincolata da qualsiasi contenuto materiale, il legislatore, dice Schmitt, "fa ciò che vuole"³¹⁷.

Se la legge è diritto e se questa legge è liberata dal vincolo ad un contenuto, allora la legalità diventa "neutrale, avalutativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto"³¹⁸.

Se da un lato legge diventava qualsiasi atto statale avente una determinata forma, dall'altro permaneva come principio essenziale dell'intero sistema l'idea della legalità. Ma non solo. Il presupposto dello Stato legislativo, la fiducia nell'unico legislatore, era concretamente messo in discussione dal venir meno della distinzione fra Stato e società e quindi dall'idea che se lo Stato rappresentava qualcosa di unitario anche la società si configurava come qualcosa di omogeneo in sé. Venuti meno i limiti di Stato e società il principio formale di una legge come espressione della rappresentanza popolare non significava altro che il considerare come diritto tutto ciò che la maggioranza di un determinato momento emenava e decideva come legge. Se il corpo parlamentare, dice Schmitt, "senza riguardo a qualsivoglia qualità dei suoi membri, viene ridotto a mera funzione di votazioni generali di maggioranza, rinunciando ad ogni esigenza 'materiale' di legge, in tal caso tutte le garanzie di giustizia e razionalità, ma anche lo stesso concetto di legge e di legalità, si riducono ad una conseguente mancanza di sostanza e di contenuto, meramente funzionalistica e fondata su compiti puramente aritmetici"³¹⁹.

316 Ivi, p. 229.

317 Ivi, p. 230.

318 Ivi, p. 231.

319 Ivi, p. 234.

Venuto meno quindi il presupposto dell'omogeneità sociale, identificare con il diritto la legge emanata con la partecipazione della rappresentanza popolare, significa sostanzialmente concepire il diritto come sopraffazione e violenza nei confronti della minoranza³²⁰. La legalità diventa così lo strumento primario di un funzionalismo, privo di contenuto, ma tutt' altro che neutrale. Si tratta della legalità della sopraffazione che agisce a scapito di una minoranza condannata ad ubbidire ad una legge che è puro mezzo di comando³²¹.

La legalità su cui lo Stato legislativo ha costruito il suo sistema aveva il suo senso nel momento in cui il concetto di legge racchiudeva più di una semplice forma vuota. Essa significava in sé uno strumento di lotta nei confronti dell'assolutismo. Attribuire al potere legislativo il monopolio della legalità, significava accentrare su di esso la produzione del diritto come garanzia nei confronti dell'esecutivo.

Nella trasformazione dello Stato in autoorganizzazione della società, e nello sviluppo di una scienza giuridica puramente formalistica, la legalità perde ogni sua credibilità³²². Lo svuotamento funzionalistico prodotto dallo sviluppo dello Stato amministrativo "conduce soltanto ad un concetto di legalità (...) neutrale persino per ciò che concerne la sua validità, indipendente da ogni giustizia materiale"³²³. La neutralità che qui si realizza è innanzitutto, dice Schmitt, neutralità nei confronti della differenza tra diritto e non diritto³²⁴. Se tutto, se cioè qualunque contenuto, può essere diritto, allora non c'è più alcun diritto. Di qui la critica di Schmitt allo Stato amministrativo e la constatazione che esso è strutturalmente incapace di neutralizzare il politico.

La mancata neutralizzazione del politico che si dà nello Stato amministrativo si mostra non solo nella sua incapacità di agire nella sfera del sociale, bensì anche a livello statale. Essendo che il potere statale è concepito sempre come legale, non è più concepibile un potere che sia illegale³²⁵.

La politicizzazione insita in un sistema simile si gioca tutta intorno alla possibilità di concepire come illegali coloro che, rispetto ai detentori di questo potere, si configurano

320 Ivi, p. 235.

321 *Ibidem*.

322 Ivi, p. 236.

323 Ivi, p. 235.

324 Ivi, p. 236.

325 Ivi, p. 239.

come concorrenti. Ogni resistenza potrà essere quindi bollata come illegalità e i suoi sostenitori come *hors-la-loi*³²⁶.

Rispetto quindi a questo sistema politico, Schmitt attribuisce piena legittimità alla resistenza. Se non si dà autentico diritto, la resistenza non è più violazione di alcunchè. Se la legalità si identifica semplicemente con ciò che la maggioranza di un determinato momento delibera, allora essa non ha nessun ancoramento al diritto. Non avendolo non può pretendere un' obbedienza assoluta nè negare il diritto di resistenza.

Nel passaggio dallo Stato legislativo a quello totale e amministrativo si osserva una trasformazione di senso dell'idea di legalità, trasformazione la cui possibilità era già contenuta in potenza all'interno di quel concetto. Se la legalità nello Stato legislativo voleva significare lo stabilirsi di una forma determinata per tutto ciò che doveva essere concepito come diritto, e quindi la formalizzazione sul piano giuridico di un'istanza propriamente politica, nello Stato amministrativo questa dialettica tra politico e giuridico viene radicalmente persa a vantaggio di una concezione puramente strumentale del diritto e della politica. Non si tratta quindi più della possibilità di un rapporto di reciprocità che, se da un lato vincola il politico ai limiti dello spazio giuridico, dall' altro fornisce a questo dei contenuti che ne garantiscono stabilità e durata. Il diritto è qui un mezzo di cui il potere, puramente politico, si serve e non solo per fini estrinseci, ma anche per accrescere il se stesso. Chiunque abbia la possibilità di legalizzare il suo potere ponendolo come diritto, dice Schmitt, "naturalmente farà uso di tale opportunità. Non si lascerà sfuggire questo plusvalore giuridico. Nessun detentore del potere ci ha mai rinunciato"³²⁷. Legalità e diritto diventano così due concetti non solo diversi ma opposti. Quando nello Stato odierno si parla di legalità, sembra dire Schmitt, ci si riferisce ad uno strumento che annulla il diritto. Dove c'è legalità, non c'è più diritto.

E non solo. Dove c'è legalità il potere di chi ne detiene il monopolio si estende quantitativamente e qualitativamente almeno in due sensi.

326 *Ibidem*. In questo senso poi Schmitt nello scritto su *Il problema della legalità* considera l'ascesa di Hitler come direttamente collegata alla concezione positivista della legalità "Il potere di Hitler era, per una concezione positivista della legalità, assai più che semplicemente legale, in quanto era anche la fonte stessa di ogni legalità di diritto positivo." (op. Cit., p. 284)

327 C. SCHMITT, *Glossario*, op. Cit., p. 126.

Il primo senso diventa chiaro appena si evidenzia la conseguenza di due degli elementi cardine del positivismo e quindi della centralità dell'idea di legalità. Il primo elemento coincide con l'osservazione che la riduzione della legge ad atto di posizione significa attribuire a quell'atto di posizione la possibilità di costrizione all'obbedienza. Il secondo elemento coincide con la non distinzione di legge e provvedimento. Ciò comporta, sottolinea Schmitt, che “ogni comando pubblico o *segreto*, purché eseguito all'interno dell'apparato statale, poteva essere chiamato legge”³²⁸. Ogni comando diventa legge e ciò, ed è questo il punto essenziale, non significa che la sua possibilità di costrizione all'obbedienza fosse minore, “ed anzi era forse maggiore di quella delle statuizioni acclamate e proclamate dopo lunghi dibattiti del tutto pubblici”³²⁹.

Il secondo senso attraverso il quale Schmitt mostra come all'idea di legalità si accompagni un accrescimento di potere che va al di là del piano della legge si esplicita nel modo seguente.

Schmitt concludeva lo scritto sul concetto di legalità osservando come la conseguenza più importante fosse che il monopolio di far valere le leggi conferisse al potere *legale* “il possesso legale degli strumenti di potere statale e di conseguenza anche un potere politico assai più ampio della semplice validità delle norme. Di conseguenza il semplice possesso del potere statale esercita su ogni normatività un plusvalore politico addizionale che si aggiunge al potere meramente normativistico - legale: un premio super legale al possesso legale del potere legale ed alla conquista della maggioranza”³³⁰. Ridurre il diritto a legalità significava cioè estendere il potere politico al di là del valore della norma. Se tutto ciò che lo Stato fa è legge, chi ha il potere statale detiene un potere più ampio che quello espresso dalle semplici norme e leggi.

Ciò veniva ulteriormente analizzato da Schmitt in uno scritto del 1978, *La rivoluzione legale mondiale*.

La legalità, sottolinea Schmitt, sta a significare la formula dell'obbedienza e della disciplina³³¹. Appartengono alla legalità statale tutti i premi politici sul possesso statale-

328 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. cit., p. 67.

329 *Ibidem*.

330 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 239.

331 C. SCHMITT, *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come beneficio per la legalità giuridica e la superlegalità*, in *Un giurista davanti a se stesso*, (a c. di) G. Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2005, pp. 187-215, p. 189. Qui il riferimento è a Max Weber. Si veda in particolare M. WEBER,

legale del potere e cioè “*obéissance préalable* per tutte le leggi e gli altri atti statali; diritto di disporre su esercito, polizia, finanza, amministrazione e giustizia; ripartizione del prodotto sociale, degli incarichi pubblici, delle cariche e delle sovvenzioni e interpretazione delle numerose situazioni che ininterrottamente si presentano a causa del rapido progresso scientifico, tecnico ed economico- industriale”³³². Il progresso tecnico è all'origine di situazioni sempre nuove e mutevoli. La possibilità di determinare e interpretare tali situazioni da parte del potere, accompagnate alla facoltà che esso ha di attribuire l'etichetta di legalità a tutte le sue azioni, determina un plusvalore politico al possesso del potere³³³. Essa è, sottolinea Schmitt citando Marx, “un valore che genera plusvalore”³³⁴. Il concetto di legalità si scinde quindi dall'idea di diritto e ha a che fare specificamente con il piano puramente politico di un potere che, per mezzo di essa, si costituisce per poi prodursi e riprodursi³³⁵.

Legalità, in uno Stato amministrativo industrializzato, altamente organizzato e specializzato, è infatti un concetto che non ha più niente a che vedere con l'idea della costituzione di uno spazio giuridicamente determinato, ma appare piuttosto come un modo di funzionamento specificamente ancorato alle strutture della burocrazia e dell'amministrazione³³⁶. In un sistema di questo tipo, e con un pensiero che lo sorregge come quello del positivismo giuridico, è diritto ciò che fa colui che riesce ad affermarsi³³⁷. E un diritto dominato dal potere non è più, per Schmitt, alcun diritto. Legge e legalità non sono altro qui che sopraffazione e asservimento. Così, nel *Glossario*, Schmitt,

Economia e società, (tit. Or. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), IV, trad. it. F. Casabianca-G. Giordano, Edizioni di comunità, Torino, 1999, p. 43-57.

332 C. SCHMITT, *La rivoluzione legale mondiale*, op. Cit., p. 190.

333 *Ibidem*.

334 *Ibidem*.

335 Schmitt introduce qui un concetto che riprende da Hauriou (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 379) e cioè quello di 'superlegalità'. Si tratta di un concetto inerente alla giurisprudenza costituzionale, che sta ad indicare "un'intensificazione della validità di determinate norme nei confronti di norme semplici (o ordinarie), cioè normali." Il caso tipico, prosegue Schmitt, "è costituito da norme procedurali che mirano a rendere più difficile la modifica o l'eliminazione di altre norme (attraverso una maggioranza qualificata o articolando il procedimento sulla competenza di varie istanze diversificate). Nelle moderne, pluralistiche democrazie una tale complicazione della procedura legislativa ha soprattutto lo scopo di evitare troppo rapidi cambi di governo di maggioranza e coalizioni esigue e labili, creando maggioranze capaci di governare con l'aumento della maggioranza richiesta e al di sopra della semplice quota del 50 per cento". C. SCHMITT, *La rivoluzione legale mondiale*, op. Cit., p. 191.

336 C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, op. Cit., p. 284 e ID., *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 61.

337 C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, op. Cit., p. 286.

rivolgendosi a H. P. Ipsen: “Vorrei dirle con franchezza surrealista che la parola 'legge' (*Gesetz*), e ora anche il suo concetto, mi incutono da ogni punto di vista – concettuale, spirituale, psicologico-associativo, e *last not least* anche fonetico- terrore e raccapriccio: terrore delle orge di colui che pone (*Setzer*) e terrore della posizione di posizioni (*Setzung von Setzungen*) in cui, a partire dal 1848, siamo incappati come in un *maelstrom*”³³⁸.

2.4 La legge positiva.

A differenza di uno Stato amministrativo, quello legislativo è uno Stato in cui la legge si identifica con il diritto, ma questa legge non è semplicemente il prodotto della volontà statale. Si tratta infatti di una legge avente, per poter essere definita tale, determinate caratteristiche che fanno sì che essa si configuri davvero come una 'manifestazione del diritto'. Ciò che distingue la legge positiva di un sistema legislativo da quella di uno Stato in cui il diritto non è altro che strumento tecnico, è il vincolo all'idea di norma. Qui non si tratta primariamente dell' equiparazione di legge a posizione della volontà statale, ma il punto centrale è l'identificazione di legge e norma. Un sistema legislativo, dice Schmitt, "è un sistema statale dominato da norme, di contenuto misurabile e determinabile, impersonali e perciò generali, prestabilite e perciò pensate per durare"³³⁹, un sistema in cui, infine, "le leggi non governano, ma si limitano ad avere valore di norme"³⁴⁰. La pretesa della legge dello Stato legislativo di valere 'come diritto', non è fondata semplicemente sull'idea di essere espressione della volontà, ma anche sul fatto di avere determinate qualità che fanno sì che la legge positiva rimandi al concetto di norma.

338 C. SCHMITT, *Glossario*, op. Cit., p. 120.

339 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 212.

340 *Ibidem*.

Il problema dello Stato amministrativo e del positivismo giuridico, come ideologia che lo sostiene, sta tutto nell'idea di legge che porta avanti, legge che non rimanda al piano generale ed astratto della norma. Il piano dell'astrattezza, e qui anticipiamo ciò che verrà mostrato successivamente, è strettamente collegato ad un'idea concreta di diritto³⁴¹. Non si astrae dal nulla, ma sempre da qualcosa di concretamente dato. L'astrattezza della norma è il prodotto di un'azione di astrazione da ciò che si pone, giuridicamente, sul piano della concretezza.

La norma è generale perchè essa ha un contenuto che rimanda all'ordinamento concreto. La legge del positivismo, che non ha come contenuto una norma, perde questo legame con il giuridico. Essa non è una manifestazione del diritto, non è elemento della forma giuridica. Schmitt non era, in effetti, un antiformalista³⁴².

Il problema, per lui, non è l'idea che il diritto sia forma, ma l'idea che questa forma sia una forma senza contenuto³⁴³. Non si tratta quindi, in sostanza, del contrasto fra diritto e legge, ma quello di un concetto di legge "esattamente inteso a differenza di un vano formalismo"³⁴⁴. Il diritto, in Schmitt, è l'insieme di forma e contenuto, di astrazione e concretezza, un complesso quindi di elementi che fanno sì che il diritto non possa mai ridursi ad uno dei suoi aspetti. Nell'affermare che il positivismo giuridico, con la sua idea di forma, rimaneva su di un piano di pura astrazione, mancava cioè "un collegamento *concreto* con il diritto"³⁴⁵. Con il rimando alla concretezza, Schmitt intende riferirsi non alla semplice fattualità, bensì al piano propriamente istituzionale che egli rivendica per il diritto. Nell'idea di legge formale, dice Schmitt, ciò che viene perso è il collegamento con l'idea di stato di diritto. Lo stato di diritto è un'istituzione giuridica che funziona secondo principi determinati, uno dei quali è l'idea che la legge debba rimandare ad una norma generale ed astratta. Porre la legge come espressione della volontà statale senza vincoli ad alcun contenuto concreto, e quindi *istituzionale*,

341 Ivi, p. 230.

342 Diversamente si veda R. CAVALLO, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Giappichelli, Torino, 2009.

343 Su ciò Kelsen si pone agli antipodi di Schmitt. Per Kelsen quello tra forma e contenuto è uno dei due contrasti fondamentali, insieme a quello tra dovere e essere. In H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, (tit. or. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze*, 1911), vol. 1, (a c. di) A. Carrino, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991, p. 3.

344 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 193.

345 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 230.

significa mettere fine a quell'ordinamento.

Concretezza, quindi, in Schmitt non vuol dire mai pura e semplice fattualità, ma significa una fattualità già giuridicamente elaborata.

La forma giuridica, dice Schmitt, "*non ha la vuotezza aprioristica della forma trascendente*, poiché essa nasce proprio dalla *concretezza* giuridica"³⁴⁶; di contro essa non è nemmeno "la forma della precisione tecnica, poiché questa risponde ad un interesse finalizzato essenzialmente *fattuale*, impersonale"³⁴⁷.

Un aspetto centrale della critica di Schmitt al positivismo giuridico è l'analisi che egli fa dell'idea di legge formale propria di quest'ultimo. È il concetto di forma del positivismo il punto da cui Schmitt muove la sua critica. La forma positivista non ha niente a che vedere con la forma propriamente giuridica. La forma positivista, come vedremo, è, nell'ottica schmittiana, una forma vuota che può applicarsi a qualunque contenuto.

All' interno di questo discorso si muove quindi l'analisi di Schmitt della dottrina della distinzione positivista tra legge formale e legge materiale, distinzione che il giurista non critica in quanto tale, quanto piuttosto nel fatto che, per ciò che riguarda il primo concetto, non si era pervenuti ad una chiara distinzione tra legge e provvedimento.

Il non aver chiaramente distinto tra questi due elementi eterogenei era il primo problema che rendeva il diritto un mero strumento nelle mani del potere, venendo meno alle sue finalità ordinarie. Ma il non aver distinto legge e provvedimento era stato anche il prodotto dell'incapacità del positivismo giuridico ottocentesco di comprendere la labilità dei suoi fondamenti: il suo ideale di uno stato di diritto si basava infatti su di una fiducia cieca nei confronti del legislatore³⁴⁸. Non ci si era chiesti, dice Schmitt, cosa sarebbe successo se fosse venuta meno "la fiducia nei confronti del legislatore e nell'armonia tra diritto e deliberazione legislativa"³⁴⁹. Il positivismo giuridico costruiva i suoi concetti sull'idea che il legislatore fosse l'ultimo custode del diritto, il garante dell'ordine costituito, la fonte stessa della legalità, senza porre in questione la possibilità dell'abuso

346 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 50.

347 *Ibidem*. Di diverso avviso Catania che identifica il concetto di diritto con quello di tecnica disponibile alla volontà umana. Lo sradicamento del diritto, nella sua visione, non significa il venir meno del diritto, ma al contrario è ciò che permette l'emergere del carattere più proprio del fenomeno giuridico. In A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 131. Sul diritto come tecnica si veda anche N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

348 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. Cit., p. 227.

349 *Ivi*, p. 228.

del potere legislativo, cosa che avrebbe messo in crisi le sue stesse strutture e i suoi stessi concetti³⁵⁰.

In un sistema così configurato era concepibile un concetto puramente formale di legge, cioè svincolato da qualunque contenuto³⁵¹. Ma un simile concetto di legge poteva valere soltanto finchè rimaneva ancorato ad un piano concreto giuridicamente determinato all'interno dei vincoli dello Stato legislativo. Il 'contenuto' di quel concetto di legge, che lo garantiva dal diventare oggetto di possibili abusi, si collocava sul piano di un ordinamento che portava con sé una serie di istituzioni concrete³⁵² che permettevano a quell'idea di legge di essere una specifica manifestazione del diritto.

L'ancoramento al piano concreto del diritto si manifestava, sul piano legislativo, nella concezione di una legge materiale che diventava espressione dell'essenza dello stato di diritto. Questo infatti, dice Schmitt, si fonda sull'idea dell'identità tra legge e norma del diritto, dove la norma deve avere determinati caratteri, che, come vedremo, coincidono con l'idea della generalità. Separando il concetto materiale da quello formale, concependoli come distinti, il positivismo non fece altro che produrre un' idea di legge priva di collegamento con l'ideale dello stato di diritto su cui trovava fondamento lo stato legislativo³⁵³, cosa che rendeva il concetto formale di legge, un concetto *puramente politico*³⁵⁴. Il concetto formale di legge era un concetto puramente politico perchè esso non rimandava ad alcun contenuto specifico, ma all'idea della 'forma' della partecipazione della rappresentanza. Non prevedendo alcun vincolo ad un contenuto giuridico, la sua ragione era puramente politica e quindi non giuridica.

Venuto meno il nesso con lo Stato di diritto così concepito, un concetto

350 Ivi, p. 226.

351 Nella sua analisi sulla dottrina della distinzione tra forza di legge formale e forza di legge materiale, Böckenforde sottolinea come il concetto formale di forza di legge non rimandi ad altro che all'idea stessa di "forza di legge": "Ogni atto di volontà dello Stato, per il fatto che esso viene posto in una legge, acquisisce la forza giuridica della legge, (...) la cosiddetta forza di legge formale non è niente altro che proprio la forza di legge. È proprio per acquisire questa forza di legge che anche gli atti che non sono leggi materiali, vengono deliberati come leggi". In E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, op. cit., p. 231.

352 Schmitt cita "il sistema bicamerale del legislativo, il governo indipendente da parte del re, fondato sull'esercito e sulla burocrazia, sanzione regia delle deliberazioni di legge, controlli ed equilibri federali". In C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 227.

353 Ivi, p. 230.

354 *Ibidem*.

puramente formale di legge, diventerebbe una "formalismo privo di presupposto"³⁵⁵, che non rappresenta altro che "una pretesa di soggezione motivata in modo puramente *politico* oltre che negazione, anch'essa motivata *solo politicamente*, di ogni diritto di resistenza"³⁵⁶. Ciò significa che il concetto di legge formale, totalmente svincolato da quello materiale e cioè dal rapporto con lo stato di diritto, si riduce ad essere uno strumento che non ha più nulla a che fare con il diritto, uno strumento puramente politico, appunto.

Per poter comprendere questa posizione occorre valutare quale fu il senso della distinzione tra due concetti di legge e il modo in cui questa alla fine fece gioco all'intensa tecnicizzazione e amministrativizzazione propria dello Stato totale, tanto più che essa poté essere vista come l'espressione di una concezione del diritto intesa come assolutizzazione del diritto privato³⁵⁷.

La distinzione tra un concetto di legge formale ed uno materiale fu proposta, per la prima volta da Laband³⁵⁸.

Secondo la sua posizione, legge materiale è quella che contiene una disposizione giuridicamente vincolante di una proposizione giuridica (*Rechtssatz*)³⁵⁹, cioè una regola

355 Ivi, p. 228.

356 Ivi, p. 229.

357 E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, op. cit., p. 234. Laband attribuirebbe al diritto il compito di definire i limiti della libertà naturale di azione dei singoli. Il diritto consisterebbe cioè nella limitazione reciproca dei compiti e doveri dei singoli soggetti. In questa impostazione il diritto si riduce alla definizione dei limiti tra sfera di volontà dei soggetti, limitazione che è derivata da costruzioni di diritto privato. Il diritto privato però, sottolinea l'autore, ha a che fare però solo con soggetti o gruppi presupposti come isolati. (p. 233). L'operazione di distruzione del diritto ad opera di Laband si realizza anche attraverso la sua definizione di Stato. Anche qui Laband si riferisce ad un concetto del diritto privato, cioè il concetto generale di persona giuridica. Lo Stato non è, in Laband, una personalità comune, posta in essere da dei membri autonomi in modo giuridicamente ordinato, ma è un individuo in sé chiuso e impermeabile che sta accanto alle altre persone giuridiche (p. 234). Una delle conseguenze di questa costruzione è che il diritto riguarda solo le relazioni esterne fra i soggetti ma non può regolare i processi che si compiono all'interno della personalità-Stato. Laband quindi considera come soggetto del diritto lo Stato agente e amministrante, con la quale cosa egli distrugge contemporaneamente la personalità dello Stato. Con ciò si pone nuovamente lo stesso problema, ovvero quello della limitazione tra interno e esterno, tra diritto e non diritto (p.235).

358 Secondo l'impostazione teorica elaborata inizialmente nel saggio dal titolo *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungsurkunde unter besonderer Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes*, in "Zeit. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen", 1870, pp. 625 ss.

359 P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, (1876-1882), Band II, Mohr, Tübingen, 1911, p. 2.

in forza della quale si collegano effetti giuridici alla realizzazione di uno stato di fatto³⁶⁰. Per ciò che riguarda la sua forma, e cioè il modo in cui viene emanata, la legge in senso materiale non prevede vincoli specifici, essa può essere emanata sia con la partecipazione della rappresentanza popolare sia senza di essa. Ciò che la definisce è il suo contenuto, ovvero la *Rechtssatz*³⁶¹, sia essa disposta per mezzo della rappresentanza popolare, sia solamente dal monarca³⁶².

Una specificazione del concetto si ha in Anschütz, la cui definizione viene ripresa da Schmitt come essenziale per comprendere il senso della dottrina³⁶³. Egli attribuisce al concetto di *Rechtssatz* un contenuto specifico³⁶⁴ ovvero si tratta di quelle norme che

360 P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Band I, Mohr, Tübingen, 1912, p. 115.

361 Seguendo quanto afferma Wilhelm (W. WILHELM, *Zur juristischer Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, 1. Aufl. 1958, Frankfurt am Main, 2003) il concetto di *Rechtssatz* rimanderebbe al significato che Savigny gli attribuisce. Laband, in questa prospettiva, deriva il suo formalismo dogmatico in quel formalismo *rechtsgeschichtlich* di cui si fece portatrice la scuola storica savignyana (p. 45) La scienza del diritto statale, ideata da Laband, procede dalle verità di diritto e le cerca nella giustizia logica attraverso gli strumenti della logica formale e di una scorta di categorie giuridiche le quali devono l'apparenza della loro completezza al gran numero di concetti del diritto privato, che qui servono come concetti generali del diritto. Lo stesso concetto di *Rechtssatz* è utilizzato da Laband nel senso costruito da Savigny. Per quest'ultimo la "proposizione giuridica" rappresenta quell'elemento formale che si ricava dall'osservazione dei rapporti giuridici (*Rechtsverhältnisse*), i quali si compongono di un elemento materiale, la relazione, e uno formale, che coincide con la determinazione giuridica di quella materia (p. 47). Le *Rechtssaetze* rappresentano quindi in Savigny l'elemento formale che richiede di essere riportato ad un'unità organica più alta, cioè quella consistente negli istituti giuridici. Il concetto di legge materiale labandiano si rifà quindi a quell'idea di *Rechtssatz* che in Savigny riveste un significato specificamente formale. Si comprende allora come l'attestazione del carattere di materialità che Laband attribuisce all'idea di *Rechtssatz* non ha a che fare con il vincolo ad un contenuto, ma anche qui alla forma di un certo contenuto giuridicamente rilevante. Non solo quindi Laband propone un concetto di legge puramente formale, ma lo stesso concetto materiale di legge rimanda ad una forma, anche se qui la forma è forma di una determinata materia.

362 "Sul fondamento di un'autorizzazione generale contenuta in una costituzione o in una legge speciale", P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, op. Cit., p. 59..

363 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, op. cit., p. 201.

364 Di Anschütz, sul concetto materiale di legge si veda anche G. ANSCHÜTZ, *Gesetz*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*, vol. II, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1913, pp. 212-217, dove si afferma che la legge e il diritto sono, quando si intende la legge nel suo senso materiale, concetti intercambiabili. In questa prospettiva, la legge in senso materiale non è un concetto del diritto statale (*Staatsrecht*) ma un concetto del diritto statale universale (*Allgemeine Staatsrecht*) (p. 212). Per un'analisi dei diversi modi di intendere il concetto di *Rechtssatz*, oltre quello di Laband e Anschütz, si veda Böckenförde E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, op. Cit. In particolare egli prende in esame la posizione di Jellinek secondo cui la legge materiale, come per Laband, è definita attraverso il concetto di *Rechtssatz*. Nella sua opinione è essenziale che la legge ponga diritto (p. 244). Per definire il concetto di *Rechtssatz*, Jellinek segue una via diversa da Laband, anche se i risultati a cui pervengono entrambe sono molto vicini. Per Jellinek, tutte le differenziazioni dell'attività umana derivano dalla relazione delle azioni al loro scopo. A partire da questa constatazione, dalla centralità dello scopo, egli cerca di definire anche il concetto di *Rechtssatz*. Essendo che lo scopo del diritto sta nella *soziale*

hanno a che fare con la limitazione delle sfere di volontà. I caratteri della *Rechtssatz* sono da ricercare nella direzione di volontà degli organi statali emananti la norma. Facendo riferimento alla definizione di Jellinek, dove si definiscono suddetti caratteri come “costrizione, comando coercitivo, generalità, modifica del diritto esistente, limitazione delle sfere di volontà”³⁶⁵, Anschütz sottolinea come sia soltanto l'ultimo di questi elementi a definire il concetto di *Rechtssatz*³⁶⁶. Così egli perviene alla separazione del contenuto possibile di una legge in senso formale, sostenendo che alcune contengono un *Rechtssatz*, cioè “*Norm zum Zwecke der Rechtssetzung erlassen*”, e quelle leggi prive di contenuto normativo cioè atti dell'amministrazione³⁶⁷.

Schränkenziehung, cioè nella limitazione della libera attività delle personalità, la definizione del concetto di *Rechtssatz* parte proprio da qui. Böckenförde prende poi in esame l'analisi di Georg Meyer. Anche per lui ci sono un concetto di legge formale e uno materiale e anche per lui legge materiale è uguale a *Rechtssatz*. Ma lui definisce questo concetto in modo diverso rispetto a Laband e Jellinek. L'essenza della *Rechtssatz* è di contenere non solo una *Rechtsregel* ma una *Rechtsregel* generale; solo quei regolamenti che non si riferiscono puramente ad uno o più stati di fatto definiti possono essere designati come *Rechtssätze*. Il concetto correlato ad esso è quello di una disposizione che regola il caso singolo (p. 259). Inoltre poiché deve trattarsi, nelle *Rechtssätze*, di prescrizioni generali “*rechts-verbindliche*”, quelle disposizioni che sono definite per regolare solamente l'attività dell'autorità, non ricadono sotto questo concetto.

365 Sul modo in cui Jellinek sviluppa il concetto di *Rechtssatz* si veda G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (1887), Scientia Verlag, Aalen, 1964. Qui egli afferma che se una legge ha come scopo più prossimo di limitare reciprocamente la sfera dell'attività libera delle personalità, essa è stata emanata con riguardo alla limitazione sociale. In questo caso tale legge contiene la disposizione di un *Rechtssatz*, ed è perciò una legge in senso materiale. Se essa però ha un altro scopo allora essa non è materiale ma è una legge puramente formale, che può caratterizzarsi per il suo contenuto o come disposizione di un atto amministrativo o come sentenza (p. 240). La distinzione tra contenuto della legge formale e contenuto della legge materiale sta dunque nello scopo a cui tendono. Una legge materiale deve, in questa prospettiva, fornire nuovo diritto con forza vincolante, cioè normare nell'ordinamento esistente i diritti non ancora contenuti e i doveri dei sottoposti e dello Stato, o almeno rafforzare il diritto esistente, o chiarire il diritto oscuro. Anche la ripetizione di una *Rechtssatz* già vigente in una nuova legge formale, appartiene normalmente alla legislazione materiale così come la codificazione del diritto consuetudinario (p. 241). Ogni legge contiene una *Rechtssatz* se viene emanata riguardo alla *soziale Schrankenziehung*. (p. 242). Su Jellinek si veda G. VALERA, *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello stato nel pensiero di G. Jellinek*, in R. Gherardi- G. Gozzi (a c. di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 53-118.

366 G. ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, (inaugurale Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Breitkopf und Haertel, Leipzig, 1891, p. 36.

367 Ivi, p. 47. A questo proposito Kelsen sottolinea un aspetto centrale. Nella distinzione tra un concetto materiale e un concetto formale, ciò che si voleva affermare era il fatto che *Rechtssätze* fossero emanabili anche senza partecipazione del parlamento. Si voleva cioè sottolineare che i doveri giuridici, i principi giuridici potevano essere creati, nello Stato costituzionale, anche in una forma diversa dalla forma di legge costituzionale, cioè che il monarca come capo dell'esecutivo avesse la facoltà di emanare leggi in senso materiale. Non è un caso, sottolinea Kelsen, che la dottrina che sosteneva che anche la forma dell'amministrazione potesse avere a contenuto una proposizione giuridica fosse nata in Germania nell'epoca del rafforzamento del principio monarchico: essa ne era diretta espressione. (in KELSEN H., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, in H. Klecatsky-R. Marčić-H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener*

Ma vediamo ora come si definisca il concetto formale di legge.

Per quanto riguarda il concetto formale di legge, Laband osserva che ci sono leggi la cui definizione ha a che fare non con il contenuto³⁶⁸ ma con il fatto che per esse è richiesta la partecipazione della rappresentanza popolare³⁶⁹. Qui, specifica il giurista, la parola legge non si riferisce ad una parte delle facoltà previste nel potere dello Stato³⁷⁰, ma è una forma di dichiarazione della volontà statale, una *Einkleidung*³⁷¹, indipendentemente dal quale sia il contenuto di questa dichiarazione³⁷².

Il concetto di legge in senso formale è un prodotto del nuovo ordinamento, ordinamento che fa coincidere l'idea di legge con ogni atto di volontà del legislativo, senza esaminare il suo contenuto³⁷³. Il modo in cui si istituisce il rapporto tra legge e *Verordnung*, a partire da questa distinzione, si può riassumere dicendo che ogni legge in senso materiale deve contemporaneamente essere una legge in senso formale, deve presentare cioè la forma dell'atto legislativo, a meno che una legge formale non ammetta un'altra forma, la via cioè del decreto³⁷⁴. Il che significa che i decreti giuridici possono solo essere emanati in forza di un'autorizzazione legislativa-formale³⁷⁵.

Seguendo Schmitt, ciò che viene meno in una simile costruzione è la mancanza di una chiara distinzione, per ciò che riguarda il contenuto, tra legge e provvedimento³⁷⁶. La legge formale infatti può avere qualunque contenuto, se per esso è richiesta la partecipazione della rappresentanza³⁷⁷.

rechtstheoretische Schule, op. cit., pp. 1533-1543, p. 1534. Più avanti Kelsen critica la dottrina della distinzione tra legge materiale e formale sostenendo che essa non esprime i principi propri del costituzionalismo il quale richiede che tutte le leggi materiali siano anche leggi formali (p. 1535).

368 In particolare Laband mostra come ci siano leggi, ad esempio quelle che autorizzano il governo a concludere contratti, che non contengono "alcuna disposizione, alcuna autorizzazione, alcun divieto, alcun comando. Sono cioè senza contenuto". In P. LABAND, *Zur Lehre vom Budgetrecht*, in „Archiv für öffentliches Recht“, pp. 172-196, p. 183.

369 G. ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, op. cit., p. 60.

370 *Ibidem*

371 E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, op. Cit., p. 100.

372 P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, op. Cit. p. 26. Anche in P. LABAND, *Zur Lehre vom Budgetrecht*, op. Cit., p. 186.

373 G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, Tübingen, Mohr, 1901², p. 16.

374 *Ibidem*.

375 *Ibidem*.

376 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 229.

377 Molto nota per la sua pregnanza è la critica che Haenel muove nei confronti di questa dottrina, nel suo scritto *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, (1888) Haessel, Frankfurt am Main, 1968. qui si mostra la problematicità di una concezione di legge privata del rimando ad una proposizione giuridica

Ciò che si rende evidente nella dottrina della distinzione tra legge formale e materiale è il fatto che il significato originario dell'espressione legge, cioè *Rechtssatz*, e il concetto di legge prodotto dalla ripartizione delle funzioni proprie dello Stato costituzionale, cioè legge come espressione dell'organo legislativo, sono diventati due concetti che si separano. La distinzione è tale per cui non si dà, rispetto ad essi, un concetto superiore che li inglobi in sé³⁷⁸.

Inoltre, seguendo Schmitt, la dottrina della legge in senso materiale e in senso formale, che come mostra Anschütz, gioca un ruolo fondamentale nel problema del limite tra legislativo ed esecutivo³⁷⁹, anziché affermare la preminenza del legislativo conduce a quella che prima abbiamo definito come esecutivizzazione del legislativo. Nel concetto formale di legge si è di fronte infatti all' esecutivizzazione del concetto di legge che perde i suoi caratteri di generalità sottoponendosi ad esigenze tipicamente esecutive.

È a partire dall'idea labandiana di legge che è possibile scorgere il punto a partire dal

(*Rechtssatz*). Sintetizzando, la posizione dell'autore sarebbe la seguente: per quanto pertiene al contenuto una legge formale può avere o un a proposizione giuridica oppure ciò che non è una proposizione giuridica. Per quanto riguarda la forma, una legge materiale può avere due forme: la forma della legge, ovvero quella legata alla partecipazione della rappresentanza, oppure la forma del regolamento (*Verordnung*), senza partecipazione. Ci troviamo quindi di fronte a quattro elementi distinti, due dei quali sono uguali: le leggi formali che contengono una proposizione giuridica e le leggi materiali emanate in forma di legge. Lo stesso tipo di suddivisione viene, seguendo Laband, concepita anche per i regolamenti. Regolamenti in senso formale sono tutti quegli atti di volontà statale che si compiono „sulla via del regolamento“, ovvero senza partecipazione della rappresentanza. I regolamenti in senso formale possono contenere sia una proposizione giuridica sia invece una norma amministrativa (*Verwaltungsvorschrift*). Regolamenti in senso materiale sono quelli contenenti norme amministrative e non proposizioni giuridiche (p. 106). Se si guarda alla loro forma i regolamenti in senso materiale si suddividono in norme amministrative in forma di legge e norme amministrative nella forma del regolamento. Da questa separazione in leggi materiali e formali, e regolamenti materiali e formali, Haenel deduce che se la legge formale può avere come contenuto qualcosa che non è una proposizione giuridica, il regolamento in senso formale può invece averla. Se egli condivide la seconda conclusione, per quanto pertiene alla prima ravvisa notevoli difficoltà (p. 108). Il problema è che, nella costruzione di Laband, la parola 'legge' non costituisce alcun concetto superiore (p.110). Secondo Haenel inoltre manca in Laband una definizione solida dello stesso concetto di proposizione giuridica: essa ha un significato altamente ambiguo poiché essa viene qui utilizzata sia per il diritto oggettivo (e Laband qui lo definisce come proposizione giuridica astratta) che per quello soggettivo (definito come proposizione giuridica concreta). In questo modo il concetto stesso di legge materiale non fa riferimento ad un concetto generale, di contro alla necessità, secondo Haenel, di ancorarlo all'idea di diritto oggettivo (p. 118). Da ciò si comprende come nel positivismo di Laband venga meno non solo una distinzione tra legge e amministrazione, ma anche un'idea generale di norma giuridica. Sulla critica di Haenel alla teoria labandiana si veda KELSEN H., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, op. cit.

378 G. ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, op. Cit., pp. 3-8.

379 G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, op. cit., p. 20 e G. ANSCHÜTZ, *Gesetz*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*, op. Cit., p. 213.

quale si struttura un modo di pensare che porterà successivamente al sacrificio di un'idea di diritto a favore di un'idea di legge positiva. È il positivismo l'origine di un modo di pensare che lega il diritto al piano puramente fattuale sostenendo che la legge si riduce ad atto di volontà statale³⁸⁰, e quindi che essa è sempre comando³⁸¹.

La riduzione della legge all'idea di formalità è invece osservabile a partire dalla distinzione che egli fa di due concetti di legge, uno materiale e uno formale, distinzione rispetto alla quale la legge di tipo formale assume il peso maggiore³⁸². Questa distinzione non ha a che fare con un rapporto gerarchico per cui una sta sopra l'altra, bensì entrambe si definiscono a partire da caratteri diversi³⁸³.

È interessante notare come Schmitt attribuisca al concetto formale di legge un carattere politico specifico. Si tratta ora di mostrare come Schmitt, di fronte alla bipartizione positivista di legge materiale e formale ne proponga un'altra, quella tra due concetti materiali di legge: un concetto politico di legge e un concetto di legge che rimanda all'ideale dello Stato di diritto. Inoltre occorrerà mostrare il modo in cui Schmitt appellandosi all'idea di un concetto 'politico' di legge, intenda qui l'aspetto 'politico', in maniera sostanzialmente diversa da come intende la 'politicalità' insita nell'evoluzione del concetto di legge formale. Si tratta di un politico 'formalizzato' dal diritto, e un politico totalmente svincolato dal giuridico.

Quando tratta della distinzione positivista tra legge in senso materiale, e Schmitt fa riferimento in particolare alla versione di Anschütz della definizione, e legge in senso formale, egli sostiene che si tratta per entrambi di concetti *politici* di legge³⁸⁴.

È nella *Dottrina della Costituzione* che Schmitt delinea il suo concetto politico di legge. Politico è qui il contenuto della legge, il quale però non ha niente a che vedere con l'idea che Schmitt attribuisce a quel politico che usa il concetto di legge formale come strumento del suo potere. Nel concetto politico di legge non sta l'idea di una legge

380 P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, op. cit., p. 11.

381 Ivi, p. 3.

382 Su ciò si veda Böckenförde E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, op. cit., dove si afferma, parlando di Laband e della sua distinzione, come egli “separi del tutto la cosiddetta legge formale dalla materiale e la renda l'autentico punto di partenza del concetto di legge. La legge materiale appare solo come un possibile contenuto di questa legge per eccellenza, ovvero la legge formale”, Ivi. p. 230.

383 P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, op. cit., p. 63.

384 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 224.

strumento della politica, quanto piuttosto l'idea di un diritto che dà una forma al politico, di una politica capace di costituirsi giuridicamente.

Schmitt utilizza, parlando della legge, due sensi distinti della parola 'politico'. Il primo che rimanda ad un piano puramente fattuale, in cui il politico è completamente svincolato dal diritto, instabile quindi, non durevole nè tantomeno capace di finalità ordinarie.

Parlando del concetto formale di legge, Schmitt sottolinea infatti che questo, liberandosi dal vincolo a quell'idea materiale per cui legge significa norma del diritto, è l'espressione "di un ampliamento di competenza e di potere puramente politico"³⁸⁵. Qui continua Schmitt "formalizzazione significa politicizzazione"³⁸⁶. Questa non è altro che il risultato del venir meno in questo concetto di legge di ogni rapporto con il diritto³⁸⁷. In questa accezione 'politico' significa svincolato dal diritto.

L'altro senso, quello che potremmo definire come positivo e a cui Schmitt rimanda sostenendo l'esistenza di un concetto politico di legge, ha a che fare con il fatto che il politico si colloca interamente sul piano giuridico. Nella *Dottrina della Costituzione*, Schmitt sostiene che all'interno di una moderna dottrina della costituzione, deve essere incluso un concetto politico di legge. Legge in questo senso è volontà concreta e atto di sovranità³⁸⁸. Esso però non corrisponde all'idea di un potere svincolato giuridicamente, ma che rimanda ad istituzioni concrete. Vuol dire volontà che si sottopone alla logica giuridica della stabilità e dell'ordine. Si tratta innanzitutto di una 'legge', una legge che porta in sé il politico. Il contenuto di essa ha a che fare con una decisione politica, dove per decisione Schmitt intende qui un atto di neutralizzazione del politico, quindi qualcosa che in sé è intrinsecamente giuridico. Non si tratta della decisione come fondamento positivista della legge. Non si tratta di una decisione come espressione pura e semplice di un'autorità.

Legge politica dice il giurista, non è intesa in contrapposizione a legge giuridica³⁸⁹. Il concetto politico di legge individua quelle leggi che coinvolgono la *forma* dell'esistenza

385 C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, op. cit., p.195.

386 *Ibidem*.

387 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 230.

388 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., p. 199.

389 *Ivi*, p.198.

politica³⁹⁰, cioè il politico che si concretizza in una struttura giuridica stabile e duratura. All'interno di questa logica risulta che carattere politico ha anche quel concetto di legge materiale proposto da Anschütz come limitazione nella sfera di libertà, che individua in essa una norma nella quale lo Stato stabilisce i limiti di potere tra sè e i cittadini³⁹¹. Il senso politico di questo concetto di legge sta nella decisione che esso comporta, decisione che si muove contro l'esecutivo dello Stato autoritario, cioè contro il governo del re³⁹². Seguendo Anschütz, la dottrina della distinzione tra legge formale e legge materiale è uno strumento adottato per risolvere il problema dei limiti tra esecutivo e legislativo³⁹³. Si tratta cioè di un'idea di legge che fa riferimento al contenuto concreto della lotta contro l'assolutismo. Una volta però che è venuto meno il suo senso politico, il permanere di un siffatto concetto di legge, significa utilizzare una concettualità che fa riferimento a situazioni passate³⁹⁴ e quindi svuotata e puramente formale. Si tratta del venir meno nella legge del suo rapporto con il diritto inteso come ordinamento concreto.

Il secondo concetto di legge proposto da Schmitt è, come abbiamo visto, quello che rimanda al rapporto tra legge e stato di diritto e che fa della legge un' espressione dello Stato di diritto. Presupposto di esso sono infatti secondo Schmitt norme generali³⁹⁵, cioè norme che, come vedremo in uno dei paragrafi successivi, rappresentano "regolamentazioni durevoli e generali (miranti a soluzioni uguali per fattispecie uguali) con un contenuto misurabile e determinato"³⁹⁶. Anche per questo concetto di legge Schmitt rimanda ad un contenuto specifico. Non tutto può essere

390 Ivi, p.199.

391 Ivi, p.200.

392 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 230.

393 G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien...*, op. Cit., p. 20.

394 Sul contenuto politico e ideologico di questo concetto di legge si veda Böckenförde E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, op. cit. I concetti di legge materiale e di legge formale valgono fattualmente come categorie aprioristiche. Ma essi non sono tali. Sono piuttosto nati sul fondamento di una situazione costituzionale definita e a partire dall'utilizzazione di uno specifico metodo giuridico, cioè sul fondamento della situazione costituzionale della monarchia tedesca. Tale situazione così come quei concetti non sono più validi (p. 15) "La limitazione della scienza del diritto ad una discussione ordinante ed analizzante all'interno di un sistema concettuale sicuro, e il rifiuto di ogni osservazione valorizzante era in verità, come Wieackler ha sottolineato, espressione di un principio di valore etico-sociale. Esso serviva ad assicurare in una società della *Rechtspflege*, il cui principio funzionale è la lotta regolata, una neutralità posta al di fuori della lotta degli interessi. Si cercava così di edificare con costruzioni concettuali puramente giuridiche e neutrali politicamente, la lotta di principi politici cioè la contrapposizione tra stato militare monarchico-burocratico e lo stato costituzionale borghese" (p. 214).

395 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., pp. 180 e 193-194.

396 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 230.

contenuto di una legge, ma solo ciò che si presenta secondo determinate caratteristiche, come ad esempio quella della generalità. In questo modo Schmitt chiude le porte alla possibilità di concepire come 'leggi', tutti quegli atti che hanno a che fare con l'amministrazione, e che, lungi dal determinarsi come norme generali, mirano invece a scopi specifici attraverso atti particolari e puramente fattuali.

Pensare la legge come una forma vuota corrisponde ad un modo di pensare puramente funzionalistico che rende la legge stessa qualcosa di contenutisticamente neutrale³⁹⁷, adatto ad applicarsi a qualunque scopo, sia esso rivoluzionario o reazionario. Il formalismo *senza riferimenti concreti* portava cioè con sé l'illusione che, a partire da quell'idea di formalità, fosse possibile fondare nuovi ordinamenti attraverso una via puramente legale, senza il bisogno di ricorrere a violenza o ad atti di sovversione. Come abbiamo visto parlando della legalità, qualunque movimento, qualunque contenuto, poteva usufruire di quella formalità³⁹⁸.

La legge, dice Schmitt, diventa un mezzo tecnico, e non più uno strumento giuridico. Si tratta di un mezzo tecnico che si colloca all'interno del meccanismo-Stato e che lo fa funzionare. Se la legge si trasforma in strumento tecnico, lo Stato si trasforma in meccanismo positivisticò di legalità: "al posto del *legislator humanos* si forma una *machina legislatoria*"³⁹⁹.

In una simile situazione giuridica, appellarsi all'idea di una sovranità della legge, in un momento cioè in cui la legge non ha più nessun rapporto con il diritto, e lo Stato è diventato macchina, significa concepire la sovranità come il potere del più forte.

Una legge che non ha più alcun rapporto con il diritto, una legge che non mira a formalizzare il politico nè si pone come norma giuridica, diventa quindi uno strumento privo di fondamenti. La conseguenza di una siffatta idea di legge positiva, come semplice forma, e priva di quei caratteri della generalità, della stabilità e della durata rappresentano, insieme alla centralità assunta dall'amministrazione, l'origine della crisi della scienza giuridica intesa come capacità di dare una forma unitaria e scientifica allo sviluppo della legislazione⁴⁰⁰. Compito della scienza giuridica è infatti assumere la

397 Ivi, pp. 234 e 232.

398 Ivi, p. 218.

399 C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, op. cit., p. 113.

400 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 69.

legge come materia per poi raffinarla e darle una forma, cosa che però è impossibile nella misura in cui la legge si svincola dal diritto. L' amministrativizzazione dello Stato, la fattualità liberata da qualsiasi idea di ordinamento, è ciò che produce quella che Schmitt definisce come motorizzazione del processo legislativo⁴⁰¹. La macchina legislativa, egli dice, aumenta la propria velocità: il provvedimento diventa “legge motorizzata”⁴⁰² e non solo. Il processo di accelerazione prodotto dall'ordinamento del mercato e dell'economia produce nuovi processi: “dopo il provvedimento come legge motorizzata c'è l'ordinanza come provvedimento motorizzato”⁴⁰³. In questo processo si mostra come una scienza giuridica positivista, fondata sulla legge positiva, sia destinata a esaurirsi di fronte ad uno sviluppo a cui non riesce a star dietro.

La scienza giuridica non potrà quindi più fermarsi sul piano puramente legislativo del diritto. Parlando di Savigny⁴⁰⁴, Schmitt dice, “egli conosce il valore di una buona legge ma sa, primo, che la legge è solo uno dei tanti modi in cui si manifesta il diritto degli ordinamenti concreti e, secondo, che l'essenza e il valore della legge sta nella sua stabilità e durata”⁴⁰⁵.

2.5 La norma giuridica.

Abbiamo visto come la legge positiva sia intesa da Schmitt in un duplice senso: da un lato è ravvisabile un concetto politico di legge, dall'altro un concetto di legge che rimanda all'essenza dello stato di diritto, ovvero un' idea di legge il cui contenuto sia

401 Su ciò si veda G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 8-14.

402 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giurica europea*, op. cit., p. 62.

403 *Ibidem*.

404 Sul ruolo di Savigny nello sviluppo della scienza giuridica tedesca si veda M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 3-21. Inoltre dello stesso autore si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979.

405 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 69.

una norma giuridica.

Per Schmitt, il diritto si manifesta attraverso istituzioni, decisioni e norme⁴⁰⁶. La norma giuridica assume nella sua interpretazione un significato particolare che si ricollega alla funzione che egli le attribuisce.

Perché si possa affermare la sussistenza di uno stato di diritto, sottolinea Schmitt, la norma giuridica deve avere determinate caratteristiche. Schmitt ne elenca due: generalità e stabilità⁴⁰⁷. Come mostreremo, affermare ciò non significa dire che lo stato di diritto si costituisce sul fondamento di un determinato modo di concepire la norma giuridica. La legge è una manifestazione del diritto soltanto finché essa contiene in sé un rimando al piano concreto e istituzionale. In questo senso Schmitt parlando della legge sostiene che essa deve contenere una norma, cioè un contenuto che deve avere il carattere della generalità. Esso è imprescindibile in quanto ancoramento concreto alle istituzioni dello stato di diritto. La legge è autentica manifestazione del diritto solo se contiene una norma giuridica. Solo così essa può apparire come quella grandezza obiettiva e impersonale, non dipendente cioè dai motivi personali, di chi partecipa all'attività legislativa⁴⁰⁸. La legge, per poter valere come legge, doveva cioè essere separata dalla sua genesi “se appunto non si voleva che essa venisse distrutta, nella sua volontà unitaria, dalle opposizioni interne al corpo legislativo”⁴⁰⁹. Solo così, resa autonoma dai motivi che l'hanno generata, essa può diventare “un ponte sulla laceratezza politica interna”⁴¹⁰.

Non solo la norma però si fonda sulle istituzioni proprie dello stato di diritto, e quindi su di un determinato modo di concepirne il contenuto. Infatti la norma presuppone in un altro senso un rapporto con il piano della concretezza, cioè la presupposizione di una situazione normale. Una regolamentazione legislativa presuppone concetti di normalità del tutto indipendenti da essa⁴¹¹. Come mostreremo nel capitolo successivo quando si parla di situazione normale, non ci riferiamo ad una

406 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p.

407 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., pp. 181, 193, 204, 210, 211 e *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p.259.

408 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 54.

409 Ivi, p. 56.

410 Ivi, p. 55.

411 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p. 259.

situazione di pura fattualità a-giuridica ma piuttosto di una situazione in cui il diritto è già operante in quanto ordinamento.

Per quanto riguarda il primo carattere, è da notare innanzitutto come esso si rivolga contro la degenerazione prodotta dal positivismo giuridico, degenerazione che consiste nel considerare legge qualsiasi istanza prodotta dallo Stato prescindendo dai caratteri di quella legge e quindi dal suo contenuto. In questo senso Schmitt afferma che nella distinzione positivista di legge formale e materiale, e in particolare nel venir meno di un legame tra legge formale e concetto materiale, ciò che viene meno è un legame concreto con il diritto e quindi l'essenza stessa dello stato di diritto. Questa, dice il giurista, “che derivava soltanto dal primo concetto materiale di legge, quello di legge come norma di diritto, e che si estendeva sul processo legislativo formale, venne scissa dalla sua origine e dalla sua fonte, cioè dal collegamento concreto con il diritto”⁴¹².

Lo stato di diritto rappresenta in questo senso un'istituzione giuridica che prevede un modo determinato di concepire la norma. La norma deve essere un riflesso di questa istituzione, deve “contenerla”, pena il venir meno dello stato di diritto e quindi del senso stesso della norma. Non è la norma che fonda quell'istituzione, ma è l'istituzione che dà un senso alla norma. Il fatto che un'istituzione si strutturi attraverso le norme non significa che si fondi su di esse, né che il suo senso si possa ridurre al complesso delle norme che la strutturano.

La norma si definisce innanzitutto come norma “generale”. Se si rinuncia a questo carattere, dice Schmitt, viene meno lo stesso stato di diritto⁴¹³. Nella generalità della norma, prevista dallo stato di diritto, si trova “la garanzia ultima dell'antica distinzione tipica dello stato di diritto fra legge e comando, fra *ratio* e *voluntas*”⁴¹⁴, garanzia che la legge non sia il prodotto della volontà di uno o molti uomini, bensì qualcosa di razionale e generale⁴¹⁵.

La generalità della norma che nasce sul fondamento di un modo tipico di considerare lo stato di diritto, costituisce anche il presupposto della attività giudiziaria. L'indipendenza del giudice non è infatti una qualità che prescinda dai caratteri della

412 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 230.

413 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., p. 193.

414 *Ibidem*.

415 *Ivi*, p.190.

norma, ma è una conseguenza del vincolo incondizionato a regole generali. Solo lo validità di una simile regola dà forza alla decisione giudiziaria⁴¹⁶. Le norme, da cui il giudice muove nella determinazione della sentenza, devono rendere possibili sussunzioni *determinabili* e *misurabili*⁴¹⁷.

La generalità della norma costituisce il punto a partire dal quale essa può sollevarsi sopra al caso singolo applicandosi ad esso non come comando dall'alto ma come idea generale e superiore. Su questi presupposti si fondava lo Stato legislativo, il quale, “pur soffrendo di una certa astrattezza”⁴¹⁸, poteva continuare a sussistere finché restava vivo il senso del suo normativismo che si richiamava ad una distinzione antica, cioè “quella del *nomos* contro il mero *thesmos*, della *ratio* contro la mera *voluntas*, dell'intelligenza contro la volontà cieca e priva di leggi, dell'idea di diritto fondato su norme e prevedibile contro la mera adeguatezza allo scopo, dipendente dalla mutevole situazione concreta, del provvedimento e del comando, del razionalismo contro il pragmatismo e l'emozionalismo, dell'idealismo e del diritto giusto contro l'utilitarismo, dell'utilità e del dover essere contro la cogenza e l'urgenza delle condizioni concrete”⁴¹⁹. Ma questa idea di legge può valere soltanto finché l'ordinamento concreto che le sottende corrisponde all'idea di una coincidenza tra maggioranza parlamentare e volontà popolare. L'astrattezza di questa idea di legge è tale solo fino ad un certo punto. È l'astrazione prevista sul fondamento di un ordinamento concreto che prevede quella che nel paragrafo precedente abbiamo definito, seguendo Schmitt, come una fiducia cieca nei confronti del legislatore. Venuti meno i presupposti concreti di questa idea di legge “si corre il rischio di chiudere gli occhi di fronte alla concreta situazione e di aggrapparsi ad un concetto formale-funzionalistico di legge, assolutamente neutrale sul piano dei valori”⁴²⁰.

Venuti meno i presupposti concreti di quello specifico concetto di legge, non ha

416 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, op. cit., p.181.

417 C. SCHMITT, *Il Custode della Costituzione*, op. cit., p. 37. A tal proposito è importante sottolineare come qui Schmitt non intenda fondare la decisione giudiziaria completamente a partire dal contenuto della legge. In *Gesetz und Urteil*, Schmitt mostrava infatti come il principio della totale sussunzione della decisione sotto la legge non fosse in grado di spiegare in maniera esauriente il passaggio dalla legge alla decisione, soprattutto per quei casi che rispetto alla prassi rappresentavano dei casi di eccezione (p. 39).

418 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p.219.

419 *Ibidem*.

420 Ivi, p. 232.

più senso appellarsi ad esso, senza con ciò misconoscere il senso che il diritto dovrebbe avere.

In un contesto radicalmente mutato portare avanti un concetto di legge come quello sostenuto da Rousseau e successivamente da Malberg significa sostenere un concetto di norma puramente astratto e quindi abdicare alla possibilità che il diritto sia molto di più che una tecnica amministrativa di gestione delle relazioni.

Rispetto a Rousseau la critica di Schmitt muove proprio a partire dall'idea che qui la legge implica “un'astratta distanza da ogni contenuto concreto”⁴²¹: una legge immutabile e costante ha la funzione di rendere uniforme e controllabile l'esercizio del diritto e di dare un fondamento, oltre che alla certezza del diritto, all'indipendenza del giudice. Essa garantisce infine ciò che i giuristi moderni hanno chiamato "inviolabilità della legge"⁴²². Il punto da cui muove Rousseau, secondo Schmitt, e che lo porterebbe a svuotare il concetto di legge da qualunque contenuto è l'idea di una libertà incondizionata, naturale e inalienabile dell'individuo, libertà rispetto alla quale l'individuo non deve sacrificare nulla⁴²³. Essa rappresenta non solo il punto di partenza, ma vorrebbe essere anche la conseguenza di una siffatta costruzione. L'affermazione di questa libertà incondizionata porta Rousseau ad affermare che di fronte all'individuo non c'è altro che la volontà generale. Nella legge, il cui unico carattere consiste nell'essere espressione di questa volontà generale, viene perduto qualunque legame dell'idea di un diritto a partire da un contenuto concreto.

Il senso che quindi Rousseau attribuisce alla generalità della legge è un senso intrinsecamente astratto. La legge è generale qui solo perchè corrisponde alla volontà generale. In questa corrispondenza immediata tra volontà e legge si realizza da un lato la riduzione del diritto a legge⁴²⁴ e questa alla corrispondenza ad una volontà generale la cui sostanza non è definibile se non mediante elementi puramente formali. A partire da questa idea di generalità come pura astrazione, la legge come espressione della volontà generale "trova il proprio fondamento come diritto e non soltanto come semplice

421 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 139.

422 *Ibidem*

423 Ivi, p. 142.

424 Su ciò si veda anche lo scritto *Staat al konkreter..* dove Schmitt afferma "il diritto si trasforma sempre più in una legge statale utilizzata dalla giustizia statale e che trova la sua forma di apparizione appropriata nella codificazione legislativa statale". Op. cit., p. 379.

criterio generale o norma regolativa"⁴²⁵. Nella sua coincidenza interna tra essere e dover essere⁴²⁶, la volontà generale è ciò che conferisce carattere di diritto a una disposizione e fa "di un ordine puramente fattuale una norma giuridica avente vigore di obbligare"⁴²⁷.

La generalità della legge, così come concepita da Rousseau, è quindi generalità nel senso dell'astrazione. Il senso di questa affermazione diventa più chiaro mostrando come questa visione venga contrapposta da Schmitt, all'idea di legge di Montesquieu, il quale porterà avanti un concetto di legge concreto e davvero *positivo*, nel senso che il contenuto di quella legge corrisponderà ad una norma il cui significato deriva dal modo concreto in cui si costituisce l'ordinamento. Anche qui la legge rappresenta qualcosa di generale, ma in un senso diverso da quello della pura astrazione.

Il punto di partenza dell'interpretazione schmittiana di Montesquieu muove dall'idea della rilevanza che i poteri intermedi assumono all'interno dell'opera del pensatore francese⁴²⁸. È nella funzione di mediazione che svolgono questi poteri che diventa possibile una legge come garanzia della libertà civile.

Le leggi fondamentali, osserva Montesquieu, *presuppongono* delle istanze mediatrici⁴²⁹, istanze che impediscono manifestazioni arbitrarie della volontà statale⁴³⁰. Non è la legge in quanto tale che impedisce la possibilità di una degenerazione nel dispotismo, ma la sussistenza di questi poteri intermedi, attraverso i quali la legge diventa garanzia di libertà. Per salvaguardare il ruolo di mediazione dei *corps intermédiaires*, Montesquieu introduce un elemento che insieme al primo costituisce, nella visione di Schmitt, il fulcro e il cuore della dottrina del pensatore francese, cioè quello dell'equilibrio dei poteri⁴³¹.

Di contro all' *Aufklärung* che considerava lo Stato come una macchina che, attraverso le leggi datele dal legislatore, funzionava immediatamente in modo perfetto, Montesquieu opponeva la sua idea della giusta *balance* tra i poteri che costituiscono lo Stato. Punto centrale del pensatore francese non consisterebbe quindi nella *divisione* dei poteri,

425 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 130.

426 Ivi, p. 152.

427 Ivi, p. 154.

428 Ivi, p. 132.

429 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1, II, cap. 4.

430 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p. 132.

431 Ivi, p.135.

quanto piuttosto nel loro *equilibrio*, e nella loro armonia. Non comprendere la centralità dell'immagine della bilancia, non comprendere il suo esserne il presupposto fondamentale, significa non capire il senso della stessa divisione e separazione dei poteri. Nell'idea della bilancia si mostra come il fulcro dell'idea di divisione consista nel “consegnare un sistema di controlli, freni e legami scambievoli”⁴³². “*Le pouvoir arrête le pouvoir*”, sottolinea Schmitt citando Montesquieu⁴³³.

Con questa dottrina Montesquieu dimostrò il coraggio di chi seppe opporsi non solo all'idea di un potere centralizzato come quello che si stava sviluppando in Francia, ma anche contro un'idea di democrazia come potere immediato. In entrambi i casi, la possibilità del dispotismo diventava una possibilità reale⁴³⁴. Dispotismo e assenza di libertà significa una pienezza di potere priva di mediazioni⁴³⁵.

È all'interno di una simile analisi che, nell'ottica di Schmitt, Montesquieu si mostra, nella sua visione della legge, agli antipodi rispetto a Rousseau e al suo razionalismo astratto. Per Montesquieu il carattere generale della norma giuridica non significa affermazione di un valore assoluto della legge. Non si tratta di porre la legge, e quindi la funzione legislativa al di sopra degli altri poteri. La legge diventa garanzia di libertà solo sul presupposto dell'equilibrio dei poteri, ovvero sul presupposto di un certo modo di concepire la concretezza dei rapporti di potere. È l'equilibrio la vera garanzia della libertà civile, e l'equilibrio è il vero fondamento concreto della legge. È il legame a questo fondamento che fornisce alla legge il suo contenuto concreto e anche la sua stessa generalità. Generalità significa quindi concepire per la formazione delle leggi un unico fondamento a partire dal quale queste si costituiscono. Qui la generalità consiste quindi non nell'astrazione ma nella stabilità del suo fondamento. Generale significa l'esistenza di una legge immutabile e costante, capace di rendere uniforme e controllabile “l'esercizio del diritto e di dare così un fondamento, oltre che alla certezza del diritto, all'indipendenza del giudice e alla libertà civile”⁴³⁶.

Si comprende da sé la profonda distanza che questa idea di legge ha rispetto a quella che

432 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p.133.

433 *Ibidem*. Cit. da MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, 4.

434 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. cit., p.135.

435 *Ivi*, p. 136.

436 *Ivi*, p. 139.

poi si svilupperà con lo Stato amministrativo, una legge questa come strumento puramente tecnico e svincolato da qualunque contenuto⁴³⁷. L'idea di norma del positivismo giuridico, sembra dirci Schmitt, affonda le sue radici nella concezione rousseauiana della legge, nella pura astrazione di una norma che riceve il suo valore, un valore assoluto, da ciò da cui promana. In questo senso Schmitt richiama l'attenzione sul pensiero di un giurista francese, il cui positivismo richiama le tesi di Rousseau. Si tratta di Carré de Malberg, rispetto al quale Schmitt sottolinea l'idea di un totale svuotamento del contenuto concreto della legge, dei caratteri relativi alla generalità e alla durata della regolamentazione. Fondamento di tale idea formalistica di legge si riduce al fatto che "la volontà del parlamento costituisce direttamente la volontà del popolo sovrano, la stessa volontà generale"⁴³⁸.

I caratteri negati da Malberg, sono però il fondamento dello Stato di diritto⁴³⁹, il fondamento concreto su cui dovrebbe costituirsi la legge. Se la legge non si fonda sull'ordinamento concreto dello Stato di diritto, essa diventa niente altro che lo strumento meramente funzionalistico nelle mani di chi, momentaneamente e in maniera estemporanea, costituisce la maggioranza. Così vengono meno tutte le garanzie di giustizia e razionalità⁴⁴⁰. In ciò si mostra chiaramente come in questione non sia tanto il contrasto che c'è fra diritto e legge, ma quello di un concetto di legge esattamente inteso⁴⁴¹. Nell'idea che la legge non sia niente di più che ciò che è prodotto con il

437 Su come, nello sviluppo della modernità, si diano due concetti distinti di norma si veda A. SUPLOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, Paris, 2005, dove l'autore afferma come, da un punto di vista giuridico, ci sia qui "il tentativo di sintesi di due figure di norma che si oppongono da quando è nata la scienza moderna. Da un lato la norma giuridica, che deriva la sua forza da un dover essere; dall'altro lato la norma tecnica che deriva la sua forza da una conoscenza scientifica di un essere che essa vuole utilizzare. Guidato dall'ambizione di sostituire l'amministrazione delle cose al governo degli uomini, l'occidente moderno si è sforzato di avvicinare queste due figure di norma: da un lato riducendo il diritto allo stato di una tecnica vuota di senso, che non avrebbe nulla da dire sul valore e dovrebbe essere giudicata come la norma tecnica in rapporto alla sua efficacia; e dall'altra parte mettendo la normalizzazione tecnico-scientifica della "Ressource humaine" al cuore del suo sistema di valori". Ivi, p. 227.

438 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p. 232. Di Malberg si veda CARRÉ de MALBERG R., *La legge espressione della volontà generale*, (tit. or. *La loi expression de la volonté generale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, 1931), (a c. di) M. Calamo Specchia, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 5-42.

439 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., p.193.

440 C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, op. cit., p.234.

441 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. cit., p.193.

procedimento prescritto per la legislazione ciò che manca è il *Nomos*⁴⁴². Il concetto di *Nomos* significa già qui, anni prima della stesura de *Il nomos della terra*, l' ancoramento della legge, come manifestazione del diritto, al diritto come ordinamento concreto. Nel sostenere che ciò che viene meno è il *nomos*, di cui tratteremo nel capitolo successivo, Schmitt solleva la questione del disconoscimento del carattere generale della norma giuridica⁴⁴³, dell'antico concetto razionale di una vera legge⁴⁴⁴. Generalità abbiamo già visto come significhi avere un fondamento stabile su di un ordinamento concreto, sulla strutturazione di un certo modo di concepire i rapporti politico-sociali. Riprendendo l'idea di razionalità dell'antico concetto di legge, Schmitt riprende quella tradizione, antecedente a Platone, nella quale la razionalità era qualcosa che trovava il proprio fondamento sul piano del reale. Appellarsi ad un concetto razionale di legge significa per Schmitt ribadire ciò che è contenuto nell'idea di generalità: razionale è quel concetto di legge che affonda le proprie radici nel piano dell'immanenza. *Nomos* quindi non viene inteso come norma a sé stante, ma diritto in senso ampio, diritto da cui la norma trae la sua origine. *Nomos* è quel complesso di norma, decisione ed ordinamento concreto dove quest'ultimo rappresenta il fondamento degli altri due elementi, dove quest'ultimo è ciò che conferisce agli altri elementi i caratteri propri di ciò che può essere considerato come diritto.

Per comprendere come il contenuto della norma tragga la sua origine dall'ordinamento concreto bisogna mostrare quale sia il posto che essa occupa all'interno di quella che può essere definita come forma giuridica.

La norma giuridica rappresenta quell'elemento che, all'interno della forma giuridica, si colloca, rispetto al piano fattuale, al livello più alto di astrazione. Questo collocarsi su di un piano 'superiore' non sta a significare che la norma rappresenti il fondamento del diritto, ma, al contrario, è la norma che trova il suo senso a partire dalla concretezza.

Per comprendere come questo rapporto si strutturi occorre sottolineare il modo in cui Schmitt definisca da un lato la concretezza e dall'altro la fattualità. Mentre parlando della prima il giurista tedesco fa riferimento ad una situazione già strutturata

442 *Ibidem*.

443 *Ibidem*.

444 *Ibidem*.

giuridicamente, per ciò che pertiene la seconda, siamo di fronte ad una situazione puramente politica in cui il modo in cui si realizza il potere consiste nell'assenza totale di vincoli, nell'emergere della pura forza. Rispetto al piano della pura fattualità la norma rappresenta quell'elemento della forma giuridica che si colloca sul punto più lontano. Normatività e fattualità sono infatti campi del tutto differenti⁴⁴⁵. Su questa distinzione si sviluppava, come abbiamo visto, la critica che Schmitt elaborava nei confronti del concetto di legge del positivismo: questo infatti era inscindibilmente legato alla fattualità del potere da cui essa promanava. Per Schmitt, la norma deriva il suo contenuto non dalla mera fattualità del potere, ma dalla concretezza di un piano ordinamentale strutturato giuridicamente. La norma non viene toccata così dal piano della fattualità, rispetto al quale essa si colloca ad una distanza irriducibile.

Se, rispetto alla fattualità, la norma si muove su di un piano radicalmente differente, rispetto al piano della concretezza essa può distanziarsi solo fino ad un certo punto. Ordinamento, decisione e norma costituiscono insieme quel complesso che è la forma giuridica, strutturandosi in modo tale che nessuno dei singoli elementi sussiste senza gli altri. Così la norma ha un rapporto particolare con l'ordinamento concreto. Essa lo presuppone nella misura in cui è questo a fornirle il luogo di una sua possibile applicazione. La norma infatti si fonda su di una situazione di normalità⁴⁴⁶, normalità che non è concepita come un dato assoluto, ma piuttosto come il risultato di una strutturazione giuridica che coglie una determinata situazione come “normale”.

In questo senso la norma non è mai una pura forma e, seppur staccandosi concettualmente dall'ordinamento concreto, nondimeno, per essere efficace, può farlo “solo fino ad una certa altezza”⁴⁴⁷. La norma, distinta radicalmente dal piano della mera fattualità, ha invece un rapporto con la concretezza tale per cui può distanziarsi da esso solo in misura ridotta, perchè “se essa supera tale misura, non riesce più a toccare il piano che deve regolare e *perde ogni significato*. La regola segue la situazione mutevole per la quale è fissata (...) Essa governa una situazione solo finché questa non è

445 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p. 257.

446 Da qui la critica di Schmitt nei confronti della teoria kelseniana (in *Teologia politica*, op. cit., p. 45) secondo la quale la norma può fondarsi soltanto su di una norma (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925, p. 45).

447 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., p. 259.

diventata totalmente abnorme⁴⁴⁸.

La norma quindi rappresenta quella parte della forma giuridica che rappresenta il prodotto della *generalizzazione* sul piano astratto dei contenuti propri dell'ordinamento concreto. Il passaggio tra ordinamento concreto e norma si realizza per mezzo della decisione, elemento di intermediazione tra i due piani. La norma è quindi generale in quanto al suo legame con il contenuto a cui rimanda, cioè l'ordinamento concreto. Essa rimandando al piano concreto non rimanda a qualcosa di individuale e particolare, ad un semplice fatto, ma rimanda alla strutturazione generale in cui si concretizza l'ordinamento giuridico.

La norma quindi è legata al piano ordinamentale dal quale riceve il suo senso. Il piano della fattualità invece le è completamente estraneo. A tale proposito ci sembra importante prendere in esame lo scritto di Schmitt del 1914 sul valore dello Stato, saggio in cui la distanza tra norma e potere fattuale⁴⁴⁹ viene mostrata nella sua irriducibilità. *Der Wert des Staates* è un testo che, per certi aspetti, risulta di difficile interpretazione, difficoltà che ha portato alcuni critici a considerarlo come un testo a sé stante, e in contraddizione con le tesi che l'autore sostiene nelle sue opere successive. In realtà già in questo testo si ravvisano alcune idee che si svilupperanno poi in maniera più chiara, ma che già qui mostrano la loro importanza.

Un primo elemento per comprendere la tesi sostenuta da Schmitt in quel testo è sottolineare come lì Schmitt parli del diritto, intendendo specificamente per esso la norma giuridica. Si vede infatti come nel testo Schmitt usi indifferentemente il termine diritto e quello di norma⁴⁵⁰. Pur rimanendo sul piano solamente normativo, quindi senza sviluppare quella che poi diventerà la sua concezione sul diritto, si notano qui alcuni

448 *Ibidem*.

449 Il modo in cui interpretiamo il testo sul valore dello Stato è diversa dal modo in cui la intende Duso. Per Duso in questo saggio Schmitt esprimerebbe la sua concezione sul diritto in generale. Si evidenzerebbe qui, a suo avviso, una concezione del diritto come istanza che trascende lo Stato e la cui struttura teoretica coincide proprio con il rimando inevitabile al piano della trascendenza. In G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, op. Cit., pp. 199 ss. A nostro avviso e partendo dalla constatazione che Schmitt fa esplicito riferimento al diritto inteso come norma, il rimando ad un piano altro rispetto a quello della concretezza, riguarda solo una parte del diritto, quella che si riferisce all'ambito normativo. D'altra parte lo stesso discorso che Schmitt fa qui sulla separazione tra fattualità e normatività viene ripreso anche nello scritto sui tre tipi di pensiero giuridico. Anche qui il riferimento non è al diritto, ma alla sola norma.

450 Si vedano in particolare le pagine 17 e 42.

elementi di continuità con le tesi successive, in particolare quella della distanza che viene istituita tra norma e piano puramente fattuale, la critica che già qui agisce nei confronti del positivismo giuridico, e infine l'affermazione della specificità giuridica del problema della realizzazione del diritto⁴⁵¹, nonché l'idea che la legge positiva non esaurisce il diritto che va ben al di là dei contenuti posti da quella.

Come abbiamo visto per Schmitt normatività e fattualità sono dei piani distinti. La norma presuppone una situazione di normalità che non è un dato fattuale, ma una situazione giuridicamente determinata. Parlando del diritto come norma, Schmitt sostiene nel saggio del 1914, che questa per poter essere ugualmente valida nei confronti dei fatti non può fondarsi su relazioni puramente fattuali⁴⁵², non può essere inserita nel meccanismo dell'accadere fattuale⁴⁵³. In questo senso non solo la norma non fa parte del mondo dell'essere, ma non può nemmeno essere derivata da questo⁴⁵⁴. La separazione tra normatività e fattualità è tale per cui i due mondi non si toccano mai⁴⁵⁵. Su tale spazio agisce la critica di Schmitt nei confronti di coloro che reputavano il diritto, e quindi qui la norma, come legato al potere e derivante da esso. Se il diritto può essere derivato dai fatti, dice il giurista, allora non c'è alcun diritto⁴⁵⁶. Ridurre il diritto a ciò che viene di volta in volta emanato dal potere di turno⁴⁵⁷, significa considerarlo niente di più che un elemento che rispetto ai fatti non si innalza a nessun livello superiore. Non si capisce quindi come potrebbe, una norma così intesa, agire in maniera uniforme nei confronti di questi. Il contenuto della norma non può essere un volere⁴⁵⁸, un elemento dell'essere e della fattualità. In questo testo Schmitt non specifica da dove la norma riceva il suo significato, ma seguendo quello che dirà successivamente, potremmo dire che la norma non è toccata in nulla dalla fattualità, bensì riceve il suo contenuto da quell'ordinamento concreto che ne fornisce il senso giuridicamente rilevante e la capacità di porsi al di là dei singoli fatti. È a partire dal suo fondamento

451 In questo senso egli dice "La norma non può mai essere il soggetto della sua realizzazione", in C. SCHMITT, *Der Wert des Staates*, op. Cit., p. 42.

452 Ivi, p. 22.

453 Ivi, p. 24.

454 Ivi, p. 26.

455 Ivi, p. 24.

456 Ivi, p. 37.

457 Ivi, p. 73, "il diritto non è volontà dello Stato".

458 Ivi, p. 39.

che non è puro fatto ma ordinamento che la norma può innalzarsi al di sopra dei fatti e applicarsi ad essi come qualcosa di generale e stabile.

Un secondo elemento contenuto in *Der Wert des Staates* ci fa capire come già in questo saggio siano all'opera tematiche poi sviluppate in maniera più organica e chiara. Nel parlare dello Stato, Schmitt sottolinea che considerarlo come qualcosa di razionale, come il soggetto dell'*ethos* giuridico⁴⁵⁹ vuol dire distinguerlo radicalmente da un potere puro e semplice. In questo senso è possibile parlare dello Stato, come stato di diritto⁴⁶⁰. Non lo si intende qui come un singolo oggetto concreto della realtà⁴⁶¹. Non si tratterebbe dello Stato preso come un meccanismo fattuale, ma dello Stato come costruzione del diritto⁴⁶². Lo Stato, potremmo dire, inteso come istituzione giuridica, è un prodotto del diritto il quale ne costituisce l'essenza⁴⁶³ e ne fornisce i caratteri essenziali⁴⁶⁴. Definire lo Stato come stato di diritto, non significa affermare la concordanza accidentale dei rapporti fattuali con un complesso di norme giuridiche ma questa definizione “determina e afferra nella combinazione dello Stato e del diritto, lo Stato dal diritto”⁴⁶⁵.

459 Ivi, p. 14.

460 Ivi, p. 54.

461 Ivi, p. 44.

462 Ivi, p. 56.

463 Ivi, p. 51.

464 Ivi, p. 54.

465 *Ibidem*.

3. Ordinamento e *Nomos*: il valore giuridico della concretezza.

3.1 La 'normalità' come concetto giuridico.

Abbiamo visto nel precedente capitolo come, per Schmitt, la norma non fondi un ordinamento, ma sia piuttosto definita sulla base di questo. La norma riceve il suo senso e il suo contenuto a partire dal piano concreto di cui rappresenta un'astrazione. Il rapporto tra norma e ordinamento si chiarisce mediante il rinvio ad un concetto-chiave, seppur non sviluppato in maniera organica, che Schmitt utilizza fin dalle sue prime opere. Si tratta dell'idea di normalità.

È a partire dallo scritto sulla dittatura che tale concetto emerge, nella sua centralità, per comprendere il modo in cui l'ordinamento si strutturi e fornisca alla norma quel legame con il piano della concretezza senza il quale essa non sarebbe altro che una vuota astrazione. È nella dialettica che il concetto di normalità istituisce con l'idea di stato di eccezione, e quindi di 'anormalità', che si può cogliere il senso e la rilevanza che Schmitt attribuisce a questo concetto. Si tratta di un'idea essenziale per comprendere l'ordinamento come elemento specificamente giuridico.

Il dittatore si configurava, nella visione di Schmitt, come colui che aveva il compito di ripristinare una situazione in cui fosse di nuovo possibile l'applicazione della norma⁴⁶⁶. La norma presuppone infatti una situazione di normalità⁴⁶⁷. Affinchè si possa decidere se sussista o meno uno stato di eccezione, e quindi se si sia di fronte ad una situazione di anormalità, è necessario aver prima stabilito cosa sia la normalità, in che modo essa si strutturi e come si sviluppi. Determinare in cosa consista l'idea di normalità dell'ordinamento è quindi il primo passo per discriminare all'interno dell'idea di

466 C. SCHMITT, *La Dittatura*, op. Cit., p. 148.

467 Ivi, p. 149.

ordinamento ciò che è normale da ciò che non lo è. Per determinare il modo in cui si struttura il concetto di dittatura è essenziale prima determinare cos'è una situazione normale, situazione che deve essere ripristinata mediante la dittatura⁴⁶⁸.

Una determinazione di cosa significhi normalità è quindi non solo presupposto dello stato di eccezione e della valutazione se esso esista o meno, ma anche scopo dello stesso, in modo tale che l'idea di stato di eccezione è spiegabile solo mediante il riferimento alla dialettica che essa istituisce con lo stato di normalità. L'idea di un ordinamento 'normale' non è soltanto presupposto dell'idea di stato di eccezione, ma della costituzione stessa, di cui lo stato di eccezione rappresenta, come abbiamo visto, un momento interno. Presupposto della costituzione è infatti una situazione oggettiva definita come normale⁴⁶⁹. All'interno della costituzione l'idea di normalità si esprime attraverso i concetti di sicurezza ed ordine pubblico i quali, lungi dall'identificarsi con il diritto di polizia, diventano categorie di diritto costituzionale in senso eminente⁴⁷⁰. Attraverso il rimando a questi concetti si esprime il fatto che la costituzione per poter avere un senso che vada al di là della mera determinazione di principi formali, trova il suo senso concreto nel presupposto stesso di quei principi formali.

Nell'idea di sicurezza e ordine pubblico, il riferimento è a quello spazio di normalità in cui le norme possono avere concreta effettività. 'Sicurezza' e 'ordine pubblico' sono le parole con cui una certa idea di normalità viene detta all'interno della costituzione, il modo in cui nel Stato moderno si esprime il fatto essenziale che la norma non possa applicarsi ad una situazione abnorme. In questo senso Schmitt sosteneva come il concetto essenziale dell'art. 48 della Costituzione di Weimar fosse quello insito

468 C. SCHMITT, *Dittatura*, op. Cit., p. 305.

469 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 284.

470 Ivi, p. 283. Su come sicurezza e ordine pubblico si configurino come principi immanenti dell'ordinamento giuridico si veda P. G. Grasso, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006. L'autore mostra come anche nella nostra giurisprudenza ricorra il motivo secondo cui "la tutela dell'ordine pubblico è giustificata non in virtù di disposizioni esplicite, ma per un principio implicito ed onnicomprensivo, 'immanente in ogni ordinamento giuridico', in quanto destinato a garantire le condizioni di fatto proprie 'della pace, della tranquillità sociale, della sicurezza delle persone' (cass, sez. III, 13 luglio 1951). Proprio dalla accettazione preventiva di un tale principio sono stati desunti: a) l'idea dell'esistenza di limiti taciti ed impliciti per tutte e quante le garanzie dei diritti fondamentali sanciti dalla costituzione; b) il riconoscimento di un'ampia potestà di emanare provvedimenti straordinari come propria degli organi statali "quale mezzo per concorrere, se necessario, ad assicurare allo Stato le condizioni per realizzare i fini etici e giuridici che gli sono propri" (pp. 80 e 81).

nella formula 'sicurezza e ordine pubblico'⁴⁷¹. Presupposto dello stato di eccezione, esso rimanda infatti al presupposto stesso su cui si fonda la costituzione e in tal senso è ciò che in fondo non può essere mai toccato e messo in discussione dall'azione all'interno dello stato di eccezione. Ciò che è normale, dice Schmitt, non può essere toccato dall'art. 48⁴⁷², in quanto rappresenta il presupposto stesso di quell'articolo, il luogo in cui esso trova il suo senso e il suo limite. L'art. 48 rinvia infatti ad un carattere specifico dell'ordinamento all'interno del quale la costituzione stessa trova il suo spazio. Il suo compito si sostanziava quindi nel ricostituire quello spazio di normalità, all'interno del quale la costituzione poteva continuare ad essere effettiva.

Il compito di uno Stato *normale* consiste quindi soprattutto nel garantire quella situazione di normalità grazie alla quale le norme possano avere valore⁴⁷³. La funzione essenziale dello Stato moderno sta quindi in qualcosa di essenzialmente giuridico, ha a che fare con il diritto e con la possibilità stessa di esistenza delle norme. Nel garantire la normalità, lo Stato preserva il fondamento della costituzione stessa, lo spazio all'interno del quale i principi costituzionali trovano concreta applicazione.

Lo Stato in quanto unità è ciò che può garantire questa situazione di normalità: esso è l'unità decisiva, una parte di ordinamento concreto, la situazione normale⁴⁷⁴. Lo Stato viene quindi visto da Schmitt, come vedremo meglio successivamente, non come potere di decisione ma come ordinamento in sé chiuso, il cui compito essenziale è quello di creare una situazione che ha a che fare con la possibilità della norma e della sua applicazione.

Se il concetto di normalità, in rapporto al tema della dittatura, si mostrava ed esprimeva mediante i concetti di sicurezza ed ordine pubblico, negli scritti successivi esso apparirà più chiaramente come qualcosa che ha a che fare con l'idea di ordine in un senso ampio.

Se sicurezza e ordine pubblico rappresentano il modo in cui la normalità si mostra a livello costituzionale, il loro senso specifico si comprende a partire dal livello ordinamentale, cioè al livello del piano concreto ed immanente dove si sviluppano le

471 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 285.

472 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 284.

473 C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, op. Cit., p. 130.

474 C. SCHMITT, *Etica di stato e stato pluralistico*, op. Cit., p. 233.

concrete relazioni tra gli individui. Ogni norma, dice Schmitt, richiede una "strutturazione normale dei rapporti di vita"⁴⁷⁵. La normalità, in questo senso, è sia il presupposto della norma, il punto a partire dal quale essa trae il suo contenuto, sia il principio della sua "efficacia immanente"⁴⁷⁶. Cioè non solo la norma dipende, per ciò che riguarda la sua origine, dalla normalità, ma anche nel processo inverso, dalla norma alla normalità, nell' applicazione della stessa al piano concreto, la norma dipende da questo. Essa nasce dalla normalità e si applica sulla normalità.

La centralità della normalità sposta l'attenzione del giurista dal piano dell'astrazione, di cui è espressione la norma, a quello concreto in cui si realizza la normalità. La normalità come 'strutturazione normale dei rapporti di vita' significa osservazione delle dinamiche concrete. Chiedersi cosa si intenda per una situazione normale, chi sia un uomo normale, quali siano "le figure concrete di una vita da considerare giusta"⁴⁷⁷, significa affrontare la questione di quali siano le figure tipiche su cui il pensiero giuridico costruisce il suo senso e la sua direzione. Esse rappresentano delle "presunzioni concrete", senza le quali non c'è né teoria né prassi giuridica⁴⁷⁸. Le presunzioni da cui parte il giurista non sono cose da lui create, ma derivano dall'osservazione concreta "di una situazione ritenuta normale e di un tipo umano inteso come normale"⁴⁷⁹. Si comprende da qui come l'ancoramento al piano della concretezza da cui muove il giurista non sia tanto quello della mera fattualità⁴⁸⁰, dei fatti presi per se stessi come aventi in sé un qualche significato giuridico.

La concretezza a cui fa riferimento Schmitt è uno spazio definibile mediante la categoria della normalità intesa come categoria giuridica. Il legame del concetto di normalità al piano giuridico dell'ordinamento concreto si mostra in maniera chiara nel momento in cui Schmitt la distingue dalla regolarità di una visione funzionalistica dei rapporti interni a un determinato sistema⁴⁸¹. La critica allo sviluppo di uno Stato in

475 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 39.

476 *Ibidem*.

477 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 250.

478 *Ibidem*

479 *Ibidem*.

480 A questo proposito non si può concordare con l'idea di Irti secondo cui l'identificazione di diritto e ordine concreto, operata da Schmitt, riduce la giuridicità in pura fattualità. In N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 60.

481 In questo senso la posizione di Schmitt quando fa appello ad un sistema strutturato e concreto si pone in un certo senso agli antipodi rispetto alla visione funzionalistica del sistema sociale e quindi del

direzione di una completa tecnicizzazione e funzionalizzazione, si gioca anche a questo livello. Il "funzionalismo della mera regolarità"⁴⁸², tipico di una società di scambio tecnicizzata nella quale gli elementi in gioco si strutturano in base alla funzione che rivestono e secondo rapporti calcolabili, non può essere trasposto in altri settori della vita. Ci sono settori infatti che non sono sorti a partire da una visione tecnicistica, ma che si sono costituiti "in modo istituzionale"⁴⁸³. In essi l'ordine non può coincidere con la regolarità in senso tecnico. Il funzionalismo non può essere trasposto in questi settori di vita senza che ciò significhi la distruzione dell'ordinamento che li sorregge⁴⁸⁴.

L'idea di normalità rimanda quindi ad una dimensione che non può essere ridotta ad una struttura che tecnicizza e normativizza i rapporti rendendoli funzioni calcolabili e prevedibili, ma ha a che fare con l'osservazione del piano concreto e della sua "sostanza"⁴⁸⁵. Il rimando all'idea di istituzione e di sostanza giuridica significa, ripete Schmitt, che "essi hanno in sé i concetti relativi a ciò che è normale, al tipo normale, alla situazione normale"⁴⁸⁶, normalità in base alla quale si struttura il loro ordine interno. Il tipo normale, la situazione normale, l'esistenza di figure tipiche all'interno delle istituzioni, è ciò che conferisce alla norma la sua sostanza. "La vita in comune dei coniugi nel matrimonio, dei membri di una famiglia nel nucleo familiare, dei membri di una stirpe nell'associazione di stirpe, dei membri di un ceto nel ceto, degli impiegati dello Stato, dei chierici di Chiesa, dei compagni di un campo di lavoro, dei soldati di un esercito"⁴⁸⁷ non può essere definibile mediante pure e semplici regolamentazioni contrattuali. Normalità è quindi ciò che definisce un modo specifico del concretizzarsi

sistema-diritto di Luhmann. Il funzionalismo di Luhmann appare evidente nella sua stessa definizione di sistema che "non è inteso come un insieme di regole armonizzate l'una con l'altra, bensì è un contesto di operazioni fattuali che, in quanto operazioni sociali, consistono in comunicazioni". In N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 40-41. E inoltre egli definisce nel modo seguente il sistema giuridico: "il sistema giuridico di una società è costituito da tutte le comunicazioni sociali che vengono formulate con riferimento al diritto". In N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 61. Il centro della costruzione luhmanniana dei sistemi sociali e quindi del sistema diritto è costituito quindi dal concetto di comunicazione che rappresenta il motore di produzione e riproduzione degli stessi, mediante un meccanismo circolare, il cui senso sta proprio nella sua funzionalità.

482 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 257.

483 *Ibidem*.

484 *Ibidem*.

485 *Ivi*, p. 258.

486 *Ibidem*.

487 *Ibidem*.

delle relazioni degli individui all'interno delle istituzioni in cui si trovano a vivere. È a questo livello che si costituisce la base della vita giuridica intendendo per esso non solo il fondamento di funzionamento di quelle singole istituzioni, ma dell'ordinamento concreto nel suo complesso. È a questo livello che si costruisce quel piano eminentemente giuridico a partire dal quale definire la normalità, e quindi anche l'anormalità. Questo piano istituzionale in cui i rapporti si costituiscono secondo figure tipiche non è quello della mera fattualità, dei fatti presi per se stessi.

Normalità non è un concetto che riguardi solo le singole istituzioni e i singoli ordinamenti concreti, ma lo stesso ordinamento complessivo che regola i rapporti tra questi.

Criticando l'atteggiamento che le potenze europee, Francia e Inghilterra, avevano nei confronti della questione della Renania dopo il Trattato di Versailles, Schmitt sostiene infatti che il loro tentativo di preservare lo *status quo*, ovvero smilitarizzazione e occupazione della zona del Reno⁴⁸⁸, significa in questi casi voler garantire una mera situazione di fatto, che nulla ha a che vedere con il garantire una situazione ritenuta normale⁴⁸⁹. La difesa dello *status quo* nasce dalla situazione in cui "il desiderio di quiete e di giustizia si unisce con l'incapacità di trovare un principio giuridico, un principio di legittimità"⁴⁹⁰. Garantire la pace e la giustizia di una situazione non giuridica ma meramente fattuale non è possibile, giacché la garanzia si dà solo in una situazione giuridica "e anche la situazione giuridica solo se è sentita come normale"⁴⁹¹.

A partire dalla fine dello *Jus Publicum Europaeum*, Schmitt sottolinea proprio come "ciò che subentrava al suo posto non era un 'sistema' di Stati, ma una compresenza confusa di relazioni fattuali, priva di dimensione spaziale e di elementi sistematici, ovvero una compresenza confusa, non ordinata, senza connessioni spaziali e spirituali (...) un caos senza alcuna struttura che non era più capace di alcuna limitazione comune della guerra e per il quale, infine, nemmeno il concetto di civiltà poteva più valere come sostanza di una certa omogeneità"⁴⁹². La normalità è quindi un concetto che rimanda

488 C. SCHMITT, *Status quo e pace*, op. Cit., p. 53.

489 Ivi, p. 60.

490 Ivi, p. 61.

491 *Ibidem*.

492 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 297.

all'idea che sia data una forma, una struttura. Solo forma e struttura possono agire come argine all'anormalità, fungere da strumenti non per l'eliminazione del politico, ma per la sua regolamentazione. La normalità rimanda all'idea di un sistema strutturato e concreto e mai al puro fattuale. Solo una situazione in cui sia ravvisabile una forma concreta è normale, poichè solo lì si dà diritto.

In tal senso la situazione di fatto, osservata da un punto di vista giuridico, altro non è che una situazione di anormalità⁴⁹³. La volontà di continuare a garantire mere situazioni fattuali è all'origine del perdurare e dello svilupparsi di situazioni abnormi, le quali *non* rappresentano più delle *eccezioni* rispetto al normale corso degli eventi.

3.2 Fattualità *contro* concretezza.

Parlando di normalità Schmitt separa nettamente due piani, quello della concretezza e quello della fattualità. Nel capitolo precedente, si è sottolineato come Schmitt criticasse l'idea di forma positivista in quanto derivante da un tipo di considerazione meramente fattuale. Il diritto del positivismo non si innalza, nella visione del giurista tedesco, in alcun punto al di sopra del piano della fattualità e del mero fatto di una volontà che lo pone. La critica alla *normative Kraft des Faktischen* negava al fatto, preso di per se stesso, il valore di un dato giuridicamente rilevante. Fattualità non è concretezza, giacchè questa ha a che fare con il diritto mentre quella può caratterizzare tutt'al più una mera situazione di potere. La forza normativa quindi, per Schmitt, non è del fattuale, ma del concreto, dell'ordinamento e della normalità che lo definisce. La fattualità deve diventare concretezza per essere oggetto di una valutazione giuridica. La fattualità diventa concretezza nel momento in cui in essa è ravvisabile un principio giuridico che la ordina.

493 C. SCHMITT, *Status quo e pace*, op. Cit., p. 62.

La riduzione del diritto a legge e questa a prodotto della volontà statale corrispondeva ad un interesse specifico nei confronti del tipo di sicurezza che il positivismo perseguiva. Tale sicurezza veniva vista come prodotto di una concezione del diritto come norma e del venir meno di ogni elemento soggettivistico dalla considerazione del senso del diritto e della sua validità. Ma "certezza, sicurezza, stabilità, rigorosa scientificità, prevedibilità operativa e tutte le altre qualità di questo tipo non erano affatto caratteri della norma legale e della situazione umana, ma solo della situazione normale, relativamente stabile in quell'epoca, nel diciannovesimo secolo, di un sistema statale che aveva il suo punto di forza nella legislazione"⁴⁹⁴. Dalla norma in quanto tale non possono discendere alcuna sicurezza nè alcuna stabilità. Il misconoscere il valore fondante dell'idea di normalità per il diritto, fa sì che il positivismo abbia continuato ad essere il pensiero giuridico dominante anche al di là dello spazio in cui ridurre il diritto a legge aveva un senso giuridico specifico. Di fronte ad una mutata situazione, il perdurare di una visione strettamente positivista del diritto, comporta una scissione incolmabile tra scienza giuridica e realtà concreta. L'ancoramento ad una visione positivista, che ora si trasforma in una concezione tecnicistica del diritto, vuol dire tenersi fermi ad una concezione che fa del diritto un mero strumento, uno strumento vuoto incapace di accogliere il senso dello spazio in cui esso dovrebbe fungere da principio ordinatore. "Nè le situazioni normali o i tipi normali presupposti nella regolamentazione legislativa", dice Schmitt, "nè il fine perseguito dai legislatori, nè il principio posto a fondamento, nè la natura della cosa, nè il senso di una definizione, ma soltanto il contenuto concreto, indubitabile della norma può essere determinante per il giurista positivista"⁴⁹⁵. E questo non significa altro che adeguamento del diritto al potere, il non riconoscimento della possibilità di un piano giuridico che si ponga al di là della strumentalità della volontà statale.

Ora, dice Schmitt, il positivismo non si riduce ad altro che un legame con il puramente fattuale. Certezza e stabilità significano dal punto di vista positivistico eliminazione di tutti gli elementi metagiuridici i quali condurrebbero ad un venir meno

494 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 268.

495 Ivi, p. 267

dell'obiettività e della purezza⁴⁹⁶. 'Metagiuridici' sono per il positivista "tutti i punti di vista ideologici, morali, economici, politici o di qualsiasi altro tipo, purchè non giuridici in senso puro"⁴⁹⁷.

La sicurezza del positivista è la sicurezza di ciò che già vige coercibilmente di fatto⁴⁹⁸, cioè una norma, come dato obiettivo, sorta a partire da una statuizione umana, e quindi libera da qualsivoglia forma di "corruzione giusnaturalistica"⁴⁹⁹.

La commistione di decisionismo e normativismo significa, secondo Schmitt, una sottomissione totale ad una norma in quanto prodotto di una decisione capace di assicurare una coercibilità, che sola può garantire la sicurezza. L'interesse positivista è tutto rivolto a questa stabilità e calcolabilità e quindi alla forza stessa della coercibilità. La sicurezza, il positivista, la ritrova in ciò che già vige coercibilmente come fatto. Ciò significa che il senso ultimo della norma sta nella sua validità, la quale non è un dato di per sè autonomo, ma presuppone l'esplicarsi di una forza puramente fattuale al di là della quale la norma non avrebbe alcun valore. La validità, presa di per se stessa, è qualcosa di puramente fattuale, "qualcosa di direttamente e concretamente coercibile per mezzo della forza degli uomini"⁵⁰⁰. Il positivismo giuridico si fonda in ultima analisi, seppur non riconoscendolo apertamente, sulla sottomissione al "fatto positivo della coercibilità"⁵⁰¹. Il fatto della validità, la coercibilità della norma, non può però costituire la fonte del diritto⁵⁰². Il fondamento della validità non può essere, secondo Schmitt, la mera coercibilità, ma deve essere interpretato giuridicamente o come norma, o come decisione oppure come ordinamento concreto⁵⁰³. Il positivista, il cui pensiero consiste in una commistione di decisionismo e normativismo, non può prescindere dal considerare il "momento fattuale *concreto*"⁵⁰⁴ da cui trae fondamento la validità, come norma oppure come decisione. Il puramente fattuale è infatti inaccessibile ad ogni considerazione di diritto⁵⁰⁵. Un ordine puramente fattuale ha a che fare con le possibilità di calcolabilità e

496 *Ibidem*.

497 *Ibidem*.

498 Ivi, p. 270.

499 Ivi, p. 267.

500 Ivi, p. 270.

501 Ivi, p. 272.

502 Ivi, p. 271

503 *Ibidem*.

504 *Ibidem*

505 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., p. 185.

stabilità proprie di una visione essenzialmente tecnica⁵⁰⁶, ma non giuridica.

Il positivismo quindi, da un lato si fonda su misure puramente fattuali, dall'altro comporta un'eliminazione di tutto ciò che non è considerato come giuridico in senso puro. Il puramente fattuale sarebbe quindi il puramente giuridico. Da qui l'affermazione di Schmitt, secondo il quale, se il pensiero giuridico viene staccato da ogni considerazione in merito al contenuto, e spogliato dal suo rapporto con la situazione normale, "si riduce necessariamente ad un contrasto sempre più acuto con tutti i contenuti, con tutto ciò che è ideologico, morale, economico o politico. In tal modo le differenze tra giuridico e ideologico, giuridico ed economico, giuridico e politico, giuridico e morale e così via vengono inasprite a tal punto che nella dialettica che ne consegue alla fine resta solo, come caratteristica di un modo di pensare indubitabilmente puro, esclusivamente giuridico, *la insensatezza ideologica, economica, morale e politica*"⁵⁰⁷.

3.3 L'ordinamento come concretezza fondativa.

Abbiamo visto come per Schmitt sia centrale la definizione dello spazio proprio dell'ordinamento concreto, come spazio di normalità. Per poter comprendere meglio cosa significhi e comporti occorre valutare il senso che il giurista di Plettenberg dà al concetto di ordinamento concreto.

L'idea che la norma non sia di per sé sufficiente a esaurire il dato giuridico è presente fin dai primi scritti. Prendendo in esame un testo come *Gesetz und Urteil*, tale idea si mostrava come riconoscimento del fatto che la decisione giudiziaria non poteva mai corrispondere del tutto alla norma dalla quale veniva sussunta. La non sovrapponibilità

506 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 59.

507 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 273.

dei concetti di legge e diritto appariva già lì come un problema essenziale che faceva sì che il principio della *Gesetzmissigkeit* fosse troppo limitato per poter dar conto del modo in cui il giudice decideva di una sentenza⁵⁰⁸. Nell'atto della decisione il giudice deve far suo quel principio di determinatezza giuridica che coincide, nell'ottica schmittiana, con il rimando ad un'immagine del giudice come figura tipica, che avrebbe compiuto la medesima decisione. Una decisione giudiziaria è giusta nel caso in cui sia possibile postulare che un altro giudice avrebbe deciso così⁵⁰⁹. È interessante notare come anche qui Schmitt faccia riferimento alla normalità. Anche qui si rimanda ad un tipo empirico, quello del giudice *normale*⁵¹⁰.

La normalità della situazione concreta e del tipo concreto da essa presupposto, dice Schmitt, non è un presupposto *esterno* alla norma, ma al contrario, definisce la norma al suo interno: esso rappresenta un carattere giuridico della norma stessa tale da rientrare nella stessa definizione normativa della norma⁵¹¹.

Per poter cogliere il senso di questa affermazione occorre valutare il modo in cui si istituisce, nel pensiero di Schmitt, il rapporto tra ordinamento e norma.

Fin dai primi scritti appare chiaro che per il giurista tedesco le norme non possano da sole esaurire il senso di ciò che viene chiamato diritto e ciò si esprime col fatto che l'ordinamento normativo non appare mai come pienamente sovrapponibile con l'ordinamento giuridico, ma anzi di questo costituisca solo una parte. Se ciò appare in *Gesetz und Urteil* come irriducibilità della decisione giudiziaria alla norma, negli scritti aventi ad oggetto lo stato di eccezione, ciò si mostrerà come riconoscimento di un piano giuridico al di là della sospensione dell'ordinamento normativo. Lo stato di eccezione, come abbiamo visto nel primo capitolo, lungi dall'identificarsi con il caos, coincideva invece con la sussistenza di un ordinamento non più identificabile come un insieme di norme⁵¹². In tal modo lo stato di eccezione poteva diventare oggetto di conoscenza giuridica, poiché esso si collocava ancora pienamente in uno spazio definibile

508 C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, op. cit., pp. 7-9 e a p. 16 in particolare dove Schmitt dice “la legge è lacunosa, il diritto è completo”.

509 Ivi, p. 71.

510 Ivi, p. 79.

511 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 260.

512 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 39.

giuridicamente⁵¹³.

Comprendere il concetto di 'ordinamento giuridico' a partire dall'idea di norma significava non riconoscerne il senso specifico, quello dato dal rapporto tra piano normativo e piano ordinamentale. Compreso da un punto di vista normativistico, il termine composito 'ordinamento giuridico' non significa altro che la trasformazione dell'ordinamento in un complesso di norme e regole⁵¹⁴; ma 'ordinamento' è un concetto che preso di per se stesso ha un significato autonomo e, da un punto di vista giuridico, indipendente dall'idea di norma⁵¹⁵. Come già sottolineava la *Dottrina della Costituzione*, ciò che è contenuto nell'idea di ordinamento giuridico è sia l'elemento normativo del diritto, sia l'elemento *seinsmässig* dell'ordinamento concreto⁵¹⁶.

Ciò appariva in maniera determinante nell'analisi sullo stato di eccezione poiché in esso si evidenziava la centralità di una situazione giuridica, quella della impossibilità di applicazione delle norme. Secondo il normativismo, il presupposto della norma è rappresentato dalla violazione della stessa in modo tale che sussiste una dialettica tra i due elementi tale da rimanere tutta interna al concetto stesso di norma. La violazione della norma pertiene all'ambito della pura fattualità. Il presupposto è un fatto singolo preso di per se stesso e non un'idea di ordine complessiva. Il piano della fattualità e quello della normatività sono ambiti del tutto separati: la fattualità non tocca mai la normatività. Che una norma sia violata riguarda il piano dei fatti: dal punto di vista della norma questa continua a sussistere nonostante la violazione. Il piano normativo, il piano del dover essere, non viene mai toccato dall'essere. Ecco che dal punto di vista normativistico non è concepibile alcuna idea di violazione dell'ordinamento giuridico, ma solo un'idea di violazione che riguarda un evento singolo dell'ambito della fattualità. Il pensiero normativistico, in tal senso, non può concepire la distinzione tra diritto e non diritto per il semplice fatto che quest'ultimo è già incluso in ciò che viene chiamato diritto. La violazione della norma è infatti un suo presupposto, di modo che la dialettica tra le due si realizza sempre all'interno dell'idea stessa di norma.

Dal punto di vista del normativismo, così come non si dà distinzione tra diritto e non

513 *Ibidem*.

514 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p.251.

515 *Ibidem*.

516 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, op. cit., p. 24.

diritto, non si dà nemmeno quella tra ordine e disordine essendo il piano normativo completamente distinto da quello fattuale. Secondo Schmitt ordine e disordine, intesi in senso giuridico, possono essere concepiti solo da un punto di vista di un pensiero ordinamentale. “Solo la pace concreta e l'ordinamento concreto possono essere violati”⁵¹⁷. La violazione del diritto si realizza solo sul piano della concretezza. Non su quello della pura fattualità, perché in essa non si dà ancora ordine. Non su quello della normatività, poiché le norme continuano a sussistere nonostante la violazione.

Per spiegare l'affermazione schmittiana da cui siamo partiti e secondo la quale la normalità della situazione concreta non è un presupposto *esterno* alla norma, ma rappresenta un carattere giuridico della norma stessa, occorre spiegare come si istituiscano i rapporti tra fattualità, concretezza e normatività.

Abbiamo visto come la norma istituisca un rapporto con la mera fattualità: essa infatti presuppone una violazione che si dà all'interno di quell'ambito. La violazione della norma si dà nell'ambito della fattualità perché riguarda sempre un singolo fatto e mai l'idea di un ordine come complesso. Fattualità e normatività, come abbiamo visto, sono ambiti del tutto separati cosicché la violazione non tocca mai l'ambito della normatività, ma è sempre inerente a quello della fattualità. Ma se la norma presuppone, per la sua applicazione, la violazione che si colloca sul piano dei puri fatti, essa riceve il suo senso e il suo contenuto non dall'ambito della fattualità ma da quello della 'concretezza'. I singoli fatti, presi di per se stessi, non possono da soli costituire il contenuto delle norme, poiché sono appunti semplici fatti, slegati gli uni dagli altri. Le norme e le regolamentazioni, dice Schmitt, ricevono il loro senso e la loro logica solo nello spazio dell'ordinamento concreto⁵¹⁸.

Seguendo, da questo punto di vista, l'idea che Santi Romano⁵¹⁹ difende nella sua opera

517 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 257.

518 C. SCHMITT, *Die Auflösung der europäischen Ordnung im „International Law“*, in Id. *Staat, Großraum, Nomos*, pp. 372-387, p. 382.

519 Sull'idea di 'organizzazione' di Santi Romano, Catania costruisce la sua riflessione sul ruolo che la norma e la decisione hanno nel mondo globale. La scelta delle categorie di norma e decisione permette secondo l'autore di affiancare "alla visione ordinamentale classica del diritto tuttora esplicativa di una serie di fenomeni, la prospettiva organizzativa", mutuata da Santi Romano (p. 9). Il concetto di organizzazione "testimonia infatti una nuova vitalità e una speciale consonanza con la complessità del sociale globale e con le reti relazionali della *governance*" (p. 9). A differenza che per Romano, per il quale l'organizzazione si identificava con l'ordinamento, qui ne vengono sottolineati i "tratti di informalità, di scambi ad alta densità, di fluidità e volontarietà che mal si accordano con l'immagine

sull'ordinamento giuridico⁵²⁰, Schmitt afferma che la norma non fonda alcun ordinamento ma anzi ne rappresenta uno strumento. Ciò significa che il mutamento di una norma non è causa del mutamento dell'ordinamento, ma ne è piuttosto la conseguenza⁵²¹. Il rapporto tra norma e ordinamento è tale per cui se l'ordinamento costituisce ciò a partire dal quale la norma ricava il suo contenuto, essa non può svolgere, in rapporto all'ordinamento stesso, che una funzione regolativa “dotata solo in misura modesta di validità autonoma, indipendente dalla situazione oggettiva”⁵²². Il pensiero fondato sulle norme costituisce così solo una parte della scienza giuridica e non può pretendere di esaurire la complessità del suo oggetto.

Ciò di cui il normativismo, e così anche il positivismo, non tengono conto è proprio ciò da cui la norma riceve il suo contenuto, che non è mai un fatto singolo ma un'idea di ordine che fa riferimento ad una realtà già giuridificata, in cui l'idea di ordine si è già costituita per mezzo di istituzioni concrete. Il normativismo “trascura intenzionalmente il significato dei contenuti e delle specificità del diritto, cioè il senso politico, sociale, economico delle istituzioni e degli ordinamenti concreti”⁵²³. Nella centralità che il normativismo dà alla norma in quanto tale, ciò che viene perso è il contenuto della stessa. La focalizzazione sulla norma significa qui attenzione ad una forma priva di contenuto. Come mostreremo, ciò che si perde, in questo tipo di analisi, non è però solo il contenuto bensì anche il senso che la forma giuridica deve avere⁵²⁴. La centralità della

rigida, un po' ingessata, che il diritto dà di se stesso" (*Ibidem*). Egli sottolinea inoltre come "la combinazione della prospettiva ordinamentale e organizzativa si concilia con un'analisi della funzione che i concetti di decisione e di norma possono svolgere nella decostruzione del fenomeno giuridico nelle comunità contemporanee" (p. 10). Il concetto di organizzazione è ciò che permette di rendere conto della trasformazione del diritto nel mondo globale "l'organizzazione di un sistema complesso implica una progressiva e non controllabile proliferazione del potere e dunque una irriducibilità all'impulso di potere che l'ha generata (...) i poteri emergenti (...) non si dispongono nella tradizionale forma verticale e gerarchica, ma in una forma reticolare, e l'intervento diretto e centrale di stimolo viene sostituito da una miriade di nodi che favoriscono scambi interindividuali e intraorganizzativi con obiettivi limitati, che valorizzano competenze locali, differenziate e che sviluppano poteri attivi di diverse entità, decentrati, in grado a loro volta di dare input a nuove catene di azioni-relazioni" (p.79). In CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

520 Schmitt fa riferimento alla seguente affermazione di S. Romano "l'ordinamento giuridico è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività". In S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951, p. 15. Su questo si veda anche p. 22.

521 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 260.

522 Ivi, p. 252.

523 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. Cit., p. 37.

524 In questo senso non possiamo condividere l'idea secondo cui la critica di Schmitt al normativismo si

norma significa, una volta accantonata l'attenzione al suo contenuto, un'idea di forma come mero strumento. Una forma vuota non è forma di alcunché.

Restando sul piano del rapporto fra norma e ordinamento, dell'ordinamento che fornisce il contenuto giuridico alla norma, Schmitt sottolinea come questa trasposizione da un piano all'altro non esaurisce mai del tutto il senso dell'ordinamento concreto⁵²⁵. C'è sempre qualcosa di non normabile all'interno delle istituzioni, qualcosa di giuridicamente rilevante ma non trasferibile sul piano normativo. L'ordinamento concreto non è riducibile alla somma delle regole che lo riguardano. La 'sostanza giuridica'⁵²⁶ propria degli ordinamenti e delle istituzioni è traducibile in norme solo in parte. La normalità della situazione concreta, ponendosi come presupposto, non è mai pienamente trasferibile all'interno di singole norme. Ogni ordinamento, come abbiamo visto, si costituisce secondo concetti di normalità che non derivano dalle norme ma le producono⁵²⁷. La norma segue dalla situazione normale. Dice Schmitt "dove esiste una famiglia, tanto il legislatore che il giudice che applica la legge si sentirà sempre tenuto ad assumere i presupposti dell'ordinamento concreto della concreta situazione famiglia, piuttosto che instaurare astrattamente un concetto generale"⁵²⁸. Non è possibile sapere quale sia il contenuto di una legge senza conoscere quell'insieme di elementi che si pongono a fondamento della legge stessa: cose che vanno dal modo in cui si formano i giuristi, al loro linguaggio, alle ragioni per cui essi si sentono obbligati a prendere una determinata decisione, fino quindi alla storia e alla tradizione a cui fanno riferimento⁵²⁹.

concentra sul venir meno dell'aspetto politico del diritto (si veda ad esempio G. DUSO, *La soggettività in Carl Schmitt*, in (a c. di) G. Duso, *La politica oltre lo Stato*, Arsenale Cooperativa, Venezia, 1981). Il distaccarsi del normativismo positivista dal politico, comporta infatti la più intensa politicizzazione del diritto, politicizzazione che Schmitt critica.

525 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 258.

526 *Ibidem*.

527 Ivi, p. 259.

528 Ivi, p. 258.

529 Si veda a proposito della non sovrapposibilità dell'idea di norma a quella di diritto, M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010. L'autore propone un'idea di diritto che include tutte le regole che una comunità utilizza per organizzarsi. Il diritto, lungi dall'esaurirsi nel diritto ufficiale dello Stato, è costituito da diversi strati distinguibili mediante la dicotomia formalità/informalità. Al di là della formalità del diritto delle norme e delle decisioni giudiziali, sussiste uno strato che, di quelle norme e decisioni, rappresenta l'autentico fondamento. Si tratta di quel diritto in cui si esprimono le consuetudini e le tradizioni, la 'storia' e la 'cultura' di un determinato popolo. Il contenuto di una norma non prescinde dallo spazio in cui essa si applica. Al contrario, è questo strato giuridico che garantisce alla norma la sua effettività. Non è possibile sapere quale sia il contenuto di una legge "senza conoscere quell'insieme di elementi che vanno dal modo in cui si formano i giuristi, al loro

Per comprendere come ciò possa essere inteso come una sostanza 'giuridica' esamineremo qui di seguito il modo in cui Schmitt sviluppa e articola l'idea di Stato, inteso come parte di un ordinamento⁵³⁰.

3.3.1 Lo Stato tra ordinamento e sovranità.

Nell'ultima parte dello scritto sui tre tipi di pensiero della scienza giuridica⁵³¹, Schmitt esamina il modo in cui nella tradizione culturale tedesca il pensiero dell'ordinamento sia stato un punto di vista centrale nel comprendere lo Stato. Questo punto di vista, il pensare lo Stato come un ordinamento non è però il pensiero che ha dominato e che è stato in grado di definirne lo sviluppo. Da qui la duplicità del modo in cui Schmitt considera, nelle sue analisi, l'idea di Stato: da un lato l'immagine di esso definita a partire dall'idea di ordinamento, dall'altro lo Stato-macchina concretamente esistente. Una cosa è lo Stato come si sarebbe costituito intendendo per esso un'istituzione giuridica, un'altra lo Stato come si è sviluppato storicamente, come meccanismo in cui la vuotezza della sovranità si traduce in un modo di funzionamento puramente tecnicistico.

linguaggio, alle ragioni per cui costoro si sentono obbligati a prendere una determinata decisione" (p. 11). La constatazione della sussistenza di uno strato giuridico informale permette all'autore di sviluppare due operazioni distinte. Da un lato, riconoscere l'informalità permette di includere nella considerazione giuridica anche quelle regole che rivestono un'importanza fondamentale all'interno dello spazio globale pur essendo laterali rispetto agli strumenti normativi formali. Si tratta di rendere conto del modo in cui la soluzione di controversie, la gestione degli affari, più che a norme, si conformi a valori riconosciuti dagli attori in gioco, dando così vita ad un insieme di regole autocate e rispondenti a esigenze parziali. Dall'altro lato, il riconoscimento del livello informale è utilizzato da Bussani come autentico snodo problematico a partire dal quale agire una critica serrata del tentativo di imporre, da parte dell'Occidente, un unico modello giuridico. Mediante il rimando a molti esempi, Bussani dimostra che l' 'esportazione' di complessi normativi occidentali in aree che non lo sono, si è dimostrata un'operazione fallimentare. Mancando un sostrato giuridico informale coerente con quelle norme il risultato è stato la loro completa ineffettività.

530 C. SCHMITT, *Etica di Stato e Stato pluralistico*, op. Cit., p. 233.

531 Facciamo qui riferimento all' ultima parte dello scritto tedesco, quella non tradotta nell'edizione italiana.

Lo Stato inteso come istituzione si mostra con assoluta evidenza nel pensiero di Hegel. Seguendo Schmitt, nel modo in cui si costituisce l'immagine dello Stato hegeliano, "il pensiero dell'ordinamento concreto diventa, con forza immediata, nuovamente vivente".

Sono due gli elementi dello Stato, così come è immaginato da Hegel, che lo rendono qualcosa di essenzialmente diverso da quello 'hobbesiano'. Innanzitutto il fatto che esso trova il suo fulcro non in un'idea di sovranità come istanza che si colloca all'apice, bensì a partire da un piano dell'immanenza dove esso si costituisce a partire dalle istituzioni che lo compongono. Il modo in cui lo Stato si rapporta alla società non è quello di un'istanza superiore e distinta, bensì interna alla società stessa. Ciò diventa possibile mediante il rimando alla rilevanza che assumono delle istituzioni intermedie, *Stände* e corporazioni⁵³², che realizzano concretamente l'idea dello Stato nella società. Lo Stato in quanto "ordinamento degli ordinamenti, istituzione delle istituzioni"⁵³³, mantiene un rapporto 'vivente' col sostrato concreto ricostituendo continuamente i limiti che lo separano dalla società agendovi dall'interno.

Il suo costituirsi come istituzione concreta impedisce allo Stato hegeliano, nell'ottica di Schmitt, di collocarsi all'interno di quella tradizione che sfocia nell'idea positivista di Stato e il cui presupposto è la sovranità.

Prima di mostrare come ciò si realizzi nella visione schmittiana dello Stato occorre sottolineare l'interpretazione che Schmitt dà in questo contesto al ruolo dell'amministrazione. A tal proposito sono due gli autori a cui egli fa riferimento: Lorenz Von Stein e Maurice Hauriou.

In primis, Schmitt prende ad esame la *Verwaltungslehre* di Lorenz von Stein⁵³⁴, parlandone come di un'opera preta di pensiero ordinamentale⁵³⁵, incentrata sul modo in cui l'amministrazione opera come fattore integratore della società nello Stato. L'amministrazione appare, nell'opera di Stein, come il vero fulcro dello Stato, l'attività deputata a realizzarne concretamente i fini. Seguendo Schmitt, il tentativo di Stein di

532 C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, (1934) Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 38. Si veda su ciò HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, (a c. di) G. Marini, Laterza, Roma-Bari, 1999, §§ 288, 289.

533 Ivi, p. 39.

534 STEIN, L. Von, *Die Verwaltungslehre*, Cotta, Stuttgart, 1868.

535 C. SCHMITT, *Über die drei Arten...*, op. Cit., p. 42.

individuare un concetto di governo, rilevante in quanto elemento autonomo e non sottomesso al legislativo, ne evidenzia la distanza dal pensiero dominante di stampo positivistico. Il suo pensiero era concreto⁵³⁶. Ciò che distingue la *Verwaltungslehre*⁵³⁷ da questo è il modo in cui la ragione giuridico-scientifica si sviluppa, in Stein, a partire dalla realtà *concreta*: siamo qui lontani da quella lacerazione tra realtà e ragione di cui si è fatto artefice il positivismo⁵³⁸. In Stein sarebbe ancora presente quell'equilibrio di poteri, che Schmitt delinea a partire da Montesquieu⁵³⁹, in cui il governo ha una funzione propria di fronte alle pretese della rappresentanza parlamentare⁵⁴⁰. L'opera di Stein proprio per questo viene descritta come “una delle più grandi prestazioni non solo della scientificità tedesca, ma anche di quella europea”⁵⁴¹.

L'osservazione dell'amministrazione come luogo specifico ove scorgere il centro dello Stato è lo strumento che anche Hauriou⁵⁴² ha utilizzato per pervenire al suo

536 C. SCHMITT, *Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts* (1940), in ID., *Staat, Großraum, Nomos*, op. cit., pp. 156-165, p. 158.

537 Schmitt parla qui anche del testo di R. Gneist sul concetto di *Rechtsstaat*. In *Über die drei Arten...*, op. Cit., p. 40. Per un'analisi del concetto di *Rechtsstaat*, si veda G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. Costa-D. Zolo (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 260-283. In particolare viene qui messo in luce il carattere controverso della dottrina tedesca che si muove tra prospettive liberali e conservatrici per poi realizzarsi in un compromesso tra le due. Sull'argomento si veda anche M. FIORAVANTI, *Costituzione e stato di diritto*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, pp. 575-604.

538 Ivi, p. 40. Sul rapporto tra Stato e società in Stein si veda E. R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in Stein, Lorenz: von, *Gesellschaft, Staat, Recht*, op. cit., pp. 495-512. L'autore mostra come nonostante la contrapposizione Stato e società si appartengono in modo tale che il loro conflitto è regolato da un principio più alto (p. 500).

539 Si veda in particolare *La dittatura*.

540 C. SCHMITT, *Über die drei Arten...*, op. Cit., p. 49. Si veda su ciò STEIN L. Von, *Zur preußischen Verfassungsfrage*, in ID., *Gesellschaft, Staat, Recht*, (hrsg.) E. Forsthoff, Ullstein, Frankfurt/Main, Berlin, Wien, 1972, pp. 115-145. Qui la rappresentanza popolare viene concepita all'interno di una riflessione in cui la costituzione (*Verfassung*) non si identifica come un atto di volontà (p. 117). Una vera costituzione è quella in cui “la totalità del popolo è guidata dal sentimento secondo cui lo Stato, con la sua amministrazione e il suo diritto, rappresenta un'espressione della vita più alta, e dove una contrapposizione tra organi statali e popolo rappresenta un'impossibilità morale” (p. 117). La rappresentanza popolare non è inoltre concepita come un principio autonomo bensì come una conseguenza, e specificamente nel senso che essa presuppone un dato ordinamento della società (p. 133) che, a sua volta, è presupposto anche della costituzione (p. 118).

541 C. SCHMITT, *Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, (tit. or., *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Mohr, Tübingen, 1930), in *Democrazia e liberalismo*, (a c. di) M. Alessio, Giuffrè, Milano, 2001, p. 103.

542 Su Hauriou si veda O. BEAUD, *Préface*, in M. HAURIOU, *Principes des droit public*, Dalloz, Paris, 2010 (prima edizione 1910) dove viene sottolineata la rilevanza che riveste anche per l'attualità l'idea di equilibrio espressa da giurista francese e C. ARGYRIADIS-KERVÉGAN, *Rapprochements entre la théorie de l'institution de M. Hauriou et la doctrine publiciste allemande de la fin du XIX et du début du XX siècle*, in (a c. di) J. P. Bras, *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan,

concetto di istituzione⁵⁴³. In essa è quindi ravvisabile una riproposizione del pensiero dell'ordinamento concreto⁵⁴⁴: a partire dal modo in cui si sviluppa e regola l'amministrazione è possibile comprendere cosa significhi normalità. Parlando di Hauriou, Schmitt sostiene infatti che ciò che il giurista francese intende per *situation établie* coincide con l'idea di una situazione normale⁵⁴⁵. Seguendo quanto dice Hauriou nei *Principes des droit public*, l'idea di una *situation établie* emerge non appena ci si trovi di fronte al problema di comprendere il passaggio tra uno stato di fatto ad uno stato di diritto⁵⁴⁶. Quest'ultimo si realizza nel momento in cui c'è una limitazione del potere di dominazione, limitazione che ha appunto a che fare con l'equilibrio sotteso al potere stesso e che ha a che fare con le *situations établies*. Tutta l'organizzazione economica, sociale e politica di un paese, dice Hauriou, “può essere ricondotta ad un insieme di *situations établies* mantenute per mezzo di un potere di dominazione”⁵⁴⁷. Il rapporto tra questo e quelle non è però tale per cui quelle situazioni siano create dal potere di dominazione e derivino la loro esistenza da quello, bensì anche il potere di dominazione “deve molto alle situazioni che deve proteggere”⁵⁴⁸. Il potere di dominazione si realizza sullo spazio delle *situations établies*; esso le presuppone. È l'equilibrio tra potere di dominazione e l'insieme delle *situations établies* che spiega la trasformazione dello stato di fatto in stato di diritto ed è per mezzo di ciò, dice Hauriou, che noi comprendiamo come il governo stesso sia sottomesso all'impero del diritto⁵⁴⁹.

Paris, 2008, pp. 123-154. Se da un lato in questo scritto viene delineata la critica che Hauriou muove nei confronti dei pubblicisti tedeschi di fine secolo dall'altro viene sottolineata la vicinanza del pensiero di Smend e Schmitt a quella del pensatore francese.

543 Per una critica al concetto di istituzione di Hauriou si veda S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951. Romano critica qui il modo in cui Hauriou concepisce l'istituzione, cioè intendendo per essa solo quell'istituzione sociale che avrebbe raggiunto un certo grado di sviluppo e di perfezione e sulla base di un'organizzazione di tipo 'rappresentativo' (Ivi, p.33).

544 C. SCHMITT, *Über die drei Arten....*, op. Cit., p. 45.

545 Ivi, p. 46

546 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. Cit., p. 77.

547 Ivi, p. 78.

548 Ivi, p. 80.

549 Ivi, p. 88

Ciò che Schmitt riprende da Hauriou⁵⁵⁰, quindi, è l'idea che lo stato di diritto⁵⁵¹ non è prodotto da una decisione sovrana ma ne è presupposto.

Infine un ultimo riferimento che chiarisce il pensiero di Schmitt in rapporto all'idea di sovranità è contenuto nell'analisi che egli fa del pensiero di Hugo Preuß. Di Preuss egli dice “Hugo Preuß non poteva accettare le oscurità della dottrina dominante. *Si oppose con sentimento sicuro al concetto di sovranità. (...) lo stato di diritto da lui preteso ha in definitiva l'idea liberale di porre dei limiti sia al potere del principe che a quello del popolo*”⁵⁵². Distinguendosi da Laband, egli si fece portatore di una teoria organica dello Stato che non poneva il centro della costruzione statale nell'idea di sovranità. La teoria organica si opponeva in modo chiaro all'idea della sovranità tipica del positivismo. Lo stesso concetto di organico si sviluppa in opposizione alle idee portanti dell'idea di sovranità. Organico significa, sottolinea Schmitt, “non meccanico,

550 Parlando di Hauriou, dice Schmitt nel Glossario, “la chiara intelligenza ordinatrice di questa formazione concettuale: visione essenziale, puramente giuridica, le domande più profonde (relative all'origine) poste fuori campo, ma non in termini positivistici (...)il buon Hauriou con i suoi bilanciamenti ed *equilibres*, il suo relazionismo, e soprattutto la sua *puissance e liberté*, è proprio ciò che in Germania chiamiamo un compromesso liberal autoritario, ovvero nazional-liberale; ma il suo senso per la *forma* è straordinario, e la sua capacità di libera contemplazione e di visione giuridica essenziale è incantevole”. In C. SCHMITT, *Glossario*, op. Cit., p. 47.

551 Sull'idea di stato di diritto, così come si è sviluppata in Francia, si veda A. LAQUIÈZE, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in (a c. di) P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002. si mostra qui come negli anni 1900-1930 i giuristi francesi si siano impegnati nella costruzione di un nuovo concetto di stato di diritto, il cui fulcro risiedesse nell'opposizione all'idea di stato legale (p. 288 ss), dominato dall'idea di sovranità nazionale. La critica dottrinale allo Stato legale, sostiene l'autore, “è prima di tutto una critica all'onnipotenza del parlamento sotto la III Repubblica. La teoria della sovranità nazionale era stata concepita per limitare il potere dei governanti (...) Ma lo sviluppo del regime parlamentare, che tende a indebolire l'esecutivo (...) aveva portato ad un'identificazione della nazione con i suoi rappresentanti e di conseguenza, alla trasformazione della sovranità nazionale in sovranità delle assemblee” (p. 289). Su come, pur nelle diversità, i modelli di stato di diritto continentale e quello inglese, siano riconducibili ad un quadro unitario di valori di riferimento, si veda D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in (a c. di) P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 17-88, dove si dà una definizione di Stato di diritto comprensiva due modelli europei. “Lo Stato di diritto”, afferma l'autore, “è una figura giuridico-istituzionale che risulta da un secolare processo evolutivo che porta all'affermazione all'interno delle strutture dello Stato moderno europeo di due principi fondamentali: quello della 'diffusione del potere' e quello della 'differenziazione del potere” (p. 34). Il primo principio coincide con un “criterio generale di attribuzione di facoltà e poteri, giuridicamente riconosciuti e sanzionati, ai soggetti individuali” (p. 37). Il secondo implica da un lato l'autodifferenziazione del sottosistema politico giuridico rispetto agli altri sottosistemi funzionali e dall'altro comporta la differenziazione interna al sottosistema politico, “in un processo che ne accresce la complessità, la specializzazione e l'efficienza, dando vita ad una pluralità di strutture e di modalità diverse di esercizio del potere” (p. 41).

552 C. SCHMITT, *Hugo Preuß...*, op. Cit., p. 81. Sulla critica di Preuss al concetto di sovranità si veda S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, op. cit., pp. 17 ss.

non dall'esterno, non dall'alto, non con la forza, non atomistico, non particolaristico"⁵⁵³.

Parlando di Hegel, Stein, Preuß e infine Hauriou, Schmitt parla di una tradizione di pensiero che si discosta da quella che poi si svilupperà nel positivismo. Questo infatti è sospeso "tra il decisionismo della costruzione statale dittatoria di Hobbes e il normativismo del più tardo pensiero del diritto razionale, tra dittatura quindi e stato di diritto borghese"⁵⁵⁴. Il pensiero dell'ordinamento concreto si contrappone a quello che riconduce lo Stato ad una *vuota* decisione sovrana⁵⁵⁵. L'idea di uno Stato che si costituisce a partire dall'ordinamento e che lo 'presuppone' è altro rispetto all'idea della costituzione di esso a partire da una *tabula rasa*, per mezzo di una decisione sovrana.

Nella riflessione che segue cercheremo di mostrare come l'idea di uno Stato che si definisce innanzitutto come ordinamento sia presente in Schmitt fin dagli inizi per poi concludersi nell'immagine contenuta negli scritti sul *nomos*, idea che si concretizza nello Stato come ordinamento territoriale. Da ciò risulterà che l'immagine di uno Schmitt 'sovranista' sia il prodotto di un'interpretazione del pensiero del giurista tedesco che ne misconosce alcuni tratti essenziali. Emergerà inoltre come l'immagine di uno Schmitt strenuo difensore dello Stato non comprenda fino in fondo il senso della sua prestazione⁵⁵⁶.

Cercheremo di chiarire ulteriormente come la sovranità sia una funzione che si colloca all'interno dello Stato; come abbiamo mostrato nel primo capitolo essa non coincide con il momento fondativo.

Nello scritto *Etica di Stato e Stato pluralistico*, Schmitt collega il concetto di Stato a quello di ordinamento, e quindi anche al concetto di normalità. Qui il concetto di Stato è infatti inteso come sinonimo di 'unità politica'. L'unità politica non rappresenta la mera esistenza fattuale di un popolo, ma qualcosa di già ordinato al suo interno. Fare riferimento all'idea di 'unità' significa rimandare ad un piano in cui già è data una forma,

553 Ivi, p. 100.

554 C. SCHMITT, *Über die drei Arten....*, op. Cit., p. 39.

555 Ivi, pp. 39 e 46.

556 Da questo punto di vista, corretta si presenta l'affermazione di Carrino nell'introduzione allo scritto schmittiano sulla condizione della scienza giuridica europea: "Uno degli errori più gravi che infettano le interpretazioni di Schmitt è che egli sarebbe un adoratore della forma Stato; al contrario, per lui è un bel male, bello perchè è stato il superamento della guerra civile, ma anche male perchè in quanto moderno soggiace ad una razionalità puramente strumentale". In *Introduzione*, a C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. Cit., p. 12.

quindi non un piano puramente politico. L'unità politica, sottolinea Schmitt, "è un agire e un dovere umano, poichè nell'ambito del pluralismo è l'unità decisiva, la parte/il pezzo di ordinamento, la situazione normale"⁵⁵⁷. Lo Stato coincide quindi non con l'ordinamento *tout court*, ma con una parte di esso. Lo Stato, rispetto all'ordinamento complessivo e come tutte le istituzioni, si costituisce come unità. Unità significa essenzialmente che esso prevede al suo interno un solo concetto di normalità, giacchè non si dà pluralità di situazioni normali all'interno di un'unica istituzione o un unico ordinamento⁵⁵⁸. È questo che lo rende uno ed esclusivo. Unità e normalità sono quindi due concetti strettamente collegati. L'unità ha a che fare con l'ordine, e l'ordine ha sempre a che fare con una determinata definizione di normalità. Nel momento in cui si dissolve l'unità, viene meno anche l'ordine normale⁵⁵⁹. La normalità presuppone una forma e questa forma è l'unità. Dove c'è unità c'è già un minimo di ordine e quindi anche una situazione di normalità⁵⁶⁰. La condanna che qui Schmitt muove nei confronti del pluralismo non riguarda il pluralismo in quanto tale: si dà giustamente pluralismo nel mondo dello spirito così come nel mondo politico. Non c'è però pluralismo delle situazioni normali che non sia distruzione di quelle stesse situazioni, della normalità e quindi dell'ordinamento stesso.

Questa idea di Stato come parte di un ordinamento che lo supera e lo fonda si contrappone alla riduzione di esso all'idea di sovranità. Questa infatti, come abbiamo visto, coincide con una *vuota* decisione.

Lo Stato è uno *status*. Lo *status* proprio dello Stato è quella situazione in cui si dà unità politica. La situazione in cui un popolo⁵⁶¹ si concretizza come Stato è strettamente collegato all'idea di unità politica. Centrale affinché abbia un senso la costituzione è l'unità che essa presuppone e questa unità è lo Stato inteso come *status*. Per unità politica non si intende un complesso di relazioni di potere puramente fattuali, ma la sussistenza di un ordinamento. Unità vuol dire infatti innanzitutto ordine. Quando Schmitt nella *Dottrina della costituzione* afferma la rilevanza dell'esistenza politica

557 C. SCHMITT, *Etica di Stato e Stato pluralistico*, op. Cit., p. 163.

558 Ivi, p. 160.

559 *Ibidem*.

560 *Ibidem*.

561 C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, op. Cit., p.101.

come fondativa della costituzione⁵⁶² fa riferimento ad un senso specifico di politico. Questo non coincide con uno spazio a-giuridico, bensì con uno spazio in cui il giuridico è riuscito a dare forma al politico impedendo quella politicizzazione che coincide con la fine dello Stato e del suo senso specifico.

L'esistenza dell'unità politica e quindi di un ordinamento è presupposto dell'atto di fondazione della costituzione, cioè la decisione⁵⁶³. Che l'unità sia presupposta e non prodotta dalla decisione sulla costituzione si evince dal fatto che laddove si realizza un mutamento costituzionale ciò non comporta il venir meno di uno Stato e la nascita di uno nuovo. C'è continuità dello Stato anche di fronte ad una frattura costituzionale. La continuità dello Stato di fronte ai mutamenti costituzionali prova la continuità dell'ordinamento concreto che si colloca al di là delle decisioni in merito alla costituzione stessa.

Come abbiamo mostrato nel primo capitolo, la costituzione quindi non è mai qualcosa di infondato almeno nel senso in cui essa non si origina da se stessa ma a partire dall'unità politica che la presuppone⁵⁶⁴. In questo senso Schmitt afferma che prima si dà lo Stato e poi il potere costituente⁵⁶⁵.

In che senso in questo contesto la decisione si configuri come vuota decisione sovrana si spiega mediante il rimando a ciò che costituisce il contenuto di quella decisione. La decisione che si pone a fondamento della costituzione è decisione "sulla forma e la specie dell'unità politica, la cui esistenza è presupposta"⁵⁶⁶. La decisione fondativa è vuota perchè riguarda 'solo' la *forma* di un'esistenza⁵⁶⁷, esistenza già data e costituita giuridicamente come unità.

La decisione sulla forma diventa una decisione sostanziale solo perchè essa presuppone l'unità politica⁵⁶⁸, ovvero fa riferimento ad un ordinamento preesistente, ordinamento che è sempre un ordinamento giuridico. In questo senso si potrebbe leggere una nota contenuta ne *Il nomos della terra* dove Schmitt, facendo riferimento ad Hauriou,

562 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p. 24.

563 Ivi, p. 39.

564 *Ibidem*.

565 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p.143.

566 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, op. Cit., p. 39.

567 *Ibidem*.

568 C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, op. Cit., p.125.

sottolinea come ogni costituzione statale si rifà ad un diritto prestatale, dove per prestatale⁵⁶⁹ si intende quel diritto che non è collocabile all'interno della logica della legalità.

La decisione sovrana è vuota anche in un altro senso. Facciamo qui riferimento alla definizione di sovranità che Schmitt collega all'idea di stato di eccezione. Come abbiamo visto la sovranità, concepita da un punto di vista eminentemente giuridico, coincideva con una decisione sulla sussistenza o meno di uno stato di emergenza. La decisione, e la sovranità che con essa coincide, si riduce qui ad un momento, un momento in cui si esprime un sì o un no. In uno stato di normalità la sovranità sparisce. In uno stato di eccezione colui che agisce è il custode. La sovranità quindi altro non è che il momento in cui si stabilisce lo spartiacque tra ciò che è normalità e ciò che non lo è. La limitatezza della sovranità si mostra anche nel fatto che nella sua definizione di essa, legata allo stato di eccezione, Schmitt non ne identifica un soggetto portatore bensì solamente una funzione. Sovrano non è questo o quel soggetto bensì chiunque sia in grado di agire decidendo della sussistenza dell'eccezione.

Chi agisce all'interno dei complementari spazi di normalità/eccezione non è il sovrano. È a partire dall'osservazione su come si costituisce e sulla centralità dell'ordinamento concreto che Schmitt giunge a questa conclusione.

Lo Stato compreso a partire dall'ordinamento concreto si mostra come un concetto di ordine che si pone al di là della sovranità della decisione. È quello Stato hegeliano che non identificandosi con la sicurezza e l'ordine borghese di un funzionalismo delle leggi non si costituisce come "combinazione alternante tra stato di eccezione e legalità"⁵⁷⁰.

569 M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. Cit., p. 284. Ripreso da Schmitt ne *Il nomos della terra*, op. Cit., nota 1 p. 76.

570 C. SCHMITT, *Über die drei Arten...*, op. Cit., p. 39.

3.3.2 Lo Stato come meccanismo

Questo modo funzionalistico di intendere lo Stato ha rappresentato però il vero motore del suo sviluppo, almeno per ciò che riguarda l'ordinamento al suo interno.

Lo Stato che si costituisce sulla base dell'ordine borghese e che ha quindi come scopo essenziale quello della sicurezza ha come sua istituzione più *essenziale* la polizia⁵⁷¹. È noto infatti, sottolinea Schmitt nella Premessa all'edizione del '63 de *Il concetto di politico* che la formula 'pace, sicurezza e ordine' servisse come definizione propria della polizia⁵⁷². Il riferimento qui è a Mohl e alla sua monumentale opera *Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätzen des Rechtsstaat*⁵⁷³. In Mohl è infatti ravvisabile una definizione di polizia molto ampia. Lungi dall'identificarsi con un compito specifico e delimitato, essa si determina come ciò che definisce l'intera amministrazione interna dello Stato⁵⁷⁴. In questo senso anche Schmitt definisce la politica interna come polizia. '*Polizei*' sta ad indicare, nella prospettiva iniziata da Mohl, l'insieme degli istituti ed ordinamenti che hanno lo scopo di rimuovere tutti gli ostacoli allo sviluppo delle facoltà umane⁵⁷⁵, ostacoli che il singolo, con la sua sola forza, non sarebbe in grado di superare⁵⁷⁶. Polizia è quindi il nome con cui viene chiamata l'amministrazione e diventa

571 C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, op. Cit., p. 48.

572 C. SCHMITT, *Premessa*, a *Il concetto di politico*, op. Cit., p. 91.

573 MOHL R. Von, *Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätzen des Rechtsstaat*; 3 Bd., Laupp, Tübingen, 1866. Il riferimento a Mohl riguarda in particolare il rilevamento della comune radice dei termini politica e polizia (In C. SCHMITT, *Premessa a Il concetto di politico*, op. cit., p. 91). Mohl sottolinea come il termine polizia derivi dal greco '*politeia*', ma si sia trasferito in epoca moderna in un senso completamente diverso da quello degli antichi. Qui esso indicava ciò che oggi si intende per politica, nel senso ampio della parola (in MOHL R. Von, *Die polizeiwissenschaft...*, op. cit., nota 2. p. 6). La polizia appare nello Stato moderno come una specifica attività dello Stato

574 Si veda quanto sostiene P. NAPOLI in *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, La découverte, Paris, 2003: "Politica economica, politica fiscale, politica amministrativa: questa è la composizione di una materia accademica dove la polizia gioca un ruolo ambivalente. Da un lato è un metodo generale di governo, un programma di intervento totale sulla popolazione e il territorio attraverso delle regole che traducono delle esigenze caratteristiche dell'economia e della finanza. D'altro lato è una disciplina positiva con degli oggetti normativi specifici che concernono la sicurezza e il benessere (p. 266).

575 MOHL R. von, *Die polizeiwissenschaft...*, op. Cit., p. 11.

576 Secondo Mohl, "si può vivere tranquillamente tutta la vita senza l'aiuto immediato della giustizia, ma non si può vivere un'ora sola senza l'azione tangibile di una buona polizia". In ID., *Die polizeiwissenschaft...*, op. Cit., p.14.

il termine con cui nominare la politica interna dello Stato nella sua interezza. È a questa altezza che si stabilisce l'equiparazione concettuale di polizia e ordine⁵⁷⁷.

La relazione che lega l'idea di sicurezza e ordine, come fondamento dello Stato, e l'istituzione della polizia è quanto Schmitt riprende anche da Wolzendorff⁵⁷⁸. È qui che la tendenza dello Stato verso la *salus publica* viene posta in diretta connessione con la polizia. Il criterio della *salus publica* implica "una tendenza ad una crescente intensità ed estensione"⁵⁷⁹. Mentre quindi si estendono gli ambiti soggetti ai regolamenti polizieschi, lo Stato di polizia "col fatto di salvaguardare oggettivamente l'ordinamento statale, contiene già in sé l'elemento guida della volontà statale, l'astratta tendenza alla conservazione dell'autorità"⁵⁸⁰. L'intervento dello Stato diventa quindi sempre più intensivo in quanto focalizzato su di un principio, quello della *salus publica*, che non implica limiti ma è sempre teso verso il conseguimento di *scopi* concreti⁵⁸¹.

All'interno dello Stato così come si era costituito non si dava più politica, ma di fatto solo polizia⁵⁸². Un'analisi che porti in primo piano l'osservazione del piano ordinamentale mostra come ciò che costituisce il cuore dello Stato moderno non sia il potere legislativo e con esso la sovranità, quanto piuttosto quello che ad essi è sotteso: l'istituzione della polizia come meccanismo essenziale di gestione e governo dell'ordinamento sociale⁵⁸³.

Dal punto di vista dell'ordinamento concreto la sovranità dello Stato non è altro che chiusura territoriale ed esclusività⁵⁸⁴. Quella parte di ordinamento che costituisce lo Stato è definibile mediante l'idea di "uno spazio chiuso da leggi statali, da una

577 P. SCHIERA, *Dall' arte di governo alle Scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Giuffrè, Milano, 1968.

578 K. WOLZENDORFF, *Der Polizeigedanke des modernen Staats : Ein Versuch zur allgemeinen Verwaltungslehre unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Preussen*, M. & H. Marcus, Breslau, 1918.

579 Ivi, p. 11.

580 Ivi, p. 31.

581 C. SCHMITT, *La dittatura*, op. Cit., nota 8 p. 171.

582 *Ibidem*.

583 Su ciò si veda Napoli, dove si afferma "la polizia alla sua origine appare come una strategia governamentale a doppio profilo: sistemazione capillare dell'impresa del potere sovrano su una popolazione e su di un territorio; ma anche capacità di rispondere immediatamente alle sollecitazioni di una realtà che deborda tutte le intenzioni di una padronanza preliminare". In *La Police moderne.....*, op. Cit., p. 43.

584 C. SCHMITT, *Raum und Grossraum.....*, op. Cit., p. 241.

legislazione, amministrazione e giustizia statali"⁵⁸⁵. Il principio fondamentale che regge lo Stato moderno, così come si è costituito a partire da Hobbes, è quello della sicurezza: essenziale e centrale nella definizione di questo Stato sarà allora quell'istituzione capace di garantirla. È bene sottolineare come tale concezione della sicurezza sia strettamente collegata all'ordinamento borghese che la sviluppa: sicurezza è ciò che permette un determinato modo di sviluppo dell'economia e dei commerci.

Lo Stato ideato da Hobbes, come abbiamo visto, produce una trasformazione del concetto di legge. Questa, come avevamo visto, si riduce, positivisticamente, ad una decisione intesa come mero comando, cioè ad "una motivazione coattiva psicologicamente calcolabile"⁵⁸⁶. L'esempio tipico di un siffatto tipo di legge che mostra come lo Stato sia essenzialmente polizia, è la legge penale, "e l'ordinamento posto in essere da una legge siffatta è un mero *ordo poenalis*"⁵⁸⁷.

Lo Stato che si costituisce essenzialmente come polizia, dice Schmitt, non può che svilupparsi come un meccanismo⁵⁸⁸ in cui il funzionamento si fonda sui principi della calcolabilità e prevedibilità. Sicurezza significa quindi innanzitutto prevedibilità e calcolabilità di fronte alla quale il meccanismo-Stato agisce sempre allo stesso modo. Il sottolineare come lo Stato non sia altro che meccanismo mette in luce un aspetto essenziale: qualunque sia la decisione sovrana che fonda la forma politica di uno Stato, questo funzionerà sostanzialmente sempre secondo le stesse logiche e gli stessi metodi. Qualunque sia la *forma* decisa, il meccanismo alla base non muta.

Lo Stato, se inteso essenzialmente come ordinamento e osservato da questa prospettiva, si mostra come ciò che è capace di mutare "tutti i concetti della vita pubblica"⁵⁸⁹ e non lo fa in quanto sovrano, ma appunto a partire dal suo essere meccanismo. In quanto tale esso si configura non solo come il *presupposto* storico spirituale della successiva epoca tecnico industriale ma come il "prodotto tipico, anzi prototipico, di questa nuova epoca"⁵⁹⁰. È lo Stato, in quanto primo grande meccanismo, che dà avvio alla tecnicizzazione della vita spirituale. Esso, in questo senso, è il 'modello' e il 'motore' sul cui fondamento

585 *Ibidem*.

586 C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, op. Cit., p. 120.

587 *Ibidem*.

588 C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, op. Cit., p. 56.

589 *Ibidem*.

590 *Ibidem*.

si realizzerà, successivamente, il dominio della tecnica. La tecnicizzazione insita nel meccanismo prevede infatti sempre nuove possibilità di calcolo, di governo della macchina, cioè, dice Schmitt, nuove possibilità di *sicurezza*⁵⁹¹. L'essere meccanismo dello Stato non implica una spersonalizzazione nel senso del venir meno del dominio dell'uomo sull'uomo, ma vuol dire, al contrario, che quel dominio si realizza con metodi sempre più disumani proprio perchè meccanismo spersonalizzato.

L'ordinamento-meccanismo Stato si serve della sovranità come strumento di funzionamento della macchina⁵⁹². Il principio della sovranità è una parte del meccanismo, quella parte da cui si riesce a realizzare il vero motore sotteso al grande *homo artificialis*, quello che, come abbiamo visto nel precedente capitolo, si identifica con la legalità⁵⁹³. La sovranità diventa essenzialmente produzione e fondamento di leggi positive capaci di garantire il funzionamento della macchina⁵⁹⁴. La sovranità territoriale, dice Schmitt, "si trasforma in un vuoto spazio di eventi economico-sociali"⁵⁹⁵. Lo Stato quindi, riassumendo, è un meccanismo in cui il funzionamento viene razionalizzato mediante il rimando al principio di legalità. La sovranità costituisce, *al suo interno*, quella parte di meccanismo che, producendo leggi positive, fornisce al meccanismo i mezzi del suo funzionamento.

In questa logica, la trasformazione dello Stato in Stato amministrativo, e quindi l'estensione della forma legge anche ai provvedimenti, fornisce allo Stato stesso strumenti di calcolo sempre nuovi⁵⁹⁶, sempre nuove possibilità di controllo che razionalizzando il meccanismo fino ai minimi dettagli, riduce qualunque spazio di libertà. In questo senso Schmitt parla dello Stato amministrativo, come Stato della pianificazione totale⁵⁹⁷.

Solo mediante un'analisi che muove dall'osservazione dell'ordinamento concreto

591 *Ibidem*.

592 Su ciò si veda N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Op. Cit., pp. 42-50.

593 C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo...*, op. Cit., p. 56.

594 Dello stesso avviso anche Heller: "Lo stretto legame tra positività e sovranità si è prodotto soltanto in seguito al costituirsi di un potere statale indipendente verso l'esterno e l'interno" (p.115) e inoltre "la materia della sovranità consiste nel positivizzare delle norme giuridiche supreme vincolanti la collettività" (p.121) in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, (a c. di) P. Pasquino, Giuffrè, Milano, 1987.

595 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 324.

596 C. SCHMITT, *Lo Stato come meccanismo...*, op. Cit., p. 56.

597 C. SCHMITT, *Glossario*, op. Cit., p. 14.

si può pervenire a comprendere questi aspetti essenziali dello Stato moderno. Solo così si può comprendere come il modo di funzionamento tipico dello Stato, ciò che costituisce la logica interna al suo meccanismo siano la polizia statale, l'esercito statale e infine, per ciò che riguarda il suo sviluppo successivo, la finanza statale⁵⁹⁸. Queste indicazioni ci permettono di tornare ad un' affermazione del giurista tedesco, citata nel primo capitolo e relativa ai testi sulla dittatura, ovvero quella secondo cui la situazione originaria rimane l'amministrazione⁵⁹⁹. Ciò su cui lo Stato poggia le sue fondamenta, e che lo costituisce come meccanismo, è l'amministrazione⁶⁰⁰. Essa, dice Schmitt "non può essere definita negativamente come quell'attività dello Stato che non è né legislazione né *Rechtspflege*"⁶⁰¹. Essendo originaria essa ha un proprio spazio autonomo di funzionamento che non deriva dagli altri poteri, ma che, in un certo senso, li costituisce.

3.3.3. L'ordinamento-Stato come parte dello *jus publicum europaeum*.

A questo punto occorre prendere in considerazione il ruolo che lo Stato acquisiva all'interno dello *jus publicum europeum* e che lo rendeva parte essenziale di un ordinamento complessivo più ampio. Lo *Jus publicum europeum* era un ordinamento *concreto*, cioè un autentico ordinamento giuridico. Esso era stato in grado di assolvere

598 C. SCHMITT, *Staatliche Souveranität und freies Meer* (1941), in *Staat, Grossraum, Nomos*, op. cit., pp. 401- 430, p. 404. e anche in C. SCHMITT, *Staat als konkreter...*, op. Cit., p. 379.

599 C. SCHMITT, *Diktatur und Belagerungszustand*, op. Cit., p. 17.

600 In ciò si mostra chiaramente come la distinzione di Stato e società fosse, più che una corrispondenza alla realtà concreta, il prodotto di un'azione ideologica. Se l'amministrazione è ciò che costituisce il centro dello Stato, Stato e società si trovano concretamente fusi l'uno nell'altro. Non c'è Stato che non sia società né società che non sia Stato. Su ciò si veda SCHIERA P., *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 1987. Qui viene mostrato come la separazione dottrinale di Stato e società rappresentasse il prodotto della necessità di tenere distinti conflitto e controllo. Distinguerli significava da un lato garantire allo Stato, in quanto entità autonoma e superiore, la possibilità di agire su quella società relegata sì ad entità autonoma, ma espressamente, in quanto luogo di conflitto e di azione dello Stato.

601 C. SCHMITT, *Diktatur und Belagerungszustand*, op. Cit., p. 17.

alla funzione essenziale ad ogni ordinamento. Era stato cioè capace di agire sul politico regolamentandolo; lo *jus publicum europeum* era stato in grado di mettere la guerra *in forma*⁶⁰². La fine di questo ordinamento sarà in parte determinata anche qui dall'incapacità del positivismo di farsi portatore di un senso *concreto* del diritto, e dalla centralità della tecnica come strumento di amministrazione dello spazio globale. Un ordinamento che è solo amministrazione non può relativizzare la guerra e il conflitto. La fine dello *jus publicum europeum* è lo spazio in cui si assiste ad un'intensificazione del politico, allo sviluppo di guerre in cui l'unico scopo è l'annientamento del nemico. La politicizzazione dello spazio globale, così come quella dello Stato totale, è il prodotto dell'assenza di un ordinamento e quindi di un diritto capace di dare forma al politico. Non solo manca il diritto, ma al suo posto subentra la tecnica. Questa non solo, in quanto mero strumento, non può regolamentare il conflitto, ma lo rende sempre più intenso.

La prospettiva dell'ordinamento concreto è ciò che permette a Schmitt di cogliere la 'continuità' tra il singolo Stato e ciò che, pur ponendosi al di là dei confini statali, istituisce con lo Stato un rapporto essenziale. Ciascuno Stato si costituisce sul fondamento di una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato⁶⁰³, distinzione che trova la sua origine in un determinato costituirsi dell'ordinamento internazionale. Lo Stato, come parte di un ordinamento più ampio, trova la radice del suo sviluppo in quello che Schmitt definisce come lo *standard* del costituzionalismo liberale⁶⁰⁴,

602 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 187.

603 Su ciò si veda anche C. SCHMITT, *Sui due grandi dualismi del sistema giuridico odierno* (1939), in *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 435-452.

604 È a partire dalla distinzione statale tra pubblico e privato che Schmitt spiega la 'fine' dello Stato e dello *Jus Publicum Europaeum*. Ciò che fondava questi ordinamenti è proprio ciò che rappresenterà la causa della loro disgregazione. Il 'privato' rappresentava infatti un ambito che, scavalcando i confini statali, veniva a costituire un nuovo ordinamento comune, centrato sull'economia. Questo diritto comune generale (p. 265), valido al di là degli Stati chiusi in sé, consisteva sostanzialmente in un diritto di uomini liberi alla proprietà (p. 243). La costituzione economica comunemente riconosciuta creava così uno spazio economico comune, uno spazio non-statale che si estendeva onnipervasivo oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto interstatale specificamente politico (p. 299). Tale equilibrio si fondava sul reciproco rapporto che si instaurava tra il dualismo intra-statale tra diritto pubblico e diritto privato e il dualismo tra diritto internazionale inter-statale e diritto internazionale privato fondato su una libera economia internazionale. Tale equilibrio si rilevò ben presto labile e ciò in virtù del semplice dato di fatto che l'apertura che in tal modo l'Europa attuava in direzione del resto del mondo inteso come mondo globale non comportò un mutamento puramente quantitativo nel *Nomos* fino ad allora esistente, bensì un mutamento eminentemente qualitativo. Si può quindi affermare, sottolinea Schmitt, che fu

standard che si concretizza nell'idea che "la proprietà, quindi il commercio, l'economia, l'industria, appartenevano alla sfera della proprietà privata costituzionalmente protetta"⁶⁰⁵. Che lo Stato, nel suo senso storico, poggi su una distinzione tra centralizzazione pubblica ed economia privata, è un'idea che Schmitt riprende da Hauriou⁶⁰⁶. Nei *Principes de droit public*, Hauriou sostiene infatti che uno degli equilibri fondamentali del regime statale riguarda il rapporto tra forze politiche e forze economiche⁶⁰⁷ e che lo Stato si realizza a partire dall'incorporazione del mercato all'interno dell'istituzione

proprio nel campo dell'economia che l'antico ordinamento spaziale della terra perse la sua *struttura* (p. 302). La delocalizzazione che essa produsse, è un aspetto tipico e caratterizzante dell'economia che andava sviluppandosi, un' economia il cui spazio d'azione non era localizzato nè chiuso in sé, bensì al contrario aperto ad un'azione su tutto il globo. Tale delocalizzazione scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza (*Ibidem*). In C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit. Su globalizzazione e diritto si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, dove si afferma che esiste un ordine giuridico globale vista la presenza, sulla scena globale, di quelli che, secondo Cassese, sono i cardini di ogni ordinamento: la pluralità dei soggetti, la normazione, l'amministrazione e la giurisdizione. Su come il privato abbia avuto un influsso determinante nella costituzione del diritto globale si veda S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Cassese muove dalla constatazione che l'ordine giuridico globale non prevede una netta separazione tra pubblico e privato, in modo tale che le sue stesse strutture si presentano come strutture ibride, in parte private, in parte pubbliche (p. 4). La linea di separazione tra pubblico e privato è poco netta, in quanto essa, allontanandosi dallo Stato, vero motore e artefice di questa distinzione diventa qualcosa di non afferrabile chiaramente e distintamente (p. 51). Ciò è dovuto al modo in cui il sistema giuridico si organizza. Esso presenta molteplici caratteri che, se da un lato lo distinguono dal sistema di produzione statale, dall'altro lato modificano radicalmente anche questo sistema stesso. Il sistema giuridico globale è progressivo (p. 48) ovvero tende ad accrescersi in maniera esponenziale di pari passo alla nascita di nuovi soggetti che intervengono nel panorama globale. È cooperativo e quindi non gerarchico (p. 48), quindi non si sviluppa dall'alto verso il basso, ma in forma orizzontale mediante una fitta rete di connessioni reciproche fra soggetti diversificati (p. 46). Esso si sviluppa in fine in maniera non pianificata e spontanea (p. 48). L'ordine giuridico globale si configura come una *ad-hoc-crazia*, nel senso che esso si costituisce in maniera disorganica e si adatta alle singole funzioni da svolgere (p. 51), senza seguire un qualsivoglia disegno d'insieme. Una simile costituzione del diritto globale è il risultato dell'influsso che il settore privato ha nella creazione del diritto globale, un influsso che porta a determinare radicali trasformazioni nella stessa struttura statale. Su come l'economia rappresente un elemento disintegratore del vecchio ordine si veda M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000. La *ratio economica*, è un elemento che se da un lato accomuna i soggetti (p. 24), dall'altro li sottrae al potere politico in direzione di un superamento dei confini da esso determinati (p. 25). Essendo l'economia l'artefice e la protagonista di questo sconfinamento fa sì che sia proprio essa a plasmare lo scenario istituzionale secondo le sue esigenze (p. 42). Ciò cosa comporta in ambito giuridico-internazionale? Comporta una tendenza crescente verso una privatizzazione e un decentramento della produzione giuridica (p. 50). Tale privatizzazione del diritto globale si mostra via via che la globalizzazione porta con sé « uno scivolamento di potere dagli Stati alle forze economiche dei mercati che così assumono una valenza politica » (p. 61). Privatizzazione del diritto quindi come riflesso della "privatizzazione" del potere politico. Il fatto che la frontiera pubblico- privato venga ridisegnata a favore e a vantaggio dell'elemento privato comporta come conseguenza nel diritto che esso viene incentrato sulla questione degli interessi privati che ne determinano la costituzione, ovvero « la barriera che divide il diritto dagli interessi si fa sempre più debole » (p. 61).

⁶⁰⁵ C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 244. Sul ruolo fondativo della protezione della proprietà privata si veda M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, in particolare là dove l'autore sottolinea come, nel modo in cui si è costituita la democrazia occidentale, un ruolo incisivo hanno avuto, non solo la

politica⁶⁰⁸. Il rapporto tra lo Stato come istituzione politica e il mercato è così essenziale che, nella visione del giurista francese, sopprimere il mercato e con esso la proprietà privata, non significherebbe altro che la distruzione del regime statale⁶⁰⁹. Hauriou mostra come le istituzioni politiche diventino “Stato” *solo* quando si integrano in un mercato e quando lo sviluppo di tale mercato oltrepassa i confini della città-stato e si fa territorio nazionale. Il rapporto tra Stato e mercato è quindi qualcosa di essenziale alla natura di entrambi. Il modo in cui il mercato si istituisce come parte essenziale dell'istituzione politica-Stato è tale da configurarsi non solo come fenomeno puramente sociale. Le relazioni che vengono a crearsi tra istituzioni politiche ed economiche si realizzano e mantengono solo grazie a un modo di organizzazione che è essenzialmente giuridico⁶¹⁰. Se il potere economico risiede nella capacità di provvedere alla sussistenza, il potere politico consiste nella capacità di creare delle situazioni giuridiche che rendano possibile il dispiegarsi delle capacità economiche⁶¹¹.

La sussistenza dello *standard* del costituzionalismo liberale, di questo fondamento originario, al di là dei possibili mutamenti territoriali, dimostra, secondo Schmitt, come il focalizzarsi sull'idea della sovranità statale non sia in grado di cogliere quelli che sono gli unici cambiamenti essenziali, cioè quelli che hanno a che fare con la messa in discussione dei fondamenti propri dell'ordinamento concreto⁶¹². La distinzione tra interno ed esterno, costruita a partire da una terminologia legata alla sovranità, non rivela quella sostanziale continuità tra interno ed esterno che si gioca a partire dall'idea di protezione della proprietà privata. Tenere distinto interno ed esterno impedisce inoltre, come vedremo nei paragrafi successivi, di comprendere le ragioni della fine di

libertà e l'uguaglianza, ma anche "la libera accessibilità e la incisiva protezione della proprietà privata, serbatoio di obblighi e di diritti, di riflessi comunicativi. Ciò ha veicolato l'individuo su valori e pretese che hanno finito per conformare la sua stessa soggettività nei riguardi dei consociati e dei poteri pubblici. (...) lo stesso principio che riconosce in capo all'individuo obblighi e diritti si collega ulteriormente al principio per cui la responsabilità è personale e non di gruppo e si sviluppa nel riconoscimento della intangibilità della sfera privata di ciascuno, la quale a sua volta assume la struttura di tutela che è stata elaborata per la proprietà privata" (pp. 187-188).

606 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 264.

607 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. Cit., pp. 269 ss.

608 *Ibidem*

609 *Ivi*, p. 273.

610 *Ivi*, 278

611 *Ivi*, 294

612 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 244.

quell' ordinamento che si costituiva sì per mezzo di uno specifico concetto di Stato, ma in cui lo Stato non ne esauriva il senso complessivo.

È comprendendo come lo Stato costituisca il fulcro di un nuovo ordinamento territoriale che si comprende il ruolo specifico che esso svolge in continuità con l'ordinamento internazionale. La sovranità, presa di per se stessa, non spiega questa continuità, il legame tra sfera privata e l'ordinamento concreto di cui lo Stato costituisce solo una parte. In questo senso il concetto di Stato sovrano non rappresenta solo quel concetto di ordinamento che permette il superamento dell'ordinamento medievale, ma è soprattutto il nuovo *Raumordnungsbegriff*⁶¹³. Mediante il concetto di Stato si realizza una rivoluzione sul piano dell'ordinamento concreto⁶¹⁴, rivoluzione che è osservabile non a partire dalla sovranità dei singoli Stati, bensì dal modo in cui le diverse sovranità si costituiscono insieme come soggetti di un ordinamento che le ingloba in sé.

Il concetto di Stato sovrano è innanzitutto una rappresentazione legata alla terra e allo spazio⁶¹⁵, essendo inscindibilmente legato all'unità che esso presuppone. Lo Stato diventa in questa prospettiva l'unica 'normale' *Erscheinungsform* dell'unità politica⁶¹⁶.

L'elevazione del concetto di Stato a concetto legato alla normalità della forma di organizzazione politica⁶¹⁷ mostra quanto esso sia collegato all'ambito spaziale di un ordinamento che lo sovrasta. Lo Stato, in questo senso, rappresenta il concetto in base al quale si costituisce un nuovo ordinamento territoriale⁶¹⁸. Stato è quindi essenzialmente *Staatsgebiet*, ovvero un ordinamento giuridico *concreto* unitario e territorialmente delimitato⁶¹⁹.

La considerazione dello spazio su cui però si era sviluppata la scienza del diritto statale e internazionale partiva come presupposto dall'idea di sovranità che, nonostante il suo nome (*Herrschaft*), era il contrario di una rappresentazione concreta dello spazio⁶²⁰. Partire dalla sovranità significava comprendere sotto il concetto di 'spazio' una

613 C. SCHMITT, *Staat als konkreter ...*, op. Cit., p. 380.

614 *Ibidem*.

615 Ivi, p. 381. Si veda anche C. SCHMITT, *Staatliche Souveranität...*, op. Cit., p. 405.

616 C. SCHMITT, *Staat als konkreter...*, op. Cit., p. 375.

617 Ivi, p. 376.

618 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 141.

619 C. SCHMITT, *Staatliche Souveranität ...*, op. Cit., p. 404 e anche C. SCHMITT, *Völkerrechtliche Großraumordnung*, in Id. *Staat, Großraum, Nomos*, op. Cit., pp. 269-371, p. 270.

620 C. SCHMITT, *Raum und Großraum in Völkerrecht*, in ID., *Staat, Großraum, Nomos*, op. Cit., pp. 234-268, p. 237.

superficie vuota che non rappresentava altre che il semplice substrato di tutta la sovranità, il necessario e inevitabile "*Schauplatz des Imperium*"⁶²¹. Quello costruito a partire dalla sovranità era sostanzialmente uno spazio vuoto⁶²² poichè la sovranità, su cui si fondava, era un concetto personalistico e non territoriale. Il diritto che si sviluppava era esso stesso personalistico: le norme erano qualcosa che, in primo luogo, si rivolgeva alle persone⁶²³.

Assunto invece come concetto collegato ad una concreta spazialità⁶²⁴, e quindi non fondato unicamente sulla sovranità, il concetto di Stato diventava qualcosa che intrinsecamente apparteneva ad un pensiero ordinamentale. Lo spazio in quanto tale, sottolinea il giurista di Plettenberg, non è un ordinamento concreto, "però ogni ordinamento concreto ha uno specifico contenuto legato allo spazio"⁶²⁵. Sempre, sostiene Schmitt, un ordinamento concreto è legato concettualmente e giuridicamente ad una localizzazione concreta⁶²⁶. È questa localizzazione e questo legame allo spazio che fornisce all'ordinamento la sua misura e i suoi limiti interni⁶²⁷. Senza localizzazione non si danno nè limite nè misura. Come vedremo ciò rappresenterà l'origine della fine dello *jus publicum europeum*⁶²⁸.

621 *Ibidem*.

622 Sullo spazio della politica moderna come spazio vuoto si veda C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 27 ss.

623 C. SCHMITT, *Raum und Großraum in Völkerrecht*, op. Cit., p. 237.

624 Per quanto riguarda la nascita dell'analisi dello spazio come punto di vista essenziale per comprendere i mutamenti politici si veda i testi di F. RATZEL, fondatore della geografia politica. In particolare si veda la *Politische Geographie*, dove si afferma che "ogni Stato è un pezzo di umanità e un pezzo di terra. L'uomo non è pensabile senza terreno e così neanche la sua opera più grande cioè lo Stato (...). Una parte dello sviluppo dello stato sta nello sviluppo e nella fioritura delle proprietà del suo terreno". pp. 2 ss. in ID., *Politische Geographie*, 3 Aufl.(1897), Zeller, Osnabruck, 1974. Schmitt conosceva bene l'opera di Ratzel. Ne troviamo ad esempio una citazione in un saggio, dove il giurista tedesco, mostra come l'affermazione di Ratzel su come la storia diventi sempre più geografica e territoriale (in *Politische Geographie*, op. Cit., p. 17), sia ormai superata. In C. SCHMITT, *Raum und Großraum...*, op. Cit., p. 237.

625 C. SCHMITT, *Volkerrechtliche Grossraumordnung*, op. Cit., p. 319.

626 *Ivi*, p. 320.

627 *Ivi*, p. 319.

628 Sul modo in cui si modifica il diritto a partire dalla globalizzazione si veda l'indispensabile F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 1976, 2010. *Lex mercatoria* era il nome del diritto creato dai mercanti in epoca medievale di cui se ne ravvisa, secondo l'autore, una rinascita per ciò che riguarda lo sviluppo del mercato globale, rinascita attuata, per superare la discontinuità giuridica prodotta dalla divisione tra Stati (p. 248). In questo mutato contesto giuridico, il principale strumento dell'innovazione giuridica è il contratto, che non rappresenta più solo applicazione del diritto ma diventa esso stesso fonte di nuovo diritto. Il fenomeno più significativo che emerge è la sostituzione del contratto alla legge nella regolazione del mercato finanziario (p. 243). L'elemento determinante della scienza giuridica del nostro tempo, sottolinea Galgano, diventa quindi "la circolazione dei modelli contrattuali

3.4 L'ordinamento concreto come *nomos*.

Si tratta a questo punto di mostrare come l'idea di ordinamento concreto acquisisca i caratteri di quello che Schmitt definisce come *Nomos*. Questo infatti rappresenta quell'ordinamento concreto originario che stabilisce il complesso su cui si costituiscono i singoli ordinamenti, che ne determina l'essenza. Esso si mostrerà come il fondamento ultimo, fondamento che trova il suo senso sul piano dell'immanenza.

Cercheremo di mostrare come quello di *Nomos* sia un concetto che viene utilizzato da Schmitt come fondamento di un discorso che permette di spiegare la nascita dello *jus publicum europeum*, e la sua fine. Il concetto di *Nomos* infatti, come vedremo, porta in sé tre significati distinti: appropriazione, divisione e produzione. Se le prime due saranno il fulcro a partire dal quale mostrare come abbia potuto costituirsi un *nomos* della terra, è a partire dal terzo significato che se ne spiegherà la fine. Nel venir meno del suo legame alla terra il *nomos* come produzione non sarà più un autentico *nomos*.

Il primo significato è quello che rimanda ad una appropriazione (*Nahme*). È nell'appropriazione che si realizza l'atto di nascita del primo ordinamento concreto.

La terra, dice il giurista tedesco, è la madre del diritto⁶²⁹. Facendo riferimento ad un detto antico secondo cui "*Alles Recht ist Recht nur am rechten Ort*"⁶³⁰, Schmitt sostiene che il diritto discende dalla terra e questa discendenza lo costituisce come diritto essenzialmente terraneo⁶³¹. Il rapporto tra terra e diritto si mostra in una triplice valenza. In primo luogo, la terra fertile reca in sé una misura interna⁶³². Questa misura interna si dà concretamente come ricompensa del lavoro. Il diritto si mostra qui essenzialmente come misura interna alla terra. In secondo luogo, la terra mostra il diritto, lo rende visibile. Ciò si realizza nelle suddivisioni in base alle quali il terreno è coltivato e

uniformi che non sono creati da legislatori nazionali, ma dagli uffici legali delle grandi multinazionali, dai consulenti delle associazioni internazionali delle diverse categorie imprenditoriali" (p. 245).

629 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 19.

630 Ivi, p. 99.

631 Ivi, p. 20. A questo riguardo Irti sottolinea: "Il diritto ha bisogno del 'dove' (...) C'è, nel profondo nascere e svolgersi del diritto, un legame terrestre, un'originaria necessità di luoghi". In N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p.3.

632 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 19.

lavorato. Il diritto quindi viene mostrato dalla terra come confine⁶³³, cioè come misura interna che diventa visibile. Infine la terra mostra il diritto su di sè, "quale contrassegno pubblico dell'ordinamento"⁶³⁴. È a partire dalla terra che si costituiscono recinzioni e delimitazioni, pietre di confine e mura. Attraverso questi segni sulla terra si mostrano gli ordinamenti che regolano la convivenza umana. Il diritto si mostra qui come misura che si mostra come ordinamento. Il rimando all'idea di una misura è centrale per comprendere l'idea di *Nomos* e ciò si mostrerà chiaramente nel primo dei significati che esso serba in sè, cioè quello dell'appropriazione.

L'atto di nascita del diritto si dà quindi per mezzo di un'azione umana sulla terra, e cioè l'occupazione⁶³⁵. L'occupazione è la forma originaria di qualunque forma di appropriazione. L'appropriazione in quanto tale nasce come occupazione di terra.

L'occupazione di terra rappresenta quindi il 'primo titolo giuridico', il *radical title*⁶³⁶ che fonda tutto il diritto seguente⁶³⁷. L'occupazione di terra rappresenta il *nomos* originario perchè con essa si istituisce diritto e lo si fa in due direzioni: verso l'interno, l'occupazione è ciò a partire dal quale viene creato il primo ordinamento di tutti i rapporti di possesso e proprietà⁶³⁸, verso l'esterno l'occupazione di terra rappresenta un titolo di diritto internazionale che pone l'occupante in rapporto alle altre potenze⁶³⁹.

633 Ivi, p. 23.

634 *Ibidem*.

635 Si veda su ciò la critica di Irti: "il salire dell'*occupatio* da fatto storico a categoria logica, da vicenda europea a principio costitutivo di ogni ordine giuridico, ritiene non poco di arbitrario. La proposizione assertiva prende il luogo dell'argomentare; il fascino della formula esonera dal semplice chiarire e precisare. Domande rimangono prive di risposta: non c'è, dunque, diritto senza *nomos*? Non sono concepibili sistemi di norme, che non si richiamino ad un'originaria presa di possesso? In breve: altro è ricostruzione storica; altro determinazione logica, che sia capace di spiegare, non il diritto di una data epoca, ma qualsiasi ordinamento giuridico. Il *come* di un diritto non può assurgere a *perchè* del diritto" in Id. *Norma e luoghi*, op. Cit., p. 29. Irti sottolinea questi elementi concludendo che la visione di Schmitt sul diritto deriva direttamente dalla sua nostalgia nei confronti dello *jus publicum europaeum*. In realtà l'analisi schmittiana del concetto di *nomos* sembra potersi porre al di là dei limiti dello *jus publicum europeum*. All'obiezione che l'appropriazione non possa considerarsi come qualcosa di originario a qualsiasi *Nomos*, Schmitt risponde nello scritto *Nehmen, Teilen, Weiden, ...*

636 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 26.

637 Ivi, p. 24.

638 Ivi, p. 23. Su come la genesi dell'ordinamento sociale abbia inizio a partire dalla proprietà, intesa come suddivisione dello spazio, si veda J J. ROUSSEAU, *Origine della disuguaglianza*, (tit. or. *Discours sur l'origine et les fondaments de l'inégalité parmi les hommes*, 1755), (a c. di) G. Preti, Feltrinelli, Milano, 2004. In particolare in Rousseau essa segna il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, il quale avrebbe origine nel momento in cui si riconobbe la proprietà del suolo da parte dei singoli: "Il primo che, avendo cinto un terreno, pensò di dire 'questo è mio', e trovò delle persone abbastanza stupide da credergli, fu il fondatore della società civile" (p. 72).

639 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 24.

Il *nomos* in questo senso si configura come processo di unificazione di ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione (*Ortung*)⁶⁴⁰. Il diritto come ordinamento nasce nel momento in cui viene istituito un rapporto con lo spazio, tale da conferire a questo spazio una determinata forma, forma che è sempre forma di quello spazio. In ciò si mostra il rapporto che il diritto istituisce con il piano della concretezza e il modo in cui di questa concretezza il diritto rappresenti la forma.

Nomos, sostiene il giurista di Plettenberg, "è la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo"⁶⁴¹. L'*Ordnung* che si costituisce come parte del *nomos*, è quindi essenzialmente forma, forma che è sempre forma di un determinato spazio che acquisisce così i caratteri di *Ortung*. Ciò che si mostra nella definizione del *nomos* è l'idea di un diritto, come istanza formatrice e ordinatrice la quale non si pone 'sovranamente' al di sopra di ciò che ordina, ma istituisce con l'ordinato un rapporto di immediata vicinanza. Non si dà alcun ordinamento politico e sociale senza una forma giuridica originaria capace di ordinarli all'interno.

L'istanza formatrice del *nomos* si configura originariamente come una "forza giuridica non mediata da leggi"⁶⁴². Questo atto originario è ciò che dà la *misura* e il senso di tutte le regolamentazioni successive⁶⁴³. Mediante l'occupazione, l'appropriazione originaria, si costituisce il primo criterio di misura. All'occupazione di terra e alla fondazione di città, dice Schmitt, "è infatti sempre legata una prima misurazione e ripartizione del suolo utilizzabile"⁶⁴⁴. Il criterio di misura originario è ciò che fornisce il punto a partire dal quale tutte le successive regolamentazioni trovano il proprio senso. Ogni sviluppo successivo delle relazioni giuridiche è determinato da questo criterio di misura originario⁶⁴⁵.

In quanto fornisce il criterio di misura originario, il *Nomos* si configura come "l'archetipo di un processo giuridico costitutivo"⁶⁴⁶. Avevamo visto nel primo capitolo

640 Ivi, p. 54.

641 Ivi, p. 59.

642 Ivi, p. 63.

643 Ivi, p. 70.

644 Ivi, p. 23.

645 *Ibidem*.

646 Ivi, p. 25.

come il potere costituente si configurasse come potere che decide sulla forma dell'unità, ma come questa unità fosse qualcosa che lo presupponeva. Il potere costituente si configurava quindi come potere già iscritto all'interno di una logica giuridica che non modificava. Il vero processo costitutivo, quello davvero rivoluzionario in senso non solo politico ma anche giuridico, si coglie solo nel costituirsi di un nuovo *nomos* e quindi nel modificarsi che si dà sul piano dell'ordinamento originario che fonda ogni ordinamento concreto. Nel costituirsi del rapporto tra ordinamento e localizzazione "trae nutrimento tutto il diritto seguente e tutto ciò che in seguito sarà emanato mediante atti di posizione e comandi"⁶⁴⁷.

Il termine *Nomos*, fin dalle sue origini, non ha mai indicato un atto di posizione. Ciò significa che in esso 'essere' e 'dover essere' non erano divisi, e in questa coesistenza si rendeva visibile la struttura dell'ordinamento concreto⁶⁴⁸. In tal senso si può definire il *Nomos* come sovrano in un significato antitetico rispetto all'idea di sovranità delle risoluzioni popolari. La 'sovranità' qui non rimanda a elementi personalistici bensì all'idea di un ordinamento che ha la capacità di fungere da misura e fondamento dei *nomoi*, e quindi degli atti di posizione, successivi. Seguendo Schmitt "si può parlare di un *nomos* reale come re reale solo quando *nomos* abbraccia il concetto totale di diritto, comprendente un concreto ordinamento della comunità"⁶⁴⁹. Se si vuol dare un senso all'idea di *nomos basileus* non si può prescindere dalla sussistenza, al di là di norme e decisioni, di un concreto ordinamento della vita associata⁶⁵⁰. Nel rimando all'idea di ordinamento insita nel concetto di *Nomos*, è possibile cogliere il fatto essenziale che come il *nomos* è re così il re è *nomos*⁶⁵¹ e in tal modo "ci troviamo già di nuovo nell'ambito di decisioni e istituzioni concrete invece che di norme astratte e regole

647 Ivi, p. 28.

648 Ivi, p. 57. A tal riguardo non si può accogliere l'affermazione di Irti secondo cui "Il *nomos* è pieno essere, e non l'astratto dover essere del puro normativismo". In N. IRTI, *Norma e luoghi*, op.cit., p. 26. Nel *nomos* non si tratta di puro essere ma della non separatezza di essere e dover essere. Come ciò possa darsi si rende evidente attraverso l'idea di ordinamento proposta da Schmitt, nel quale, potremmo dire, il dover essere è interno all'essere nella misura in cui questo non è definibile come mera fattualità, ma come sussistenza sul piano della concretezza di una forma giuridica. L'essere non è concepito, all'interno del *nomos*, come essere *tout court*, ma come qualcosa che è già giuridicamente formalizzato. Altrimenti non si spiegherebbe cosa distingue l'idea di *Nomos*, da un'idea meramente politica di ordinamento, nè si spiegherebbe perchè Schmitt stesso distingue l'idea di *Nomos* da un semplice atto di posizione.

649 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 254.

650 *Ibidem*.

651 *Ibidem*.

generali⁶⁵². Dall'idea di *Nomos*, è possibile infatti individuare i *fondamenti* e il senso intrinseco di ogni ordinamento economico e sociale⁶⁵³.

Se la terra, il fondo, era il primo presupposto di ogni economia⁶⁵⁴, il fondamento di ogni produttività⁶⁵⁵ allora è a partire dalla sua appropriazione che è possibile individuare l'origine di processi fondamentalmente economici e ciò risulta particolarmente evidente nel terzo significato della parola *Nomos* la quale si traduce appunto con 'produzione'.

Il *Nomos* viene così a costituire la base e il fondamento di uno specifico modo del comportamento umano; è infatti possibile individuare in ogni stadio della vita associata, in ogni ordinamento economico e di lavoro, il fatto che lì si è preso, diviso e prodotto⁶⁵⁶. Ciò che cambia da un'epoca ad un'altra non è il fatto essenziale che sempre si danno questi momenti, questi "tre atti di un dramma originario"⁶⁵⁷, bensì il loro ordine di successione⁶⁵⁸.

Ma il *Nomos* risulta avere un rapporto peculiare anche con ciò che si costituisce come potere politico, un rapporto che mostra come l'*oikonomia*⁶⁵⁹ e potere politico risultino fin già dalle origini come elementi che interagiscono in modo tale per cui l'elemento originario appare proprio quello del *nomos*. Al di là di *Archia*, che rappresenta un potere la cui fondazione si colloca al di là del piano umano ed è quindi sostanzialmente teologica, e *Cratia*, definita come potere infondato dal punto di vista dell'origine e quindi specificamente umano, il *Nomos* si mostra come ciò che compenetra questi due tipi di potere. Il *Nomos* è l'elemento davvero originario⁶⁶⁰.

Nomos, potere politico ed economia si trovano uniti in quello che appare come simbolo tipico della sovranità dell'epoca nomade, il *Nomeus*, ovvero il pastore⁶⁶¹.

Nel concetto di *Nomeus* si esprime il terzo significato del concetto di *Nomos*. Questo

652 *Ibidem*.

653 C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione*, op. cit., p. 295.

654 *Ivi*, p. 299.

655 *Ivi*, p. 300.

656 C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione*, op. cit., p. 299.

657 C. SCHMITT, *Der neue Nomos der Erde*, op. cit., p. 518.

658 C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione*, p. 299..

659 Sulla differenza tra *oikonomia* e *Wirtschaft* si veda O. BRUNNER, *La 'casa come complesso' e l'antica 'economica' europea*, (*Das 'ganze Haus' und die alteuropäische 'Ökonomik'*, 1958) in ID. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, (a c. di) Schiera P., Vita e pensiero, Milano, 1970, pp. 133-164.

660 C. SCHMITT, *Nomos, Nahme, Name*, op. Cit., p. 574.

661 *Ivi*, p. 576.

infatti si esprime nell'idea del pastore nel senso che rimanda all'idea di un'azione di tipo economico, e cioè richiama il senso di un utilizzare, produrre. "Questo pascolare", dice Schmitt, "non è un qualche cibarsi o abbeverarsi, ma il godimento di un bene"⁶⁶².

Il *Nomeus*, il pastore, è qui il simbolo tipico della sovranità, una sovranità legata però eminentemente ad un aspetto materialistico. Il *Nomeus*, agisce come un dio⁶⁶³, poiché è colui che garantisce il sostentamento e la sopravvivenza del suo popolo.

All'origine quindi, il *nomos* viene a costituire un punto di incontro tra 'economia' e 'politica' tale per cui la preminenza dell'aspetto specificamente economico fa sì che il rapporto politico si configuri come una relazione in cui il sovrano è un dio.

È in virtù di questa coesistenza di fattori e delle conseguenze politiche che Platone, secondo Schmitt, intravede la necessità di dover distinguere, nel *Politico*, il pastore dall'uomo politico⁶⁶⁴, ovvero la necessità di tener separate economia e politica: il *nemein* del pastore è diretto alla nutrizione del gregge e per questo è visto come una specie di dio. Il politico, al contrario, non sta così in alto rispetto a coloro che governa così come il pastore al suo gregge; egli non si occupa in prima persona del sostentamento economico del suo popolo, ma solo lo cura e sorveglia. Egli non è più un dio⁶⁶⁵. Nel politico deve sussistere quella possibilità di libertà che non esiste nella relazione con il *nomeus*.

Nel momento in cui l'esistenza nomade è superata, il tipo di potere di cui era portatore il pastore, si sposta alla casa, cioè all'*oikos*. La sovranità del capofamiglia è la sovranità del *nomeus*, cioè una sovranità di tipo assoluto dove non viene posto alcun limite al potere che lì vi è esercitato.

È in Aristotele che Schmitt ravvisa l'analisi del potere sull'*oikos*⁶⁶⁶ come potere assoluto distinto dal potere autenticamente politico. Egli infatti assimila il modo di governo del *nomeus* a quello del modo patriarcale di governo dell'uomo sulla casa (*Oikos*). Esso corrisponde al quinto modo di governo che Aristotele individua, un governo nel quale la sovranità dei padri di casa patriarcali sulla casa e la famiglia è una totalità, nella quale si

662 Ivi, p. 581.

663 *Ibidem*. PLATONE, *Politico*, 275 d, 276d.

664 *Ibidem*.

665 *Ibidem*.

666 ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 3, 1253 b, e I (A), 7, 1255 b 16 ss.

congiungono l'autorità religiosa e morale, potestà giuridica e diritto di disposizione economica⁶⁶⁷. Si tratta qui di un potere totale e illimitato⁶⁶⁸. Mentre ora si vede nell'economia l'autentico spazio della libertà, nell'antichità accadeva il contrario, la politica era libertà, l'economia espressione dell'illibertà.

La *nomia* appartiene quindi originariamente all'*oikos* più che alla *polis*⁶⁶⁹. Ma qui essa si configura come governo privo di vincoli. Questo tipo di potere, osserva Schmitt, permane nel modo in cui l'economia agisce e si sviluppa al di là dell'antico *oikos*. Ciò appare nel corso dell'ulteriore sviluppo, quando gli spazi e le masse si allargano ovvero quando la casa (*oikos*) si estende allo Stato nazionale e al mercato nazionale, e poi questi si allargano al di là dei confini nazionali, sembra che qui, dice Schmitt, sia ancora presente la memoria dell'*oikos* e dell'*oikonomia*⁶⁷⁰. Ciò significa che l'economia è qualcosa di essenziale e primario in quello che Schmitt definirà il *nomos* della terra e come ciò rischi di comportare sempre quello specifico metodo di governo *oikonomico* tale per cui uno governa illimitatamente su tutti. La non neutralizzazione dell'ambito economico ad opera della politica implica l'estensione di un potere non più 'politico'. Si tratta di un puro potere che viene meno alla sua funzione di neutralizzazione e che è tanto più totale quanto meno vincolato a istanze specificamente politico-giuridiche.

L'*oikonomia*, che si sviluppa al di là dell'*oikos*⁶⁷¹, si mostra come l'elemento a partire dal quale comprendere la trasformazione dello Stato in Stato totale, l'amministrativizzazione della vita sociale, la politicizzazione di tutti gli ambiti della vita.

Il pericolo insito in questo tipo di potere, che porta con sé l'idea della pianificazione totale dell'esistenza, di una *Daseinsvorsorge*⁶⁷² totale, cioè non giuridicizzata, non

667 C. SCHMITT, *Nomos, Nahme, Name*, op. cit., p. 577.

668 *Ibidem*.

669 Ivi, p. 576.

670 *Ibidem*.

671 Sul modo in cui il paradigma *oikonomico* si sviluppi nello Stato moderno, e su come ciò rappresenti un destino inevitabile a partire dall'eredità teologica delle democrazie contemporanee si veda AGAMBEN G., *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Neri Pozza, Vicenza, 2007.

672 Concetto ripreso da Forsthoff, che la definiva come una parte dell'amministrazione consistente in quell'insieme di *Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen werden* (*Die verw als leist...*, op. cit., p. 6). La *Daseinsvorsorge*, la funzione statale primaria (Ivi, p. 31) mostra come l'aspetto più rilevante della moderna amministrazione non debba svilupparsi, come per lo stato borghese di diritto, solo sul presupposto della libertà, bensì su quello della partecipazione (ivi, p.

neutralizzata, è quindi che essa conduce ad una totalità paternalistica⁶⁷³ priva però di un autentico capofamiglia, se essa non riesce a trovare una forma di potere specificamente politico, e quindi essenzialmente giuridico, il quale rappresenta qualcosa di più di un puro *nomos* del dividere e produrre, ovvero di un *nomos* esclusivamente economico⁶⁷⁴.

Il moderno apparato amministrativo della *Daseinsvorsorge* non è un ordinamento concreto. In esso come abbiamo visto nel precedente capitolo, lo Stato si dissolve⁶⁷⁵ in un puro apparato di funzioni non ancorate ad alcun piano concreto.

Le pianificazioni e gli ordinamenti umani della *Daseinsvorsorge* hanno il loro limite solo finché 'rimangono concreti' e finché l'ordinamento concreto che li sorregge non è ancora diventato "un mero materiale artificiale per pianificazioni senza spazio"⁶⁷⁶.

L'analisi sul concetto di *Nomos* rappresenta la tappa finale di una lunga riflessione sul diritto, sul *sensu* che esso dovrebbe avere. Qui si mostra chiaramente come lo spazio diventi giuridico quando in esso sia impressa una forma. Ciò che viene formato è il politico, politico che si realizza concretamente e primariamente nell'ambito economico-sociale. È qui che la mancanza di formalizzazione si mostra come dominio illimitato e onnipervasivo. Nel concetto di *Nomos*, se viene mostrato il senso del diritto, viene quindi anche portata a compimento una diagnosi sull'*assenza* di esso. Nel *Nomos* come forma concreta ciò che viene rivendicato è che la pura fattualità, lo sviluppo disintegrante di relazioni di potere prive di presupposti giuridici, non può farsi fondamento: essa è spazio di una politicizzazione in cui l'unica *legge* è quella del più forte.

42). In questa prospettiva il problema non era più quello della *Rechtsschutz* ma quello della *Teilhabe* (p. 45). La domanda di partecipazione del singolo diventa così, nel mondo moderno, domanda di affermazione alla quale solo la riformulazione dell'idea di stato di diritto, può dare risposta. Huber evidenzia inoltre come il concetto di *Fürsorge* di Stein sia il punto di partenza da cui Forsthoff ha sviluppato il suo concetto di *Daseinsvorsorge*, in E. R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in STEIN L. VON, *Staat-Recht-Gesellschaft*, op. Cit., pp. 495-512.

673 In questa direzione si muove la diagnosi di Tocqueville sulla democrazia (in TOCQUEVILLE A.-DE, *La democrazia in America*, (*De la démocratie en Amérique*, 1840, in ID. *Scritti politici*, vol. 2, (a c. di) N. Matteucci, UTET, Torino, 1968.) il cui potere si realizzerebbe come una sorta di autorità paterna il cui scopo però anziché indirizzarsi verso l'autonomizzazione del soggetto a cui si applica si volgerebbe, al contrario, verso la sua infantilizzazione. Su ciò si veda S. CHIGNOLA, *Il tempo rovesciato. La restaurazione e il governo della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2011.

674 C. SCHMITT, *Nomos, nahme, name*, op. cit., p. 577.

675 Su ciò si vedano le lettere tra Schmitt e Kojève in C. SCHMITT- A. KOJÈVE, *Briefwechsel*, in (hrsg.) P. Tommissen, *Schmittiana*, Band VI, 1998, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 100-124 e in particolare la lettera del 7/6/55 e del 14/12/55.

676 C. SCHMITT, *Nomos, Nahme, Name*, op. Cit., p. 576.

Nel *Nomos* si esprime l'idea che il diritto sia l'unico *terreno* sul quale possa costituirsi una politica che non è mera forza. Politica autentica è quella che sa farsi carico degli ordinamenti concreti, delle loro trasformazioni. Un potere che prescinde dallo spazio *concreto*, è un potere che non è altro che violenza e sopraffazione. Collocato nella fattualità, il potere è sì politico ma qui nel senso in cui esso è origine di quella politicizzazione che non vuol dire altro che distruzione.

3.5 La scienza giuridica.

A questo punto non resta che chiedersi cosa sia, per Schmitt, la scienza giuridica, quale ruolo essa rivesta, come si strutturi.

Occorre innanzitutto dire che ciò che rende possibile la riflessione sul giuridico come scienza è il fatto che il diritto si configuri, nel pensiero del giurista tedesco, essenzialmente come forma. Solo in quanto il diritto è forma, allora è possibile parlare del pensiero giuridico come pensiero scientifico.

La tematica della forma giuridica ritorna in Schmitt in molti luoghi. *In primis*, nello scritto sulla dittatura dove si definisce ciò che vi è di essenziale nel diritto come forma⁶⁷⁷. Anche in *Teologia politica*⁶⁷⁸, come abbiamo visto, il tema della forma giuridica appare essenziale nel determinare il senso del diritto e il suo modo di strutturarsi. A partire dal concetto di forma giuridica, inoltre, veniva articolata una critica nei confronti del positivismo e della sua idea di forma. Di forma giuridica si parla anche in *Cattolicesimo romano*⁶⁷⁹ in rapporto al ruolo della Chiesa e alla sua capacità di rappresentazione. Infine si rimanda all'idea di forma negli scritti sul *Nomos*. *Nomos* è infatti "la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento

677 C. SCHMITT, *La Dittatura*, op. Cit., p. 187.

678 C. SCHMITT, *Teologia politica*, op. Cit., p. 53-54.

679 C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano*, op. Cit., p. 47.

politico e sociale di un popolo"⁶⁸⁰.

Ma cosa forma il diritto? A cosa si rivolge la sua capacità formalizzante?

Abbiamo visto con Schmitt come il dominio del positivismo e del suo modo di procedere comportava un' intensa politicizzazione che era una conseguenza dell'incapacità di questo tipo di pensiero di essere veramente 'giuridico'. Il positivismo era incapace di forma; il venir meno del diritto significava il venir meno della possibilità di dar forma al politico, cioè di relativizzarlo. Questo tipo di analisi, centrale nella delineazione dei caratteri dello Stato totale, serviva a spiegare, insieme con la politicizzazione, la fine dello Stato, inteso come Stato borghese di diritto. La riflessione sul diritto e sul venir meno della forma giuridica è centrale anche nel definire la fine dello *jus publicum europeum*. Anche qui la politicizzazione appare la conseguenza immediata della trasformazione del diritto in mero strumento di potere. Il diritto anche qui si mostrava come strumento di formalizzazione del politico. Il problema che si presentava era essenzialmente quello della limitazione della guerra, cioè della sua regolamentazione, problema che diventava centrale nel momento in cui la politicizzazione significava l'emergere di un nuovo tipo di guerra, la guerra di annientamento, la guerra cioè dove il nemico non era più inteso come nemico pubblico, ma come criminale da eliminare. "Eliminare o evitare la guerra di annientamento", sottolinea Schmitt, "è possibile solo se si trova una *forma* per il misurarsi delle forze"⁶⁸¹. Evitare la guerra di annientamento, limitare cioè la guerra, significava giuridicizzarla⁶⁸². Una guerra può essere oggetto di formalizzazione giuridica e in questo senso essa non è equivalente all'assenza di diritto, cioè all'idea di nichilismo⁶⁸³. Egli la definisce piuttosto

680 C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, op. Cit., p. 59.

681 Ivi, p. 228.

682 Ivi, p. 259.

683 Ivi, p. 229. Irti, diversamente da Schmitt, intende il nichilismo come carattere proprio del diritto e non come assenza di diritto. "Il diritto" egli sottolinea, "è ormai consegnato alla solitudine della volontà umana. La quale non sta ferma e immobile, ma genera lotte tra visioni del mondo, prospettive di vita, interessi economici e politici. Respinta l'incondizionata assolutezza di valori (...) il diritto non rimane senza valori. Ma questi cala e risolve nel processo storico: molteplici e relativi, caduchi e instabili, tra i quali la volontà dell'uomo è chiamata a determinarsi e a scegliere. Il weberiano 'politeismo dei valori' ne è la più schietta e veritiera rappresentazione" (p. 22). Il nichilismo così espresso rappresenta una delle due facce del modo in cui si sviluppa la modernità giuridica. L'indifferenza contenutistica, osserva infatti Irti, sospinge verso il culto della forma (p. 26). La costruzione geometrica della forma "fa da corrispettivo alla decostruzione dei contenuti. La forma, resa neutrale e indifferente rispetto ai contenuti (...) rappresenta il dato più stabile e sicuro dell'intera realtà. Il *pathos* dei contenuti, discordi e contrastanti, viene sterilizzato nell'impassibilità della forma" (p. 29). In N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, op. Cit. Sullo stesso argomento si

come anarchia, quando, facendo riferimento alle concezioni di Hobbes, Leibniz e Kant, sostiene che in essi si concepiscono i portatori dello *jus belli* come persone morali dotate di uguale *diritto*. Si può vedere in ciò “una situazione anarchica ma non assolutamente una situazione priva di diritto”⁶⁸⁴. Ciò che vi è di interessante in questa riflessione sulla capacità di forma del diritto anche nella situazione di guerra è quanto Schmitt sostiene in riferimento allo stato di natura: “anche se si ammette che nella lotta che ha luogo nello stato di natura 'l'uomo è lupo per l'altro uomo', ciò non ha alcun significato discriminante, poiché anche nello stato di natura nessuna delle parti che si trovano in conflitto ha il diritto di sopprimere l'eguaglianza attribuendo a se stessa la qualità di uomo, all'avversario quella di lupo (...) sta qui il nuovo concetto, non più discriminante, di guerra”⁶⁸⁵. La guerra quindi che fa riferimento ad un sostrato giuridico, ad un ordinamento concreto, non è espressione di pura violenza. L'anarchia che qui si dà non è una *tabula rasa* dal punto di vista giuridico. Anarchia e nichilismo si distinguono quindi essenzialmente nel fatto che l'una fa riferimento ad un ordinamento, l'altra no. L'anarchia può addirittura essere intesa come opposizione al nichilismo. Facendo riferimento al Medioevo, Schmitt afferma “i metodi anarchici del medioevo non erano affatto nichilismo. Essi, come si può facilmente mostrare, conoscevano e difendevano un autentico diritto, che si fondava su localizzazioni e ordinamenti sicuri. Solo questo è

veda N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011. L'idea del politeismo giuridico è ciò che raccoglie ed esprime le possibilità di molteplici norme fondamentali. Non c'è, in questo senso, "alcuna norma fondamentale che goda, da sempre e per sempre, di garanzia di verità, e dunque appaia necessaria e inderogabile. Si sciogliono così tutti i dualismi, e il diritto, cioè ciò che io voglio come diritto, si concentra nell'unità della mia decisione" (p. 11). Irti qui concepisce la *Grundnorm* kelsensiana come la norma che ciascuno sceglie per sé e la propria vita. Il fondamento ultimo del diritto non sarebbe quindi la decisione di questa o quell'autorità, ma la decisione che ciascuno di noi compie come riferimento della propria vita giuridica. Ciò viene ulteriormente chiarito mediante il riferimento al diritto come istituzione: “Anche le ardite e fascinose immagini dell'ordinamento concreto e dell'istituzione non si discostano da questo trovarsi. Anzi vi offrono il sostegno più vigoroso ed autorevole. Nè l'ordinamento concreto nè l'istituzione sono costruiti da me, eretti da una scelta della mia volontà. Mi trovo dentro ad essi, nella normalità di un gruppo o ente o comunità, che stava prima di me e proseguirà dopo di me. Ma io posso uscire dal diritto in cui mi trovo gettato: violarlo, contestarlo, rovesciarlo” (p. 13). La scelta, conclude Irti, smentendo in parte l'idea qui espressa di un' assoluta libertà a partire dalla quale ciascuno sceglierebbe il proprio diritto, si compie nell'orizzonte delle possibilità, è scelta e preferenza di una possibilità. L'atto di decisione non è mai un atto libero ed è sempre vincolato al ventaglio di possibilità offerto. Non solo. La stessa idea di violazione è violazione che si pone in stretta relazione con ciò che è violato e non è scindibile da questo.

684 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 173.

685 *Ibidem*. Sull'argomento si veda anche C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, (tit. or. *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 1938), (a c. di) S. Pietropaoli, Laterza, Roma-Bari, 2008

decisivo, poiché dà la possibilità di distinguere tra guerre sensate e guerre di annientamento, e di salvare la possibilità di ordinamenti concreti dalla *tabula rasa* del nichilismo legalista⁶⁸⁶.

Per spiegare cosa significasse limitare la guerra e relativizzarla, Schmitt richiama l'idea del duello: "là dove il duello viene riconosciuto come *istituzione*, la *giustizia* di un duello consiste proprio nella netta separazione della *justa causa* dalla forma, dell'*astratta norma di giustizia* dall' *ordo concreto* (...) un duello non è giusto perché in esso vince sempre la causa giusta, ma perché nella tutela della *forma* sono assicurate determinate garanzie (...) Il diritto è diventato qui forma compiutamente istituzionale, consistente nel fatto che uomini d'onore risolvono tra loro, nelle forme prescritte un affare d'onore di fronte a testimoni imparziali"⁶⁸⁷.

Se il diritto è forma del politico, e se politico è essenzialmente l'ambito economico e sociale, allora la scienza giuridica non può esimersi dal farsi carico di considerare questi ambiti come ambiti di riflessione scientifica. L'ambito giuridico è, per Schmitt, l'ambito della loro "autoconsapevolezza scientifica"⁶⁸⁸. La scienza giuridica è scienza proprio a partire dal suo legame con l'ambito sociale, economico e quindi politico. La critica al positivismo è critica qui al suo essere stato il promotore dell'esclusione, dall' ambito giuridico, di tutte le questioni essenziali per il diritto.. La scienza giuridica separata da questi ambiti non è più scienza. La scienza giuridica è scienza capace di dar forma al politico, al sociale, all'economico. Senza il riferimento a questi ambiti che costituiscono il contenuto materiale della sua riflessione, la scienza giuridica perde il suo senso e la sua funzione.

Se il pensiero giuridico-scientifico è pensiero di un diritto che è forma del politico, significa che esso non è qualcosa che si pone al di là della storia. "Una giurisprudenza astratta e distaccata", dice Schmitt, "esiste tanto poco quanto un'intelligenza dello stesso tipo. Il pensiero giuridico-*scientifico* si perfeziona solo in connessione con un concreto ordinamento *storico*"⁶⁸⁹. Se il diritto è forma del politico, la scienza giuridica è pensiero scientifico su questa forma.

686 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 229.

687 Ivi, p. 167.

688 Ivi, p. 305.

689 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 274.

Che la scienza giuridica sia ciò che riesce a produrre la forma scientifica della materia che proviene dalla storia, è un elemento che Schmitt osserva e valuta a partire da Savigny⁶⁹⁰. È qui che diventa chiaro come un ordinamento concreto, e quindi il fondamento del diritto, non possa essere isolato dalla sua storia⁶⁹¹. L'ordinamento concreto come struttura e forma non è scindibile dalla materia a cui si applica. Avevamo visto infatti come la forma giuridica non potesse mai essere concepita come una forma vuota.

Il pensiero di Savigny è utilizzato da Schmitt come immagine di una scienza giuridica che si fa portatrice di un diritto che è sì positivo, ma non nel senso di sancito bensì come qualcosa di dato⁶⁹². Il vero diritto “non è posto, bensì sorge in un'evoluzione involontaria”⁶⁹³. Il diritto è in Savigny positivo in un senso completamente diverso da quello che assume nel successivo positivismo giuridico, il quale non conosce “un'origine ed un suolo natio”⁶⁹⁴. Ciò che conosce questo positivismo sono solo “o cause o norme fondamentali ipoteticamente poste”⁶⁹⁵. Esso non comprende e anzi rifiuta il senso pieno dell'idea di fonte del diritto. La scuola storica e la sua dottrina del diritto consuetudinario, sottolinea Schmitt, hanno lottato contro la codificazione positivista ed esplorato nuove fonti storico-giuridiche⁶⁹⁶. In Savigny emerge quindi l'idea di una fonte come qualcosa che non è semplicemente posto. La fonte è qui “realmente una fonte, nel senso pieno di origine autentica ed autentica patria”⁶⁹⁷.

L'attualità di Savigny, il senso della sua prestazione sta, negli occhi di Schmitt, nella sua presa di distanza dal mondo dell'attività normativa, una presa di distanza che si esprime nella capacità di rendere la scienza giuridica stessa “l'antipodo del diritto che viene di fatto meramente sancito”⁶⁹⁸. La prestazione scientifica di Savigny era rivolta contro quei giuristi positivisti che non si erano resi conto che gli atti di posizione finivano per

690 Si veda in particolare SAVIGNY F.C. VON, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

691 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 67.

692 Ivi, p. 67.

693 *Ibidem*.

694 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, op. cit., p. 67.

695 Ivi, p. 68.

696 C. SCHMITT, *Die drei arten...*, op. cit., p. 37.

697 C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, p. 68.

698 Ivi, p. 76. È a partire da questa prestazione e dal suo concetto di scienza giuridica che Savigny viene interpretato da Schmitt come *Katéchon*. Ivi, p. 93.

diventare disgregazioni (*Zersetzungen*), e non avevano compreso fino a che punto il loro preteso positivismo legale li avrebbe condotti a porre in dubbio le loro premesse storiche, intellettuali e professionali⁶⁹⁹. Il positivismo non si interroga sulla fonte e pone l'origine del diritto in un semplice fatto. Ma un fatto, sottolinea Schmitt, non è una fonte di diritto. Il problema proprio della scienza giuridica è quello di comprendere come un momento puramente fattuale possa essere inteso giuridicamente, se cioè come norma, come decisione o come ordinamento concreto⁷⁰⁰. Si tratta del problema della genesi del diritto a cui nessun giurista può sfuggire, perché si tratta di un problema eminentemente giuridico. Per Schmitt, come abbiamo già sottolineato, l'ambito della fattualità diventa ambito giuridico quando è inquadrato all'interno di un ordinamento concreto. È questo l'autentica fonte del diritto.

È nella scienza giuridica che il diritto emerge come qualcosa che non si riduce a comando statale ma può essere inteso come *ratio*⁷⁰¹. È la scienza giuridica che ha il compito di cogliere nella storia ciò che è in grado di farsi portatore delle istanze proprie di formalizzazione del politico. La scienza giuridica riflette sul diritto, sul suo essere una forma e lo fa partendo dal dato che quel diritto è sempre storicamente determinato. Ciò risulta particolarmente chiaro nel concetto di ordinamento concreto. Questo è sempre il frutto di processi storici di ampia portata e non il prodotto immediato di un qualche tipo di potere.

L'idea di storia che qui emerge, sottolinea Schmitt, è qualcosa di diverso dall'archeologia e dal museo⁷⁰². Non si tratta del riferimento alla storia come mera erudizione, ma come luogo in cui il diritto acquisisce il suo senso non solo rispetto al passato ma anche e soprattutto nel presente e forse anche nel futuro. L'esistenza della scienza giuridica, dice Schmitt, è minacciata. Lo è a partire dal suo essere schiacciata tra teologia e tecnica. La scienza giuridica può continuare ad esistere solo se “riesce ad affermare in una dimensione storica rettamente conosciuta e resa fruttuosa il terreno della propria esistenza”⁷⁰³.

699 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. cit, p. 67.

700 C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. Cit., p. 271.

701 C. SCHMITT, *Sui due grandi dualismi...*, op. cit, p. 445.

702 C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. Cit., p. 14.

703 *Ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.

AGAMBEN G., *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Neri Pozza, Vicenza, 2007.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

ANSCHÜTZ G., *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, Tübingen, Mohr, 1901².

ANSCHÜTZ G., *Gesetz*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*, vol. II, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1913, pp. 212-217.

ANSCHÜTZ G., *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, (inaugurale Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Breitkopf und Haertel, Leipzig, 1891.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, (a c. di) G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971.

BISOGLI G., *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2005.

BÖCKENFÖRDE E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958.

BÖCKENFÖRDE E. W., *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, in STEIN L. VON; *Staat-Recht-Gesellschaft*, op. Cit, pp. 513-548.

BRUNNER O., *Dall'investitura per grazia di dio al principio monarchico*, (tit. or. *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*, 1956) in ID. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, (a c. di) P. Schiera, Vita e pensiero, Milano, 1970, pp. 165-199.

BRUNNER O., *La 'casa come complesso' e l'antica 'economica' europea*, (*Das 'ganze Haus' und die alteuropäische 'Ökonomik'*, 1958) in ID. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, op. cit., pp. 133-164.

BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

CARRÉ de MALBERG R., *La legge espressione della volontà generale*, (tit. or. *La loi expression de la volonté generale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, 1931), (a c. di) M. Calamo Specchia, Giuffrè, Milano, 2008.

CARRINO A., *Introduzione*, a SCHMITT C., *La condizione della scienza giuridica europea*, (tit. or. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1943-44), trad. it. L. Cimmino, Antonio Pellicani, Roma 1996, pp. 3-30.

CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009.

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

CASTRUCCI E., *Postfazione*, a C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum Europaeum*, Adelphi, Milano, 1991.

CASTRUCCI E., *Forma e spazio politico internazionale nella prospettiva schmittiana del Nomos der Erde*, in (Id.) *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, Giuffrè, Milano, 2003.

CASTRUCCI E., *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino, 1991.

CASTRUCCI E., *La costituzione come forma del politico. Per una lettura della Verfassungslehre di Carl Schmitt*, in ID. *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, Giuffrè, Milano, 2003.

CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

CAVALLO R., *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Giappichelli, Torino, 2009.

CAYLA O., *L'obscure théorie du pouvoir constituant originare ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable*, in (a c. di) D. de Béchillon-P. Brunet- V. Champeil-Desplats-E. Millard, *L'architecture du droit*, Economica, 2006, pp. 249-265.

CHIGNOLA S., *Costituzione e potere sociale in Lorenz von Stein e Tocqueville*, in G. Duso (a c. di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999, pp. 341-361.

CHIGNOLA S., *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Editoriale scientifica, Napoli, 2004.

CHIGNOLA S., *Il tempo rovesciato. La restaurazione e il governo della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2011.

CONSTANT B., *Fragments d' un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une*

constitution republicaine dans un grand pays, (1795-1818, pubbl. Postumo 1991), Aubier, Paris, 1991.

CONZE W., *Die Krise des Parteienstaates in Deutschland*, in "Historische Zeitschrift", 178, pp, 47-84:

COSTA P., *Il modello giuridico della sovranità*, in "Filosofia politica", anno V, 1, 1991, Il Mulino, Bologna, pp. 51-70.

DE FRANCISCI P., *Primordia civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959.

DE FRANCISCI P., *Sintesi storica del diritto romano*, Edizioni dell' Ateneo, Roma, 1965.

DE MARTINO F., *Storia della Costituzione romana*, vol. I, ed. Eugenio Jovene, 1972.

DUSO G., *La soggettività in Carl Schmitt*, in G. Duso (a c. di), *La politica oltre lo Stato*, Arsenale Cooperativa, Venezia, 1981

DUSO G., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Milano, 2007.

FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

FERRARESE M.R., *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

FIORAVANTI M., *Costituzione e stato di diritto*, In ID. *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, pp. 575-604.

FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell' Ottocento tedesco*, Giuffrè,

Milano, 1979.

FIORAVANTI M., *Introduzione*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2001, pp. V-XXI.

FIORAVANTI M., *Savigny e la scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, op. Cit., pp. 3-21.

FORSTHOFF E., *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* (1954), in *Stato di diritto in trasformazione*, (tit. or *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), (a c. di) C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973.

FORSTHOFF E., *Einführung*, in STEIN L. VON, *Gesellschaft- Staat-Recht*, Ullstein, Frankfurt/Main, Berlin, Wien, 1972, pp. 7-20.

FORSTHOFF E., *Giustificazione e compiti di una scienza dell'amministrazione*, (1959), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. Cit., pp. 169-193.

FORSTHOFF E., *Il problema politico dell'autorità*, (1955), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. Cit., pp. 129-144.

FORSTHOFF E., *Le leggi-provvedimento*, (1955), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. Cit., pp. 101-128.

FORSTHOFF E., *Abbiamo troppo o troppo poco stato?*, (1955), in *Stato di diritto in trasformazione*, op. cit., pp. 81-100.

FORSTHOFF E., *Einleitung*, in MONTESQUIEU, *Vom Geist der Gesetze*, Tübingen, Laupp, 1951, pp. 17-54.

FORSTHOFF E., *Giustificazione e compiti di una scienza dell'amministrazione*, (1959), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. cit., pp. 169-193.

FORSTHOFF E., *Il giurista scomodo*, (1955) in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. cit., pp. 71-79.

FORSTHOFF E., *Il problema politico dell'autorità*, (1955), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, op. cit., pp. 129-144.

FORSTHOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Erster Band, C.H. Beck, München-Berlin, 1950.

FORSTHOFF E., *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Kohlhammer, 1938.

FORSTHOFF E.- SCHMITT C., *Briefwechsel (1926-1974)*, (hrsg.) D. Mußnug-R. Mußnug,-A. Reinthal, Akademie Verlag, Berlin, 2007.

FRAENKEL E., *Democrazia collettiva*, (tit. or. *Kollektive Demokratie*, 1929), in G. Arrigo-G. Vardaro (a c. di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, , Lavoro, Roma, 1982, p. 89-104

FREUND J., *La crisi dello Stato fra decisione e norma*, (a c. di) A. Carrino, Guida, Napoli, 2008.

FROSINI, V., *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano, 1995.

GALLI C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996.

GALLI C., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GERBER C. F. V., *Diritto pubblico*, (tit. or. *Über öffentliche Rechte*, 1852, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1880), trad. it. P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1971.

GOZZI G., *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. Costa-D. Zolo (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 260-283.

GRASSO P. G., *Il potere costituente*, Giappichelli, Torino, 2006.

GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995.

HÄNEL A., *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, (2 unveränderte Auflage, Leipzig, 1888), Haessel, Frankfurt am Main, 1968.

HAURIOU M., *Le droit naturel et l'Allemagne*, (extrait du Correspondant du 25 septembre 1918), in ID. *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933. pp. 14-42.

HAURIOU M., *L'ordre sociale, la justice et le droit*, (extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927), in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., pp. 47-71.

HAURIOU M., *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, (1925), in ID. *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., pp. 89-146.

HAURIOU M., *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des system objectivistes*, (extrait de la *Revue de Métaphysique et de morale*, 1928), in ID. *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., pp. 72-86.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2010 (1910).

HECKEL J., *Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassunsnotstand, mit besonderer Ruecksicht auf das Budgetrecht*, in “Archiv des öffentlichen Rechts”, 22, 1932, pp. 257-338.

HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, (a c. di) G. Marini, Laterza, Roma-Bari, 1999.

HELLER H., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, (a c. di) P. Pasquino, Giuffrè, Milano, 1987.

HINTZE O., *Der Commisarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, in M. Krammer (hrsg.), *Historische Aufsätze. Karl Zeumer zum 60. Geburtstag als Festgabe dargebracht von Freunden und Schülern*, Böhlau, Weimar, 1910, pp. 493-528.

HINTZE O., *Essenza e trasformazione dello Stato moderno*, (tit. or. *Wesen und Wandlung des moderne Staats*, 1931), in ID., *Stato e Società*, trad. it. Di P. Schiera, Zanichelli, 1980, pp. 138-150.

HINTZE O., *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, (tit. or. *Das monarchische Prinzip und die kostitutionelle Verfassung 1911*), in *Stato e società*, trad. it. P. Schiera, Zanichelli, 1980, pp. 27-49

HOBBS T., *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, (a c. di) A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari, 1989.

HOFFMANN H., *Legittimità contro legalità*, (tit. or. *Legitimität gegen Legalität*), (a c. di) R. Miccù, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999.

HSÜ DAU-LIN, *Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*, in “Archiv des öffentlichen Rechts”, 22, 1932.

HUBER E. R., *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1931.

HUBER E.R., *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in STEIN L. Von, *Staat-Recht-Gesellschaft*, op. Cit., pp. 495-512.

HUBER E.R., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, in “Blätter für deutsche Philosophie”, 1931.

IRTI N., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011

IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

JELLINEK G. *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1914.

JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung*, Scientia Verlag, Aalen, 1887.

JELLINEK G., *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1919.

KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925.

KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia*, (tit. or. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920), in ID., *Dottrina dello Stato*, (a c. di) A. Carrino, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, pp. 7-39.

KELSEN H., *La giurisprudenza come scienza normativa*, (tit. or. *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, 1916), in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, (a c. di) A. Carrino, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988, pp. 73-136.

KELSEN H., *Lineamenti di teoria generale dello stato*, (tit. or. *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, 1926), in ID., *Dottrina dello Stato*, op. cit., pp. 41-116.

KELSEN H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, (tit. or. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze*, 1911), vol. 1, (a c. di) A. Carrino, edizioni scientifiche italiane, napoli, 1991.

KELSEN H., *Stato di diritto e diritto pubblico*, (tit. or., *Rechtsstaat und Staatsrecht*, 1913), in ID., *Dio e Stato*, (a c. di) A. Carrino, Edizioni scientifiche italiane, napoli, 1988.

KELSEN H., *Sulla sociologia del diritto*, (tit. or. *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen*, 1912), in ID., *Dio e Stato*, op. cit., pp. 177- 205.

KELSEN H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?"* (1931), in H. Klecatsky-R. Marčić-H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 1873-1922.

KELSEN H., *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* (1913), in H. Klecatsky, R. Marčić, H. Schambeck, (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag Wien, 1968, pp. 1533-1543.

KERVÉGAN J. F., *Hegel, Carl Schmitt. La politique entre spéculation et positivité*,

PUF, Paris, 1992.

KIRCHMANN H. Von, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, Berlin, 1848.

KOJÈVE A., *Kolonialismus in europäischer Sicht*, 1957, in P. Tommissen (hrsg.), *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Band VI, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp.125-140.

KOSELLECK R., *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, (tit. or. *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1979), trad. it. A.M. Solmi, Marietti, Genova, 1986.

KRAFT-FUCHS M., *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in "Zeitschrift für Öffentliches Recht", Band IX, Heft 4, Julius Springer, Wien und Berlin, 1930, pp. 511-541.

LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2 Bd., Mohr, Tübingen, 1876-1882.

LABAND P., *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Band I, Mohr, Tübingen, 1909.

LABAND P., *Zur Lehre vom Budgetrecht*, in "Archiv für öffentliches Recht", Band 1, 1885, pp. 172-196.

LANCHESTER F., *Carl Schmitt e la storia costituzionale*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 243-268.

LANCHESTER F., *Carl Schmitt. Un giurista scomodo*, in ID. *Momenti e figure...*, op. Cit., pp. 221-242.

LANCHESTER F., *Le radici imperiali della forma di governo weimariana*, in *Momenti e figure....*, op. cit., pp. 201-220.

LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, tit. or. (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960), (a c. di) S. Ventura, Giuffrè, Milano, 1966.

LASK E., *Filosofia giuridica*, (tit. or. *Rechtsphilosophie*, 1905), in Carrino A. (a c. di), *Metodologia della scienza giuridica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1989, pp. 13-53.

LAQUIÈZE A., *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in P. Costa-D. Zolo (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 284-316.

LÖWITH K., *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, (tit. or. *Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt*), in ID., *Marx, Weber, Schmitt*, trad. it. E. Brissa, A. Kunkler Giavotto, A. M. Pozzan, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 123-166.

LUHMANN N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.

LUHMANN N., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990

MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, (a c. di) C. Vivanti, Einaudi, Torino, 1983.

MACHIAVELLI N., *Il principe*, in ID., *Opere politiche*, vol.1, (a c. di) M. Martelli, Salerno, Roma, 2006.

MARAVIGLIA M., *La penultima guerra. Il concetto di 'Katéchon' nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Led, Milano, 2006.

MASCHKE G., *L'ambiguità della decisione, (Das Vieldeutigkeit der Entscheidung)*, trad. it. A. Caracciolo, "Behemoth", n. 3, 1988, pp. 3-6.

MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895

MECCARELLI M., *Paradigmi dell'eccezione*, in "Quaderni storici", n.2, 2009, pp. 493-521.

MEHRING R., *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, C. H. Beck, München, 2009.

MEZZADRA S., *Crisi dell'eticità e omogeneità sociale. Note su Hermann Heller*, in "Filosofia politica", V, 1991, pp. 161-175.

MEZZADRA S., *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Il Mulino, Bologna, 1999,

MOMMSEN T., *Le Droit public romain*, (tit. or. *Römisches Staatsrecht*, 1874), IV, (a c. di) P. F. Girard, Diffusion de Boccard, Paris, 1984.

MOHL R., VON, *Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätzen des Rechtsstaat*; 3 Bd., Laupp, Tübingen, 1866.

MORTATI C., *Brevi note sul rapporto fra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2, 1973, pp. 511- 532.

MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

MUßGNUG R.- MUßGNUG D., *Einleitung*, in FORSTHOFF E.- SCHMITT C., *Briefwechsel (1926-1974)*, op. Cit., pp.1-30.

NAPOLI P., *Misura di polizia. Una prospettiva storico-concettuale in età moderna*, in “Quaderni storici”, n.2, 2009, pp. 523

NAPOLI P., *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, La découverte, Paris, 2003.

NICOLETTI M., *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia, 1990.

NOLTE E., *Diktatur*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 1, Ernst Klett, Stuttgart, 1972, pp. 900-924

POPITZ J., *Der Finanzausgleich und seiner Bedeutung für die Finanzlage des Reichs, der Länder und Gemeinden*, Berlin, 1930.

PORTINARO P. P., *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982.

RADBRUCH G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Mayer, Leipzig, 1914.

RADBRUCH G., *Il concetto di diritto*, (tit. or. *Der Begriff des Rechts*, da: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, pp. 29-43), in A. Carrino (a c. di), *Metodologia della scienza giuridica*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1989, pp. 89-97.

RATZEL F., *Politische Geographie*, Zeller, Osnabruck, 1897.

RESTA E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

RESTA E., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992.

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.

ROUSSEAU J. J., *Origine della disuguaglianza*, (tit. or. *Discours sur l'origine et les fondaments de l'inégalité parmi les hommes*, 1755), (a c. di) G. Preti, Feltrinelli, Milano, 2004.

ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, (tit. or. *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762), trad. it. V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1966.

SARTORI, *Dittatura*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, pp 356-372.

SAVIGNY F.C. VON, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

SCALONE A., *Aspetti del dibattito sui partiti nella dottrina dello Stato weimariana*, in "Foedus", n. 19, 2007, pp. 3-21.

SCALONE A., *Il potere in Carl Schmitt*, in G. Duso (a c. di), *Il potere*, Carocci editore, 1999, pp. 406- 428.

SCALONE A., *Kelsen critico di Smend*, in ID., *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt e Joseph H. Kaiser*, Polimetrica, Monza, 2011, pp. 171-207.

SCALONE A., *La partecipazione economica nella Costituzione di Weimar*, in "Foedus", n. 25, 2009, pp. 13-29.

SCALONE A., *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine*

Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934), Giappichelli, Torino, 2008.

SCARPELLI U., *Che cos'è il positivismo giuridico*, Ed. Di comunità, Milano, 1965.

SCHIERA P., *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 1987.

SCHIERA P., *Dall' arte di governo alle Scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Giuffrè, Milano, 1968.

SCHMITT C.- A. KOJÈVE, *Briefwechsel*, in P. Tommissen (hrsg.), *Schmittiana*, Band VI, 1998, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 100-124.

SCHMITT C., "Solange das Imperium da ist", (hrsg.) F. Hertweck-D. Kisoudis, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

SCHMITT C., *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma*, (tit. or. *Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel*, 1956), (a c. di) C. Galli, Il Mulino, Bologna, 1983.

SCHMITT C., *Appropriazione, distribuzione, produzione: un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal "nomos"*, (tit. or. *Nehmen, Teilen, Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder sozial – und Wirtschaftsordnung von Nomos her richtig zu stellen*, 1953) in ID. *Le categorie del politico*, (a c. di) G. Miglio- P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 295-314.

SCHMITT C., *Cattolicesimo romano e forma politica*, (tit. or. *Römischer Katholizismus und politische Form*, 1925), (a c. di) C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986.

SCHMITT C., *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates* (1930), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Dunker & Humblot, Berlin, 1958, pp. 41-59.

SCHMITT C., *Der neue Nomos der Erde* (1955), in *Staat, Grossraum, Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 518-522.

SCHMITT C., *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Mohr, Tübingen, 1914.

SCHMITT C., *Dialogo sul potere*, (tit. or. *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber*, 1954), trad. it. J. Scanu, Il Melangolo, Genova, 1990.

SCHMITT C., *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* (1931), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren....*, op. Cit., pp. 235-261.

SCHMITT C., *Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts* (1940), in ID. *Staat, Großraum, Nomos*, op. cit., pp. 156-165.

SCHMITT C., *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in ID., *Staat, Großraum, Nomos*, op. Cit., pp. 3-23.

SCHMITT C., *Dittatura*. (tit. or. *Diktatur*, 1926), Appendice II, in ID., *La dittatura*, op. cit., pp. 303-310

SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, (tit. or. *Verfassungslehre*, 1927), (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984,

SCHMITT C., *Etica di Stato e Stato pluralistico*, (tit. or. *Staatsethik und pluralistischer Staat*, 1930), in ID. *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 217-236.

SCHMITT C., *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, (tit. or. *Ex*

captivitate salus : Erfahrungs der Zeit 1945-47, 1950), trad. it. C. Mainoldi, Adelphi, Milano, 1993.

SCHMITT C., *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C.H. Beck, München, 1912.

SCHMITT C., *Gespräch über den Neuen Raum* (1958), in *Staat, Grossraum, Nomos*, op. cit., pp. 552- 572.

SCHMITT C., *Glossario*, (tit. or. *Glossarium. Aufzeichnung der Jahre 1947-1951*, 1991), (a c. di) P. Del Santo, Giuffrè, Milano, 2001.

SCHMITT C., *Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, (tit. or., *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Mohr, Tübingen, 1930), in ID., *Democrazia e liberalismo*, (a c. di) M. Alessio, Giuffrè, Milano, 2001.

SCHMITT C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, (tit. or. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), in ID., *Le categorie del politico*, op. cit., pp. 247-275.

SCHMITT C., *Il compimento della riforma*, (tit. or. *Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan – Interpretationen*, 1965) in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a c. di) C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 167-180.

SCHMITT C., *Il concetto di politico*, (tit. or. *Der Begriff des Politischen*, 1932) in *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, (a c. di) G. Miglio - P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 87-183.

SCHMITT C., *Il concetto discriminatorio di guerra*, (tit. or. *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 1938), (a c. di) S. Pietropaoli, Laterza, Roma-Bari,

2008

SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, (tit. or. *Der Hüter der Verfassung*, 1931), trad. it. A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981.

SCHMITT C., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, (tit. or. *Der Leviathan in der Staatslehre von Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, 1938), in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a c. di) C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 61-143.

SCHMITT C., *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, (tit. or. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*), (a c. di) F. Volpi, Adelphi, Milano, 1992.

SCHMITT C., *Il problema della legalità*, (*Das Problem der Legalität*, 1950), in ID., *Le categorie del politico*, op. cit., pp. 279-292.

SCHMITT C., *Konstruktive Verfassungsprobleme*, in ID., *Staat, Grossraum, Nomos*, op. cit., pp. 55-70.

SCHMITT C., *L'era della politica integrale*, (*Die Ära der integralen Politik*, 1936), in "Lo Stato", VII, 1936, pp. 193-196.

SCHMITT C., *La condizione della scienza giuridica europea*, (tit. or. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1943-44) trad. it. L. Cimmino, Antonio Pellicani, Roma 1996.

SCHMITT C., *La condizione storico spirituale dell'odierno parlamentarismo* (tit. or. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923), trad. it. G. Stella, Giappichelli, Torino, 2004.

SCHMITT C., *La contrapposizione planetaria tra Oriente e Occidente e la sua struttura storica*, (tit. or. *Die geschichtliche Struktur des heutigen Weltgegensatzes von Ost und West*, 1955) in JÜNGER E. – SCHMITT C., *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 27-132.

SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (tit. or. *Die Diktatur. Von Anfängen des modernen Souveränitätsgedankes bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921), (a c. di) A. Caracciolo, Settimo sigillo, Roma, 1975.

SCHMITT C., *La dittatura del presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, (tit. or. *Die Diktatur der Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, 1924), Appendice I, in ID., *La dittatura*, op. Cit., pp. 248-302.

SCHMITT C., *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come beneficio per la legalità giuridica e la superlegalità*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso*, (a c. di) G. Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2005, pp. 187-215.

SCHMITT C., *La svolta verso lo Stato totale*, (tit. or. *Die Wendung zum totalen Staat*,), in ID., *Posizioni e concetti*, (a c. di) A. CARACCILOLO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 237-256.

SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, (tit. or. *Legalität und Legitimität*, 1932), in ID., *Le categorie del politico*, op. Cit., pp. 211-244.

SCHMITT C., *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, (tit. or. *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, 1937) in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, op. cit., pp. 45-59.

SCHMITT C., *Lo status quo e la pace*, (tit. or. *Der Status quo und der Friede*, 1925), in ID., *Posizioni e concetti*, op. cit., pp. 49-64.

SCHMITT C., *Machtpositionen des modernen Staates* (1933), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze...*, op. Cit., pp. 367-371.

SCHMITT C., *Nomos, Nahme, Name* (1959), in ID., *Staat, Grossraum, Nomos*, op. Cit., pp. 573-591.

SCHMITT C., *Raum und Großraum in Völkerrecht*, in ID., *Staat, Großraum, Nomos*, op. Cit., pp. 234-268.

SCHMITT C., *Risposte a Norimberga*, (tit. or. *Antworten in Nurnberg*), (a c. di) H. Quaritsch, Laterza, Roma-Bari, 2006.

SCHMITT C., *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze...*, op. Cit., pp. 375-385.

SCHMITT C., *Staatliche Souveranität und freies Meer* (1941), in ID., *Staat, Grossraum, Nomos*, op. cit., pp. 401-430.

SCHMITT C., *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, in ID., *Staat, Grossraum, Nomos*, op. Cit., pp.71-91.

SCHMITT C., *Stato, movimento, popolo*, (tit. or. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung des politischen Einheit*, 1933), in ID., *Un giurista davanti a se stesso*, op. cit., pp. 255-312.

SCHMITT C., *Sui due grandi dualismi del sistema giuridico odierno* (1939), in ID. *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, (a c. di) A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 435-452.

SCHMITT C., *Sviluppo ulteriore dello Stato totale in Germania*, (tit. or.

Weiterentwicklung des totalen Staat in Deutschland, 1933), in *Posizioni e concetti*, op. cit., pp. 303-312.

SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, (tit. or. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, 1922), in ID., *Le categorie del politico*, op. Cit., pp. 27-86.

SCHMITT C., *Terra e mare*, (tit. or. *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, 1942), trad. It. G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2001.

SCHMITT C., *Tre possibilità di un'immagine cristiana della storia*, (tit. or. *Drei Möglichkeiten eines christliche Geschichtsbildes*, 1950) in ID., *Un giurista davanti a se stesso*, op. cit., pp. 249-254.

SCHMITT C., *Un giurista davanti a se stesso* (1983), in ID., *Un giurista davanti a se stesso*, op. Cit., pp. 151-184

SCHMITT C., *Verfassungsstaat und Staatsnotstand. Rundfunkvortrag Deutsche Welle 4 november 1931*, in P. Tommissen (hrsg.), *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Band VIII 2003, pp. 11-21.

SCHMITT C., *Völkerrechtliche Großraumordnung*, in ID. *Staat, Großraum, Nomos*, op. Cit., pp. 269-371.

SCHMITT C., *Zehn Jahre Reichsverfassung*, (1929) in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze, aus den Jahren 1924-1954*, op. Cit., pp. 34-40.

SCHNEIDER P., *Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1957.

SCHULZE H., *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, (tit. or.

Weimar. Deutschland 1917-1933, 1982), trad. it. A. Roveri, Il Mulino, Bologna, 1987.

SCHWAB G., *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, (tit. or. *The Challenge of the Exception*), trad. it. N. Porro, Laterza, Roma-Bari, 1986.

SCHWINGE E., *La controversia sui metodi della scienza giuridica odierna*, in *Metodologia della scienza giuridica*, op. cit., pp. 203-226.

SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, (tit. or. *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928), trad. it. F. Fiore e J. Luther, Giuffrè, Milano, 1988

SORDI B., *Amministrazione: tra pubblico e privato*, in R. Gherardi- G. Gozzi (a c. di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 225-248.

STEIN L. VON, *Die Verwaltungslehre*, Kotta, Stuttgart, 1868.

STEIN L. VON, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands* (1876), in ID. *Staat-Recht-Gesellschaft*, op. Cit., pp. 147- 494.

STEIN L. VON, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, in ID. *Geschichte der soziale Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850), erster Band, Masken, München, 1921.

STOLLEIS M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 Bd., C.H. Beck, München, 1999.

STRAUSS L., *Note sul "concetto di politico" in Carl Schmitt*, (tit. or. *Anmerkungen zu Carl Schmitts "Begriff des Politischen"*), trad. it. di M. Piccinini, in G. Duso (a c. di) *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, ,

Franco Angeli, Milano, 1988.

SUPIOT A., *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, Paris, 2005.

TOCQUEVILLE A. DE, *La democrazia in America*, (tit. or. *De la démocratie en Amérique*, 1840), in ID. *Scritti politici*, vol.2, (a c. di) N. Matteucci, UTET, Torino, 1968.

VALENTINI F., *Carl Schmitt o dell' iperpoliticismo*, in C. SCHMITT, *La dittatura*, Laterza, Bari, 1975, pp. I-XXIX.

VALERA G., *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello stato nel pensiero di G. Jellinek*, in R. Gherardi- G. Gozzi (a c. di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 53-118.

VALLERANI M., *Premessa*, in "Quaderni storici", 131, n.2, 2009.

WEBER M., *Economia e società*, (tit. Or. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), IV-Sociologia politica, trad. it. F. Casabianca-G. Giordano, Edizioni di comunità, Torino, 1999

WEBER M., *Il presidente del Reich*, (1919), in ID., *Scritti politici*, (a c. di) A. Bolaffi, Donzelli, Roma, 1998, pp. 231-236.

WEBER M., *La futura forma statale della Germania*, (1918) ID., *Scritti politici*, op. cit., pp. 132-167.

WIEACKER F. *Storia del diritto privato moderno*, (tit. or. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, (2. neubearbeitete Auflage, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967), trad. it. Santarelli U.- Fusco S.,

Giuffrè, Milano, 1980.

WILHELM W., *Zur juristischer Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, 1. Aufl. 1958, Frankfurt am Main, 2003.

WINKLER H. A., *La Repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, trad. it. M. Sampaolo, Donzelli, Roma, 1998.

WOLZENDORFF K., *Der Polizeigedanke des modernen Staats : Ein Versuch zur allgemeinen Verwaltungslehre unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Preussen*, M. & H. Marcus, Breslau, 1918.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009.

ZAGREBELSKY G., *Introduzione* a R. SMEND, *Costituzione e....*, op. Cit., pp. 1-33.

ZAGREBELSKY G., *Premessa*, a MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, op. cit., pp. VII-XXXVIII.

ZIEGLER H. O., *Autoritärer oder totaler Staat*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1932.

ZOLO D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in in (a c. di) P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 17-88.

ZWEIG E., *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der Französischen Revolution*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1919.

Indice generale

Introduzione.....	2
1.1 Schmitt e Weimar tra difesa e critica.....	9
1.2 Lo Stato di Weimar.	14
1.3 Weimar e lo stato di eccezione: l'art. 48.....	18
1.4 La dittatura: uno spazio giuridico tra funzioni e finalità.....	31
1.5 La dittatura commissaria.....	36
1.6 La dittatura sovrana: dall'aumento del potere commissario al potere costituente.	43
1.7 Il potere costituente come potere costituentesi all' interno di uno spazio giuridico.	49
1.8 Lo stato di eccezione.....	58
1.9 La decisione come elemento giuridico.....	64
2. Norma giuridica e legge positiva.....	72
2.1 Lo Stato come amministrazione.....	72
2.2 La critica al positivismo giuridico.	81
2.3 La legalità senza il diritto.....	92
2.4 La legge positiva.....	99
2.5 La norma giuridica.....	113
3. Ordinamento e Nomos: il valore giuridico della concretezza.....	126
3.1 La 'normalità' come concetto giuridico.....	126
3.2 Fattualità contro concretezza.....	132
3.3 L'ordinamento come concretezza fondativa.....	135
3.3.1 Lo Stato tra ordinamento e sovranità.....	141
3.3.2 Lo Stato come meccanismo.....	150
3.3.3. L'ordinamento-Stato come parte dello jus publicum europaeum.....	154
3.4 L'ordinamento concreto come nomos.....	160
3.5 La scienza giuridica.	168
BIBLIOGRAFIA	174