

CLAUDIA BOCCHINI

LA TEORIA SCHMITTIANA DELLA DEMOCRAZIA

Il pensiero politico e la teoria costituzionale di Carl Schmitt nel contesto
dell'interpretazione delle costituzioni moderne dall'età della Rivoluzione francese
alla Repubblica di Weimar

INDICE

Introduzione	p. 5
CAPITOLO I	
LA NASCITA DELLE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE	9
1. Democrazia e Rivoluzione	9
1.1. Geometrie costituzionali	10
1.2. L'idea di <i>res publica</i> e il concetto antico di democrazia	17
1.3. Costituzione e governo rappresentativo	27
2. Rousseau, Sieyes e la Rivoluzione francese	30
2.1. La democrazia in Rousseau	32
2.2. Sieyes teorico della Rivoluzione e della costituzione	51
3. I controrivoluzionari e la critica della democrazia	72
4. La Rivoluzione, Tocqueville e le due democrazie	79
4.1. L'America e la Francia a confronto	80
4.2. Dall' <i>Ancien Régime</i> alla democrazia	89
CAPITOLO II	
CARL SCHMITT: UN GIURISTA	
NEL SECOLO DELLA DEMOCRAZIA DI MASSA	93
1. Il contesto storico, politico e costituzionale della Germania tra Ottocento e Novecento	93
1.1. Il positivismo giuridico tedesco e la sua crisi	94
1.2. Le costituzioni tedesche da Francoforte a Weimar	112
2. Carl Schmitt: modernità e secolarizzazione	129
2.1. Romanticismo impolitico ed individualismo borghese	129
2.2. <i>Teologia politica</i> : il concetto di sovranità tra eccezione e Decisione	138
2.3. <i>Cattolicesimo romano e forma politica</i> : la rappresentazione dall'alto	167

CAPITOLO III	
PARLAMENTARISMO E DEMOCRAZIA	197
1. Il problema del parlamentarismo tra democrazia di massa, nuove élites e leadership carismatica	197
1.1. Teoria delle élites e ideologia democratica	181
1.2. Potere burocratico, direzione politica, selezione dei capi: Max Weber	187
1.3. La teoria liberal-democratica in Hans Kelsen	204
2. Il concetto di dittatura e la teoria illiberale della democrazia in Carl Schmitt	215
2.1. Dittatura e stato d'assedio	217
2.2. <i>La dittatura</i> del 1921	221
2.3. Il Presidente del Reich	233
3. La critica del parlamentarismo da Marx e Sorel a Schmitt	241
3.1. Democrazia e rappresentanza: Reichstag e <i>Reichstagsauflösungen</i>	241
3.2. L'inattualità nel XX secolo dei principi del parlamentarismo <i>à la</i> Guizot	245
3.3. Disincantamento e nuovi miti	253
3.4. Il mito nazionalistico e il fascismo italiano	255
CAPITOLO IV	
IL «LABILE EQUILIBRIO» DI WEIMAR	261
1. Gli strumenti della democrazia diretta: <i>Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare</i>	262
2. La democrazia costituzionale moderna: un sistema binario	276
2.1. Il concetto di costituzione	281
2.2. La nascita della costituzione e il significato della Rivoluzione francese per il costituzionalismo moderno	290
2.3. La genesi politica della costituzione: il potere costituente tra normatività e fattività	297
2.4. L'elemento giuridico della costituzione moderna: lo Stato borghese di diritto	324
2.5. Rappresentanza e identità	343
2.6. L'elemento politico della costituzione moderna: la dottrina della democrazia (omogeneità, uguaglianza, popolo)	345
3. Il 'politico' prima e oltre (<i>vor und über</i>) lo Stato, il potere costituente prima e oltre la costituzione	364

CAPITOLO V	
LA CRISI FINALE DI WEIMAR	369
1. L'abbandono del parlamentarismo: il <i>Präsidentsystem</i> e il <i>Preußenschlag</i>	369
2. La giustizia costituzionale e il Presidente-custode	398
3. Legittimità sostanziale contro legalità formale	418
Opere di Carl Schmitt consultate	433
Abbreviazioni	439
Bibliografia della letteratura secondaria	441
Esposizione riassuntiva	447
Summary	479

Introduzione

Carl Schmitt, la democrazia e la storia costituzionale

La riflessione filosofico-politica e la ricerca scientifica su Carl Schmitt si sono concentrate per decenni prevalentemente sul concetto di ‘politico’ come distinzione amico-nemico e sulla dimensione teologico-politica dell’opera del giurista come chiave di lettura della Modernità. Da un lato, la teoria politica di Schmitt viene solitamente ascritta alle concezioni conflittualistiche della politica, dall’altro la sua formazione cattolica e la sua critica del liberalismo e del parlamentarismo sono interpretate come un attacco frontale alla Modernità e Schmitt è ricondotto alla composita cultura *anti-Lumières* dell’Europa nell’età della svolta dal XIX al XX secolo¹.

Uno studio che prenda in esame soprattutto la produzione giuspubblicistica di Schmitt degli anni della Repubblica di Weimar – dai primi saggi degli anni Venti sulla disciplina dello scioglimento del Reichstag a quelli sulla legislazione popolare e sui poteri del Presidente del Reich, da *Dottrina della costituzione* a *Il custode della costituzione*, dai saggi raccolti da Schmitt stesso nel 1958 in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* a quelli pubblicati nel 1995 in *Staat, Grossraum, Nomos* a cura di Günter Maschke – e tematizzi la teoria schmittiana della democrazia alla luce della

¹ Cfr. Z. Sternhell, *Les anti-Lumières. Du XVIII^e siècle à la guerre froide*, Paris, Fayard, 2006. Sternhell legge il criterio schmittiano del ‘politico’ alla luce della crisi dei valori tradizionali portata alla luce da Nietzsche e da Weber. Questi ultimi erano giunti alla conclusione che non esistesse alcuna possibilità di operare una scelta razionale tra valori contrastanti; analogamente l’irrazionalismo del pensiero schmittiano si manifesterebbe proprio nel criterio del ‘politico’: la sola scelta possibile è quella tra amico e nemico. Il giurista viene del resto accostato a Spengler, Jünger, Moeller van den Bruck e ad altri membri della c.d. *Konservative Revolution*: «ce sont ces ennemis des Lumières françaises, du rationalisme et des valeurs universelles, de l’égalité et de l’autonomie kantienne de l’individu qui ont conduit les classes supérieures allemandes aux portes du III^e Reich» (*Ivi*, p. 456).

sua teoria costituzionale, si configura, dunque, come un *Forschungsdesiderat*, almeno nel panorama italiano.

Il presente lavoro è strutturato sulla base di un'interazione - che ci si augura feconda e non priva dei requisiti scientifici dell'acribia e dell'analiticità - tra ricostruzione storico-costituzionale, analisi teorico-costituzionale e riflessione filosofico-politica, e vuole essere un rispecchiamento concreto dell'approccio metodologico di Schmitt, il quale, facendo propria la lezione della sociologia del diritto weberiana, oltrepassa gli angusti confini che il positivismo giuridico ha tracciato attorno agli oggetti 'costituzione' e 'diritto'. Il legame che unisce la teoria schmittiana della democrazia e della costituzione democratica moderna alla storia costituzionale (*Verfassungsgeschichte*) è vasto e complesso. Esso esige e giustifica l'adozione di un metodo di indagine che coniughi vari approcci scientifici ai temi della democrazia e della costituzione.

Innanzitutto Schmitt fa un duplice uso della storia costituzionale nella sua opera giuspubblicistica. Da un lato, si serve polemicamente della storia costituzionale in funzione antipositivistica ed antinormativistica: lo scopo del giurista antiformalista e decisionista è di dimostrare la storicità ed il forte collegamento pragmatico con un determinato assetto di potere delle posizioni assunte dal positivismo giuridico del XIX secolo, ancora dominante nell'età di Weimar. Sin dagli anni della formazione giovanile Schmitt si dichiara apertamente antiformalista e quindi critico del metodo esegetico che vede nelle norme poste dal legislatore le pietre indiscutibili di paragone di un ordine giuridico chiuso. Un simile rifiuto del metodo giuridico ed un approccio storico ai problemi giuridici si mostrano negli anni della guerra con le riflessioni contenute in *Diktatur und Belagerungszustand* e si consolidano in *La dittatura* e in *Teologia politica*. Schmitt utilizza in modo originale il metodo storico-critico - che era stato, non a caso, messo all'indice dal formalismo giuridico dominante - per analizzare in prospettiva diacronica le istituzioni vigenti, relativizzandole e mostrandone la loro condizionatezza storica. In questo senso Schmitt è partecipe, sebbene in modo peculiare, dello storicismo tedesco. Oltre alle opere già ricordate anche *Romanticismo politico* affronta il tema del romanticismo tedesco collocandolo nel quadro della secolarizzazione dell'età moderna. Rintracciare l'origine e ricostruire lo spessore storico dei concetti politici e giuridici e delle istituzioni politiche consente a Schmitt di criticare il concetto ottocentesco di Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e di porre in risalto la crisi dell'autoconsapevolezza metafisica di un'epoca intera, individuando la storicità dei suoi valori, la loro origine dal processo di secolarizzazione e il loro esito fino allo svuotamento di senso. Per Schmitt il giurista non può limitarsi alla sistematizzazione organica delle norme di

diritto positivo in istituti giuridici, tralasciando ogni contatto con l'attualità. Schmitt rifiuta la astoricità del diritto ed inserisce le norme positive in una dimensione diacronica, in cui le stesse acquistano il loro significato e si trasformano sulla base dei rapporti di forza. È grazie a questo metodo di storia costituzionale comparata che si fa evidente lo iato tra la forma della costituzione, di ogni costituzione storica, e la realtà della costituzione con la sua pluralità di significati. Dall'altro lato, mediante la storia costituzionale Schmitt riesce a risalire direttamente all'origine della costituzione democratica moderna, all'origine rivoluzionaria della democrazia *statu nascenti* che si impone alle coscienze degli europei a partire dal 1789. L'approccio schmittiano allo studio della storia costituzionale, infatti, non è germano-centrico, sebbene l'interesse del giurista sia orientato prevalentemente, e comprensibilmente, all'esperienza costituzionale tedesca e alla Costituzione della Repubblica di Weimar².

La mossa generatrice della presente ricerca sulla teoria schmittiana della democrazia è rappresentata dall'idea del forte legame che unisce le esperienze costituzionali francese e tedesca, legame di cui Schmitt si mostra perfettamente consapevole sin dal libro del 1921 *La dittatura*, e che si manifesta, in tutta la sua forza euristica, soprattutto in *Dottrina della costituzione*, dove la Costituzione della Repubblica di Weimar, la prima costituzione liberal-democratica della Germania dopo la fine del II Reich e la scelta in favore di un *Volksstaat*, è inquadrata nel secolo e mezzo di storia della democrazia moderna che va dalla nascita delle prime costituzioni repubblicane – quelle francesi degli anni III, V e VIII della Repubblica – agli anni Venti del XX secolo, passando per la costruzione, teorica e pratica, dello Stato di diritto e dell'unità politica della Germania. Di conseguenza si fanno costanti richiami alle esperienze delle costituzioni rivoluzionarie, della Restaurazione, della Monarchia di Luglio, del bonapartismo e della III Repubblica francese e si insiste sulla rilevanza, nel pensiero di Schmitt, di due autori della storia del pensiero politico – Rousseau e Sieyès – che, a torto, sono stati penalizzati rispetto a Hobbes nelle riflessioni sull'opera schmittiana.

² Le analisi sull'evoluzione legislativa svolte nel saggio *Sguardo comparativo sulla più recente evoluzione del problema dei pieni poteri legislativi. "Delegazioni legislative"* (1936) e la conferenza dei primi anni Quaranta *La condizione della scienza giuridica europea* forniscono esempi di questo approccio comparato (il saggio *Sguardo comparativo* è raccolto in *PB*, pp. 244-260; trad. it. in *PC*, pp. 353-377).

CAPITOLO I

LA NASCITA DELLE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE

«La Rivoluzione francese è (...) l'avvenimento
che giustamente si presenta come il punto
che orienta la storia moderna»³.

da Carl Schmitt, *Romanticismo politico*

«Con la Rivoluzione francese del 1789 nacque la costituzione moderna,
mista di elementi liberali e democratici.
Il suo presupposto concettuale è la teoria del potere costituente.
La dottrina dello Stato della Rivoluzione francese diventa perciò
una fonte principale, non solo per la dogmatica politica
di tutto quanto il periodo successivo (...),
ma anche per la costruzione giuridica del diritto positivo
della moderna dottrina della costituzione»⁴.

da Carl Schmitt, *Dottrina della costituzione*

1. *Democrazia e Rivoluzione*

L'idea di un legame essenziale tra la Rivoluzione francese e l'avvento della democrazia costituzionale moderna costituisce uno dei temi più ricorrenti del pensiero, non solo francese, del XIX secolo. La Rivoluzione francese viene considerata come una delle tappe fondamentali nella formazione della democrazia costituzionale moderna, che non è solo un regime politico (fondato sulla combinazione del principio della sovranità popolare – implicante il riconoscimento del suffragio universale – e del sistema rappresentativo), ma anche un regime sociale, caratterizzato dall'assenza di ineguaglianze di *status* di tipo aristocratico e dal ruolo centrale che vi

³ *RP*, p. 41.

⁴ *VL*, p. 49; trad. it. p. 75.

svolgono le aspirazioni ugualitarie⁵. È con la Rivoluzione francese che lo Stato moderno assume la sua forma definitiva come unità di territorio, di popolo e di potere statale, con sovranità verso l'interno e verso l'esterno⁶ ed è sempre con la Rivoluzione francese che inizia la transizione dalla forma di Stato della monarchia assoluta alla forma di Stato democratica⁷.

1.1. Geometrie costituzionali

Il 5 maggio del 1789, all'apertura degli Stati generali a Versailles, la monarchia assoluta di Luigi XVI appare già virtualmente sconfitta per l'incapacità, mostrata fino a quel momento, di affrontare, fra le altre crisi in atto nel Paese, la propria crisi finanziaria. All'origine della Rivoluzione francese, come già della Gloriosa Rivoluzione inglese del 1689 e della Rivoluzione americana del 1776, si può individuare come *casus belli*, o, se è consentita la parafrasi, come *casus revolutionis*, in primo luogo una questione finanziaria, che ne presuppone una economico-sociale e ne produce una politico-costituzionale. Indicati da Alexis de Tocqueville nell'*Antico regime e la rivoluzione* a metà del XIX secolo come i due processi di lungo periodo che costituiscono l'inavvertita continuità tra la monarchia assoluta e la democrazia, livellamento delle condizioni sociali e centralizzazione amministrativa rappresentano anche secondo Wolfgang Reinhard, autore di una recente *Storia del potere politico in Europa*, i due fenomeni fondamentali che producono la modernizzazione sociale e politica

⁵ Cfr. sul tema della rivoluzione i seguenti studi storici o filosofico-politici: F. Furet, *Penser la révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, trad. it. *Critica della rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1998⁵; H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983; F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, Bompiani, 1988; Idd. (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. III. The Transformation of Political Culture. 1789-1848*, Oxford, Pergamon Press, 1989; B. Bongiovanni – L. Guerci (a cura di), *L'albero della rivoluzione. Le interpretazioni della rivoluzione francese*, Torino, Einaudi, 1989; E.J. Hobsbawm, *Echi della marsigliese. Due secoli giudicano la rivoluzione francese*, Milano, Rizzoli, 1991; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (Mass.) – London, Harvard University Press, 1992²; A. Forrest, *La Rivoluzione francese*, Bologna, Il Mulino, 1999; M. Ricciardi, *Rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁶ W. Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 491.

⁷ E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1789*, Bologna, Il Mulino, 2005.

dell'Europa e che, per certi aspetti, raggiungono il proprio compimento solo nel XX secolo, con il riconoscimento della parità dei diritti delle donne⁸.

Nei secoli che vanno dalla civiltà comunale al XVIII secolo, i secoli della formazione degli Stati moderni, l'uomo – più propriamente ancora e sempre l'adulto di sesso maschile, il *pater familias* – passa gradualmente da un rapporto mediato col potere statale, in quanto membro di una casa, di una corporazione, di un comune o di un ceto, ad un contatto immediato col potere, in quanto individuo. Il significato di cittadinanza come legame tra l'individuo e lo Stato – significato che, anticipato dal teorico della sovranità assoluta del monarca (Bodin) con la sua concezione della cittadinanza-sudditanza e sottoposto dal teorico della sovranità popolare (Rousseau) ad una radicale torsione repubblicana e contrattualista, si afferma storicamente nell'età della Rivoluzione in seguito alla definitiva abolizione della società per ceti tipica del sistema feudale - è dunque l'esito di un lungo e complesso processo di definizione tanto del soggetto quanto dell'ordine politico che coinvolge la teoria politica e la storia delle istituzioni ed è all'origine della democrazia moderna. Nella sua *Storia della cittadinanza in Europa* Pietro Costa sostiene che i fenomeni che più di ogni altro hanno segnato il destino del discorso della cittadinanza nella società e nella cultura d'*Ancien Régime* - tracciando delle forti e significative discontinuità rispetto alla concezione medievale della cittadinanza col suo corporativismo, i suoi plurimi *iura et libertates*, i suoi innumerevoli *privilegia* o *immunitates*, i suoi ordini e le sue gerarchie, le metafore organiciste e le numerose *universitates* che disegnavano una trama di 'inclusioni differenziate' dove non esisteva l'individuo in quanto tale, dove non esisteva cioè l'uguale soggetto-di-diritti, ma una molteplicità di situazioni soggettive diseguali che vedevano gli uomini inseriti in una lunga serie di dipendenze – sono due: dal punto di vista della storia politica e sociale, lo spostamento della centralità politica (soprattutto in alcune zone d'Europa) dallo 'spazio della città' allo 'spazio dello Stato' (il territorio su cui si esercita la sovranità delle grandi monarchie); dal punto di vista della teoria politica e giuridica, invece, l'affermazione del giusnaturalismo moderno, sei-settecentesco, come paradigma all'interno del quale l'individuo acquista una sua autonoma ed inedita visibilità e si propone come titolare di bisogni, facoltà, poteri, diritti attraverso i quali deve passare la fondazione stessa dell'ordine politico legittimo. Il soggetto-di-diritti, risaltando, come in un bassorilievo, rispetto alle molteplici situazioni giuridiche precedentemente ascritte agli uomini, si

⁸ W. Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, cit., p. 492.

afferma di pari passo all'affermazione del potere sovrano del principe sui territori del regno.

Parafrasando l'espressione hobbesiana *'auctoritas non veritas facit legem'* e confermando l'ipotesi secondo la quale il modello hobbesiano, cioè il cambio di paradigma della politica in età moderna che trova espressione nel *Leviatano*, raggiunge il suo reale ed effettivo compimento nella Rivoluzione francese⁹, Bronislaw Baczko, con una formula felice, ha parlato della Rivoluzione francese come di un passaggio dalla *'politica della verità'* alla *'politica della volontà'*¹⁰. Ma, mentre nel caso del *Leviatano* si realizza anche il passaggio concomitante dalla naturalità della politica all'artificialità della politica, nel caso del discorso politico che sta all'origine della Rivoluzione francese, il discorso di Joseph-Emmanuel Sieyes, parlare di un commiato dalla naturalità della politica è più problematico a causa del ruolo fondamentale attribuito alla nazione nella genesi della Rivoluzione e a causa dell'influenza esercitata da Quesnay e dalla scuola dei fisiocrati, da Condillac, nonché da Adam Smith sul pensiero dell'abate in materia economica¹¹. Ad ogni modo è grazie a Rousseau, prima, e a Sieyes, poi, che

⁹ Hobbes nel *Leviatano* elimina ogni possibilità di pensare la trasformazione politica come successione ciclica delle forme di governo. Proprio a partire da Hobbes la rivoluzione non è più pensabile come evento ciclico, ma si colloca, nell'eventualità in cui scoppi, nella temporalità lineare propria dello Stato e della modernità. La fondazione individualistica e razionalistica della filosofia politica di Hobbes, unita alla negazione del diritto di resistenza – la logica dell'autorizzazione politica ne esclude infatti la possibilità stessa –, risolve ogni ribellione in una violazione del diritto e trasforma ogni ribellione riuscita nella pura e semplice negazione dello Stato, cioè in rivoluzione. Cfr. in proposito M. Ricciardi, *Rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 53.

¹⁰ B. Baczko, *Presentation*, in C. Lucas (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. II. The Political Culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press, 1988, p. 91.

¹¹ È una questione aperta, e su cui si tornerà in seguito, quella sollevata in merito al concetto di nazione in Sieyes, se il concetto di nazione abbia un carattere individualista - sia fondato, cioè, sulla teoria dei diritti dell'uomo – o abbia, al contrario, un carattere organicista e nazionalista. In merito al rapporto natura-politica che si manifesta nella teoria dei diritti naturali dell'uomo si veda H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 116-117: «le ambiguità dei diritti dell'uomo sono molteplici, e la famosa argomentazione di Burke contro di essi non è né obsoleta né reazionaria (...). Il nuovo Stato, così come lo si intendeva, doveva essere basato sui diritti naturali dell'uomo, su suoi diritti in quanto l'uomo non è altro che un essere naturale, sul suo diritto a «cibo, vestiti, riproduzione della specie», ossia sul suo diritto a soddisfare le necessità della vita. (...) L'*Ancien régime* era accusato di aver privato i suoi sudditi di questi diritti – i diritti della vita e della natura, piuttosto che i diritti della libertà e della cittadinanza». In merito, invece, al rapporto natura-artificio nella immaginazione dello spazio politico moderno si veda: C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 99 ss. Proprio in un autore cruciale come Sieyes, che - preceduto dalla polemica di parte nobiliare sui Galli e sui Franchi - ha reinventato il concetto polemico di nazione per farne il

le espressioni ‘volontà generale’ e ‘volontà della nazione’ divengono concetti diffusi del lessico rivoluzionario e viene progressivamente percepita la possibilità, prefigurata da Hobbes, che la normatività politica vincolante, la costituzione, sia frutto di una volontà, piuttosto che di un’eredità del passato e sia creata e dichiarata dalla ragione dei soggetti individuali e del soggetto politico collettivo – il popolo o la nazione – piuttosto che scoperta ed interpretata nel quadro del rinnovamento della tradizione.

Ad aprire la via al costruttivismo moderno e, per questo tramite, all’emancipazione dell’Europa moderna dall’Europa gotica e alla diffusione del potente mito della costituzione formale e scritta, è il pensiero utopico del XVI secolo, espressione della sentita esigenza di una riforma della società e delle istituzioni nel senso della razionalizzazione della costituzione materiale della società, la cui rilevanza per il costituzionalismo moderno non è mai sufficientemente sottolineata. Prima ancora che con Hobbes, infatti è con Tommaso Moro che vengono liberate le forze della progettazione razionale delle istituzioni. Alla ragionevolezza aperta all’empiria e alla prudenza politica della tradizione aristotelica, che in età moderna conquista ancora tanto un pensatore repubblicano come Machiavelli, quanto un teorico della monarchia e della sovranità assoluta come Bodin e arriva fino a Montesquieu, attento studioso delle peculiarità morali dei diversi popoli e delle particolarità fisiche dei territori, si contrappone il razionalismo di un sapere geometrico che anche in teoria politica ostenta le proprie certezze. La ‘geometria delle costituzioni’ (Pier Paolo Portinaro) è la componente operativa – l’ultima ad essersi manifestata storicamente – della più generale ‘geometria politica’ (Carlo Galli) che contrassegna la modernità e che ha, a sua volta, nella ‘geometria delle passioni’ (Remo Bodei) il proprio fondamento antropologico¹².

soggetto della Rivoluzione e del potere costituente, si fa manifesta – nota Galli - la «tendenza alla ri-naturalizzazione dello spazio politico» (*Ivi*, p. 100). Quanto alle influenze sulle idee economiche di Sieyès si veda: M. Forsyth, *Reason and Revolution. The Political Thought of the Abbé Sieyès*, Leicester - New York, Leicester University Press, 1987, pp. 48-57.

¹² Cfr. P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007, in particolare il capitolo VI, ‘Geometrie costituzionali’, pp. 187-211; C. Galli, *Spazi politici. L’età moderna e l’età globale*, cit., dove Galli definisce la geometria politica della modernità in questi termini: «nel vuoto della moderna terra desolata e priva di qualità, non è – almeno in linea di principio – lo spazio a dar senso alla politica, ma è la politica che dà senso allo spazio, che ne ritaglia porzioni, che lo stria secondo le molteplici modalità, i mobili confini, le molte figure della geometria politica. Si intende con questo termine la dimensione spaziale implicita nella mediazione razionale moderna, la matrice topologica e figurale della forma politica del Moderno. Il termine «geometria politica» designa insomma le architetture del pensiero politico moderno, dal punto di vista degli atti politici razionali

Gli studi storico-costituzionali e filosofico-politici in lingua tedesca - da quelli pionieristici di Otto Brunner a quelli, più recenti, di Ernst W. Böckenförde e di Dieter Grimm - tendono a sottolineare come la costituzione moderna faccia la sua comparsa nel momento storico del trapasso dall'ordine feudale all'ordine liberal-borghese e presupponga la distinzione tra Stato e società, ovvero tra *societas politica* e *societas civilis*, espressioni prima unite anche retoricamente nell'endiadi *societas civilis sive politica*¹³. In concomitanza con la separazione di Stato e società nasce anche la sfera pubblica borghese, la cui genesi viene ricostruita da Jürgen Habermas¹⁴. Con ordine liberal-borghese si intende un modello sociale e politico basato sull'assunzione per cui la società è capace di produrre benessere e giustizia sociale solo nella misura in cui non venga ostacolata nella sua libera espansione da determinazioni esterne. È l'attività libera e volontaria degli individui eguali nei loro diritti a rendere possibile questa produzione, non più il sovrano assoluto o illuminato, il quale, con la svolta rappresentata dalle rivoluzioni settecentesche, perde la responsabilità per il benessere individuale e la giustizia sociale fino ad allora monopolizzate. Lo scopo dello Stato istituito dalla società borghese si riduce dunque alla garanzia della sicurezza interna ed esterna. È ad una tale

che stabiliscono artificialmente i confini interni ed esterni, le tangenze, le intersezioni e le distanze, le inclusioni e le esclusioni, le azioni e le reazioni fra le figure – il soggetto, lo Stato, gli «universalisti» - che si iscrivono nello spazio politico moderno. La geometria politica sta alla geografia tradizionale come la teologia politica, la matrice della temporalità politica della modernità, sta alla politica teologica della tradizione» (*Ivi*, pp. 51-52); infine R. Bodei, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli, 1991. Bodei mette in luce, tra l'altro, che mentre le passioni sono state a lungo considerate come fattori di turbamento e di perdita temporanea della ragione e diverse strategie sono state approntate per temperarle o dominarle, l'opposizione passione-ragione non è altrettanto netta in un autore come Hobbes: «la paura primitiva, condivisa con gli altri animali, si sublima nell'uomo in 'paura razionale' e costituisce la sorgente prima di ogni calcolo di reciprocità, ossia della *ratio* in quanto tale, che nasce dalla comprensione della reversibilità e della simmetria speculare di tutte le minacce di violenza. La ragione e lo Stato non si fondano infatti, in termini positivi, sul principio di autoconservazione, ma, in gran parte, sul suo rovescio, su una passione negativa, la paura della morte violenta». La paura, che nasce dall'eguaglianza, «maturata a ragione, costituisce ancora il miglior cemento dello stato civile» (*Ivi*, pp. 83-93).

¹³ Cfr. a questo proposito O. Brunner, *Il problema di una storia sociale europea*, in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di Pierangelo Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 2000², pp. 21-50; E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976; D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987 e Id., *Il futuro della costituzione*, in G. Zagrebelski – P.P. Portinaro – J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 129-163.

¹⁴ Cfr. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001⁸.

distribuzione dei compiti che si pensa quando si concettualizza l'ordine liberal-borghese come separazione tra Stato e società¹⁵. Ed è in questo frangente che i termini 'repubblica' e successivamente anche 'democrazia' – termine, quest'ultimo, restituito al lessico politico europeo dell'Ottocento con un'accezione positiva grazie al successo editoriale della «più grande opera politica del XIX secolo»¹⁶, *La democrazia in America* di Alexis de Tocqueville – vengono adoperati per definire la nuova forma di Stato nata nell'età delle rivoluzioni, mentre 'governo rappresentativo' ne indica la forma di governo¹⁷.

Sono tre i nuclei fondamentali attorno a cui prendono forma le costituzioni settecentesche che si collocano all'origine della democrazia costituzionale moderna. Innanzi tutto l'affermazione della sovranità popolare o nazionale¹⁸. L'art. 3 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e*

¹⁵ Secondo D. Grimm, *Il futuro della costituzione*, cit., il fatto che questa differenza iniziale tra Stato e società sia messa in discussione dall'avanzare dei processi di industrializzazione e, in seguito, dall'avvento, nel XX secolo, della democrazia di massa e dello Stato sociale produce come conseguenza una perdita di effettività della Costituzione 'liberale' e la sua 'materializzazione' a causa dell'inclusione di principi 'materiali' nei testi costituzionali, come avviene, per esempio, nella seconda parte della Costituzione di Weimar. Le attività statali di promozione del benessere, non ancora prevedibili nel momento della nascita della costituzione, non sarebbero adeguatamente gestibili con lo strumento del diritto costituzionale. L'impotenza della costituzione di fronte al venir meno della distinzione tra Stato e società appare in tutta la sua evidenza in Germania nell'età di Weimar grazie, tra gli altri giuristi, anche a Carl Schmitt e alla sua *Verfassungslehre*.

¹⁶ J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, 1983, p. 10.

¹⁷ Cfr. per una trattazione sistematica sul fondamento e la natura del *gouvernement représentatif* nella storia della Francia contemporanea dalla Rivoluzione francese al XIX secolo R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, CNRS, 1962, Tomo II, pp. 198-410.

¹⁸ Cfr. sul concetto di sovranità popolare o nazionale R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, cit., tomo II, pp. 149-197. Punto centrale della valutazione, fatta da Carré de Malberg, dell'eredità della Rivoluzione francese presente nel diritto pubblico della Terza Repubblica è la vera e propria contrapposizione, non assunta però in questa sede perché giudicata molto discutibile, tra la sovranità popolare di Rousseau e la sovranità nazionale di Sieyès. La prima, di origine contrattuale, risiederebbe nei cittadini considerati *ut singuli*, non sarebbe rappresentabile e priverebbe, proprio perciò, l'individuo di garanzie nei confronti dello Stato: «ansi comprise, la souveraineté se trouve divisée, émiétée par quotes-parts personnelles, entre tous les membres *ut singuli* de la nation. Et alors, voici la conséquence pratique de cette conception "atomistique": pour reconstituer la souveraineté de l'État dans son entier, il sera nécessaire d'assembler et d'additionner toutes ces parcelles de souveraineté individuelle. En d'autres termes, toutes les fois qu'il y aura une décision souveraine à prendre, il faudra convoquer le peuple, la totalité des citoyens» (*Ivi*, p. 155). La seconda, invece - la sovranità nazionale di Sieyès -, risente, nell'interpretazione che ne dà Carré de Malberg, delle critiche mosse al concetto di sovranità da Benjamin Constant. Diversamente dalla sovranità popolare su cui la Convenzione fonda la Costituzione repubblicana del 1793, la sovranità nazionale è un

del cittadino del 1789, che è il primo documento scritto prodotto dalla Rivoluzione francese e funge da preambolo alla Costituzione monarchica del 1791, ne sancisce il principio: «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa». L'art. 6, che verte sulla formazione della legge, funge da complemento al precedente: «La legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto a concorrere personalmente o mediante i loro rappresentanti alla sua formazione». Il riconoscimento dei diritti individuali anteriori all'istituzione dei poteri pubblici e la limitazione delle prerogative decisionali attraverso il meccanismo della divisione dei poteri sono gli altri due elementi che determinano la struttura delle nascenti costituzioni democratiche¹⁹. L'art. 16 recita: «Qualsiasi società in cui la garanzia dei diritti non sia assicurata, e la separazione dei poteri non sia determinata, non possiede una costituzione». La genesi della forma di Stato democratica postula, quindi, non solo la progressiva acquisizione ed estensione dei diritti politici soggettivi, in particolare elettorato ed eleggibilità, ma anche la esclusiva determinazione delle leggi da parte di istituzioni tutte impersonate non per successione dinastico-ereditaria, bensì per elezione.

Considerata nel suo sviluppo decennale, la Rivoluzione - «un laboratorio di 'esperimenti' costituzionali senza precedenti, e fors'anche, in seguito, senza eguali»²⁰ - appare anche come la prima grande manifestazione delle tensioni che da allora attraversano permanentemente la politica democratica contemporanea e che oppongono la rappresentanza alla partecipazione, la democrazia parlamentare alla democrazia diretta, la difesa dell'uguaglianza formale dei diritti alla rivendicazione dell'uguaglianza materiale, l'esigenza della limitazione del potere in nome dei diritti di libertà dell'individuo alla absolutezza della sovranità, le garanzie

concetto dal significato puramente negativo, che si limiterebbe ad escludere ogni sovranità particolare: «la souveraineté y est dite nationale, en ce sens qu'elle réside *indivisiblement* dans la nation tout entière, et non point divisément dans la personne, ni davantage dans aucun groupe, des nationaux» (*Ivi*, pp. 173 ss.).

¹⁹ Riconoscimento dei diritti fondamentali e separazione dei poteri sono «i due principi dello Stato borghese di diritto» che Carl Schmitt, ripensando alla genesi delle costituzioni moderne a partire dall'esperienza della Repubblica di Weimar, avrebbe definito *Verteilungsprinzip* e *Organisationsprinzip* e tenuto rigorosamente distinti, in quanto principi appartenenti alla tradizione del costituzionalismo, dagli elementi politici – democratici, aristocratici o monarchici – della costituzione tedesca del 1919, in particolare, e di ogni costituzione, in generale (C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 171-188).

²⁰ P. Colombo, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1.

costituzionali a tutela di quei diritti tanto solennemente proclamati alla centralità della legge. Del travagliato lavoro costituente e delle difficoltà a concludere la Rivoluzione una volta che questa ebbe inizio offrono una testimonianza i numerosi progetti costituzionali che vengono elaborati dai protagonisti della Rivoluzione nel decennio rivoluzionario 1789-1799, durante il quale si approvano in Francia ben quattro costituzioni. La prima, monarchica, risale al settembre 1791 e ottiene anche la sanzione del re; le altre tre, recanti la data del nuovo calendario introdotto dalla Convenzione nazionale, sono costituzioni repubblicane seguite agli eventi del 10 agosto 1792 e all'abolizione della *royauté*: la Costituzione dell'anno I (giugno 1793) non entrò mai in vigore a causa della dichiarazione di guerra e dell'instaurazione di un governo provvisorio fino alla pace²¹; la Costituzione dell'anno III (agosto 1795), prodotta dalla stessa Convenzione del 1792 senza soluzione della sua continuità formale ed entrata in vigore dopo la caduta del cosiddetto 'governo rivoluzionario', cioè a conclusione dell'avventura giacobina, è la prima e l'unica «costituzione repubblicana effettivamente applicata e la meno effimera in assoluto del decennio rivoluzionario»²²; infine la Costituzione dell'anno VIII (dicembre 1799) è quella seguita al colpo di Stato militare del 18 brumaio (9 novembre), che ha nel Primo Console Napoleone Bonaparte il proprio protagonista indiscusso.

1.2. *L'idea di res publica e il concetto antico di democrazia*

L'idea di *res publica* come «cosa di tutti», che in età moderna è stata per lo più conciliata con la forma istituzionale del 'governo misto', si pone storicamente in rapporto oppositivo non solo con la monarchia e con il concetto di sovranità assoluta e indivisibile (si pensi alla stagione del repubblicanesimo inglese della metà del XVII secolo), ma anche con l'idea di democrazia intesa come «cosa di una parte», cioè come governo del

²¹ La costituzione dell'anno I non è mai stata applicata: il 9 termidoro (27 luglio 1794) i giacobini furono rovesciati e i termidoriani, che non avevano grande simpatia per l'ampiezza del suffragio prevista dalla prima costituzione repubblicana e per le idee, giudicate eccessivamente democratiche, degli avversari ormai sconfitti, decisero di percorrere la via di un nuovo processo costituente, che partorì la Costituzione dell'anno III (1795).

²² E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, cit., p. 412 e p. 432. La costituzione dell'anno III introdusse il primo corpo legislativo bicamerale francese (Consiglio dei Cinquecento e Consiglio degli Anziani), fondato su un sistema elettorale indiretto, e investì del potere esecutivo il Direttorio, un organo di cinque membri nominati dalle camere costituite in corpo elettorale in rappresentanza della nazione.

demos, la parte più povera (e in pratica sempre la più numerosa) della comunità politica - stando alla lezione di Aristotele - sul resto dei cittadini. Ancora nella seconda metà del XVIII secolo la concezione classica di democrazia come governo del *demos* che si rovescia prima in anarchia e poi in dispotismo è la concezione dominante nell'immaginario di pensatori molto distanti tra loro come Rousseau, Sieyès, Kant e gli autori del *Federalist*, i quali sono tutti accomunati dal giudizio negativo nei confronti del regime democratico e dal tentativo (che però non coinvolge Sieyès) di tenere ben distinte democrazia e repubblica. Infatti rispetto al termine 'democrazia', che rinvia immediatamente alle turbolenze dell'Atene classica ed è divenuto sinonimo di disordine e licenziosità, 'repubblica' ha il vantaggio di aver conservato un grande prestigio storico²³.

Nel *Contratto sociale* Rousseau, «il Machiavelli del Settecento»²⁴, definisce 'repubblica' «ogni Stato retto da leggi»²⁵, mentre della democrazia

²³ Cfr. in particolare sul tema del repubblicanesimo dall'età umanistica e rinascimentale alla cultura politica della rivoluzione americana J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, 2 voll., I. *Il pensiero politico fiorentino* e II. *La «repubblica» nel pensiero politico anglosassone*, Bologna, Il Mulino, 1980. Pocock ha sostenuto la tesi dell'esistenza di una *Atlantic Republican Tradition*, che unirebbe Machiavelli a Harrington e agli autori del *Federalist*. Il repubblicanesimo inglese del Seicento, pur sconfitto politicamente in Inghilterra con la restaurazione degli Stuart, avrebbe trionfato circa un secolo più tardi al di là dell'Oceano con la nascita degli Stati Uniti d'America. Con la sua interpretazione della tradizione repubblicana tra Cinquecento e Settecento, Pocock vuole mostrare due cose: che «la Rivoluzione americana e la costituzione che ne fu il frutto in un certo senso rappresentano l'ultimo atto del rinascimento civile e che le idee proprie della tradizione dell'umanesimo civile (quella mescolanza di aristotelismo e di machiavellismo sulla natura dello *zoon politikon*) forniscono una chiave per capire i paradossi delle tensioni moderne tra la consapevolezza che l'individuo ha della propria personalità da un lato e la coscienza della società dall'altro, della proprietà e della storia. I padri dell'America furono i protagonisti di un 'momento machiavelliano' (e cioè di una crisi esistente nei rapporti tra personalità individuale e società, tra virtù e corruzione)» (*Ivi*, p. 781). Cfr. inoltre sul termine-concetto 'repubblica' e sul repubblicanesimo in generale D.T. Rodgers, *Republicanism. The Career of a Concept*, in «The Journal of American History», n. 1, 1992; F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *L'idea di repubblica nell'Europa moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1993; B. Fontana (a cura di), *The Invention of Modern Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; «Filosofia politica», n. 1, 1998, parte monografica; M. Viroli, *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1999; P. Pettit, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, Feltrinelli, 2000; M. van Gelderen - Q. Skinner (a cura di), *Republicanism. A Shared European Heritage*, 2 voll., Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

²⁴ J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano*, cit., vol. II, p. 849.

²⁵ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, Roma-Bari, Laterza, p. 55 (Libro II, capitolo VI 'Della legge'). «Chiamo dunque repubblica ogni Stato retto da leggi, sotto qualunque forma di

– che costituisce solo una delle tradizionali forme di governo accanto alla monarchia, all'aristocrazia e al governo misto – afferma con scetticismo: «volendo prendere il termine nella sua rigorosa accezione, una vera democrazia non è mai esistita e non esisterà mai. È contro l'ordine naturale che la maggioranza governi e la minoranza sia governata». Il ginevrino conclude il capitolo sulla democrazia con queste lapidarie parole: «se ci fosse un popolo di dei si governerebbe democraticamente. Un governo tanto perfetto non conviene ad uomini». Quanto il modello antico strutturi, a livello retorico, il discorso politico del Settecento, in generale, e di Rousseau, in particolare, è evidente laddove, nel *Contratto sociale*, la *stasis*, ovvero il conflitto intestino, e l'instabilità sono additate come i vizi della 'democrazia': «nessun governo è soggetto a guerre civili e subbugli interni più di quello democratico o popolare, perché nessun altro tende con più forza e costanza a mutare di forma, o richiede più vigilanza e coraggio per essere mantenuto nella forma che ha». Eppure nella teoria rousseauiana del governo democratico sono presenti anche forti elementi di innovazione rispetto al discorso classico. In Rousseau il termine 'governo' cessa di essere sinonimo di 'costituzione materiale', l'aristotelica *politèia*, e si riduce a denotare l'istituzione che esercita il potere esecutivo, l'istituzione che si limita, cioè, ad eseguire le leggi deliberate dalla volontà generale del sovrano. L'equazione, in Rousseau, è di una limpidezza cristallina: il governo sta al sovrano come il potere esecutivo sta al potere legislativo, come la forza sta alla volontà e come l'*agir* sta al *penser*. Sono presenti elementi di innovazione anche rispetto alla teoria di Bodin. Il trasferimento della sovranità, con gli attributi ormai classici – risalenti all'autore dei *Six livres sur la République* – dell'assolutezza, inalienabilità, indivisibilità, perpetuità, dal re al popolo conduce in Rousseau ad una semplificazione, rispetto a Bodin, delle molteplici forme in cui si può concretamente organizzare il potere dello Stato. Come nei *Six livres de la République* così anche nel *Contratto sociale* la distinzione tra titolarità della sovranità ed esercizio delle funzioni di governo rende possibili molteplici combinazioni di forme di Stato e forme di governo. Tuttavia mentre per Bodin sia l'uno (il re), sia i pochi (l'aristocrazia), sia i molti (il popolo) potevano essere titolari del potere sovrano, in Rousseau - stando alla formula contrattuale che dà vita al «*moi commun*»²⁶ - la forma di Stato può essere una sola, quella - improntata al principio di legittimità democratico ma definita da Rousseau 'repubblica' - in cui il popolo è il sovrano. Questa forma di Stato è analoga a quella che la scienza politica e il diritto costituzionale attualmente

amministrazione possa essere: infatti solo allora l'interesse pubblico governa e la cosa pubblica è qualcosa. Ogni governo legittimo è repubblicano».

²⁶ *Ivi*, pp. 22-23 (Libro I, capitolo VI 'Del Patto sociale').

definiscono forma di Stato democratica o, più semplicemente, ‘democrazia’²⁷. In questo senso è corretto vedere in Rousseau il padre della democrazia moderna, nonostante le affermazioni riportate sopra siano una condanna senza appello dello Stato retto democraticamente. In effetti ciò che Rousseau condanna non è la democrazia come principio di legittimità. Ciò che egli intende per ‘democrazia’ è ben più di uno Stato in cui il corpo politico nella sua interezza sia il sovrano. ‘Democrazia’, per Rousseau, è la somma, nel popolo, di tre cose logicamente ben distinte l’una dall’altra: titolarità della sovranità, esercizio diretto del potere legislativo ed esercizio diretto anche del potere esecutivo. Favorevole all’esercizio diretto del potere legislativo da parte del popolo sovrano riunito in assemblea, ma contrario all’unione delle due funzioni del legislatore, che delibera solo su oggetti generali, e dell’esecutore, che applica le leggi a casi particolari, Rousseau ritiene inammissibile non la forma di Stato democratica, bensì la forma di governo democratica: «non è bene – scrive - che chi fa le leggi le esegua, né che il corpo del popolo distolga la sua attenzione dalle vedute generali per volgerla ad oggetti particolari. Niente è più pericoloso dell’influenza degli interessi privati sugli affari pubblici, e l’abuso delle leggi da parte del governo è male minore della corruzione del legislatore, immancabile conseguenza delle prospettive particolari»²⁸.

²⁷ Cfr. G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1990², pp. 33-55. Il termine democrazia, indicante «sia un insieme di ideali, sia un sistema politico», ha molteplici dimensioni: una dimensione prescrittiva (che disegna la società perfetta che *deve essere*) e una descrittiva (che riproduce la società che *è*, per esempio come sistema basato sulla competizione libera e sulla regolare selezione dei *decision-makers* [J. Schumpeter] o come poliarchia [R. Dahl]), una dimensione evolutiva (democrazia di tipo iniziale-embriionale, di tipo normale-medio, di tipo avanzato) e una dimensione numerica (micro- e macro-democrazie). Tuttavia democrazia costituisce innanzi tutto un «principio di legittimità». «La democrazia così intesa è insieme il minimo e l’unico comun denominatore di qualsiasi dottrina democratica. Nessun democratico nega che il potere sia legittimo soltanto quando deriva dal popolo e si fonda sul suo consenso». Sartori precisa però che il consenso democratico può essere di due tipi: presuntivo o procedurale, e che questi punti di vista alternativi in merito al consenso riflettono il disaccordo di fondo sul significato del termine popolo, il quale può essere inteso o come totalità organica, o come pluralità discreta. Nel primo caso, il consenso del popolo, concepito come un’entità collettiva o una totalità organica e omogenea, è una semplice presunzione non soggetta a verifica, e fondata, al massimo, su acclamazioni plebiscitarie; nel secondo, invece, non esiste consenso democratico senza che esso venga controllato con regolarità mediante procedure *ad hoc*, che escludono il consenso per semplice acclamazione (*Ivi*, pp. 34-35).

²⁸ Mentre la scienza politica attuale ‘si accontenta’, come *conditio sine qua non* della forma di Stato democratica (condizione necessaria, ma assolutamente non sufficiente), dell’equazione indicata al punto 1., in Rousseau la concezione della repubblica e la concezione della democrazia, più esigenti, possono essere sintetizzate rispettivamente dai punti 2. e 3.

Anche Sieyes giudica non auspicabile la democrazia diretta. Tuttavia, a conferma della difficoltà, sul finire del XVIII secolo, di trovare un lessico condiviso adeguato alla nuova realtà che stava emergendo dalle profonde trasformazioni politiche, istituzionali e costituzionali messe in moto dalla Rivoluzione, sembra che Sieyes intenda per democrazia diretta più la partecipazione diretta dei cittadini alla formazione della legge in assenza di rappresentanti, che la forma di governo in cui chi fa le leggi le esegue, nel senso espresso da Rousseau nel *Contratto sociale*. Sembra, cioè, che Sieyes chiami ‘democrazia’ esattamente la proposta politica di Rousseau, quella ‘repubblica non rappresentativa’ – sia consentito il conio di questa espressione - in cui la volontà del sovrano, ovvero del popolo, è irrappresentabile e i deputati del popolo non sono rappresentanti con libertà di mandato, bensì commissari che non possono concludere, in autonomia dal loro committente, niente di definitivo: «qualunque legge che non sia stata ratificata dal popolo in persona – scrive Rousseau – è nulla; non è una legge»²⁹. La contrapposizione determinante nel «costituzionalismo liberale»³⁰ di Sieyes, che fa dell’abate un ‘anti-Rousseau’, è quella tra democrazia diretta (coincidente grosso modo con la ‘repubblica’ del ginevrino) e governo rappresentativo³¹. Sono tre in particolare le occasioni solenni in cui Sieyes rifiuta la democrazia diretta e teorizza la necessità della rappresentanza: il *Discorso sulla questione del veto regio* pronunciato il 7 settembre del 1789 all’Assemblea nazionale, l’articolo sulle ‘Elezioni dei rappresentanti’ nelle *Osservazioni sul rapporto del comitato di costituzione concernente la nuova organizzazione della Francia* e l’*Opinione su alcuni articoli del progetto di Costituzione* pronunciata alla Convenzione nazionale il 2 termidoro dell’anno III (luglio 1795) della

-
1. sovranità popolare = principio di legittimità democratico.
 2. sovranità popolare + esercizio diretto del potere legislativo (deliberazione o semplice sanzione delle leggi) = Repubblica rousseauina nata dal contratto sociale.
 3. sovranità popolare + esercizio diretto del potere legislativo + esercizio diretto del potere esecutivo = la democrazia rousseauiana come forma di governo possibile dello Stato repubblicano in cui non sia rispettata la separazione dei poteri.

²⁹ Cfr. J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 137 (Libri III, capitolo XV ‘Dei deputati o rappresentanti’). Stando allo schema proposto nella nota 16. Sieyes intende per ‘democrazia diretta’ non il punto 3., come Rousseau, bensì il punto 2.

³⁰ È P. Pasquino, in *Il pensiero di Sieyes, Introduzione* a J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1-28 (: 4) a considerare Sieyes uno dei teorici più importanti – insieme a James Madison – tanto del costituzionalismo liberale moderno, quanto di quella forma politica che egli stesso chiamava, in opposizione alla democrazia diretta o ‘bruta’, governo rappresentativo.

³¹ Cfr. P. Raynaud, *Democrazia*, in Furet – Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., pp. 603-612 (:605).

repubblica³². Si tratta di interventi distanti tra loro nel tempo, tanto più distanti in quanto tra i primi due e il terzo si registrano in Francia l'assalto alle Tuileries, l'abolizione della monarchia e l'esecuzione del re, la proclamazione della repubblica, l'elezione della Convenzione nazionale, la caduta dei girondini e la conclusione della fase giacobina. La posizione di Sieyes si mantiene tuttavia sostanzialmente invariata. Secondo alcuni interpreti sarebbe presente nelle pagine di Sieyès un continuo ed incerto oscillare tra una concezione della rappresentanza vicina al mandato, basata sul potere d'istruzione e di revoca da parte del popolo, e una concezione che nella rappresentanza vede addirittura la condizione necessaria di esistenza, quasi in senso hobbesiano, della stessa nazione come unità politica. Da una parte la rappresentanza sarebbe legittima perché la nazione non aliena in essa la propria sovranità, dall'altra la nazione può esistere politicamente come un'unità solo in virtù dell'unità della sua rappresentanza. Che queste oscillazioni nel modo di intendere la rappresentanza siano effettivamente presenti nei vari testi prodotti da Sieyes nei turbolenti anni della Rivoluzione oppure si tratti di irrilevanti sfumature progressivamente scomparse a vantaggio della rappresentanza con libertà di mandato, non muta la posizione di fondo dell'abate a favore della costituzione rappresentativa e contro la democrazia pura o «bruta». La ragione principale non è di natura filosofico-politica, ma di natura economico-politica. Sono le necessità del lavoro e della produzione ad esigere la delega a rappresentanti delle funzioni pubbliche. Nel *Discorso sul veto regio* Sieyes afferma: «dovendo essi [*scil.* i cittadini] obbedire alla legge, esattamente come voi, devono anche, esattamente come voi, contribuire a farla. Questo concorso deve essere eguale. Esso può esercitarsi in due modi. I cittadini possono dare la fiducia a qualcuno di loro. Senza alienare i propri diritti, essi ne commettono l'esercizio. È per la comune utilità che nominano dei rappresentanti ben più abili di loro nel cogliere l'interesse generale e nell'interpretare, in questo caso, la loro stessa volontà. L'altro modo di esercitare il proprio diritto alla formazione della legge è quello di partecipare direttamente alla sua confezione. Questo concorso immediato caratterizza la *vera democrazia*. Il concorso indiretto designa invece il *governo rappresentativo*. La differenza fra questi due sistemi politici è enorme. La scelta fra questi due modi di fare la legge, è per noi univoca. Anzitutto la stragrande maggioranza dei nostri concittadini manca sia di un sufficiente grado di istruzione sia di tempo libero per occuparsi direttamente delle leggi che devono governare la Francia; essi ritengono dunque

³² Testi raccolti come n. 13, n. 14 e n. 37 in J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, cit.

opportuno nominare dei rappresentanti. (...) Questo ragionamento, che è valido per le municipalità più piccole, diventa inoppugnabile, quando, come nel caso concreto, si tratta di leggi che devono governare ventisei milioni di uomini; ribadisco infatti sempre che la Francia non è, e non può essere una *democrazia*; non deve assolutamente divenire uno *Stato federale*, composta da una moltitudine di repubbliche, unite da un qualunque legame politico. La Francia è e deve essere un *tutt'uno*, sottomesso in ogni sua parte ad una legislazione e ad un'amministrazione comuni. (...) I deputati non sono nell'Assemblea nazionale per annunciarvi il voto dei loro committenti diretti, ma per deliberarvi e votarvi liberamente secondo il parere del momento (...) Il popolo o la Nazione non possono avere che una voce, quella del sistema legislativo nazionale (...) Il popolo, lo ripeto, in un paese che non è una democrazia (e la Francia non ne sarebbe capace), il popolo non può parlare, non può agire se non attraverso i suoi rappresentanti»³³. Nelle *Osservazioni sul rapporto del comitato di costituzione* Sieyes insiste, più che nel discorso precedente, sulla centralità del lavoro nelle società moderne: «i membri di un'associazione politica aspirano o a governarsi da soli, oppure a scegliere nel proprio ambiente qualcuno che possa occuparsi della cura e della sorveglianza dei bisogni pubblici. Nel primo caso si tratta della democrazia pura, o bruta, oserei dire, per analogia con le materie prime e le derrate brute che ovunque la natura ha offerto all'uomo, ma che ovunque l'uomo si è industriato a modificare ed elaborare per renderle adatte alle sue esigenze e al suo piacere. Gli uomini non formano una società politica per consumare oziosamente la vita in piacevoli passatempi; hanno altro da fare che organizzare giochi e festini; la natura ci ha sottomesso alla legge del lavoro; ci ha mostrato i suoi doni, poi ci ha detto: vuoi goderne? Lavora». Nel 1795 viene ribadita la stessa idea: «tutto è rappresentanza in uno stato sociale. Essa è presente ovunque nell'ordinamento privato come nell'ordinamento pubblico; essa è la madre dell'industria, della produzione e del commercio, come pure di ogni progresso liberale e politico. Dirò di più, essa si confonde con l'essenza stessa della vita sociale (...) Spetta al sistema rappresentativo di condurci al grado più alto di libertà e di prosperità di cui sia possibile godere».

Documento principale della lotta in favore del rafforzamento del potere centrale della Confederazione e della ratifica della Costituzione federale del 1787, ma anche raccolta di scritti di teoria politico-costituzionale che, originariamente pubblicati su vari quotidiani, aspiravano a coinvolgere direttamente l'opinione pubblica americana nel dibattito, il *Federalist* (1788) adopera il termine 'repubblica' per designare il sistema

³³ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. I, pp. 441-444.

rappresentativo, il termine ‘democrazia’, invece, per il regime politico fondato sull’esercizio diretto della sovranità popolare. Inoltre, instabilità, faziosità interna, esaurimento delle virtù politiche, corruzione dei costumi sono *topoi* relativi ai piccoli Stati democratici che ricorrono subito in due dei primi articoli – 85 in tutto - usciti a firma Publius. Nei *papers* n. 9 e n. 10 la repubblica federale è considerata la forma politica che meglio di ogni altra può non solo garantire la pace esterna, ma anche costituire una barriera contro il pericolo della formazione di fazioni interne, in quanto permette il duplice processo di accentramento degli interessi di carattere generale, da un lato, e di decentramento degli interessi di carattere locale, dall’altro. Sin dall’*incipit* dell’articolo n. 9 gli autori non possono evitare, perorando la causa della nascente federazione americana, di far riferimento alle vicende delle piccole repubbliche della Grecia classica e dell’Italia rinascimentale e moderna: «una salda unione sarà di grandissima importanza per la pace e la libertà degli Stati, quale barriera contro la faziosità interna e le insurrezioni. È impossibile leggere delle piccole repubbliche di Grecia e d’Italia senza provare sentimenti d’orrore e di disgusto per le agitazioni di cui esse erano continua preda, e per il rapido succedersi di rivoluzioni che le mantenevano in uno stato di perpetua incertezza tra gli stadi estremi della tirannide e dell’anarchia. Se, di tanto in tanto, esse godevano di periodi di calma, tali periodi costituivano solo dei rapidi contrasti alle tempeste che incombevano»³⁴. In quest’articolo si svolge anche un attento confronto con l’autore dell’*Esprit des Lois*, dal quale emerge il tentativo degli americani Hamilton, Madison e Jay di ovviare alle difficoltà di instaurare una repubblica nel nuovo continente (le repubbliche, che non devono avere grande estensione, si alimentano della virtù dei cittadini, la quale va coltivata con l’educazione civica e l’abitudine alla frugalità e alla moderazione dei costumi, mentre si corrompono per il prevalere di interessi particolari su quello generale) adoperando, suo malgrado, lo stesso Montesquieu. Se la scelta dovesse cadere tra monarchia e repubblica, il Presidente, nonostante le molte incertezze ed oscillazioni, dovute alla lunga gestazione dello *Spirito delle leggi*, tende senza dubbio a preferire la prima alla seconda, e, sebbene sia disposto ad ammettere che *vertu e liberté* possano coesistere, esita ad attribuire il carattere di Stati liberi ai governi repubblicani. In realtà, in Montesquieu non si pone affatto o viene percepita come relativamente inattuale la questione dell’alternativa tra monarchia e repubblica, dal momento che egli tende a relegare il modello repubblicano entro i confini ristretti del piccolo Stato. Le repubbliche, aristocratiche e democratiche, sono considerate governi tanto rilevanti per il mondo antico,

³⁴ A. Hamilton – J. Madison – J. Jay, *Il federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 183.

quanto marginali per l'Europa del XVIII secolo, in cui la forma dello Stato-nazione si è imposta sia sulla forma-Impero, sia sulla forma della Città-Stato, inclusa, eventualmente, in una più ampia Confederazione³⁵. La soluzione al problema della libertà politica è individuata da Montesquieu nella monarchia moderata capace - grazie alla presenza di «*pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants*» della nobiltà, dell'alto clero e delle *villes* coi loro privilegi e le loro corporazioni, infine con il *dépôt des lois* con sede nei *Parlements* giudiziari - di impedire l'abuso di potere: di questo governo moderato fornisce un ottimo esempio l'Inghilterra, la quale «ha per scopo della sua costituzione la libertà politica». Ebbene, nel *paper* n. 9 il trio di Publius, omettendo del tutto di fornire una interpretazione complessiva e autentica del pensiero di Montesquieu - che, del resto, non è il suo scopo -, si appropria delle riflessioni sulla «repubblica confederata» contenute nel libro IX, cap. 1-3 dello *Spirito delle leggi*, per sostenere la propria causa, per affermare cioè la possibilità di edificare una grande federazione che sia immune dall'instabilità e dalle lotte intestine tra fazioni proprie delle piccole repubbliche. La 'repubblica confederata', scrive Montesquieu, «in grado di affrontare un attacco proveniente dall'esterno, si può mantenere in vita senza corruzione interna (...) Dacché questo stato sarebbe composto di tante piccole repubbliche, esso potrebbe godere delle fortune interne di ciascuna di esse, e, al medesimo tempo, per quanto riguarda la situazione esterna, possedere, in virtù dell'associazione, tutti i vantaggi delle grandi potenze monarchiche»³⁶. Restando sempre in tema di

³⁵ Cfr. in merito alle forme di Stato: Impero, Stato-nazione, Confederazione di città-Stato in Montesquieu S. Cotta, *Montesquieu e la libertà politica*, in D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, Liguori Editore, 1998, pp. 103-135 (: 106-107); la forma-Impero ha per suo riferimento l'esemplare vicenda di Roma così come è delineata da Montesquieu nelle *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*. Il 'modello tricotomico polis-Impero-Stato' è quello adottato recentemente da P.P. Portinaro, il quale, in *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., esordisce riconoscendo che sono esattamente queste le tre forme dell'esistenza collettiva che hanno successivamente dominato l'autorappresentazione politica ed insieme l'universo normativo dell'Europa. Questo modello polis-Impero-Stato consente di accostarsi con un'utile griglia interpretativa alla grande produttività dell'immaginazione istituzionale della civiltà giuridica e politica europea. Ma, mettendo in guardia da un'assunzione rigida e dogmatica del modello, Portinaro insiste sul fatto che in realtà ciò che si delinea è «una prospettiva nella quale gli intrecci, le contaminazioni, le evoluzioni e le involuzioni risultano in definitiva più significativi dei casi paradigmatici. A prevalere lungo il corso storico sono le sintesi incompiute, le sovranità limitate, le autonomie relative, gli Imperi mancati, le costituzioni indecise, i federalismi asimmetrici, gli scambi ineguali. La vicenda istituzionale europea è un *Sonderweg* di *Sonderwege*» (*Ivi*, p. 52).

³⁶ A. Hamilton - J. Madison - J. Jay, *Il federalista*, cit., pp. 186-187.

fazioni, nel *paper* n. 10 viene introdotta la distinzione tra ‘repubblica’ e ‘democrazia’: «i due grandi elementi di differenziazione tra una democrazia e una repubblica sono i seguenti: in primo luogo, nel caso di quest’ultima, vi è una delega dell’azione governativa ad un piccolo numero di cittadini eletto dagli altri; in secondo luogo, essa può estendere la sua influenza su di un maggior numero di cittadini e su una maggiore estensione territoriale». Rappresentanza politica, grande estensione territoriale, neutralizzazione delle faziosità interne, salvaguardia della libertà dei cittadini sono le peculiarità della repubblica federale americana che tornano, senza significative variazioni, anche nel *paper* n. 14 e segnano la distanza tra questa e le democrazie antiche.

La preoccupazione di marcare la differenza tra ‘repubblica’ (che è una *forma regiminis*) e ‘democrazia’ (che, invece, è una *forma imperii*) è presente anche in Kant³⁷, il quale, in *Per la pace perpetua* (1795), scrive: «il *repubblicanesimo* è il principio della separazione del potere esecutivo (del governo) dal legislativo; il dispotismo è il principio statale dell’esecuzione arbitraria, da parte dello Stato, di leggi che esso stesso ha dato, e dunque la volontà pubblica viene adoperata dal governante come sua volontà privata. – Tra le forme dello Stato la *democrazia*, nel significato proprio della parola, è necessariamente un dispotismo, perché fonda un potere esecutivo in cui tutti deliberano su uno e nel caso anche contro uno (che dunque non dà il suo consenso), quindi tutti che però non sono tutti; ciò che costituisce una contraddizione della volontà generale con se stessa e con la libertà. Ogni forma di governo che non sia rappresentativa è infatti una non-forma, perché il legislatore può essere in una sola e medesima persona anche esecutore della sua volontà (...) Si può dunque dire che tanto più piccolo è il personale del potere dello Stato (il numero dei governanti), tanto più grande invece la loro rappresentanza, tanto più la costituzione statale si accorda con la possibilità del *repubblicanesimo*, ed essa può sperare di sollevarsi infine

³⁷ I. Kant, *Per la pace perpetua*, Seconda sezione, Primo articolo definitivo, in Kant, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 171-173. Il concetto di ‘repubblica’ è definito da Kant anche in un passo della *Metafisica dei costumi* (parte II, sez. I, 52) del 1797, dove si può leggere: «ogni vera repubblica (...) non è e non può essere altro che un sistema rappresentativo del popolo, avente lo scopo di proteggere in nome del popolo, ossia in nome di tutti i cittadini riuniti e per mezzo dei loro delegati (dei loro deputati), i diritti dei cittadini stessi». Cfr. H. Hofmann, *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, con un’introduzione di Giuseppe Duso, pp. 498-503. Per Hofmann il concetto kantiano di ‘repubblica’ è l’elemento che in Germania assicura l’influenza più durevole alle idee-chiave della Costituzione francese del 1791. In effetti in Kant la costituzione monarchica paradossalmente favorisce, meglio di ogni altra, lo sviluppo del vero *repubblicanesimo*, ovvero del sistema rappresentativo dotato della separazione dei poteri.

ad esso con graduali riforme. Per questa ragione giungere a questa unica costituzione perfettamente conforme al diritto è già più difficile in aristocrazia che in monarchia, impossibile poi in democrazia, altrimenti che con una rivoluzione violenta». Dal brano riportato emerge che, come Rousseau, anche Kant - sebbene non parli mai del popolo ma preferisca adoperare l'espressione, politicamente più neutra, 'tutti' - adotta il termine 'repubblica' per designare lo Stato conforme al diritto e nega che il potere esecutivo e il potere legislativo possano essere uniti nelle stesse mani. E come in Rousseau anche in Kant retorica classica ('la democrazia è dispotismo') e problematiche tipicamente moderne (rappresentanza - che Rousseau rifiuta, mentre Kant esige - e separazione dei poteri) si mescolano nell'articolazione di un discorso che non riesce a fare a meno di seguire la lezione degli antichi e di adoperarne il lessico e le immagini per nominare cose che cominciano a mostrare il volto moderno del potere, per cercare, cioè, di decifrare trasformazioni politiche, istituzionali e costituzionali che non hanno ancora trovato un lessico proprio.

1.3. *Costituzione e governo rappresentativo*

Gli Stati Uniti d'America del 1787 e la Francia del 1789 condividono una medesima certezza politica: sia che si tratti di fondare le istituzioni di una comunità politica che, con una 'rivoluzione costituzionale'³⁸, ha conquistato l'indipendenza dalla madrepatria, sia che si tratti, invece, di inventare *ex novo* e organizzare costituzionalmente le forme politiche che, nate da una 'rivoluzione della sovranità', sanciscono la rottura con l'*Ancien Régime*, nessuno pensa, in America o in Francia, di definire 'democrazia' la nuova forma di Stato, né - *a fortiori* - di instaurare un regime di democrazia diretta. 'Repubblica' è il nome prescelto per la forma di Stato (in Francia solo dal 1792), quanto alla forma di governo è l'espressione 'governo rappresentativo' ad avere la meglio³⁹. È quest'ultimo, il governo

³⁸ Cfr. N. Matteucci, *La rivoluzione americana. Una rivoluzione costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1987.

³⁹ E. Rotelli, nella sua storia istituzionale della forma di Stato definita 'democrazia nascente' prende in esame le soluzioni istituzionali e costituzionali emerse dalle tre rivoluzioni inglese, americana e francese: dalla *Glorious Revolution*, prima, dalla Costituzione francese del 1791, poi, vengono prodotte due alternative di monarchia costituzionale; dalla Rivoluzione americana con la Costituzione del 1787 e dalle Costituzioni francesi dell'anno I (1793) e dell'anno III (1795) vengono prodotte versioni diverse di 'democrazie *statu nascenti*' per quanto riguarda la forma di Stato, organizzate in 'repubbliche non parlamentari' (prive, cioè, del potere di estromissione del governo da parte del parlamento e prive del correlativo potere di scioglimento anticipato del medesimo)

rappresentativo, ad imporsi, in entrambi i casi, come la soluzione ovvia al problema del governo di grandi Stati moderni. La scelta in favore del governo rappresentativo cela però un'ambiguità. Il governo rappresentativo, infatti, può essere concepito e accettato o come un semplice artificio tecnico per consentire la realizzazione del principio democratico (sovranità popolare) in Stati di grandi dimensioni o, viceversa, come un sistema politico alternativo alla democrazia e migliore rispetto ad essa. Nel primo caso, in quanto artificio tecnico, il governo rappresentativo costituirebbe il male minore: esso sarebbe reso necessario dall'impossibilità, di natura puramente materiale, di organizzare politicamente una società di grandi dimensioni nelle forme della democrazia diretta, la quale resterebbe comunque, in quest'ottica, il sistema politico ideale. Nel secondo caso, invece, l'instaurazione del governo rappresentativo è legata ad una concezione filosofico-politica che giudica positivamente le 'virtù' proprie delle procedure rappresentative e vede nel governo rappresentativo un regime inedito che scalza via la tipologia classica delle tre forme di governo e si presenta come il governo peculiare delle società moderne. «La nozione di governo rappresentativo – nota Pierre Rosanvallon – oscilla tra la prospettiva di un compimento dell'ideale democratico e la negazione pura e semplice di quell'ideale. La rappresentanza è, di volta in volta, considerata o come un buon sostituto della democrazia diretta o come un'alternativa da opporre e da preferire a quest'ultima».⁴⁰

Le nozioni di divisione del lavoro - l'attività politica, considerata come una delle numerose attività lavorative, viene inserita nel meccanismo generale della divisione del lavoro - e selezione sociale – scopo delle elezioni è appunto scegliere i più capaci ad esercitare le funzioni pubbliche - costituiscono la base dell'originale concezione del governo rappresentativo elaborata da Sieyès, il quale, proponendosi di coniugare governo di una *élite* e legittimazione popolare, sembra voler dissociare in modo netto il governo rappresentativo dal principio dell'autogoverno popolare proprio della democrazia diretta. Durante il grande dibattito sulla revisione della costituzione svoltosi in Francia nell'estate del 1791 anche Barnave, come

per quanto attiene invece alla forma di governo. Rotelli sottolinea il fatto che «le forme di governo, in cui si è espressa la forma di Stato sopra identificata come democrazia nascente, non presentano novità tipologiche dirompenti ove si passi direttamente dall'ultimo anno del XVIII secolo al primo del XXI saltando 'a piè pari' XIX e XX. Comunque denominate, organizzate e inserite nell'ordinamento, la istituzione 'parlamento' e la istituzione 'governo' determinano le politiche pubbliche e quindi la qualità della vita attraverso le relazioni stabilite tra loro» (E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 507).

⁴⁰ P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 19.

Sieyes, giudica un errore grave confondere tra loro le nozioni di ‘governo rappresentativo’ e ‘democrazia’ e concepisce il governo rappresentativo addirittura come «un antidoto alla democrazia»⁴¹. Analogamente Clermont-Tonner si spinge a scrivere: «*C'est peut-être la plus ingénieuse invention politique que celle d'avoir déclaré souveraine une nation, en lui interdisant tout usage de sa souveraineté. Voilà l'effet de l'adoption d'une constitution représentative*»⁴².

Nella organizzazione dei poteri che si afferma in età rivoluzionaria, implicante la stretta subordinazione dell'esecutivo al legislativo, ovvero del governo all'Assemblea nazionale, si manifesta un'importante influenza del pensiero di Rousseau⁴³. La principale questione all'ordine del giorno nel periodo compreso tra il 1789 e il 1792 era se si dovessero conservare prerogative politicamente incisive al re, quale che ne fosse la sua collocazione rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo. Nel settembre del 1789, nell'ambito del dibattito sul veto regio, perfino l'esponente monarchien e membro del *comité de constitution* Jean-Joseph Mounier inizia il proprio discorso in difesa delle prerogative costituzionali del monarca asserendo: «*Messieurs, l'organisation du Corps législatif est la partie la plus importante de la Constitution d'un peuple*». Quest'idea viene ribadita nel prosieguo: «*le pouvoir de faire la loi doit être, et il est en effet supérieur au pouvoir qui l'exécute*».

La marginalità dell' «*exécutif*» emerge come una costante nei discorsi dei protagonisti politici della Rivoluzione francese a causa della sovrapposizione, nella prima fase della Rivoluzione, quella che partorisce la costituzione monarchica del 1791, tra il discorso sul governo e il discorso sul ruolo e sul futuro del monarca. Dal concetto di ‘governo’ inteso come ‘forma di governo’, cioè come ordinamento del corpo politico e, dunque, come ‘costituzione’ nel senso aristotelico di *politèia* si passa – per mezzo dei concetti di *exécution* ed *exécutif* e, ancor prima, per mezzo della distinzione, introdotta da Sieyes e fatta propria da Paine, tra *pouvoir constituant* e *pouvoirs constitués* – ad un concetto di governo come istituzione prevista dalla costituzione e collocata in posizione subordinata rispetto all'istituzione rappresentativa della nazione che detiene il potere legislativo. Con la comparsa del soggetto costituente e con l'affermazione della costituzione come atto scritto di ripartizione dei poteri - *acte de*

⁴¹ *Ivi*, p. 18.

⁴² S. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée de la Constitution française décrétée par l'Assemblée nationale*, Paris, 1791, p. 123. La citazione è tratta da P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit., p. 18.

⁴³ Cfr. B. Manin, *Rousseau*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., p. 786.

partage des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire – il governo viene a dipendere, in quanto potere costituito, dalla costituzione. Thomas Paine, nei *Rights of Men* (1791) scritti come risposta immediata alle *Reflexions on the Revolution in France* di Burke (1790), chiarisce, sotto l'influsso tanto del repubblicanesimo anglosassone, quanto della teoria lockiana dei rapporti tra società e governo, il grande principio del costituzionalismo: «Una costituzione non è l'atto di un governo, ma l'atto di un popolo che crea un governo: un governo senza costituzione è un potere senza diritto (...) Una costituzione è antecedente ad un governo: e il governo è solo la creatura della costituzione».

Decisivo nelle prese di posizione e nelle progettazioni costituzionali della prima fase della Rivoluzione è il problema dei limiti da porre ai poteri del re il quale, ormai, ha di fronte a sé un'Assemblea nazionale, costituente e legislativa. Se la Rivoluzione trasferisce dal re alla nazione la sovranità, una questione del potere esecutivo non si presenta negli stessi termini prima e dopo la 'rottura' del 10 agosto e del 22 settembre 1792. Finché rimane la monarchia, l'istanza prevalente, che assorbe ogni altra, è la soggezione costituzionale del re – impersonato necessariamente per successione dinastico ereditaria e irrevocabile – all'Assemblea. Nel biennio 1789-1791 la costituzionalizzazione del governo coincide, cioè, con la costituzionalizzazione della *royauté*. Soltanto l'avvento della repubblica, che esclude cariche non elettive, farà emergere distintamente e pienamente l'esigenza di un esecutivo che funga, eventualmente, anche da contrappeso al legislativo⁴⁴.

È innegabile che la questione capitale del governo rimanga sospesa nell'intero corso della Rivoluzione e che, probabilmente per scongiurare l'eventualità del ripresentarsi del 'dispotismo dei ministri' dell'ultima fase dell'*Ancien Régime*, gli obiettivi primari da conseguire nella riflessione sull'esecutivo rivoluzionario siano individuati nella totale assenza di discrezionalità, nella meccanicità dell'azione e nell'impossibilità di 'vouloir', o detto altrimenti, di agire autonomamente del governo. Tuttavia se si osserva il decennio rivoluzionario nel suo complesso (1789-1799), dietro la dominante immagine legicentrica della rivoluzione si nasconde – questa è la tesi fondamentale di Paolo Colombo - un'idea di governo alternativa a quella di mero esecutivo, un'idea di governo come vertice decisionale ed amministrativo forte, che, nata col *gouvernement révolutionnaire* di Robespierre dal seno della Convenzione, accolta e rivalutata nel periodo termidoriano con l'istituzione del Direttorio, giunge fino al sistema consolare dell'anno VIII, che sancisce la vittoria di

⁴⁴ E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1789*, cit., p. 352.

Napoleone Bonaparte dopo il colpo di Stato e prelude alla proclamazione dell'Impero⁴⁵.

2. Rousseau, Sieyes e la Rivoluzione francese

Nel giusnaturalismo e nel contrattualismo sei-settecenteschi, così incisivi nella modellatura del moderno che siamo soliti qualificare come l'«Illuminismo giuridico dell'Europa continentale», si può forse rinvenire «la più intelligente, la più consapevole, la più abile fonderia di miti giuridici mai riscontrabile nella lunga storia giuridica occidentale; un complesso di miti organicamente immaginati e affiancati che danno vita ad una vera e propria mitologia giuridica»⁴⁶. Così si esprime uno storico del diritto come Paolo Grossi il quale, ripercorrendo con sguardo disincantato i duecento anni di storia giuridica continentale europea che premono alle nostre spalle, dà un contributo fondamentale alla doverosa opera di relativizzazione di questa storia. Forte del metodo comparativo, Grossi individua nella riduzione del diritto alla legge, ovvero nella fondazione della «mistica della legge», il dramma della modernità⁴⁷. L'Illuminismo politico-giuridico ha bisogno del mito perché ha bisogno di un assoluto cui aggrapparsi. Alla carenza di assoluto che si registra in seguito al processo di secolarizzazione da cui l'età moderna trae la propria identità e legittimità – quella carenza di assoluto a cui anche Carlo Galli volge la propria attenzione quando insiste, in *Genealogia della politica*, sulla «potenza dell'assenza della trascendenza»⁴⁸ nella genesi della politica moderna - è chiamato a supplire un nuovo mito, anzi una serie articolata di miti giuridico-politici. Questi miti: stato di natura, contratto sociale, volontà generale, legge, legalità, rappresentanza politica, uguaglianza giuridica, certezza del diritto - ma alla lista si potrebbero aggiungere a buon titolo anche popolo, nazione, potere costituente, sovranità popolare e democrazia - costituiscono «un ideario che compone e congiunge in sé spregiudicatezza metodologica e, insieme, ricerca di una fondazione mitica, offrendoci lo sconcertante spettacolo di un ceto intellettuale che ritiene irrinunciabile questa operazione fondativa»⁴⁹. Ammantato di secolarizzazione e scientismo, il secolo dei Lumi, che si è proposto come dissacratore e demolitore di miti millenari, non sarebbe

⁴⁵ P. Colombo, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 393-427.

⁴⁶ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano Giuffrè, 2005, p. 44.

⁴⁷ *Ivi*, p. 97.

⁴⁸ C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 580.

⁴⁹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 45.

immune da assolutizzazioni e mitizzazioni, semplificazioni e facili ottimismo. Del secolo dei Lumi fanno parte Rousseau e Sieyès: l'uno, più schivo e solitario, abitando scomodamente il proprio tempo, l'ha criticato con coraggio e fustigato con severità; l'altro, più a proprio agio negli ambienti colti di Parigi, ha vissuto da protagonista i primi anni della più nota delle rivoluzioni. Ma entrambi, con le loro opere, hanno contribuito all'elaborazione o al perfezionamento di alcuni dei miti di maggior successo degli ultimi due secoli di storia politico-giuridica: dal mito della legge come espressione della volontà generale – principio rousseauiano che ha ricevuto un solenne riconoscimento nell'art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 – al mito della nazione come titolare del potere costituente, un potere, quest'ultimo, dalla natura altrettanto mitica del suo mitico portatore.

2.1. *La democrazia in Rousseau*

Mentre Sieyès può essere considerato come uno degli ispiratori della democrazia di tipo liberale e rappresentativo, Rousseau⁵⁰, critico della

⁵⁰ Su Rousseau cfr. J. Shklar, *Men and Citizens. A Study of Rousseau's Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969; I. Fetscher, *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1972; B. Baczko, *Rousseau, Solitude et communauté*, Paris-La Haye, Mouton, 1974; V. Mura, *La teoria democratica del potere. Saggio su Rousseau*, Pisa, ETS, 1979; P. Pasqualucci, *Rousseau e Kant*, Milano, Giuffrè, 1974; J. Starobinski, *La trasparenza e l'ostacolo. Saggio su Jean-Jacques Rousseau*, Bologna, Il Mulino, 1982; P. Riley, *The General Will before Rousseau. The Transformation of the Divine into the Civic*, Princeton, Princeton University Press, 1986; A.M. Battista et al., *Il «Rousseau» dei giacobini*, Urbino, Università degli Studi di Urbino, 1988; A. Bugio, *Uguaglianza, interesse, unanimità. La politica di Rousseau*, Napoli, Bibliopolis, 1989; M. Cranston, *The noble Savage. Jean-Jacques Rousseau. 1754-1762*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991; R. Derathé, *J.-J. Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 1993; M. Viroli, *Jean-Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*, Bologna, Il Mulino, 1993; E. Cassirer – R. Darnton – J. Starobinski, *Tre letture di Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1994; P. Riley, *La volontà generale prima di Rousseau: la trasformazione del divino nel politico. Saggi di filosofia morale, politica e giuridica*, Milano, Giuffrè, 1995; P. Casini, *Introduzione a Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1996; R.W. Grant, *Hypocrisy and Integrity. Machiavelli, Rousseau, and the Ethics of Politics*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1997; L. Jaume, *Rousseau e la questione della sovranità*, in G. Duso (a cura di), *Il Potere*, Roma, Carocci, 1999, pp. 177-195; R. Wakler, *Rousseau*, Bologna, Il Mulino, 2001. Dai lavori di K. Popper, *The Open Society and its Enemies*, London, Routledge & Kegan Paul, 1945 e di J. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, Secker & Warburg, 1952 è scaturita l'immagine di un Rousseau «totalitario», tesi ripresa e approfondita da Lester G. Crocker, *Rousseau's Social Contract. An Interpretative Essay*,

rappresentanza, viene generalmente considerato come il teorico della democrazia nella sua forma più radicale. Nel dibattito degli anni Venti del XX secolo sulla costituzione repubblicana di Weimar sia Kelsen sia Schmitt si richiamano esplicitamente al *Contratto sociale* di Rousseau come alla prima dottrina moderna della democrazia. In *Vom Wesen und Wert der Demokratie* Kelsen, che individua nella sintesi dei due principi di libertà e di uguaglianza la caratteristica della democrazia, considera Rousseau «forse il più importante teorico della democrazia». Richiamandosi al pensiero del ginevrino fin dal primo capitolo del suo libro sulla democrazia, il giurista austriaco vede nella libertà la «pietra fondamentale» ed il «cardine» del sistema politico di Rousseau⁵¹. Anche Schmitt considera Rousseau all'origine della teoria democratica moderna - lo definisce, infatti, il «padre letterario della democrazia»⁵² - ma per ragioni molto diverse da quelle di Kelsen: dissociando i principi di libertà ed uguaglianza e vedendo nella libertà un principio esclusivamente liberale, Schmitt ritiene che sia la piena omogeneità (*die völlige Gleichartigkeit*) il vero fondamento dello Stato di Rousseau. Nella *Verfassungslehre*, relegando in secondo piano l'origine contrattuale dello Stato e non menzionando affatto la centralità in Rousseau del principio della libertà né la difficile conciliazione di libertà e obbedienza tramite l'esercizio diretto della sovranità popolare tentata nel *Contratto sociale*, Schmitt si serve piuttosto dei concetti di eguaglianza sostanziale, omogeneità ed identità del popolo con se stesso per fornire la propria lettura della democrazia rousseauiana⁵³.

2.1.1. Rousseau è stato spesso considerato l'annunciatore e la guida della Rivoluzione francese. La Rivoluzione francese costituisce, in effetti, il banco di prova del razionalismo e del costruttivismo politico moderni, che, inaugurati dal *Leviatano* di Hobbes, giungono – significativamente

Cleveland, The Press of Case Western Reserve University, 1968 e Id., *Jean-Jacques Rousseau*, vol. I *The Quest (1712-1758)*, vol. II *The Prophetic Voice (1758-1778)*, New York – London, Macmillan, 1968-1973, e sostenuta in Italia da S. Cotta, *La position du problème de la politique chez Rousseau*, in *Études sur le Contract Social de Jean-Jacques Rousseau*, Atti del convegno organizzato a Dijon per la commemorazione del bicentenario del *Contract Social*, Paris, Les Belles Lettres, 1964, pp. 177-190.

⁵¹ H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 48.

⁵² La citazione è tratta dalla conferenza *Demokratie und Finanz*, tenuta da Schmitt a Berlino nel dicembre del 1926. Il testo della conferenza venne pubblicato prima nel 1927 in *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie* (trad. it. in Schmitt, *Democrazia e liberalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 83-86), poi nel 1940 in *PB*, di cui costituisce il saggio n. 10 (pp. 97-99).

⁵³ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 301.

trasformati, certo, ma non rinnegati -, fino a Sieyes passando, appunto, per Rousseau. Da Edmund Burke a Hyppolite Taine, passando per Edgard Quinet e Luis Blanc, sono numerosi gli storici e, in generale, i pensatori - siano essi osservatori diretti degli eventi dell'ultimo decennio del XVIII secolo o studiosi del XIX secolo che si volgono indietro per rintracciare nella Rivoluzione le origini della Francia contemporanea - che hanno visto nella Rivoluzione l'influenza predominante della filosofia di Rousseau. Per Quinet, il *Contratto sociale* è il 'libro della legge' della Rivoluzione. In Rousseau si è voluto vedere l'ispiratore degli eventi seguiti al 10 agosto 1792 - l'abolizione della monarchia, la proclamazione della Repubblica, il suffragio universale, la convocazione della Convenzione nazionale - e, più ancora, della politica seguita alla sconfitta dei girondini. La 'repubblica giacobina', in effetti, è generalmente considerata l'apogeo di questa influenza rousseauiana⁵⁴. L'ascendente di Rousseau sulla mentalità della

⁵⁴ Cfr. su Rousseau e i giacobini A.M. Battista (a cura di), *Il «Rousseau» dei giacobini*, Urbino, Università degli Studi di Urbino, 1988; M. Vovelle, *I giacobini e il giacobinismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998; inoltre L. Jaume, *Scacco al liberalismo. I giacobini e lo Stato* (1990), Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, in particolare pp. 139-158. Mentre le prime grandi figure della Rivoluzione, come Sieyes e Barnave, si erano richiamate - argomenta Lucien Jaume - all'interesse privato, al nesso libertà-proprietà, alla centralità del lavoro e della produzione, alla specializzazione delle funzioni creata dalla politica moderna, cioè alla professionalizzazione della politica, il giacobinismo di ispirazione robespierrista, incontestabilmente legato a Rousseau nel quale credette di riconoscersi, sviluppa, nel momento della conquista del potere, una polemica sull'eccessiva indipendenza e la dubbia moralità dei rappresentanti del popolo richiamandosi ai concetti di volontà generale, indivisibilità e irrepresentabilità della sovranità popolare, virtù repubblicana e incorruttibilità dei costumi. Anche «l'elogio dei costumi rurali durante il periodo rivoluzionario è senza dubbio un lascito di Rousseau». Jaume fa notare però che il legame tra Rousseau e i giacobini «risulta effettivo, ma complesso». In seguito alla caduta dei girondini, «l'esercizio del potere e l'instaurazione del governo rivoluzionario (dicembre 1793) evidenziano la distanza esistente rispetto all'autentico pensiero di Rousseau: nel rafforzamento dell'apparato dello Stato, nell'abbandono dell'universalità della legge e nello sviluppo della coercizione terroristica, si può rilevare la ripresa di una cultura politica e religiosa che deriva dall'assolutismo. Inoltre, sempre in questo periodo, il giacobinismo di governo, in quanto difensore di una "rappresentanza" d'eccezione, applica il concetto di virtù ad un contesto che ne snatura il significato attribuitogli da Rousseau». Inoltre, sul versante storiografico, è da segnalare l'opera di Augustin Cochin che, attivo all'inizio del XX secolo, ha fatto del giacobinismo l'oggetto privilegiato della propria ricerca storica: *Les sociétés de pensée et la démocratie moderne* (1921) e *La Revolution et la libre pensée* (1925). Originario di una famiglia di notabili conservatori della Terza Repubblica, Cochin, come la storia universitaria di sinistra del XX secolo, si interessa soprattutto del fenomeno giacobino. «L'unica differenza (peraltro fondamentale) - fa notare François Furet nella *Critica della rivoluzione francese* - è che mentre la storiografia giacobina prende il discorso giacobino su se stesso per oro colato, e fa della partecipazione popolare al governo la caratteristica di quel periodo, Cochin considera invece il giacobinismo un discorso

Francia rivoluzionaria si esercita mediante un certo numero di idee e di principi molto generali: l'uguaglianza e la libertà di tutti e di ciascuno nello Stato, la sovranità e l'autonomia del popolo, gli ideali classici della repubblica e della virtù tratti dagli esempi di Sparta e di Roma, la rigenerazione dell'uomo e della società intera⁵⁵. Si può senza dubbio sostenere che i rivoluzionari hanno trovato in Rousseau l'ispirazione di certe idee politiche, ma non che abbiano attinto dai suoi scritti indicazioni precise su concrete tecniche politiche e costituzionali. In parte è proprio la relativa indeterminazione degli ideali e dei principi rousseauiani ad aver contribuito in modo decisivo al loro fascino.

Ci sono, però, almeno quattro aspetti di grande rilievo del pensiero di Rousseau che complicano e rendono molto problematico l'accostamento tra il filosofo e la Rivoluzione: in primo luogo, si tratta del giudizio pessimistico sulla storia e sul cammino del genere umano che colloca il ginevrino agli antipodi rispetto all'ideologia del progresso che guida il secolo dei Lumi e la Rivoluzione stessa; in secondo luogo, dell'opposizione tra il modello antico della città-stato e la realtà degli Stati moderni territorialmente molto estesi; in terzo luogo, dell'alternativa tra esercizio diretto della sovranità da parte del popolo e rappresentanza politica interpretata come un *aut-aut*, come un'alternativa tra libertà e schiavitù; infine delle idee in materia economica che vedono contrapporsi agricoltura e commercio, frugalità e ricchezza in un tentativo mai celato da Rousseau di frenare lo sviluppo economico allo scopo di preservare il tradizionale legame del piccolo proprietario terriero alla terra che coltiva e dei membri della comunità politica tra loro. Rousseau per questi aspetti è uno spirito conservatore a cui molti rivoluzionari si sono ispirati suo malgrado. Il tempo della politica, che con la Rivoluzione francese si trasforma in un tempo di rottura col passato e fuga verso il futuro, è un tempo bloccato o frenato in Rousseau, il quale - ideatore, nel *Contratto sociale*, di un nuovo inizio assoluto della politica - è al passato che si rivolge per fondare il nuovo ordine, il passato remoto del piccolo Stato antico e della libertà repubblicana del cittadino-soldato.

immaginario del potere (la volontà del popolo) divenuto un potere assoluto sulla società. In entrambi i casi quello che crolla il 9 termidoro è veramente un sistema di potere» (in F. Furet, *Critica della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 84; su Cochin storico della Rivoluzione si segnala il terzo ed ultimo capitolo della seconda parte del libro: 'Augustin Cochin: la teoria del giacobinismo', pp. 183-226).

⁵⁵ Secondo J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano*, cit., il «concetto di virtù venne usato nello scorcio del Seicento e per tutto il Settecento per costruire una critica alle emergenti tendenze individualistiche e liberistiche della società commerciale» (*Ivi*, vol. I, p. 23).

2.1.2. Denunciando gli effetti morali e politici della civilizzazione sia nel *Discorso sulle scienze e sulle arti* sia nel *Discorso sull'origine della disuguaglianza tra gli uomini*, Rousseau si mostra convinto che i mali dell'uomo in società non derivino dalla sua natura malvagia, bensì dalla società stessa. La ricostruzione rousseauiana dell'evoluzione dell'uomo naturale dalla bontà originaria alla corruzione e alla depravazione cui l'ordine civile e politico lo ha condannato consente di individuare proprio in quest'ordine il luogo di un dramma sociale in cui tutti e ciascuno sono coinvolti. A fronte della tesi, ripetutamente affermata da Rousseau, della bontà naturale dell'uomo, è convincente l'interpretazione di Ernst Cassirer secondo la quale «il punto centrale del pensiero di Rousseau» è costituito dalla sua originale soluzione del problema della teodicea⁵⁶. Secondo Cassirer «ciò che, malgrado il suo puro e profondo pathos religioso, stacca una volta per sempre Rousseau da tutte le forme tradizionali di fede, è la risolutezza con cui egli rigetta l'idea di una colpa originaria dell'uomo»⁵⁷, l'idea del peccato originale come fonte di ogni male. La convinzione fondamentale del male radicale della natura umana, comune alla dottrina cattolica e a quella protestante, trova in Rousseau un nemico inesorabile e pericoloso. Non imputando a Dio la responsabilità per il male esistente nel mondo («Tutto è bene uscendo dalle mani dell'Autore delle cose – scrive Rousseau nell'incipit del Libro I dell'*Emilio* – tutto degenera fra le mani dell'uomo»⁵⁸) e non rintracciando neppure nella natura umana la radice del male, Rousseau ne individua l'origine in un punto dove mai fino ad allora era stata cercata. La novità della soluzione di Rousseau al problema della teodicea consiste «nell'aver in certo qual modo creato un nuovo soggetto della responsabilità e dell'imputabilità» e questo soggetto non è l'uomo singolo, bensì la società civilizzata in quanto fondata sulla opposizione di essere e apparire, sulla sostituzione dell'*amor propre* all'*amor de soi*, sulle molteplici disuguaglianze morali e politiche. Posto il problema del male su un piano interamente nuovo, non quello trascendente della metafisica e della teologia ma quello immanente dell'etica e della politica, l'obiettivo di Rousseau è rigenerare l'uomo correggendo radicalmente il corso corrotto della storia. Anche Rousseau fa il proprio racconto della 'caduta' dell'uomo. Anche Rousseau ammette una 'cacciata' dell'uomo dal paradiso dell'innocenza. Ma questa caduta e questa cacciata non si collocano all'inizio dei tempi, ma nella storia della civiltà, ed è nella storia che l'uomo ha la possibilità di redimersi. Il fine che Rousseau si propone di raggiungere

⁵⁶ E. Cassirer, *Il problema Gian Giacomo Rousseau* (1932), in E. Cassirer - R. Darnton - J. Starobinski, *Tre letture di Rousseau*, cit., pp. 3-91 (: p. 38).

⁵⁷ *Ivi*, p. 40.

⁵⁸ J.-J. Rousseau, *Opere*, Milano, Sansoni, 1993, p. 350.

nel *Contratto sociale* è la liberazione dell'uomo dalle 'ferree catene' che lo degradano, il ripristino dell'uguaglianza e la creazione di «una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso»⁵⁹. La soluzione del tradizionale problema della teodicea sembra coincidere con la costruzione dell'ordine politico giusto e il luogo di una possibile salvezza dell'uomo spostarsi dal piano trascendente a quello immanente, dall'eternità alla storia. Se è corretto sintetizzare la lettura di Ernst Cassirer nell'affermazione, che egli tuttavia non fa esplicitamente, secondo la quale in Rousseau la soluzione al problema del male è una soluzione politica, allora questa lettura è compatibile con quella fatta nel 1951 da Jakob Talmon, il quale, per altre ragioni, in particolare a causa della fumosa dottrina della volontà generale, individua in Rousseau il primo teorico della democrazia totalitaria ed un rappresentante del messianismo politico che ha nella filosofia del XVIII secolo le proprie origini. «Il pensiero democratico totalitario (...) si basa sull'asserzione di una sola ed assoluta verità politica. Esso può essere definito messianismo politico in quanto postula un insieme di cose preordinato, armonioso e perfetto, verso il quale gli uomini sono irresistibilmente spinti e al quale devono necessariamente giungere, e riconosce infine un solo piano di esistenza, la politica. Tale orientamento estende l'ambito della politica sino ad abbracciare l'intera sfera dell'esistenza umana»⁶⁰. Nato nel XVIII secolo in concomitanza con la concezione liberale della politica, il messianismo politico è una religione secolare: la coesistenza della democrazia liberale e della moderna religione laica della democrazia totalitaria viene paragonata alla relazione che intercorre tra la Chiesa di Roma e i vari movimenti - riformatori, escatologici, chiliastici - che esplodono come sporadiche fiammate nel seno della cristianità. Non la fede, ma la ragione e la volontà sono gli strumenti con i quali, per il messianismo politico, l'uomo può soddisfare le proprie aspirazioni a raggiungere la felicità sulla terra attraverso una radicale trasformazione sociale. La dimensione della realizzazione di queste ambiziose aspirazioni è temporale, ma le aspirazioni sono assolute. Talmon, che legge il *Contratto sociale* alla luce, per certi aspetti deformante⁶¹, degli eventi dell'«improvvisazione giacobina»⁶² e del Terrore, individua in Rousseau il punto d'inizio del totalitarismo di sinistra - razionalista,

⁵⁹ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 21.

⁶⁰ J. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 8.

⁶¹ Cfr. *supra* nota 49.

⁶² J. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, cit., «L'improvvisazione giacobina» è il titolo della seconda parte del libro.

individualista e atomistico - , distinto, perciò, da quello di destra che si richiama ad entità collettive organiche fondate sulla razza e sulla storia.

Accomunati da «un'analogia vena paranoica», Rousseau, Robespierre, Saint-Just e Babeuf sono per Talmon i «rappresentanti dell'orientamento totalitario-messianico» della democrazia moderna⁶³. Le critiche di Talmon investono i concetti rousseauiani di sovranità e volontà generale. Nel *Contratto sociale* la sovranità non è concepita come l'interazione degli interessi dei cittadini, il punto di equilibrio tra molteplici opinioni tutte ugualmente degne di essere manifestate, il compromesso – certo non semplice e non immediato – tra quelle opinioni e quegli interessi contrastanti. La sovranità, ovvero la *volonté générale*, consiste nella convalida di una verità esistente a prescindere dal fatto di essere effettivamente saputa e voluta da un qualche soggetto, una verità che richiede, nel voto, l'autoidentificazione da parte di coloro che esercitano la sovranità – cioè la totalità dei membri del corpo politico – con un bene comune che si presume sia la condizione di tutti gli identici interessi individuali. La volontà generale - che deve essere scoperta dall'intelletto umano, il quale, dopo averla scoperta, non può rifiutarsi di accettarla - è qualcosa di simile a una verità matematica o a un'idea platonica avente una sua propria esistenza oggettiva, sia che venga sia che non venga percepita dalle volontà individuali. Distinguendo tra *volonté générale* e *volonté de tous* (la prima guarda soltanto all'interesse comune; la seconda, che è una mera somma di volontà particolari, all'interesse privato) Rousseau, in effetti, dà adito a questa lettura.

La molteplicità di letture divergenti a cui si presta il pensiero politico di Rousseau suggerisce la necessità di partire dall'esposizione e dalla discussione di alcuni punti critici presenti nelle opere del Ginevrino per preparare la strada ad ogni successiva riflessione sulla democrazia moderna.

2.1.3. Il *Contratto sociale* è una breve opera divisa in quattro libri: il primo è dedicato al patto sociale; il secondo al sovrano; il terzo al governo; il quarto al mantenimento dello Stato. Per fondare l'ordine politico giusto Rousseau fa ricorso, come già Hobbes e Locke, allo strumento tipico della tradizione giusnaturalistica, il patto o contratto. La fondazione convenzionale dell'ordine politico è però una condizione necessaria, ma non sufficiente della sua legittimità. Rousseau, adottando un modello non binario (stato di natura/stato civile) ma ternario (stato di natura/stato civile storico e iniquo/stato civile delineato nel *Contratto sociale*), si serve della teoria del contratto non per legittimare un potere esistente (come quello del

⁶³ *Ivi*, p. 59.

sovrano assoluto che le teorie giusnaturaliste del Seicento rafforzarono in un periodo in cui il diritto creato dal sovrano tendeva a sostituirsi al diritto consuetudinario) di fronte ad altri poteri tradizionali e concorrenti, bensì in primo luogo per delegittimare le società storiche denunciandone le ingiustizie, in secondo luogo per correggere, rivoluzionando la storia e rifacendo l'uomo, il corso corrotto della civiltà⁶⁴. Nel *Discorso sull'origine della disuguaglianza tra gli uomini*, Rousseau ha infatti mostrato come all'«origine della società e delle leggi, che diedero nuove pastoie al debole e nuove forze al ricco» vi sia un patto iniquo, stipulato con l'inganno tra ricchi e poveri, a vantaggio dei primi e a detrimento dei secondi⁶⁵. Il patto sociale a cui pensa Rousseau provoca un passaggio repentino, istantaneo, dalla condizione 'privata' alla condizione 'politica' che dà luogo alla nascita del «*moi commune*»: una «persona pubblica» che «prende un tempo il nome di città e prende oggi quello di repubblica». I diversi nomi riferibili ad essa non fanno che indicarne, secondo Rousseau, aspetti diversi ribadendone l'unità ontologica: popolo, Sovrano, Stato, Potenza, Repubblica sono nomi per una comunità che nasce ed esiste grazie al medesimo movimento che include i soggetti nel corpo e li rende obbedienti alla sua volontà.

Il principio della sovranità popolare è il concetto fondamentale del *Contratto sociale*, della Rivoluzione francese e della democrazia costituzionale moderna⁶⁶. Questo concetto è stato creato trasferendo la sovranità assoluta dal re al popolo o alla nazione: il «*tournant rousseauiste*»⁶⁷ costituisce il momento teorico di questo trasferimento, la Rivoluzione francese il momento pratico. Rielaborando a due secoli di distanza dalla pubblicazione dei *Six livres sur la République* il concetto fondamentale che «sorregge l'intera opera di Bodin» e costituisce «la prima grande idea che sta alla base della costituzione dei moderni», ovvero il concetto di sovranità, Rousseau porta a compimento il moderno

⁶⁴ «Chi - come il grande legislatore, scrive Rousseau nel *Contratto sociale* - affronta l'impresa di dare istituzioni ad un popolo deve, per così dire, sentirsi in grado di cambiare la natura umana; di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in qualche modo, la vita e l'essere; di alterare la costituzione dell'uomo per rafforzarla; di sostituire un'esistenza parziale e morale all'esistenza fisica e indipendente che tutti abbiamo ricevuto dalla natura» (Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 57, Libro II, capitolo VII, 'Del legislatore').

⁶⁵ J.J. Rousseau, *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza*, in Id, *Opere*, Milano, Sansoni, 1993, p. 67.

⁶⁶ Cfr. K.-M. Baker, *Sovranità*, in Furet - Ozouf, *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., p. 796-808.

⁶⁷ Y.Ch. Zarka, *Le tournant rousseauiste ou la réinvention de la souveraineté du peuple*, in G.M. Cazzaniga - Y.Ch. Zarka (a cura di), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pise-Paris, Ets-Vrin, 2001, I, pp. 287-302.

individualismo e l'assolutismo giuridico e politico in un discorso filosofico-politico in cui la teoria del contratto viene coniugata con gli ideali e i valori del repubblicanesimo⁶⁸. Tra il cittadino-suddito e lo Stato non vi sono più corpi intermedi né volontà particolari; non restano che la volontà degli individui e quella, generale, del corpo politico per eccellenza, lo Stato, che si esprime attraverso leggi generali ed astratte. Concentrandosi sulla sovranità come potere di fare le leggi, Rousseau trascura gli altri attributi della sovranità, dettagliatamente elencati, invece, da Bodin⁶⁹. L'identificazione di sovranità e potere legislativo è portata alle estreme conseguenze da Rousseau mediante il concetto di *volonté générale*, in base al quale il sovrano può fare solo e soltanto leggi generali ed astratte e non certo decreti individuali. L'elemento più originale della trattazione della sovranità fatta da Rousseau nel *Contratto sociale* è la connessione che lega la sovranità alla libertà e all'uguaglianza dei soggetti. Prima dell'identificazione rousseauiana tra sovranità del corpo politico e volontà generale, il concetto di sovranità era sempre stato legato dai suoi teorici ed interpreti all'idea della forza, della potenza o del comando, e riguardava il potere dei re sui propri sudditi - comunque questo potere fosse stato acquisito - piuttosto che la libertà dei cittadini⁷⁰. Per Rousseau, al contrario, il concetto di sovranità è costruito in modo essenziale a partire dal principio di uguaglianza in un duplice senso: come uguaglianza orizzontale tra i cittadini-sudditi - tutti i cittadini-sudditi sono uguali - , e come uguaglianza verticale tra sovrano e corpo politico - il sovrano coincide con l'intero corpo politico poiché è l'unione dei cittadini-sudditi a detenere la suprema autorità, facendo, in tal modo, venire meno l'immagine stessa della verticalità del potere. Il concetto di sovranità è costruito, del resto, sul concetto di libertà come autonomia: «l'obbedienza alla legge che ci siamo prescritti è libertà»⁷¹. La definizione di Rousseau, insieme a quella di Montesquieu, è una delle più celebri definizioni della libertà politica che siano state date nel Settecento. Montesquieu, nel capitolo 3 del libro XI - 'Che cos'è la libertà?' - dello *Spirito delle leggi* scrive: «La libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono». La dottrina liberale, di cui il Presidente è uno dei capostipiti, considera la libertà in funzione dell'individuo singolo; la dottrina democratica della libertà, che ha in Rousseau il proprio padre nobile, la considera, invece, in funzione

⁶⁸ M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 77.

⁶⁹ Si tratta del potere di: decidere sulla guerra e sulla pace, nominare gli ufficiali e i magistrati, battere moneta, levar taglie, concedere grazia e giudicare in ultima istanza.

⁷⁰ Cfr. N. Matteucci, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 81-99.

⁷¹ J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 29 (Libro I, capitolo VIII 'Dello Stato civile').

dell'individuo in quanto membro del corpo politico e ritiene perciò che la formazione della volontà generale sia il problema fondamentale della libertà intesa come autodeterminazione collettiva. In realtà il concetto di libertà in Rousseau è più complesso perché si articola su piani diversi dell'esistenza. In sintesi si può affermare che la libertà del soggetto coincide per Rousseau con l'indipendenza e ciò è vero da più punti di vista. Dal punto di vista psicologico la libertà consiste nell'equilibrio tra desideri e bisogni: è la libertà che l'uomo naturale sperimenta quando non dipende da nessun altro per la soddisfazione dei propri bisogni elementari e questi stessi bisogni, nello stato di natura, non sono stati ancora artificiosamente moltiplicati dalla vita in società che crea simboli di status e disuguaglianze sociali e morali. Dal punto di vista economico coincide con l'autarchia, cioè con l'indipendenza della comunità politica dai mercati esteri per la produzione del fabbisogno interno di qualunque tipo di beni, in primo luogo quelli della terra: la libertà, in economia, porta a favorire l'agricoltura rispetto al commercio⁷². Dal punto di vista politico, infine, coincide con l'autonomia, cioè con l'esercizio diretto della sovranità popolare, nel rispetto del principio che tutti devono partecipare alla formazione della legge, poiché si è liberi solo se si obbedisce alla legge a cui si è dato il proprio assenso (o a cui la maggioranza ha dato il proprio assenso). In Rousseau la libertà, prima che col potere, ha a che fare col bisogno: non è libertà dal potere, bensì è libertà dal bisogno, anzi, per meglio dire, è libertà dal bisogno attraverso il potere. Nella tradizione moderna del repubblicanesimo da Machiavelli fino a Rousseau, non si concepisce ancora l'esigenza di garanzie contro lo Stato, ma solo contro la dipendenza personale: la libertà è libertà 'non dominata', è

⁷² Nel *Contratto sociale* Rousseau sentenzia: «La parola finanza è una parola da schiavi; è sconosciuta in uno Stato libero. In uno Stato veramente libero i cittadini fanno tutto con le loro mani e nulla col denaro: anziché pagare per esimersi dai loro doveri, pagherebbero per adempierli di persona. Io sono molto lontano dalle idee correnti: credo le *corvées* meno contrarie alla libertà che non le tasse» (*Contratto sociale*, cit., p. 137, Libro III, capitolo 15 'Dei deputati o rappresentanti'). Inoltre, con il suo *Progetto di costituzione per la Corsica* Rousseau intende, se non fermare il tempo, quanto meno rallentare il corso della civilizzazione per prolungare il più possibile quello stadio felice nel quale gli isolani si trovano. Incitando i Corsi a contrastare ogni forma di progresso e a frenare lo sviluppo economico, Rousseau esalta il valore dell'autarchia. Ostile al commercio e all'accumulazione di ricchezze, favorevole invece alle attività economiche che consentono di conservare un tipo di società tradizionale, Rousseau scrive nel *Progetto di costituzione per la Corsica*: «Chiunque dipende dagli altri e non trova le proprie risorse in se stesso, non può essere in grado di essere libero. (...) L'unica maniera di garantire ad uno Stato la sua indipendenza dagli altri è l'agricoltura. (...) Il Commercio produce ricchezza, ma l'agricoltura assicura la libertà. Si potrà ribattere che sarebbe meglio avere l'una e l'altra insieme, ma esse sono incompatibili» (J.-J. Rousseau, *Opere*, cit., pp. 716-718).

libertà come assenza di dominio⁷³. Una plausibile spiegazione dell'ottimismo potestativo di Rousseau può risiedere nel fatto che, durante l'*Ancien Régime*, anzi - a dire il vero - per millenni, le minacce alla libertà individuale e gli innumerevoli motivi a fondamento delle disuguaglianze non provenivano dal governo, ma dalla miriade di poteri domestici, feudali, signorili, religiosi, che si spartivano il controllo della vita dell'uomo.

Dal punto di vista della teoria generale del diritto, libertà come ciò che è permesso (proto-liberalismo di Montesquieu) e libertà come auto-obbligazione (concezione repubblicana e democratica di Rousseau) sono due concetti alternativi di libertà che differiscono tra loro tanto quanto i termini contraddittori 'permesso' e 'obbligatorio'⁷⁴. È su questo terreno - la visione ottimistica della sovranità coniugata con l'immagine corporatista del popolo - che si radica un orientamento caratteristico non solo del *Contratto sociale*, ma dei dibattiti e della pubblicistica rivoluzionaria in genere⁷⁵: l'ingenua fiducia nel potere e nella legge e la disattenzione mostrata nei confronti delle garanzie, nei confronti, cioè, di quei meccanismi giuridico-istituzionali capaci di rendere effettive le libertà solennemente dichiarate, proteggendole dalle invadenze del potere. In Rousseau ottimismo potestativo e disinteresse normativo-costituzionale convergono nell'affermazione che il corpo non può nuocere ai suoi membri perché le tentazioni arbitrarie o dispotiche del potere sono bloccate alla radice dalla natura stessa del portatore della sovranità e dal postulato dell'infallibilità della volontà generale. Fondando l'assolutezza del potere, l'identità dei sudditi e del sovrano rende del tutto inutile la predisposizione di meccanismi volti a garantire i diritti dei cittadini dagli abusi eventualmente perpetrati dal potere attraverso lo strumento della legge. «Ora, il sovrano, essendo formato solo dei privati che lo compongono, non ha né può avere interessi contrari ai loro, e quindi il potere sovrano non ha alcun bisogno di garanzie verso i

⁷³ La concezione della libertà garantita da leggi (repubblicanesimo di Machiavelli) e la concezione della libertà come assenza di leggi (Hobbes) sono le matrici - sostiene M. Barberis, in *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 63 ss. - di gran parte delle concezioni moderne della libertà e delle stesse concezioni liberali (le quali presuppongono l'esistenza dello Stato). Rousseau, come i sostenitori repubblicani della libertà garantita da leggi, pensa che il problema della dipendenza personale possa risolversi facendo partecipare ogni cittadino alla legislazione, rendendolo quindi autonomo, cioè, nel senso etimologico del termine, legislatore di se stesso. In realtà, però, vi è in Rousseau anche un'altra garanzia della libertà dell'individuo, forse più importante della precedente: essa consiste nel principio della generalità ed astrattezza delle leggi.

⁷⁴ Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, pp. 40-43; M. Barberis, *Libertà*, cit.

⁷⁵ Un'illustre eccezione è costituita, come si mostrerà in seguito, da un discorso di Sieyès alla Convenzione nazionale, quello del 18 termidoro dell'anno III (testo n. 38 raccolto in J.E. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, vol. II, cit.).

sudditi, perché è impossibile che il corpo voglia nuocere ai suoi membri, e, come presto vedremo, non può nuocere ad alcuno in particolare. Il Sovrano, per il solo fatto di essere, è sempre tutto ciò che deve essere»⁷⁶. Pietro Costa insiste sul ruolo svolto in Rousseau dalla «soggiacente metafora corporatista» che - mediando il passaggio dalla pluralità all'unità, e, viceversa, dal corpo politico nella sua interezza ai singoli soggetti - permette di valorizzare la solidarietà delle parti e rende inutile ogni precauzione 'garantistica'. È solo all'interno della cornice della città e del corpo sovrano che si pone per Rousseau il problema del soggetto e dei suoi diritti: egli presenta il soggetto come consustanziale alla comunità, parte indivisibile del tutto, membro del corpo politico. È il corpo, dunque, che si occupa e si preoccupa della conservazione del singolo. «L'assolutismo della sovranità rousseauiana non sarebbe adeguatamente compreso senza tener conto del *pathos* corporatista che la caratterizza»⁷⁷.

Si conferma quindi anche in Rousseau quella difficoltà di porre limiti al potere sovrano, che già era presente in Hobbes⁷⁸. Anche quando il problema dei diritti dei cittadini di fronte al sovrano viene esplicitamente trattato, la conclusione è sempre nel senso dell'esistenza di un unico limite al potere sovrano, che consiste nel dovere del sovrano di mantenere integro il carattere generale della sua volontà⁷⁹. Si tratta dunque di un limite non esterno rispetto alla legge, bensì tutto interno ad essa.

D'altra parte si cercherebbe invano nel *Contratto sociale* di Rousseau l'idea di 'costituzione' come dimensione del limite e della garanzia. Il concetto stesso di 'costituzione' non trova spazio nell'economia dell'opera. «È contrario alla natura del corpo politico che il Sovrano si imponga una legge che non può violare (...) di qui si vede come non vi sia e non possa esservi nessuna specie di legge fondamentale obbligatoria per il corpo del popolo, nemmeno il contratto sociale»⁸⁰.

2.1.4. Dal punto di vista delle teorie politico-costituzionali la situazione dell'ultimo quarto del XVIII secolo può essere descritta come la competizione tra la tradizione costituzionalistica del potere limitato e la nascente pretesa di rimettere in discussione *ab imis fundamentis* l'ordine politico a partire dal popolo, definito senza esitazioni da Rousseau

⁷⁶ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit. Libro I, capitolo VII, p. 25.

⁷⁷ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, cit., pp. 516-518.

⁷⁸ M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 84.

⁷⁹ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., Libro II, Capitolo IV 'Dei limiti del potere sovrano', pp. 41-47.

⁸⁰ *Ivi*, p. 25 (Libro I, capitolo VII 'Del sovrano').

sovrano⁸¹. Dalla voce *Autorità politica* redatta da Diderot e pubblicata nel primo volume della *Encyclopedie*, dato alle stampe nel 1751, si apprende che nel XVIII secolo la nozione centrale della filosofia politica non era ancora quella della sovranità popolare nata dal contratto degli individui uguali tra loro – idea che sarebbe stata consacrata un decennio più tardi da Rousseau – bensì quella, risalente all'età medievale e riconducibile alla tradizione del costituzionalismo (si pensi alla *Magna Charta libertatum* del 1215 e agli *Herrschaftsverträge* tra cui spicca la Convenzione di Tubinga del 1514), del contratto tra il principe e il popolo o singoli gruppi di sottoposti secondo la massima canonistica *'quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet'*⁸². Dalla riflessione di Diderot, tesa a dimostrare che «il vero e legittimo potere ha necessariamente dei limiti», derivanti dal fatto che il principe non può «cassare l'atto o il contratto» che sta a fondamento della sua autorità, emerge che il contratto di cui il *philosophe* parla sembra avvicinarsi più che al contratto del giusnaturalismo sei-settecentesco al contratto delle teorie monarcomache, volto a limitare il potere del principe e a rivendicare - con l'esercizio, se necessario, del diritto di resistenza - la libertà del popolo contro le pretese di un monarca fattosi tiranno. Invitando alla massima cautela nel ricorso al diritto di resistenza, Diderot aggiungeva che in base alla logica bilaterale del contratto neppure il popolo aveva il diritto di disporre del contratto medesimo e di disconoscere l'autorità costituita del principe. Il contratto era vincolante per entrambe le parti contraenti e doveva fungere da limite sia agli arbitri del principe sia alle irragionevoli pretese del popolo⁸³.

Non è un caso che Rousseau per affermare la sovranità popolare e distinguere le competenze del sovrano, che detiene il potere legislativo, da quelle del Principe o governo, che si limita ad eseguire la volontà del sovrano, debba confutare esplicitamente le tesi di coloro che ritengono che tra popolo e governo sia stipulato un contratto, un *pactum subjectionis* che

⁸¹ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 101.

⁸² Cfr. G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 25-31. Nello Stato per ceti del Medioevo, quando l'ordine giuridico occupava una posizione di preminenza su qualsiasi potere signorile ed anche il re vi si doveva sottomettere, i doveri dei sudditi non consistevano tanto nell'obbedienza al principe, quanto nella fedeltà e nell'aiuto. In questa cornice politica il riconoscimento contrattuale di privilegi e diritti cetuali di libertà nasceva dalla resistenza di singoli gruppi di sottoposti alle pretese crescenti del potere signorile. Aderendo alla tesi di Otto Hintze, Oestreich ritiene che «i contratti dello Stato per ceti siano stati in un certo senso gli anticipatori e i precursori dei diritti pubblici dei sudditi, fondati abitualmente sul solo diritto di natura» (*Ivi*, p. 25).

⁸³ D. Diderot, *Autorité politique*, in *Encyclopedie*, 1751, vol. I, trad. it. in Id., *Scritti politici*, a cura di Furio Diaz, Torino, Einaudi, 1967, pp. 503 ss.

vincola entrambe le parti al rispetto delle condizioni stabilite. La visione tendenzialmente negativa del popolo, considerato sedizioso e irragionevole e spesso indicato negli scritti politici dei filosofi illuministi con termini spregiativi quali *populace* o *canaille*, scompare del tutto in Rousseau che fa del popolo, identificato col corpo politico nella sua interezza, il sovrano e del governo un'istituzione, voluta dal sovrano e a lui subordinata, che deve limitarsi ad eseguirne la volontà. Come nel corpo umano pensiero e volontà risiedono nella mente mentre forza, movimento ed azione negli arti, così avviene nel corpo politico: «il corpo politico ha gli stessi motori [del corpo umano]: vi si distinguono del pari forza e volontà, questa sotto il nome di potere legislativo, quella sotto il nome di potere esecutivo»⁸⁴. Le affermazioni contenute nel primo capitolo 'Del governo in generale' del Libro III del *Contratto sociale* sono chiare: «Cos'è dunque il governo? Un corpo intermedio stabilito tra i sudditi e il sovrano per la loro reciproca corrispondenza e incaricato dell'esecuzione delle leggi e della conservazione della libertà tanto civile che politica. I membri di questo corpo si chiamano magistrati o re, cioè governatori, e l'intero corpo prende il nome di Principe. Quindi chi pretende che l'atto con cui un popolo si sottomette a dei capi non sia un contratto ha pienamente ragione. (...) Chiamo dunque governo o amministrazione suprema l'esercizio del potere esecutivo»⁸⁵. Tuttavia, dopo la trattazione delle forme di governo (democrazia, aristocrazia, monarchia, governo misto), degli abusi che il governo tende a commettere ai danni del sovrano, della questione dei deputati o rappresentanti, Rousseau sente il bisogno di tornare in ben tre capitoli successivi – il XVI, il XVII e il XVIII, cioè gli ultimi del Libro III - sul tema dell'istituzione del governo per escludere che questa possa avvenire per via contrattuale e per precisare che solo «un atto complesso», composto di altri due atti - una legge e l'esecuzione della stessa - può insediare un governo. E l'autore di quest'atto complesso non può che essere il sovrano, cioè il popolo, nell'esercizio del potere legislativo. «Da questi chiarimenti risulta (...) che l'atto istitutivo del governo non è un contratto, ma una legge; che i depositari del potere esecutivo non sono i padroni del popolo, ma i suoi funzionari, e il popolo può assumerli e destituirli quando meglio crede; che, per loro, non è questione di contrarre ma di obbedire, e che, incaricandosi delle funzioni imposte dallo Sto si limitano a compiere il loro dovere di cittadini, senza nessun diritto di discuterne le condizioni. Quando dunque accade che il popolo istituisca un governo ereditario, sia monarchico, attribuendolo ad una famiglia, sia aristocratico, attribuendolo a

⁸⁴ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., Libro III, Capitolo I, p. 81.

⁸⁵ *Ivi*, p. 83.

un ordine di cittadini, non è un impegno che assume; è una forma provvisoria che dà all'amministrazione, fino a che non ritenga opportuno di ordinarla diversamente. È vero che si tratta di mutamenti rischiosi, e che non bisogna mai toccare il governo stabilito se non quando divenga incompatibile col bene pubblico; ma questa circospezione è una massima di politica, non una norma di diritto, e lo Stato non è obbligato a lasciare l'autorità civile ai suoi capi, più di quanto lo sia a lasciare l'autorità militare ai suoi generali»⁸⁶. Simili affermazioni fecero, comprensibilmente, scandalo. La condanna del *Contratto sociale* da parte del Procuratore generale di Ginevra che mise all'indice l'opera di Rousseau viene argomentata in questi termini: «Le leggi costitutive di tutti i governi gli paiono sempre revocabili, non riconosce alcun impegno reciproco fra governanti e governati; i primi gli paiono solo gli strumenti che i popoli possono sempre cambiare o distruggere a loro piacere. Egli suppone che le volontà generali del popolo siano altrettanto instabili delle volontà particolari dei singoli e, partendo dal principio che la volontà delle nazioni, come quella degli individui, per sua natura è mutevole e indistruttibile e non può vincolare se stessa considera tutte le forme di governo come forme provvisorie, come tentativi che possono sempre essere modificati». Uno dei punti del *Contratto sociale* che hanno motivato la condanna dell'opera da parte del Procuratore generale di Ginevra merita in particolare di essere riportato perché ha attirato l'attenzione anche di Carl Schmitt, il quale, in *Legalità e legittimità* del 1932, si è esplicitamente richiamato al Ginevrino nella trattazione del popolo come 'legislatore straordinario' previsto dalla Costituzione di Weimar in base all'articolo della costituzione che norma il referendum popolare e le leggi di iniziativa popolare⁸⁷. Nel III libro del *Contratto sociale*, dopo aver denunciato che ogni governo «esercita uno sforzo continuo contro la sovranità»⁸⁸ e, abusando del proprio potere, tende a degenerare, Rousseau prima manifesta la necessità che oltre alle assemblee straordinarie del popolo ve ne siano di fisse e periodiche in cui il popolo sia convocato per legge in modo legittimo, poi fornisce una descrizione suggestiva del popolo nel momento esatto della sua presenza fisica 'di fronte' alle istituzioni, quando, cioè, riunito in assemblea, si erge come sovrano di fronte al governo: «Nel momento stesso in cui il popolo è legittimamente riunito in corpo sovrano ogni giurisdizione del governo cessa, il potere esecutivo è sospeso e la persona dell'ultimo dei cittadini è altrettanto sacra e inviolabile quanto quella del più alto magistrato; perché

⁸⁶ *Ivi*, pp. 146-147.

⁸⁷ C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 314.

⁸⁸ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 125 (Libro III, capitolo 10 'Dell'abuso del governo e della sua tendenza a degenerare').

dove c'è il rappresentato non c'è più il rappresentante (*parce qu'ou se trouve le Représenté, il n'y a plus de Représentant*). La maggior parte dei tumulti che si ebbero a Roma durante i comizi derivarono dall'aver ignorato o trascurato questa regola. I consoli a quell'epoca erano solo i presidenti del popolo, i tribuni semplici oratori, il senato nulla del tutto. Queste pause sospensive in cui il principe riconosce o deve riconoscere un superiore in atto (*le Prince reconnoit ou doit reconnoitre un supérieur actuel*) sono state sempre temibili per lui, e queste assemblee popolari che costituiscono l'egida del corpo politico e il freno del governo, sono state in ogni tempo il terrore dei capi»⁸⁹. Rousseau immagina una soluzione di continuità nella durata legale delle istituzioni in carica in concomitanza con le assemblee periodiche del popolo sovrano. Adoperando in modo improprio i termini rappresentante/rappresentato per designare governo e popolo, Rousseau vuole suggerire che la presenza del popolo è sufficiente, in quanto il popolo è il sovrano, a determinare l'immediata sospensione del governo da ogni potere. Come nella concezione del diritto pubblico della Roma repubblicana, al cui esempio Rousseau si richiama, il *populus* è il *non magistratus*: in occasione dei comizi, *populus* e *magistratus* sono immaginati dal ginevrino come giustapposti o addirittura contrapposti l'uno all'altro.

Il Procuratore di Ginevra, allarmato, dichiara nel suo documento di condanna: l'autore del *Contratto sociale* «non conosce altri mezzi per prevenire le usurpazioni che quello di fissare delle assemblee periodiche durante le quali il governo è sospeso e dove, senza bisogno d'una formale convocazione, viene discusso separatamente e a maggioranza di voti se siano da conservare la forma di governo ricevuta e i magistrati in carica»⁹⁰.

2.1.5. Scontrandosi col problema del comando e dell'obbedienza e chiedendosi come possano conciliarsi obbedienza ed autonomia, come cioè la cittadinanza e la sudditanza – alla legge del sovrano – possano essere dimensioni non contraddittorie del soggetto⁹¹, Rousseau si allontana bruscamente dalla tradizione della rappresentanza condannando lo stesso principio rappresentativo, che occupa, invece, un posto assolutamente centrale nella quasi totalità delle moderne dottrine giusnaturalistiche del

⁸⁹ *Ivi*, p. 135 (Libro III, capitolo 14 'Continuazione').

⁹⁰ Da *Conclusioni del Procuratore generale sui due libri intitolati Il contratto sociale e Sull'educazione*, in appendice a J.-J. Rousseau, *Il Contratto sociale*, con un saggio introduttivo di Robert Derathé, Torino, Einaudi, 1994, pp. 187-191 (:188).

⁹¹ «L'essenza del corpo politico è nell'accordo tra obbedienza e libertà, e le parole suddito e sovrano sono correlazioni identiche la cui idea si raccoglie sotto l'unica parola cittadino» (J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 133, Libro III, capitolo 13).

contratto. Il rifiuto di servirsi della rappresentanza politica per risolvere il dilemma dell'autonomia e della soggezione è una conseguenza obbligata del discorso rousseauiano della cittadinanza. La rappresentanza presuppone, secondo il ginevrino, una differenza fra le parti politiche ed esiste storicamente allo scopo di tentare una loro ricomposizione: è appunto la condizione della differenza che viene esclusa nell'impostazione strettamente monistica di Rousseau. Se il popolo è il sovrano, se i cittadini coincidono con la *civitas*, il comando e l'obbedienza non sono altro che momenti del rapporto del cittadino con se stesso, il quale riassume in sé la duplice condizione di membro del corpo sovrano e di suddito dello Stato. In *Storia e critica dell'opinione pubblica* Habermas afferma perciò che «Rousseau traccia l'idea non borghese di una società profondamente politica, nella quale la sfera autonoma privata, la società civile emancipata dallo Stato, non ha alcun posto»⁹².

La condanna rousseauina della rappresentanza non può essere compresa in pieno a prescindere dall'opposizione al mondo feudale e alla sua pratica della rappresentanza per ordini. Quando Rousseau afferma l'irrepresentabilità della sovranità e, escludendo che i deputati possano essere rappresentanti, afferma la natura commissaria del loro mandato, ha di fronte agli occhi il modello del Parlamento inglese, non tanto quello degli Stati generali della Francia d'*Ancien Régime* (gli Stati generali non si riunivano dal 1614 e i *Parlements judiciaires* non riuscirono mai ad assumere il ruolo di rappresentanti). Nel terzo libro del *Contratto sociale* l'idea di rappresentanza, correttamente riconosciuta come un'idea moderna che «ci viene dal governo feudale, iniquo e assurdo governo in cui la specie umana è degradata e il nome di uomo disonorato»⁹³, viene respinta come un'idea contraria alla libertà: «A cambiare in danaro le prestazioni personali sono le preoccupazioni del commercio e delle arti, l'avidio interesse di guadagno, la mollezza e l'amore delle comodità. Si cede una parte dei propri profitti per aumentarli più comodamente. Date danaro e presto avrete catene. (...) Il popolo inglese si crede libero, ma è in grave errore; è libero solo durante l'elezione dei membri del parlamento; appena avvenuta l'elezione, è schiavo; è niente. Nei suoi brevi momenti di libertà ne fa un uso per cui merita senz'altro di perderla»⁹⁴. Nelle *Considerazioni sul governo di Polonia*, la 'rappresentanza' viene, invece, ammessa a condizione che i 'rappresentanti' siano vincolati da mandati imperativi.

⁹² J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 112.

⁹³ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 139.

⁹⁴ J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., pp. 137-138 (Libro III, capitolo 15 'Dei deputati o rappresentanti').

Oltre alla critica della rappresentanza e all'assenza di ogni distinzione tra Stato e società, vi sono altre tre peculiarità della teoria politica di Rousseau, che ne fanno un pensatore estraneo alle tendenze fondamentali della politica moderna che si sarebbero manifestate con la Rivoluzione francese e avrebbero poi dominato l'Ottocento liberale: l'ostilità nei confronti della discussione pubblica; la preferenza accordata al voto all'unanimità (il principio maggioritario viene, certo, adottato nel *Contratto sociale* come conseguenza del patto d'unione, ma ad esso Rousseau preferisce l'accordo unanime dei cittadini); l'esigenza, infine, che non si formino all'interno dell'unico corpo del popolo sovranamente associazioni, fazioni, consorterie (l'idea di partito politico come strumento di partecipazione democratica è, comprensibilmente, del tutto assente in Rousseau) che riuniscano cittadini desiderosi di perseguire i propri interessi particolari. Perché la *volonté générale* sia riconosciuta e facilmente tradotta in leggi, Rousseau si spinge ad auspicare che i cittadini non comunichino affatto tra loro, ma al contrario meditino in solitudine sul bene comune prima di esprimere il proprio voto: «se, quando il popolo informato a sufficienza delibera, i cittadini non avessero alcuna comunicazione fra di loro, dal gran numero delle piccole differenze risulterebbe sempre la volontà generale e la deliberazione sarebbe sempre buona. Ma quando si formano delle consorterie, delle associazioni particolari alle spese di quella grande, la volontà di ciascuna di tali associazioni diviene generale in rapporto ai suoi membri e particolare rispetto allo Stato. (...) Per avere la schietta enunciazione della volontà generale è dunque importante che nello Stato non ci siano società parziali e che ogni cittadino pensi solo con la propria testa»⁹⁵. Una riflessione analoga nella quale è evidente la sfiducia nella discussione e la preferenza per il voto all'unanimità è svolta ripetutamente nell'ultimo libro del *Contratto sociale*: «quando il nodo sociale comincia ad allentarsi e lo Stato a indebolirsi, quando gli interessi particolari cominciano a farsi sentire e le piccole società cominciano a premere sulla grande, l'interesse comune si altera e trova degli oppositori; l'unanimità non regna più nei voti; la volontà generale non è più la volontà di tutti; sorgono contraddizioni, contese e il miglior parere non passa senza discussione»⁹⁶. E ancora: «quanto più accordo c'è nelle assemblee, ossia quanto più i pareri si accostano all'unanimità, tanto più anche si afferma il predominio della volontà generale; ma i lunghi dibattiti, i dissensi, il tumulto, rivelano il dilatarsi degli interessi particolari e il declino dello Stato»⁹⁷.

⁹⁵ *Ivi*, p. 41 (Libro II, capitolo 3 'Se la volontà generale possa sbagliare').

⁹⁶ *Ivi*, p. 153 (Libro IV, capitolo 1 'La volontà generale è indistruttibile').

⁹⁷ *Ivi*, p. 155 (Libro IV, capitolo 2 'Dei suffragi').

Riguardo quest'ultimo tema, che in parte riflette il permanere in Rousseau di un tema classico del pensiero repubblicano, in parte gli deriva dall'osservazione critica della struttura sociale della Francia d'*Ancien Régime*, sia consentita un'incursione sul terreno della concreta produzione legislativa dell'Assemblea costituente. La [legge Le Chapelier](#), approvata nel giugno del 1791 dall'Assemblea costituente e recante il nome del suo promotore, aboliva le corporazioni e l'apprendistato e introduceva un delitto di coalizione, penalmente perseguibile, abrogato solo nel 1864. La società d'*Ancien Régime*, considerata il prodotto dell'istituto legale del privilegio, era una società articolata in 'Stati' e cementata da una rigida struttura corporativa. Con l'argomento che il nuovo regime sorto dalla Rivoluzione aveva distrutto le antiche corporazioni e non poteva permetterne la formazione di nuove che si interponessero fra Stato e cittadini, la legge proibiva anche le associazioni di lavoratori ed il diritto di [sciopero](#), poiché a nessuno era consentito di ispirare ai cittadini un interesse particolare. Avvocato bretone eletto nel 1789 nelle fila del Terzo Stato, a partire dal 1791 Le Chapelier criticò del tutto conseguentemente anche i clubs, le sezioni e le società popolari di Parigi che, a suo parere, non avevano più ragione di esistere, dal momento che la missione di rigenerazione della nazione era terminata. Eppure, nella diffusa avversione per la società per ordini e nella conseguente esclusione della possibilità di ricostituire associazioni parziali di cittadini, è improbabile vedere un'influenza diretta di Rousseau. Per trarre un bilancio conclusivo del rapporto tra Rousseau e la Rivoluzione si può dire che alcuni principi o aspetti salienti emersi nel corso del decennio rivoluzionario mostrino effettivamente un'ascendenza rousseauiana: il concetto di legge come espressione della volontà generale, la subordinazione dell'esecutivo al legislativo, il principio della ratifica popolare delle leggi (principio – rivelatore della concezione referendaria della democrazia rousseauiana - contenuto nella costituzione, mai applicata, del 1793), la passione egualitaria, l'avversione per le associazioni particolari e le corporazioni. Ma sono state le opere letterarie, pedagogiche e morali di Rousseau – prima del 1789 l'*Emilio* e *La Nuova Eloisa* ebbero moltissime riedizioni, mentre il *Contratto sociale* riscosse un iniziale successo di lancio cui seguì una relativa indifferenza – più che le opere di teoria politica a fare del ginevrino un'autorità riconosciuta. Ci si può spingere a sostenere che non sia stato il *Contratto sociale* ad aprire la strada alla Rivoluzione, ma, al contrario, che sia stata la Rivoluzione a consentire, a posteriori, di dare una lettura rivoluzionaria del *Contratto sociale*. Il legame tra il concetto di 'alienazione totale' e il governo rivoluzionario, così come il legame tra la 'coazione alla libertà' e il Terrore del 1793-94, sono difficili da sostenere con solidi argomenti. Il governo rivoluzionario risponde direttamente alle

logiche di un Paese in guerra con il nemico esterno; d'altra parte il Terrore è, essenzialmente, un sistema di esclusione originato dall'applicazione dello schema del nemico alla politica interna. Ma l'invenzione del 'nemico interno' che ha aperto il 'vaso di Pandora' della Rivoluzione, non è un'invenzione di Rousseau, bensì di Sieyes.

2.2. Sieyes teorico della Rivoluzione e della costituzione

Lungi dall'essere l'autore di un singolo, brillante *pamphlet* rivoluzionario che ebbe un impatto formidabile ma momentaneo sul corso della Rivoluzione francese, l'abate Joseph Emmanuel Sieyes⁹⁸ elabora una complessa e coerente teoria politica liberale che abbraccia due momenti: una *pars destruens* costituita dalla teoria della rivoluzione e una *pars construens* rappresentata dalla sua teoria costituzionale. Nel pensiero politico di Sieyes emergono alcuni dei temi che resteranno centrali in ogni successivo discorso sulla democrazia costituzionale moderna e, in particolare, nella riflessione di Schmitt sulla Costituzione di Weimar. Si tratta del concetto di nazione, della

⁹⁸ Cfr. su Sieyes R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, 2 voll., réimpr. CNRS, 1962; P. Bastid, *Sieyes et sa pensée* (1939), 2^a ed. Paris, Hachette, 1970, réimpr. Genève, Slatkine, 1978; S. Moravia, *Il tramonto dell'illuminismo. Filosofia e politica nella società francese (1770-1810)*, Roma-Bari, Laterza, 1968; R. Zapperi, *Per la critica del concetto di rivoluzione borghese: la politica di Sieyes*, Bari, De Donato, 1974; M. Forsyth, *Reason and Revolution. The Political Thought of the Abbé Sieyes*, New York, Leicester University press, 1987; B. Baczkó, *Le contrat social des Français: Sieyes e Rousseau*, in K.M. Baker (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern political Culture. I*, cit., pp. 493-513; J.-D. Bredin, *Sieyes. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988; A. Coco, 'Parti national' et 'sociétés savantes': per un'analisi dei modelli preliminari in Sieyes, in V.I. Comparato (a cura di), *Modelli nella storia del pensiero politico. II. La rivoluzione francese e i modelli politici*, Firenze, Olschki, 1989, pp. 181-188; C. Larrère, *Sieyes. Le modèle démocratique du gouvernement représentatif*, ivi, pp. 189-217; M. de Moragas Spa, *Nation and Representation. E.J. Sieyes and the Theory of the State of the French Revolution*, Barcelona, Institut de Ciències Politiques i Socials, 1990; K.M. Baker, *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; M. Barberis, *L'ombra dello Stato. Sieyes e le origini rivoluzionarie dell'idea di nazione*, in «Il Politico», n. 159, 1991, pp. 509-531; M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995; F. Furet – R. Halévi, *La Monarchie républicaine. La constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996; P. Pasquino, *Sieyes et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998; L. Cedroni, *Il problema della rappresentanza politica nel dibattito rivoluzionario inglese, francese e americano. Burke, Sieyes e Madison a confronto*, Firenze, Istituto Universitario Europeo, 1999.

distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, della questione della rappresentanza (all'interno della quale vanno letti sia la contrapposizione tra governo rappresentativo e democrazia diretta, sia il dibattito sul veto regio dell'estate del 1789), del tema della revisione costituzionale e, infine, della proposta di istituire un *jurì constitutionnaire*.

2.2.1. Sono quattro i saggi che l'abate pubblica tra il 1788 e l'inizio del 1789 prima della riunione degli Stati generali: *l'Essai sur les privilèges*, le *Vues sur les moyens d'exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, *Qu'est-ce que le Tiers État?* e le *Deliberations à prendre dans les Assemblées de baillages*. In questi saggi Sieyes compie con lucida passione alcune scelte importanti. In primo luogo, separa con un taglio netto passato e futuro, tradizione e innovazione, storia e ragione sia in materia politico-costituzionale sia in materia socio-economica. Pronunciandosi a favore della netta discontinuità col passato, condanna ripetutamente la «tirannia dei secoli», le «gotiche leggende» e «lo spettacolo disgustoso dell'assurda feudalità o del fedele racconto delle istituzioni feroci dell'antica barbarie», ed esclude la possibilità di rinvenire fra «le rovine degli antichi edifici politici» i fondamenti e i principi sui quali costruire il nuovo ordinamento costituzionale della Francia⁹⁹. Distinguendosi in questo tanto da Rousseau quanto dai fisiocratici ed anticipando le riflessioni di Constant sulla distinzione tra libertà degli antichi e libertà dei moderni, Sieyes si pone in discontinuità col passato anche in materia socio-economica: ancor prima della pubblicazione di *Wealth of Nations* di Adam Smith, il giovane Sieyes si convince che sia il lavoro la vera fonte della ricchezza e attua perciò la sovrapposizione tra l'idea di nazione come titolare del potere costituente e quella concreta entità storica che è il Terzo Stato¹⁰⁰. In secondo luogo, individuato in quel soggetto collettivo formato da «venti milioni di cittadini» il titolare del potere costituente e il

⁹⁹ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, vol. I, cit., pp. 136-138.

¹⁰⁰ È stato Murray Forsyth, in *Reason and Revolution. The Political Thought of the Abbé Sieyes*, Leicester-New York, Leicester University Press, 1987, ad insistere sulla centralità della formazione di Sieyes in materia di economia politica per i successivi sviluppi del pensiero politico dell'abate. L'influenza di Quesnay e dei fisiocratici, di Turgot, di Condillac, di Smith sul giovane Sieyes – il periodo in questione è quello compreso tra il 1771 e il 1776 – è attentamente vagliata da Forsyth, il quale si concentra fin dall'inizio del suo studio sulla capacità di Sieyes, evidente già nei primi trattati, di 'combinare' i principi della nascente economia politica con quelli del costituzionalismo e di corroborare gli uni servendosi degli altri. Uno degli scopi di Sieyes è, secondo questa lettura, dimostrare che l'ordinamento politico e sociale esistente era non soltanto contrario ai principi di giustizia, ma anche dannoso per la produttività economica (si veda in particolare p. 19., pp. 48-57, pp. 79-80, p. 217).

fondamento di legittimità del nuovo ordine politico, afferma il nesso tra nazione e costituzione: piegando la teoria alla pratica e sfruttando abilmente la convocazione degli Stati generali, Sieyes riesce ad adattare la moderna teoria contrattualista di Hobbes, Locke e Rousseau alla situazione politica francese e a trasformarla in un progetto politico concretamente realizzabile. Infine, andando al di là dello stesso Burke – spesso considerato nel mondo anglosassone come colui che, col suo discorso agli elettori di Bristol del 1774, ha detto l’ultima parola sulla rappresentanza politica¹⁰¹ – giustifica la necessità del governo rappresentativo sia sottolineando l’enorme differenza tra il regime democratico adatto a piccole comunità e il governo rappresentativo richiesto dalle accresciute dimensioni degli Stati moderni, sia – e questo secondo argomento è strettamente connesso al precedente – collocando l’attività politica all’interno del meccanismo generale di divisione del lavoro.

Per capire il ruolo svolto da Sieyès nella creazione del discorso rivoluzionario francese bisogna mettere il suo discorso in relazione con i principali discorsi politici che l’*Ancien Régime* fornisce ai protagonisti impegnati nella sua ultima grande crisi: il discorso della giustizia (è il linguaggio del costituzionalismo parlamentare); il discorso della volontà (è quello di Rousseau e Mably); e il discorso della ragione (è il discorso della teoria economica e sociale di Quesnay e dei fisiocrati)¹⁰².

Il discorso rivoluzionario, in generale, e quello di Sieyes, in particolare, non sono nati d’un tratto e non hanno avuto un’unica fonte. Il linguaggio che diede una forza esplosiva agli avvenimenti che in rapida successione distrussero l’*Ancien Régime* ebbe origine dal processo di disintegrazione della credibilità del concetto tradizionale di autorità monarchica. Secondo la tradizione dell’assolutismo, il potere giudiziario era detenuto dal re, che lo esercitava o direttamente, come *justice retenue*, o indirettamente nella forma della *justice déléguée*, cioè attraverso le alte corti di giustizia e i Parlamenti¹⁰³. La complessa organizzazione dei Parlamenti francesi d’Antico Regime faceva sì che queste istituzioni fossero un intreccio di funzioni di governo e funzioni di giustizia e costituissero una sorta di contropotere della monarchia. Le politiche adottate dai monarchi in direzione di una sempre più massiccia centralizzazione delle funzioni

¹⁰¹ Cfr. M. Forsyth, *Reason and Revolution*, cit. p. 218.

¹⁰² Cfr. K.-M. Baker, *Sieyes*, in Furet-Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., pp. 294-303.

¹⁰³ Il testo classico sul tema delle istituzioni della Francia d’*Ancien Régime* è R. Mousnier, *Les Institutions de la France sous la monarchie absolue. 1598-1789*, 2 voll, Paris, PUF, 1974-1980; più recentemente è apparso B. Barbiche, *Les Institutions de la monarchie française à l’époque moderne XVI-XVIII siècle*, Paris, PUF, 2001².

pubbliche – la creazione di intendenti di *justice, police e finances* direttamente dipendenti dal re aveva lo scopo di sottrarre potere proprio ai Parlamenti - sono all'origine dei numerosi e prolungati contrasti tra monarchia e Parlamenti che segnano la storia francese del XVII e del XVIII secolo. «È possibile porre sullo stesso piano la giustizia e il sistema cetuale quale controparte del potere statale?» – si chiede Wolfgang Reinhard nella sua imponente *Storia del potere politico in Europa*. «La giustizia è certamente il fulcro più antico del potere statale, l'apparato di giustizia una sua creazione e anche le rappresentanze dei ceti nacquero di solito su iniziativa del principe. Ma entrambe, grazie allo sviluppo degli interessi autonomi del loro personale, benché solo localmente e temporaneamente, tuttavia ricoprirono con successo il ruolo di oppositori del potere monarchico». Il rapporto tra nobiltà, sistema cetuale e costruzione del dominio dello Stato moderno attraverso l'accrescimento del potere centrale è fatto di collaborazioni e resistenze¹⁰⁴. La crisi del XVIII secolo che sfociò drammaticamente nella Rivoluzione è, da un punto di vista politico, una crisi di rappresentanza: sia il *parti philosophique* a sostegno della monarchia, con a capo Voltaire, sia i sostenitori dei Parlamenti e della *thèse nobiliaire* (Fénelon, Boulainvilliers, ma soprattutto Montesquieu e, per certi aspetti, Diderot) rivendicavano alla propria parte il diritto storico di rappresentare la nazione intera. Il discorso tanto dei teorici dell'assolutismo regio quanto dei teorici del liberalismo nobiliare si svolse sul piano della legittimazione storica: entrambe le tesi – la *thèse royale* a sostegno della monarchia assoluta e la *thèse parlementaire* a sostegno della costituzione storica della Francia fatta delle antiche tradizioni di libertà dei nobili Franchi conquistatori dei Galli romanizzati – mostrano che nel Settecento è forte nel discorso pubblico il nesso che lega narrazione storica delle origini e teoria politica. È questo nesso tra storia e politica, tra tradizione e ragione che viene meno sia in Rousseau, sia in Sieyès.

Si prendono brevemente in esame i discorsi fondati sulla giustizia, sulla volontà e sulla ragione che vengono elaborati in sostituzione del traballante discorso dell'assolutismo monarchico. Il discorso della giustizia è il linguaggio adoperato essenzialmente dal costituzionalismo parlamentare, che, nel XVIII secolo, si oppone al dispotismo dei ministri. In questo discorso la giustizia è giocata contro la volontà, il diritto secolare contro l'arbitrio del potere centrale. Nel grande dibattito che si apre nel 1788 e nel 1789 sulla questione della rappresentanza, il discorso della giustizia si pronuncia a favore della tradizionale separazione dei tre ordini negli Stati generali e vuole limitare la libertà di decisione e d'azione dei

¹⁰⁴ W. Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, cit., pp. 249-277 (: 249-250).

deputati con il mandato imperativo ricevuto dai loro elettori. Si tratta – per usare un eufemismo - del meno innovativo tra i tre discorsi presi in esame. Il discorso della volontà, al contrario, è stato formulato in termini non giuridico-costituzionali, ma esplicitamente politici. Rousseau e Mably, che trovano la loro principale fonte di ispirazione nella tradizione repubblicana classica, oppongono la volontà alla volontà: il dispotismo della monarchia e dei ministri si esprime attraverso una volontà individuale o particolare a cui va contrapposta l'affermazione della volontà generale o collettiva, unica garanzia di libertà per tutti. Nel 1788-89 questo discorso si presta a fornire argomenti a sostegno della tesi della volontà della nazione e della sovranità popolare ma, a causa della critica alla rappresentanza, giudicata da Rousseau incompatibile con la sovranità e la volontà generale, presenta, dal punto di vista pratico, ostacoli insormontabili e suscita, dal punto di vista teorico, forti resistenze. Stando al terzo discorso, quello della ragione, che si concretizza nella teoria sociale dei fisiocrati e nei programmi riformatori dei ministri di Luigi XVI, non la volontà politica, ma il riconoscimento dell'ordine naturale e razionale del mondo sociale ed economico deve costituire la base della nuova legittimità del potere, che deve mirare ad accrescere l'uniformità amministrativa e l'uguaglianza dei diritti e della fiscalità. In opposizione al discorso di Rousseau e Mably, che prendevano a modello la città-stato dell'antichità, il discorso della ragione, insistendo sullo sviluppo economico e sul progresso civile della società, è un discorso della modernità. In questo contesto la rappresentanza assume i contorni della rappresentanza degli interessi delle diverse componenti della società: i proprietari terrieri, attraverso le assemblee provinciali, sarebbero stati direttamente coinvolti nella direzione razionale del governo locale.

La celebre dichiarazione parlamentare con cui nel settembre del 1788 si chiede insistentemente che la prevista convocazione degli Stati generali si svolga nel rispetto delle forme e delle regole osservate nel 1614 ha le proprie radici nel discorso della giustizia: il linguaggio del testo è quello della tradizione parlamentare e fa appello alla storia, alla legittimità dell'ordine delle cose così come si è sviluppato nel corso dei secoli.

È contro questo richiamarsi alla storia che Sieyès, nelle *Vues sur le moyens*, sferra un'aspra accusa contro «l'estasi gotica» di coloro che credono di trovare lumi per il presente nelle «vecchie raccolte» del «nostro antico diritto pubblico», «che si consumano nel domandare al passato ciò che dovremo essere nell'avvenire». L'incipit del saggio è rivelatore dell'opposizione di Sieyès alle argomentazioni storiche e costituzionali del discorso della giustizia: «Molti riterranno di dover cercare nei secoli barbari leggi adatte a nazioni civilizzate. Noi non ci lanceremo in questa incerta ricerca delle istituzioni e degli errori degli antichi. La ragione è per sempre;

essa è al servizio dell'uomo, ed è soprattutto quando parla all'uomo dei suoi diretti interessi, che egli deve ascoltare con rispetto e fiducia»¹⁰⁵. Uno dei tratti più interessanti dei quattro saggi di Sieyes che precedono e preparano lo scoppio della Rivoluzione è proprio il deciso rifiuto dell'abate di richiamarsi alla tradizione, al precedente storico: Sieyes rifiuta questo discorso, in cui vede un linguaggio già svalutato, risuscitato dall'ordine dei nobili e dall'alto clero al fine di difendere i propri privilegi. Per Sieyes, come per Mably e Rousseau, la storia della Francia è una storia politica fatta di oppressione, di usurpazione e di espropriazione, non una storia giuridica di evoluzione e continuità delle forme legali e costituzionali. Da questa analisi risulta che il precedente storico non è altro che il diritto intollerabile della conquista e che il solo modo legittimo di fare appello alla storia è di tornare a quel punto zero in cui la nazione è restaurata nella sua integrità politica e recupera il diritto di affermare, senza esitazioni e senza ambiguità, la propria volontà. Il riferimento storico alla conquista dei Franchi e alla sottomissione dei Gallo-romani – una costante dei discorsi sulle origini delle istituzioni politiche francesi che troviamo sia nella *Francogallia* (1573) di François Hotman, sia nell'*Histoire de l'ancien gouvernement de la France* (1727) di Boulainvilliers, sia nell'*Histoire de l'établissement de la monarchie française* (1734) di d'Argenson – compare polemicamente quasi all'inizio di *Che cos'è il Terzo Stato?*, dove, nel secondo capitolo dal titolo 'Cos'è stato fino ad oggi il Terzo Stato? Nulla', Sieyes, non senza una certa malizia, scrive: «qualora gli aristocratici intendano, al prezzo stesso di quella libertà di cui apparirebbero indegni, mantenere il popolo in stato di oppressione, il popolo oserà chiedersi a che titolo. Se gli si rispondesse che ciò avviene a titolo di conquista, convenite che questo significherebbe voler risalire un po' troppo indietro. Ma il Terzo non deve temere di risalire ai tempi passati. Rivada all'anno che ha preceduto la conquista; e poiché è abbastanza forte oggi per non lasciarsi conquistare, la sua resistenza sarà certo più efficace. Perché non potrebbe rimandare nelle foreste della Franconia tutte queste famiglie che accampano ancora l'assurda pretesa di discendere dalla razza dei conquistatori e di essere eredi diretti della conquista?».

L'intera ideologia costituzionale di Sieyes è sintetizzata nella sua posizione a-storica o anti-storica. Una visione della costituzione senza passato, poiché nasce da una frattura, non può che trascurare o combattere la storia come fattore determinante. L'unico tempo che rilevi è il futuro, che si configura come un grande campo di possibilità. Dal punto di vista delle forze costituenti, la storia, la 'vera' storia, è quella che si apre davanti a loro,

¹⁰⁵ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, vol. I, cit., p. 119.

mentre alle spalle non c'è che un deposito sterminato di rovine, una memoria di oscurità e barbarie. Al contrario, per un conservatore quale Edmund Burke che nel 1790 nelle sue *Reflexions on the Revolution in France* si colloca agli antipodi del giusnaturalismo e del contrattualismo moderni condannando l'atto di ribellione al passato racchiuso nella *Dichiarazione dei diritti*, la storia che brilla non è tanto quella che ancora non si è dispiegata e si mostra disponibile all'azione volontaria e progettante dell'uomo, bensì quella che si erge alle spalle degli uomini del tempo presente e che, con la sua autorità, proietta su di loro una luce alla quale essi non devono sottrarsi.

2.2.2. All'autore della 'dichiarazione di guerra civile' contro l'aristocrazia, al vincitore del primo periodo della Rivoluzione che ha combattuto i privilegi, affossato la società per ordini e condotto, fino al dibattito sul veto regio, il processo politico innescato dal Colpo di Stato del 17 giugno 1789, all'uomo che, trasformatosi ben presto da teorico ad Epimeteo della Rivoluzione, si sarebbe allontanato da Parigi e dalla vita politica su 'consiglio' del Console Bonaparte sopravvivendo – per così dire - a se stesso¹⁰⁶, si deve l'idea, ormai imprescindibile nelle democrazie costituzionali moderne, di un legame intrinseco tra sovranità nazionale e governo rappresentativo¹⁰⁷. In *Che cos'è il Terzo Stato?* Sieyes scrive: «una legge comune e una rappresentanza comune, ecco cosa rende la nazione una»¹⁰⁸. Ciò che fonda il legame nazionale non sono dunque la comune origine storica, la lingua, i costumi o il territorio – fattori dei quali Sieyes non fa menzione – bensì la volontà degli individui. Oltre alla volontà anche la natura svolge un ruolo importante nella definizione del concetto di nazione. La tendenza a naturalizzare la società politica piuttosto che a sottolinearne le origini contrattuali è evidente laddove l'abate, all'inizio di *Che cos'è il Terzo Stato?*, ricorre ad un lessico più vicino a quello dei fisiocrati che a quello di Rousseau per definire il Terzo Stato, caratterizzando la nazione come organizzazione sociale ed economica, fondata nell'ordine naturale e sostenuta dalla produzione e dalla distribuzione delle risorse indispensabili ai bisogni umani.

¹⁰⁶ Cfr. G. Troisi Spagnoli, *La vita di Sieyes*, in J.E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, vol. I, cit., pp. 29-66 (:62).

¹⁰⁷ Cfr. sui temi della nazione e della rappresentanza in Sieyes P. Pasquino, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione: E.-J. Sieyes*, in F. Furet (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 297-325, saggio poi ripubblicato come Chapitre III in P. Pasquino, *Sieyes et l'invention de la Constitution en France*, cit., pp. 53-72.

¹⁰⁸ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, cit., p. 215.

Con Sieyes ‘nazione’ cessa di essere un termine descrittivo con il quale indicare genericamente «*tous les habitants d’un même État, d’un même pays qui vivent sous les mêmes lois et usent du même langage*» (come si legge nel *Dictionnaire de l’Académie* del 1694) per diventare la formula politica, aggressiva e mobilitante, attraverso la quale passa la lotta condotta dalla parte maggioritaria e produttiva del Paese contro una minoranza giudicata parassitaria ed estranea, per non dire nociva, all’interesse generale. Nel 1765, nell’*Encyclopédie* di Diderot, alla voce *Nation* si ripetevano ancora pressappoco le medesime idee enunciate nel *Dictionnaire de l’Académie*¹⁰⁹. A questo significato di ‘nazione’, legato alla formazione dello Stato territoriale e della amministrazione centralizzata della monarchia assoluta, si affianca, però, a partire dalla opposizione nobiliare all’assolutismo, anche un primo significato politico di ‘nazione’ che differisce da quello elaborato da Sieyes alla vigilia della Rivoluzione. L’opposizione nobiliare all’assolutismo, avviata sin dal 1648 con la Fronda parlamentare, si sviluppa in seguito sul piano di una sofisticatissima contesa storiografica: la ‘nazione’ diviene, sulla penna di un Boulainvilliers, di un Fénelon, di un D’Argenson, lo strumento polemico-retorico attraverso il quale si comincia a combattere in Francia la lotta contro il potere del monarca, che aveva limitato le prerogative della nobiltà mortificando gli Stati generali, mai più convocati dal lontano 1614, e tracciando un solco incolmabile tra la monarchia e la ‘nazione’. Questo concetto politico di ‘nazione’, diversamente da quello di Sieyes, non abbraccia l’intera società, ma comprende settori sociali ben determinati: coincide con i ceti superiori politicamente attivi ed esclude la stragrande maggioranza della popolazione francese. La nazione politica d’*Ancien Régime* rimane, per usare un termine tedesco, una *Adelsnation*, non una nazione di cittadini, ma una nazione di aristocratici e di privilegiati. A partire dagli anni Sessanta del XVIII secolo i Parlamenti cominciano a rivendicare il ruolo di difensori dell’antica costituzione del regno – della quale non riescono però a definire univocamente il contenuto – e di rappresentanti della nazione. È nelle *Remontrances* dei Parlamenti che la nazione compare come nuovo soggetto di diritto. Ed è in un discorso di Luigi XV di fronte al Parlamento di Parigi che l’ideologia nazionale viene denunciata come potenzialmente pericolosa per la legittimità fondata sul diritto divino dei re. Nel 1766, in occasione del *lit de justice* noto come *séance de la flagellation* Luigi XV dichiara: «non tollererò che si formi nel mio regno un’associazione che farebbe degenerare in una confederazione di resistenze il luogo naturale dei doveri e degli

¹⁰⁹ Cfr. sul concetto di nazione A. Campi, *Nazione*, Bologna, Il Mulino, 2004; P. Pasquino, *Il concetto di rappresentanza*, cit., in F. Furet (a cura di), *L’eredità della rivoluzione francese*, cit., pp. 297-325.

obblighi comuni, né che si introduca nella monarchia un corpo immaginario [scil. la nazione] che non potrebbe far altro che turbarne l'armonia»¹¹⁰. Per Luigi XV il corpo della nazione non esiste, hobbesianamente, se non nel corpo del re. In Sieyès, invece, sono due i 'criteri' della nazione: l'uno economico – la partecipazione al lavoro – l'altro politico – la titolarità del potere costituente -. La nazione è la parte economicamente autosufficiente del Paese che si fa Tutto, escludendo i privilegiati e proponendosi come soggetto politico e fonte di una legittimità alternativa rispetto alla legittimità della monarchia per diritto divino.

Tra i problemi sollevati dalla critica uno in particolare merita di essere ricordato: riguarda la concezione che Sieyès ha della nazione in rapporto all'individuo, del soggetto collettivo in relazione al soggetto singolo. La questione può essere formulata così: il suo concetto di nazione ha un carattere individualista - fondato, cioè, sulla teoria dei diritti dell'uomo – o, al contrario, un carattere organicista e, per così dire, proto-nazionalista? In realtà, il momento 'corporatista', collettivo, inclusivo e insieme esclusivo, della nazione viene a giocare un ruolo tanto fondamentale quanto quello dei diritti, della proprietà, della libertà. L'inventore del concetto politico di nazione è anche l'autore di una delle prime proposte – ventotto in tutto - di dichiarazione dei diritti che vengono presentate al Comitato di costituzione¹¹¹. Nel luglio del 1789 Sieyès prende la parola al Comitato con un intervento dal titolo: *Préliminaires de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'homme et du citoyen* a cui allega la propria lista dei diritti: i diritti, infatti, sono il «preliminare» e il «fine» della Costituzione¹¹². In questo importante documento dei lavori parlamentari - nel quale viene ribadita la differenza tra potere costituente, «onnipotente», e poteri costituiti, limitati, e marcata la differenza tra potere legislativo dei rappresentanti della nazione e potere di revisione costituzionale¹¹³ - Sieyès difende i diritti civili di libertà, proprietà e sicurezza e si pronuncia in favore della distinzione tra diritti attivi e diritti passivi, ovvero tra cittadinanza attiva e cittadinanza passiva, per quanto riguarda i diritti politici.

¹¹⁰ La citazione è tratta da P. Pasquino, *Il concetto di rappresentanza*, cit., in F. Furet (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, cit., p. 304.

¹¹¹ Cfr. M. Gauchet, *Diritti dell'uomo*, in F. Furet – M. Ozouf, *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., pp. 613-623 (: 615-616).

¹¹² Testo numero 10. raccolto in J.-E. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, vol. I, cit., pp. 375-399 (:382).

¹¹³ L'ultimo articolo enunciato da Sieyès nella propria proposta di Dichiarazione, l'art. 32, fa riferimento proprio al diritto del popolo di rivedere e riformare la Costituzione con modalità e nei tempi previsti dalla Costituzione stessa.

L'identità politico-giuridica del soggetto è definita in Sieyes dall'incontro di entrambe le coordinate: da un lato i diritti, dall'altro la nazione, da un lato le regole dell'azione intersoggettiva e l'impulso autoconservativo, dall'altro l'appartenenza e l'impegno civico. Nel discorso rivoluzionario della cittadinanza l' 'ordine dei diritti' – l'ordine politico costruito sui diritti dell'uomo teorizzati dal giusnaturalismo e recepiti nelle *Dichiarazioni dei diritti* - è un momento irrinunciabile del passaggio dall'*Ancien Régime* alla Francia contemporanea: l' 'ordine dei diritti' costituisce la destinazione di senso del discorso rivoluzionario, ma nello stesso tempo esso è annunciato e 'dichiarato' all'interno di un processo che trova nella forza inclusiva e nell'energia costituente della nazione l'indispensabile elemento propulsivo¹¹⁴. Diritti dell'individuo e unità della nazione, principio di inclusione (il riconoscimento dei diritti) e principio di esclusione (l'individuazione del nemico della nazione: il privilegiato) sono momenti del discorso della cittadinanza di Sieyes essenzialmente legati l'uno all'altro. Il modo di intendere il concetto di 'nazione' in Sieyes è, dunque, di primaria importanza perché nel rapporto fra i diritti del soggetto e la legge della nazione sovrana si trova il punto dolente del dibattito costituente del primo periodo della Rivoluzione (1789-1792). Un rapporto, quello tra diritti e legge, che si presenta come contraddittoriamente asimmetrico, dal momento che, per un verso, la legge sembra inchinarsi di fronte ai diritti come al proprio fine, mentre, per un altro verso, sono i diritti a ridursi a pallide affermazioni di principio sostanzialmente esaurite dalla legge che ne produce l'effettiva realizzazione. Nello stesso momento in cui con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* il linguaggio dei diritti parlato dal giusnaturalismo sei-settecentesco riceve una formale e solenne sanzione avviene quella riduzione giuspositivistica del diritto alla legge che, considerando i diritti come disponibili alla legge, li rende fragili e privi di garanzie di fronte al legislatore. «Il dibattito costituente – sostiene Pietro Costa – sembra insomma parlare il linguaggio dei diritti, ma adottare poi una conclusione 'legicentrica', quasi che il frasario giusnaturalistico fosse una sorta di 'rito di passaggio' verso un ordine destinato a trovare nella legge il proprio perno». È possibile individuare due diverse 'anime' del dibattito costituente di cui Sieyes rappresenta la difficile sintesi: queste due 'anime' sono in qualche modo impersonate emblematicamente nelle figure di «Locke e Rousseau, la prima assunta come il campione dei diritti naturali del soggetto e la seconda come il teorico dell'assoluta volontà legiferante del popolo sovrano»¹¹⁵.

¹¹⁴ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. II L'età delle rivoluzioni. 1789-1848*, cit., p. 27.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 21.

2.2.3. Il potere costituente viene teorizzato da Sieyes quando in Francia sono giunti ad un primo effettivo traguardo due processi distinti ma strettamente connessi l'uno all'altro: il processo di *State-building* e quello di *nation-building*. Inoltre, come mette in evidenza Ernst-Wolfgang Böckenförde, vi è un altro presupposto del potere costituente. L'elaborazione della teoria del potere costituente è resa possibile da un altro processo moderno che sta alla base dei processi stessi di monopolizzazione e accentramento del potere, costruzione dello Stato, normalizzazione ed omogeneizzazione della nazione: si tratta del processo di secolarizzazione in virtù del quale «non è più un ordine divino e naturale a determinare la base ed il contesto prestabilito dell'ordinamento politico-sociale, bensì sono gli uomini stessi a prendere in mano il loro destino e l'ordine del mondo, a partire dalla loro volontà e dalla loro decisione sovrana»¹¹⁶. Per questa ragione Böckenförde sostiene che, nonostante nel XIX secolo, durante la restaurazione monarchica (1815-1830), anche il re abbia rivendicato la titolarità del potere costituente, «quello di potere costituente è, per la sua origine ed il suo contenuto, un concetto democratico e rivoluzionario, e ha la sua collocazione solo nel contesto di una teoria costituzionale democratica»¹¹⁷.

Affrontando il problema della costituzione con un'impostazione molto lontana da quella di Montesquieu, Sieyes passa dal concetto di costituzione naturale-evoluzionista al concetto artificiale-costruttivista, dalla costituzione come 'spirito di un popolo' alla costituzione come 'atto umano di determinazione'¹¹⁸. Prodotto del caso e della prudenza, la costituzione inglese, tanto celebrata dal Presidente del Parlamento di Bordeaux nel celeberrimo capitolo VI dell'XI libro dell'*Esprit des lois*, cessa per Sieyes di essere un modello da imitare per diventare piuttosto un «monumento di

¹¹⁶ E-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 113-142 (: 120).

¹¹⁷ *Ivi*, p. 119. Böckenförde in realtà non fa che sviluppare alcune riflessioni di Schmitt. L'autore di *Dottrina della costituzione* individua infatti i due principali soggetti del potere costituente: il popolo e il re; ma quando tratta della versione monarchica del potere costituente in opposizione alla versione democratica del potere costituente avanza delle riserve in merito: «teoricamente la posizione della monarchia [nell'età della restaurazione] era veramente assai difficile. In fondo la trasposizione immutata della teoria democratica del potere costituente del popolo alla monarchia e per giunta alla monarchia ereditaria era una semplice difensiva ed era possibile solo come un'antitesi estrema. (...) Una dinastia non può essere considerata, come il popolo o la nazione, la causa prima di ogni esistenza politica» (*DC*, pp. 116-117).

¹¹⁸ Cfr. O. Beaud, *La potenza dello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1994, pp. 192-207.

superstizione gotica»¹¹⁹: «non nutriremmo tanta fiducia nelle istituzioni inglesi se le nostre conoscenze politiche fossero più consolidate e più diffuse. (...) Sarebbe davvero auspicabile in questo momento che qualche bravo scrittore si dedicasse a farci luce sui due problemi seguenti: è la costituzione britannica buona in se stessa? E, ammesso che lo sia, è esattamente quel che ci vuole per la Francia? Temo davvero che questo tanto vantato capolavoro non arrivi a sostenere un esame imparziale condotto secondo i principi di un reale ordine politico. Ci ridurremmo forse a riconoscere ch'esso è più il risultato del caso e delle circostanze che dei lumi»¹²⁰. Queste sono le parole con cui si esprime Sieyes nel Capitolo IV di *Che cos'è il Terzo Stato?*, in un paragrafo intitolato significativamente: 'Lo spirito di imitazione non è adatto ad ispirarci la miglior condotta'. L'idea di potere costituente della nazione non è tanto una metamorfosi dei concetti rousseauiani di sovranità popolare e volontà generale né del mito del grande legislatore, quanto piuttosto uno strumento che, rompendo col passato e prendendo di mira l'assolutismo d'*Ancien Régime* e il 'dispotismo dei ministri', permette di pensare il carattere limitato e subordinato dei poteri costituiti. La dottrina costituzionale di Sieyes è esplicitamente una dottrina del governo limitato. Il termine stesso sovranità non compare mai nei testi di Sieyes se non con un'accezione negativa¹²¹. La natura del potere costituente - certo informale ma non assoluta nel senso dell'assolutezza della sovranità di Bodin, Hobbes e Rousseau - è finalizzata, cioè, ad affermare il carattere

¹¹⁹ Sieyes, *Che cos'è il Terzo Stato?*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, Tomo I, cit., p. 249.

¹²⁰ *Ivi*, pp. 248-249.

¹²¹ Cfr. il discorso del 2 termidoro dell'anno III, testo n. 37 raccolto in Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, vol. II, cit. pp. 785-810: «I poteri illimitati sono un mostro in politica e un grave errore del popolo francese. (...) Si mette in comune il meno possibile sotto il nome di potere pubblico o politico e unicamente quanto è necessario mantenere ogni individuo nell'ambito dei propri diritti e dei propri doveri. Una simile parte di potere è ben lungi dal rassomigliare alle idee esagerate di cui si è amato abbigliare ciò che si chiama la *sovranità*; e notate bene che è della sovranità del popolo che parlo, giacché, se ve ne è una, è proprio quella. Se questo termine ha assunto una dimensione così colossale nell'immaginazione della gente, è solo perché lo spirito dei Francesi, ancora colmo di superstizioni monarchiche, si è sentito in dovere di dotarlo dell'eredità intera dei pomposi attributi e dei poteri assoluti che hanno fatto lo splendore delle sovranità usurpate (...) pareva ci si dicesse, con una sorta di patriottica fierezza, che se la sovranità dei grandi re è così potente, così terribile, la sovranità di un grande popolo doveva esserlo di più. (...) la nozione di sovranità rientrerà nei suoi giusti limiti; poiché, ripeto ancora una volta, la sovranità del popolo non è affatto illimitata, e molti di quei sistemi vantati e onorati, compreso quello verso il quale si è persuasi ancora di avere delle grandi obbligazioni, altro non parranno che concezioni monacali, dei mediocri progetti di *re-totale* piuttosto che di *re-pubblica*, ugualmente funesti per la libertà e rovinosi per la cosa pubblica come per la cosa privata» (*Ivi*, pp. 792-793).

limitato di ogni potere costituito e a vincolare il legislatore al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo. Perciò, nonostante Montesquieu non sia un autore di riferimento nei saggi rivoluzionari di Sieyes, vi è chi - come Egon Zweig e Raymond Carré de Malberg - ritiene che la teoria del potere costituente sia una conseguenza delle idee di Montesquieu ben più che di quelle di Rousseau. Certo, a un primo sguardo la nozione di un potere originario e superiore che sia la fonte comune di tutti i poteri costituiti sembra del tutto estranea a una dottrina come quella di Montesquieu, il quale ammette, per principio, la divisione, e prima ancora la divisibilità, dei poteri senza manifestare la preoccupazione per il problema dell'unità della *souveraineté de l'État*. Eppure la teoria montesquieuiana della separazione dei poteri aprirebbe la via alla teoria del potere costituente nella misura in cui rende logicamente necessaria l'elaborazione della teoria di una speciale autorità primitiva e superiore ad ogni altra, il potere costituente appunto, che funga da 'minimo comun denominatore' dei poteri pubblici pensati come plurali e divisi. Con la teoria del potere costituente Sieyes ripristina, cioè, l'unità del potere sovrano che Montesquieu aveva compromesso e abbandonato, conservando, nel proprio costituzionalismo liberale, l'esigenza della limitazione del potere espressa dal liberalismo nobiliare di Montesquieu¹²². Che questa limitazione sia da attuare attraverso uno dei due modelli, quello della *règle* o quello della *balance*, oppure attraverso l'istituzione di un *jurì constitutionnaire*, è un problema - affrontato da Sieyes nel discorso pronunciato il 2 termidoro dell'anno III (20 luglio 1795) alla Convenzione - che per il momento viene lasciato in sospeso. La concezione della costituzione come decisione del potere costituente della nazione esclude, quindi - e questo potrebbe essere l'aspetto più importante della teoria costituzionale di Sieyes - l'onnipotenza dei poteri costituiti¹²³.

Nel suo contributo al *Sonderseminar* su Schmitt pubblicato in *Complexio Oppositorum*, Pasquale Pasquino prende in esame la relazione tra la dottrina del potere costituente e la 'costituzione mista' nelle opere di Emmanuel Sieyes e Carl Schmitt¹²⁴. In sintonia con Böckenförde la problematica del potere costituente viene riconosciuta come una problematica peculiarmente moderna resa possibile dal processo di secolarizzazione. Sebbene se ne possano rintracciare alcuni presupposti teorici già nei filosofi giusnaturalisti e contrattualisti che fondano sul patto o

¹²² Cfr. E. Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, Mohr, 1909, pp. 66 e ss. e R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, vol. II, cit., pp. 515-517.

¹²³ P. Pasquino, *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, p. 65.

¹²⁴ H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 371-385.

contratto sociale la legittimità del potere politico, il concetto di potere costituente non trova tuttavia posto – rileva Pasquino seguendo la lezione di Carré de Malberg¹²⁵ e Löwenstein¹²⁶ - nelle teorie di chi immagina lo Stato o come rappresentanza assoluta (Hobbes) o come esercizio diretto della sovranità (Rousseau). Nel primo caso, infatti, il popolo non può essere pensato come soggetto del potere costituente perché la sua unità non è il presupposto, bensì il prodotto del *pactum unionis* - stipulato dagli individui tra loro nello stato di natura - che istituisce il rappresentante sovrano¹²⁷. Nel secondo caso, invece, è impossibile distinguere l'attività del legislatore ordinario da quella del legislatore costituzionale perché secondo Rousseau il popolo, sulla base del principio secondo cui nessuno può obbligarsi verso se stesso, non è tenuto a rispettare alcuna legge fondamentale – nel *Contratto sociale* Rousseau non parla mai di costituzione nel senso di documento formale che organizza i poteri - che si sia eventualmente dato. Per il Ginevrino, attento lettore di Bodin, Hobbes e Pufendorf, «è contraddittorio che l'autorità sovrana crei degli intralci a se stessa», «è contro la natura del corpo politico che il sovrano s'imponga una legge che esso non possa infrangere» e perciò non esiste «nello Stato alcuna legge fondamentale che

¹²⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, vol. II, cit., pp. 513-515. «La théorie de Rousseau semble exclure la possibilité d'une distinction précise entre la fonction constituante e la fonction législative (...) A d'autres égards encore, la doctrine du *Contract social* s'oppose à ce que l'on puisse concevoir un pouvoir constituant supérieur au pouvoir législatif habituel. (...) Enfin, dans la doctrine du *Contract social*, l'une des principales utilités de la distinction du pouvoir constituant disparaît, et, par suite, cette distinction perd, en grande partie, sa raison d'être. Le but pratique de la distinction, c'est, en effet, de limiter la puissance de l'organe législatif, et notamment de la limiter en ce sens que ses droits, une fois déterminés et garantis par l'acte constitutionnel, ne peuvent plus être restreints ni retouchés par le législateur ordinaire. A cet égard, la mise à part d'un pouvoir constituant supérieur au pouvoir législatif répond à l'idée qu'il peut, dans l'État souverain, être juridiquement établi et réservé au profit des citoyens une sphère de capacité individuelle, un statut personnel de liberté, qui échappera à la puissance des autorités étatiques constituées; et c'est bien là un des concepts essentiels qui se trouvent réalisés dans le système juridique de l'État moderne. Or, on a vu que la théorie du contract social exclut complètement ce concept de droits individuels rendus intangibles à l'encontre du législateur».

¹²⁶ K. Löwenstein, *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789*, München, Drei Masken Verlag, 1922, p. 285.

¹²⁷ Dello stesso parere C. Galli secondo il quale «il potere costituente del popolo è in Hobbes il grande assente»; infatti «il popolo, pur riconosciuto dalla moderna ideologia del contratto come origine della politica, in realtà vi nasce morto, esaurendo la propria energia politica appunto nell'unico atto del proprio costituirsi pattizio» (C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 606).

non possa essere revocata, neppure lo stesso patto sociale»¹²⁸. Dello stesso tenore è l'interpretazione di Carlo Galli secondo il quale «il popolo, pur riconosciuto nella moderna ideologia del contratto come origine della politica, in realtà vi 'nasce morto', esaurendo la propria energia politica appunto nell'unico atto del proprio costituirsi pattizio, che quell'energia – ingabbiata definitivamente nella forma politica – attribuisce allo Stato, il quale impersona giuridicamente il popolo stesso»: «il potere costituente del popolo è in Hobbes il grande assente»¹²⁹. Allora la rinnovata centralità riconosciuta al potere costituente nell'interpretazione schmittiana della Costituzione di Weimar vuole essere la risposta – una delle risposte formulate nel XX secolo - alla crisi della modernità: la riattivazione del potere costituente equivale, dunque, ad un recupero da parte del popolo dell'energia politica che era stata 'alienata' nelle istituzioni e fornisce una possibile soluzione al «problema di uscire dalla chiusura della forma politica moderna e dall'ablazione della sua origine concreta»¹³⁰.

L'idea di potere costituente del popolo, sebbene non esplicitamente teorizzata, sarebbe attestata, invece, nella teoria politica di Locke¹³¹, laddove, nel *Secondo trattato sul governo*, Locke scrive: «la prima e fondamentale legge positiva di tutte le società politiche consiste nello stabilire il potere legislativo»¹³² e «soltanto il popolo può fissare la forma della società politica, e lo fa col costituire il legislativo e designare in che mani dev'essere»¹³³.

Ebbene, la vera svolta si compie con Sieyes e con la Rivoluzione francese. Alla teoria del diritto divino dei re fondata sul principio '*non est enim potestas nisi a Deo*' e al mito etico, pedagogico, perfino paternalistico, del grande legislatore presente nella teoria politica di Rousseau, per il quale il sovrano, cioè il popolo, non è in grado da solo di darsi le leggi fondamentali della convivenza civile, subentra con Sieyes un altro mito narrato col linguaggio del diritto e dei diritti: la finzione giuridica della nazione costituente. È ancora Böckenförde ad interpretare in chiave telogico-politica il trasferimento al popolo, mediante il concetto di potere costituente, di contenuti inerenti a determinati attributi di Dio, così come essi sono stati sviluppati dalla teologia cristiana: *potestas constituens*,

¹²⁸ Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 25 (L. I, cap. VII 'Del Sovrano'); e p. 149 (L. III, cap. XVIII 'Mezzi per prevenire le usurpazioni dei governi').

¹²⁹ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 606.

¹³⁰ *Ivi*, p. 606.

¹³¹ Cfr. P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelski – P.P. Portinaro – J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., p. 18.

¹³² J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 1998, p. 241 (§ 134, Cap. XI. 'Dell'estensione del potere legislativo').

¹³³ *Ivi*, p. 255 (§ 141).

norma normans, creatio ex nihilo. Il potere costituente di Sieyes rappresenterebbe, cioè, un caso pregnante di teologia politica nel senso attribuito a quest'espressione da Carl Schmitt: nel senso del processo di trasformazione delle categorie teologiche tradizionali nelle categorie politiche moderne, ovvero nel senso della «secolarizzazione positiva», implicante la conservazione della teologia nella politica come un resto o un contenuto che dal sacro trasforma nel secolare¹³⁴.

Se da un lato Maurizio Fioravanti interpreta la teoria e la pratica del potere costituente come il punto in cui, nell'età delle rivoluzioni americana e francese, convergono le due tradizioni, fino a quel momento in competizione l'una con l'altra, della 'costituzione' - ovvero del costituzionalismo come tecnica di limitazione del potere - e della 'sovranità', dall'altro lato Pier Paolo Portinaro, collocandosi all'interno dell'orientamento 'continuista' tra antico e moderno, afferma invece che il potere costituente, prefigurato già nell'antichità dal tema del grande legislatore, «è il canto del cigno della sovranità, un estremo atto di affermazione che prelude al suo depotenziamento»¹³⁵. Il paradosso del potere costituente, che funge da spartiacque fra giusnaturalismo e positivismo giuridico, risiede nel fatto che «all'origine dell'ordine costituzionale democratico sta un atto di potere e di rottura rivoluzionaria che si iscrive nel codice dell'assolutismo politico». Il depotenziamento e l'esaurimento cui Portinaro si riferisce sono quelli subiti nel corso del XIX secolo dal potere costituente, il quale viene negato e rimosso dalle costituzioni vigenti - si pensi alla *gewachsene Verfassung* che, da diversi punti di vista, Rehberg e Hegel oppongono alle costituzioni rivoluzionarie - oppure, in un clima di positivismo giuridico dominante, ridotto - come fa Carré de Malberg in *Contribution à la Théorie générale de l'État* stravolgendone letteralmente il significato originario - a un mero potere costituito, cioè all'esercizio del potere di revisione¹³⁶.

¹³⁴ Cfr. M. Scattola, *Teologia politica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 164.

¹³⁵ Si vedano M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. e P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in Zagrebelski - Portinaro - Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 5-34 (: 26).

¹³⁶ Cfr. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, vol. II, cit., pp. 483-624. Per Carré de Malberg «il est vain de rechercher le fondement ou la genèse juridiques de l'État. L'État, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit (...) Les organes dits constituants ne peuvent pas plus que les organes constitués avoir de pouvoirs antérieurs à la Constitution. Tout organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constitution et tient d'elle sa capacité. A ce point de vue, on peut même dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'organe constituant: il n'y a dans l'État que des organes constitués.

Sieyes, teorico del potere costituente, si pone subito – fin dai *Préliminaires* del luglio 1789 – anche il problema del potere di revisione costituzionale ed opta per mantenere i due poteri ben distinti l'uno dall'altro¹³⁷. D'altra parte, nel discorso sul veto regio pronunciato nella seduta del 7 settembre 1789, Sieyes torna sul tema del potere di revisione e si esprime in questi termini: «In Inghilterra non esiste alcuna distinzione fra il potere costituente e il potere legislativo. (...) Principio fondamentale e costituzionale sarà, presso di noi, che al potere legislativo ordinario non spetterà assolutamente l'esercizio del potere costituente, né tantomeno quello del potere esecutivo. Questa separazione dei poteri è assolutamente necessaria. (...) l'Assemblea nazionale ordinaria sarà esclusivamente una assemblea legislativa. Gli sarà assolutamente vietato di intervenire sulla costituzione. Qualora sarà necessario rivederla e riformarne qualche parte, sarà attraverso una convenzione apposita, limitata a tale unico obiettivo, che la nazione decreterà le modifiche alla costituzione che le parranno opportune»¹³⁸. In realtà l'introduzione della distinzione tra potere costituente, potere legislativo e potere di revisione ha uno scopo ben preciso, in parte diverso da quello che ci si potrebbe attendere: è funzionale, nel discorso di Sieyes sul veto regio, a negare l'esigenza di attribuire al re il diritto di veto, poiché il re non avrebbe da temere usurpazioni di sorta ai danni delle proprie prerogative da parte di un legislativo privato del potere di revisionare la costituzione, privato cioè della possibilità di attentare al ruolo del re. La posizione di Sieyes contro il veto regio risponde all'esigenza di non coinvolgere il re – che non ricopre una carica elettiva ma è inamovibile e detiene il potere esecutivo per diritto ereditario – nell'esercizio del legislativo, per salvaguardare l'autonomia della rappresentanza della nazione sovrana. Un'analoga preoccupazione volta ad evitare che qualcuno – tra i semplici cittadini o i poteri costituiti - possa «attentare alla costituzione» è espressa nel 1795, quando, nel discorso del 18 termidoro dell'anno III, la questione del potere di revisione della costituzione è integrata nella proposta – avanzata da Sieyes - di istituire un *jurì constitutionnaire* (organo collegiale composto di 108 membri che si rinnovano ogni anno per un terzo) come custode della costituzione, incaricato di molteplici funzioni: 1. vegliare con fedeltà alla «salvaguardia del deposito costituzionale»; 2. prendere in considerazione «qualsiasi proposta che possa servire a perfezionare la Costituzione»; 3. offrire alla libertà civile «la risorsa di un'equità naturale in quelle occasioni gravi in cui

Ansi, la notion juridique de pouvoir constituant implique elle-même la préexistence d'un certain ordre et d'une certaine organisation constitutionnelles» (*Ivi*, vol. II, p. 490 e p. 500).

¹³⁷ J.-E. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, Tomo I, cit., p. 390.

¹³⁸ *Ivi*, Tomo I, p. 446.

la legge tutelare avrà dimenticato la sua giusta grazia»¹³⁹. Le prime due funzioni sono al servizio della Costituzione, la terza è immediatamente al servizio del cittadino. Consapevole del pericolo che i diritti siano impotenti di fronte alla legge, Sieyes vuole fare del *juri constitutionnaire* un ‘tribunale dei diritti dell’uomo’: «questo è il vero nome dello strumento morale, oltre che politico, che vi propongo di istituire, giacché tutto va riferito ai diritti dell’uomo»¹⁴⁰. La questione prima sollevata in merito alla priorità della nazione o dell’individuo nella concezione della comunità politica di Sieyes si risolve, a questo punto, del tutto a vantaggio dell’individuo e delle sue libertà.

È degno di nota un fatto: il discorso termidoriano di Sieyes, con la sua proposta di istituire un *juri constitutionnaire*, non vuole solo offrire una soluzione al problema della revisione della costituzione, ma sembra innanzitutto rispondere, mediante la costituzionalizzazione del lockiano ‘appello al cielo’, alla domanda ‘*Quis iudicabit?*’ in caso di conflitto tra istituzioni dello Stato o tra cittadino e Stato. Il tema dell’ ‘appello al cielo’, trattato da Locke nel capitolo XIV del *Secondo trattato sul governo*, quello dedicato alla ‘prerogativa regia’, era reso possibile dal riconoscimento lockiano dell’esistenza di una dimensione pubblico-politica del popolo che non è del tutto coincidente con la politica istituzionalizzata, con lo Stato e con la sua rappresentanza, ed era reso necessario dall’assenza di una specifica istituzione dotata del potere di dirimere eventuali conflitti¹⁴¹. Il *juri constitutionnaire* di Sieyes serve proprio a colmare questo vuoto.

¹³⁹ *Ivi*, Tomo II, cit., pp. 811-835.

¹⁴⁰ *Ivi*, Tomo II, cit., pp. 828-829.

¹⁴¹ Cfr. J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit. Nel § 161 del XIV libro si legge: «Se sorge un conflitto tra il potere esecutivo e il popolo su una cosa rivendicata come prerogativa, esso sarà facilmente risolto a seconda che l’esercizio di tale prerogativa tenda al bene o al danno del popolo» (p. 285). Il § 168, l’ultimo del capitolo in questione, è il decisivo: «Si porrà a questo punto la vecchia questione riguardante la prerogativa: chi giudicherà quando di questo potere si fa un retto uso? Rispondo: fra un potere esecutivo in atto, dotato di siffatta prerogativa, e un legislativo che dipende dalla volontà di esso per le proprie convocazioni, non ci può essere nessun giudice sulla terra, così come non ce ne può essere nessuno tra il legislativo e il popolo, se l’esecutivo o il legislativo, quando abbiano il potere nelle loro mani, progettano o cercano di rendere schiavo o distruggere il popolo. Il popolo, in questo come negli altri casi in cui non ha giudice sulla terra, non ha altro rimedio che l’appello al cielo. (...) E perciò, per quanto il popolo non possa essere giudice, né avere in base alla costituzione di quella società un potere superiore per decidere ed emettere sul caso una sentenza efficace, tuttavia esso ha conservato, in base ad una legge antecedente e superiore a tutte le leggi positive degli uomini, quella decisione ultima che spetta a tutti gli uomini quando non hanno appello sulla terra, vale a dire giudicare se ha giusto motivo di appellarsi al cielo. E a questo giudizio non può rinunciare, esulando dal potere di un uomo di sottomettersi ad un altro tanto da accordargli la libertà di distruggerlo. Dio e natura non

2.2.5. Murray Forsyth si chiede se Sieyes possa a ragione essere considerato la controparte francese di John Locke, *'the French Locke'*, come alcuni interpreti hanno sostenuto enfatizzando i parallelismi tra i due pensatori¹⁴². In effetti, come Locke, anche Sieyes individua nel popolo o, meglio, nella nazione l'origine ed il fondamento di ogni potere del corpo politico e nell'assemblea parlamentare eletta dai cittadini un'istituzione necessaria del sistema politico. Ed ampie analogie si possono riscontrare in materia di proprietà privata: per entrambi è un dovere dello Stato garantire la proprietà dei cittadini, considerata un'estensione delle facoltà che appartengono per natura all'individuo. In questo senso non è del tutto sbagliato affermare che Sieyes è un 'lockeiano'.

Il legame che unisce indissolubilmente libertà e proprietà è affermato inequivocabilmente nelle *Vues sur les moyens d'exécution dont le Représentants de la France pourront disposer en 1789*, saggio che Sieyès scrive nell'estate del 1788 in vista della riunione degli Stati generali fissata per la primavera dell'anno seguente. «La libertà del cittadino – scrive Sieyes – è lo scopo unico di qualunque legge» e questa libertà «consiste nella sicurezza di non essere né impedito né disturbato nell'esercizio della sua proprietà personale e nell'uso della sua proprietà reale»¹⁴³. Inoltre c'è un brano dei *Préliminaires* – letti da Sieyes nel luglio del 1789 di fronte al Comitato di costituzione – che merita di essere riportato per intero. In esso, a proposito dell'origine del diritto di proprietà, Sieyes sembra riprodurre fedelmente l'argomento elaborato da Locke nel celebre Capitolo V del *Secondo trattato sul governo*: «La proprietà della persona è il primo dei diritti. Da questo primitivo diritto deriva la proprietà delle azioni e quella del lavoro: giacché il lavoro non è che l'utile impiego delle proprie facoltà; esso procede evidentemente dalla proprietà della persona e delle azioni. La proprietà delle cose, o proprietà reale, non è che un seguito e, in un certo senso, un'estensione della proprietà personale. L'aria che respiriamo, l'acqua che beviamo, il frutto che mangiamo, si trasformano in nostra personale sostanza per effetto di un lavoro involontario o volontario del nostro corpo. Attraverso operazioni analoghe, benché più dipendenti dalla mia volontà, io mi approprio di un oggetto che non appartiene a nessuno, e di cui ho bisogno, attraverso un lavoro che lo modifica, che lo rende idoneo al mio uso personale. Il mio lavoro mi apparteneva e mi appartiene ancora: l'obiettivo verso il quale l'ho indirizzato, sul quale ho investito, era mio

permettono mai a un uomo di disinteressarsi di sé tanto da trascurare la propria conservazione» (pp. 293-295).

¹⁴² M. Forsyth, *Reason and Revolution*, cit., pp. 65-67.

¹⁴³ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, Tomo I, cit., p. 124.

come di tutti; esso apparteneva più a me che agli altri, in quanto rispetto agli altri vantavo su di esso il diritto del primo occupante. Queste condizioni sono sufficienti per fare di questo oggetto una mia proprietà esclusiva. Lo stato sociale vi aggiunge, in virtù di una convenzione generale, una sorta di consacrazione legale; ed è necessario supporre questo ultimo atto, per poter attribuire alla parola proprietà tutta l'estensione di significato che siamo soliti attribuire ad essa nelle nostre società civilizzate. (...) È libero colui che ha la certezza di non essere ostacolato nel godimento della sua proprietà personale e nell'uso della sua proprietà reale»¹⁴⁴.

Nonostante le evidenti analogie tra Sieyès e Locke in merito al diritto di proprietà e al nesso libertà-proprietà, la situazione politico-costituzionale della Francia del 1789 differisce così tanto da quella dell'Inghilterra del 1690 da indurre Forsyth a escludere ogni ulteriore parallelismo tra Sieyès e Locke. L'autore di *Two Treaties of Government* era mosso dal tentativo di dimostrare che la monarchia assoluta non fosse una forma di governo accettabile: un sovrano la cui politica mirasse ad instaurare un simile regime poteva perciò essere oggetto di resistenza legittima. La stessa resistenza era giustificata nel caso in cui un governo, di qualunque natura esso fosse, avesse violato i diritti di proprietà dei sudditi. La dimostrazione lockiana della legittimità della resistenza riposa, infatti, sul riconoscimento dell'esistenza di un ordine naturale dato nel quale l'uomo, soggetto solo alle leggi naturali, vive già in società coi propri simili: si tratta di una società che precede ed è per certi aspetti superiore alla stessa associazione politica. Sieyès, al contrario, non è interessato a difendere dagli abusi del potere politico un ipotetico ordine naturale stabilito da Dio, bensì a creare *ex novo* un ordine politico laddove a suo parere non ne esisteva alcuno. Poiché, per riprendere le parole di Forsyth, «*his goal was not resistance but inauguration*»¹⁴⁵, è probabile che Sieyès abbia trovato non in Locke bensì in Hobbes una più immediata fonte di ispirazione. Le espressioni *mécanisme social* e *machine ordinaire*, adoperate nel capitolo V di *Che cos'è il Terzo Stato?*, sono fedeli al lessico hobbesiano. In questo celebre capitolo, dove per la prima volta viene introdotta la distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* e dove viene riconosciuto soltanto alla nazione il diritto di darsi una costituzione, Sieyès scrive: «non si potrà mai comprendere il meccanismo della società se non risolvendosi ad analizzarla come una macchina qualsiasi, esaminandone una ad una le diverse parti, per poi ricongiungerle mentalmente, l'una dopo l'altra, fino a

¹⁴⁴ *Ivi*, Tomo I, pp. 385-386.

¹⁴⁵ M. Forsyth, *Reason and Revolution*, cit., p. 66.

coglierne le intime corrispondenze e sentire l'armonia d'insieme che deve risultarne»¹⁴⁶.

L'influenza di Hobbes è evidente inoltre nel concetto di nazione, nucleo della dottrina rivoluzionaria di Sieyès e insieme punto di partenza della sua teoria costituzionale. La nazione, che in Sieyès non è un concetto etnico, fondato sulla presunta esistenza di elementi irrazionali o prerazionali quali il sangue, la razza, la lingua, ha tre caratteristiche: in primo luogo, con riguardo all'aspetto antropologico e morale, la nazione si presenta come un'unione volontaria di individui isolati ed uguali che sono all'origine di ogni potere; in secondo luogo, con riguardo agli aspetti politici ed economici dell'associazione, la nazione è lo spazio in cui si svolgono le attività private e si esercitano le funzioni pubbliche; infine, con riguardo al processo storico di formazione della nazione, essa è il Terzo Stato, cioè un'entità storica formatasi in seno all'*Ancien Régime*. L'idea di nazione come unione di individui uguali è il risultato della teoria politica moderna: è nel contrattualismo hobbesiano che va rintracciata la matrice dell'idea di nazione in Sieyès.

Più complesso è il rapporto tra Sieyès e Rousseau. Nonostante riconosca l'esistenza di alcune affinità tra le idee di Rousseau e quelle di Sieyès in merito alla struttura del sistema politico (accomunano i due soprattutto il linguaggio della volontà, la fiducia nella ragione, la diffidenza nei confronti della storia), Paul Bastid, a cui si deve uno dei primi e più informati studi sull'abate, ritiene che Sieyès sia riconducibile più alla tradizione lockiana dello 'Stato guardiano' che alla tradizione rousseauiana della *aliénation totale*¹⁴⁷. Di parere analogo è Jakob Talmon¹⁴⁸, il quale, duro con Rousseau e con i giacobini, salva Sieyès dall'accusa di fare messianismo politico. Per Talmon gli aspetti del pensiero di Sieyès contenenti «implicazioni totalitarie», quali «la tendenza dottrinarica assolutista, la coercizione rivoluzionaria, l'accentramento egualitario, la

¹⁴⁶ J.-E. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, Tomo I, cit., p. 253.

¹⁴⁷ Cfr. P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, cit.

¹⁴⁸ Cfr. J. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, cit., pp. 98-99: «Le idee di Sieyès del primo periodo della rivoluzione sono diventate parte integrante della coscienza europea occidentale e sono entrate nella struttura del moderno pensiero liberal-democratico in modo tale da rendere difficile capire quanto rivoluzionarie esse fossero all'epoca in cui apparvero e comprendere le grandi potenzialità democratico-totalitarie ad esse immanenti. Tuttavia proprio queste idee, che divennero una pietra miliare nello sviluppo della democrazia liberale, si prestavano ad aprire allo Stato moderno la strada del totalitarismo. Esse favorirono l'inizio di quel processo di sempre crescente accentramento che porta al totalitarismo dei fatti, verso il quale lo Stato moderno si è indirizzato negli ultimi centocinquanta anni, e segnarono anche un progresso decisivo verso il totalitarismo delle idee basato su un unico credo».

concezione di una nazione omogenea», sono bilanciati dalla fede nel ‘dogma’ lockiano della proprietà, che «riporta fermamente le idee di Sieyes sulla strada del liberalismo»¹⁴⁹.

3. *I controrivoluzionari e la critica della democrazia*

Negli anni immediatamente successivi allo scoppio della Rivoluzione francese fanno la loro comparsa alcune delle critiche più radicali alla nuova organizzazione del potere costruita sulla base del riconoscimento dei diritti dell’uomo e del cittadino. Non diversamente dalla Rivoluzione anche la controrivoluzione ha i propri teorici e apologeti intellettuali, molti dei quali tra il 1789 e il 1792 fuggono dalla Francia alla volta di Torino o Milano, Londra o Madrid, e, dall’esilio, continuano a scrivere sugli eventi rivoluzionari che si susseguono vorticosamente. Inefficace sul piano della politica, la controrivoluzione – ampia famiglia composta da aristocratici fautori dell’*Ancien Régime* esiliati all’estero, vandeiani, cattolici *ultras*, chierici che non accettano la Costituzione civile del clero, romantici tedeschi – produce i suoi frutti più duraturi nel campo del pensiero, elaborando, in una dottrina sistematica che fa registrare la sua costante presenza lungo l’intero arco del XIX secolo, le ragioni della propria ostilità al mondo nato dalla Rivoluzione¹⁵⁰. Per ‘controrivoluzionari’ *stricto sensu* si intendono, dunque, alcuni autori di cultura filosofico-politica che, in Inghilterra, in Francia, nell’area culturale germanofona, in Italia, in Spagna, sono accomunati dal rifiuto dei principi del 1789, in particolare dalla critica dei ‘diritti dell’uomo’ e del nuovo mondo costruito a partire dal loro riconoscimento. Diritti dell’uomo e sovranità popolare, ragione soggettiva e volontà costituente, rivoluzione, costituzione e democrazia suscitano la pronta reazione di una serie variegata di personaggi –Burke, Mallet-Du Pan, Maistre, Bonald, Müller, Gentz, Haller, Görres, Stahl, Baader, il primo Lamennais, Rosmini, Taparelli d’Azeglio, Donoso Cortés – che possono essere sommariamente distinti individuando, all’interno del pensiero controrivoluzionario, le due grandi componenti: quella tradizionalistica e storicistica, rappresentata da Burke, e quella ‘teocratica’ o ‘cattolico-tradizionalistica’, che ha in Maistre e Bonald i suoi primi esponenti.

A costituire il campo della controrivoluzione non è il rifiuto dell’idea che la monarchia francese dovesse essere riformata. La necessità di una riforma, infatti, è condivisa da tutta la società francese, compresi gli ordini

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 106.

¹⁵⁰ M. Boffa, *Controrivoluzione*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., pp. 594-602 (: 596).

privilegiati. Fino al termine del 1789, coloro che diverranno i primi esponenti della dottrina controrivoluzionaria, Burke, Mallet du Pan, Maistre, Bonald, Lamennais seguono con benevola attenzione gli eventi dell'Assemblea costituente e auspicano, in quanto aristocratici ed eredi di una lunga tradizione di lotta contro l'accentramento monarchico, una riforma della monarchia nel senso di una limitazione dell'assolutismo. All'inizio, inoltre, anche per coloro che si oppongono alle innovazioni, più che di una controrivoluzione vera e propria, si può tutt'al più parlare di una resistenza al processo riformatore. Il programma di timido riformismo enunciato da Luigi XVI nel suo discorso alla *séance royale* del 23 giugno, che definisce i limiti entro i quali la monarchia francese è disposta ad accettare un'evoluzione riformista, è fatto proprio anche da coloro che, successivamente, si sarebbero collocati dalla parte della controrivoluzione¹⁵¹. La crisi decisiva è di altra e più profonda natura: ciò che provoca il passaggio da un atteggiamento di semplice resistenza alla controrivoluzione dichiarata è la repentina metamorfosi della 'rappresentanza politica', che vede la trasformazione della parte nel Tutto, cioè del Terzo Stato - uno soltanto degli ordini dell'*Ancien Régime* - in Assemblea nazionale, ovvero in soggetto politico che si assegna il compito non di 'rigenerare' bensì di 'fare' la costituzione. All'interno di una forma di Stato ancora monarchica, la sovranità della nazione si pone in concorrenza con quella del re: questa è la deriva democratica della Rivoluzione che i controrivoluzionari non possono accettare. Con essa sembrava fallire - i fatti dell'agosto 1792 forniranno una conferma di questi timori - il tentativo di indirizzare la Rivoluzione sulla strada di una monarchia costituzionale all'inglese, che aveva rappresentato il modello dei riformatori del XVIII secolo.

Il primo a scrivere una requisitoria passionale e durissima contro una rivoluzione che, ancora orientata ad un modello di 'monarchia costituzionale', non sembra giustificare la violenza delle accuse è un inglese, Edmund Burke, autore di *Reflexions on the Revolution in France* del 1790. Burke, che coglie precocemente il significato epocale della Rivoluzione, ne intravede il volto terribile ben prima della deriva giacobina. Sulla base di un'idea di 'natura' antitetica rispetto a quella della scuola del diritto naturale e dell'Illuminismo, Burke giudica la Rivoluzione un evento 'contro natura', incompatibile tanto con i 'veri' diritti, quanto con la 'vera' costituzione. Anche l'Inghilterra aveva avuto, nel XVII secolo, la propria rivoluzione, ma essa, lungi dall'aver voluto instaurare una costituzione e un ordinamento sociale completamente nuovi, era stata piuttosto la

¹⁵¹ Cfr. A. Forrest, *La Rivoluzione francese*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 136-141.

restaurazione di un'antica legalità violata. Il *Bill of Rights* che conclude la *Glorious Revolution*, se guardiamo al suo contenuto, appare più che una carta dei diritti dei cittadini inglesi, un contratto bilaterale tra il *populus* e il *rex*, o, meglio, fra il Parlamento che rappresentava la nazione e Guglielmo d'Orange. Diretto a ristabilire l'antica costituzione del regno, questo patto rientra nella tradizione del *pactum subjectionis*. Al contrario, le moderne costituzioni scritte nate negli Stati Uniti e in Francia non contemplan più la presenza del *populus* e del *rex* nell'atto di stipulare o rinnovare, fronteggiandosi l'un l'altro, un patto di soggezione. Nelle moderne costituzioni resta il popolo come unico protagonista del processo costituente¹⁵². Opponendo la rivoluzione 'buona' – quella inglese del 1689 – alla rivoluzione 'cattiva' – quella francese del 1789 – Burke è il primo ad introdurre, nel dibattito sulla Rivoluzione francese, il confronto con l'esperienza inglese. Il problema comparativo diventerà presto un *topos* della storiografia liberale da Madame de Staël a Guizot, fino a Tocqueville che sostituirà però al riferimento inglese quello americano, dando al discorso storiografico un respiro non più esclusivamente europeo ma atlantico.

È sulla base dell'idea di *inheritance* che Burke, critico tanto del giusnaturalismo, del contrattualismo e del volontarismo moderni quanto del razionalismo dei *philosophes* e dell'astrattezza dei principi proclamati nel 1789, oppone al concetto di costituzione-decisione quello di costituzione-processo. In virtù dell'idea di *inheritance* la temporalità di Burke non è quella religiosa della Provvidenza. Egli immagina, certo, la vita della comunità politica in un orizzonte che trascende l'esistenza del singolo, ma questa 'trascendenza' ha la natura della profondità storica più che della verticalità dell'eterno. Burke colloca la vita di ciascun uomo in una catena di responsabilità verso il passato e verso il futuro, che gli impediscono, in materia politico-costituzionale, di dare libero sfogo alla propria creatività istituzionale. Una analoga preoccupazione di contrapporre la continuità della storia al tempo spezzato della rivoluzione domina anche gli scrittori controrivoluzionari francesi, ma viene articolata con un linguaggio che non si rifà all'immanenza della *longue durée*, ma alla trascendenza del senso provvidenziale degli eventi terreni. Ricapitolando: la concezione rivoluzionaria poneva la costituzione, e la politica tutta, sotto l'autorità sovrana della nazione, o, meglio, dell'Assemblea nazionale, cioè delle volontà soggettive degli individui che di quell'Assemblea erano membri; la concezione conservatrice *à la Burke* poneva la costituzione sotto l'autorità

¹⁵² Cfr. N. Matteucci, *Stato moderno*, cit., pp. 137-138.

sovrana della storia; la concezione teocratica o cattolico-tradizionalistica à la Maistre, invece, la poneva sotto l'autorità sovrana dell'Onnipotente.

Autore di *Considérations sur la révolution en France*, pubblicate a Bruxelles nel 1793, Mallet-Du Pan¹⁵³ critica la Rivoluzione in quanto, mettendo a repentaglio l'ordine, si consegnava il paese alle folle. Schierato, da liberale moderato sensibile alla necessità di riformare l'*Ancien Régime*, con il partito dei *monarchien* nella prima fase della Rivoluzione, si esprime con voto contrario alla *Dichiarazione dei diritti*, opponendo alla soluzione francese la via americana al costituzionalismo, e prende poi le distanze dalla repubblica giacobina senza confondersi del tutto con la controrivoluzione. Molti pubblicisti cattolici dell'epoca vedono la monarchia e la Chiesa unite da una comune, terribile sorte: a partire da una visione profondamente conservatrice del cattolicesimo, la Rivoluzione viene avversata perché percepita non solo come un attacco al 'trono', ma ancor più come un attacco all' 'altare', alla posizione del clero nella società e ai valori della religione e della fede. Il gesuita Augustin Barruel è uno di questi: egli interpreta la Rivoluzione come il castigo che l'Onnipotente ha inflitto al popolo francese per aver abbandonato la retta via della religione cedendo al complotto dei *philosophes* (i «sofisti», li chiama) e dei massoni del secolo dei Lumi. La tesi del complotto intellettuale-massonico, elaborata da Barruel alla fine del XVIII secolo, sarebbe diventata parte integrante della tradizione storiografica di destra¹⁵⁴.

Mentre alcuni liberali tentano di distinguere il nucleo 'sano' della Rivoluzione – la proclamazione dei diritti di libertà e proprietà privata *in primis* – dalle sue deviazioni 'dispotiche', altri, come Joseph de Maistre e Louis de Bonald¹⁵⁵, in sintonia con l'*abbé* Barruel, vedono nella

¹⁵³ Cfr. su Mallet-Du Pan N. Matteucci, *Jacques Mallet-Du Pan*, Napoli, 1957; F. Acomb, *Mallet-Du Pan. 1749-1800. A Career in Political Journalism*, Duhram, 1973.

¹⁵⁴ Cfr. F. Furet, *Critica della rivoluzione francese*, cit., pp. 187-188.

¹⁵⁵ Su Maistre e Bonald cfr. F. Diaz, *Rivoluzione e controrivoluzione*, in L. Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali. IV. L'età moderna*, tomo II, Torino, UTET, 1975, pp. 597-743; C. Galli, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *I controrivoluzionari. Antologia di scritti politici*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 7-56; V. Petyx, *I selvaggi in Europa. La Francia rivoluzionaria di Maistre e Bonald*, Napoli, Bibliopolis, 1987; M. Boffa, *Maistre*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, Bompiani, 1988, pp. 908-914; Id., *Controrivoluzione*, ivi, pp. 594-601; P. Pastori, *Rivoluzione e potere in Louis de Bonald*, Firenze, Olschki, 1990; M. Ravera, *Introduzione al tradizionalismo francese*, Roma-Bari, Laterza, 1991; S. Chignola, *Società e costituzione. Teologia e politica nel sistema di Bonald*, Milano, Franco Angeli, 1993; D. Fisichella, *Il pensiero politico di De Maistre*, Roma-Bari, Laterza, 1993; M. Boffa, *La Contre-Révolution, Joseph de Maistre*, in K.-M. Baker (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. III. The Terror*, Oxford, Pergamon Press, 1994, pp. 291-308; G. Gengembre, *Bonald, 1796-1801: contre-révolution et politique du*

Rivoluzione la tragica conferma dell'assoluta incompatibilità tra l'idea di ordine sociale e politico come tale e l'autonomia, la libertà e l'eguaglianza dei soggetti. L'estate del 1789, con la *Grand peur* dei mesi di luglio e agosto nella provincia francese, l'abolizione dei residui del sistema feudale del 4 agosto e la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 26 agosto, segna la fine dell'adesione di Maistre alla Rivoluzione¹⁵⁶. Per Bonald, invece, la crisi inizia con la vendita dei beni della Chiesa, si acuisce con la Costituzione civile del clero e si compie con il decreto che, nel 1790, impone ai membri del clero l'obbligo del giuramento sulla costituzione. Solo allora Bonald, membro dell'Assemblea dipartimentale dell'Aveyron, si dimette dal suo incarico e prende la via dell'esilio¹⁵⁷.

Maistre e Bonald condannano, da un punto di vista cattolico e con argomentazioni metafisiche e teologico-politiche, l'assurda pretesa del soggetto individuale portatore di diritti di fondare sulla propria ragione soggettiva la legittimità del potere e dell'ordine politico e sociale. Entrambi tracciano una linea che congiunge idealmente Riforma protestante e Rivoluzione francese, ribellione alla Chiesa di Roma e a Dio e proclamazione dei diritti dell'uomo. Scrive Maistre nelle *Riflessioni sul protestantesimo*: «così è chiaro che il protestantesimo sia, letteralmente, il sanculottismo della religione. L'uno invoca la *parola* di Dio; l'altro *i diritti dell'uomo*; ma di fatto si tratta della stessa teoria, dello stesso procedimento e del medesimo risultato. Questi due fratelli hanno sbriciolato la sovranità per distribuirla alla moltitudine»¹⁵⁸. Maistre e Bonald dipendono, in effetti, dall'apologetica controriformistica e soprattutto dal vescovo Bossuet, il quale, nella *Politique tirée de propres paroles de l'Écriture Sainte*¹⁵⁹ (postuma, 1709), ha elaborato la principale teoria francese a sostegno dell'assolutismo monarchico e del diritto divino dei re nella Francia d'*Ancien régime*¹⁶⁰. D'altra parte, la Provvidenza divina – vero protagonista

possible, ivi, pp. 309-321; M. Battini, *L'ordine della gerarchia. I contributi reazionari e progressisti alla crisi della democrazia in Francia 1789-1914*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995; S. Chignola, *Il concetto controrivoluzionario di potere e la logica della sovranità*, in G. Duso (a cura di), *Il potere*, Roma, Carocci, 1999, pp. 323-339; R. Spaemann, *L'origine della sociologia dallo spirito della Restaurazione. Studi su L.G.A. de Bonald*, Roma-Bari, Laterza, 2002; C. Galli, *La critica della democrazia nel pensiero controrivoluzionario*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, pp. 223-257.

¹⁵⁶ Cfr. V. Petyx, *I selvaggi in Europa*, cit., p. 24.

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 24.

¹⁵⁸ C. Galli (a cura di), *I controrivoluzionari*, cit., p. 69.

¹⁵⁹ J.-B. Bossuet, *Politique tirée de propres paroles de l'Écriture Sainte*, Genève, Droz, 1967.

¹⁶⁰ C. Galli, *La critica della democrazia nel pensiero dei controrivoluzionari*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza*, cit., p. 227.

del *Discours sur l'histoire universelle*¹⁶¹ (1681) scritto da Bossuet in qualità di precettore del Delfino di Francia per il suo giovane allievo – resta anche per i controrivoluzionari cattolici il motore della storia. Nonostante il modello antico della democrazia che si rovescia in dispotismo strutturali, a livello retorico, il discorso politico di fine Settecento, «la condanna controrivoluzionaria della democrazia è iscritta all'interno di categorie assai lontane da quelle classiche». Come la Rivoluzione, così anche la democrazia riceve una collocazione all'interno della peculiare interpretazione teologico-politica dei controrivoluzionari. «La democrazia è infatti per questi autori la conseguenza estrema del moderno potere politico razionale, che, rifiutando ogni fondamento esterno e ogni limite metafisico, implica la negazione rivoluzionaria dell'*auctoritas*¹⁶² tradizionale, interpretata cristianamente (e anzi – in prevalenza - cattolicamente). La democrazia è potere disordinato e illimitato – che in quanto tale oscilla tra rivoluzione e dispotismo – la cui origine, la cui natura e le cui dinamiche sono comprensibili a partire dalla teologia politica dei controrivoluzionari»¹⁶³.

Già nel biennio 1794-95, finita l'egemonia dei giacobini alla Convenzione, Maistre si misura direttamente col tema della Rivoluzione e della democrazia *statu nascenti* in *De la souveraineté du peuple. Un anti-contract social*¹⁶⁴, opera che già nel titolo vuole richiamarsi polemicamente alla dottrina della sovranità popolare di Rousseau. Nello *Studio sulla sovranità* Maistre sviluppa un'attenta lettura del *Contratto sociale*, dimostrandone, quasi capitolo per capitolo, la fallacia. Anche Maistre, come prima Burke, parte da un concetto di 'natura' alternativo a quello del giusnaturalismo e del contrattualismo moderni: «la parola natura – afferma - ha fatto pronunciare una quantità immensa di errori. Ripetiamo che la natura di un essere non è che la somma delle qualità attribuite a questo essere dal Creatore»¹⁶⁵. Non può esistere l'uomo allo stato di natura; stato di natura e stato civile non sono momenti distinti dello sviluppo della civiltà e i diritti cosiddetti naturali sono pure invenzioni di filosofi che hanno distolto lo sguardo da Dio. Maistre prende di mira direttamente il ginevrino: «è la

¹⁶¹ J.-B. Bossuet, *Discours sur l'histoire universelle*, Paris, Garnier Flammarion, 1966.

¹⁶² Sul concetto di *auctoritas* cfr. C. Galli, *Autorità*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Istituto per l'Enciclopedia Italiana, 1991, vol. I, pp. 432-443 e G. Preterossi, *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002.

¹⁶³ C. Galli, *La critica della democrazia nel pensiero controrivoluzionario*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza*, cit., p. 227.

¹⁶⁴ J. de Maistre, *Della sovranità del popolo* (1794-95; pubblicato postumo nel 1870 col titolo *Étude sur la souveraineté*), Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; ora anche in J. de Maistre, *Scritti politici*, Siena, Edizioni Cantagalli, 2000, pp. 109-334.

¹⁶⁵ J. de Maistre, *Scritti politici*, cit., p. 121.

mania eterna di Rousseau mettere in ridicolo i filosofi senza sospettare affatto di essere anch'egli un filosofo in tutta la pienezza del significato che egli attribuiva a questa parola; così per esempio il *Contratto sociale* nega da un capo all'altro la natura dell'uomo quale essa è, per spiegare il patto sociale che non esiste affatto. È così che si ragiona quando si separa l'uomo dalla Divinità»¹⁶⁶.

La Rivoluzione francese è giudicata, sia da Maistre sia da Bonald, come la negazione dei fondamenti metafisici dell'ordine politico, rappresentando l'ultimo e il più devastante episodio all'interno del processo di generale decadenza e corruzione che caratterizza la storia europea a partire dalla Riforma protestante. Il piano della lotta politica immediata contro gli esiti della Rivoluzione è trasceso, cioè, in direzione di una profonda meditazione sulle cause filosofico-religiose – Riforma protestante e filosofia dei «lumi» - della Rivoluzione. La Rivoluzione è un «miracolo», sostiene Maistre, ma un miracolo in negativo, poiché è frutto della ribellione dell'uomo a Dio e del sovvertimento dell'ordine della creazione. Essa si basa sull'empia pretesa di poter essere autori della propria storia, mentre secondo le convinzioni cattoliche di Maistre, esiste un disegno provvidenziale all'interno del quale anche quell'evento dal «carattere satanico» che è la Rivoluzione trova una sua imperscrutabile giustificazione.

Spirito ben più sistematico, ma scrittore meno brillante, Bonald, in apertura dell'imponente *Théorie du pouvoir*, enuncia la tesi che l'uomo non può assegnare una costituzione alla società così come non può «dare la pesantezza ai corpi o l'estensione alla materia». La critica di Bonald alla democrazia, svolta come in Maistre a partire dall'incompatibilità tra teologia cattolica, razionalismo politico moderno e democrazia, è una costante delle sue opere dalla *Théorie du pouvoir* (1796), all'*Essai analytique sur le lois naturelles de l'ordre social* (1800) e alla *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société* (1827). Mentre il pensiero moderno è «la filosofia dell'uomo individuale, dell'io», Bonald, reagendo alla deriva che ha colpito la cultura europea a partire dalla Riforma, si attribuisce il merito di aver fondato «la filosofia dell'uomo sociale, la filosofia del noi». Robert Spaemann, in *L'origine della sociologia dallo spirito della Restaurazione* (1959), fornisce un'interpretazione di Bonald che, insistendo sugli elementi radicalmente moderni del suo antimodernismo, colloca il pensatore controrivoluzionario all'origine della moderna sociologia. Proprio in quanto vuole essere reazionario, e quindi capace di sostenere la sfida mossagli dal proprio avversario (il razionalismo, il costruttivismo, il costituzionalismo, la democrazia), Bonald finisce per

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 120.

interagire positivamente con il quadro categoriale della politica moderna dal quale vorrebbe, invece, prescindere.

4. *La Rivoluzione, Tocqueville e le due democrazie*

L'attenzione per la dimensione del 'sociale' accomuna i due capolavori di Tocqueville¹⁶⁷ - *La democrazia in America* e *L'Antico regime e la Rivoluzione* - facendo di quest'aristocratico normanno il primo «profeta» della società di massa¹⁶⁸. Liberando il termine 'democrazia' dal legame con la teoria classica delle 'forme di governo', in *La democrazia in America* (1835-1840) Tocqueville lo adopera per descrivere la caratteristica fondamentale della società americana: il punto saliente dello «stato sociale» degli angloamericani – stabilitisi sulle coste della Nuova Inghilterra dove mai fu depresso il «germe dell'aristocrazia» - è di essere essenzialmente democratico¹⁶⁹. Prima di volgere la propria attenzione al principio della sovranità popolare e all'organizzazione costituzionale delle istituzioni politiche, è all'uguaglianza delle condizioni che Tocqueville guarda. D'altra parte, sostenendo in *L'Antico regime e la Rivoluzione* (1856) l'allora originalissima tesi dell'esistenza di profonde continuità tra la Francia d'*Ancien Régime* e quella post-rivoluzionaria, Tocqueville è stato l'unico storico del proprio tempo a studiare l'assolutismo dei Borboni come un fenomeno sociologico prima che politico, e a vedere nell'assolutismo uno

¹⁶⁷ Su Tocqueville cfr. S. Drescher, *Dilemmas of Democracy. Tocqueville and Modernization*, Pittsburg (Penn.), University of Pittsburg Press, 1968; F. Furet, *Tocqueville e il problema della rivoluzione francese*, in Id., *Critica della rivoluzione francese*, cit.; J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, 1983; F.M. De Sanctis, *Tempo di democrazia. Alexis de Tocqueville*, Napoli, Esi, 1986; A.M. Battista, *Studi su Tocqueville*, Firenze, Centro editoriale toscano, 1989; N. Matteucci, *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Bologna, Il Mulino, 1990; A. Jardin, *Alexis de Tocqueville. 1805-1859*, Milano Jaca Books, 1994; R. Pozzi, *Tocqueville, la triade rivoluzionaria e i problemi della modernità politica*, in M. Donzelli – R. Pozzi (a cura di), *Patologie della politica. Crisi e critica della democrazia tra Otto e Novecento*, Roma, Donzelli, 2003, pp. 17-30; P.P. Portinaro, *Democrazia d'America e democrazia d'Europa*, *ivi*, pp. 31-48; S. Chignola, *Democrazia: Tocqueville e la storia del concetto*, in G. Duso (a cura di), *Oltre la democrazia*, Roma, Carocci, 2004, pp. 211-239; F.M. De Sanctis, *La tirannia della maggioranza nella Democrazia in America, tra 'punto di partenza' e 'stato sociale'*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, cit., pp. 7-20.

¹⁶⁸ Cfr. su Tocqueville come profeta della società di massa N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, cit., pp. 267-272.

¹⁶⁹ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di Giorgio Candeloro, Milano, Rizzoli, 2002, p. 57 (I, 3. 'Stato sociale degli angloamericani'; I, 4. 'Il principio della sovranità del popolo in America').

strumento di sovversione - al pari della Rivoluzione, anzi ancor prima della Rivoluzione stessa - della trama dei rapporti sociali¹⁷⁰.

4.1. *L'America e la Francia a confronto*

In *La democrazia in America* Tocqueville affronta il tema della democrazia rovesciando il modo in cui il pensiero democratico francese del Settecento, da Mably a Rousseau a Condorcet, lo aveva impostato. Invece di dedurre logicamente quale ordine politico possa attuare gli ideali di libertà e di uguaglianza, invece di costruire un'utopia razionale da realizzare nella realtà storico-politica, descrive empiricamente il funzionamento di una democrazia esistente. Tocqueville guarda alla democrazia come è, non come dovrebbe essere, e lo fa nell'unico posto al mondo dove esisteva davvero una democrazia, cioè un sistema politico fondato sul riconoscimento della sovranità popolare e del suffragio universale: gli Stati Uniti d'America¹⁷¹. Nonostante le simpatie nutrite nei confronti del paese che aveva conquistato l'indipendenza dall'Inghilterra, i più prestigiosi esponenti del liberalismo francese – M.me de Staël, Benjamin Constant, François Guizot, Edgard Quinet, Adolphe Thiers – si mantengono all'interno di una prospettiva storica e politica eurocentrica, segnata dalle idee di nazione e di classe sociale come realtà emergenti, e guardano all'America come ad una lontana provincia dell'Europa, destinata a seguire e ripetere, non ad anticipare, le vicende del Vecchio Continente. La meditazione dell'esperienza vissuta in America consente a Tocqueville di capovolgere l'impostazione dominante nella cultura storico-politica del suo paese e di presentare la democrazia americana come lo *speculum* nel quale scrutare il futuro che attende le società europee. Se si vuole cercare nell'immediato passato un 'maestro' di Tocqueville è in Montesquieu che bisogna individuare questa figura. Tocqueville può apparire, in effetti, come un 'allievo' ed erede di Montesquieu che, nobile proto-liberale e studioso comparatista, aveva distinto tra la 'natura' e il 'principio' delle costituzioni. In assenza della vasta fenomenologia politica del Presidente, l'analisi di Tocqueville risulta molto più limitata nel suo oggetto di quella svolta nell'*Esprit des lois*, ma più profonda e dettagliata, più pragmatica e meno legata a *topoi* letterari e miti moralistici. Il distacco da Montesquieu si fa evidente nella seconda

¹⁷⁰ Cfr. su Tocqueville e la 'Rivoluzione sociale dell'assolutismo' F. Furet, *Tocqueville*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., pp. 984-995 (: 988).

¹⁷¹ Cfr. sulla sovranità popolare e sul suffragio universale rispettivamente i capitoli I, 4. e II, 5. in A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., pp. 65-67 e p. 209.

parte di *La democrazia in America* dove, percorrendo quasi la moderna sociologia della conoscenza, esamina, non più da politologo comparatista ma da sociologo politico, l'influenza di un assetto socio-politico, quello della moderna società democratica, sulla sfera intellettuale, sui sentimenti e sui costumi di un popolo e tenta di comprendere come questi mutamenti spirituali, poi, agiscano di nuovo sul sistema politico.

Sorto in seguito alla pubblicazione nel 1964 di un saggio di Seymour Drescher, *Tocqueville's Two Democracies* che richiamava l'attenzione sulla seconda parte di *La democrazia in America*, il fecondo dibattito sull'unità complessiva dell'opera o sulla discontinuità fra la prima e la seconda *Démocratie* è all'origine di quello che resta tuttora uno dei più importanti studi in materia: il libro di Jean-Claude Lamberti dal titolo, appunto, *Tocqueville et les deux démocraties*, del 1983¹⁷². Le 'due democrazie' cui Lamberti fa riferimento sono, in primo luogo, le due parti dell'opera, quella uscita nel 1835 e quella risalente al 1840. Ma le 'due democrazie' possono essere intese, a buon diritto, anche come i due esempi storici di moderna società democratica: l'America, da un lato, la Francia, dall'altro. In effetti il viaggio di andata negli Stati Uniti e il viaggio di ritorno in patria consentono al giovane Tocqueville di comparare tra loro due diverse realtà: una democrazia che non aveva trovato avversari sulla propria strada, quella americana, e un'altra che aveva dovuto sconvolgere un continente intero per affermarsi, quella francese, nata dalla rivoluzione e dall'abolizione della struttura corporativa della società d'*Ancien Régime*.

La società democratica francese si è affermata in seguito ad una terribile rivoluzione. La società democratica americana, invece, è nata senza rivoluzione, e se talvolta si parla di 'Rivoluzione americana', ciò è soltanto per designare la conquista da parte degli americani della propria indipendenza. La democrazia d'oltre Atlantico, soprattutto, non è nata - a differenza della democrazia francese - da una guerra civile: non ha origine, cioè, dall'individuazione nell'aristocrazia del 'nemico interno' e dalla sua distruzione come ceto privilegiato. Tocqueville, che nel corso della sua vita non ha mai smesso, da aristocratico, di riflettere sulle conseguenze della distruzione dell'aristocrazia francese, analizza la società americana attraverso un duplice confronto: il confronto America-Inghilterra e quello America-Francia. Il primo gli consente di guardare - a prescindere dalla crisi di una rivoluzione 'anti-nobiliare', che, in effetti, in Inghilterra non ci fu - l'opposizione tra una società democratica, quella americana, e una società in cui l'aristocrazia ha conservato il proprio ruolo sociale e politico, quella inglese. Il secondo gli consente di comparare due società democratiche -

¹⁷² Il dibattito ha coinvolto in Italia A.M. Battisti e F.M. De Sanctis.

seppure esse abbiano raggiunto stadi diversi del processo di democratizzazione - e di osservare, in particolare, la società francese tentando di scindere gli effetti della democrazia dagli effetti della Rivoluzione¹⁷³.

L'idea madre che accomuna le due democrazie, quella americana e quella francese, è la stessa: l'inarrestabile processo verso l'uguaglianza. Ma l'uguaglianza delle condizioni non ha la stessa matrice e, di conseguenza, gli stessi esiti nell'un caso e nell'altro. In Europa, l'uguaglianza degli individui, presupposta nelle teorie del contratto sociale come uno dei tratti caratteristici degli uomini nello stato di natura, storicamente è prodotta, in età moderna, dall'assoggettamento dei sudditi al potere assoluto dello Stato. Al processo di *State-building* si associano i due processi paralleli di costruzione del soggetto e di normalizzazione della popolazione nella forma della nazione. Diversamente dall'esperienza del Nuovo Continente, in Europa l'uguaglianza delle condizioni è un prodotto dell'azione del potere, non un dato di fatto come nelle comunità dei coloni americani. È il punto di arrivo, non il punto di partenza. La scissione, propria del soggetto politico continentale immaginato dalla teoria politica moderna, delle due dimensioni di pubblico e privato, interno ed esterno – avente come esito la sua spolitizzazione - è il risultato del processo di autorizzazione attraverso il quale i soggetti esercitano il proprio potere nell'unico atto della sua alienazione al rappresentante sovrano. La capacità di autogoverno democratico di cui gli americani danno prova a più livelli della propria organizzazione federale (soprattutto al livello locale nelle istituzioni comunali, ma anche nelle contee e negli Stati dell'Unione) dipende in modo essenziale dal loro *point de départ*: «l'America è il solo paese nel quale si possa assistere allo sviluppo naturale e tranquillo di una società, e precisare l'influenza esercitata dal punto di partenza nell'avvenire degli Stati»¹⁷⁴. A dispetto dell'opinione di chi ritiene che libertà ed uguaglianza siano principi contraddittori, e liberalismo e democrazia ideologie e realtà incompatibili, nel 1835 Tocqueville descrive un paese, l'America, nel quale l'uguaglianza delle condizioni e la libertà civile e politica possono coesistere. La sua opinione in merito al rapporto tra democrazia e libertà si fa però più complessa nel 1840, quando il tema della libertà è affrontato in primo luogo come libertà di pensiero ed originalità e la democrazia come il sistema socio-politico dominato dal conformismo individualistico.

È una tesi sostenuta da Lamberti quella secondo la quale l'opposizione aristocrazia-democrazia, che non è un semplice espediente

¹⁷³ Cfr. in proposito J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., p. 39.

¹⁷⁴ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 42 (Libro I, Cap. 2 'L'origine degli angloamericani e l'influenza che essa ha avuto sul loro avvenire').

retorico ma un «vero strumento interpretativo» adoperato per i più svariati usi comparativi, si snodi come un *fil rouge* e si articola in molteplici sfumature e contrasti lungo tutta l'opera, sia la prima sia la seconda *Démocratie*. Astraendo à la Weber i due tipi ideali di 'aristocratico' e 'democratico' attraverso la selezione dei loro tratti essenziali, l'intenzione di Tocqueville è di «centrare le sue analisi sull'opposizione fondamentale di due tipi di società e in definitiva di due tipi di uomo»¹⁷⁵. In un testo inizialmente scritto come prefazione alla seconda *Démocratie* e rimasto poi inedito, Tocqueville spiega il proprio metodo d'analisi in questi termini: «*Pour me faire bien comprendre, je suis sans cesse obligé de prendre des états extrêmes, une aristocratie sans mélange de démocratie, une démocratie sans mélange d'aristocratie. Il m'arrive d'attribuer à l'un ou l'autre des deux principes des effets plus complets que ceux qu'ils produisent en général, parce qu'en général ils ne sont pas seuls. Le lecteur doit discerner dans mes paroles ce qui est mon opinion véritable de ce qui est dit pour le faire bien comprendre*»¹⁷⁶. Gli elementi aristocratici sono quei beni rari – nascita, ricchezza, cultura - che necessariamente non possono essere propri che del piccolo numero. L'accumulazione in un ceto o in un gruppo di persone pressoché impermeabile dei beni sociali rari definisce lo stato sociale aristocratico, e l'esercizio del potere da parte di questo ceto definisce l'aristocrazia nel senso politico del termine. Lamberti sottolinea la modernità di tale concezione, e di quella, speculare alla precedente, del tipo 'democratico', entrambe costruite in modo analogo alle nozioni che oggi vanno sotto il nome di 'accumulazione' o 'dispersione delle risorse' e di 'élite di potere' – sia che si tratti di un'unica *élite* unita e uniforme sia che si tratti di *élites* plurali e divise - . Il metodo tocquevilliano di individuazione dei tipi dell' 'aristocratico' e del 'democratico' sarebbe analogo a quello adottato da sociologi contemporanei della politica come Robert Dahl e Raymond Aron.

L'esame dei quaderni di viaggio di Tocqueville attesta che per decifrare la realtà americana egli adoperava, sin dal suo arrivo in America, le categorie di pensiero rese celebri da Montesquieu nell'*Esprit des lois: causes physiques, lois e mœurs*. Alla fine della *Démocratie* del 1835, quando conclude l'analisi delle cause che favoriscono il mantenimento della repubblica democratica negli Stati Uniti, Tocqueville, che condivide col Presidente il metodo comparatista nello studio dei sistemi politici, afferma: «le leggi americane sono buone e bisogna attribuire loro una gran parte del successo del governo democratico; ma non credo che esse ne siano la causa

¹⁷⁵ J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., p. 40.

¹⁷⁶ *Ivi*, pp. 40-41.

principale, poiché se esercitano sulla quiete pubblica un'influenza maggiore di quella dipendente dalle cause fisiche, tale influenza è minore di quella dei costumi. (...) Sono dunque particolarmente i costumi che rendono gli americani degli Stati Uniti, soli fra tutti gli americani, capaci di sopportare l'impero della democrazia (...) Sono convinto che la situazione più felice e le migliori leggi non possono conservare una costituzione a dispetto dei costumi, mentre invece questi traggono partito anche dalle posizioni più sfavorevoli e dalle leggi più cattive. L'importanza dei costumi è una verità comune cui lo studio e l'esperienza riconducono continuamente. Mi pare di trovarla nello spirito come un punto centrale; e la scorgo come al culmine di tutte le mie idee»¹⁷⁷.

Innanzitutto, l'*incipit* del capitolo 9 (Libro II, prima *Démocratie*) è una sentenza con la quale Tocqueville fa *tabula rasa* di alcuni classici luoghi comuni sulla democrazia, che la vedevano come una forma di governo effimera ed instabile, sempre in procinto di tramutarsi in anarchia o dispotismo: «negli Stati Uniti la repubblica democratica è durevole. Lo scopo principale del presente libro è quello di spiegare le ragioni di questo fenomeno»¹⁷⁸. Le cause accidentali, provvidenziali e fisiche cui Tocqueville si riferisce sono l'emigrazione di uomini, che «non avevano alcuna idea di una qualunque superiorità degli uni sugli altri»¹⁷⁹, e la grande estensione e l'immensa ricchezza delle terre del continente americano, che hanno reso possibile che i suoi abitanti si mantenessero a lungo liberi ed eguali: «il benessere generale favorisce la stabilità di tutti i governi, ma particolarmente del governo democratico, che si basa sulle disposizioni della maggioranza e principalmente sulle disposizioni di quelli che sono esposti al bisogno» (I, 1-2-3)¹⁸⁰. Per quanto riguarda le leggi, tre cose concorrono più di tutte le altre alla conservazione della democrazia americana: l'esistenza di molteplici istituzioni comunali che, moderando il dispotismo della maggioranza, consentono ai cittadini di sperimentare, nell'autogoverno locale, il gusto della libertà (I, 5); il potere giudiziario che, investito anche di «un immenso potere politico»¹⁸¹ in virtù del *judicial review of legislation*, funge da contrappeso alla democrazia, correggendo gli errori o rallentando le tendenze messe in moto dalla maggioranza (I, 6);

¹⁷⁷ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., pp. 307-308 (il capitolo 9 del libro II della prima *Démocratie*, intitolato 'Cause principali che contribuiscono alla conservazione della Repubblica democratica negli Stati Uniti', costituisce la vera conclusione dell'opera del 1835, ben più dell'ultimo capitolo, il 10).

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 279.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 43.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 282.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 102.

infine la struttura federale della costituzione che coniuga i vantaggi della grande potenza con quelli del piccolo Stato (I, 8; a questo proposito è evidente l'influenza esercitata su Tocqueville dalla lettura del *Federalist*, soprattutto dei *papers* di Hamilton in difesa della repubblica federale). Per quanto riguarda le cause morali ossia i costumi degli americani, l'esame di Tocqueville si fa più complesso e va dalla assoluta centralità dello spirito di associazione (II, 4) all'influenza positiva esercitata dalla religione sulla società e sulle istituzioni (II, 9). Il rapporto tra democrazia e religione è centrale in Tocqueville non solo per ragioni comparative e, per così dire, estrinseche - l'ostilità del secolo dei Lumi per i dogmi, la violenza dei colpi sferrati dalla Rivoluzione francese all'alleanza fra 'trono' e 'altare', il processo di secolarizzazione della modernità e la crisi del principio d'autorità nelle società europee - ma anche per ragioni del tutto interne all'esperienza americana: i primi emigrati della Nuova Inghilterra ovvero, come essi stessi si chiamavano, i *pilgrims*, appartenevano alla setta religiosa inglese che, per l'austerità dei propri principi, era detta puritana. E il puritanesimo non è soltanto una dottrina religiosa, bensì anche un *modus vivendi* che si avvicina in molti punti alle teorie democratiche e repubblicane più conseguenti. «A fianco di ogni religione si trova un'opinione politica che le è congiunta per affinità - osserva Tocqueville - . Lasciate che lo spirito umano segua la sua tendenza ed esso regolerà in modo uniforme la società politica e la città divina; e cercherà di armonizzare, per così dire, la terra col cielo»¹⁸². Fin dalle origini, politica e religione si accordano con la democrazia del Nuovo Continente e questo accordo non è venuto meno neppure in seguito all'emigrazione cattolica dall'Irlanda: «credo sia un errore considerare la religione cattolica come un nemico naturale della democrazia. Mi sembra, invece, che fra le varie confessioni cristiane il cattolicesimo sia una delle più favorevoli all'eguaglianza delle condizioni (...) Il cattolicesimo è come un monarchia assoluta. Togliete il principe e troverete che le condizioni politiche sono più uguali che nelle repubbliche»¹⁸³. In merito ai rapporti tra religione e politica Tocqueville sfugge a due posizioni standard: quella secondo la quale la religione è o deve essere un fatto esclusivamente privato, dove la dimensione pubblica o addirittura politica è del tutto assente e quella che, viceversa, vede nella religione un potente *instrumentum regni*. Per Tocqueville non solo l'uguaglianza dei credenti tra loro e di fronte a Dio è il corrispettivo dell'uguaglianza democratica delle condizioni; non solo religione ed uguaglianza sono strettamente connesse, ma lo sono anche

¹⁸² A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 290.

¹⁸³ *Ivi*, p. 291.

religione e libertà¹⁸⁴: «avevo visto da noi lo spirito di religione e lo spirito di libertà procedere quasi sempre in senso contrario. Qui invece, li trovai intimamente uniti: essi regnavano insieme sullo stesso suolo»¹⁸⁵.

L'accusa di instabilità rivolta alla democrazia antica non viene estesa, si è visto, alla democrazia americana che, sorta nell'ultimo quarto del XVIII secolo, si mostrava negli anni Trenta del XIX come un paese prospero e operoso. Tocqueville, anzi, sente il bisogno di ricercare e spiegare le cause accidentali e fisiche, costituzionali e legali, morali e religiose della sua durata. L'accusa di instabilità non è però scongiurata. Essa torna nel suo discorso in un altro contesto: non più quello della costituzione politica nel suo complesso, bensì quello della produzione legislativa ordinaria e dell'opinione pubblica. Nel celebre capitolo (II, 7) in cui si paventa il pericolo che la democrazia americana in particolare e tutte le democrazie in genere cadano in balia della «tirannide della maggioranza», il vizio più evidente dei governi democratici è individuato nell'instabilità legislativa: «l'instabilità legislativa è un male inerente al governo democratico, poiché è nella natura della democrazia rinnovare frequentemente gli uomini al potere. Ma questo male è più o meno grande a seconda della potenza e dei mezzi di azione riconosciuti al legislatore. In America si attribuisce all'autorità legislativa un potere sovrano. Essa può abbandonarsi rapidamente e facilmente ad ogni suo desiderio; inoltre, ogni anno le si danno nuovi rappresentanti. Vale a dire che si è adottata precisamente la combinazione più favorevole all'instabilità democratica, che permette alla democrazia di applicare le sue mutevoli volontà agli oggetti più importanti. Perciò l'America è oggi il paese del mondo in cui le leggi durano meno».

Il capitolo sull'onnipotenza della maggioranza (che non è tanto la maggioranza parlamentare quanto la maggioranza dell'opinione pubblica) si conclude con la descrizione della forza irresistibile della democrazia: «molti, vedendo cadere gli Stati democratici nell'anarchia, hanno pensato che il governo in questi Stati fosse naturalmente debole e impotente. (...) [ma] non bisogna confondere la stabilità con la forza, la grandezza di una cosa con la sua durata. Nelle repubbliche democratiche il potere che dirige la società non è stabile, perché cambia spesso di mano e di oggetto. Ma, ovunque esso si trovi, la sua forza è irresistibile. Il governo delle repubbliche americane mi sembra altrettanto accentrato e più energico di quello di molte monarchie assolute d'Europa: non credo dunque che esso possa perire per debolezza. Se mai in America la libertà finirà, bisognerà

¹⁸⁴ Cfr. N. Matteucci, *A. de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, cit., p. 53.

¹⁸⁵ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 297.

prendersela con l'onnipotenza della maggioranza, che avrà portato le minoranze alla disperazione, costringendole a fare uso della forza materiale. Si giungerà allora all'anarchia, ma essa sarà una conseguenza del dispotismo»¹⁸⁶. Durata, stabilità/instabilità, anarchia, tirannide/dispotismo sono termini che vengono adoperati anche nel discorso di Tocqueville sulla democrazia americana del XIX secolo e testimoniano la forte persistenza di un certo linguaggio filosofico, politico, costituzionale coniato dal mondo classico ed ereditato dal mondo moderno: eppure la realtà che sono chiamati a designare è, agli occhi di Tocqueville, così profondamente nuova e diversa rispetto ad ogni altra realtà politica conosciuta fino ad allora che il significato stesso dei termini subisce un'imprevista, modernissima torsione.

Nella seconda *Démocratie* del 1840 vengono analizzate le conseguenze della vittoria del tipo 'democratico' ed egualitario sul tipo 'aristocratico', che determina l'affermarsi di una nuova sconosciuta autorità, quella della massa. L'individuo e la massa sono gli indiscussi protagonisti delle società democratiche. Ricerca del benessere, del danaro e dell'utile, conformismo di massa e dispotismo paterno sono i modi in cui Tocqueville, con una vena più pessimistica rispetto alla prima *Démocratie*, sviluppa un tema, quello della tirannide della maggioranza, che proprio nel 1835 ha ricevuto la sua prima formulazione. Nei popoli democratici, poco inclini alle idee nuove ed originali e refrattari alle grandi rivoluzioni sia spirituali sia politiche perché attaccati ai propri beni materiali, l'influenza morale esercitata da ciascun individuo sulla maggioranza è debole e quasi nulla, mentre «il potere esercitato dalla massa nello spirito di ogni individuo è grandissimo»¹⁸⁷. È un grave errore, per Tocqueville, credere che la libertà, e in primo luogo la libertà di pensiero, sia minacciata unicamente dal potere politico: «più considero attentamente gli effetti dell'eguaglianza sull'intelligenza, più mi persuado che l'anarchia intellettuale di cui siamo testimoni non è, come suppongono molti, lo stato naturale dei popoli democratici» perché in realtà «le principali opinioni degli uomini divengono simili via via che le condizioni si rassomigliano. Questo mi sembra essere il fatto generale e duraturo; il resto è fortuito e passeggero»¹⁸⁸.

Nelle società democratiche, dall'aspetto ad un tempo agitato e monotono, si vedono coesistere il conformismo e la passione per le mode: «gli uomini si muovono continuamente, lo spirito umano sembra immobile»¹⁸⁹. Tocqueville risolve in un modo nuovo la questione della

¹⁸⁶ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 264.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 675 (Libro III, parte III, capitolo 21. 'Perché le grandi rivoluzioni diverranno rare').

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 673.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 672.

genesi dell'individualismo. Egli fa derivare l'individualismo non tanto dalla Riforma, dalle varie correnti del giusnaturalismo o dalle dichiarazioni dei diritti dell'uomo, bensì da trasformazioni sociali ed economiche prima che spirituali e filosofiche¹⁹⁰. L'individualismo, corruttore della libertà politica e delle democrazie, è esso stesso un fenomeno democratico. Mentre Maistre e Bonald, deducendo l'individualismo dalla Riforma e dalla Rivoluzione, lo condannano insieme ai principi di eguaglianza e di libertà, Tocqueville, avvicinandosi alle posizioni di John Stuart Mill, lo denuncia in nome della fierezza e della libertà, dell'originalità e della creatività soggettive¹⁹¹.

Tocqueville per molti aspetti del suo pensiero resta isolato nella cultura francese dell'età della Monarchia di Luglio e poi del Secondo Impero, in quella cultura, cioè, che rappresenta la culla della moderna 'religione della libertà'. Egli sente, certo, l'atmosfera del secolo che cambia, ma non condivide l'entusiasmo per il rinnovamento e il progresso, provato invece da Guizot, la cui *Histoire de la civilisation en Europe*, è tutta pervasa dall'ottimismo e dall'orgogliosa certezza nello sviluppo della civiltà. Inoltre, prende le distanze sia da Guizot sia dall'amico Royer-Collard in merito al ruolo politico della classe media: lungi dal credere che con la classe media si compia l'accesso al potere della ragione politica, sostiene, al contrario, che con la classe media è l'individualismo a trionfare, e l'individualismo, in quanto conformismo, è più prossimo all'irrazionalismo che alla ragione¹⁹². Il celebre capitolo 6 della terza parte della seconda *Démocratie, Quale specie di dispotismo devono temere le nazioni democratiche*, costituisce la vera conclusione dell'opera. In esso alle antiche parole dispotismo e tirannide viene sostituita la nuova espressione «potere immenso e tutelare» per designare la forma di oppressione che incombe sui popoli democratici fissandoli irrevocabilmente nell'infanzia o «riducendoli ad una mandria di animali timidi ed industriosi della quale il governo è il pastore»¹⁹³. «Non si può mai sperare – conclude Tocqueville - che un governo liberale, energico e saggio possa uscire dai suffragi di un popolo di servi»¹⁹⁴.

4.2. Dall'Ancien Régime alla democrazia

Il politologo comparatista e il sociologo delle 'due democrazie' cede il passo, con *L'Antico regime e la Rivoluzione*, allo storico. Al mutare degli approcci della ricerca non muta però il suo oggetto: quella «grande

¹⁹⁰ Cfr. J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., pp. 217 ss.

¹⁹¹ *Ivi*, p. 226.

¹⁹² *Ivi*, p. 224.

¹⁹³ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., p. 733.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 735.

rivoluzione democratica» che Tocqueville riconosce, fin dall'*Introduzione a La democrazia in America*, come la tendenza fondamentale del suo tempo. L'intuizione contenuta nell'introduzione all'opera del 1835 - «in Francia i re sono stati i più attivi e i più costanti livellatori»¹⁹⁵ - viene sviluppata e argomentata con ricerche di archivio nell'opera storiografica del 1856.

All'epoca in cui Tocqueville scrive *L'Antico regime e la Rivoluzione* la tesi della continuità tra *Ancien Régime* e Rivoluzione francese si limitava alla constatazione della semplice correlazione fra la tradizione dell'assolutismo monarchico e la concentrazione del potere nell'età dell'Impero napoleonico. Con quest'opera a cambiare è la natura del rapporto tra le due epoche, quella pre- e quella post-rivoluzionaria, il quale cessa di essere una semplice successione temporale - la Rivoluzione viene dopo e contro l'*Ancien Régime* - per diventare una relazione di causa-effetto - la Rivoluzione è la conseguenza e, per certi aspetti, il compimento di processi già in atto nei secoli della storia francese che vanno dall'XI al XVIII -. Lungi dall'essere una frattura e tanto meno una frattura radicale rispetto all'*Ancien Régime* (come aveva, per esempio, pensato Burke), la Rivoluzione trova, proprio nell'*Ancien Régime*, le origini delle tendenze fondamentali - accentramento amministrativo e livellamento delle condizioni sociali ovvero progresso irresistibile verso l'uguaglianza - di cui costituisce la solenne sanzione e l'inconsapevole inveramento.

Il lavoro storiografico di Tocqueville si colloca deliberatamente al di fuori dello stile classico proprio delle storie della Rivoluzione del suo tempo, che era lo stile narrativo di un Thiers, di un Lamartine, di un Michelet. La narrazione dei fatti e la descrizione perfino psicologica dei protagonisti, che portavano quasi inevitabilmente lo storico ad immedesimarsi con alcuni attori piuttosto che con altri e a condividerne ideali e passioni, lasciano ora il posto all'analisi, svolta apparentemente *sine ira et studio*, di macro-fenomeni sociali ed economici, come, per esempio, i mutamenti nella distribuzione della terra nelle campagne francesi.

La società d'*Ancien Régime* viene dipinta sin dalle prime pagine dell'opera come uno 'stato sociale' ibrido, non più autenticamente aristocratico, ma non ancora compiutamente democratico. I tipi ideali 'aristocratico' e 'democratico', di cui Tocqueville ha già delineato i tratti essenziali in *La democrazia in America*, servono ora a misurare lo stato di avanzamento del processo di «democratizzazione» sociale della Francia pre-rivoluzionaria. Il passaggio dallo stato sociale aristocratico allo stato sociale democratico e la connessa distruzione della libertà politica (per 'libertà politica' Tocqueville intende la libertà dei nobili e il loro diritto ad

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 20.

esercitare le funzioni pubbliche¹⁹⁶) è stato determinato dall'accentramento amministrativo, che «non è un conquista della Rivoluzione. Al contrario è un prodotto dell'Antico Regime, e, aggiungerò, la sola parte della costituzione politica dell'antico regime che sia sopravvissuta alla Rivoluzione, perché era la sola che potesse adattarsi al nuovo stato sociale creato dalla Rivoluzione»¹⁹⁷. A questa continuità di fondo si aggiunge con il 1789 un elemento, la sovranità popolare o nazionale, che produce, dal punto di vista politico-costituzionale, una trasformazione senza precedenti e senza ritorno. Tuttavia, diversamente dalla centralità riconosciuta al principio di legittimità democratico nella prima *Démocratie* – principio che si presentava comunque anche in quel contesto come meno stupefacente della reale eguaglianza delle condizioni e della mobilità sociale – , Tocqueville sembra ora non attribuire alcuna importanza al mutamento delle 'formule politiche'. I due capitoli più importanti di *L'Antico regime e la Rivoluzione* sono probabilmente l'ottavo ed il nono del secondo libro. I loro titoli – *La Francia era il Paese in cui gli uomini erano divenuti più simili tra loro* e *In che modo questi uomini tanto simili erano più separati di quanto non erano mai stati in piccoli gruppi estranei o indifferenti gli uni agli altri* – rivelano la presenza anche in questo contesto di due delle tematiche centrali della *Democrazia in America*: il livellamento delle condizioni e l'individualismo, che separa gli uomini spezzando gli anelli della lunga catena di legami e di dipendenze reciproche e che, liberandoli dai vincoli, li rende però indifferenti gli uni agli altri. In essi si descrivono le trasformazioni dello stato sociale aristocratico, ovvero della struttura feudale, in seguito alle politiche di centralizzazione amministrativa della monarchia assoluta, che tendevano ad esautorare i nobili della loro funzione sociale e politica e a ricompensarli della perdita del potere effettivo facendo della loro inutilità sociale una norma spettacolare: il privilegio. Vendendo al miglior offerente l'accesso ai corpi che conferivano prestigio sociale, lo Stato centralizzato, sempre a corto di risorse finanziarie, era il primo responsabile della decadenza dell'aristocrazia, la quale, perdendo insieme il proprio principio – il sangue – e la propria funzione – il servizio pubblico –, cessava di essere un'aristocrazia e finiva per trasformarsi in casta: la nobiltà veniva contemporaneamente distrutta e idolatrata nell'*Ancien Régime* francese. Mirabeau ha coniato un'espressione che riassumeva il tutto: l'antica società per ceti era una «cascata di disprezzi». Secondo Tocqueville i francesi del XVIII secolo, per lo meno quelli delle classi superiori - i nobili da un lato, i borghesi dall'altro - agivano e pensavano sempre più allo stesso modo in

¹⁹⁶ A. de Tocqueville, *L'Antico regime e la Rivoluzione*, a cura di Giorgio Candeloro, Milano, Rizzoli, 2000, pp. 137-146 (Libro II, capitolo 10).

¹⁹⁷ *Ivi*, p. 71.

seguito alla crescita delle ricchezze, al progresso dell'uguaglianza materiale, all'azione sempre più uniforme della legislazione, all'arretramento dei particolarismi e dei localismi. I diritti feudali, del resto, parevano più insopportabili proprio quando, in realtà, erano meno pesanti e non restavano che come residui di un sistema ormai sostanzialmente smantellato.

François Furet, secondo il quale «*L'antico regime e la rivoluzione* è il testo fondamentale di tutta la storiografia rivoluzionaria»¹⁹⁸, fa notare che tutti i grandi storici del XIX secolo si interessano a quella 'rivoluzione-prima-della-Rivoluzione' costituita dal fenomeno dell'assolutismo politico. Madame de Staël e, seguendo il suo esempio, Guizot, hanno visto nell'assolutismo l'epoca della storia europea compresa, dal punto di vista delle istituzioni politiche, tra il feudalesimo dei secoli del Medioevo e il governo rappresentativo del XIX secolo. La storia politica era storia del progresso dal feudalesimo all'assolutismo e dall'assolutismo al governo rappresentativo. Michelet, d'altra parte, ha approfondito l'idea dell'incarnazione della nazione che si realizza nel corpo del re di Francia, 'mistero di usurpazione' al quale la Rivoluzione, rovesciando i termini e restituendo la sovranità alla nazione, ha posto fine. «Ma – sostiene Furet – Tocqueville è stato il solo autore che abbia fatto dell'assolutismo un fenomeno sociologico prima che politico e, al pari della Rivoluzione, anzi prima ancora della Rivoluzione stessa, uno strumento di sovversione della trama dei rapporti sociali. La propria attenzione egli la concentrava meno sul diritto divino dei re o sull'unità nazionale costruita sotto la loro autorità, che non sulle metodiche usurpazioni dello Stato a spese della società»¹⁹⁹.

La Rivoluzione «ha colto il mondo alla sprovvista, è vero – ammette Tocqueville -; ma è il compimento di un lungo lavoro, la conclusione improvvisa e violenta di un'opera, alla quale avevano lavorato dieci generazioni di uomini. Se non fosse avvenuta il vecchio edificio sociale sarebbe ugualmente caduto, qui più presto, là più tardi; soltanto avrebbe continuato a cadere pezzo a pezzo, invece di sprofondare di colpo. La Rivoluzione ha compiuto bruscamente, con uno sforzo convulso e doloroso, senza transizione, senza precauzioni né riguardi quanto si sarebbe compiuto a poco a poco, da sé e in molto tempo. Fu questa la sua azione»²⁰⁰.

La critica dei controrivoluzionari alla Rivoluzione e la ricostruzione della sua genesi remota fatta da Tocqueville corrispondono a due diverse strategie argomentative, che, adottando le espressioni coniate da Albert Hirschmann, possiamo definire rispettivamente 'strategia della perversità' e

¹⁹⁸ F. Furet, *Critica della rivoluzione francese*, cit., p. 21.

¹⁹⁹ F. Furet, *Tocqueville*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., p. 988.

²⁰⁰ A. de Tocqueville, *L'Antico regime e la Rivoluzione*, cit., p. 56.

‘strategia della futilità’. La prima nasce dalla passione del momento che è, per così dire, una passione calda: denunciandone l’aspetto satanico, i controrivoluzionari ne riconoscono, seppur in negativo, la grandiosità. Nell’ottica dei controrivoluzionari, dominata dalla concezione provvidenziale della storia, la perversità consiste nel fatto che tutti i tentativi degli uomini dell’89 o del ’93, del ’95 o del ’99 di dirigere la società e la storia in una certa direzione, conducono in realtà nella direzione opposta rispetto alle loro intenzioni. La seconda strategia è stata formulata da un uomo, Tocqueville, che appartiene ad una generazione successiva rispetto a coloro che hanno assistito agli eventi rivoluzionari ed è frutto di una passione non calda, ma fredda. Mettendo radicalmente in questione il ruolo-chiave della Rivoluzione nel modellare la Francia moderna, l’argomento della futilità – meno violento del precedente - è però più sottile o, se si preferisce, più perfido: sgonfiando le lotte titaniche e le gigantesche convulsioni del decennio rivoluzionario e dei suoi protagonisti, afferma che la loro azione è stata sostanzialmente inutile. Tocqueville non si propone di negare che nella Francia di fine Settecento si sia verificato un certo numero di mutamenti consistenti; egli però nega che siano stati prodotti dai protagonisti della Rivoluzione. La sua strategia sminuisce quindi l’azione intenzionale degli uomini e, in un certo senso, misconosce la loro statura storica e politica, ma, sostenendo che il processo di democratizzazione sociale era già in atto da secoli, non manca di una particolare coloritura progressista²⁰¹.

²⁰¹ Cfr. A.O. Hirschman, *Retoriche dell’intransigenza. Perversità, futilità, messa a repentaglio*, Bologna, Il Mulino, 1991.

CAPITOLO II

CARL SCHMITT: UN GIURISTA NEL SECOLO DELLA
DEMOCRAZIA DI MASSA

«Mi sento al cento per cento un giurista e niente altro.
E non voglio essere altro. Io sono un giurista e lo rimango
e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta»²⁰².

da Carl Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso*

1. *Il contesto storico, politico e costituzionale della Germania tra Ottocento e Novecento*

L'incombenza simbolica della Rivoluzione francese sull'intero XIX secolo non è una peculiarità soltanto del Paese che ne è stato il teatro e insieme il primo attore, ma riguarda anche la Germania, dove i discorsi filosofico-politici e le teorie giuridiche che si sviluppano tanto nel *Vormärz* quanto nel *Nachmärz* sono fortemente segnati da un rapporto positivo o negativo, fatto di ammirazione o repulsione, con i principi del 1789. La prospettiva dalla quale i paesi di lingua tedesca guardano alla Rivoluzione ne restituisce un'immagine molto diversa da quella apparsa finora: la Francia, sia quella rivoluzionaria sia quella napoleonica, è vista non solo come una realtà culturalmente lontana, ma soprattutto come una potenza politicamente e militarmente ostile²⁰³.

L'idea che la sovranità risiede nel popolo ed è il popolo l'unico soggetto legittimato a costituire il governo informa di sé, in modo più o

²⁰² Carl Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 2005, p. 183.

²⁰³ Cfr. sulle reazioni della Germania alla Rivoluzione francese lette dal punto di vista della storia costituzionale E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band I, *Reform und Restauration. 1789 bis 1830*, Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1990², in particolare pp. 3-25.

meno netto, le rivoluzioni politiche che si verificano prima nell’America del Nord e in Francia, poi nella maggior parte dei Paesi europei (il 1848 è una data cruciale di questa evoluzione verso la forma di Stato democratica nell’intero continente). Dal principio di legittimità democratico discende l’egemonia politica del Parlamento, con la conseguente concentrazione in esso del potere di creare il diritto. Sul piano delle fonti del diritto questo principio eleva la legge del Parlamento alla dignità di fonte prima, se non unica, del diritto, la quale si sostituisce progressivamente alla consuetudine e limita, fino a negarla, la discrezionalità vuoi della pubblica amministrazione e dei suoi provvedimenti vuoi del giudice e dei suoi verdetti. Principio di legalità e sensibilità anti-togati spiegano perché in Europa, ma non nei paesi dove vige la *common law*, le decisioni dei giuristi e i verdetti dei giudici fossero tenuti in sospetto e non potessero discostarsi dalla stretta applicazione della legge, e perché i giudici rappresentassero solo la *longa manus*, la bocca che pronuncia la parola del legislatore²⁰⁴. Lo Stato di diritto che si afferma in Europa nel XIX secolo e che Schmitt chiama ‘Stato legislativo parlamentare’ è un sistema nel quale legge ed applicazione della legge, legislatore ed organi esecutivi sono nettamente separati tra loro²⁰⁵.

1.1. *Il positivismo giuridico tedesco e la sua crisi*

La via percorsa dalla Germania per giungere a costruire lo Stato di diritto è un *Sonderweg* che prescinde dal riconoscimento della sovranità popolare e, paradossalmente, precede in una certa misura lo stesso processo di unificazione dello Stato. Il principio di legittimità democratico secondo il quale il potere trae origine dal popolo e da esso deve essere esercitato per il tramite dei suoi rappresentanti organizzati nei Parlamenti – principio che è, lo si è mostrato, una conseguenza del giusnaturalismo e del contrattualismo moderni – non trova nei territori tedeschi un terreno fertile per attecchire. Sia il concetto di popolo o nazione, sia il concetto di sovranità perdono nei discorsi filosofico-politici e giuridici tedeschi ogni riferimento alla volontà e

²⁰⁴ Cfr. sulla statualizzazione del diritto, il legicentrismo e la tendenza alla codificazione nei paesi di *civil law* A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003.

²⁰⁵ Cfr. P. Costa – D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003². Cfr. per la definizione del *Rechtsstaat* come ‘Stato legislativo parlamentare’ - *parlamentarischer Gesetzgebungstaat* – C. Schmitt, *Legalità e legittimità* (1932), in Id., *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 211-244 (: 211-212).

ai diritti degli individui e ogni radicamento nella dimensione della produzione economica. La *Nation* di Herder, di Hölderlin o di Fichte, il *Volk* pensato da Savigny o da Hegel o dai romantici tedeschi, non hanno nulla a che fare con il popolo del *Contratto sociale* di Rousseau e con la nazione di Sieyes, quel Terzo Stato fatto di venti milioni di cittadini coincidente con la società dei produttori²⁰⁶. D'altra parte alla sovranità popolare si contrappongono sia il principio monarchico (*monarchisches Prinzip*), sia il principio della sovranità dello Stato (*Staatssouveränität*), volti entrambi a neutralizzare la portata rivoluzionaria del principio democratico di legittimità²⁰⁷.

Nel XIX secolo le date più significative nella storia dei territori di lingua tedesca sono tre: il 1806, il 1848 e il 1871. Nel 1806 venne prima fondata a Parigi la Confederazione del Reno (*Rheinbund*), poi si concluse la lunga storia del Sacro Romano Impero della Nazione Tedesca (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*). Il 1848 è un anno decisivo nella storia degli Stati dell'Europa continentale in generale e della Germania in particolare. La fallita rivoluzione tedesca del marzo 1848 con le sfortunate vicende della *Paulskirche* non permise l'affermazione della concezione liberale dello Stato di diritto che avrebbe voluto proclamare la superiorità della costituzione tra le fonti del diritto e il carattere pre-statuale dei diritti soggettivi. Tracciando una cesura nella storia tedesca tra il periodo precedente quell'evento, il *Vormärz*, ed il periodo successivo, il *Nachmärz*, il 1848 segna dunque la fine della prospettiva liberale in materia costituzionale e costringe i liberali tedeschi ad accettare un compromesso con il *monarchisches Prinzip* che salvaguardasse in qualche modo i diritti degli individui nella società civile. Nel 1871, invece, la nazione tedesca realizza il disegno, a lungo coltivato, della costruzione di uno Stato nazionale unitario grazie alla politica della Prussia e del suo cancelliere Otto von Bismarck. Se l'importanza di questo evento politico-costituzionale è ovviamente rilevante, è tuttavia vero che in Germania non si attende il compimento dell'unità politica per concentrare l'attenzione sullo Stato: forse proprio perché lo Stato costituisce, ancor più dopo la Rivoluzione francese e la fine dell'*Heiliges Römisches Reich*, l'oggetto agognato del desiderio dei tedeschi, esso è, sia prima sia dopo il 1848, il tema privilegiato delle riflessioni di filosofi e giuristi tanto che è corretto parlare di

²⁰⁶ Cfr. sul concetto di nazione F. Chabod, *L'idea di nazione* (1961), Roma-Bari, Laterza, 2000; B. Anderson, *Comunità immaginate. Origine e fortuna dei nazionalismi* (1983), Roma, Manifestolibri, 2000; A. F. Tuccari, *Nazione*, Roma-Bari, Laterza, 2000; Campi, *Nazione*, Bologna, Il Mulino, 2004; S. Rokkan, *Stato, nazione e democrazia in Europa* (1999), Bologna, Il Mulino, 2002.

²⁰⁷ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 130-139.

‘paradigma statocentrico’ per indicare il minimo comun denominatore delle varie teorie, che condividono il lessico organicistico di base, proposte vuoi sul versante della cultura politico-giuridica tedesca che nella prima metà del secolo si esprime nella ‘scuola storica del diritto’ (*Historische Rechtsschule*), vuoi sul versante della filosofia del diritto (*Philosophie des Rechts*), vuoi, infine, sul versante della giuspubblicistica che va sotto il nome di teoria generale dello Stato (*Allgemeine Staatslehre*) e domina la seconda metà dell’Ottocento²⁰⁸.

1.1.1. La *Historische Rechtsschule* di Savigny e Puchta si propone di elaborare un’alternativa teorica al ‘modello francese’ dello Stato, della cittadinanza democratica, del diritto legislativo e codificato. In un arco di tempo che dai primi anni dell’Ottocento arriva alla metà del secolo, la produzione del maestro (Savigny) e quella dell’allievo (Puchta) prendono corpo l’una accanto all’altra differenziandosi talvolta su questioni non irrilevanti ma convergendo nella messa a punto di un paradigma che si sviluppa in tre direzioni: una concezione della storia, una visione dell’ordine politico e, soprattutto, una scienza del diritto. Con Savigny – in particolare in occasione della polemica che lo vide opporsi a Thibaut in merito alle codificazioni – viene per la prima volta precisata la concezione propriamente storicistica, e quindi anti-giusnaturalistica, ma non ancora positivistica nel senso del positivismo legalistico, del diritto come unità organica che nasce dall’intima essenza di ciascun popolo e, assumendo in primo luogo la forma della consuetudine, cresce con la storia di questo. Prendendo posizione in *Vom Beruf unserer Zeit* del 1814 contro l’astrattezza e l’universalismo dei principi dell’Illuminismo, Savigny riunisce sotto l’appellativo spregiativo *ungeschichtliche Schule*, ‘scuola non-storica’, le dottrine giusnaturalistiche e giusrazionalistiche del XVIII secolo contro le quali si era espresso già Gustav Hugo.

L’analogia tra lingua e diritto – un tema suggestivo ampiamente diffuso nella cultura europea del romanticismo – serve a ribadire il carattere non volontaristico, ma necessario del mutamento dei codici sociali (linguistici e giuridici) sottraendoli alla disponibilità dei soggetti razionali e alla loro decisione e ancorandoli, invece, a quel soggetto collettivo che è il popolo. Popolo in Savigny è un concetto non empirico-sociologico, bensì metafisico e della filosofia della cultura. In questo significato decisivo per la dottrina savignyana del *Volksgeist*, il popolo è «la totalità naturale in cui lo Stato realmente sorge e continua la sua esistenza, e per la quale non si può

²⁰⁸ Cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 137-193.

parlare di scelta e di arbitrio»²⁰⁹. Collegando lo Stato al *Volksgeist* Savigny afferma che il diritto autentico è quello consuetudinario, mentre il diritto legislativo non dovrebbe avere altro compito che quello di fornire un sussidio alla consuetudine, diminuendone l'incertezza e l'indeterminatezza. «In quanto risultante da questo spirito popolare, il diritto è una realtà legittimata di per sé», che non necessita di un'ulteriore legittimazione razionale, «un'entità autonoma del mondo culturale e spirituale»²¹⁰.

Nella stesura di una ipotetica lista di grandi europei Schmitt inserirebbe certamente il nome di Savigny, il quale ha avuto il merito, a suo giudizio, di riconoscere «con sguardo geniale, in un grandioso momento [*scil.* il momento del dibattito sulle codificazioni] (...) nella legificazione il pericolo della meccanizzazione e tecnicizzazione del diritto; e questo vent'anni prima che il pericolo fosse constatato, in *De la démocratie in Amérique* (1835), dal primo diagnostico della generale crisi europea, il grande storico francese Alexis de Tocqueville»²¹¹. La filosofia della codificazione era stata il giusnaturalismo del secolo dei Lumi, ma la codificazione finì per costituire il momento – non premeditato, né previsto - del passaggio dal giusnaturalismo al positivismo giuridico: dalla codificazione discese infatti la teoria dell'esclusiva statualità del diritto e la riduzione del diritto ai codici e alle leggi dello Stato. Mentre il positivismo giuridico ottocentesco, gettando le basi per l'identificazione kelseniana di *Rechtsstaat* e *Staatsrecht*, ovvero di Stato di diritto e diritto dello Stato, colloca la legge del legislatore al vertice delle fonti del diritto, misconoscendo ogni origine storica del diritto e ogni suo legame col suolo natio, in Savigny il diritto, grazie al concetto di *Volksgeist*, sorge in una evoluzione non intenzionale dalla storia stessa configurandosi come 'ordinamento concreto' del popolo²¹². È stato notato che la conferenza schmittiana del 1942 *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* nella quale Schmitt si richiama a Savigny come al «paradigma della prima rinuncia alla legalità dello Stato legislativo» si sarebbe potuta intitolare *Jurisprudenz als Beruf*²¹³, andando a completare la serie di conferenze sul 'lavoro intellettuale come professione' inaugurata più di vent'anni prima da Max Weber con le due più note *Wissenschaft als Beruf* e *Politik als*

²⁰⁹ La citazione è tratta da E.-W. Böckenförde, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 9.

²¹⁰ *Ivi*, p. 9 e p. 14.

²¹¹ C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, Pellicani, 1996, p. 64 e p. 79.

²¹² *Ivi*, p. 67.

²¹³ G.L. Ulmen, *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim, VCH Acta Humaniora, 1991, pp. 37-89 (:37).

*Beruf*²¹⁴. In effetti in questo testo Schmitt riflette – il richiamo al Savigny di *Vom Beruf unserer Zeit* gliene fornisce l'occasione - sul senso della scienza del diritto e sul mutamento del ruolo del giurista nell'epoca della storia tedesca, tra la metà del XIX e l'inizio del XX secolo, permeata dal positivismo giuridico. La crisi della scienza del diritto europea che è – sostiene Schmitt – sotto gli occhi di tutti inizia nel XIX secolo, con la vittoria del positivismo giuridico visto come un grande progresso dall'illusione (il diritto naturale) alla realtà (il diritto valido perché posto autoritativamente) e con la scissione del diritto in legalità e legittimità²¹⁵. Lo scoppio rivoluzionario del 1848 funge da spartiacque e segna la data di inizio della crisi della scienza giuridica. Proprio in quegli anni il romanista e pandettista Windscheid, successore di Savigny, pronunciava nel 1854 a Greifswald la sentenza di morte del giusnaturalismo: «*Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt*», il sogno del diritto naturale è finito²¹⁶. Sono icastiche le parole con cui Kirchmann, nella conferenza del 1947 *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, prende coscienza della precaria situazione della giurisprudenza, incapace di stare al passo con le trasformazioni del diritto positivo e ridotta a mero fenomeno di accompagnamento, con commenti ed interpretazioni, delle norme positive: «tre parole del legislatore ed intere biblioteche diventano carta da macero»²¹⁷. La crisi della scienza giuridica europea, allora, consiste per Schmitt nella perdita di valore della giurisprudenza di fronte all'affermazione del diritto legislativo e della legalità dello Stato a scapito della sua legittimità. Ad un primo stadio di questa crisi, situato nel XIX secolo quando la situazione politico-costituzionale è ancora per certi aspetti favorevole alla scienza giuridica, fa seguito, a partire dalla fine della prima guerra mondiale, con il venir meno della legittimità dinastica e con l'avvento della democrazia, un secondo, decisivo stadio nel quale la scienza del diritto rischia di «morire di una comune morte con i miti della legge e del legislatore» riducendosi, a causa del fenomeno della «motorizzazione della legge», a mera tecnica interpretativa²¹⁸.

Sebbene Schmitt non manchi di ricordare che «già la scuola storica aveva in parte combattuto il vecchio diritto naturale»²¹⁹, il rapporto tra la

²¹⁴ M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001. G.L. Ulmen, *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim, VCH Acta Humaniora, 1991, pp. 37-89 (:37).

²¹⁵ C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 87.

²¹⁶ *Ivi*, p. 49-50.

²¹⁷ *Ivi*, p. 51.

²¹⁸ *Ivi*, p. 88.

²¹⁹ *Ivi*, p. 49.

Historische Rechtsschule ed il positivismo è più complesso di quanto Schmitt non voglia ammettere. Secondo Böckenförde, che alla scuola storica del diritto dedica nel 1964 un breve studio²²⁰, paradossalmente «la concezione storica del diritto della scuola storica portò al risultato di un'idea anti-storica del diritto» fungendo da battistrada alla 'giurisprudenza dei concetti' (*Begriffsjurisprudenz*) astratta e formale di Gerber, Jhering e Laband²²¹. «La scuola storica, mentre da una parte spianava così la strada a una giurisprudenza concettuale, che isolava completamente il diritto dai suoi contesti storici e sociali, e dall'altra portava a una storia del diritto pura, staccata dal terreno dell'attualità e rivolta al passato in quanto tale, era a sua volta espressione e strumento di quella rottura con la storia che caratterizza il secolo XIX» e che, nel diritto come nella politica, produce la liberazione del singolo e del legislatore dalla tradizione²²².

1.1.2. Nella filosofia del diritto è Hegel a rompere definitivamente con la legittimazione giusnaturalista e contrattualista²²³, cioè con la legittimazione democratica della Rivoluzione francese²²⁴, fissando da un lato l'idea che la costituzione è razionale non perché voluta da un soggetto politico razionale (gli individui e la nazione tramite i loro rappresentanti) ma perché è l'«essente senz'altro in sé e per sé», «il divino e il perdurante» che si erge al di sopra di ciò che viene costruito artificialmente, e dall'altro l'idea che la legge deve valere non come prodotto della volontà generale ma come prodotto della razionalità dello Stato, in quanto esso è portatore della totalità degli interessi pubblici²²⁵. In questa prospettiva la costituzione, le leggi, tutto il diritto tendono a trasformarsi in un affare del re, dei corpi e delle assemblee rappresentative, dei burocrati, ovvero dei poteri portatori del valore politico dell'universalità (si tratta dell' *allgemeine Stand*, il 'ceto universale' di cui Hegel parla in *Lineamenti di filosofia del diritto*). La

²²⁰ E.-W. Böckenförde, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*, in Id., *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 3-32; cfr. anche K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1957), Berlin, Springer, 6. neu bearb. Auflage, 1991; trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.

²²¹ *Ivi*, p. 16.

²²² *Ivi*, p. 19.

²²³ Cfr. in merito alla critica hegeliana della 'mediazione razionalistica moderna' svolta nel saggio del 1802 *Sulle maniere di trattare scientificamente il diritto naturale* e nei *Lineamenti di filosofia del diritto* del 1821 C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 13-33 dove si afferma: «per Hegel la dimensione politica non può scaturire dall'insieme di molteplici privatezze» perché «non è pensabile un'origine soggettivamente razionale dell'ordine politico» (p. 14).

²²⁴ Cfr. J. Ritter, *Hegel e la Rivoluzione francese* (1957), Napoli, Guida, 1977.

²²⁵ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 216 (§ 272) e p. 221 (§ 273).

maggior distanza politica tra Hegel e la Rivoluzione francese, da un lato, e – come si mostrerà - tra Hegel e Schmitt, dall'altro, si registra a proposito del momento originario della costituzione dello Stato, cioè a proposito del potere costituente. Per Hegel infatti è un'ingenuità tipica del costruttivismo moderno, fondata sull'erronea interpretazione della comunità come insieme atomistico degli individui privati nello stato di natura, chiedersi chi sia l' 'autore' della costituzione, ovvero il *Träger*, il portatore del potere costituente²²⁶.

La 'costituzione statale' immaginata da Hegel in *Lineamenti di filosofia del diritto*, dove per la prima volta viene riconosciuta e teorizzata la distinzione tra *Staat* e *bürgerliche Gesellschaft*, non è però voluta e prodotta dalla società civile per limitare il potere dei governanti e ritagliare lo spazio della libera attività del cittadino come soggetto-di-diritti, bensì si propone di superare sia l'antico privatismo dell'ordinamento ceto-feudale, sia il moderno privatismo degli individui astratti della società civile, poiché sia l'uno che l'altro - da sponde opposte, certo - distruggono il principio dell'unità politica riducendo lo Stato al mero risultato di un contratto tra parti distinte, da esse sempre revocabile²²⁷. In definitiva ciò su cui si basa la 'costituzione statale' di Hegel è il concetto di sovranità dello Stato, pensato per escludere la sovranità di un qualsivoglia soggetto politico, esistente prima, al di fuori e al di sopra della costituzione, che ne sia l'autore. La 'costituzione statale' è, dal punto di vista delle forme di Stato e di governo, una monarchia costituzionale: «il perfezionamento dello Stato a monarchia costituzionale è l'opera del mondo moderno»²²⁸. Sia in Hegel, sia in Robert von Mohl – che pubblica tra il 1829 e il 1831 *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg* – è individuabile una particolare variante del modello dualistico di Stato conciliabile con lo Stato di diritto²²⁹. Negli anni Sessanta del XIX secolo questo modello di 'costituzione statale' trova il proprio corrispettivo nelle teorie del diritto pubblico di Zachariae e Bluntschli il quali elaborano in dottrina il principio della sovranità dello Stato, già affermato negli anni Trenta da Wilhelm E. Albrecht a fronte di

²²⁶ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 30.

²²⁷ Cfr. sulla 'costituzione statale' in Hegel M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 131 ss. Di 'costituzione statale' Hegel inizia a parlare sin dal suo primo scritto politico *Die Verfassung Deutschlands* (1799-1802), trad. it. *La costituzione della Germania*, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997.

²²⁸ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di Giuliano Marini, Roma-Bari, Laterza, 2000, § 273., p. 218.

²²⁹ Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 23.

teorie ormai superate che – come quella di Haller – attribuivano allo Stato la sovranità e concepivano lo Stato sulla base del modello patrimoniale²³⁰.

Nel *Nachschrift* del 1958 alla già ricordata *Condizione della scienza giuridica europea* Schmitt ritiene che ogni discussione sul rapporto che lega la scienza del diritto e la filosofia del diritto conduce inevitabilmente a svolgere un confronto tra Savigny ed Hegel. Il giurista ed il filosofo condividono un destino analogo in un duplice senso. Da un lato, Schmitt nota come entrambi sono stati vittime di facili semplificazioni politiche, che hanno fatto di Savigny un mero reazionario e di Hegel un precursore di Marx e di Engels, di Lenin e di Stalin. Dall'altro, rimpiangendo di non aver dedicato un ampio lavoro ai rapporti tanto profondi quanto misconosciuti tra i due famosi professori di Berlino, intensamente ostili l'uno all'altro - «il fatto di non poter presentare un lavoro del genere costituisce una delle più grandi mancanze della mia vita», - Schmitt ritiene che entrambi, Savigny ed Hegel, fossero «autentici freni, *Katechonten* nel senso concreto della parola, freni dei volontari ed involontari acceleratori sulla via che porta all'integrale funzionalizzazione». Certamente Hegel sta dalla parte della Rivoluzione francese quando afferma la positività del diritto come diritto dello Stato e combatte il rifiuto savignyano delle codificazioni e dello Stato legislativo coinvolgendo Savigny nella sua accanita polemica contro Ludwig von Haller²³¹, ma, al di là delle occasionali dispute, «i due avversari – afferma Schmitt - si incontrano nella categoria del *Katechon*»²³².

1.1.3. L'evoluzione delle scienze naturali, a partire dalla fine del XVIII secolo, e la loro elevazione a modello epistemologico introducono la convinzione che tutto il sapere, per essere valido, debba fondarsi sull'osservazione delle cose, della realtà empirica, posta, ovvero 'positiva', da cui il termine positivismo. Il positivismo e lo scientismo si diffondono

²³⁰ Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 23. Cfr. sul principio della sovranità dello Stato H.A. Zachariae, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3. Auflage, Band I, 1865, p. 50: «Die Staatsgewalt kann (...) niemals als eine der Person um ihrer selbst willen zuständige oder aus ihr entspringende Gewalt betrachtet werden, sondern Grund und Quelle der Gewalt ist und bleibt der Staat»; J.C. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, 3. Auflage, Band II, 1863, p. 10: «Der Staat als Person ist souverän. Deshalb nennen wir diese Souveränität Staatssouveränität. Sie ist nicht vor dem Staate, noch außer dem Staate, noch über dem Staate, sie ist die Macht und Hoheit des Staates selbst»; M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 130-139. Cfr. sul concetto di Stato come 'organismo' e sulla dottrina del monarca come 'organo dello Stato' E.-W. Böckenförde, *Der Staat als Organismus. Zur staats-theoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 263-272.

²³¹ Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 258, appendice.

²³² C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 94.

rapidamente nella cultura europea verso la metà del XIX secolo, restando a lungo in posizione dominante rispetto ad ogni altro orientamento filosofico soprattutto come mentalità, cioè come atteggiamento generico, più che come precisa dottrina. Il termine positivismo viene adottato infatti da ogni teoria che voglia dichiararsi non metafisica. Questo spirito tocca anche il sapere giuridico, che aspira a diventare scienza del diritto. Nel campo del diritto, infatti, ha una straordinaria fortuna il positivismo giuridico, il quale, pur collegandosi apparentemente al positivismo filosofico, ne differisce per aspetti molto rilevanti. Il positivismo filosofico di Comte, preso dal suo ideale della sociologia come scienza universale ed unificatrice di tutto il sapere, non si cura del fenomeno giuridico neppure dal punto di vista sociologico; il positivismo giuridico, al contrario, vuole prescindere del tutto dagli ambiti storico, politico, sociale per concentrarsi esclusivamente sullo studio e sulla sistematizzazione logica di norme esistenti e valide formalmente. Nonostante positivismo filosofico e positivismo giuridico condividano il ripudio della metafisica in generale e del giusnaturalismo in particolare, cioè di ogni dover-essere ideale, non si fondano su di un comune significato del termine ‘positivo’: nel primo caso ‘positivi’ sono i fatti e positività è sinonimo di effettività e concretezza del comportamento umano; nel secondo caso ‘positive’ sono le norme, in primo luogo le leggi, poste dall’autorità sovrana dello Stato e positività equivale alla mera esistenza formale delle norme²³³. Nata all’interno di una stessa mentalità *lato sensu* positivistica, questa divaricazione tra fatti e norme – che vede nei primi l’oggetto della filosofia positiva e della sociologia, nelle seconde, invece, l’oggetto del positivismo giuridico che altro non è se non un positivismo legalistico (*Gesetzpositivismus*) o un formalismo – emerge con prepotenza nella teoria giuridica del tardo Ottocento sotto forma di reazione antiformalistica al positivismo giuridico: significativamente, gli attori di questa reazione sono accomunati, grosso modo, dal recupero della dimensione storica o sociologica del diritto.

²³³ Cfr. sulle differenze tra filosofia positiva e il formalismo giuridico G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, edizione aggiornata a cura di Carla Faralli, Roma-Bari, Laterza, 2002, capp. 9 e 10, pp. 153-187. Cfr. inoltre sui vari modi di intendere il positivismo A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., pp. 239-241, dove vengono distinti: il positivismo legalista, il positivismo storico, il positivismo sociologico o naturalismo, il positivismo scientifico o concettuale. Hespanha sottolinea che «la scienza giuridica condivideva (...) con le altre [scienze] la convinzione ottimistica dell’*universalità* e della *progressività* dei suoi risultati. (...) La fiducia ottimistica nella validità dei risultati della scienza giuridica – che coincide con l’età d’oro dell’espansione coloniale europea – ebbe conseguenze importanti nella diffusione mondiale del diritto europeo».

Possono considerarsi giuspositivistiche, formalistiche e/o caratteristiche della *Allgemeine Rechtslehre* ottocentesca le sette tesi seguenti: 1. per diritto deve intendersi esclusivamente il diritto positivo; 2. il diritto consta esclusivamente di comandi e/o di norme; 3. la presenza o viceversa l'assenza di sanzioni distingue rispettivamente comandi e/o norme giuridici da altri comandi e/o norme non giuridici; 4. la sanzione viene comminata dallo Stato; 5. il diritto costituisce un sistema unitario, coerente e completo; 6. una tale sistematicità e una tale completezza consentono di fornire soluzioni determinate a tutti i casi concreti che siano eventualmente portati davanti ad un giudice; 7. la scienza del diritto è autonoma rispetto a tutte le altre scienze.

Che per 'diritto' debba intendersi solo il diritto positivo e non anche il diritto naturale è un assunto quasi ovvio dopo alcuni decenni dalle prime grandi codificazioni (il codice civile francese, noto come *Code Napoleon*, è del 1804, mentre il codice civile austriaco l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande*, risale al 1811; ma va ricordato anche il codice prussiano degli anni Novanta del XVIII secolo, l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), emanato nell'ambito delle iniziative riformatrici di Federico II; mentre il codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* [1900] è l'ultimo ad essere stato emanato, a più di un secolo dalle prime codificazioni). Semmai, diversamente da Savigny, da Hugo e dalla scuola storica del diritto, il termine 'positivo' per i teorici generali del *Nachmärz* cessa di significare 'storico' o 'effettivo' come contrapposto ad 'ideale' o 'naturale' e finisce per indicare esclusivamente il diritto posto dallo Stato e dai suoi legislatori per mezzo di un atto autoritativo, la legge. Di fronte alla legge la consuetudine, ovvero il passato legittimato dalla tradizione, deve cedere. Di fronte alla legge anche la giurisprudenza, ovvero la 'tirannia' dei giudici legittimati dalla competenza tecnica, deve cedere. Che il diritto consti di comandi o di norme è un'idea che si afferma solo con la teoria generale; per Savigny infatti consisteva soprattutto di rapporti e istituti. Imperativismo e normativismo distinguono dunque il positivismo della *Allgemeine Rechtslehre* dal positivismo storico della *Historische Rechtsschule*.

È un'idea antica che le norme sono giuridiche quando la loro violazione è sanzionata con una pena prevista dal diritto, ma che comminare la sanzione, così come emanare la norma, sia una competenza esclusiva dello Stato è una tesi che si afferma progressivamente e va di pari passo con la crescita del potere centrale dello Stato moderno. La Rivoluzione francese è una tappa importante di questo lungo processo: lo Stato assoluto prima, lo Stato liberale poi hanno espropriato tutte le realtà sociali (ceti, Chiese, corporazioni, e simili) del potere di produrre diritto e farlo rispettare.

La teoria generale dello Stato afferma vigorosamente la tesi - rinvenibile già in Savigny - che il diritto costituisca un sistema unitario, coerente (non contraddittorio) e completo (non lacunoso). Per 'completezza' si intende la proprietà per cui un ordinamento giuridico ha una norma per regolare qualsiasi caso e il giudice può, in ogni caso, trovare una soluzione senza ricorrere al principio di equità, senza cioè farsi produttore di diritto ricorrendo a principi extralegali. E poiché la mancanza di una norma si chiama di solito 'lacuna', 'completezza' significa 'mancanza di lacune'²³⁴. Se il diritto, o meglio la legge, sono completi, il giudice non sarà mai costretto a cercare altrove la soluzione del caso. Dogma centrale del positivismo giuridico e principale obiettivo dei movimenti antiformalisti, la teoria della completezza - avendo a che fare immediatamente con la questione delle fonti del diritto - è parte integrante della concezione statualistica del diritto, cioè di quella concezione - dominante nella teoria giuridica continentale - che fa della produzione giuridica un monopolio dello Stato e non ammette l'esistenza di alcun diritto concorrente. Le grandi codificazioni sono l'espressione macroscopica della volontà di completezza ed il risultato della monopolizzazione della produzione giuridica da parte del potere politico, ovvero da parte del legislatore. Teoria della completezza e positivismo giuridico, statualizzazione del diritto, ovvero riduzione del diritto ai codici e alle leggi dello Stato, e affermazione della scuola dell'esegesi sono aspetti di un unico movimento che vede il vecchio pluralismo giuridico - che «aveva alle spalle più di duemila anni di vita» ed era caratterizzato da una produzione «alluvionale» ed «extra-statuale» del diritto - 'strozzarsi' in un rigido monismo²³⁵.

Per quanto riguarda la tesi dell'autonomia della scienza del diritto rispetto alle altre scienze già con Savigny il diritto, in quanto espressione del *Volksgeist*, è considerato una realtà legittimata di per sé. L'auto-estrinsecazione storico-organica del diritto esclude *a priori* la necessità di darne una legittimazione sulla base di finalità intenzionali o funzioni sociali. Nel positivismo formalistico, dove il richiamo alla storia e al concetto metafisico di popolo viene meno, si realizza però una radicalizzazione della tesi dell'autonomia della scienza giuridica: dai primi cultori del 'metodo giuridico' fino a Laband e, nel XX secolo, a Kelsen (che pure di certi aspetti della teoria generale voleva essere un critico) la battaglia per la purezza della scienza giuridica è combattuta da un lato contro il giusnaturalismo, dall'altro, nel XX secolo, anche contro la nuova disciplina della sociologia

²³⁴ Cfr. sul dogma della completezza dell'ordinamento giuridico N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 237-273.

²³⁵ Cfr. P. Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 97.

del diritto. La *Allgemeine Rechtslehre* e la *Allgemeine Staatslehre* ottocentesche, la *Reine Rechtslehre* kelseniana si occupano esclusivamente del diritto, non della politica o della sociologia e ciò è possibile perché, escludendo che possa costituire anche un fatto, il diritto viene ridotto a comando (imperativismo) o a norma (normativismo).

1.1.4. L'Ottocento, il «secolo giuridico»²³⁶ per eccellenza, ha conosciuto accanto alla concezione della politica come *Macht* la concezione della politica come *Recht*. Nel periodo del *Nachmärz* e in modo sempre più convinto man mano che il processo di unificazione della Germania si realizzava, la costruzione per via dottrinale del diritto pubblico della Germania fu tentata con successo da Carl Friedrich von Gerber e proseguita da Paul Laband. Fondare, in una cultura giuridica di tipo legislativo alla francese, un diritto pubblico prima ancora che esistesse lo Stato per cui esso doveva valere, è l'impresa, che potrebbe sembrare teoricamente inconcepibile, realizzata da Gerber, il quale ha elaborato - a partire dal concetto di persona giuridica privata - il concetto, d'ora in poi centrale nell'*Allgemeine Staatslehre*, dello Stato come persona giuridica pubblica dotata di volontà. Dopo la vittoria della Prussia nella guerra con la Francia (1870) e la fondazione del II *Reich* ad opera del cancelliere Bismarck è Laband a perfezionare il 'metodo giuridico' consistente nella costruzione di concetti da cui dedurre, successivamente, le norme dell'ordinamento. La lista dei teorici generali del diritto, ovvero dei giuspositivisti, è ricca e collega idealmente l'Ottocento e il Novecento: prima Gerber, poi durante il II *Reich* bismarckiano Laband, Bergbohm, il primo Jhering e Jellinek, infine, nell'età di Weimar, Anschütz e Thoma, e - in modo certo problematico - Kelsen (la sua *Reine Rechtslehre* vuole proporsi infatti come critica della *Staatsrechtslehre* precedente) sono convinti che la dottrina dello Stato abbia a che fare con il diritto, non con la politica o la sociologia, o, per meglio dire, ritengono possibile risolvere la politica dello Stato giuridificandola e sostengono la tesi dell'autonomia della scienza giuridica da tutte le altre scienze. Statualizzazione del diritto e giuridificazione della politica sono fenomeni speculari e concomitanti che trovano espressione nel positivismo giuridico, il quale - è stato detto - costituisce in definitiva «una sorta di surrogato autoritario di quel costituzionalismo liberale che la Germania non ha praticamente conosciuto (se non in alcuni Stati meridionali nel *Vormärz*). Nel positivismo giuridico emergerebbero insomma i problemi tipici del liberalismo tedesco e della società tedesca,

²³⁶ E.-W. Böckenförde, *Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 244-261 (:244).

ovvero l'attitudine della borghesia tedesca a non farsi carico direttamente della modernizzazione politica»²³⁷. La crisi dello Stato nell'età di Weimar non è, perciò, solo una crisi dovuta a ragioni di politica interna e internazionale, a motivazioni socio-economiche o ad un clima culturale ostile alle istituzioni liberal-democratiche, ma è anche, dal punto di vista giuridico, una crisi del modello di Stato pensato dal positivismo giuridico a partire dalla metà del XIX secolo. La riduzione del diritto a diritto dello Stato nella sua versione autoritaria *à la* Laband o, viceversa, l'identificazione dello Stato col proprio ordinamento giuridico nella sua versione liberal-democratica *à la* Kelsen appaiono dunque soluzioni entrambe formalistiche del rapporto tra gli ambiti del 'giuridico' da un lato, del 'politico' e del 'sociale', dall'altro.

1.1.5. Sul finire del XIX secolo i tre pilastri del positivismo giuridico formalistico – statualità del diritto, completezza dell'ordinamento, autonomia della scienza giuridica - divengono l'oggetto degli attacchi di vari gruppi di giuristi. I numerosi movimenti antiformalisti - la 'giurisprudenza teleologica' (il secondo Jehrings), la 'giurisprudenza degli interessi' (Philip Heck e Max von Rümelin), il 'movimento del diritto libero' (Hermann Kantorowicz), la 'sociologia del diritto' (Eugen Ehrlich) – sono accomunati innanzitutto dalla percezione dell'esistenza di un diritto nel mondo sociale che non coincide con quello dello Stato e non si esaurisce nelle sue formalizzazioni (la forma-legge, i codici) e, di conseguenza, dall'opposizione alla teoria della completezza, cioè dal ripudio del 'dogma' dell'inesistenza di lacune (*Lücken*) nell'ordinamento giuridico. I movimenti antiformalisti si distinguono tra loro soprattutto per le diverse conseguenze tratte dal riconoscimento dell'esistenza di lacune nell'ordinamento²³⁸.

Le ragioni per cui sorge e si sviluppa rapidamente prima in Francia poi anche in Germania questa ondata di movimenti contro il positivismo giuridico, il monopolio del diritto da parte dello Stato, il dogma della completezza sono di varia natura, ma le principali sono due: da un lato l'invecchiamento dei codici (ciò vale soprattutto per la Francia e il suo Codice civile del 1804) che, col passare del tempo, ne mostrava le insufficienze, faceva venir meno la fiducia nell'onniscienza del legislatore e generava nei giuristi un atteggiamento meno ossequioso e più critico; dall'altro la profonda e rapida trasformazione della società nei Paesi

²³⁷ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 290-291.

²³⁸ Cfr. sull'importanza dei movimenti anti-formalisti in relazione alle prestazioni scientifiche di Weber e di Schmitt e sul 'momento sociologico' della giurisprudenza negli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo G. Ulmen, *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim, VCH Acta Humaniora, 1991, pp.91-130.

dell'Europa investiti dalla rivoluzione industriale, che faceva apparire le prime codificazioni – rispecchianti una società ancora principalmente agricola e scarsamente industrializzata – come anacronistiche ed inadeguate. Il positivismo giuridico era una teoria del diritto rispondente ad un'epoca di sostanziale staticità della società, che consentiva altrettanta staticità nella vita giuridica: il diritto positivo dello Stato poteva essere il vero e l'unico diritto a condizione che permanesse costante nel tempo la situazione socio-economica nella quale era stato emanato. Ma verso la fine dell'Ottocento, divenendo sempre più rapidi lo sviluppo dell'economia e la trasformazione delle strutture sociali, il divario tra l'ordinamento giuridico costituito e la realtà si percepiva facilmente. L'aggiornamento delle leggi, d'altra parte, non era sufficiente a colmare quel divario, senza contare poi il fatto che l'accelerazione della produzione legislativa, a causa della conseguente instabilità delle leggi, rischiava di privare il diritto dello Stato del fondamentale requisito della certezza, cioè di quel principio che voleva essere il massimo pregio del *Rechtsstaat* e che come tale era stato celebrato dal positivismo giuridico.

Sostenere la tesi della completezza di un diritto che ignorava il sorgere della grande industria e tutti i problemi, ad esso connessi, dell'organizzazione del lavoro, e che era stato pensato per uno Stato nel quale le masse erano escluse dalla partecipazione politica, equivaleva a chiudere gli occhi di fronte alla realtà per amore di una formula e di un metodo. Di uno «sfasamento tra diritto costituito e realtà sociale» parla Norberto Bobbio, il quale rileva come nel XIX secolo all'inadeguatezza del diritto di fronte alle nuove sfide della società industriale corrisponde la fioritura in Francia e in Germania della filosofia e delle scienze sociali. Accomunati dalla scoperta del sociale e dalla polemica contro il formalismo dello Stato e del suo diritto, tanto la sociologia positivista di Comte quanto il marxismo restano indifferenti all'aspetto giuridico-formale della convivenza e tendono ad ignorarlo (Comte) oppure a considerarlo una sovrastruttura ideologica dei rapporti di produzione dell'economia capitalistica (Marx)²³⁹.

L'evoluzione di una parte della dottrina giuridica dal metodo della 'giurisprudenza dei concetti' (*Begriffsjurisprudenz*) a quello di teorie del diritto che non perdessero di vista la realtà sociale da cui il diritto nasce è rappresentata, in modo davvero paradigmatico, dalla vicenda di Rudolph von Jhering, che della 'giurisprudenza dei concetti' è uno dei primi e maggiori teorici. La sua produzione viene distinta in quella del primo Jhering, che individua nella *Konstruktion* dei concetti giuridici la funzione

²³⁹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 244-245.

essenziale della giurisprudenza – il saggio *Unsere Aufgabe* del 1957 ne è il manifesto programmatico -, e quella del secondo Jhering, che trova espressione nell'opera *Der Zweck im Recht* (1877-1883). Con l'affermazione che creatore del diritto è lo scopo immanente alla vita stessa della società, *Der Zweck im Recht* segna una svolta nella teoria giuridica di Jhering e costituisce il punto di avvio della 'giurisprudenza degli interessi' (*Interessenjurisprudenz*). Intrisa di sensibilità vitalistica, la seconda fase dell'opera di Jhering si caratterizza per una concezione teleologica e pragmatica del diritto, segnata dall'idea che la finalità e l'interesse sono le cause generatrici delle norme poste dal legislatore. La volontà, certo, è la causa delle azioni umane di cui si occupa il diritto, ma la disciplina giuridica degli atti non deve partire nella sua interpretazione della norma dal momento volontaristico che ne precede l'emanazione, bensì dalla considerazione degli scopi e degli interessi – purché degni di essere protetti – perseguiti dagli individui. Jhering, che non nega mai allo Stato il monopolio dell'emanazione del diritto – atteggiamento spiegabile probabilmente a partire dal forte impatto dell'orientamento statualista della giurisprudenza in una Germania che ha appena raggiunto l'unità politica – elabora la propria teoria sul piano dell'interpretazione, non sul piano delle fonti del diritto. L'importanza di Jhering è grande specialmente sul piano dogmatico per l'introduzione della nozione di interpretazione teleologica, ossia di un'interpretazione congruente con le finalità e gli interessi in questione. Questa linea metodologica sfocia in seguito in due correnti distinte: l'una è il movimento del diritto libero' che si propone di svincolare il diritto dallo Stato rivalutando il ruolo del giudice come creatore del diritto ed elevando la dottrina al di sopra della mera esegesi legislativa; l'altra è la già ricordata 'giurisprudenza degli interessi' che, accettando fondamentalmente i presupposti del positivismo giuridico in merito alle fonti del diritto e proseguendo la critica di Jhering alla 'giurisprudenza dei concetti', si avvicina a posizioni giusnaturalistiche quando affronta il problema delle lacune dell'ordinamento.

Il primato della 'logica', che la 'giurisprudenza dei concetti' ha fatto valere nel lavoro della scienza giuridica, deve essere soppiantato secondo Heck, che della 'giurisprudenza degli interessi' è uno dei principali esponenti, dal primato dello studio e della valutazione della 'vita'. Positivistica nel senso filosofico del termine, in quanto intende richiamarsi direttamente a fatti positivi, storici e sociali, quali sono appunto gli interessi e non certo a valori d'ordine metafisico, la 'giurisprudenza degli interessi' è però del tutto in contrasto con il positivismo giuridico, cioè con il formalismo concettualistico. Respingendo decisamente l'opinione che l'ordinamento giuridico sia privo di lacune e che per qualsiasi caso si possa

trovare la norma in base alla quale deciderlo, ricavandola dal sistema delle norme esistenti, Heck sostiene che in presenza di una lacuna si debba compiere uno «sviluppo assiologico del comando» del legislatore (*wertende Gebotsbildung*) tenendo presenti gli interessi che sono in gioco: i giudizi di valore, ispirati comunque a quelli presunti del legislatore, possono essere formulati dal giudice con una sua valutazione autonoma (*Eigenwertung*) che integri – senza però contraddirle – le norme dell’ordinamento. La posizione di Heck divenne presto influente sulla prassi, con il risultato che le corti tedesche, dopo la drammatica conclusione della Repubblica di Weimar e l’ascesa al potere di Hitler, poterono facilmente motivare le loro decisioni in nome dell’interesse del popolo tedesco e della razza ariana.

Il ‘movimento del diritto libero’ (*Freirechtsbewegung*) non è un gruppo determinato di studiosi, ma, appunto, un movimento, una tendenza, un atteggiamento che assume forme diverse (alcuni per esempio riconducono al suo interno la stessa ‘giurisprudenza degli interessi’): *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) di Kantorowicz ne costituisce il manifesto. Accanto al diritto dello Stato, anzi prima di esso, esiste, afferma Kantorowicz, il *freies Recht* prodotto dalla società, dalle sentenze dei giudici, dalla scienza giuridica col suo ceto di giuristi. Il primo dei principi del ‘movimento del diritto libero’ è il rifiuto del dogma legalistico delle scuole cosiddette classiche dell’Ottocento – per esempio la ‘scuola dell’esegesi’ – per le quali il diritto era soltanto la norma costituita dalla legge o ricavata mediante procedimenti puramente logico-formali dal sistema delle leggi, e non era perciò dato all’interprete di ricorrere ad argomenti extralegali. Dal rifiuto del dogma legalistico discende necessariamente il rifiuto dell’altro dogma centrale del positivismo giuridico formalistico, quello della completezza dell’ordinamento. Il ‘movimento del diritto libero’, benché non sostenga che il giudice possa giudicare *contra legem* o che il diritto legislativo debba essere soppiantato dal diritto giurisprudenziale, si fonda sull’idea che in qualsiasi ordinamento legislativo, per quanto si dichiari completo, permane uno spazio vuoto che spetta all’interprete colmare.

Gli attacchi al positivismo presero di mira anche un altro obiettivo: al rifiuto del dogma della completezza, comune alle teorie antiformaliste, si aggiunge con la ‘sociologia del diritto’ la negazione dell’autonomia della scienza giuridica come scienza pura del diritto. Il primo a parlare di ‘sociologia del diritto’ in un senso preciso è il giurista austriaco Eugen Ehrlich in un testo del 1913 dal titolo: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Questa teoria antiformalista, destinata a trasformarsi nel Novecento da semplice movimento a vera e propria disciplina scientifica distinta dalla filosofia del diritto, realizza la sintesi di giurisprudenza e sociologia.

Considerata anche dal giusliberista Kantorowicz come la più preziosa scienza ausiliaria della giurisprudenza, la sociologia diventa per Ehrlich l'unica vera scienza giuridica in quanto studio del diritto vivente (*lebendes Recht*), dal quale il diritto dello Stato emergerebbe come una piccola isola da un mare in tempesta.

La necessità di andare oltre il dettato del legislatore – avvertita dalle teorie anti-formaliste - viene per principio negata dai positivisti, i quali definirono indistintamente e spregiativamente giusnaturalistiche quelle teorie. Se si vuole parlare di giusnaturalismo - come in effetti, polemicamente, si fece – a proposito di queste teorie del tardo Ottocento e del primo Novecento, bisogna avere presente che l'uso del termine è comunque improprio, non trattandosi del giusnaturalismo sei-settecentesco né – *a fortiori* - di quello scolastico cattolico, i quali postulano valori assoluti ed eterni, ma semplicemente di un 'non-formalismo', che resta saldamente ancorato ad un terreno positivistico o, più precisamente, storicistico e sociologico. L'uomo non ha una 'natura', bensì una 'storia' e una 'dimensione sociale': con queste parole può essere esplicitato il presupposto filosofico che sta a fondamento vuoi del positivismo filosofico, vuoi delle teorie anti-formalistiche.

Il dibattito dell'inizio del Novecento tra giuristi di formazione positivistica e sociologi del diritto ha coinvolto anche il giovane Kelsen, il quale ha dedicato due brevi scritti su questo tema, l'uno risalente al 1912, l'altro al 1915. Si tratta di: *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen e Naturrecht und Soziologie*²⁴⁰. Nel primo di essi Kelsen afferma che «la costruzione dei concetti giuridici non può venire intorbidita dalla problematica sociologica»²⁴¹. Mentre la sociologia del diritto si occupa del contenuto del fenomeno giuridico, la scienza giuridica deve occuparsi solo della sua forma. «Il giurista – si afferma in questo saggio in cui Kelsen, negando che ci siano nell'ordinamento lacune da colmare, prende posizione contro Hermann Kantorowicz, contro la *Freirechtsbewegung* e la *Interessenjurisprudenz* – può, anzi, deve essere anche *sociologo*, così come l'artista, per padroneggiare il materiale col quale lavora, deve essere anche un tecnico. Egli deve però restare sempre consapevole del fatto che, in

²⁴⁰ I due saggi *Sulla sociologia del diritto e Giusnaturalismo e sociologia* sono stati tradotti in italiano e raccolti in H. Kelsen, *Dio e Stato. la giurisprudenza come scienza dello Stato*, a cura di Agostino Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 179-196 e pp. 199-205. *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen* è apparso originariamente sulla rivista «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», Bd. XXXIV, Heft 2, 1912, pp. 601-614; *Naturrecht und Soziologie* è stato pubblicato in «Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung», Band 5, 1915, come recensione del libro di Adolf Menzel, *Naturrecht und Soziologie*.

²⁴¹ *Ivi*, p. 180.

quanto giurista, deve applicare un metodo diverso da quello del sociologo. La sociologia è un presupposto della giurisprudenza, ma da essa fondamentalemente distinta»²⁴². Un'attività giudicante *sine lege* – se esistesse, ma per Kelsen non può esistere - sarebbe l'equivalente di un giudizio *contra legem*. Nella recensione al libro di Adolf Menzel dal titolo *Giusnaturalismo e sociologia* è evidente la tendenza dei giuristi positivisti a ridurre le teorie anti-formaliste al giusnaturalismo: «che i *sistemi sociologici* contemporanei – esordisce Kelsen - non forniscano pure spiegazioni causali della realtà sociale, ma anche, come la teoria sociale del *giusnaturalismo*, valutazioni morali e politiche, è quanto dimostra un intelligente scritto del giuspubblicista viennese Menzel»²⁴³. La «specificità *sintesi di essere e dovere*» è la caratteristica essenziale di tutto il diritto naturale: valore e realtà, dovere ed essere, diritto e natura sono una stessa cosa²⁴⁴. L'analisi critica delle moderne teorie sociologiche mostra come esse siano pervase, esattamente come la dottrina del diritto naturale, di elementi normativi, poiché ciò che viene spacciato - da Comte, da Spencer, da Hauriou e da tutti gli importanti sociologi presi in esame nello studio di Menzel - per «legge naturale dello sviluppo» ad una considerazione più attenta si rivela essere una norma, non un principio di spiegazione della realtà, bensì un criterio di misura del valore. In Comte e in Spencer, in particolare, il valore immanente alle loro teorie della società consiste nell'occultamento, dietro le sembianze della legge positiva dello sviluppo, dell'idea del progresso e della sua realizzazione necessaria nello sviluppo storico e sociale. La critica di aver attuato un'indebita sovrapposizione tra il piano descrittivo e il piano normativo viene estesa anche al socialismo scientifico, cioè al materialismo storico di Marx, dove la compresenza di punto di vista esplicativo e punto di vista normativo si mostra inconfondibilmente e senza veli nel duplice scopo che il marxismo persegue: quello della spiegazione e quello della critica della storia. La «fallacia giusnaturalistica», il linguaggio dell'ottimismo e l'ideologia del progresso accomunano pertanto teorie sociologiche e socialismo scientifico.

L'insoddisfazione degli anti-formalisti per lo strumento della forma-legge e per il metodo puramente formale della scienza giuridica, a cui Kelsen tenta di reagire, può essere considerata *a posteriori* un sintomo della crisi della forma-Stato, che un Paese come la Germania esperisce in tutta la sua drammaticità a conclusione della prima guerra mondiale e che trova nella prestazione intellettuale di Carl Schmitt una delle diagnosi più acute.

²⁴² *Ivi*, p. 180; il corsivo è nel testo originale.

²⁴³ *Ivi*, p. 199. Il libro di A. Menzel, *Naturrecht und Soziologie*, Wien-Leipzig, Gromme, 1912 è noto anche a Schmitt, che lo cita in *Teologia politica* (cfr. CP, p. 62).

²⁴⁴ *Ivi*, p. 200; il corsivo è nel testo originale.

Gary Ulmen, autore di uno studio del 1991 su Max Weber e Carl Schmitt, *Politischer Mehrwert*, individua nella sintesi disciplinare di giurisprudenza e sociologia che si realizza all'inizio del Novecento e di cui Ehrlich è uno degli artefici, mentre Kelsen uno dei critici più duri, il punto da cui si dipartono due dei sentieri della ricerca scientifica di maggior successo del XX secolo: quello della sociologia del diritto di Weber - orientato allo studio dell'agire umano, non delle norme giuridiche -, che è anche una sociologia del potere (*Herrschaftssoziologie*) e una sociologia della religione (*Religionssoziologie*), e quello della teologia politica di Schmitt, che, nello studio sul concetto di sovranità del 1922, si presenta esplicitamente come una sociologia dei concetti giuridici e fonda la teoria del decisionismo. Nel caso di Weber e Schmitt, allora, non solo giurisprudenza e sociologia, ma anche economia, politica e religione, ovvero tutti gli ambiti disciplinari accuratamente esclusi dal positivismo giuridico formalistico come non rilevanti per la scienza giuridica, irrompono sulla scena e recuperano visibilità attraverso l'elaborazione di un metodo che respinge in partenza il dogma dell'autonomia e della purezza della scienza giuridica.

1.2. *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Weimar*

La storia costituzionale tedesca presenta i tratti tipici dell'andamento sinusoidale. I momenti principali di questa vicenda per nulla lineare sono i seguenti: l'esperienza liberal-borghese di Francoforte (1848-1849); la Costituzione imperiale (*Reichsverfassung*) del 1871 che delinea uno Stato federale monarchico-costituzionale; la Costituzione liberal-democratica di Weimar (1919) che segna l'apertura ai diritti sociali; il totalitarismo nazista con lo svuotamento, ma non l'abrogazione formale del testo weimariano; infine la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) di Bonn del 1949 che costituisce l'approdo ad una democrazia costituzionale 'protetta' contrapposta alla Germania della DDR. L'Ottocento tedesco è caratterizzato dal rifiuto del principio di legittimità democratico emerso con la Rivoluzione francese e dalla permanenza della rappresentanza di tipo cetuale e territoriale accanto alla rappresentanza moderna, unitaria, della nazione. È dal principio monarchico, allora, che bisogna partire per ricostruire la storia costituzionale tedesca che precede l'avvento della democrazia nel XX secolo.

1.2.1. Formulato già nella Costituzione bavarese del 1818 (Titolo II, § 1.), il principio monarchico (*monarchisches Prinzip*) è stato esteso a tutti i membri

della Confederazione tedesca dall'art. 57 dei *Wiener Schlußakte* risalenti al mese di luglio del 1820, dove si afferma: «Poiché la Confederazione tedesca (*der deutsche Bund*), se si escludono le città libere, risulta costituita da principi sovrani, così il complessivo potere dello Stato – conformandosi al succitato principio – deve rimanere concentrato nelle mani del Capo dello Stato (*muß ... die gesamte Staats-Gewalt in dem Oberhaupt des Staates vereinigt bleiben*). Il sovrano può, attraverso una costituzione cetual-territoriale (*landständliche Verfassung*) essere limitato solo nell'esercizio di determinati diritti alla collaborazione (*Mitwirkung*) dei ceti». La natura del principio monarchico sancito in questo documento sta nella rottura con il passato della monarchia di diritto divino e nella parziale continuità con il leopoldismo. Otto Brunner, nel suo saggio *Dall'investitura per grazia di Dio al principio monarchico*, fa notare che il principio monarchico non è un'esclusiva della storia costituzionale tedesca. Esso, anzi, sta a fondamento anche della *Charte* francese del 1814, che fornisce un modello per le costituzioni della Germania meridionale risalenti allo stesso periodo. Secondo Brunner già l'assolutismo illuminato, con il suo richiamarsi al 'contratto di soggezione' per fondare la propria legittimità e con l'insistenza sull'umanità del re che non è più presentato come un uomo-Dio, ma come il primo servitore dello Stato, costituiva una «deviazione razionale» e il «punto finale della demistificazione della investitura per grazia divina al di là della quale non si poteva progredire se si voleva rimanere nell'ambito dell'idea monarchica»²⁴⁵. Con il principio monarchico il concetto di sovranità perde quei tratti magico-sacrali le cui manifestazioni più caratteristiche sono rappresentate dai re 'taumaturghi' della Francia e dell'Inghilterra dell'età medievale e della prima modernità studiati all'inizio degli anni Venti del XX secolo da Marc Bloch²⁴⁶. In Francia, come si è mostrato, quel passo ulteriore in direzione della demistificazione del concetto di sovranità è stato compiuto in teoria con l'individuazione di un nuovo soggetto della sovranità, ovvero con la sostituzione di un mito all'altro – direbbe Paolo Grossi - (il popolo di Rousseau e la nazione di Sieyes), in pratica con la Rivoluzione, scoppiata per la delusione nei confronti delle capacità riformatrici dell'assolutismo. In Germania, dove l'assolutismo illuminato sembrava funzionare più efficientemente, non si giunse all'affermazione della sovranità popolare se non nel XX secolo, con la Costituzione di Weimar. «Il principio monarchico – scrive Brunner - non

²⁴⁵ O. Brunner, *Dall'investitura per grazia di Dio al principio monarchico*, in Id, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, cit., pp. 165- 199 (: p. 190).

²⁴⁶ Cfr. M. Bloch, *I re taumaturghi. Studi sul carattere sovranaturale attribuito alla potenza dei re particolarmente in Francia e in Inghilterra*, con una prefazione di Jacques Le Goff, Torino, Einaudi, 1989.

ha bisogno di un fondamento spirituale: esso non è più la genuina investitura per grazia divina (...) Il principio monarchico è una formula di diritto statale, al di là della quale non è possibile risalire ulteriormente. Il sovrano è organo dello Stato, e quest'ultimo viene pensato come istituto, come persona reale, come persona giuridica. Esso compare in Germania come 'realizzazione dell'idea etica' (Hegel), come il 'regno morale' in questo mondo (Stahl), e viene contrapposto alla società civile, intesa come sfera degli interessi privati»²⁴⁷. È proprio Friedrich Julius Stahl a pubblicare nel 1845 un libro sul principio fondamentale della monarchia costituzionale tedesca: il titolo è *Das monarchische Prinzip*. La situazione della monarchia costituzionale «implicava una continua contrapposizione tra il governo monarchico e un parlamento limitato ad una partecipazione all'attività amministrativa. Così in Prussia a partire dal 1850, e poi nell'Impero tedesco (dal 1871), ma anche nella monarchia austro-ungarica, in cui i sovrani mantennero fino al 1918 un potere autonomo di comando, ed il rapporto fra tale potere e il parlamento, che doveva autorizzare i mezzi finanziari necessari per il suo esercizio, portava continuamente a conflitti costituzionali»²⁴⁸. Nell'Europa centrale del XIX secolo le costituzioni, nel rispetto del principio monarchico, vengono 'concesse', oppure, anche se si consente che esse vengano 'consigliate' o addirittura emanate dai parlamenti, queste assemblee che collaborano alla formazione della costituzione sono comunque elette in base ad un diritto di elezione 'concesso' dal monarca, non affermato come diritto originario del popolo o della nazione. Oggetto anche di un saggio di Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*²⁴⁹, la monarchia costituzionale tedesca presenta cinque tratti essenziali: il riconoscimento del principio monarchico, l'esistenza di una costituzione 'ottrouata' o 'concessa', la collaborazione (*Mitwirkung*) tra monarca e rappresentanza popolare (*Volksvertretung*) nell'esercizio del potere legislativo, la concezione del governo e dell'amministrazione come aree riservate al monarca, la prerogativa assoluta del monarca sull'esercito. Il costituzionalismo tedesco si sviluppa – è evidente - in reazione al costituzionalismo francese che, ben prima dell'assalto alle Tuileries del 10 agosto 1792, aveva introdotto nella Costituzione monarchica del 1791 il principio della sovranità popolare, già proclamato nella *Dichiarazione dei diritti* del 1789. Al titolo III art. 2 della Costituzione del 1791 si legge

²⁴⁷ O. Brunner, *Dall'investitura per grazia di Dio al principio monarchico*, in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, cit., p. 195.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 166.

²⁴⁹ E.-W. Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 273-305.

infatti: «La Nazione, dalla quale sola emanano tutti i poteri, non può esercitarli che per delega. La Costituzione francese è rappresentativa; i rappresentanti sono il Corpo legislativo e il Re». Nel modello tedesco di monarchia costituzionale portatore (*Träger*) del potere statale non è la nazione e non sono neppure il re e la nazione insieme, bensì soltanto il re. La costituzione, allora, viene concepita come autolimitazione (*Selbstbeschränkung*), non come fondamento (*Grundlage*) del potere monarchico. La differenza tra il modello francese del 1791 e quello tedesco dell'Ottocento è ancor più evidente se si osserva il principio monarchico alla luce della Costituzione belga del 1831, che si rifà alla Costituzione francese del 1791. All'art. 25 della Costituzione monarchico-costituzionale belga si legge: «*Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution*». Nell'ordinamento costituzionale belga il re non precede la costituzione, ma può esistere come organo dello Stato ed esercitare i suoi poteri solo sulla base della costituzione, la cui legittimità è perciò di tipo democratico-nazionale²⁵⁰.

1.2.2. Nel marzo del 1848 il movimento rivoluzionario richiese l'unità nazionale ed il riconoscimento delle libertà cosiddette borghesi. Nella *Paulskirche* di Francoforte sul Meno, dove in passato venivano eletti i re e gli imperatori del Sacro Romano Impero, si svolsero i lavori della *Nationalversammlung* che si sostanziarono nella approvazione della legge sui diritti fondamentali e, solo in un secondo momento, nelle scelte relative all'organizzazione costituzionale della Confederazione. La costituzione di Francoforte del marzo del 1849 è un documento-modello per il movimento liberale e democratico tedesco, ma anche la manifestazione della sua debolezza politica. In essa la questione dell'unità nazionale e la questione del costituzionalismo, del liberalismo, del parlamentarismo vengono a sovrapporsi senza trovare una soluzione concreta.

L'eredità fondamentale dell'esperienza di Francoforte è il titolo VI della Costituzione su *I diritti fondamentale del popolo tedesco*. Come fa notare Gerhard Oestreich, «per la prima volta in una costituzione tedesca comparve qui il concetto di diritti fondamentali»²⁵¹. Nelle intenzioni di Georg Beseler, giurista e membro dell'Assemblea nazionale, il *Rechtsstaat* si sarebbe dovuto sostituire al *Polizeistaat*, la libertà personale, di espressione, di stampa, l'uguaglianza giuridica e l'inviolabilità della proprietà avrebbero dovuto eliminare ogni residuo dello Stato per ceti, così come i diritti feudali

²⁵⁰ *Ivi*, pp. 278-279.

²⁵¹ G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 108.

ancora esistenti²⁵². Durante la Rivoluzione del 1848 la Germania si appropriò del lascito della Rivoluzione francese del 1789. Ma le vicende storiche e dottrinali di mezzo secolo di storia fecero sentire il loro peso nella concezione del soggetto di diritti, e una diversa immagine dell'individuo si rifletté sulla dichiarazione tedesca del 1848: l'idea giusnaturalistica e illuministica del soggetto razionale coi suoi diritti naturali venne in parte sostituita dalla concezione liberale della persona giuridica che può realizzare le proprie inclinazioni solo in una sfera individuale distinta ed autonoma dallo Stato. Sotto il profilo della forma di governo nella dichiarazione dei diritti si riconosceva la responsabilità dei ministri degli Stati componenti la Federazione di fronte alla rappresentanza popolare²⁵³. Ma la parte della Costituzione di Francoforte sui diritti fondamentali non restò in vigore neppure tre anni. Infatti, con il *Bundesbeschluß über die Aufhebung der Grundrechte des deutschen Volkes* dell'agosto del 1851, che abrogò proprio la parte relativa ai diritti fondamentali, la storia politica tedesca abbandonò la via liberale alla democratizzazione dello Stato per imboccare piuttosto la via autoritaria²⁵⁴.

Negli anni seguenti i liberali prussiani cercarono di aumentare la propria influenza in materia di bilancio ed in materia militare seguendo l'esempio del parlamentarismo britannico, ma il conflitto costituzionale che per alcuni anni, dal 1862 al 1866, oppose il Reichstag al Cancelliere Bismarck sul tema della riorganizzazione dell'esercito, si concluse a favore di Bismarck e decretò l'emarginazione della camera bassa anche nella successiva Costituzione imperiale del 1871, che risolse il problema istituzionale in chiave non parlamentare bensì monarchico-costituzionale.

1.2.3. La Costituzione imperiale (*Reichsverfassung* - RV) del 1871 restò in vigore per quasi cinquant'anni, dalla conclusione del conflitto franco-prussiano fino alla proclamazione della Repubblica seguita alla Rivoluzione del novembre 1918. La prima osservazione da fare in merito a questo periodo della storia costituzionale tedesca riguarda la sorprendente stabilità dei governi del *Reich*. La stretta dipendenza dei segretari di Stato – che non

²⁵² Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 153: Costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849, Titolo VI. I diritti fondamentali del popolo tedesco, art. XII, § 164. La libertà è inviolabile; § 166. È abolito per sempre ogni vincolo di servitù e di vassallaggio; e inoltre § 171. Tutti i vincoli feudali devono essere aboliti.

²⁵³ *Ivi*, p. 155. Costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849, Titolo VI. I diritti fondamentali del popolo tedesco, art. XII, § 186. Ogni Stato tedesco deve avere una Costituzione con rappresentanza popolare. I ministri sono responsabili di fronte a quest'ultima.

²⁵⁴ E.R. Huber, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, 2 voll., Stuttgart, Kohlhammer, 1968, vol. II, p. 2.

potavano essere contemporaneamente membri del Reichstag - dal Cancelliere e la loro apoliticità - si trattava in sostanza di Ministri 'tecnici', ovvero di fedeli esecutori delle direttive ministeriali - «facevano sì che il governo tedesco assumesse caratteri di stabilità inconcepibili per le democrazie parlamentari»²⁵⁵. Nei quarantasette anni di vita del II *Reich* si succedettero alla carica di Cancelliere solo sette persone e anche l'avvicendamento dei Ministri Segretari di Stato non era molto più frequente (solo la carica di Ministro degli Esteri, a causa della spiccata politicità di quel ruolo, era soggetta a una maggiore mobilità). L'indipendenza dai partiti politici rappresentati nel Reichstag e la stabilità dei governi nel tempo erano viste come garanzie di corretta amministrazione. Questa osservazione ci pare rivelatrice delle ragioni per le quali nella successiva età di Weimar ci si lamentasse da più parti della instabilità dei governi e delle maggioranze parlamentari: in Schmitt, sia in *Dottrina della costituzione* sia in *Il custode della costituzione*, ricorre con una frequenza inusitata l'espressione «labile equilibrio» per descrivere la situazione di instabilità parlamentare dei governi della Repubblica.

La discussione sulla forma-Stato del Reich - Stato federale o confederazione di Stati - fu ampia e articolata. Il problema politico centrale era costituito dall'egemonia della Prussia, che della costruzione dell'unità politica della Germania era stata l'artefice. La prevalenza prussiana all'interno della camera della rappresentanza federale (Bundesrath), la coincidenza nella stessa persona - prevista dal testo della costituzione - tra la carica di Cancelliere del Reich e quella di Primo Ministro prussiano, i limiti alla revisione costituzionale disposti dall'art. 78 RV - limiti che andavano a vantaggio della Prussia - indussero alcuni a parlare della struttura formale del Bund tedesco come di una 'copertura costituzionale del dominio prussiano sul Reich'. Secondo Laband, che della Costituzione imperiale è il massimo commentatore, la Germania si configurava come uno Stato federale. Nato per unire 22 tra sovrani e principi tedeschi e tre Senati di città-Stato, il Bund era costituito dai singoli Stati, non dai cittadini, cioè non dal popolo tedesco: «il Reich tedesco non è una persona giuridica di 40 milioni di membri, bensì di 25 membri», scrive Laband in *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*²⁵⁶. La costituzione del 1871 assegnava un ruolo di fondamentale importanza al Bundesrath, l'organo di rappresentanza federale: il Bundesrath, questo «sovrano dalle molte teste», viene contrapposto con pari diritti al Reichstag per sventare ogni tentativo di

²⁵⁵ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 41.

²⁵⁶ P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, Tübingen, Mohr, 1876, vol. I, pp. 87 ss.

parlamentarizzazione del regime²⁵⁷. Nonostante, nel corso del tempo, abbia perduto incidenza effettiva nella dinamica reale della vita della costituzione guglielmina e nonostante il suo funzionamento fosse ostacolato e le sue potenzialità minate dalla preponderanza in esso della Prussia, il Bundesrath viene oggi considerato dagli storici delle costituzioni come il baluardo più forte contro ogni tipo di parlamentarizzazione del sistema politico e contro ogni richiesta di democratizzazione dello Stato.

La discussione sulla natura dell'assetto costituzionale guglielmino si è concentrata inoltre sulla questione del cosiddetto 'costituzionalismo di facciata' (*Scheinkonstitutionalismus*) e sugli aspetti bonapartistici del regime bismarckiano.

Sul primo versante si colloca la tesi di H.U. Wehler, secondo il quale il regime bismarckiano sarebbe uno 'pseudo-costituzionalismo semiassolutistico'²⁵⁸. Il giudizio di Wehler è fuorviante dal punto di vista formale, perché si fonda sulla confusione tra costituzionalismo, parlamentarismo e forma di governo parlamentare. Se si concepisce il costituzionalismo come forma di governo parlamentare si deve riconoscere la pseudo-costituzionalità del regime guglielmino. Se invece lo si connette col significato di parlamentarismo *lato sensu*, esprime una forma di governo dualistica in cui accanto al governo esiste anche una rappresentanza popolare, sebbene priva di ogni incidenza sull'indirizzo politico.

L'accostamento tra il II *Reich* e il regime bonapartista, invece, al di là di ogni considerazione sull'esercizio effettivo del potere, mostra i suoi limiti maggiori nella concezione della legittimità. Nel regime bonapartista, infatti, il potere si basa su quella che nella *Herrschaftssoziologie* di Max Weber è la legittimità carismatica, mentre in Germania il potere ha il proprio fondamento nel principio monarchico, che è un principio di legittimità dinastica di tipo tradizionale. Le analogie tra la Francia di Napoleone III e la Germania paiono superficiali e vengono argomentate solo sulla base dell'esistenza in entrambi i paesi del suffragio universale e di camere rappresentative.

Il giudizio di Schmitt sulla Costituzione imperiale del 1871 viene espresso in molti luoghi di *Dottrina della costituzione*. In questo contesto è utile, piuttosto, riproporre alcune considerazioni sulla monarchia costituzionale che il giurista svolge nel saggio *Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, che è la rielaborazione di una conferenza su Preuß tenuta nel 1930 alla

²⁵⁷ Cfr. H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933* (1982), Bologna, Il Mulino, 1993, p. 105.

²⁵⁸ H.U. Wehler, *Das Deutsche Kaiserreich (1871-1918)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1973.

Handelshochschule di Berlino²⁵⁹. Il saggio, in realtà, non colloca più Preuß al centro delle argomentazioni come era stato in occasione della conferenza, ma si amplia fino a fornire una breve storia delle tre generazioni del diritto pubblico tedesco, dal 1848 alla fine del *Reich* guglielmino nel 1918, che precedono la generazione di Preuß²⁶⁰. Le riflessioni di Schmitt su Preuß sono collocate sullo sfondo dei grandi sviluppi politici, costituzionali, storico-spirituali dell'Ottocento tedesco. Il primo ed essenziale compito del giurista è per Schmitt far luce sulla specificità della situazione storico-concreta della politica nella quale viene elaborata una dottrina giuspubblicistica. Così si spiegano le numerose ricerche di Schmitt sulla 'situazione' del momento e così si spiegano gli altrettanto numerosi titoli in cui compare la parola '*die Lage*'²⁶¹. «Tutti i concetti politici sorgono da un contrasto concreto di politica interna o estera»: con questo *incipit*, che riecheggia l'affermazione contenuta in *Il concetto di politico* - «tutti i concetti, le espressioni e i termini politici hanno un senso polemico»²⁶² - , Schmitt intende dire – in polemica col metodo puramente giuridico di Laband - che se si prescinde dalla valutazione della situazione storica concreta, parole come «sovranità, libertà, Stato di diritto e democrazia» non sono adeguatamente comprese, perché è solo da un'antitesi concreta che acquistano il loro specifico significato. Il successo del metodo del diritto pubblico di Laband «si spiega psicologicamente – osserva Schmitt – con il senso di sicurezza dell'anteguerra», senso di sicurezza di un'epoca intera che non pare più comprensibile alla fine dell'età di Weimar, quando Schmitt scrive. Ebbene, a proposito della *Reichsverfassung* del 1871 Schmitt parla di «aggiramento dei principi politici» e di «sistema di decisioni eluse», e la grande complessità delle istituzioni imperiali lo induce a formulare l'accusa di contraddittorietà, un'accusa, questa, che viene estesa, su basi diverse e per diverse ragioni, alla stessa costituzione liberal-democratica di Weimar, di cui viene a più riprese sottolineata l'origine e la natura compromissoria²⁶³. A partire dalla sua concezione della costituzione come decisione e della natura essenzialmente polemica dei concetti politici, Schmitt afferma: «le costituzioni tedesche del XIX secolo hanno lasciato in

²⁵⁹ C. Schmitt, *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuß e la dottrina tedesca dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 87-123.

²⁶⁰ Cfr. su Preuß S. Mezzadra, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuß*, Bologna, Il Mulino, 1999.

²⁶¹ Cfr. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), *Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart* (1931), *Unsere geistige Gesamtlage und unsere juristische Aufgabe* (1934), *Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft* (1936), *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1942).

²⁶² *CP*, p. 113.

²⁶³ *DL*, p. 93.

sospeso il vero punto controverso delle lotte interne, la questione costituzionale fondamentale, ovvero, formulata secondo la teoria dello Stato, la questione del soggetto del potere costituente: sovranità del monarca o sovranità del popolo. Né la monarchia era abbastanza forte per reggersi nella sua assolutezza, né il popolo tedesco era in grado di dare a se stesso una costituzione»²⁶⁴. La contraddittorietà cui si riferisce Schmitt ha a che fare, quindi, con la disomogeneità dei principi di legittimazione dell'autorità sia al livello federale (legittimità dinastica e legittimità democratica) sia all'interno dei singoli componenti del Bund, che si aggiungeva alla laicizzazione del potere monarchico già messa in evidenza – seguendo la lezione di Brunner – attraverso l'art. 57 del *Wiener Schlußakte*. Non solo il principio monarchico non è quindi posto in modo diretto alla base dell'ordinamento, ma si registra anche la presenza di un chiaro elemento democratico, dovuto al sistema d'elezione a suffragio universale del *Reichstag* tedesco. Ma la decisione mancante, lamenta Schmitt, non è solo quella tra principio monarchico e principio democratico, neppure la decisione tra Stato federale e Confederazione di Stati viene presa in modo chiaro: «la costituzione della monarchia costituzionale tedesca poggia perciò nel suo nocciolo su di un compromesso, e cioè su di un compromesso di natura particolare tra monarchia e democrazia teso a rinviare la decisione. Nella costituzione bismarckiana del *Reich* del 1871 questo primo compromesso riguardante il principio politico della forma-Stato si unì ad un secondo compromesso tra principi opposti parimenti basato sulla sospensione della decisione politica: il *Reich* doveva essere la forma statale dell'unità nazionale dell'intero popolo tedesco e, nel contempo, una *lega* dei *principi* tedeschi»²⁶⁵. In effetti, la natura pattizia su cui si basava il Bund, vedeva nei Principi tedeschi e nei Senati delle città libere, non nel popolo tedesco nella sua interezza, i soggetti del patto costituzionale. Pertanto il giudizio schmittiano sulla complessiva vicenda guglielmina - espresso alla luce della difficile conciliazione tra Stato militare prussiano e Stato costituzionale borghese – coglie nel vero quando afferma che l'Impero era sottoposto ad una duplice contraddizione: la prima relativa al principio di sovranità (dinastico e democratico), la seconda relativa al tipo di Stato (unitario e federale). Di *Doppelstruktur* del II *Reich* Schmitt parla anche in un breve testo del 1929, *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre*, raccolto nel 1958 nei *Verfassungsrechtliche Aufsätze*²⁶⁶.

²⁶⁴ *DL*, p. 94.

²⁶⁵ *DL*, p. 94.

²⁶⁶ C. Schmitt, *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre* (1929), in *VA*, pp. 29-33. Questo saggio schmittiano è la recensione di un libro di un giovane storico di Marburgo, Egmont Zechlin, *Staatsstreichpläne Bismarcks und Wilhelms II.*, Stuttgart,

Schmitt sostiene che i successori di Bismarck alla carica di cancelliere del Reich poterono, in tempi di tranquillità e sicurezza, ignorare i fondamentali problemi costituzionali della costituzione, rinviare cioè indefinitamente la decisione tra principio democratico e principio monarchico. Quando la crisi, a causa della sconfitta nella prima guerra mondiale, finalmente giunse, uno dei due principi di legittimità, la legittimità dinastica, venne bruscamente meno. Sarebbe però un errore credere che, risolta la contraddizione tra monarchia e democrazia, l'unità del Reich tedesco fosse fuori pericolo, perché i pericoli per la stabilità del Reich giunsero, con la Costituzione di Weimar, da un'altra direzione, quella del pluralismo degli interessi e delle ideologie e della frammentazione partitica: *«in demselben Augenblick, in dem der bisherige Gegner des demokratischen Prinzips verschwand, traten innerhalb der Demokratie selbst die Gegensätze der verschiedenartigen sozialen Gruppen und Parteien hervor, die sich in Zeiten des gemeinsamen Gegners nicht hatten entfalten können»*²⁶⁷. Nonostante il giudizio fortemente negativo, Schmitt sostiene che il più grande vantaggio della 'doppia costruzione' della costituzione bismarckiana consisteva, paradossalmente, proprio nella possibilità di giocare i principi monarchico e democratico l'uno contro l'altro, per contrastare di volta in volta le molteplici spinte centrifughe del Reich, «costringere» tutte le forze contrastanti a restare unite e preservare con ciò l'unità nazionale²⁶⁸. Ma quando questo strumento di contrasto della frammentazione non può più essere adoperato, il rischio che si corre, per Schmitt, è che del valore dell'unità nazionale si approprii uno solo dei molteplici partiti politici: *«wenn dieser Zwang aufhört, entsteht die große Gefahr, dass das Nationale als eine Parteisubstanz neben anderen Parteisubstanzen erscheint, neben sozialen, wirtschaftlichen und konfessionellen Sachgehalten verschiedener Art»*²⁶⁹. Al posto della 'doppia costruzione' di Bismarck fa la sua comparsa, con la Costituzione di Weimar, un male peggiore: il pluralismo dei gruppi sociali e degli interessi economici.

Cotta, 1929. In esso Schmitt, con la lucida chiarezza che gli è propria, scrive: «Denn hier tritt besonders auffällig zutage, dass Bismarcks Reich und Verfassung auf eine doppelte Grundlage gestellt war: die Solidarität der Bundesfürsten und die nationale Homogenität des in sich einigen deutschen Volkes. Der Vorteil dieser Doppelkonstruktion lag darin, dass ein großer Staatsmann wie Bismarck gegen partikularistische Neigungen und nationale Unzuverlässigkeit der Fürsten das Nationalgefühl des ganzen deutschen Volkes, gegen ein unsicheres und instinktloses Nationalgefühl des deutschen Volkes und der deutschen Parteien die nationalen Dynastien ausspielen konnte» (VA, p. 30).

²⁶⁷ *Ivi*, p. 32.

²⁶⁸ *Ivi*, p. 32.

²⁶⁹ *Ivi*, p. 32.

1.2.4. Il mondo di apparente, serena tranquillità, il mondo di pacifica, ma fittizia risoluzione del ‘politico’ e del ‘sociale’ nel ‘giuridico’ e nello ‘statale’, descritto dai teorici generali del diritto e dal positivismo ovvero dal formalismo giuridico ottocentesco entra in crisi, dal punto di vista giuridico, con l’inflazione legislativa (*Gesetzesflut*) - prodotta dalla necessità di fornire una risposta legislativa alle enormi trasformazioni sociali e politiche degli inizi del Novecento - e con la conseguente ri-politicizzazione della vita giuridica. La legge, che costituiva la pietra angolare del monumentale sistema dogmatico del diritto, non esprime più - in un Paese come la Germania trasformato dalla rapidità dei processi socio-economici e politici di industrializzazione e democratizzazione - i motivi duraturi del consenso, ma soltanto l’opportunità momentanea, l’aggiustamento politico provvisorio delle mutevoli maggioranze parlamentari, il compromesso instabile tra opzioni ed interessi incompatibili. Nella conferenza del 1942 dal titolo *La condizione della scienza giuridica europea* Schmitt, con la vividezza espressionistica che caratterizza molte sue definizioni, chiama questo fenomeno «motorizzazione della legge»: per la precisione con ‘legge motorizzata’ Schmitt intende il provvedimento, ovvero l’atto amministrativo adoperato come strumento di pianificazione²⁷⁰. Nelle democrazie costituzionali del XX secolo – di cui la Repubblica di Weimar costituisce il primo, sfortunato esempio - la ricerca di sicurezza, di stabilità, di adesione del diritto a valori condivisi non può più affidarsi alla legge e neppure al codice. Deve rivolgersi ad un livello superiore, a quello della costituzione, non intesa più, a partire dalla costituzione di Weimar, come lo ‘statuto’ dello Stato, ma come deposito di valori consensuali collocati al vertice delle formalizzazioni costituzionali concrete, cioè come costituzioni formali e, insieme, materiali. Inoltre, mentre in tutta l’Europa con il passaggio dal XIX al XX secolo l’egemonia borghese conosce gravi difficoltà dovute all’avanzare – in seguito all’estensione del suffragio - della democrazia di massa che soppianta la base sociale del *government by discussion*, non si può parlare nel caso della Germania di una crisi del parlamentarismo nei primi due decenni del XX secolo, dato che l’assetto del II Reich è sì costituzionalistico, ma non liberale/parlamentare. È solo in seguito al crollo dell’Impero guglielmino che si realizzano insieme la parlamentarizzazione del governo e la democratizzazione dello Stato.

La Costituzione dell’11 agosto 1919 – frutto, sul breve periodo, delle discussioni avvenute durante gli anni della prima guerra mondiale, della sconfitta, dei mesi di transizione costituzionale travagliati da opzioni tanto

²⁷⁰ C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, Pellicani, 1996, pp. 61-62.

divergenti l'una dall'altra – può essere considerata, sul lungo periodo, come la 'rivincita di Francoforte' sulla soluzione monarchico-costituzionale del 1871 e anche come il decisivo superamento, sul piano dei diritti sociali, delle soluzioni elaborate dai liberali nel 1848. Si tratta infatti della prima costituzione in cui vengono proclamati, accanto ai classici diritti liberali borghesi, anche i diritti democratici e sociali. Come viene ricostruito da Gerhard Oestreich nella sua *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* la rivoluzione bolscevica del 1917 segna una cesura nella storia dei diritti fondamentali, e la dichiarazione dei diritti - adottata dal Congresso dei soviet nel 1918 ed inserita nella Costituzione della Repubblica Federale Sovietica dello stesso anno – rappresenta, con la sua introduzione dei diritti del popolo lavoratore e sfruttato, l'immediato punto di riferimento per i costituenti weimariani²⁷¹. Friedrich Naumann, relatore a Weimar per i diritti fondamentali, si oppone alla soluzione sovietica. La prima costituzione liberal-democratica tedesca non è però soltanto il compimento dei sogni liberali di libertà coltivati dal fallimento del Parlamento della *Paulskirche* in poi, né solo la via tedesca all'integrazione nel testo della Costituzione dei diritti sociali già proclamati nella Russia sovietica. Essa è anche frutto della sconfitta militare e delle richieste avanzate dal Presidente Wilson in materia di garanzie costituzionali²⁷².

La principale novità rispetto alla costituzione bismarckiana sta nel fatto che questa volta a darsi una Costituzione non è una federazione di principi sovrani, bensì la nazione sovrana attraverso la sua *Nationalversammlung* costituente liberamente eletta.

Lo studio comparato di Robert Redslob²⁷³ sul parlamentarismo – *Die parlamentarische Regierung*²⁷⁴ – che, apparso nel 1918, si inserisce nel dibattito sulla democratizzazione della monarchia imperiale tedesca svoltosi nei primi due decenni del XX secolo, esercita un forte influsso sul giurista ebreo liberale Hugo Preuß, che viene chiamato a lavorare alla stesura della Costituzione di Weimar. Preuß, professore alla *Handelshochschule* di Berlino, uno dei più brillanti studiosi di diritto costituzionale della

²⁷¹ G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 131-132.

²⁷² Cfr. H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 103-121.

²⁷³ Cfr. sul pensiero costituzionalistico di Redslob F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè, 1985.

²⁷⁴ Il titolo completo è: R. Redslob, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihren unechten Form. Eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Tübingen, Mohr, 1918. Redslob stesso pubblicò in Francia un nuova edizione del libro molto critica nei confronti delle soluzioni costituzionali weimariane: *Le régime parlementaire. Etudes sur les institutions d'Angleterre, de Belgique, de Hongrie, de Suède, de France, de Tchécoslovaquie, de l'Empire Allemand, de Prusse, de Bavière et d'Autriche*, Paris, Giard, 1924.

Germania, è l'autore di alcuni progetti di costituzione. La storia della genesi della Costituzione weimariana è lunga e complessa e attraversa varie fasi. Il confronto tra il primo progetto, pubblicato nel gennaio del 1919, ed il secondo progetto di Preuß, che egli stesso presenta all'Assemblea nazionale, è di particolare interesse per cogliere la natura dei problemi più spinosi all'ordine del giorno della *Nationalversammlung*. Degna di nota è la successione delle sezioni del primo progetto e del testo finale della costituzione. Da tempo le costituzioni liberal-democratiche sono solite iniziare con un catalogo dei diritti dell'uomo, prima di arrivare a definire la struttura dello Stato. Preuß, al contrario, esordisce nel primo progetto (*Erstes Entwurf* o *1 Ent*) con una ridefinizione del rapporto tra il Reich e i Länder. Il vecchio problema tedesco che s'impone all'attenzione e che Preuß vorrebbe risolvere preliminarmente è quello concernente la posizione, fino a quel momento egemonica, della Prussia nel Reich. Bismarck, come si è mostrato, aveva abilmente piegato il tradizionale federalismo tedesco a vantaggio della Prussia, cui la *Reichsverfassung* conferiva, in alcune circostanze e limitatamente a certe materie, una sorta di diritto di veto al Bundesrath, decretando l'irrimediabile dipendenza degli altri *Staaten* del *Bund* dalla Prussia. La fine della legittimità dinastica e l'abdicazione del Kaiser, che era anche re di Prussia, sembra fornire l'occasione per porre fine anche al dominio illiberale della Prussia sul resto della Germania. La proposta di Preuß va nella direzione del totale riordino del territorio del Reich a partire da una forte frammentazione dello Stato prussiano e dall'accorpamento di un certo numero di minuscoli Stati della Germania centrale in un numero inferiore di Länder. Le dure reazioni al progetto di Preuß da parte degli Stati interessati, la Baviera *in primis*, fa naufragare il piano di riordino del territorio federale. Il governo provvisorio del Reich è incapace di replicare alla strenua difesa dei particolarismi e Preuß è costretto a metter mano al secondo progetto di costituzione. Si può dire, in definitiva, che la Prussia sopravvive grazie alla protesta della Baviera. Né Preuß, né alcun altro costituente può immaginare che la Prussia sarà, negli anni dei *Präsidialkabinette*, i più critici del regime weimariano, il più forte baluardo delle istituzioni repubblicane.

Il progetto definitivo di Costituzione definisce il Reich tedesco come una Repubblica organizzata in forma di Stato federale con la bandiera che reca i colori della rivoluzione del 1848. I capitoli della prima parte della costituzione – *Aufbau und Aufgaben des Reichs* - riguardano il rapporto tra Reich e Länder, il Parlamento, il Presidente del Reich e il governo, il Reichstag, il potere legislativo e l'amministrazione, infine il potere giurisdizionale. Invece, i cinque capitoli di cui è composta l'ampia seconda parte della costituzione sui diritti fondamentali – *Grundrechte und*

Grundpflichten der Deutschen – concernono rispettivamente la persona singola, la vita collettiva, la religione e le associazioni religiose, l'educazione e la scuola, la vita economica.

Ideata da illustri giuristi e distrutta da avvenimenti drammatici, la Repubblica di Weimar ha affascinato a lungo la dottrina sia per quanto attiene alla forma di Stato, sia, ancor più, per quanto attiene alla forma di governo.

Il problema del federalismo, ovvero dei rapporti tra Reich e Länder – vera *crux* della storia politica e costituzionale tedesca dell'Ottocento e anche del Novecento - non viene risolto in modo chiaro e definitivo con la Costituzione di Weimar nonostante i tentativi in questa direzione del primo progetto Preuß. La compresenza a Berlino – che era al contempo capitale del Reich e capitale del Land di Prussia - di due diverse strutture istituzionali, l'una federale, l'altra regionale, con caratteristiche politiche differenti, produce difficoltà via via maggiori negli anni Venti del XX secolo fino all'esautoramento, nel 1932, del governo socialdemocratico prussiano, da parte del Cancelliere e del Presidente del Reich, noto come *Preußenschlag*.

Tutti i più rinomati giuristi tedeschi attivi nei primi decenni del XX secolo riflettono sulla natura della forma di governo di Weimar, in cui essi stessi si trovano a vivere e operare, nonché sui problemi delle istituzioni democratiche e del parlamentarismo nel difficile periodo dell'integrazione delle masse nella vita politica dello Stato: da Hugo Preuß a Fridrich Naumann e a Max Weber, da Carl Schmitt a Hans Kelsen, da Robert Redslob a Eric Kaufmann, da Rudolf Smend a Hermann Heller, da Gerhard Anschütz a Richard Thoma. Nel secondo dopoguerra il dibattito sulla forma di governo weimariana coinvolge anche il politologo francese Maurice Douverger, che vede in Weimar un caso esemplare di semipresidenzialismo²⁷⁵.

Mentre per Kelsen il primato del parlamento all'interno delle istituzioni democratiche non deve essere messo in discussione, Preuß ritiene, invece, che il modo migliore per evitare possibili derive assembleariste della forma di governo parlamentare consista nell'instaurare un regime d'equilibrio tra i due supremi organi costituzionali, ovvero tra Parlamento e governo, tra potere legislativo e potere esecutivo. Il Presidente del Reich, pertanto, ricopre un ruolo di vitale importanza nell'impianto costituzionale weimariano: la scomparsa della monarchia, e quindi della sua possibile funzione stabilizzatrice, rendeva necessario creare una sorta di

²⁷⁵ Cfr. per la descrizione della forma di governo semipresidenziale da parte di colui che lo ha introdotto in dottrina M. Douverger, *Échec au roi*, Paris Albin Michel, 1978.

Ersatzkeiser «ripulito dell'autocratismo dell'era guglielmina e unto con l'olio della volontà popolare»²⁷⁶, fondato cioè sulla legittimità derivata da un'elezione popolare diretta. I costituenti weimariani, soprattutto per volontà di Preuß, pensano il Presidente come un contrappeso plebiscitario alla forza del Reichstag e ai pericoli, da più parte paventati, che si possa instaurare un regime assembleare. L'elezione diretta del presidente del Reich e del Reichstag stabilisce tra le due istituzioni rappresentative un equilibrio solo nei periodi di 'bel tempo' politico. Temendo i fantasmi dell'assolutismo parlamentare, i costituenti di Weimar fanno in modo che - attraverso i *Diktaturgewalten* previsti dall'art. 48 comma 2 (cosiddetta «costituzione di riserva») e attraverso il potere di scioglimento del Reichstag riservato al Presidente dall'art. 25 - nei periodi di 'brutto tempo' in sostanza la bilancia penda a favore del Capo dello Stato²⁷⁷. La ragione, del resto semplice, della superiorità della carica rappresentativa monocratica sull'organo di rappresentanza collegiale, l'aveva già intuiva ed esposta Marx in *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* quando, a proposito del potere di Napoleone III, scrive: «mentre i voti della Francia si disperdono sui 750 membri dell'Assemblea nazionale, qui invece si concentrano su un solo individuo (...) L'Assemblea nazionale eletta è unita alla nazione da un rapporto metafisico, il presidente eletto è unito alla nazione da un rapporto personale. È ben vero che l'Assemblea nazionale presenta nei suoi rappresentanti i molteplici aspetti dello spirito nazionale; ma nel presidente questo spirito si incarna. Egli possiede rispetto all'Assemblea una specie di diritto divino; egli è per grazia del popolo»²⁷⁸.

Per quanto riguarda il Reichstag è stato notato che le modalità della sua formazione si basano su un fraintendimento dell'essenza della rappresentanza, che privilegia il concetto di rappresentanza come rispecchiamento fedele delle molteplici e contrastanti forze politiche, sociali ed economiche del Paese a scapito del valore, altrettanto degno, della governabilità. Nel Reichstag si rappresenta l'unità del Paese e ciascun deputato è rappresentante della nazione intera, ma la legge elettorale prescelta - che assicura la quasi perfetta proporzionalità tra le scelte dell'elettorato e le corrispondenti rappresentanze in Parlamento - produce l'effetto di rafforzare l'inclinazione distruttiva della società tedesca verso partiti portatori di *Weltanschauungen* totalizzanti, ma privi della capacità di movimento in sede parlamentare e restii alla convergenza sui principi.

²⁷⁶ H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., p. 112.

²⁷⁷ Cfr. sull'art. 25 WRV il saggio schmittiano del 1924 *Reichstagsauflösungen*, raccolto in *VA*, pp. 13-28.

²⁷⁸ K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma, Editori Riuniti, 1964, pp. 71-72.

La seconda parte della costituzione contiene, in effetti, una variegata mescolanza di vecchie e nuove formulazioni: accanto a diritti di libertà classici come l'uguaglianza davanti alla legge (art. 109), la libertà di coscienza e d'espressione (art. 118), la libertà di associazione (art. 124) e di stampa (art. 118), si trovano affermazioni più moderne come la protezione della maternità (art. 119) e della gioventù (art. 120), la socializzazione delle imprese adatte alla gestione comunitaria (art. 156) o la difesa dei monumenti e delle opere d'arte (art. 158). L'eterogeneità di queste proclamazioni di principio è dovuta al fatto che nell'Assemblea nazionale ha luogo una sorta di gara tra i partiti di sinistra, di centro e di destra in cui 'vince' chi riesce maggiormente a circondare di garanzie costituzionali le rivendicazioni della propria parte. Viene così sprecata l'occasione di condensare in pochi, chiari, non troppo contraddittori, articoli i fondamenti spirituali della nuova situazione costituzionale, come chiedeva Friedrich Naumann, relatore per i diritti fondamentali. Il progetto presentato da Naumann era in effetti una sorta di catechismo nazionale avente scopi pedagogici²⁷⁹, ma ad esso venne preferita la soluzione che si tradusse nell'imponente seconda parte della Costituzione di Weimar. Perciò certi principi borghesi-capitalistici come l'inalienabilità del diritto di proprietà si affiancano pacificamente - ciò avviene pacificamente almeno nel testo della costituzione - , ai principi socialisti sulla possibilità di trasferimento alla collettività di imprese private; la legge elettorale proporzionale per l'elezione del Reichstag e le disposizioni sul referendum e l'iniziativa popolare - ovvero sugli strumenti della democrazia diretta (art. 73) - stanno accanto ai poteri dittatoriali del Presidente del Reich (art. 48); la scuola confessionale è ammessa accanto alla scuola privata; Repubblica e Stati regionali vantano entrambi certi diritti di sovranità. Nel quadro della Costituzione di Weimar sono possibili, di conseguenza, molte cose: dalla liberal-democrazia alla socialdemocrazia, dal parlamentarismo al semipresidenzialismo, dalla partitocrazia alla dittatura del Capo dello Stato.

Il modello weimariano di democrazia è stato fatto oggetto di profonde critiche e accusato, nel secondo dopoguerra, di essere il responsabile dell'avvento del nazismo. L'ispirazione profonda del testo costituzionale era una combinazione contraddittoria di continuità con la *Reichsverfassung* del 1871 e di rottura e superamento della tradizione. La continuità burocratico-statuale e quella della stessa classe politica evidenziano da un lato la superficialità del processo di democratizzazione avviato nel 1918 e dall'altro la debolezza del consenso in merito ai principi

²⁷⁹ G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 132-133.

e ai valori fondamentali della neonata democrazia, non solo presso la popolazione tedesca ma anche presso le élites.

Christian Graf von Crockow parla della società tedesca del XIX secolo nei termini di una «società senza autocoscienza» e della Germania guglielmina come di una «nave senza timone» mandata avanti da burocrati e soldati ma priva di una vera classe politica²⁸⁰. La Repubblica di Weimar, del resto, non è stata l'esito di un movimento popolare portatore di una solida cultura democratica, ma il prodotto di un'aporia: Heinrich A. Winkler vede la Repubblica di Weimar nascere dalla «rivoluzione frenata» del novembre del 1918 e dalle trattative di una «pace incompiuta»²⁸¹; Theodor Eschenburg parla di una «*improvisierte Demokratie*»; Kurt Sontheimer di una «*Demokratie quasi aus Verlegenheit*», cioè di una democrazia nata per uscire da una situazione di imbarazzante difficoltà, determinata dalla sconfitta del 1918 e dalla rivoluzione dei *Soviet* o, meglio, dei *Räte*²⁸²; Armin Mohler, che individua nella guerra mondiale il punto di svolta della *Deutsche Bewegung*, dice che per i rivoluzionari conservatori la Repubblica di Weimar non è stata altro che «una desolata sala d'attesa», «l'ultimo parto del guglielminismo»²⁸³; Jeffrey Herf parla di Weimar come di un «repubblica senza repubblicani», che venne «attaccata dagli intellettuali e dai partiti politici di destra come simbolo di umiliazione nazionale e sconfitta militare»²⁸⁴.

2. Carl Schmitt: modernità e secolarizzazione

Fin dai suoi esordi con gli scritti giuridici giovanili - da *Über Schuld und Schuldarten* (1910) a *Gesetz und Urteil* (1912) a *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) - Schmitt si oppone al positivismo giuridico, al suo principio formale di legalità, alla teoria della completezza dell'ordinamento ritenuto privo di lacune, all'identificazione tra *Rechtsstaat* e *Staatsrecht*, ovvero alla risoluzione del 'giuridico' nello 'statuale'. Ma polemizza anche contro la *Interessenjurisprudenz* e contro la *Freirechtsbewegung*, nonché contro Kelsen, la cui netta distinzione tra concetti sociologici e concetti giuridici lo rendono, a parere di Schmitt,

²⁸⁰ C.G. von Crockow, *Il dramma di una nazione. Germania 1890-1990*, Bologna, Il Mulino, 1994.

²⁸¹ H. A. Winkler, *La Repubblica di Weimar*, Roma, Donzelli, 1998, pp. 27-104.

²⁸² K. Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 4. Auflage, 1994, p. 21.

²⁸³ A. Mohler, *La rivoluzione conservatrice in Germania. 1918-1932*, Napoli, Akropolis, 1990, p. 46.

²⁸⁴ J. Herf, *Il modernismo reazionario. Tecnica cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 51.

disarmato di fronte alla questione centrale della *Rechtsverwirklichung*, ovvero della realizzazione dell' Idea del diritto da parte dello Stato.

Nel contesto dell'analisi schmittiana della democrazia e del parlamentarismo dell'età di Weimar, sono tre le opere schmittiane del periodo della prima maturità ad essere rilevanti: *Romanticismo politico* (1919), *Teologia politica* (1922) e *Cattolicesimo romano e forma politica* (1923). Dato l'enorme significato di autoidentificazione nazionale che il romanticismo, nel bene e nel male, ha per i tedeschi, e data la predominanza del protestantesimo in Germania e l'emarginazione e le discriminazioni subite dai cattolici, queste tre opere possono tutte essere lette sul lungo periodo come un confronto con la modernità politica e il concetto di secolarizzazione, certo, ma anche, sul breve periodo, come una delle sue prime prese di posizione polemiche dopo quelle in materia di diritto penale e di filosofia del diritto degli scritti giuridici giovanili, cioè come una sorta di 'resa dei conti' con l'intera cultura del proprio Paese da parte di un autore che amava definirsi cattolico e latino.

2.1. *Romanticismo impolitico ed individualismo borghese*

Romanticismo politico, apparso nel 1919, ha come proprio oggetto la determinazione storico-concettuale della nozione di 'romanticismo' e, in particolare, la valutazione della figura e del ruolo dell'intellettuale romantico nel suo rapporto con l'effettualità politica attraverso l'analisi del suo più tipico esponente tedesco, Adam Müller, elevato da Schmitt al rango di «*deutsches Beispiel*» e di «*Typus*» della «*politische Romantik*». La polemica schmittiana contro la figura del 'letterato' svolta in questo testo conclude la lunga tradizione di critica del romanticismo iniziata da Hegel e avviene in concomitanza con le critiche altrettanto dure mosse in quegli stessi anni ai 'letterati' da Thomas Mann nelle *Considerazioni di un impolitico* (1918) e da Max Weber in *Parlamento e governo* (1918)²⁸⁵. Da un punto di vista biografico, invece, *Romanticismo politico* si presta ad essere interpretato anche come parte dell'autocritica schmittiana avente di mira la *ästhetische Prägung* degli anni della giovinezza, quando il giurista si era diletto nella stesura di testi letterari o di *Kunstkritik* quali *Schattenrisse* e *Nordlicht*²⁸⁶.

²⁸⁵ Cfr. K.H. Bohrer, *Die Kritik der Romantik. Der Verdacht der Philosophie gegen die literarische Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.

²⁸⁶ Cfr. sulla *ästhetische Prägung* di Schmitt R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius, 1992, pp. 42-51. Cfr. sull'interpretazione di RP in chiave autocritica N.

Romanticismo politico - opera nella quale Schmitt, che è ancora solo un giovane e sconosciuto studioso di diritto, dimostra di sapersi muovere abilmente negli ambiti disciplinari della storia della filosofia, della critica artistica e letteraria, della storia delle idee politiche - presenta numerosi aspetti di primario interesse per l'inquadramento della teoria schmittiana della democrazia. L'interpretazione della modernità come secolarizzazione, l'individualismo borghese e l'assolutizzazione del 'privato' ai danni del 'pubblico' e del 'politico', il confronto, seppur indiretto, con la Rivoluzione francese e con la Restaurazione, la centralità nell'argomentare schmittiano di autori tanto diversi tra loro come Rousseau da un lato, i controrivoluzionari cattolici Maistre e Bonald, nonché il conservatore Burke dall'altro, l'individuazione nella Nazione o Popolo e nella Storia dei due nuovi demiurghi della modernità secolarizzata, fanno di *Romanticismo politico* un testo importante per comprendere l'atteggiamento di Schmitt nei confronti della democrazia moderna e, in particolare, della costituzione liberal-democratica di Weimar, che della modernità politica è uno dei prodotti più pregnanti.

Incentrato sul concetto di secolarizzazione, inteso come il moderno processo attraverso il quale alla realtà del Dio trascendente della metafisica si sostituiscono altre forme di realtà, collettive o individuali, nel ruolo di istanze ultime - il Popolo, in funzione rivoluzionaria; la Storia, in chiave conservatrice; infine il soggetto singolo, ovvero l'individuo, il 'privato', con esiti del tutto spoliticizzanti -, *Romanticismo politico* si confronta col tema dell'individualismo moderno accostandosi ad esso a partire dalla produzione estetica dell'artista e dall'inefficienza politica dell'intellettuale romantico. Individuando nell'ascesa della borghesia il presupposto sociologico del romanticismo, questo testo anticipa la polemica schmittiana contro la politica borghese e liberale che viene articolata e approfondita in numerosi scritti filosofico-politici e giuridico-costituzionali dell'età di Weimar: in *Teologia politica*, alla fede nella discussione pubblica che è alla base del parlamentarismo viene contrapposto il decisionismo; in *Cattolicesimo romano e forma politica*, al 'pensiero tecnico-economico' proprio del mondo borghese, giudicato incapace di produrre forma politica perché gli è estraneo il senso autentico del *repräsentieren*, viene contrapposta la 'forma gloriosa' della Chiesa di Roma; in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* e poi, soprattutto, nelle grandi opere schmittiane di diritto pubblico e costituzionale ai valori della *Öffentlichkeit* e della *Diskussion* vengono contrapposti la decisione del sovrano - che può

Sombart, *Die deutsche Männer und ihre Feinde. Carl Schmitt – ein deutsches Schicksal zwischen Männerbund und Matriarchatsmythos*, München, Hanser, 1991.

incarnarsi nel Presidente-dittatore - e il mito della *Gleichartigkeit* del popolo. Schmitt istituisce cioè una continuità tra romanticismo e liberalismo che si oppone a quella più diffusa tra romanticismo ed irrazionalismo e critica insieme tanto il romanticismo, quanto il liberalismo.

Nella *Premessa* del 1924 alla seconda edizione di *Romanticismo politico* Schmitt sostiene di aver voluto, col proprio studio, far chiarezza attorno ad un movimento, quello romantico, che si presenta di fatto come non chiaro, sia perché è il romanticismo stesso a fare della mancanza di chiarezza e di determinatezza il suo principio, sia perché di esso sono state date definizioni molteplici, confuse, contraddittorie.

In primo luogo viene giudicata insufficiente, anche se «apprezzabile»²⁸⁷, la definizione del romanticismo diffusa in Francia, secondo la quale romanticismo è tutto ciò che si lascia ricondurre alla fede nella *bonté naturelle* dell'uomo. Questa definizione, misconoscendo la specificità storica del movimento romantico, ha l'effetto di ridurre ad uno stesso principio sia il romanticismo sia molti altri movimenti ad esso estranei.

D'altra parte, le caratterizzazioni del romanticismo dettate da categorie 'nazionali', come l'equiparazione del romantico al tedesco, al nordico, al germanico, sono limitative ed in definitiva non corrette, perché ignorano colpevolmente che il romanticismo è stato una corrente culturale che ha attraversato, pur con diversità di rilievo, l'intera Europa del XIX secolo. La stessa obiezione è rivolta contro la posizione di Joseph Nadler, che vede nel romanticismo il riflesso letterario della 'rinascita' di un popolo, il coronamento dell'opera di colonizzazione tedesco-orientale dei territori ad est dell'Elba.

Il modo di argomentare che procede per antitesi del tipo: romanticismo/classicismo, romanticismo/illuminismo, romanticismo/razionalismo conduce, poi, a collegamenti inaspettati e del tutto insensati.

Sono giunti, invece, ad una maggiore profondità d'analisi critica quegli scrittori controrivoluzionari che hanno visto nel romanticismo un'ulteriore conseguenza della crisi dissolutrice che ha avuto inizio con la riforma protestante e che ha condotto nel XVIII secolo alla Rivoluzione francese. Durante l'età della Restaurazione il romanticismo, identificato con lo spirito di ribellione e l'anarchia, viene ad essere l'ultimo elemento del "mostro tricefalo": riforma-rivoluzione-romanticismo. In Francia i filosofi politici della Restaurazione Maistre e Bonald avevano ben chiaro il legame tra Riforma e Rivoluzione; ma è soprattutto Donoso Cortés, per il quale la

²⁸⁷ *RP*, p. 7.

letteratura è il riflesso necessario della situazione sociale, politica e religiosa di un popolo, a considerare il romanticismo un movimento rivoluzionario diretto contro le forme tradizionali e le condizioni sociali esistenti. Tuttavia anche questa tesi – dice Schmitt – non coglie l'essenza del romanticismo: si tratta, infatti, di una tesi politica, perciò necessariamente polemica, che non può servire a definire correttamente un movimento che non è stato solo politico, ma in primo luogo estetico; è una tesi, per di più, che non fa i conti con il fatto che il romanticismo politico è stato strettamente collegato, almeno in Germania, non con posizioni rivoluzionarie, bensì con la Restaurazione, col feudalesimo, con l'aristocrazia, con l'ideale di una società per ceti, in breve con la controrivoluzione.

D'altra parte, neanche una definizione, per così dire *a posteriori*, del romanticismo, cioè a partire da un elenco di oggetti, situazioni, atmosfere, epoche storiche, personaggi che sono stati di volta in volta definiti come 'romantici', consente di giungere all'essenza del romanticismo (si è visto, infatti, che ora la Rivoluzione, ora la Restaurazione, ora Danton, ora Napoleone, ora la regina Luisa di Prussia sono stati considerati 'romantici'). Questo argomentare è fallace perché considera 'romanticismo' e 'romantico' sempre come predicati, e mai come soggetti, di una proposizione definitoria. La definizione del romanticismo per Schmitt non deve risultare dagli oggetti romanticizzati, deve essere formulata piuttosto a partire dal soggetto romantico stesso e dalla sua specifica relazione col mondo: per usare la terminologia di Shaftesbury, bisogna muovere non dal *beautified*, ma dal *beautifying*. È da questo rovesciamento di prospettiva che conviene prendere le mosse per definire prima la struttura dello spirito romantico (cui è dedicata la seconda parte dell'opera, distinta a sua volta in *La recherche de la réalité* e *La struttura occasionalistica del romanticismo: causa e occasione*), poi il romanticismo politico vero e proprio (cui è dedicata la terza ed ultima parte).

Sempre nella *Premessa* del 1924, dopo aver affermato, sulla scorta di Hippolyte Taine, che «a promuovere il romanticismo è la nuova borghesia»²⁸⁸, Schmitt propone la seguente definizione: «il romanticismo è occasionalismo soggettivizzato; il soggetto romantico, cioè, considera il mondo come occasione e pretesto per la sua produttività romantica»²⁸⁹. Si tratta di una definizione che ha goduto, all'indomani della pubblicazione di *Romanticismo politico*, e gode tuttora di una certa fortuna, ma che si è anche rivolta contro il suo stesso autore, la cui intera prestazione scientifica, in seguito alla adesione al regime nazionalsocialista, è stata interpretata come

²⁸⁸ *RP*, p. 15.

²⁸⁹ *RP*, p. 21, c.m.

‘*okkasionelle Dezisionismus*’ (K. Löwith)²⁹⁰ o ricondotta allo stesso spirito romantico, ovvero storicistico, di cui Schmitt intendeva, invece, essere un critico (Christian Graf von Krockow)²⁹¹.

Per descrivere la specificità della situazione spirituale da cui si è originato il romanticismo Schmitt prende le mosse da Cartesio e nota come l’età moderna abbia inizio con due importanti trasformazioni: da un lato la rivoluzione copernicana che negò la centralità della terra nel cosmo; dall’altro il sistema filosofico di Cartesio, appunto, col suo *cogito ergo sum*. Le scienze naturali hanno segnato la fine dei sistemi geocentrici e antropocentrici e hanno ricercato un punto fermo e centrale al di fuori della terra, mentre la filosofia con Cartesio diviene ‘egocentrica’ e trova in se stessa il suo punto d’appoggio. La filosofia moderna da Cartesio in poi risulta così dominata dal *dualismo di pensiero ed essere*, spirito e natura, soggetto e oggetto, concetto e realtà; un dualismo, questo, che ha generato nella filosofia un’incessante *recherche de la réalité* e con il quale si sono confrontati tanto Kant – per il quale la realtà, la cosa in sé, non può mai essere raggiunta –, quanto Fichte e Schelling, che hanno tentato di risolverlo facendo ricorso il primo all’attività dell’Io assoluto che pone se stesso e il suo contrario, il secondo ad un Assoluto concepito come il punto di indifferenza tra spirito e natura. Il sistema filosofico di Spinoza costituisce la prima reazione filosofica alla visione meccanicistica del mondo sostenuta dal razionalismo astratto di Cartesio e anche di Hobbes: nello spinozismo pensiero ed essere divengono, infatti, attributi di una medesima sostanza illimitata. Lo stesso Fichte ha riconosciuto di essersi richiamato a Spinoza, con la differenza che secondo Fichte ciascun singolo Io valeva come sostanza suprema. Ma il superamento sistematico dell’antinomia tra spirito e natura si ha solo con Hegel.

Schmitt – come sottolineato da Galli nella *Presentazione*²⁹² – non insiste, dunque, tanto sul binomio ermeneutico romanticismo-irrazionalismo, che è proprio della tradizione crociana; attribuisce, invece,

²⁹⁰ K. Löwith, *Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt* (1935), in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 123-166.

²⁹¹ C. G. von Krockow, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1958. Lo studio di Krockow del 1958 mira non a rintracciare in Hobbes e Donoso – come, invece, fa Günter Maschke - i paradigmi moderni del decisionismo schmittiano, bensì a confutare l’auto-interpretazione schmittiana del decisionismo come antipodo del romanticismo politico. La tesi dell’opposizione tra decisionismo e romanticismo nasconderebbe, in realtà, il fatto che sia i romantici tedeschi, sia Schmitt, sia altri due grandi contemporanei del giurista di Plettenberg, Heidegger e Jünger, sono figli della stessa tradizione filosofica della modernità, lo storicismo.

²⁹² *RP*, p. IX.

centralità al rapporto fra romanticismo e modernità, ovvero fra romanticismo, razionalismo moderno e liberalismo²⁹³. Sostiene, è vero, che vi siano quattro movimenti di opposizione al razionalismo meccanicistico e astratto inaugurato da Cartesio²⁹⁴ e che il romanticismo possa essere ricondotto ad uno di questi, ma ritiene che qualificare il romanticismo come una mescolanza di diversi atteggiamenti anti-razionalistici non aiuti a cogliere la struttura spirituale di fondo del fenomeno romantico. Questi movimenti di opposizione al razionalismo, facilmente distinguibili gli uni dagli altri benché raramente si siano presentati nella storia allo stato puro, sono: 1- la reazione filosofica di Spinoza prima, di Hegel poi, 2- la posizione mistico-religiosa di M.me Guyon, Antoinette Bourignon e M.me Krüdener, 3- la tendenza storico-tradizionalistica rappresentata da Vico, che del razionalismo rifiuta l'astrattezza a-storica, e infine 4- il sentimentalismo estetizzante di cui Shaftesbury ci fornisce la prima espressione. Il romanticismo tedesco degli inizi del XIX secolo appartiene al quarto tipo di opposizione al razionalismo, cioè ad un tipo di opposizione essenzialmente estetica. In realtà, il concetto centrale a cui Schmitt ricorre per spiegare in modo pregnante la specificità storica della situazione spirituale del romanticismo è il concetto di secolarizzazione (*Säkularisation*), inteso come il moderno processo attraverso il quale alla realtà metafisica del Dio tradizionale si sostituiscono altre forme di realtà immanente nel ruolo di istanza suprema. Schmitt ritiene che «la metafisica [sia] qualcosa di inevitabile»²⁹⁵ e che, come per tutte le spiegazioni che vogliono essere davvero corrette, anche nel caso del romanticismo «il miglior banco di prova [stia] nella metafisica»²⁹⁶. Ciascun movimento spirituale si fonda, infatti, su di un atteggiamento ben determinato rispetto al mondo e su di una rappresentazione – anche se non sempre consapevole – di un'istanza suprema e di un centro assoluto. Ebbene, la trasformazione subentrata nello sviluppo della metafisica tra il XVII e il XIX secolo consiste nella sostituzione della forma di realtà suprema e più certa della vecchia metafisica, il Dio trascendente, con due nuove entità: l'Umanità e la Storia, i «due nuovi demiurghi» ai quali approda la moderna *recherche de la réalité*. Il primo, l'Umanità, può presentarsi sotto diverse forme: come popolo, nazione, comunità, proletariato, ma in ogni caso ha sempre una funzione rivoluzionaria. L'onnipotenza di questo nuovo demiurgo è stata proclamata da Rousseau nel *Contrat social*. La Storia, invece, fa la parte del 'Dio conservatore': «ciò implica che, al contrario di quanto accadeva in

²⁹³ Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 196 e p. 200.

²⁹⁴ *RP*, pp. 87-94.

²⁹⁵ *RP*, p. 21.

²⁹⁶ *RP*, p. 20.

Rousseau, il popolo non è più il supremo signore di se stesso, ma è solo il prodotto dello sviluppo storico»²⁹⁷. Il richiamo alla “durata”, al *longum tempus*, è il principale argomento dei conservatori e dei tradizionalisti di ogni epoca.

La peculiarità dei romantici consiste nel fatto che, «nella lotta tra le due nuove divinità (Umanità e Storia), questi si tirano indietro per salvaguardare la loro personalità soggettiva»²⁹⁸ rifiutandosi così di dover prendere una decisione in favore dell’una o dell’altra istanza suprema. Allora, con il movimento romantico, che attua la sostituzione del soggetto geniale a Dio quale istanza suprema, il moderno processo di secolarizzazione è portato al suo esito estremo. Questo soggetto è debitore tanto della filosofia cartesiana («la struttura dello spirito romantico [ha] origine dal pensiero cartesiano: il punto di partenza è infatti il *cogito ergo sum*, l’argomentazione per cui dal pensiero si passa all’essere»²⁹⁹), quanto dell’Io assoluto di Fichte.

La struttura occasionalistica del romanticismo individuata da Schmitt si fonda sulla sostituzione del concetto di occasione al concetto di causa. La relazione romantica con il mondo prescinde, infatti, dal concetto di causa. Il mondo, il Non-Io, è in Fichte una creazione dell’Io assoluto che ancora interagisce con la realtà esterna secondo un meccanismo di rapporti causali: fra Io e mondo Fichte ammette una relazione adeguata e calcolabile, cioè un rapporto di causa ed effetto. L’atteggiamento romantico nei confronti del mondo, invece, si qualifica nel modo più chiaro attraverso il concetto di *occasio*. Ciò vuol dire che per i romantici «i fatti non sono mai considerati nelle loro connessioni politiche, storiografiche, giuridiche o morali, ma sono soltanto l’oggetto di un interesse estetico e sentimentale»³⁰⁰. A rigore non si può neppure parlare di ‘fatti’ o ‘oggetti’, ma di meri ‘pretesti’, di ‘inizi’, di ‘punti elastici’, di ‘sollecitazioni’, tutte perifrasi romantiche, queste, per il termine *occasio*. Nella storia della filosofia questo concetto ha esercitato un ruolo centrale nei sistemi dei cosiddetti occasionalisti: Géraud de Cordemoy, Geulincx e Malebranche, che hanno inaugurato un nuovo e specifico atteggiamento metafisico. Questi filosofi, infatti, hanno conservato il Dio della tradizionale metafisica cristiana, ma hanno interpretato il rapporto di Dio col mondo come un rapporto occasionalistico: tutti gli accadimenti di questo mondo sono considerati come semplici pretesti occasionali per il dispiegamento dell’attività di Dio.

²⁹⁷ *RP*, p. 99.

²⁹⁸ *RP*, p. 104.

²⁹⁹ *RP*, p. 130.

³⁰⁰ *RP*, p. 128.

Con il romanticismo l'occasionalismo si soggettivizza: è il soggetto romantico, punto culminante della secolarizzazione, a considerare tutto il mondo come un'*occasio* per la propria attività di poeticizzazione della realtà. Novalis scrive significativamente che «tutti i casi della nostra vita sono i materiali con cui possiamo fare ciò che vogliamo, ogni cosa è il primo anello di una catena infinita (...) ogni cosa è l'inizio di un romanzo senza fine». Pertanto uno dei presupposti indispensabili perché la produttività estetica del soggetto romantico si dispieghi è l'individualismo della società borghese: soltanto in una società di questo tipo l'individuo privato può divenire il sacerdote di sé stesso.

All'inizio della terza parte dell'opera – intitolata nello specifico *Romanticismo politico* - «l'altro guadagno di rilievo della monografia schmittiana, sul piano della storia delle idee, è la netta distinzione fra teorici cattolici della controrivoluzione e romantici politici, sviluppata da Schmitt fino al punto di escludere che i romantici continuino ad essere tali dopo la loro conversione alla Chiesa cattolica»³⁰¹. Il nocciolo delle teorie controrivoluzionarie di Burke, Maistre e Bonald consiste nell'«esplicita convinzione che il diritto e lo Stato non possono sorgere dall'attività pianificatrice del singolo individuo»³⁰², non nascono dall'oggi al domani, ma hanno bisogno di lunghi periodi di tempo per formarsi. Sebbene tutte le teorie controrivoluzionarie, nel sostenere che ogni attività dell'uomo singolo che si fondi su principi razionalistici non possa approdare a nulla, anzi sia addirittura contraria al corso naturale delle cose, sembrano assai prossime ad identificarsi con la passività politica dei romantici, Schmitt afferma che i fondatori del pensiero controrivoluzionario sono stati dei politici attivi capaci di assumersi determinate responsabilità. Il romanticismo politico e i suoi esponenti, invece, sono collocati sempre in una posizione di dipendenza: il criterio di distinzione tra la passività politica dei romantici, capaci solo di un accompagnamento servile degli avvenimenti storici, e la prudenza di uomini politici, comunque attivi e responsabili, risiede nella presenza o nell'assenza della capacità di decidere fra il giusto e l'ingiusto. Infatti, tanto la Rivoluzione quanto la Restaurazione, così come ogni altro evento della storia e della politica, da un punto di vista romantico, sono equivalenti, perché non sono altro che *occasione*, pretesti, per dare inizio al 'romanzo' romantico³⁰³. Quando si disgregano «le gerarchie dello spirito»³⁰⁴

³⁰¹ Cfr. Galli, *Introduzione a RP*, p. XIII; cfr. anche *RP*, pp. 104-105.

³⁰² *RP*, p. 161.

³⁰³ In uno dei numerosi riferimenti a Rousseau presenti in *RP* Schmitt scrive: «Il vero significato storico di Rousseau è stato proprio questo, che ha romanticizzato concetti e argomenti del XVIII secolo, così che del suo lirismo si è avvantaggiata la Rivoluzione, tendenza vittoriosa di quell'epoca. Il romanticismo tedesco ha romanticizzato dapprima la

e l'estetica diviene il nuovo *Zentralgebiet*, non sono possibili né decisioni religiose, morali o politiche, né concettualizzazioni scientifiche: questa è la ragione – dice Schmitt – delle contraddizioni, solo apparentemente complesse, del romanticismo. Insomma, il romanticismo, e con esso il romanticismo politico, è criticato da Schmitt non tanto perché è inserito nel processo moderno della secolarizzazione e nella crisi della metafisica tradizionale, quanto piuttosto perché si mostra incapace di 'presa' sulla realtà, cioè incapace di fornire una qualunque rappresentazione (*Repräsentation*) politica adeguata.

La conclusione paradossale del saggio è che il romanticismo politico è una contraddizione in termini, «il romanticismo politico finisce là dove inizia l'attività politica reale»³⁰⁵ ed «esiste un romanticismo politico tanto poco quanto una liricità politica»³⁰⁶.

Romanticismo politico è stato accolto subito con interesse e, da parte di alcuni, con aperto entusiasmo. «*Die Schrift gehört zu dem Bedeutendsten, was im letzten Jahrzehnt über die Romantik geschrieben worden ist*»: questo è il giudizio di Friedrich Meinecke³⁰⁷. Ernst Robert Curtius, d'altra parte, in una lettera a Schmitt scrive: «è una vergogna per noi storici della letteratura che l'unico ad adempiere significativamente al compito che deve proporsi la ricerca sul romanticismo – cioè di delimitare consapevolmente un preciso complesso storico – sia un giurista»³⁰⁸. Come ha osservato György Lukács, si mostrano d'accordo con Schmitt «quegli studiosi non ancora intellettualmente, politicamente o sentimentalmente predisposti ad accogliere la moda neo-romantica dei primi anni di Weimar». Il più influente intellettuale marxista dell'epoca, secondo il quale il lavoro di Schmitt è diventato presto famoso «a ragione», lamenta però l'assenza di un più approfondito esame del punto cruciale per il marxismo, del resto correttamente individuato da Schmitt: il fondamento sociologico del romanticismo nel mondo borghese. Schmitt si è limitato secondo Lukács ad affermare l'esistenza del legame tra romanticismo impolitico ed individualismo borghese, senza «esaminare a sufficienza la stratificazione interna della borghesia tedesca», senza cioè ricercare «quale strato [della

Rivoluzione, poi la Restaurazione dominante, e dopo il 1830 è ridiventato rivoluzionario. Malgrado le sue ironie e i suoi paradossi, il romanticismo rivela di essere in una costante posizione di dipendenza» (p. 238).

³⁰⁴ *RP*, p. 19.

³⁰⁵ *RP*, p. 235.

³⁰⁶ *RP*, p. 238.

³⁰⁷ La citazione di Meinecke è tratta da J.W. Bendersky, *Politische Romantik: Intellectual Critique and Enduring Scholarly Influence*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 465-490 (: 465).

³⁰⁸ *Ivi*, p. 479.

borghesia] il romanticismo tedesco rappresenti e a quale *gesellschaftliche[s] Sein* la struttura del pensiero romantico si conformi»³⁰⁹.

In conclusione, in *Romanticismo politico* emerge che per Schmitt la secolarizzazione vista dalla parte dell'individuo può produrre esiti spoliticizzanti: decisione, capacità di rappresentazione, 'presa' sulla realtà sono le più gravi carenze degli intellettuali romantici; in *Teologia politica*, come si vedrà, emerge che la secolarizzazione vista dalla parte dello Stato e dei suoi concetti giuridici, *in primis* il concetto di sovranità, svela al contrario l'origine concreta dell'ordine dalla decisione politica *tout court* del sovrano.

2.2. *Teologia politica: il concetto di sovranità tra eccezione e decisione*

Il saggio del 1922 *Teologia politica. Quattro capitoli sul concetto di sovranità* è il *Grundwerk* del decisionismo schmittiano e va letto, come suggerisce lo stesso Schmitt nella *Premessa* alla seconda edizione del 1934, in parallelo con il saggio del 1929 *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*. Il saggio consta di quattro brevi capitoli: 1. Definizione della sovranità; 2. Il problema della sovranità come problema della forma giuridica e della decisione; 3. Teologia politica; 4. La filosofia dello Stato della controrivoluzione (De Maistre, Bonald, Donoso Cortès). I primi due si incentrano sulla definizione dei concetti di sovranità, eccezione e decisione. Gli altri due forniscono una sociologia del concetto di sovranità ed espongono il teorema schmittiano della modernità come secolarizzazione.

Ai fini di un discorso sulla teoria schmittiana della democrazia il saggio *Teologia politica* è rilevante da due punti di vista. Da un lato il legame sovranità-eccezione-decisione vigorosamente stretto sin dall'incipit del saggio - «*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*» - consente di vedere come il concetto centrale dello Stato assoluto (sovranità del monarca) prima, dello Stato democratico (sovranità del popolo) poi, sia trattato da Schmitt negli anni Venti del XX secolo, quando ormai sono insediate e funzionanti le istituzioni democratiche della Repubblica di Weimar. In questo contesto, costruendo un parallelismo tra la reazione al positivismo giuridico formalistico che si realizza sul piano del diritto civile e quella che si muove, invece, sul piano del diritto pubblico, si vuole proporre un'interpretazione del concetto di eccezione come *Verfassungslücke*, ovvero come 'eccezione o lacuna costituzionale' che si dà all'interno di una costituzione democratica presupposta come

³⁰⁹ *Ivi*, pp. 482-483.

ordinamento incompleto. Dall'altro lato il teorema schmittiano della modernità come secolarizzazione del teologico nel politico, nei due sensi diversi in cui la secolarizzazione può essere intesa in Schmitt – come conservazione o come neutralizzazione –, consente di analizzare il rapporto della democrazia con la trascendenza e l'immanenza. Individuando negli ambiti (*Zentralgebiete*) del 'teologico', del 'metafisico', del 'morale-umanitario' e del 'tecnico-economico' le tappe di questo processo nei secoli che vanno dal XVI al XX, vengono ridisegnati di volta in volta i termini del conflitto in cui il 'politico' si manifesta e viene aperta la dimensione all'interno della quale la democrazia moderna diventa possibile³¹⁰.

2.2.1. Il concetto di sovranità era già stato fatto oggetto di uno studio approfondito da parte di Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, del 1920. Kelsen ed il normativismo sono, in effetti, i principali obiettivi polemici di *Teologia politica*. I tipi di pensiero giuridico vengono a quest'altezza ridotti a due: decisionismo e normativismo. Ad essi si aggiungerà in *Über die drei Arten der rechtswissenschaftlichen Denken* del 1934 l'istituzionalismo. Il positivismo, invece, non viene considerato un tipo 'puro': esso non è che «decisionismo degenerato», ovvero è il momento in cui la decisione dimentica la propria eccezionalità originaria e pretende di 'porre' un sistema chiuso e perfetto di norme³¹¹, perciò giuridicamente cieco, riferito alla «forza normativa del fattuale» - il richiamo è evidentemente a Jellinek – invece che a una vera decisione. Nella breve *Premessa* alla seconda edizione di *Teologia politica* del 1934 Schmitt ribadisce, a distanza di dodici anni, quale fossero gli obiettivi polemici del testo: il normativismo liberale e la forma istituzionale da esso assunta, lo Stato di diritto, in una parola Hans Kelsen³¹².

Il giurista austriaco, del resto, non rappresenta solo un avversario per Schmitt, ma anche colui che, pur senza coniare un'espressione precisa per nominare la 'cosa', ha individuato l'analogia strutturale tra i concetti teologici della religione e l'ordinamento giuridico dello Stato. In *Il problema della sovranità*, che Schmitt certamente conosce bene quando scrive *Teologia politica*, Kelsen, dopo aver indicato «l'errore fondamentale del discorso sull'essenza dello Stato» nel fatto di «aver concepito lo Stato

³¹⁰ Il discorso schmittiano sulla secolarizzazione in età moderna prosegue anche oltre *Teologia politica* con lo studio su Hobbes del 1938, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, nonché con l'articolo *Il compimento della riforma* del 1965 e si articola lungo tutta la vita del giurista fino a *Teologia politica II* del 1970.

³¹¹ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 368.

³¹² Cfr. sul rapporto tra Kelsen e Schmitt C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 297-302.

come realtà naturale»³¹³ e di averlo personificato ed ipostatizzato producendo un pericoloso «raddoppiamento» di Stato - il soggetto che pone il diritto - e diritto - l'oggetto posto dallo Stato -, osserva, in un brano piuttosto lungo che per la chiarezza espositiva della tesi centrale merita di essere riportato in tutta la sua estensione, che «c'è una forte analogia tra la tecnica concettuale della teologia e quella della giurisprudenza – entrambe sono discipline normative – e, specialmente, una straordinaria parentela tra la struttura logica del concetto di Dio e quella del concetto di Stato. E qui è ovvio rinviare al parallelo che c'è tra la scissione dello Stato, materialmente identico, in ordinamento giuridico oggettivo e in soggetto di obblighi e diritti, sottoposto all'ordinamento giuridico da cui derivano obblighi e diritti, e quella scissione con la quale la teologia cattolica scinde la divinità in Padre e Figlio. Nella rappresentazione di un Dio-Figlio sottoposto a un Dio-Padre la teologia rinuncia al momento di un volere supremo, momento che è immediatamente (anche se non mediatamente) essenziale al concetto di Dio, e all'attributo dell'onnipotenza. Così la giurisprudenza, per quanto concerne la persona statale, rinuncia alla sovranità»³¹⁴. In *Teologia politica* Schmitt non si astiene dal riconoscere apertamente a Kelsen «il merito» di avere individuato «la parentela logica di teologia e giurisprudenza»³¹⁵.

L'analogia tra teologia e giurisprudenza da un lato, tra Dio e Stato dall'altro, è esposta in modo cristallino anche in un altro saggio di Kelsen intitolato significativamente *Gott und Staat*³¹⁶, contemporaneo alla *Teologia politica* schmittiana. In questo saggio dove, diversamente da Schmitt, Kelsen si richiama anche a Freud e alla psicologia per studiare l'analogia tra il piano 'sociale', compreso il fenomeno giuridico, e il piano 'religioso' dell'esperienza dell'uomo a partire dalla coscienza dell'individuo³¹⁷, sono presenti alcuni punti di contatto con *Teologia politica* e decisive divergenze

³¹³ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 17.

³¹⁴ *Ivi*, pp. 33-34.

³¹⁵ *CP*, p. 64.

³¹⁶ Il saggio apparso originariamente sulla rivista «Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur», Bd. 11, 1922-1923, pp. 261-284, fa parte della raccolta H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, cit., pp. 137-164.

³¹⁷ Tanto gli atteggiamenti sociali, quanto quelli religiosi, hanno – riconosce Kelsen - la stessa radice psichica. Seguendo la lezione di Freud il giurista austriaco afferma: «è il rapporto del figlio col padre che penetra nella mente del fanciullo come un gigante, come una forza superiore, e diventa per il fanciullo l'autorità per eccellenza. Anche in seguito ogni autorità viene vissuta come padre e come sostituti del padre appaiono il dio venerato, l'eroe ammirato, il principe amato con rispettoso timore, solo come rappresentanti del padre queste autorità possono suscitare per sé tutti quegli stati di eccitazione psichica che fanno gli uomini bambini senza volontà propria, senza opinioni proprie» (H. Kelsen, *Dio e Stato*, cit., p. 144).

di vedute. Partiamo da queste ultime. Criticando il concetto della personalità dello Stato elaborato dalla teoria generale di Gerber, Kelsen afferma che «quando la persona chiamata ‘Stato’, che la coscienza giuridica forma per illustrare l’unità del sistema giuridico, è ipostatizzata nel modo usuale e contrapposta come entità particolare al diritto – della cui unità questa persona statale è solo l’espressione – c’è esattamente lo stesso problema o pseudo-problema della teologia»³¹⁸. La trascendenza dello Stato rispetto all’ordinamento giuridico è l’analogo ‘secolare’ della trascendenza di Dio rispetto al mondo. Questa trascendenza viene negata da Kelsen con la tesi dell’identità di Stato ed ordinamento giuridico, mantenuta invece in Schmitt con la scissione del concetto di ‘ordinamento giuridico’ nei due concetti di ‘situazione normale’ e ‘situazione normata’ e con la constatazione, dal sapore bismarckiano, che nello stato di eccezione «lo Stato continua a sussistere, mentre il diritto viene meno»³¹⁹. In effetti, l’idea della priorità dello Stato sulla costituzione che Schmitt fa propria è tipica della *Staatslehre* tedesca dell’Ottocento ed è stata espressa con una metafora calzante dal cancelliere Bismarck in un discorso parlamentare pronunciato a un decennio dal raggiungimento dell’unità politica della Germania: lo Stato è «la casa solidamente costruita», mentre la costituzione, rispetto a questa casa, è rappresentabile come un determinato «arredamento», è il «lusso» che si può permettere solo chi già possiede una solida casa³²⁰.

Prendendo le distanze dalla giuspubblicistica tedesca dell’Ottocento rappresentata dalla linea Gerber-Laband-Jellinek, Kelsen nega che possano esistere, l’una accanto all’altra, una *Staatslehre* e una *Rechtslehre* e, una volta identificati Stato ed ordinamento giuridico (così come Dio e ordine cosmico), risolve la prima disciplina nella seconda: «una dottrina dello Stato distinta dalla dottrina del diritto è possibile solo finché si crede alla trascendenza dello Stato rispetto al diritto, all’esistenza, meglio: alla pseudo-esistenza, di uno Stato meta-giuridico, sovra-giuridico»³²¹.

³¹⁸ *Ivi*, p. 150.

³¹⁹ *CP*, p. 39. «Poiché lo stato di eccezione – sostiene Schmitt - è ancora qualcosa di diverso dall’anarchia o dal caos, dal punto di vista giuridico esiste ancora un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico».

³²⁰ I passi del discorso di Bismarck sono tratti da H. Mohnhaupt – D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 134: «Schaffen wir zunächst einen festen, nach außen gesicherten, in Innern fest gefügten, durch das nationale Band verbundenen Bau und dann fragen Sie (...) in welcher Weise mit mehr oder weniger liberalen Verfassungseinrichtungen das Haus zu möblieren sei».

³²¹ H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, cit., p. 150.

Mentre Kelsen sostiene che «non si possono mettere diritto e Stato nella *opposizione* di idea e realtà»³²², Schmitt affronta il problema della sovranità e dell'ordinamento giuridico tramite il concetto, risalente a *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, di *Rechtsverwirklichung*³²³. La sovranità non va definita per Schmitt come «monopolio della sanzione o del potere» ma come «monopolio della decisione ultima (*Letztentscheidung*)»: in ciò consiste l'essenza della sovranità³²⁴. Il concetto di sovranità si configura dunque come un concetto limite, che si applica non al caso normale, ma al caso estremo, cioè eccezionale.

La decisione sullo stato d'eccezione, di cui Schmitt parla per la prima volta nella *Teologia politica* del 1922, ma che è preparata - oltre che negli scritti giuridici giovanili - nella *Dittatura* del 1921 sulla base della distinzione tra 'norma del diritto' e 'norma di attuazione del diritto', configura una sorta di sovranità prima dello Stato ed eventualmente anche oltre lo Stato. Alla 'rimozione' kelseniana del concetto di sovranità come residuo del soggettivismo, del personalismo, dello psicologismo - perché è ingenuo pensare che la sovranità sia un dato empirico, ovvero l'espressione della volontà della persona giuridica dello Stato - fa da contraltare la potente riaffermazione schmittiana dell'attualità del concetto di sovranità, che consente di pensare sia l'origine della politica moderna (a partire in pratica dalla crisi aperta dalle guerre di religione, in teoria da Bodin e, soprattutto, da Hobbes), sia la crisi che essa attraversa nel XX secolo. D'altra parte rifiutando l'opposizione kelseniana di sociologia e scienza giuridica, e sviluppando invece il metodo weberiano della sociologia dei concetti giuridici, Schmitt propone una «sociologia del concetto di sovranità»³²⁵.

Il concetto teologico di 'miracolo' compare sia in *Dio e Stato* sia in *Teologia politica*. In Kelsen il 'miracolo del diritto' consiste nel dualismo di Stato e diritto: il 'miracolo' si propone in una veste molto raffinata nella *Selbstverpflichtung*, ovvero nell'auto-obbligazione dello Stato affermata dalla dottrina del diritto pubblico di Jellinek. La metamorfosi dello Stato-potere nello Stato-diritto è il 'mistero' ovvero il 'miracolo' dell'auto-obbligazione jellinekiana. In una situazione analoga si trova la teologia quando da un lato ammette che Dio crea il mondo come natura, cioè come unità sistematica delle leggi naturali, e dall'altro, per salvaguardare la trascendenza e la libertà del Creatore rispetto al creato, riconosce l'esistenza

³²² *Ivi*, cit., p. 152.

³²³ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 333.

³²⁴ *CP*, p. 40.

³²⁵ *CP*, p. 66.

dei miracoli nei quali si esprime l'assoluta potenza di Dio. Il concetto teologico di 'miracolo' si trova anche nella *Teologia politica* schmittiana, dove è presentato in analogia con quel «concetto generale della dottrina dello Stato» che è lo 'stato di eccezione'. In Schmitt l'analogia è tra *Ausnahmezustand* e *Wunder*, in Kelsen l'analogia è tra personalità dello Stato e *Wunder*. Kelsen, col proprio normativismo, giunge a formulare una teoria giuridica pura dello Stato che è, in definitiva, una dottrina dello Stato senza Stato e senza sovranità. Schmitt, col proprio decisionismo, riporta invece al centro del discorso la dottrina della sovranità come 'pensiero dell'origine non giuridica e non razionale della sovranità' che precede e crea lo Stato³²⁶. L'origine cui Schmitt pensa non è ridotta, formalisticamente, all'auto-limitazione jellinekiana, ma esiste concretamente e storicamente come decisione sovrana sullo stato di eccezione e una tale decisione sovrana può ripetersi ogniqualvolta si verifichi un caso estremo, un'emergenza suprema non prevista dall'ordinamento giuridico vigente, perché indescrivibile.

2.2.2. Il decisionismo schmittiano può essere interpretato oltre che come la chiave di lettura della genesi, dello sviluppo e della crisi della mediazione razionale moderna – questa è la tesi di Carlo Galli che vede nel decisionismo un 'pensiero dell'origine' -, anche come parte di una teoria costituzionale – che Schmitt svilupperà in tutta la sua profondità in *Dottrina della costituzione* del 1928 – in contrasto rispetto alla teoria generale dello Stato. Si vuole, cioè, sostenere l'esistenza di una analogia tra i movimenti antiformalisti che, con lo sguardo rivolto prevalentemente al diritto civile, si oppongono al positivismo giuridico in merito alla teoria della completezza dell'ordinamento perché ne constatano le lacune (*Lücken*), ed il decisionismo schmittiano che, con lo sguardo rivolto invece allo Stato e al suo diritto pubblico, si propone come alternativa critica all'*Allgemeine Staatslehre* della tradizione ottocentesca e primo-novecentesca e al normativismo kelseniano in merito alla pacifica risoluzione di 'politico', 'giuridico' e 'statale' perché ne constata l'incapacità di far fronte allo stato d'eccezione. L'analogia sussistente tra le posizioni antiformalistiche nel diritto civile e la posizione antiformalistica, cioè decisionistica, à la Schmitt nel diritto pubblico e costituzionale si fonda sull'analogia tra *Ausnahme* e *Lücke*, tra eccezione e lacuna. La decisione sul caso di eccezione può essere considerata, cioè, una decisione su un caso di *Verfassungslücke*, cioè su un caso di lacuna nella costituzione dello Stato. Proprio perché la costituzione

³²⁶ Cfr. sul pensiero schmittiano e in particolare sul suo decisionismo come 'pensiero dell'origine' C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 333 e p. 338.

dello Stato non è ‘completa’, proprio perché in essa l’elemento ‘giuridico’ e ‘statale’ non riesce più a contenere il ‘politico’, è richiesta in Schmitt la decisione sovrana sullo stato di eccezione.

Questa interpretazione dell’eccezione come ‘lacuna della costituzione’ trova più di una conferma all’inizio di *Teologia politica*. In primo luogo Schmitt affronta il problema della competenza, prevista o meno nella costituzione di un qualsiasi Stato, su chi debba decidere in presenza di un *extremus necessitatis casus*. Quindi, con esplicito riferimento alla Costituzione weimariana del 1919, tratta dell’art. 48 sui *Diktaturgewalten* attribuiti al Presidente della Repubblica.

La disputa intorno alla sovranità non verte sulla definizione da dare al «concetto in sé», ma sul «concreto impiego» del potere sovrano³²⁷. «Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono necessariamente illimitati». L’illimitatezza del presupposto equivale alla imprevedibilità ed indescrivibilità dell’eccezione: l’eccezione, non essendo descrivibile, è la lacuna, sempre possibile, che si apre nell’ordinamento costituzionale; non si può pertanto cercare nel testo costituzionale la normativa per stabilire quando un’eccezione si verifichi effettivamente. L’illimitatezza del contenuto della competenza è una conseguenza della indescrivibilità, ovvero della concretezza, dell’eccezione: l’ordinamento giuridico vigente non può prescrivere quali misure debbano concretamente essere prese per far fronte all’emergenza. «La costituzione – scrive Schmitt – può al più indicare chi deve agire in un caso siffatto. Se questa azione non è sottoposta a nessun controllo, se essa non è ripartita in qualche modo, secondo la prassi della costituzione dello Stato di diritto, fra diverse istanze che si controllano e si bilanciano a vicenda, allora diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano»³²⁸.

I difficili rapporti tra il centro e la periferia, ovvero tra il *Bund* e gli Stati tedeschi dopo l’unificazione del *Reich* del 1871, offrono un esempio della difficoltà di risolvere il problema della decisione sovrana nei casi in cui la competenza di decidere non sia regolata dalla costituzione. Non è un caso che in Germania, per distinguere lo Stato federale, che detiene la ‘sovranità’, dagli Stati federati, che detengono la sola ‘potenza statale’, si siano conati i concetti di *Staatssouveränität* e di *Staatsgewalt*³²⁹. E non è un caso che Schmitt, trattando il problema della sovranità-eccezione-decisione in relazione al neonato *Reich* bismarckiano riporti l’argomento proposto dal giurista Max von Seydel a dimostrazione della tesi che i singoli Stati erano

³²⁷ *CP*, p. 34.

³²⁸ *CP*, p. 34.

³²⁹ Cfr. O. Beaud, *La potenza dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 11.

sovrani: Seydel, teorico dello Stato di origine bavarese, nutrivava, come gli abitanti degli Stati del Sud in generale, un forte attaccamento per l'indipendenza politica e un'altrettanto forte ritrosia a riconoscere la sovranità dello Stato federale, cui preferiva il modello della Confederazione di Stati sovrani³³⁰. In effetti la stessa nozione di Stato federale non era del tutto chiara al momento della fondazione del II Reich e dell'entrata in vigore della Costituzione del 1871 e solo il progressivo rafforzamento politico del Reich portò a concludere che si trattava di uno Stato federale sovrano. Al contrario Paul Laband, che in tutte le edizioni del suo *Deutsches Reichstaatsrecht* cerca di assumere una posizione moderata nella disputa tra centro e periferia che non offenda i membri della Federazione, riducendoli a mere province, è però un convinto assertore della sovranità, quindi della natura statale, della Federazione.

Schmitt introduce a questo punto il tema dell'art. 48 della Costituzione di Weimar, il quale attribuisce al Presidente della Repubblica la competenza di dichiarare lo stato di eccezione e di prendere le misure necessarie a ristabilire la normalità violata. Nell'art. 48 - che attribuisce questa competenza ad una precisa istituzione dello Stato ma non si esprime nel merito dei presupposti dello stato d'eccezione né del contenuto della competenza stessa, e che prevede un'ampiezza illimitata di potere nelle mani del Presidente - «giace il punto più difficile della questione se i Länder tedeschi siano o no Stati»³³¹. Il riferimento all'art. 48 non è giustificato quindi solo dai poteri 'dittatoriali' ivi riconosciuti al Presidente, ma anche dal primo comma dell'articolo, quello relativo alla cosiddetta *Reichsexekution*: «Se un Land non adempie agli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il Presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata»³³². In Germania la discussione sulla sovranità, che negli anni di Weimar coinvolge in particolare Schmitt e Kelsen, risulta importante proprio per la continuità che essa ha avuto nel tempo e per la diversità degli scopi perseguiti: mentre negli anni Settanta e Ottanta del XIX secolo il concetto di sovranità serve per affermare la statualità della struttura imperiale e le divergenze d'opinione tra i teorici dello Stato vertono sulla natura federale o confederale del Reich, negli anni Venti del XX secolo la sovranità è oggetto di accese dispute nel contesto della crisi dello Stato come forma dell'unità politica sovraordinata rispetto alla società civile, crisi

³³⁰ M. v. Seydel, *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, Freiburg (i. B), Mohr, 2. umgearbeitete Auflage, 1897. Cfr. in merito al tema della forma di Stato del II Reich – Stato federale o Confederazione di Stati - F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 32-35.

³³¹ *CP*, p. 38.

³³² Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 200.

dovuta sia alla sconfitta militare, sia alla democratizzazione e alla conseguente forte politicizzazione della ‘forma giuridica’ pensata dalla *Allgemeine Staatslehre* ottocentesca.

In *Dottrina della costituzione* Schmitt accenna alla ‘teoria delle lacune’ nell’ambito della ricostruzione dello sviluppo del ‘sistema parlamentare’ in Germania e sembra avvalorare questa interpretazione dell’eccezione come ‘lacuna costituzionale’ indicando la stretta connessione esistente tra il caso di *Verfassungslücke* e il problema della sovranità. Il ‘caso di eccezione’ preso in esame non riguarda i rapporti tra centro e periferia, bensì il conflitto costituzionale tra il cancelliere Bismarck ed il *Landtag* prussiano ‘combattuto’ tra il 1862 e il 1866³³³, prima quindi dell’unità politica della Germania, quando in Prussia vigevo la Costituzione del 1850. Il conflitto costituzionale che vede contrapposti il cancelliere ed il parlamento prussiano verte sull’approvazione della legge sul bilancio, che era una competenza – una delle pochissime – del parlamento nell’ambito della forma di Stato dualistica propria della monarchia costituzionale prussiana. Schmitt sviluppa in proposito le seguenti considerazioni: «l’influenza politica del parlamento sul governo poteva ancora farsi valere solo con un rifiuto del bilancio di previsione e dei crediti. Anche questo tentativo fallì durante il conflitto prussiano fra camera dei deputati e governo nel 1862 e 1866. La camera dei deputati rifiutò la sua approvazione al bilancio preventivo, ma il governo continuò gli affari senza bilancio preventivo e dichiarò lo stato di assenza del bilancio come qualcosa di non propriamente normale, ma nemmeno incostituzionale (*etwas zwar nicht Normales aber nicht Verfassungswidriges*), poiché qui c’era una ‘lacuna nella costituzione’ (*Lücke in der Verfassung*). [...] In realtà si tratta della questione della sovranità, la cui soluzione è in questo modo [*scil.* seguendo l’interpretazione del positivismo formalistico] elusa»³³⁴. Schmitt riporta anche le considerazioni svolte in merito da Gerhard Anschütz, per il quale la «questione se si debba procedere nel caso di un’inesistente legge sul bilancio pubblico non è una questione giuridica». Mentre un giurista di formazione giuspositivista come Anschütz afferma allora del tutto conseguentemente: «*das Staatsrecht hört hier auf*», Schmitt sostiene che proprio in questa situazione eccezionale emerge la fondamentale questione della sovranità e della decisione: sovrano nel conflitto costituzionale del 1862-66 è il governo, che prende la decisione di proseguire nella sua azione senza l’approvazione del bilancio, mentre il parlamento ne esce sconfitto.

³³³ G.L. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., p. 224-257.

³³⁴ *DC*, p. 437.

Gary Ulmen nello studio su Weber e Schmitt già richiamato – *Politischer Mehrwert* – distingue tra ben tre diverse fattispecie di lacune che emergerebbero nella *Teologia politica* di Schmitt: le lacune casuali (*zufällige*), le lacune intenzionali (*beabsichtigte*) e le lacune esistenziali (*existentielle*): «*Es gibt daher mindestens drei gattungsmäßige, im Gegensatz zu Webers deskriptiven, Typen von Verfassungslücken. Neben zufälligen Lücken stehen beabsichtigte, nämlich solche, die dem Monarchen oder der Exekutive einen gewissen Spielraum gewähren. Schließlich gibt es auch und zwar notwendigerweise existentielle Lücken; denn die Verfassung kann Krisen, die ihre Existenz und die von ihr garantierte politische Ordnung bedrohen, nicht voraussehen*»³³⁵. Messe da parte le lacune casuali e quelle intenzionali, sono le lacune esistenziali a costituire in Schmitt l'eccezione che sta a fondamento dell'ordine costituito e, contemporaneamente, può rappresentare la causa del suo 'sfondamento'. «*Hier verbindet Schmitt – prosegue Ulmen - die Verfassungslücken direkt mit dem Ausnahmezustand und der Entscheidung. Eine Verfassung ohne Lücken setzt notwendig ein normatives Utopia, in dem es keine Ausnahme gibt, voraus*»³³⁶. Una costituzione priva di lacune costituzionali, ovvero un ordine politico privo di eccezione, è per Schmitt un'inconcepibile utopia tanto quanto per gli antiformalisti di formazione civilistica è un'inconcepibile utopia un ordinamento giuridico privo di lacune.

Carlo Galli in *Genealogia della politica* insiste sul fatto che ogni decisione presuppone un'interpretazione, è una decisione interpretante nella misura in cui stabilisce che un determinato evento storico-concreto è effettivamente uno stato di eccezione³³⁷. Il problema che Galli solleva è allora quello delle finalità della decisione. Detto in altri termini: Schmitt pensa la decisione in senso conservatore o in senso rivoluzionario? «Si tratta (...) di capire – argomenta Galli – se Schmitt in *Teologia politica* abbia in mente un decisionismo 'giuridico', che penserebbe l'eccezione avendo come prospettiva solo la sospensione a scopi difensivi dell'ordinamento esistente (in pratica attraverso leggi speciali), e se da qui evolva in seguito verso un decisionismo 'duro', che vedrebbe nell'eccezione l'occasione per la creazione di un ordine nuovo, cioè il sovvertimento radicale di tutto l'ordinamento»³³⁸. L'interpretazione dell'eccezione come 'lacuna costituzionale' che si è voluta sostenere in questa sede suggerisce di attribuire alla decisione – così come essa è trattata da Schmitt in *Teologia politica* – la natura di decisione sospensiva a scopi difensivi.

³³⁵ DC, p. 242.

³³⁶ DC, p. 243.

³³⁷ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 336 e p. 339.

³³⁸ *Ivi*, p. 336.

L'eccezione non si presenta, dunque, in Schmitt come il limite esterno oltre il quale il diritto dello Stato non può andare: il caso di eccezione, infatti, resta accessibile alla teoria politica e alla teoria costituzionale così come la lacuna del diritto resta accessibile alla scienza giuridica, poiché «entrambi gli elementi, la norma e la decisione, permangono nell'ambito del dato giuridico. Sarebbe una grossa trasposizione della disgiunzione schematica fra sociologia e scienza del diritto voler affermare che l'eccezione non ha alcun significato giuridico ed è, di conseguenza, 'sociologica'»³³⁹. Una «filosofia della vita concreta» – quale vuole essere il decisionismo schmittiano - «non può ritirarsi davanti al caso estremo, anzi deve interessarsi ad esso al più alto grado»³⁴⁰. Riportando un passo di Kierkegaard Schmitt afferma, con le parole del teologo protestante, la priorità dell'eccezione rispetto alla norma, ovvero del decisionismo rispetto al normativismo: «l'eccezione spiega il generale e se stessa. E se si vuole studiare correttamente il generale, bisogna darsi da fare solo intorno ad una reale eccezione. Essa porta alla luce tutto molto più chiaramente del generale stesso»³⁴¹.

2.2.3. Schmitt non dà, invece, una definizione univoca della decisione. In effetti, alla multidisciplinarietà, all'indeterminatezza sconfinante nell'ambiguità, al fascino evocativo che caratterizzano molti dei concetti schmittiani non sfugge neppure il concetto di decisione. La decisione può essere intesa, ed effettivamente si presenta nei testi schmittiani, in almeno quattro accezioni diverse: come decisione del giudice in un procedimento giudiziario (*Gesetz und Urteil*); come decisione del sovrano che fonda l'ordine dal conflitto (*Politische Theologie*); come decisione di quel particolare soggetto sovrano che è il popolo e che, esercitando il potere costituente, decide sulla propria costituzione politica (*Verfassungslehre*); infine come decisione del legislatore che si muove all'interno dell'ordinamento giuridico e politico costituito ed esprime la propria volontà nella forma della legge (*Verfassungslehre*)³⁴². Decisione giudiziale, decisione

³³⁹ CP, p. 39.

³⁴⁰ CP, p. 41.

³⁴¹ CP, p. 41.

³⁴² Cfr. Sulle origini del concetto di decisione nelle opere giovanili di Schmitt M. Nicoletti, *Die Ursprünge von Carl Schmitts Politische Theologie*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 109-128. Il saggio è riproposto in parte in M. Nicoletti, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, Morcelliana, 1990, pp. 15-81 (Parte prima. Un ponte sopra l'abisso. Le radici della teologia politica). Individuato nel dualismo neokantiano di forma astratta e contenuto concreto l'orizzonte da cui prende le mosse la riflessione giovanile di Schmitt, Nicoletti insiste sull'emergere - sin dallo scritto giuridico del 1912 *Gesetz und Urteil* - della

politica della persona del sovrano, decisione politica costituzionale del popolo, decisione legislativa sono le quattro fattispecie individuate da Günter Maschke nel saggio *Die Zweideutigkeit der „Entscheidung“* raccolto in *Complexio Oppositorum*³⁴³. Concentrando la propria attenzione su *Teologia politica*, Maschke sottolinea però un'altra ambiguità di fondo del concetto di decisione, quella che vede la decisione oscillare tra il paradigma decisionistico hobbesiano ed il paradigma decisionistico donosiano. Mettendo in secondo piano l'atomismo ed il contrattualismo hobbesiani, ovvero il dispositivo di autorizzazione che, legando autore e attore, istituisce il rappresentante sovrano, in *Teologia politica* Schmitt interpreta Hobbes come «il rappresentante classico del tipo decisionistico» del pensiero giuridico: l'antitesi di *auctoritas* e *veritas* ed il nesso tra decisionismo e personalismo costituiscono la cifra della prestazione giuridica e politica dell'autore del *Leviatano*³⁴⁴. D'altra parte, «la consapevolezza che il tempo richiede una decisione» è la caratteristica propria anche dei filosofi dello Stato della controrivoluzione: Maistre, Bonald e soprattutto Donoso

decisione come 'ponte', come termine medio tra i due regni, che appaiono contrapposti, dell'essere e del dovere. L'ambito disciplinare all'interno del quale si muove questo studio è ancora quello del diritto penale e il tipo di decisione presa in esame è solo quella del giudice. Le analisi di Schmitt non si discostano da quelle che in quegli stessi anni andavano facendo gli esponenti del 'Movimento del diritto libero', ma la soluzione proposta da Schmitt è diversa tanto dalla soluzione di Kantorowicz (*Freirechtslehre*) tanto da quella del positivismo giuridico, che pone il criterio della giustezza della decisione nella corretta applicazione della legge positiva mediante il procedimento logico-deduttivo. «Il processo giuridico – nota Nicoletti – diviene così rivelatore di una dimensione più ampia: l'orizzonte della normatività, della universalità, della regola, non comprende tutta la realtà. Dalla norma universale alla realtà particolare vi è una rottura, un'interruzione, ma questa rottura non è – come in Hegel – un tributo da pagare sull'altare della realizzazione dell'universale (...) Nel momento della 'rottura', dell'interruzione, della crisi, la decisione viene ad assumere un valore fondativo in rapporto alla costituzione dell'ordine reale e della sua comprensione» (*Ivi*, pp. 25-27). In *Gesetz und Urteil* (München, Becksche Verlagsbuchhandlung, 1969, p. 82) compare, in effetti, una sentenza «*Die Begründung gehört zur Entscheidung*», che prelude ai successivi sviluppi del decisionismo schmittiano. Invece di sancire la frattura ed allargare il divario esistente tra *Sein* e *Sollen* come fa Kelsen, Schmitt trova nella decisione la possibilità della fondazione dell'ordine e della sua comprensione a partire dal momento che l'ha originato.

³⁴³ G. Maschke, *Die Zweideutigkeit der „Entscheidung“ – Thomas Hobbes und Juan Donoso Cortés im Werk Carl Schmitts*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 193-222; il saggio di Maschke è disponibile in traduzione italiana: *L'ambiguità della decisione. Thomas Hobbes e Juan Donoso Cortés nell'opera di Carl Schmitt*, in «Behemoth», 1988, n. 4, pp. 3-6 (prima parte del saggio) e «Behemoth», 1989, n. 6, pp. 19-32 (seconda parte del saggio). Qui si segue il testo tedesco originale.

³⁴⁴ CP, p. 57.

Cortés³⁴⁵. Per tutti i controrivoluzionari l'alternativa radicale, sostiene Schmitt, è quella tra cattolicesimo ed ateismo (nel caso di Donoso tra cattolicesimo e socialismo ateo), tra decisione ed eterno dialogo dei romantici, tra dittatura e discussione. Hobbes e Donoso Cortés sono i modelli, assolutamente inconciliabili l'uno con l'altro, del decisionismo schmittiano, attraversato perciò da un'insanabile contraddizione. La contraddizione si mostra quando si pone la decisione in relazione alla verità. Mentre la decisione del sovrano hobbesiano avviene in assenza di una verità e di un ordine dell'essere, la decisione di Donoso, al contrario, è invocata in nome di una verità rivelata e all'interno di un ordine dell'essere creato da Dio. Mentre della decisione hobbesiana si può davvero dire che nasca dal nulla, che sia richiesta cioè dalla percezione di una sorta di nichilismo *ante litteram*, la decisione di Donoso si fonda sulla verità del cattolicesimo romano.

Il contrasto tra l'autore del 'compimento della Riforma' ed il cattolico spagnolo ultramontano nasconde, quindi, due diverse concezioni della decisione e due diverse fondazioni della sovranità. Il contrasto tra i due autori cari a Schmitt può essere dipinto come lotta tra decisione indifferente alla verità e decisione per la verità, tra unità mediante la neutralizzazione del conflitto di religione ed unità mediante la riaffermazione della religione, tra *Creator pacis* e *Defensor pacis*, tra limitazione dell'ostilità ed esasperazione dell'ostilità, tra ordine artificiale del Moderno e ordine controrivoluzionario anti-moderno, infine tra legalità tecnico-funzionalistica e legittimità sostanziale. Si tratta, certo, di una serie di semplificazioni delle posizioni di Hobbes e Donoso Cortés, le quali, però, si rivelano utili per cogliere la problematicità insita nel concetto schmittiano di decisione. L'affermazione di Donoso: «*quando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura*»³⁴⁶, non è affatto un'affermazione dal sapore hobbesiano dettata dal desiderio di evitare la guerra civile; corrisponde piuttosto alla volontà di salvare la società dall'ateismo, che politicamente si esprime nel socialismo e nell'anarchia³⁴⁷.

Per dare una spiegazione dell'inconciliabilità, fin troppo evidente, dei due paradigmi del decisionismo schmittiano, Maschke avanza l'ipotesi

³⁴⁵ CP, p. 75. Cfr. Sulle simpatie schmittiane per Donoso Cortés P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin-Frankfurt, Propyläen, 1993, pp. 74-76.

³⁴⁶ Schmitt, in *Glossarium*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 58-59 (annotazione del 13.11.47) scrive a proposito del *Discurso sobre la dictadura* (1849) di Donoso: «il grande discorso sulla dittatura pronunciato da Donoso il 4 gennaio 1849 è il più straordinario discorso di tutta la letteratura mondiale, senza eccezione alcuna, né per Pericle e Demostene, né per Cicerone o Mirabeau o Burke».

³⁴⁷ Cfr. G. Maschke, *Die Zweideutigkeit der „Entscheidung“*, cit., in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., p. 203.

che Schmitt sia perfettamente consapevole, quando scrive *Teologia politica*, della distanza incolmabile tra Hobbes e Donoso e, ciononostante, scelga di celare questa sua consapevolezza e di impiegarli entrambi nella propria argomentazione a sostegno del decisionismo per conferire ad esso la parvenza dell'unità (*die Fassade der Einheit*) e, forse, costruire *a posteriori* una sorta di tradizione decisionistica della modernità. L'oscillazione tra i due paradigmi del decisionismo, ovvero la *Zweideutigkeit* della decisione sottolineata da Maschke, può essere spiegata individuando nel quadro del decisionismo schmittiano un concetto più generale di decisione che ricomprenda sotto di sé tanto la decisione nata dal nulla normativo (Hobbes), quanto la decisione fondata sulla verità (Donoso): questo *Oberbegriff* è il concetto della decisione come *diskussionsabschneidende Entscheidung*, che pone fine, troncadoli, sia all' «eterno dialogo» dei romantici, sia alle infinite discussioni della *clasa discutidora* borghese, sia ai dibattiti parlamentari della democrazia liberale³⁴⁸. Il liberalismo e il parlamentarismo, fondati sull'idea secondo cui la verità nasce dall'accordo delle molteplici opinioni, pretende di sostituire la discussione pubblica alla decisione sovrana e di renderla inutile. Il decisionismo schmittiano mostra al contrario la 'non originarietà' del liberalismo, del parlamentarismo, dello Stato di diritto e indica nella dittatura la forma politica e giuridica nella quale l'assolutezza della decisione sovrana può ancora esprimersi.

In questo contesto Schmitt concepisce lo sviluppo del pensiero controrivoluzionario da Maistre a Donoso, ovvero lo sviluppo dalla affermazione della legittimità dinastica alla invocazione della dittatura, nei termini di una crescente *Intensität* della decisione, richiesta per far fronte alla crescente incapacità di decisione delle discussioni liberali³⁴⁹. Nella filosofia controrivoluzionaria dello Stato l'«intensità della decisione» si accresce di pari passo con l'avanzare del socialismo anarchico ed ateo e con

³⁴⁸ Cfr. *Aussprache* zu dem Referat von Günter Maschke, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., p. 225.

³⁴⁹ L'affinità tra il decisionismo schmittiano e le posizioni della rivoluzione conservatrice è stata spesso sottolineata, lo stesso vale per la prestazione scientifica di Schmitt nel suo complesso e il fascismo ed il nazismo: recentemente David Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2005, ha interpretato il decisionismo schmittiano come la «*véritable philosophie juridique du fascisme*» (p. 74). Anche lo storico delle idee israeliano (ma di scuola francese) Zeev Sternhell, in *Les anti-Lumières. Du XVIIIe siècle à la guerre froide*, Paris, Fayard, 2006, che vede la reazione alla filosofia del Lumi del XIX secolo trasformarsi, all'inizio del XX secolo, in un «fenomeno di massa» (p. 418), colloca Schmitt accanto a Spengler, Jünger, Moeller van den Bruck tra i rivoluzionari conservatori - nemici dei *Lumières*, del razionalismo, dei valori universali, dell'uguaglianza e dell'autonomia kantiana dell'individuo – che aprono, con la loro ideologia, le porte al III Reich (p. 456).

l'emergere della concreta minaccia costituita dalle lotte sociali: «la speranza che la contrapposizione definitiva, la sanguinosa battaglia decisiva possa essere trasformata in un dibattito parlamentare e possa così venir sospesa per mezzo di una discussione eterna», la speranza cioè di risolvere in una discussione anche il problema della «verità metafisica»³⁵⁰, nasconde la cecità del liberalismo di fronte ai problemi politici ed è uno degli aspetti della lotta moderna contro la politica combattuta in nome dell'obiettività della vita economica. Il decisionismo di *Teologia politica* da un lato denuncia l'impoliticità del liberalismo come già aveva fatto *Romanticismo politico*, dall'altro lato porta ad identificare liberalismo e pensiero tecnico-economico, perché giudicati entrambi privi di un'idea autenticamente politica³⁵¹. Il passo successivo dell'argomentare schmittiano verrà compiuto qualche anno più tardi in *Il concetto di politico*, dove all'espressione 'idea politica' viene sostituito il concetto o criterio del 'politico', definito non a partire dal suo contenuto, ma solo dall'*Intensitätsgrad* dell'associazione o della dissociazione di individui, gruppi, Stati, i cui motivi di conflittualità possono essere di qualunque natura: religiosa, nazionale, economica, etc. Il tema dell'intensità della decisione, emerso in *Teologia politica* in relazione ai controrivoluzionari, riappare, sotto altre sembianze, nel saggio del 1927 sul 'politico' come intensità dell'associazione e della dissociazione; d'altra parte l'opposizione tra 'idea politica' e *ökonomisches Denken*, presente sia in *Teologia politica* sia in *Cattolicesimo romano e forma politica*, si stempera fino a venir meno nel 1927 in seguito ad una definizione del 'politico' che consente a Schmitt di scoprire, dietro la loro apparente neutralità, l'implicita politicità dell'economia e della tecnica moderne e di riaffermare l'autonomia e la priorità del 'politico' rispetto ad esse³⁵². Anticipando ora un tema che sarà riproposto in seguito si può qui sintetizzare la posizione schmittiana in merito al rapporto tra tecnica e politica col dire che per Schmitt quella «spoliticizzazione assoluta» auspicata dalla religione del tecnicismo, con la quale cesserebbe una volta per sempre la guerra ed inizierebbe una pace universale, è una spoliticizzazione irrealistica: «la tecnica non è più terreno neutrale nella linea di quel processo [moderno] di neutralizzazione – dichiara Schmitt – ed ogni politica della potenza può servirsi di essa. Perciò rappresentare l'epoca contemporanea, in senso spirituale, come l'epoca tecnica può essere solo un fatto provvisorio. Il significato finale si ricava soltanto quando appare chiaro quale tipo di politica è abbastanza forte da impadronirsi della nuova tecnica

³⁵⁰ CP, p. 83.

³⁵¹ CP, p. 84.

³⁵² Cfr. sull'intensità della decisione e l'intensità della contrapposizione politica G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., p. 193-194.

e quali sono i reali raggruppamenti amico-nemico che crescono su questo terreno»³⁵³. Schmitt nega, cioè, che perseguire l'accrescimento indefinito della potenza tecnica possa costituire lo scopo ultimo dell'agire umano e possa porre fine alla conflittualità specificamente politica: la tecnica, in Schmitt, resta un mezzo di cui la politica, ovvero i reali raggruppamenti amico-nemico, si servono per perseguire scopi che restano politici. La riflessione schmittiana sulla tecnica, collocata al di qua dell'inversione del rapporto tra mezzo e scopo che caratterizza la riflessione metafisica sulla tecnica, manca di quella radicalità che sarà la cifra della riflessione heideggeriana sulla tecnica degli anni Cinquanta. Mentre in Schmitt la tecnica resta un mezzo in vista di scopi, in Heidegger, che pensa l'essenza della tecnica, essa è im-posizione - *Ge-stell* -, un modo del disvelamento e costituisce non tanto un mezzo e un'attività dell'uomo (secondo la definizione strumentale ed antropologica della tecnica), bensì la destinazione dell'uomo³⁵⁴.

2.2.4. Per quanta riguarda il rapporto tra Schmitt e Rousseau, in *Teologia politica* i riferimenti all'autore del *Contratto sociale* sono tre e vertono sulla fondazione della legittimità del potere, sul concetto di sovranità popolare e sulla concezione della natura umana. Rousseau, in questo scritto schmittiano del 1922, compare come un filosofo che si trova in accordo, su questioni rilevanti, col razionalismo illuministico ed umanitario del XVIII secolo. Schmitt, cioè, non vede in Rousseau il momento della *Kulturkritik* del secolo dei Lumi, bensì solo un rappresentante di quella cultura filosofico-politica.

Il primo, che si trova nel secondo dei quattro capitoli di cui consta *Teologia politica*, concerne il rapporto tra forza e diritto e prelude alla presa di posizione di Schmitt contro il Kelsen di *Das Problem der Souveränität*. Individuando nella «conciliazione del potere supremo di fatto e di diritto (...) il problema di fondo del concetto di sovranità»³⁵⁵, Schmitt prende le distanze da Rousseau, in particolare da quel capitolo del *Contratto sociale* intitolato 'Del diritto del più forte', dove si afferma che «la forza non fa il diritto e che si è obbligati ad obbedire solo ai poteri legittimi»³⁵⁶. Il motivo per cui Rousseau nega che la forza provi qualcosa per il diritto – motivo che il Ginevrino condivide con il suo tempo - è, per Schmitt, una «ragione banale»: poiché la forza è un potere fisico, anche la pistola del brigante è un

³⁵³ CP, p. 182.

³⁵⁴ Cfr. M. Heidegger, *Saggi e discorsi*, Milano, Mursia, 1976, pp. 5-27.

³⁵⁵ CP, p. 44.

³⁵⁶ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., p. 11 (Libro I, capitolo 3 'Del diritto del più forte').

potere – questo, in sintesi l'argomento che induce a ricercare non nella forza, bensì nel consenso il fondamento del potere. Rousseau, che fa scaturire la sovranità dello Stato dal patto sociale di ciascuno con tutti e di tutti con ciascuno, vuole con ciò affermare che si debba obbedienza solo ad un potere legittimo perché razionale, dove 'razionale' sta per 'consensuale'. È di diverso avviso Schmitt, che prosegue il proprio discorso sul rapporto tra 'fattuale' e 'normativo' definendo semplicistico l'*aut aut* kelseniano tra sociologia e giurisprudenza, tra qualcosa di puramente sociologico e qualcosa di puramente giuridico, tra *Sein* e *Sollen*, tra il fatto e il diritto, appunto. La legittimità del potere e dell'ordine che quel potere fonda non sta per Schmitt nella sua origine razionale, bensì nella sua origine concreta e questa concretezza consiste nella capacità della decisione sovrana di rispondere efficacemente ad una sfida politica particolare. «L'autorità – per dirlo con le parole di Schmitt – non ha bisogno del diritto per creare diritto»³⁵⁷.

Il secondo riferimento a Rousseau è volto a spiegare i concetti rousseauiani di sovranità popolare e volontà generale calandoli nel processo di secolarizzazione dei concetti teologici che caratterizza la modernità. La politicizzazione rousseauiana dei concetti teologici è evidente per Schmitt laddove Rousseau, nella voce *Economia politica* scritta per l'*Encyclopedie*, afferma che l'ideale della vita giuridica statale consiste nell'«*imiter les décrets immuable de la Divinité*». Nel concetto di sovranità di Rousseau si compie il trasferimento al popolo dell'idea che i filosofi del XVIII secolo si fanno di Dio. Prima ancora che come trasferimento dal re al popolo degli attributi della sovranità assoluta, qui la sovranità è interpretata come trasferimento di quegli attributi direttamente dal Dio dei filosofi al popolo di Rousseau: «egli può tutto ciò che vuole, ma non può volere il male»³⁵⁸. Ma nel momento in cui è il popolo a diventare sovrano, va perduto – lamenta Schmitt – «l'elemento decisionistico e personalistico che il concetto di sovranità aveva [fino a quel momento] posseduto»³⁵⁹. Nel passaggio dalla sovranità hobbesiana alla sovranità rousseauiana la natura decisionistica della sovranità legata ad un evento storico-concreto quale quello delle guerre di religione viene meno insieme al nesso tra decisionismo e personalismo³⁶⁰. L'unità statale creata dalla monarchia assoluta decidendo nella lotta fra gli interessi e le coalizioni contrapposte, non è più, con l'ingresso del popolo come soggetto politico, frutto di una decisione. In

³⁵⁷ CP, p. 40.

³⁵⁸ CP, p. 69.

³⁵⁹ CP, p. 71.

³⁶⁰ Cfr. sulla lettura schmittiana di Hobbes C. Altini, *La storia della filosofia come filosofia politica. Carl Schmitt e Leo Strass lettori di Thomas Hobbes*, Pisa, Edizioni ETS, 2004.

Rousseau, certo, l'unità nasce dalla molteplicità per mezzo del contratto, cioè per mezzo dell'accordo delle volontà. Ma la volontà sovrana che ne scaturisce, facendosi in Rousseau generale, cioè popolare, non è personale né decisionistica. «L'unità che un popolo rappresenta – scrive Schmitt – non ha invece questo carattere decisionistico; essa è un'unità organica, e infatti con la coscienza nazionale sorgono le concezioni dello Stato organico»³⁶¹.

Il terzo riferimento a Rousseau in *Teologia politica* si trova nel quarto capitolo, dedicato alla *Filosofia dello Stato della Controrivoluzione*. In questo caso il tema del confronto con Rousseau è ancora diverso: non più l'opposizione di forza e diritto, di fattuale e normativo, né il rapporto tra sovranità e secolarizzazione, bensì il problema della natura – essenzialmente buona o radicalmente cattiva – dell'uomo³⁶². Anticipando un tema che diverrà centrale in *Il concetto di politico*, quello del rapporto tra antropologia, da un lato, e teorie dello Stato e idee politiche, dall'altro, Schmitt legge Rousseau in primo luogo come assertore della perfettibilità dell'uomo: l'uomo è educabile tanto dal pedagogo quanto dal «grande legislatore», che è in grado di trasformare la natura umana. Solo negli scritti di Rousseau successivi al *Contratto sociale* comparirebbe, sostiene Schmitt, la tesi rousseauiana della naturale bontà dell'uomo³⁶³. Schmitt sta analizzando lo sviluppo del pensiero controrivoluzionario da Maistre a Donoso Cortès, che sul piano della storia va dalla rivoluzione borghese del 1789 alla rivoluzione proletaria del 1848, e nella teoria politica dall'affermazione del legittimismo dinastico all'invocazione della dittatura. I pensatori controrivoluzionari, diversamente dal democratico Rousseau, si muovono all'interno della fede nel dogma del peccato originale ed edificano le proprie teorie dello Stato sulla «assoluta peccabilità e abiezione della natura umana»³⁶⁴.

2.2.5. L'attualità dei concetti schmittiani di sovranità-eccezione-decisione e la loro perdurante valenza interpretativa della realtà giuridica e politica del presente sono implicitamente confermate da un saggio di Hasso Hofmann apparso di recente sulla rivista «Der Staat» che si richiama, sin dal titolo, a *Teologia politica: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“*³⁶⁵. Il dibattito sulla sovranità nell'età di Weimar, in particolare il contributo di Schmitt a quel dibattito, conserva un significato importante

³⁶¹ CP, p. 71.

³⁶² CP, pp. 77-78.

³⁶³ CP, p. 78.

³⁶⁴ CP, p. 78.

³⁶⁵ H. Hofmann, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, in «Der Staat», Band 44, 2005, Heft 2, pp. 171-186.

ancora oggi, nonostante da tempo il concetto di sovranità sia considerato superato da non pochi teorici della politica e del diritto, nonché da giuspubblicisti e giusinternazionisti. Nella forma della *Letztentscheidung* sulla validità di un sistema di norme, il problema generale del rapporto tra diritto e realizzazione del diritto, tra le norme e la loro validità è ancora un problema aperto sia nella *Staatslehre* tedesca, sia nelle discussioni sulla costituzione dell'Europa unita³⁶⁶. Per quanto riguarda il primo versante del problema Hofmann constata un dato di fatto: la storia della Repubblica Federale Tedesca inizia per volontà delle potenze occupanti, nonostante sia affermato, nel Preambolo della Costituzione del 1949, che essa è il prodotto della volontà costituente del popolo tedesco. Quindi riporta le proposte avanzate da Böckenförde in merito alla regolamentazione costituzionale dello stato di eccezione nella costituzione di Bonn: la separazione tra la competenza di dichiarare lo stato di eccezione e la competenza di assumere i poteri eccezionali, la delimitazione temporale di questi poteri, l'esclusione della possibilità di apportare revisioni all'ordinamento costituzionale cioè il riconoscimento della sola possibilità di sospenderlo, infine la responsabilizzazione del detentore dei poteri d'eccezione, che può essere eventualmente chiamato a rendere conto del proprio operato, sono i requisiti richiesti da Böckenförde per la normativa dello *Staatsnotstand*. Böckenförde, che deplora la 'rimozione' del problema dello stato di eccezione verificatasi nella Repubblica Federale, concepisce la questione – in contrasto con le posizioni di Kelsen - come problema del rapporto tra diritto e realtà, ma, pur appropriandosi evidentemente di un'eredità schmittiana, resta distante dall' «estetica espressionistica della decisione ultima» di *Teologia politica*³⁶⁷. Le tesi di Schmitt sopravvivono in una parte non irrilevante della *Staatsrechtslehre* tedesca anche sul piano nuovo, «post-moderno», della costituzione europea. I possibili conflitti costituzionali nel difficile processo di costituzionalizzazione dell'Europa sollevano ripetutamente la questione della sovranità-eccezione-decisione. Hofmann formula il problema in questi termini: «*wer hat im äußersten Konfliktfall das Monopol der letzten Entscheidung über die Geltung der europäischen oder der nationalen Rechtsordnung?*»³⁶⁸. Si tratta, ovviamente, di un problema aperto. La soluzione dei possibili contrasti non è quella della forza (*Machtfrage*) in uno spazio giuridico vuoto o lacunoso (*rechtsfreies Raum*). L'alternativa, cioè, non è più l'alternativa schmittiana, statica, tra il monopolio della 'decisione ultima' e il caos, ma è l'alternativa tra il diritto dell' 'ultima parola' (*Recht des letztes Worts*) e le procedure di negoziazione

³⁶⁶ *Ivi*, p. 174.

³⁶⁷ *Ivi*, pp. 179-180.

³⁶⁸ *Ivi*, p. 184.

(*Verhandlungsprozeduren*) tra i partecipanti alle dinamiche dello sviluppo dell'ordinamento giuridico, all'interno di un'Europa che si configura come una «*Wandelverfassung*», come una costituzione *in fieri*³⁶⁹.

2.2.6. L'analogia strutturale tra teologia e giurisprudenza è centrale, si è mostrato, in Kelsen, ma è solo con il saggio del 1922 di Schmitt che viene coniato il nome della nuova 'cosa', ovvero 'teologia politica'. Nel discorso schmittiano, per molti aspetti più originale rispetto a quello kelseniano, 'teologia politica' serve non solo per designare l'analogia tra concetti teologici e concetti politici, ma soprattutto per proporre una teoria della modernità come secolarizzazione alternativa alla teoria weberiana del disincantamento del mondo (*Weltentzauberung*) e della modernità come razionalizzazione. È il saggio di Schmitt, ben più dei lavori di Weber, ad inaugurare il dibattito novecentesco sul senso e sullo statuto della modernità a partire dai concetti di teologia politica e di secolarizzazione: un dibattito, questo, fecondissimo che ha coinvolto numerosi studiosi di varia formazione da Leo Strauss ad Eric Voegelin e a Karl Löwith, da Walter Benjamin a Jakob Taubes, da Hans Blumenberg a Ernst Topitsch, da Erik Peterson a Johann Baptist Metz e a Jürgen Moltmann³⁷⁰.

«Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»³⁷¹: questa è la frase-sentenza con cui Schmitt apre il terzo capitolo di *Teologia politica*, dopo i due dedicati al concetto di sovranità e alla confutazione del normativismo kelseniano. Le

³⁶⁹ *Ivi*, p. 186.

³⁷⁰ L. Strauss, *La filosofia politica di Thomas Hobbes* (1936), in Id., *Che cos'è la filosofia politica?*, Urbino, Aralia, 1977; E. Voegelin, *Religioni politiche* (1938), in Id., *La politica: dai simboli alle esperienze*, Milano, Giuffrè, 1993; K. Löwith, *Significato e fine della storia* (1949), Milano, Comunità, 1963; W. Benjamin, *Frammento teologico-politico* (1920-21), *Tesi di filosofia della storia* (1940), in Id., *Angelus Novus*, Torino Einaudi, 1982, pp. 75-86; J. Taubes, *Escatologia occidentale* (1947), Milano, Garzanti, 1997; Id., *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt* (1987), Macerata, Quodlibet, 1996; H. Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna*, Genova, Marietti, 1992; E. Topitsch, *Vom Ursprung und Ende der Methaphysik*, Wien Springer, 1958; E. Peterson, *Il monoteismo come problema politico* (1935), Brescia, Queriniana, 1983; J. B. Metz, *Sulla teologia del mondo* (1968), Brescia, Queriniana, 1971²; *Sul concetto della nuova teologia politica. 1967-1997* (1997), Brescia, Queriniana, 1998; J. Moltmann, *Critica teologica della religione politica* (1970), in B. Metz – J. Moltmann – W. Oelmüller, *Una nuova teologia politica*, Assisi, Cittadella, 1971. Sulla teologia politica schmittiana si veda inoltre: E.-W. Böckenförde, *Politische Theorie und politische Theologie. Bemerkungen zu ihren gegenseitigen Verhältnis*, in Jacob Taubes (Hrsg.), *Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen*, München-Paderborn-Wien-Zürich, Wilhelm Fink-Ferdinand Schöningh Verlag, 2., verbesserte Auflage, 1985, pp. 16-25.

³⁷¹ *CP*, p. 61.

conclusioni dottrinali della «sociologia dei concetti giuridici», che costituiscono probabilmente la principale acquisizione scientifica di Schmitt, non sono quanto al loro contenuto molto diverse da quelle di Kelsen, ma differiscono da queste ultime perché non hanno la pretesa di mostrare ‘errori’ delle teorie e della storia, ma relazioni necessarie, nessi strutturali tra i concetti della teologia e della giurisprudenza.

La teologia politica schmittiana non vuole essere né una filosofia della storia materialistica, né una filosofia della storia spiritualistica. Sia la spiegazione spiritualistica dei processi materiali (per esempio la riconduzione controrivoluzionaria della Rivoluzione francese alla Riforma e alla filosofia dell’Illuminismo) sia la spiegazione materialistica dei fenomeni spirituali (per esempio il materialismo dialettico di Marx ed Engels, che considera i mutamenti politici, ideologici, culturali come ‘riflessi’, ‘mascheramenti’, ‘sovrastrutture’ dei rapporti economici) sono giudicate da Schmitt semplificazioni non veritiere. In entrambi i casi il metodo adottato assume i caratteri della necessità e dell’automatismo: prima viene presupposta la contrapposizione tra spirito e materia, poi questo dualismo viene ridotto senza residui ad uno dei due elementi, cui viene assegnato un primato assoluto ed incondizionato sull’altro. Il riduzionismo metodologico è, per Schmitt, un procedimento che «finisce per trasformarsi in caricatura»³⁷². La sociologia dei concetti giuridici di Weber, al contrario, non è oggetto di critica da parte di Schmitt, che dichiara però di non accontentarsi neppure del metodo sociologico weberiano per fare la propria sociologia del concetto di sovranità. Weber riconduce la differenziazione dei concreti settori del diritto alla diversa estrazione socio-culturale degli esperti del diritto. La peculiarità della sociologia dei concetti proposta da Schmitt consiste nell’allargamento dell’orizzonte teorico dell’indagine dal piano sociologico al piano metafisico³⁷³. Superando la concettualità giuridica orientata ad immediati interessi pratici, «viene rintracciata la struttura ultima, radicalmente sistematica»³⁷⁴, cioè metafisica di un’epoca: «il quadro metafisico che una determinata epoca si costruisce del mondo ha la stessa struttura di ciò che si presenta a prima vista come la forma della sua organizzazione politica». A Schmitt non interessa se l’ideale della *radikale Begrifflichkeit*, cioè di una sociologia dei concetti che rintracci il fondamento metafisico dei concetti stessi, sia il riflesso di una realtà sociale, o se, viceversa, la realtà sociale sia la conseguenza di un determinato modo

³⁷² CP, p. 67.

³⁷³ È stato correttamente notato da G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., p. 244, che Schmitt adopera il termine ‘sociologia’ non per indicare una scienza del sociale, ma come sinonimo di *Aktualität*, cioè come sinonimo di concretezza e contingenza.

³⁷⁴ CP, p. 68.

di pensare che produce, quindi, un determinato modo di comportarsi corrispondente alla struttura del pensiero. La teologia politica schmittiana non vuole, cioè, fornire una risposta al problema del *prius* e del *posterius*, che non viene percepito come il problema fondamentale della sociologia dei concetti giuridici, ma solo constatare l'esistenza di 'corrispondenze' e 'analogie' strutturali, indicare le «identità spirituali» tra la forma giuridica di una determinata epoca storico-politica e la struttura dei suoi concetti metafisici. La critica schmittiana vuoi alle filosofie della storia materialistiche vuoi a quelle spiritualistiche è anch'essa un'eredità weberiana. A conclusione di *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* Weber, per escludere ogni fraintendimento delle intenzioni che lo hanno indotto a ricercare l'influenza del protestantesimo e dell'asceti intramondana sulla condotta di vita degli individui che hanno dato origine al capitalismo, e forse per prevenire l'interpretazione della propria prestazione scientifica come risposta spiritualistica alla teoria marxiana dell'accumulazione originaria, prende le distanze sia dalle spiegazioni spiritualistiche sia da quelle materialistiche dell'economia e della cultura: «non è ovviamente lecita l'intenzione di sostituire un'interpretazione causale della civiltà e della storia unilateralmente materialistica con un'interpretazione altrettanto unilaterale. Entrambe sono ugualmente possibili, ma né l'una né l'altra giovano alla verità storica, se pretendono di non essere un semplice lavoro preparatorio, ma la stessa conclusione della ricerca». È dilettesco, chiosa in nota, credere nell'unitarietà della psiche sociale e pretendere di scoprire la formula della deduzione logica della civiltà moderna dal razionalismo ascetico del protestantesimo.

2.2.7. In *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* Schmitt ricostruisce le fasi dello sviluppo dello spirito europeo dei secoli che vanno dal XVI al XIX individuando i centri di riferimento della vita spirituale delle élites attive di ciascuna epoca. I *Zentralgebiete* sono «quattro grandi, semplici passi secolari»³⁷⁵. Il XVI secolo è dominato dalla teologia; il XVII secolo è l'età eroica della metafisica e del razionalismo occidentale; il XVIII, caratterizzato dalla «volgarizzazione in grande stile», ovvero dalla divulgazione delle conquiste del Seicento, è il secolo del moralismo, dell'umanitarismo, della retorica della virtù e del dovere; il XIX secolo, con la commistione di tendenze romantico-estetiche e tecnico-economiche, è il periodo della transizione dal moralismo settecentesco all'economicismo e al tecnicismo ottocenteschi e novecenteschi. Le tappe di questa successione costituiscono ciascuna la progressiva neutralizzazione del conflitto

³⁷⁵ CP, p. 168.

combattuto sul precedente terreno di scontro e, quando anche sul nuovo terreno neutro il conflitto riesplode, l'aspirazione ad un'ulteriore neutralizzazione è il motore che spinge avanti la storia degli uomini. Le guerre di religione si trasformano in guerre combattute in nome della potenza dello Stato; le guerre per la potenza in guerre combattute in nome della nazione; le guerre nazionali, a loro volta, in guerre combattute in nome dell'interesse economico. In virtù di questa lettura 'metafisica' della politica moderna, Schmitt individua l'analogia strutturale fra teismo, deismo, immanentismo e ateismo, da un lato, e assolutismo monarchico, dispotismo illuminato, liberalismo e Stato di diritto, socialismo e democrazia, dall'altro.

Già in *Teologia politica* Schmitt si sofferma sul rapporto tra democrazia e secolarizzazione richiamando autori quali Rousseau, Tocqueville e Kelsen: la *volonté générale* rousseauiana (dove la volontà di Dio o del monarca si fa volontà del popolo), la descrizione tocquevilliana del popolo sovrano della democrazia americana (secondo la massima *vox populi, vox Dei*), il nesso kelseniano tra relativismo filosofico e democrazia, inoltre la dottrina kelseniana dell'identità di Stato ed ordinamento giuridico, ma anche la dottrina organica dello Stato che si fa avanti nel XIX secolo, nonché la tesi democratica dell'identità di governanti e governati che Schmitt fa propria in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* del 1923, tutto ciò è strutturalmente connesso alle concezioni immanentistiche che dominano in modo sempre più esteso lo spirito europeo dopo le concezioni deistiche proprie del secolo dei Lumi³⁷⁶.

La descrizione schmittiana del moderno processo di secolarizzazione si dichiara avalutativa, ma non è necessaria una lettura attenta perché si mostri in tutta evidenza l'esatto contrario. Schmitt, in effetti, insiste sul fatto che la successione dei differenti *Zentralgebiete* – teologico, metafisico, morale-umanitario ed economico – non è intesa nel senso marxiano e materialistico della 'teoria della classe dominante' e neppure nel senso di una legge di filosofia della storia come ad esempio la comtiana legge dei tre stadi; essa, d'altra parte, non vuole essere, à la Spengler, una storia universale delle civiltà, né fornire la base per una profezia sul destino della civiltà occidentale; la successione dei *Zentralgebiete* non è pensata, infine, come progresso o declino, né come crescita verso l'alto o caduta verso il basso. Schmitt limita la propria ipotesi interpretativa della modernità come secolarizzazione alle manifestazioni spirituali delle «élites-guida»³⁷⁷ di ogni epoca e non esclude che in ogni epoca si registri una coesistenza pluralistica di diversi livelli della vita culturale non riconducibili a quello indicato come

³⁷⁶ CP, pp. 71-72.

³⁷⁷ CP, p. 170.

riferimento centrale dell'epoca. Eppure, come il positivismo di Comte e il materialismo storico di Marx dietro la veste della scientificità nascondono un'affermazione di valore: la realizzazione del progresso; così la teologia politica schmittiana dietro l'apparenza della sociologia (avalutativa) del concetto di sovranità nasconde l'idea del decadimento: nella modernità non si darebbe solo il trasferimento dei concetti teologici nei concetti politici, ma anche la loro inevitabile corruzione, l'interruzione definitiva del legame fra immanenza e trascendenza e la chiusura dell'immanenza su se stessa. Se l'analogia tra Dio e il monarca dell'assolutismo non implica ancora un degrado della teologia, anzi è il trionfo politico della trascendenza cristiana, la dimenticanza delle origini, che si compie con le scienze naturali moderne, con il liberalismo, il parlamentarismo e la democrazia, realizza la scristianizzazione della società e l'avvento di quell'epoca atea che Nietzsche ha descritto con la sentenza «Dio è morto».

La ricchezza o, se si preferisce, l'ambiguità, dei testi schmittiani *Teologia politica* e *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, e degli studi su Hobbes e sul compimento della Riforma, risiede nella possibilità di rinvenire almeno due diversi significati del concetto di secolarizzazione: la secolarizzazione-trasferimento e la secolarizzazione-liquidazione³⁷⁸, o, detto in altri termini, la secolarizzazione positiva, per conservazione, e la secolarizzazione negativa, per sottrazione o neutralizzazione³⁷⁹. Il dibattito novecentesco verte infatti attorno al senso da attribuire all'analogia strutturale individuata da Schmitt. Queste sono alcune delle domande sollevate nel dibattito: la secolarizzazione schmittiana è un decadimento e una corruzione della teologia nella politica oppure si tratta di una liberazione della modernità politica dalla religione e di un affrancamento auto-legittimantesi? Si tratta di una realizzazione della teologia nella politica, tanto da poter affermare che la teologia costituisca la verità della politica, o di una promessa escatologica di salvezza?

Comprendere la peculiarità della modernità politica e la sua relazione con la religione richiede un passo indietro: dal filo che si dipana tra Marx, Weber e Schmitt passando anche per Nietzsche si può misurare la portata innovativa della sociologia del concetto di sovranità fatta da Schmitt in *Teologia politica*.

L'opera sociologica di Max Weber³⁸⁰, che costituisce il referente immediato delle riflessioni di Schmitt, segna una svolta nella storia del

³⁷⁸ Cfr. J.-C. Monod, *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*,

³⁷⁹ M. Scattola, *Teologia politica*, cit., p. 164.

³⁸⁰ Cfr su Weber R. Aron, *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, Mondadori, 1972; Id., *Introduzione alla sociologia tedesca contemporanea*, Lecce, Messapica, 1980; T. Parson, *La struttura dell'azione sociale*, Bologna, Il Mulino, 1986; J. Freund, *La sociologia di Max*

concetto di secolarizzazione. In merito alla secolarizzazione Weber si distingue nettamente da Marx e da Nietzsche. Il messianismo dell' 'al di qua' (trasposizione del profetismo cristiano in un profetismo 'diesseitig') e il capovolgimento dell'ateismo nella «predicazione di una nuova fede»³⁸¹ fondata sulla dottrina dell'eterno ritorno e dell' 'oltreuomo' sono rispettivamente gli atteggiamenti di Marx e di Nietzsche in merito alla religione. Nel caso della filosofia della storia di Marx si è di fronte – Karl Löwith *docet*³⁸² - al primo significato di secolarizzazione: la secolarizzazione-trasferimento; nel caso del nichilismo di Nietzsche, invece, al secondo significato: la secolarizzazione-liquidazione. Ebbene, la sociologia della religione di Weber rappresenta una svolta nella misura in cui Weber - non nutrendo, diversamente da Marx e da Nietzsche, alcuna spiccata passione anti-religiosa³⁸³ - non intende indicare, con la propria prestazione scientifica, una via di salvezza alternativa alla salvezza della religione cristiana, sia essa cattolica o protestante.

Questo scarto tra Marx e Nietzsche da un lato, Weber dall'altro, non è privo di conseguenze per la comprensione della categoria di secolarizzazione ed è indispensabile per cogliere l'ulteriore elemento di novità introdotto dalla *Teologia politica* schmittiana. In Weber diventa possibile riconoscere il processo di secolarizzazione della modernità senza infarcire l'analisi con l'annuncio della possibile liberazione da tutte le alienazioni teoriche e pratiche dell'umanità o con l'annuncio dell'avvento di una razza di *Übermenschen* al di là del nichilismo europeo. Con Wolfgang Schluchter³⁸⁴ si può parlare di un passaggio in Weber dalla *Religionskritik* alla *Religionssoziologie*, intendendo questo passaggio non come una

Weber, Milano, Il saggiatore, 1972²; D. Beetham, *La teoria politica di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1989; R. Marra, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, Torino, Giappichelli, 1995; S. Breuer, *Max Webers tragische Soziologie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

³⁸¹ K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*, Torino, Einaudi, 1949, pp. 540-547. Löwith afferma che la dottrina dell'eterno ritorno «è espressamente un surrogato della religione e rappresenta, in misura non minore del paradosso cristiano di Kierkegaard, una via di scampo alla disperazione, cioè un tentativo di fuggire dal 'nulla' a 'qualcosa'».

³⁸² K. Löwith, *Significato e fine della storia*, Milano, EST, 1998.

³⁸³ In una lettera del febbraio 1909 citata da Marianne Weber in *Max Weber. Ein Lebensbild*, Tübingen, Mohr, 1926, p. 339, il sociologo scrive: «Ich bin zwar religiös absolut unmusikalisch und habe weder Bedürfnis noch Fähigkeit, irgendwelche seelischen Bauwerke religiösen Charakters in mir zu errichten. Aber ich bin nach genauer Selbstprüfung weder antireligiös noch irreligiös».

³⁸⁴ W. Schluchter, *Religion und Lebensführung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988 e Id., *Die Entstehung des modernen Rationalismus: eine Analyse von Max Webers Entwicklungsgeschichte des Okzidents*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.

negazione ma come un superamento: la critica filosofica della religione è storicamente il precedente e la condizione di possibilità della sociologia della religione. Il superamento della critica filosofica della religione si realizza in Weber mediante un rifiuto del monismo esplicativo ed un rifiuto del postulato teleologico che proietta sul passato interpretazioni deformanti. Il rifiuto del monismo esplicativo consiste in questo: la weberiana *Religionssoziologie* non riduce il fenomeno religioso ad un fenomeno secondario rispetto alle dinamiche economiche avente una funzione sociale consolatoria (l' 'oppio dei popoli' di cui parla Marx), né individua l'origine della religione in un'unica matrice psicologica (il 'ressentiment' di cui parla Nietzsche in *Genealogia della morale*³⁸⁵). Quanto al rifiuto del postulato teleologico le cose possono essere così sintetizzate: mentre la secolarizzazione in Marx come in Nietzsche è un 'valore' - solo l'uomo che non ha bisogno della religione è un uomo veramente libero, un signore e non un servo, perciò l'uomo secolarizzato in una società secolarizzata è un ideale progressivo ed uno scopo da realizzare -, in Weber è un 'fatto' che va colto, nel rispetto dell'esigenza del metodo scientifico della *Wertfreiheit*, a prescindere da giudizi di valore. Jean-Claude Monod ha parlato per questa ragione del 'momento weberiano' come del momento della «neutralizzazione sociologica della categoria di secolarizzazione»³⁸⁶.

È contro questa neutralizzazione sociologica che prende avvio la riflessione schmittiana sulla teologia politica. Nonostante l'apparente oggettività della descrizione e il distacco emotivo dichiarati all'inizio di *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, la teologia politica di Schmitt introduce un innegabile momento valutativo. È in realtà una presa di posizione, una delle innumerevoli prese di posizione di Schmitt nei confronti della modernità politica³⁸⁷.

³⁸⁵ Cfr. F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, Milano, Adelphi, 2006: «nella morale la rivolta degli schiavi ha inizio da quando il *ressentiment* diventa esso stesso creatore e genera valori; il *ressentiment* di quei tali esseri a cui la vera reazione, quella dell'azione, è negata e che si consolano soltanto attraverso una vendetta immaginaria. Mentre ogni morale aristocratica germoglia da un trionfante si pronunciato a se stessi, la morale degli schiavi dice fin dal principio no a un 'di fuori', a un 'altro', a un 'non io': e questo no è la sua azione creatrice. Questo rovesciamento del giudizio che stabilisce valori – questo necessario dirigersi all'esterno, anziché a ritroso verso se stessi – si conviene appunto al *ressentiment*: la morale degli schiavi ha bisogno, per la sua nascita, sempre e in primo luogo di un mondo opposto ed esteriore» (pp. 25-26).

³⁸⁶ J.-C. Monod, *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*, Paris, Vrin, 2002, pp. 95-113.

³⁸⁷ Cfr. H. Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

Un *fil rouge* – come si è mostrato - unisce idealmente Marx, Weber e Schmitt: il problema comune è quello del rapporto tra immanenza e trascendenza, tra politica e religione; le soluzioni proposte sono rispettivamente la critica della religione (Marx), la sociologia della religione (Weber) e la teologia politica (Schmitt). Già oggetto delle critiche di Feuerbach³⁸⁸ ('il segreto della teologia è l'antropologia'), la religione viene smascherata da Marx come falsa coscienza e coinvolta nella critica della ideologia svolta nel quadro del materialismo storico: in questo consiste la *Religionskritik* di Marx. In *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* la religione viene studiata come fenomeno socio-culturale, strettamente connesso, all'inizio dell'età moderna, con la nascita del capitalismo: con Weber la *Religionssoziologie* si pone di fronte alla religione e alla razionalizzazione occidentale rispettando il requisito della *Wertfreiheit* della scienza moderna. Il senso della *Politische Theologie* di Schmitt, infine, consiste nel tentativo di giocare il 'teorema della secolarizzazione' (ove la secolarizzazione è intesa come trasferimento conservativo della forma dei concetti teologici nei concetti giuridici) contro il 'processo di secolarizzazione' (il secondo senso della secolarizzazione come liquidazione *à la* Nietzsche), allo scopo di sottolineare gli elementi di continuità rispetto al passato teologico e di negare la possibilità dell'auto-legittimazione razionale dell'età moderna a partire dalla pluralità dei soggetti individuali (atomismo), dai loro diritti (giusnaturalismo) e dalla loro volontà politica (contrattualismo)³⁸⁹. È come se Schmitt, costretto a riconoscere alla modernità politica il dato di fatto della secolarizzazione (nel senso dell'allontanamento dal *Zentralgebiet* teologico), le negasse però il diritto di ritenersi indipendente non solo dal legame che la unisce alla metafisica pensata dai filosofi di ogni secolo, ma soprattutto dal legame che la unisce, prima ancora che ad una particolare metafisica, alla teologia stessa. Da questo punto di vista Blumenberg ha colto nel segno quando ha capito che la posta in gioco nel dibattito sulla teologia politica e la secolarizzazione è la 'legittimità dell'età moderna'³⁹⁰.

³⁸⁸ L. Feuerbach, *Essenza del cristianesimo* (1841), in Id., *Opere*, Roma-Bari, Laterza, 1968.

³⁸⁹ Stando alla lettura di J.-C. Monod «lorsque Schmitt entend mettre en évidence une certaine sécularisation à l'origine des concepts politiques modernes, cette opération ne nous dit pas si le produit de cette sécularisation doit être accepté ou rejeté: ainsi l'État souverain fut-il longtemps défendu par Schmitt, tandis que les droits de l'homme ne le furent jamais, alors que ces deux formations politico-juridiques peuvent apparaître comme des produits du processus de sécularisation. Les droits de l'homme sont en effet combattus par Schmitt en prolongement de son refus de l'absolutisation de la Loi» (J.-C. Monod, *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*, cit., pp. 159-160).

³⁹⁰ H. Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna* (1966), Genova, Marietti, 1992.

Ciò che distingue la critica filosofica della religione - che nel XIX secolo prende avvio con Hegel e, passando per Marx e Kierkegaard, giunge fino a Nietzsche³⁹¹ - dalla sociologia della religione di Weber consiste, si è detto, nella neutralizzazione sociologica della categoria di secolarizzazione che si realizza in Weber. Ma la *Religionskritik* e la *Religionssoziologie* condividono un aspetto non secondario: si tratta di fenomeni sorti all'interno del protestantesimo tedesco. Ciò che invece distingue Schmitt sia dai critici filosofici tedeschi della religione sia da Weber è il suo essere cattolico: la cifra della sua teologia politica, allora, è il suo essere una teologia politica eminentemente cattolica. Schmitt del resto non può attingere a 'precursori' tedeschi della propria teologia politica ma deve guardare ai controrivoluzionari francesi Maistre e Bonald e allo spagnolo Donoso Cortés. L'unica eccezione è costituita da Kierkegaard, ma il richiamo di Schmitt al teologo protestante si limita alla priorità dell'eccezione rispetto al caso normale.

Ad insistere sulla 'cattolicità' di Schmitt è Helmuth Quaritsch, secondo il quale essa non è solo una professione religiosa, ma consiste nella più ampia adesione schmittiana alla 'civiltà del cattolicesimo' che si ribella al mondo nato dalla Rivoluzione francese e al trionfo dei principi del 1789. Oltre a Nietzsche³⁹², anche Darwin³⁹³ a causa della teoria dell'evoluzione è

³⁹¹ Cfr. K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche*, cit., p. 482.

³⁹² Cfr. sull' *Anti-Nietzsche-Affekt* di Schmitt A. Mohler, *Carl Schmitt und die „Konservative Revolution“*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 129-151.

³⁹³ In *Glossario* è presente un unico riferimento al padre della teoria dell'evoluzione nell'annotazione del 15.1.49, dove Schmitt, che prende di mira anche l'interpretazione dei sogni di Freud, scrive: «Leggo un autore che sembra sviluppare una teoria puramente scientifica, ad esempio la derivazione dell'uomo dalla scimmia, o la spiegazione psicanalitica dei sogni e delle nevrosi. Ma vedo sempre e solo l'autore. (...) Dall'origine della specie teorizzata da Darwin scaturisce solo un'immagine di Darwin, del suo tipo psicologico e della sua situazione sociologica. Ciò accade anche per tutti i libri e gli scritti di Sigmund Freud. In entrambi i casi, infatti, l'evidenza scientifica non è che un riflesso della sicurezza di vincere propria di un ceto in lotta contro una classe in declino. L'animale che si evolve dalla scimmia all'uomo è il *plébéien qui arrive* del XIX secolo; questo è quanto la situazione europea dopo il 1848 ha permesso alla prima generazione; di qui è derivato lo strepitoso successo dell'*Origine delle specie*, del 1856». Nel brano riportato Schmitt fornisce un esempio inatteso di quella che in *Teologia politica* egli stesso, quasi trent'anni prima, aveva definito, con atteggiamento di sufficienza, «sociologia dei tipi particolari», ovvero quel tipo di sociologia che, riconducendo un risultato concettuale al suo titolare sociologico, si addice più alla bella letteratura che alla ricerca scientifica. Ad essa Schmitt contrapponeva la sociologia dei concetti giuridici, mirante ad un risultato scientifico (CP, pp. 67-68). La formazione cattolica di Schmitt si fa dunque evidente quando il giurista sminuisce tanto l'opera di Darwin, quanto quella di Freud, rei entrambi di aver inferto, sottolineando ciascuno a proprio modo la rilevanza della corporeità, gravi

stato un «incubo» di Schmitt per tutta la vita, così come Lessing a causa del suo impegno in favore della tolleranza religiosa tra le religioni monoteistiche³⁹⁴. Le tre *Grundprägungen*, le tre impronte fondamentali rintracciabili nella prestazione schmittiana, sono oltre all'impronta cattolica, quella statalista e quella nazionalista; ma solo la prima consente di collocare Schmitt in posizione eccentrica rispetto alla cerchia dei 'rivoluzionari conservatori' a cui pure, di solito, viene ricondotto sulla scia dei lavori di Armin Mohler.

Heinrich Meier, d'altra parte, vede nella professione cattolica di Schmitt il presupposto tanto di *Teologia politica* quanto di *Il concetto di politico*. Nel suo studio sulla distinzione tra teologia politica e filosofia politica in Schmitt scrive: «*Die Politische Theologie steht und fällt mit dem Glauben an die Offenbarung. Denn sie setzt die Wahrheit der Offenbarung voraus, die eine Wahrheit des Glaubens ist. (...) Die Unterscheidung von Freund und Feind fände demnach im Offenbarungsglauben nicht nur ihre theoretische Begründung, sondern sie bewährte in ihm zugleich ihre praktische Unausweichlichkeit. (...) Schmitt hat wie kein anderer politischer Theoretiker des 20. Jahrhunderts Offenbarung und Politik zusammengesehen und nach Kräften zu verbinden versucht*»³⁹⁵.

2.3. Cattolicesimo romano e forma politica: la rappresentazione dall'alto

Ordine temporale e artificiale - perciò sempre precario ed esposto a crisi - nato dal disordine eccezionale delle guerre confessionali per mezzo della decisione del sovrano di neutralizzare la religione privatizzandola, lo Stato moderno, rivendicando l'autonomia del potere temporale da quello spirituale, si contrappone alle pretese avanzate dalla Chiesa cattolica di esercitare sui propri fedeli la *potestas indirecta* ma, contemporaneamente, ne riproduce, in modo più o meno consapevole, la struttura giuridica e adotta, secolarizzandolo, l'apparato concettuale della teologia: queste, in breve, le conclusioni scientifiche cui giunge Schmitt in *Teologia politica*³⁹⁶.

ferite narcisistiche all'auto-rappresentazione dell'uomo come creatura fatta ad immagine e somiglianza di Dio.

³⁹⁴ H. Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, cit, pp. 23-35. Quaritsch si riferisce alla novella dei tre anelli rappresentata da Lessing in *Nathan il Saggio*.

³⁹⁵ H. Meier, *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, Stuttgart-Weimar, Metzler, 1994, pp. 109-111.

³⁹⁶ Cfr. sull'origine dello Stato dal processo di secolarizzazione anche E.-W. Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, a cura di Michele Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006; ora pubblicato anche in E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi,

Trasferitosi a Bonn, Schmitt lavora contemporaneamente a *Teologia politica* e a *Cattolicesimo romano e forma politica*, apparsi rispettivamente nel 1922 e nel 1923. Le due opere, nonostante le notevoli differenze metodologiche e concettuali, stilistiche e retoriche, sono accomunate dalla loro appartenenza al fenomeno del *Renouveau* cattolico della Germania degli anni Venti, cui Piet Tomissen ha dedicato la propria attenzione in un breve saggio su Schmitt e la cultura tedesca dei primi anni dell'età di Weimar³⁹⁷.

La storia dei cattolici tedeschi è una storia fatta di conflitti, persecuzioni, resistenze, migrazioni. I cattolici renani fin dalla loro annessione alla Prussia nel 1815, avevano tentato di resistere, nel corso del XIX secolo, a varie forme di discriminazione culminate negli anni Settanta nel *Kulturkampf* bismarckiano. La tradizione familiare di Schmitt si colloca nell'ambito di tale minoranza cattolica, che anche nel Reich di Guglielmo II continuava a considerarsi oppressa e reagiva cercando di difendere la propria autonomia religiosa e, *lato sensu*, culturale. Il rapporto problematico che lega in età moderna Chiesa e Stato, costituisce per Schmitt, sin dagli anni della sua formazione giovanile, l'*humus* della riflessione matura sulla forma-Stato della modernità politica. Con il 1918, considerato dagli specialisti un *annus mirabilis* nella storia del cattolicesimo tedesco, termina la «diaspora spirituale» nella quale i tedeschi di confessione cattolica erano vissuti per tutto il XIX secolo: la fine della guerra e la fondazione della repubblica liberal-democratica di Weimar imprimono un nuovo slancio alla cultura cattolica nel cui seno si forma il giovane Schmitt³⁹⁸. Nella seconda

Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 33-54, dove Böckenförde retrodata la secolarizzazione, quanto meno le sue premesse, all'XI secolo, cioè al periodo delle lotte per le investiture tra Papato e Impero (1057-1122). Quel conflitto, ben prima della Riforma protestante e delle guerre civili di religione, scuote già dalle fondamenta l'*orbis christianus* e registra la nascita della separazione tra 'spirituale' e 'mondano'. Paradossalmente la distinzione viene elaborata proprio all'interno della dottrina teologica: una tale desacralizzazione del potere politico dell'Impero costituisce sul lungo periodo la premessa della rivendicazione dell'autonomia della politica da parte dei nascenti Stati europei.

³⁹⁷ P. Tomissen, *Carl Schmitt metajuristisch betrachtet. Seine Sonderstellung im katholischen Renouveau des Deutschlands der Zwanziger Jahre*, in «Criticòn», n. 30, 1975; trad. it. di A. Caracciolo: *Carl Schmitt e il renouveau cattolico nella Germania degli anni Venti*, in «Storia e politica», anno XIV, fasc. 4, pp. 481-500, ora disponibile sia in lingua tedesca sia in traduzione italiana su www.carl-schmitt-studien-blogspot.com.

³⁹⁸ Nel *Nachlass* di Schmitt, in una pagina del suo *Tagebuch* datata 5. 6. 1958 e intitolata *Periodisierender Rückblick des 70jährigen auf die von ihm durchgestandenen Regime seiner Lebenszeit*, si trova uno sguardo retrospettivo che il giurista, settantenne, getta sulla propria vita dal 1888 al 1933. I periodi individuati sono quattro:

1. Kindheit: 1888-1900.

parte della Costituzione di Weimar, dedicata ai *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, il terzo capo si occupa di ‘Religione e comunità religiose’: gli artt. 135 e 137, in particolare, sono quelli che rilevano per capire il nuovo contesto politico-costituzionale nel quale hanno preso corpo quelli che si possono a buon diritto definire i ‘saggi cattolici’ di Schmitt. L’art. 135 espone in modo chiaro e coerente la questione del rapporto tra libertà di culto e legame di *protectio-oboedientia* che lega il cittadino allo Stato. Esso infatti recita: «Tutti i residenti nel Reich godono di piena libertà di opinione e di coscienza. Il libero esercizio del culto è garantito dalla costituzione ed è posto sotto la protezione dello Stato, senza che perciò siano derogate le leggi generali dello Stato». Il lungo art. 137, d’altra parte, dichiara *expressis verbis* al primo comma che non esiste alcuna Chiesa di Stato in Germania, ponendo con ciò fine al *summus episcopus* del protestantesimo tedesco: «la libertà di associazione religiosa è garantita. L’unione di comunità religiose nel territorio del Reich non è soggetta ad alcuna limitazione»³⁹⁹. Nella Repubblica di Weimar il protestantesimo cessa perciò di essere una sorta di religione di Stato e i cattolici, non più costretti a nascondersi, sentono di poter sostenere anche in modo aggressivo le proprie convinzioni religiose⁴⁰⁰. «*Es gibt einen anti-römischen Affekt*»: l’incipit del saggio è la constatazione e contemporaneamente la denuncia della situazione di inferiorità in cui fino a quel momento erano tenuti i cattolici in Germania. La denuncia del ‘sentimento anti-romano’ avviene però, lo si è mostrato, quando la parità di diritti è formalmente riconosciuta nel testo della Costituzione. Con *Cattolicesimo romano e forma politica* Schmitt, che presentandosi ad Ernst

Ins Sauerländische entorteter eifel-moselanischer Katholizismus.

2. Knabenalter: 1900-1907

Enttotalisierter Konviktsklerikalismus mit humanistischer Bildung.

3. Jüngling: 1907-1918

Enthegeliertes Großpreußentum wilhelminischer Prägung und Neukantianismus.

4. Mann: 1919-1932

Entpreußtes Deutschtum mit Liberal-Demokratie Weimarer Art und stark nationalen Reaktionen (Anti-Versailles).

Cfr. in proposito P. Tomissen, *Bausteine zu einer wissenschaftlichen Biographie (Periode 1888-1933)*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 71-100 compresa la *Aussprache*, pp. 101-106.

³⁹⁹ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 219-220.

⁴⁰⁰ P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin-Frankfurt, Propyläen, 1993, pp. 69-74.

Niekisch disse: «Io sono romano per origine, tradizione e diritto»⁴⁰¹, sembra allora rendere un omaggio alla razionalità latina ispirato da un profondo *anti-nordischer Affekt*⁴⁰².

Nell'intervista che Schmitt, ormai ultranovantenne, rilascia nella sua abitazione di Plettenberg a Fulco Lanchester, *Cattolicesimo romano* è ricordata dal giurista sin dall'inizio del colloquio come una delle sue opere migliori⁴⁰³. In questa circostanza è Schmitt stesso ad indicare, a distanza di più di sessant'anni dalla stesura del saggio, le questioni centrali della modernità politica presenti, esplicitamente o implicitamente, in *Cattolicesimo romano: Stato e Chiesa, potestas directa e potestas indirecta*, relazione di *protectio-oboedientia*, crisi delle istituzioni rappresentative negli Stati industriali avanzati. «Qual è l'autorità legale a cui debbo obbedire? – si chiede Schmitt - La risposta ad un simile interrogativo è netta: debbo obbedire a quella autorità che può difendermi. Chi invece non può difendermi può solo darmi consigli, ma non può darmi ordini. Essa, in sostanza, può consigliarmi se una cosa è bene o male, ma non può dirmi di farla. Questo è il problema della legalità»⁴⁰⁴. Schmitt sembra dunque rispondere negativamente alla questione del valore strategico del saggio, alla questione, cioè, se esso sia un tentativo di pensare un'alternativa politica allo Stato: dopo la Riforma protestante e la crisi della *res publica christiana* non sembra esserci altra possibile 'salvezza mondana' al di fuori dello Stato, che garantisce protezione, sicurezza, ordine.

Un altro dei problemi sollevati da *Cattolicesimo romano* è se con questo saggio Schmitt voglia fare la propria 'professione di fede', se qui dichiari il vero nucleo del proprio pensiero e se il cattolicesimo sia il 'livello esoterico' di tutta la produzione scientifica schmittiana. La risposta di Carlo Galli a tali quesiti pare convincente. Galli, che non nega affatto «l'importanza del cattolicesimo nella formazione culturale di Schmitt» ritiene che per il giurista il cattolicesimo sia soprattutto quel 'pensiero della rappresentazione' che «gli consente di osservare la secolarizzazione dal di fuori ma non con distacco», da un punto di vista, cioè, collocato *a latere* rispetto alla tendenza fondamentale della modernità, e di comprendere e

⁴⁰¹ Cfr. E. Niekisch, *Gewagtes Leben. Begegnungen und Begebnisse*, Köln-Berlin, 1958, p. 242. Cfr. Anche J. W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 30.

⁴⁰² Cfr. sull' *anti-nordischer Affekt* di Schmitt A. Mohler, *Carl Schmitt und die „Konservative revolution“*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., p. 134, nota 14.

⁴⁰³ C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, neri Pozza, 2005, pp. 151-183 (: 152). Nel corso dell'intervista Schmitt rende noto di aver scritto *Cattolicesimo romano* nel 1921.

⁴⁰⁴ *Ivi*, pp. 153-154.

criticare questa modernità «secondo la sua origine e non secondo la sua ideologica autointerpretazione razionalistica, individualistica (di derivazione protestante) e progressiva»⁴⁰⁵.

Da un punto di vista interno all'ermeneutica dei testi schmittiani il problema del rapporto tra *Cattolicesimo romano*, in cui non compare mai l'espressione 'teologia politica', e, appunto, *Teologia politica* è di difficile soluzione⁴⁰⁶. In primo luogo va osservato che, mentre con il saggio del 1922 e con quello del 1929 – *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* - che ne costituisce il complemento, Schmitt vuole fare una «sociologia dei concetti giuridici» e disegnare una teoria del mutamento delle forme politiche a partire dallo spostamento del *Zentralgebiet*, con *Cattolicesimo romano* si confronta con la secolarizzazione dell'età moderna da un punto di vista più marcatamente cattolico denunciando, in particolare, il pericolo della scomparsa di ogni genere di rappresentazione in seguito all'affermazione del 'pensiero tecnico-economico', comune tanto al capitalismo quanto al marxismo. D'altra parte, mentre in *Teologia politica* Schmitt polemizza apertamente contro Kelsen ed il normativismo, *Cattolicesimo romano* è stato letto da molti interpreti come la risposta cattolica all'*Etica protestante e lo spirito del capitalismo* di Weber⁴⁰⁷. L'esempio della Chiesa cattolica e della sua 'rappresentazione dall'alto' serve a Schmitt soprattutto per affermare che principio della secolarizzazione moderna non è soltanto il protestantesimo che, con la sua etica dell'ascesi intramondana, dà origine al capitalismo, ma anche, in modo altrettanto rilevante, il cattolicesimo con la sua specifica modalità di rappresentazione razionalistica, giuridica e istituzionale dell'unità del molteplice che si secolarizza nell'unità politico-giuridica della forma-Stato. In ciò consiste la «doppia radice [protestante e cattolica, individualistica e statale] del moderno»⁴⁰⁸ a cui Weber e Schmitt risalgono a partire da

⁴⁰⁵ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 260.

⁴⁰⁶ Cfr. sulla difficoltà di attribuire un significato a CRFP P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, cit., p. 72: «Es wird darüber gestritten, was die kleine Schrift eigentlich gewesen sei – eine Zustandsbeschreibung, ein Idealbild oder eine Handlungsvorschrift für katholische Politiker. Eines ist sicher: dass sie in katholischen Kreisen eine eminente Wirkung erzielte».

⁴⁰⁷ K. Kröger, *Bemerkungen zu Carl Schmitt „Römischer Katholizismus und politische Form“*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 159-165; G.L. Ulmen, *Politische Theologie und politische Ökonomie – Über Carl Schmitt und Max Weber*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 341-366. Nell'*Aussprache* alla relazione di Kröger si legge: «Die Differenz zwischen Weber und Schmitt ist einfach die zwischen einem ungläubigen Protestanten und einem gläubigen Katholiken. Weber akzeptierte ohne Widerspruch Nietzsches Diagnose, Gott sei tot. Für Schmitt war sie unter keinen Umständen akzeptabel» (p. 169).

⁴⁰⁸ C. Galli, *Introduzione a CRFP*, p. 23.

interessi diversi ma complementari: il fenomeno economico del capitalismo studiato a partire dalle motivazioni dell'agire individuale e la costruzione politico-giuridica dello Stato studiata a partire dai concetti del diritto pubblico, *in primis* il concetto di rappresentanza/ rappresentazione. Proprio perché il 'pensiero economico' sembra aver preso il sopravvento sulla politica, ed il capitalismo, insieme ad altre forze spirituali della società civile, essersi rivoltato contro lo Stato, il saggio schmittiano vuole essere la critica dell'epoca liberale-borghese-capitalistica della quale Weber aveva costituito, in definitiva, 'solo' l'autocoscienza⁴⁰⁹. Che Schmitt si muova avendo Weber come interlocutore privilegiato è evidente anche dal lessico adoperato in *Cattolicesimo romano*: l'espressione *zölibatären Bürokratie* per designare l'organizzazione, la potenza e l'efficienza della «macchina papista» avrebbe certamente incontrato il favore di Weber⁴¹⁰. Alla Chiesa Schmitt sembra riconoscere il merito di aver istituzionalizzato – per usare un altro concetto weberiano – il carisma, rappresentando, in forma giuridica, la trascendenza.

Mentre in *Teologia politica* viene individuata nella teologia la matrice dei concetti fondamentali della moderna dottrina dello Stato, in *Cattolicesimo romano*, più che alle dottrine e ai concetti Schmitt volge lo sguardo alla concreta istituzione della Chiesa di Roma. Il rapporto tra la Chiesa, caratterizzata dal suo essere una *complexio oppositorum*, e la modernità è duplice: da un lato, Schmitt individua nel principio razionalistico-giuridico-istituzionale della Chiesa una delle radici della modernità politica, cioè della modernità che si concretizza nella forma-Stato; dall'altro lato, però, sviluppa tutta una serie di relazioni antitetiche tra civiltà cattolica e mondo moderno, in particolare tra i valori morali e spirituali del cattolicesimo e le forze della società civile che, sotto l'ombrello protettivo costituito dallo Stato, danno vita alla moderna economia politica. In contrasto con le tendenze materialistiche del mondo moderno, Schmitt segnala la convergenza di capitalismo e bolscevismo, solo apparentemente ostili l'uno all'altro, su molti aspetti fondamentali - il distacco dalla terra, la subordinazione della politica alle esigenze economiche della produzione e del consumo, la svalutazione della dimensione statuale e pubblica, l'incapacità di rappresentare l'assente, l'invisibile, la dimenticanza degli aspetti morali e spirituali della vita dell'uomo – e giudica pertanto impossibile una «riunificazione fra la Chiesa cattolica e l'odierna forma dell'industrialismo capitalistico». Con un'immagine efficace Schmitt rappresenta l'incompatibilità tra

⁴⁰⁹ Cfr. sul rapporto Schmitt-Weber G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., p. 180.

⁴¹⁰ Cfr. H. Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, cit., p. 33.

cattolicesimo e ‘pensiero tecnico-economico’ sostenendo che «all’alleanza di trono ed altare non seguirà quella di ufficio e altare, né quella di fabbrica e altare»⁴¹¹. Alla razionalizzazione della modernità che si manifesta nella burocrazia e nel capitalismo – gli oggetti specificamente moderni della sociologia comprendente di Weber – Schmitt contrappone un razionalismo alternativo: il razionalismo fondato su una ragione non moderna, ma pre-moderna, ovvero sulla *ratio* che, in accordo con la *scriptura*, si articola nei concetti della teologia e della giurisprudenza e si concretizza nel «glorioso splendore» dell’istituzione storico-mondiale della Chiesa di Roma⁴¹². La Chiesa sembra restare per Schmitt l’ultimo asilo dell’ ‘idea politica’ in un mondo che le forze sociali del capitalismo, del proletariato urbano, del bolscevismo – animate da un comune ‘pensiero tecnico-economico’ ed in lotta contro lo Stato e contro la politica in quanto tale - stanno completamente spolicizzandolo: «se il pensiero economico riesce a realizzare i propri fini utopistici, di condurre la società umana ad una condizione assolutamente impolitica, la Chiesa resterà l’unica depositaria di pensiero politico e di forma politica»⁴¹³. La *ratio* della Chiesa resta immune all’opposizione tra soggetto ed oggetto emersa in età moderna con la filosofia di Cartesio⁴¹⁴ e riesce perciò a sottrarsi alle aporie della politica moderna che si manifestano nella mediazione razionalistica tra individuo e Stato pensata da Hobbes: «la natura non è (...) [per i cattolici] l’opposto dell’artificio e dell’operare umano, e neppure dell’intelletto e del sentimento o del cuore; piuttosto, lavoro umano e crescita organica, natura e *ratio*, sono un’unità. (...) Come il dogma tridentino non conosce la lacerazione protestante tra natura e grazia, così la Chiesa cattolica romana non concepisce tutti quei dualismi fra natura e spirito, natura e intelletto, natura e arte, natura e macchina, e neppure il loro pathos alterno. Come l’opposizione di forma vuota e materia informe, così è estranea al cattolicesimo la sintesi di quest’antitesi»⁴¹⁵. Il razionalismo cattolico si distingue dal razionalismo del pensiero economico per il modo di intendere i concetti di ‘ragione’ e ‘razionalità’. L’autentica paura cattolica di fronte all’economia e alla tecnica moderne deriva, sostiene Schmitt, proprio dalla constatazione che nel pensiero tecnico-economico il concetto di ‘razionale’, se giudicato secondo i parametri della dottrina della fede, è distorto in modo

⁴¹¹ CRFP, p. 53.

⁴¹² CRFP, p. 50.

⁴¹³ CRFP, p. 54.

⁴¹⁴ Cfr. sull’inaugurazione con Descartes della metafisica moderna, nonché su soggetto, rappresentazione, scienza e tecnica moderne M. Heidegger, *L’epoca dell’immagine del mondo*, in Id., *Holzwege. Sentieri erranti nella selva*, Milano, Bompiani, 2002, pp. 91-136.

⁴¹⁵ CRFP, p. 59.

inaudito per la sensibilità cattolica: «'razionale' significa ormai soltanto un meccanismo di produzione posto al servizio della soddisfazione di qualunque bisogno materiale, senza che ci si interroghi sulla razionalità dello scopo – l'unica cosa importante – a cui quel meccanismo supremamente razionale è disponibile»⁴¹⁶.

Le più importanti opere giuspubblicistiche di Schmitt – *Dottrina della costituzione* (1928), *Il custode della costituzione* (1931), *Legalità e legittimità* (1932) – forniscono, come si mostrerà dettagliatamente nei capitoli seguenti, una diagnosi della dissoluzione della Repubblica di Weimar e della crisi dello Stato moderno in generale come conseguenza della svolta (*Wendung*) dallo Stato borghese di diritto – dove la costituzione è strumento di organizzazione e limitazione del potere nel quadro della distinzione tra Stato e società civile – allo Stato economico ed amministrativo della società industriale (*Wirtschafts- und Verwaltungsstaat der Industriegesellschaft*), che è uno Stato totale nella misura in cui viene meno la distinzione tra Stato e società⁴¹⁷. Ebbene, in quest'*Elogium* della Chiesa ben più che in *Teologia politica* – dove Schmitt si limita a presentare il 1848 come l'anno della rivoluzione proletaria e dell'alternativa radicale tra cattolicesimo e socialismo ateo - il XIX secolo viene rappresentato drammaticamente come il tempo dell'ingresso delle masse sulla scena della storia: «dal XIX secolo ci sono in Europa due grandi masse che si oppongono come estranee alla tradizione europeo-occidentale e alla sua cultura, due grandi correnti che premono contro i propri argini: il proletariato industriale, con la sua lotta di classe, e lo spirito russo, che volge le spalle all'Europa. Dal punto di vista della tradizione culturale occidentale entrambe sono barbare e, quando hanno coscienza di sé, tali si definiscono orgogliosamente»⁴¹⁸.

La distinzione moderna tra pubblico e privato viene articolata in *Cattolicesimo romano* rispettivamente nelle considerazioni sul concetto di rappresentanza/rappresentazione e nelle riflessioni sull'origine dei diritti e delle libertà fondamentali, che anticipano le successive trattazioni scientifiche che Schmitt farà tanto della rappresentanza quanto dei diritti fondamentali in *Dottrina della costituzione*. Il discorso schmittiano che si sviluppa attorno al concetto di rappresentanza/rappresentazione si fonda sulla contrapposizione tra la capacità rappresentativa della Chiesa cattolica e l'incapacità del liberalismo e della borghesia di fornire rappresentazione e

⁴¹⁶ CRFP, p. 44.

⁴¹⁷ La diagnosi schmittiana del *Strukturwandel der Staatlichkeit* viene proseguita negli anni della Repubblica federale da due allievi di Schmitt del periodo di Bonn: Ernst Rudolph Huber e Ernst Forsthoff.

⁴¹⁸ CRFP, p. 68.

costituisce un'anticipazione della critica mossa al parlamentarismo e allo Stato borghese di diritto nel saggio *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* risalente allo stesso anno di *Cattolicesimo romano*. Dal cattolicesimo Schmitt apprende due nozioni che caratterizzano il suo pensiero politico e che non abbandonerà mai: l'eccezionalità dell'origine (l'Incarnazione che eccede l'istituzione della Chiesa; la decisione del sovrano che fonda l'ordine dal nulla normativo) e l'idealismo della *Repräsentation* (distinta dalla *Vertretung* e dalla *Stellvertretung*) consistente nella produzione dell'unità politica, ordinata e visibile. La Chiesa, infatti, vera erede della giurisprudenza romana ed ultimo, solitario esempio della capacità medievale di produrre figure rappresentative, è la «concreta rappresentazione personale di una personalità concreta»⁴¹⁹. La Chiesa è rappresentazione personale in un duplice senso: perché vi è un unico uomo, il pontefice, a rappresentarne l'unità e, soprattutto, perché è la rappresentazione della persona di Cristo, del Dio fatto uomo e del suo sacrificio in croce. «La Chiesa vuole essere la Sposa regale di Cristo, e rappresenta il Cristo che regge, che regna, che vince»: in questo consiste la superiorità della rappresentazione della Chiesa sulla rappresentazione di cui è capace lo Stato moderno e in particolare il Parlamento.

«Non ci sono più ceti»: con questa definizione in negativo Schmitt in *Cattolicesimo romano* caratterizza la modernità. Nell'età della Rivoluzione francese, la sostituzione della rappresentanza per ordini e ceti con quella nazionale e unitaria, priva la società civile della sua capacità di rappresentazione. È evidente che in questo contesto Schmitt adopera l'espressione 'società civile' in modo volutamente ambiguo: l'ambiguità risiede nel fatto che la fine dell'ordine cetuale-feudale e della sua costituzione materiale e l'avvento dell'ordine liberal-borghese e della sua costituzione formale e scritta coincidono con la trasformazione dell'antica *societas civilis sive politica* nella moderna società civile e con la sua conseguente configurazione come dimensione privata del commercio, dell'industria, degli affari in generale. Con le rivoluzioni borghesi l'antica *societas civilis sive politica* si dissolve, per così dire, nei due elementi dello Stato da un lato, e della società civile borghese, della hegeliana *bürgerliche Gesellschaft*, dall'altro. In questo senso, e solo in questo, si può spiegare l'affermazione schmittiana secondo la quale dal momento in cui il Terzo Stato, con Sieyès, diventa la nazione francese, la 'società civile' cessa di essere rappresentativa, viene cioè spoliticizzata e privatizzata.

Il confronto tra la capacità rappresentativa della Chiesa e la rappresentanza popolare che si produce in Parlamento e che a partire dalla

⁴¹⁹ CRFP, p. 47.

Rivoluzione francese e per tutto il XIX secolo cerca di guadagnare terreno sull'altro rappresentante, il re, è necessariamente un confronto impari. Nel primo caso si tratta di una rappresentazione che trae la propria legittimazione dal basso mediante le elezioni, nel secondo di una rappresentazione legittimata dall'alto. A chi obietta che il Parlamento si fonda sul principio rappresentativo mentre la Chiesa non avrebbe istituzioni rappresentative perché i suoi esponenti non traggono dal popolo l'autorizzazione per esercitare il loro potere, Schmitt ribadisce che la Chiesa è, paradossalmente, l'unica vera istituzione pubblica capace di forma politica perché fondata sul concetto di rappresentazione personale: «solo una persona può rappresentare in senso eminente, e appunto una persona dotata di autorità – ciò che segna la differenza rispetto al semplice «stare per altri» -, oppure un'idea che, non appena viene rappresentata, parimenti si personifica. Contenuti concepibili di una rappresentazione sono Dio ovvero, in un'ideologia democratica, il Popolo o ancora idee astratte come Libertà e Uguaglianza, ma non certo Produzione e Consumo»⁴²⁰. Dunque per Schmitt non si rappresentano i singoli in quanto privati, né le loro volontà e neppure i loro interessi: si rappresentano idee. Tra queste idee rientra, certo, l'idea di Popolo, che viene concepita appunto come una grandezza astratta e unitaria, non come somma dei cittadini. La rappresentazione politica di cui parla Schmitt qualche anno più tardi in *Dottrina della costituzione* condivide con la rappresentazione della Chiesa l'«eccedenza dell'Idea»⁴²¹: la rappresentazione non consiste nel 'trasferimento' di una quota di potere dall'individuo all'istituzione, né nel designare 'chi sta al posto di chi', ma nel creare forma politica a partire dall'assunzione consapevole dell'origine eccezionale e decisionistica dell'esistenza politica di un raggruppamento di uomini.

Schmitt non perde l'occasione per polemizzare con la dottrina tedesca dello Stato che nel XIX secolo ha elaborato, in merito alla rappresentanza/rappresentazione, una «mitologia intellettuale al tempo stesso mostruosa e ingarbugliata» fondata sul concetto di organo⁴²². La 'mostruosità' della dottrina elaborata in Germania consiste nel fatto che il popolo, considerato un organo primario dello Stato, viene rappresentato in un organo secondario, il Parlamento, ma l'organo primario non ha altra volontà all'infuori della volontà dell'organo secondario. Schmitt fa riferimento in particolare al capitolo VI di *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek, '*Repräsentation und repräsentative Organe*', giudicato

⁴²⁰ CRFP, p. 50.

⁴²¹ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 251.

⁴²² CRFP, p. 55.

«curioso»⁴²³ forse per la distinzione tanto sottile, quanto confusa, tra rapporto d'organo e rapporto di rappresentanza. Per rappresentanza, in questo caso, Jellinek non intende ancora un concetto di diritto pubblico: «per rappresentanza (*Repräsentation*) si intende il rapporto di una persona con una o più altre, in forza del quale la volontà della prima si considera immediatamente come volontà della seconda, di guisa che entrambe sono da ritenere giuridicamente come una persona sola»⁴²⁴. Finché non si elaborò il concetto di organo, si tentò di chiarire – così si esprime Jellinek – il procedimento di attribuzione di atti di un solo membro o di più membri particolari a tutto il gruppo mediante analogie di diritto privato, cioè con i concetti di rappresentanza (*Stellvertretung*) e di mandato (*Auftrag*). *Stricto sensu* però «per rappresentanza si intende il rapporto d'organo con i membri di una corporazione, in virtù del quale quest'organo rappresenta all'interno della corporazione la volontà di questi membri. Gli organi rappresentativi sono dunque in questo senso organi secondari, organi di un altro organo primario»⁴²⁵. È Jellinek stesso ad instaurare un confronto tra la rappresentanza popolare da un lato, e il tipo di rappresentanza che era propria dell'Imperatore e che ancora caratterizza il Pontefice di Roma, dall'altro: «come organo primario, il popolo agisce per se stesso nell'atto della elezione, col quale si crea i rappresentanti. In realtà, però, il popolo non è soltanto un puro organo di creazione, la cui funzione e il cui diritto si esauriscono con la nomina dei deputati, come era l'elezione dell'Imperatore da parte dei principi elettori e com'è nella Chiesa quella del Papa: elezione, la quale non crea un particolare legame giuridico tra elettori ed eletti, ma separa questi completamente da quelli e l'innalza su di loro. La elezione, invece, nel caso della rappresentanza popolare, annoda un vincolo durevole fra il rappresentante ed il popolo nella sua totalità: e propriamente un rapporto di organo, il quale per sua natura non può che essere un rapporto giuridico»⁴²⁶. Jellinek aveva già spiegato nel capitolo precedente su 'Gli organi dello Stato' che cosa si debba intendere per rapporto d'organo: «il rapporto di organo si distingue da qualsiasi specie di rappresentanza (*Stellvertretung*). Rappresentato e rappresentante sono e restano due persone; gruppo e organo sono e restano un'unica persona»⁴²⁷. Le tesi di Jellinek vanno considerate il referente immediato delle considerazioni sul concetto di rappresentanza/rappresentazione svolte da Schmitt in *Cattolicesimo romano e forma politica*.

⁴²³ *CRFP*, p. 55.

⁴²⁴ G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 139.

⁴²⁵ *Ivi*, p. 139.

⁴²⁶ *Ivi*, p. 153.

⁴²⁷ *Ivi*, pp. 119-138 (: 134).

La distinzione moderna tra pubblico e privato viene quindi sviluppata da Schmitt in relazione al secondo aspetto della secolarizzazione: quello che riguarda non la forma politica e la rappresentazione pubblica della sua unità, ma la molteplicità degli individui privati. La tendenza giusprivatistica del ‘pensiero tecnico-economico’, con la sua pretesa che la vita pubblica si governi da sé mediante il libero gioco dell’opinione pubblica (che è composta di privati) e della stampa (che è finanziata e fatta dai privati), è una limitazione della capacità di forma giuridica della modernità e si manifesta nella teoria dei diritti dell’uomo, che si fonda storicamente e concettualmente, sulla privatizzazione della religione. La teoria dei diritti dell’uomo appare in Schmitt come la moderna ‘religione del privato’ in contrapposizione alla religione cattolica che continua a muoversi nell’ambito della rappresentazione pubblica. Come verrà ribadito in *Dottrina della costituzione* dove Schmitt segue la concezione allora dominante basata sulla trattazione di Jellinek, il primo diritto individuale ad essere riconosciuto è la libertà religiosa: essa costituisce l’inizio di tutto il catalogo dei diritti di libertà – di fede e di coscienza, d’associazione e di riunione, di stampa, di commercio e d’industria – che si è sviluppato in seguito e che trova, nella seconda parte della costituzione di Weimar, una delle più avanzate manifestazioni. Non diversamente da quanto argomentato in *Romanticismo politico* a proposito del ‘sacerdozio privato’, in *Cattolicesimo romano* Schmitt sostiene che la dimensione assorbente e assoluta, sacra e inviolabile, della religione non va perduta con la riduzione della religione ad affare privato, anzi si conserva, in un modo che potremmo definire teologico-politico, nella sacralizzazione dell’individuo e del suo ‘privato’. Le due dimensioni del ‘sacro’ e del ‘privato’ non sono separabili l’una dall’altra. Schmitt si spinge a dire che, nella concezione dello Stato borghese di diritto, il diritto di proprietà è dichiarato e garantito dallo Stato come un diritto ‘sacro’ proprio perché è ‘privato’: «la proprietà privata è sacra proprio in quanto affare privato. Lo sviluppo sociologico della moderna società europea è spiegato da questo rapporto, finora non del tutto consapevole. Anche nella società moderna c’è religione, quella del ‘privato’: senza di essa andrebbe distrutta tutta la compagine di questo ordine sociale. Che la religione sia affare privato dà al ‘privato’ una sanzione religiosa»⁴²⁸. La neutralizzazione moderna della religione attraverso la sua privatizzazione conduce pertanto alla sacralizzazione del privato. Conseguenza diretta dell’assolutizzazione del privato è la relativizzazione del pubblico: lo Stato viene ridotto nel pensiero borghese e liberale a strumento, non originario ma derivato, al servizio dell’individuo e

⁴²⁸ CRFP, p. 58.

della società, a mezzo necessario per la garanzia dei diritti dei privati. In conclusione, lo Stato moderno, visto in *Cattolicesimo romano e forma politica* nello specchio della Chiesa, appare contemporaneamente necessario ed insufficiente a dare forma politica: necessario perché solo la decisione sovrana di privatizzare la religione si è configurata come la risposta storicamente adeguata alla sfida mossa all'ordine dalle guerre confessionali – solo lo Stato ha saputo dare protezione in cambio di obbedienza - ; insufficiente perché le forze sociali ed ideologiche cresciute al suo interno ne minano la stabilità e ne determinano la crisi, e in definitiva, perché la sua rappresentazione dal basso e la sua legittimazione razionale non possono competere con la rappresentazione dall'alto della Chiesa e con la sua legittimazione trascendente.

CAPITOLO III

PARLAMENTARISMO E DEMOCRAZIA

«Può esserci una democrazia senza quello che viene denominato parlamentarismo moderno, così come si può avere un parlamentarismo senza democrazia; e la dittatura non è l'opposizione decisiva alla democrazia più di quanto non lo sia la democrazia alla dittatura»⁴²⁹.

da Carl Schmitt, *La situazione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*

«Democrazia e parlamentarismo non sono identici. Ma (...) non si può seriamente dubitare che il parlamentarismo non sia l'unica forma reale possibile di democrazia. Perciò il destino del parlamentarismo deciderà anche il destino della democrazia»⁴³⁰.

da Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*

1. Il problema del parlamentarismo tra democrazia di massa, nuove élites e leadership carismatica

L'ingresso delle masse nell'area della cittadinanza politica, frenato e temuto dai liberali, auspicato e promosso dai socialisti, è, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, l'aspetto essenziale degli Stati rappresentativi europei⁴³¹. La diffusione del suffragio universale maschile a scrutinio segreto, che si afferma in quasi tutti i Paesi europei nel periodo che va dall'inizio della Grande depressione (1873) agli anni Venti del Novecento, si realizza all'interno di Stati rappresentativi che non corrispondono affatto all'ideale della democrazia come 'governo del popolo'. Al processo di

⁴²⁹ PD, pp. 19-20.

⁴³⁰ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 74.

⁴³¹ Cfr. T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

ampliamento della base della cittadinanza politica corrisponde anzi la formazione di nuove 'élites', di 'classi politiche' ovvero di 'classi dirigenti' che trovano nel voto di massa solo una diversa e nuova forma di legittimazione del proprio potere⁴³². Tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, in concomitanza con l'estensione del suffragio sul piano storico-politico e con la 'crisi di fine secolo' sul piano filosofico e culturale, «si delineano le avvisaglie di uno smottamento complessivo delle strutture autoritative tradizionali della modernità»⁴³³. Alla deriva irrazionalistica in filosofia corrisponde in teoria politica la crisi della nozione moderna di potere legittimo ed il ritorno ad un'idea di potere non costruito né giustificato razionalmente, ma non per questo riconducibile all'irrazionalismo filosofico: la teoria della 'formula politica' in Mosca, la teoria dei 'residui' in Pareto, la scoperta del 'rimosso' dell'autorità negli studi di psicologia e psicoanalisi di Freud, gli studi di psicologia collettiva di Le Bon, l'immediatezza della violenza mitica nel sindacalismo di Sorel, l'attenzione alla funzione sociale della religione e dei miti in Durkheim, gli studi sul potere carismatico e sul potere ierocratico in Weber, il concetto di 'politico' ed il decisionismo in Schmitt sono tutti indici di questa tendenza a ricercare l'elemento non razionale della politica e del potere.

Quando Schmitt scrive *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) i temi della democrazia e della forma di governo parlamentare sono al centro del dibattito tedesco non solo a causa della recente entrata in vigore della Costituzione di Weimar, che sancisce la vittoria della forma di governo parlamentare sulla monarchia costituzionale dualista di modello prussiano, ma anche in seguito all'avvento della *Massendemokratie* e delle *Massenparteien*⁴³⁴ nelle moderne società

⁴³² Nella scienza politica e nella sociologia del XX secolo si sono consolidate due tradizioni lessicali: l'una fa capo a Gaetano Mosca e adopera l'espressione 'classe politica'; l'altra si richiama a Vilfredo Pareto e predilige l'espressione 'élite'. Con l'eccezione di Weber, che fa ricorso raramente al termine *élite*, mentre parla abitualmente di dominanti (*Herrschenden*) e dominati (*Beherrschten*) oppure di minoranza dominante (*herrschende Minderheit*) o strato dominante (*herrschende Schicht*), *élite* è il termine che si è imposto sulle due sponde dell'Atlantico. *Ruling class*, che traduce la moschiana classe politica, è espressione che manca di rigore scientifico perché formata di un termine connotato economicamente *class* e di uno che rimanda al potere politico *ruling*, e sembra tradire la convinzione che la classe economicamente dominante detenga anche la direzione politica. Cfr. per i significati e gli usi dei termini G. Sola, *La teoria delle élites*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 15-26.

⁴³³ G. Preterossi, *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 109.

⁴³⁴ Cfr. su democrazia di massa, partiti di massa e Stato di partiti nella svolta dalla monarchia costituzionale alla democrazia parlamentare E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI. Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 1993, pp. 129-303.

industrializzate. Lo studio di Robert Redslob *Die parlamentarische Regierung*⁴³⁵ del 1918, gli scritti politici e le conferenze di Weber dello stesso periodo da *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* a *Politik als Beruf*⁴³⁶ e il saggio di Kelsen *Vom Wesen und Wert der Demokratie*⁴³⁷ del 1920 sono certamente gli immediati referenti del saggio schmittiano del 1923. Ma già prima di questo dibattito specificamente tedesco sul ruolo del parlamento e sull'essenza della democrazia moderna, avvenuto a ridosso del crollo del II Reich e durante i primi anni della Repubblica di Weimar, il tema della collocazione effettiva del potere nello Stato rappresentativo e democratico è stato oggetto degli studi di filosofi, sociologi, giuristi e scienziati della politica che nella svolta del secolo assistono alle profonde trasformazioni economiche e sociali prodotte dall'industrializzazione, le quali costringono a ripensare, di fronte all'avanzata delle classi operaie e dei partiti socialisti e cattolici, le ragioni dell'inclusione e i confini della cittadinanza politica.

1.1. *Teoria delle élites e ideologia democratica*

In Italia Gaetano Mosca, che pubblica, giovanissimo, nel 1884 *Teorica dei governi e governo parlamentare*, e nel 1896 *Elementi di scienza politica*, elimina con un solo gesto le classificazioni tradizionali delle forme di governo – quella aristotelica e quella montesquieuiana – scoprendo, dietro la facciata legale del potere e delle sue giustificazioni, la costante della ‘classe politica’, ovvero di una minoranza omogenea ed organizzata che, imponendosi sulla maggioranza frammentata e divisa, dirige l'aggregato politico⁴³⁸. La distribuzione oligarchica del potere è la costante che permane al variare delle giustificazioni del potere che i governanti danno a se stessi e ai propri governati. La combinazione dei quattro principi aristocratico e democratico, autocratico e liberale, nella formazione e nell'organizzazione della classe politica dà origine ai tipi ideali di sistemi politici dei quali lo Stato rappresentativo moderno costituisce l'ultimo stadio, quello liberal-

⁴³⁵ R. Redslob, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form. Eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Tübingen, Mohr, 1918.

⁴³⁶ M. Weber, *Parlamento e governo*, Roma-Bari, Laterza, 2002 e Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001.

⁴³⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 41-152.

⁴³⁸ G. Mosca, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, 2 voll.: 1. *Teorica dei governi e governo parlamentare*; 2. *Elementi di scienza politica*. Cfr. sul pensiero politico di Mosca G. Sola, *Il pensiero politico di Mosca*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

democratico. Nel sistema liberal-democratico gli individui collocati ai gradi inferiori della piramide sociale non sono in linea di principio esclusi dall'accesso alla classe politica (principio democratico nel significato ad esso attribuito da Mosca), e l'esercizio dell'autorità è pensato come legittimo perché delegato dal basso (principio liberale nel senso di Mosca). La teoria moschiana della 'classe politica' e la teoria della 'formula politica' sono entrambe immediatamente critiche dell'ideologia democratica e del suo concetto centrale, quello, comunque declinato – vuoi a favore della democrazia rappresentativa vuoi privilegiando il momento e gli strumenti della democrazia diretta –, della sovranità popolare. Da un lato, l'affermazione che tutti i governi – compresi, paradossalmente, quelli democratici – sono, in realtà, oligarchici costituisce sia una radicale revisione della teoria delle forme di governo sia, nello specifico, dell'ideologia democratica moderna; dall'altro lato, l'insieme dei principi filosofico-politici e giuridico-costituzionali che hanno accompagnato l'affermazione dello Stato rappresentativo moderno nel suo sviluppo dalla monarchia alla democrazia, pur svalutati da Mosca, non sono una mera mistificazione ad uso dei governanti, ma rispondono ad una esigenza della natura umana: la volontà di credere che l'obbedienza è dovuta ad un principio astratto, ad un'idea, più che ad un uomo o ad una minoranza di uomini. La relazione esistente tra le 'forze' e le 'formule', ovvero tra la minoranza organizzata che detiene il potere effettivo e le ideologie, aventi a fondamento una credenza soprannaturale (l'investitura per grazia divina del re in una monarchia) o una credenza razionale (la volontà generale e il potere costituente del popolo in una democrazia), presenta due aspetti rilevanti: l'univocità e la coerenza. La relazione è univoca, nel senso che non è la formula a determinare il modo di formazione della classe politica, ma, viceversa, è sempre quest'ultima ad adottare la formula che più le conviene per auto-legittimarsi, difendere e accrescere il proprio potere, garantirsi l'obbedienza della maggioranza e favorire la coesione sociale. La relazione tra 'forze' e 'formule' può presentare poi vari gradi di coerenza o di contraddittorietà: nei regimi democratici dove la formula politica si fonda sul principio della sovranità popolare, il grado di contraddittorietà è per Mosca massimo, così come in tutte quelle teorie politiche improntate all'allargamento della partecipazione al potere, le quali sussistono accanto alla struttura oligarchica del potere effettivo.

Risalgono al 1902 e al 1916 le principali opere di Vilfredo Pareto: *Sistemi socialisti e Trattato di sociologia generale*⁴³⁹. Pareto, i cui contributi

⁴³⁹ V. Pareto, *I sistemi socialisti*, Torino, UTET, 1987; Id., *Trattato di sociologia generale*, Torino, UTET, 1988, 5 voll.; Id., *Scritti politici*, Torino, UTET, 1974. Cfr. sul pensiero politico di Pareto D. Fiorot, *Il realismo politico di Vilfredo Pareto. Profilo di una teoria*

più originali alla teoria politica sono quelli relativi ai concetti di ‘equilibrio sociale’ e di ‘circolazione delle élites’, analizza i moventi dell’agire sociale e riconosce come ogni azione sia il risultato di un complesso di motivazioni di varia natura, alcune delle quali hanno il loro fondamento negli istinti e nei sentimenti, altre in un calcolo razionale. Distinguendo tra azioni logiche ed azioni non logiche in base all’adeguatezza o meno dei mezzi allo scopo – è singolare la vicinanza al concetto weberiano di *Zweckrationalität* –, Pareto individua in ogni azione una componente costante connessa con gli istinti ed i sentimenti, che egli chiama ‘residuo’, ed una componente variabile che ha a che fare con spiegazioni, dimostrazioni, giustificazioni razionali, definita ‘derivazione’. Servendosi di una complessa teoria dei residui, Pareto affronta così il tema della composizione delle élites politiche, economiche, intellettuali, sociali a partire dalla predisposizione dei suoi membri al cambiamento, all’innovazione, all’apertura o, piuttosto, alla conservazione, al rispetto della tradizione e alla chiusura verso nuovi membri. I mutamenti sociali e i mutamenti politici vengono cioè studiati attribuendo un’importanza preponderante alle motivazioni dell’agire individuale e di gruppo, relegando del tutto in secondo piano le ideologie politiche e le formalizzazioni giuridiche.

Che l’autorità e l’obbedienza mantengano un residuo misterioso irriducibile alla ragione è una convinzione nutrita anche da Gustave Le Bon, il quale si occupa in Francia del fenomeno, tragicamente decisivo nel Novecento, delle «masse gregarie» in *La psicologia delle folle* (1895)⁴⁴⁰. Convinto che la potenza delle masse stesse ormai conquistando il mondo, Le Bon esalta da posizioni conservatrici il ruolo della minoranza creatrice di contro alla forza distruttiva della maggioranza, e fornisce una descrizione della folla quasi sempre negativa e con forti venature pessimistiche. L’individuo, unendosi alla folla, perde la capacità di fare uso della propria ragione e soggiace al volere della collettività che è guidata da forze inconse e barbare. Per Le Bon infatti la potenza dell’inconscio non si manifesta nell’agire degli individui *uti singuli*, bensì nelle azioni che gli individui compiono quando sono inseriti nella folla. Qualche decennio più tardi in Spagna Ortega y Gasset esprime timori analoghi nei confronti della moderna società di massa nelle opere *Spagna invertebrata* (1921) e *La ribellione delle masse* (1929)⁴⁴¹. Considerato comunemente un esponente

empirica della politica, Milano, Edizioni di Comunità, 1969; Id., *Politica e scienza in Vilfredo Pareto. Contributo alla storia della scienza politica*, Milano, Edizioni di Comunità, 1975; J. Freud, *Pareto. La teoria dell’equilibrio*, Roma-Bari, Laterza, 1976; P. Bonetti, *Il pensiero politico di Pareto*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

⁴⁴⁰ G. Le Bon, *La psicologia delle folle*, Milano, Longanesi, 1996⁵.

⁴⁴¹ J. Ortega y Gasset, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1979.

nostalgico del conservatorismo aristocratico, Ortega, che fa discendere la crisi delle società del XX secolo dall'accesso delle masse alla cittadinanza politica, fornisce un'analisi della società industriale e del processo di democratizzazione dei primi decenni del XX secolo a partire da una teoria delle *minorias selectas* ispirata dallo studio di Tocqueville e Marx, Machiavelli e Pareto, Durkheim e Weber. Ortega è del parere che laddove non esiste una minoranza che sappia o voglia essere dirigente e una massa che sappia o voglia accettare di essere diretta non si costituisce neppure una società: «piaccia o meno, una società ha sempre una struttura gerarchica di funzioni e un processo dialettico tra minoranze scelte e masse»⁴⁴². Ma una *minoría selecta* può fare la storia, si mostra cioè capace di produrre cambiamento ed innovazione, solo quando interpreta le esigenze delle masse e ne corrisponde le aspettative fondamentali. Al binomio esemplarità della minoranza/docilità delle masse fa da contraltare il binomio uomo d'élite/uomo-massa: è con questi strumenti concettuali che Ortega conduce la propria analisi sociologica. In ogni società si osserva la presenza di un numero più o meno ristretto di persone che, in virtù di una qualche qualità, sono ritenute esemplari dalla stragrande maggioranza degli altri e vengono prese a modello di comportamento. La vita associata fa registrare continuamente la presenza di individui 'superiori'. Nonostante queste posizioni decisamente aristocratiche Ortega non si reputa in contrasto con gli ideali democratici. La democrazia di cui parla Ortega non è, certo, un sistema politico acefalo che annulla la piramide del potere, ma una democrazia è realisticamente possibile solo se favorisce una selezione sociale attenta al merito e non alle posizioni acquisite ed esalta la funzione direttiva della minoranza governante.

In Germania un classico della teoria delle élites che si confronta coi temi della democrazia di massa soprattutto dal punto di vista del suo principale prodotto politico, il partito di massa, è Roberto Michels, che espone in *Zur Soziologie des Parteiwesens* del 1911 la «legge ferrea dell'oligarchia»⁴⁴³. Nella sua enunciazione classica la legge recita: «chi dice organizzazione dice tendenza all'oligarchia». Con questo lavoro di Michels, tradotto subito nelle principali lingue europee, la teoria delle élites si arricchisce di un ulteriore tassello: la constatazione della formazione di un'élite o oligarchia di potere in tutte le organizzazioni, anche in quelle associazioni democratiche costitutesi, come i partiti politici, su base volontaria. La sua analisi è ancor più stimolante se si considera che un partito in particolare è l'oggetto specifico della sua indagine, la SPD

⁴⁴² *Ivi*, pp. 569-570.

⁴⁴³ R. Michels, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976.

tedesca, nel periodo che va dalla sua fondazione al primo decennio del Novecento. La costituzione di un'oligarchia di partito stabile è una componente indispensabile di un'organizzazione che voglia essere efficace nel perseguimento dei propri obiettivi. Ma a differenza di Mosca, Michels non afferma che l'organizzazione sia il prodotto consapevole della classe politica, bensì il risultato inevitabile dei processi propri della società di massa. Poiché la partecipazione democratica, all'interno di un partito di massa, ha bisogno di essere organizzata per poter funzionare, l'esito, apparentemente paradossale, dell'indagine di Michels è che la democrazia è vinta dalla tendenza di ogni organizzazione a produrre oligarchie stabili, inamovibili e che rinnovano il proprio personale mediante cooptazione. Oltre ai condizionamenti organizzativi vi sono altri fattori di grande rilievo che entrano nell'argomentazione di Michels: la naturale sete di potere di chi fa politica, come fattore di psicologia individuale dei leaders, e il bisogno di essere comandate delle masse, come fattore di psicologia collettiva che deriva a Michels dagli studi di Le Bon.

Raramente Max Weber è annoverato tra i teorici delle élites. Egli tuttavia ha svolto un'incredibile quantità di osservazioni sul potere, sulla burocrazia, sulle minoranze dominanti, sull'importanza dell'organizzazione, che arricchiscono le ricerche sulla distribuzione del potere nella democrazia di massa. Nei suoi scritti politici Weber, seguito qualche decennio più tardi da Schumpeter, tende a dare una definizione molto ristretta del concetto di democrazia che, nel migliore dei casi, viene considerata una procedura per scegliere, col voto, coloro che dovranno prendere le decisioni vincolanti per l'intera comunità e un mezzo per frenare gli eccessi dei governanti ed evitare, per quanto possibile, abusi di potere. È in Weber, più che in altri teorici delle élites, che trova la sua prima compiuta formulazione un modello di democrazia che si potrebbe chiamare – mutuando l'espressione da David Held - «elitismo competitivo»⁴⁴⁴.

Per Weber, che non si discosta in questo dall'opinione dei teorici 'classici' delle élites, «la partecipazione delle masse alla vita politica non comportava il mutamento della oligarchia, ma piuttosto un mutamento dei metodi della sua selezione, del tipo di persone che avrebbero raggiunto il vertice, e delle qualità necessarie all'effettivo esercizio del potere. L'avvento della democrazia di massa mutava le regole della selezione, ma non il fatto in sé della selezione»⁴⁴⁵.

Sul piano dottrinale gli elitisti in generale e Weber in particolare si contrappongono a Marx, al marxismo e ai socialisti, confutando la teoria

⁴⁴⁴ D. Held, *Modelli di democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 221-278.

⁴⁴⁵ D. Beetham, *La teoria politica di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 145.

delle classi sociali e della lotta di classe: per gli elitisti la storia non è storia di lotte di classe, di maggioranze sfruttatrici contro minoranze sfruttate, bensì è storia di lotte di minoranze per la conquista del potere in tutti i molteplici settori in cui la vita associata si è via via organizzata. Ogni comunità, ogni associazione, ogni gruppo agisce politicamente solo attraverso una esigua minoranza dei suoi componenti che costituisce l'élite più o meno rappresentativa della realtà sociale di cui è espressione.

Mentre è piuttosto chiaro il rapporto tra elitismo e marxismo, il rapporto tra elitismo e democrazia è da sempre problematico. L'affermazione condivisa, seppur con varie sfumature, da tutti gli elitisti - secondo la quale una delle indiscutibili costanti della storia umana consiste nel fatto che in ogni epoca ed in ogni società è sempre una frazione numericamente ristretta di persone a concentrare nelle proprie mani un'elevata quantità di risorse, che possono essere di volta in volta la nascita, l'onore, il prestigio, il potere politico, la ricchezza, la forza, il sapere - sembra confutare in prima approssimazione i principi e gli ideali della dottrina democratica. La constatazione della tendenza, insita in ogni aggregato umano, alla formazione di oligarchie da un lato conferisce alla teoria delle élites un carattere realistico e demistificatorio che può essere conciliato con il sostegno delle istituzioni democratiche, dall'altro lato è espressione della polemica antidemocratica di alcuni settori delle società europee dei primi decenni del XX secolo, che interpretano l'ingresso di fasce più ampie della popolazione nella vita politica come una «ribellione delle masse» al principio tradizionale di autorità. In effetti in misura diversa, sia nell'uno sia nell'altro caso, viene perseguito l'obiettivo di neutralizzare da un punto di vista teorico la pressione delle masse lavoratrici sulla costituzione materiale dello Stato dell'Ottocento e sui suoi assetti di potere. Le promesse di emancipazione delle nuove formazioni politiche fondate sulle ideologie socialista e democratica sono da considerarsi, per gli elitisti, irrealistiche: queste ideologie si illudono di poter negare la dimensione costante della politica, che è fatta di autorità e di gerarchia, di una minoranza di governanti e di una maggioranza di governati. Anche in presenza di un principio di legittimazione democratico, cioè del riconoscimento del suffragio universale, si registra comunque l'esistenza di una classe dirigente detentrica di un autonomo primato rispetto alla fonte della sua legittimità formale. Il fatto che Weber si occupi di *Herrschaftssoziologie* e delinea una tipologia del potere, fondata sull'aspetto non oggettivo bensì soggettivo della credenza nella sua legittimità, è indicativo della crisi dell'autorità tradizionale nella svolta dal XIX al XX secolo: l'obbedienza - che era stata a lungo, in pratica se non in teoria, una

dimensione a-problematica e del tutto scontata della vita degli individui – esige ora una nuova ricerca delle sue possibili giustificazioni.

1.2. Potere burocratico, direzione politica, selezione dei capi: Max Weber

Le questioni della democratizzazione sociale e della democrazia politica non rientrano tra gli interessi di Weber all'inizio della sua carriera accademica⁴⁴⁶. Negli anni immediatamente precedenti la prima guerra mondiale i grandi lavori cui il sociologo ed economista si dedica sono gli *Agrarverhältnisse im Altertum*, gli studi su *Wirtschaftsethik der Weltreligionen*, il *Grundriß der Sozialökonomik*, che confluiranno in *Wirtschaft und Gesellschaft*. In questo contesto la democrazia è trattata come fenomeno caratteristico della città-Stato occidentale, all'interno della quale una parte dei dominati (*Beherrschten*) riesce con successo a strappare ai dominanti (*Herrschenden*) il diritto alla partecipazione alla vita politica, senza che l'ordinamento sociale sia toccato nei suoi fondamenti. In

⁴⁴⁶ Cfr. sulla vita di Weber Marianne Weber, *Max Weber. Una biografia*, Bologna, Il Mulino, 1995. Cfr. sul pensiero sociologico di Weber nel suo insieme H. Marcuse, *Industrializzazione e capitalismo nell'opera di Max Weber*, in Id., *Cultura e società*, Torino, Einaudi, 1969; R. Aron, *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, Mondadori, 1972; K. Löwith, *Max Weber e Karl Marx*, in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994. Cfr. sugli spetti filosofici e metodologici F. Ferrarotti, *Max Weber e il destino della ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1971⁴; P. Rossi, *Max Weber. Oltre lo storicismo*, Milano, Il Saggiatore, 1988. Sulla concezione weberiana della modernità e della razionalizzazione R. Brubaker, *I limiti della razionalità. Un pensiero sociale e morale di Max Weber*, Roma, Armando, 1989; W. Schluchter, *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Napoli, Liguori, 1987. Cfr. sulla sociologia della religione L. Cavalli, *Max Weber. Religione e società*, Bologna, Il Mulino, 1969; G. Poggi, *Calvinismo e spirito del capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 1984; W. Schluchter, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale: un'analisi della storia sociale di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1987. Cfr. sulla sociologia della politica e sullo Stato D. Beetham, *La teoria politica di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1989; W.J. Mommsen, *Max Weber e la politica tedesca. 1890-1920*, Bologna, Il Mulino, 1993; F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia moderna. Max Weber e Roberto Michels*, Roma-Bari, Laterza, 1993; S. Breuer, *Bürokratie und Charisma. Zur politischen Soziologie Max Webers*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994; F. Ferrarotti, *Max Weber tra nazionalismo e democrazia*, Napoli, Liguori, 1995; A. Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, Berlino, Duncker & Humblot, 1996²; F. Ferraresi, *Il fantasma della comunità. Concetti politici e scienza sociale in Max Weber*, Milano, Franco Angeli, 2003; E. Hanke - W. J. Mommsen, *Max Webers Herrschaftssoziologie. Studien zu Entstehung und Wirkung*, Tübingen, 2001; R. Marra, *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell'opera weberiana*, Bologna, Il Mulino, 2002; A. D'Atorre, *Perché gli uomini ubbidiscono. Max Weber e l'analisi della socialità umana*, Napoli, Bibliopolis, 2004; S. Breuer, *Max Webers tragische Soziologie*, Tübingen, Mohr, 2006.

Sociologia del potere la tipologia della città è trattata nella sezione intitolata *Il potere non legittimo*⁴⁴⁷, dove la questione della democrazia è affrontata limitatamente all'esperienza cittadina, cioè alla democrazia antica della *polis* greca e alla democrazia medievale dei Comuni italiani: nel caso della città antica Weber descrive il fenomeno della «*Demokratisierung des Militarismus*» che ha visto l'evoluzione dalla *polis* aristocratica come corporazione di guerrieri (*Kriegerzunft*) alla *polis* degli opliti (*Hoplitenpolis*) e infine alla *polis* della cittadinanza democratica (*demokratische Bürgerpolis*); nel caso della città medievale il sociologo registra invece un mutamento nella distribuzione del potere dovuta in primo luogo a motivi economici. La «città continentale industriale borghese», orientata in senso economico, perde cioè il «carattere di gruppo armato della più alta qualità tecnico-militare» e, parallelamente, il cittadino, da *homo politicus* quale era nella città del mondo antico, si prepara a diventare *homo oeconomicus*⁴⁴⁸.

Le cose cambiano negli anni della prima guerra mondiale. La posizione di Weber in relazione alla parlamentarizzazione e alla democratizzazione della Germania subisce un'evoluzione, nel biennio che va dal 1917 al 1919, legata al succedersi degli eventi che vedono il Reich guglielmino uscire sconfitto dalla prima guerra mondiale, non solo militarmente ma anche politicamente. L'abdicazione del Kaiser, la Rivoluzione di Novembre, la proclamazione della Repubblica, la convocazione dell'Assemblea nazionale costituente e l'approvazione della Costituzione di Weimar sono eventi che incidono profondamente sulla riflessione di Weber che, a sua volta, esercita una notevole influenza sull'assetto istituzionale della Repubblica con le proprie concrete proposte in materia costituzionale. Dall'iniziale sostegno alla parlamentarizzazione della Germania, nel rispetto della legittimità dinastica della monarchia, il sociologo passa poi ad una posizione favorevole alla forma repubblicana dello Stato, cioè alla democratizzazione non solo sociale ma anche politica. Gli interventi, gli articoli, i saggi, le conferenze di Max Weber sulla politica e sull'ordinamento costituzionale della Germania sono annoverati tra gli

⁴⁴⁷ M. Weber, *Economia e società. IV. Sociologia politica*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, pp. 328 ss. Una delle trattazioni più recenti e approfondite della *Stadtssoziologie* è quella contenuta in S. Breuer, *Max Webers tragische Soziologie*, cit., pp. 147-263.

⁴⁴⁸ M. Weber, *Economia e società. IV*, cit., pp. 452-453. Cfr. S. Breuer, *Max Webers tragische Soziologie*, cit., p. 116. Cfr. sui tipi di democrazia in Weber anche S. Breuer, *Bürokratie und Charisma. Zur politischen Soziologie Max Webers*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.

scritti politici più importanti di quegli anni⁴⁴⁹. Nel 1917 Weber scrive *Sistema elettorale e democrazia in Germania*, dove si dichiara a favore del suffragio universale in Prussia. In *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania* del 1918, precedente, quindi, rispetto alla Rivoluzione di Novembre e alla proclamazione della Repubblica, e nella conferenza *La politica come professione* tenuta a Monaco di Baviera nel 1919 – che costituiscono il materiale a partire dal quale è stata ‘costruita’ la sezione di *Economia e società* intitolata *Sociologia dello Stato* – Weber prosegue il suo confronto con il parlamentarismo e la democrazia come forme di organizzazione del potere dei moderni Stati-nazione, ovvero come democrazia di massa. Tiene inoltre una conferenza a Vienna sul tema *Il socialismo* (1918) per poi occuparsi direttamente dell’assetto istituzionale della Germania in *La futura forma statale della Germania* (1918) e nel breve articolo *Il Presidente del Reich* (1919), dove discute i poteri da attribuire al nuovo Capo dello Stato. Sono questi gli scritti politici che consentono di delineare i tratti della teoria politica di Weber, oltre alla Prolusione di Friburgo del 1895 – *Lo Stato nazionale e la politica economica tedesca* – e alle pagine dedicate al concetto di nazione in *Economia e società*.

1.2.1. Per Weber, come più tardi per Schmitt, le espressioni ‘Stato’ e ‘Stato moderno’ coincidono concettualmente⁴⁵⁰. Benché alcuni passi delle sue opere possano far dubitare di questa semplice equivalenza, Weber è del parere che organizzazioni di potere, che possano essere definite ‘Stati’, appaiono sulla scena storica soltanto in età moderna. Ancor prima che Otto Brunner, con il suo lavoro del 1939 *Land und Herrschaft*⁴⁵¹, ponga fine al fenomeno della generalizzazione e dell’assolutizzazione del concetto di Stato prodotto da storici e giuristi del XIX secolo e giunga con successo a chiarirne il significato storico-concreto, la sociologia di Weber ha già raggiunto un risultato analogo: «*Staat ist für Max Weber – scrive Schmitt nel 1958 – eine spezifische Leistung und ein Bestandteil des occidentalen Rationalismus und darf schon deshalb nicht mit Herrschaftsorganisationen*

⁴⁴⁹ Cfr. W.J. Mommsen, *Della superiorità della democrazia come ordinamento dello Stato*, Introduzione a Max Weber, *Parlamento e governo e altri scritti politici*, Torino, Einaudi, 1982, pp. VII-XXVI.

⁴⁵⁰ Il testo classico cui si fa riferimento quando si parla di storicità dello Stato in Schmitt è: *Staat als ein konkreter, an einen geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), in *VA*, pp. 375-385.

⁴⁵¹ O. Brunner, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale* (1939), Milano, Giuffrè, 1983.

anderer Kulturen und Epochen gleich benannt werden»⁴⁵². Per Weber lo Stato come soggetto della storia universale è una «fola»: una fola, però, a cui gruppi consistenti di individui – il sociologo probabilmente pensa in primo luogo ai funzionari che compongono un grande apparato burocratico come quello della Prussia – credono ed è proprio questa loro credenza, che orienta significativamente la loro condotta, a far ‘vivere’ e a ‘mantenere in vita’ lo ‘Stato’⁴⁵³. La definizione weberiana del concetto di Stato è formulata nella conferenza *Politik als Beruf* dove il sociologo afferma: «lo Stato è quella comunità di uomini che, all’interno di un determinato territorio – un elemento questo del territorio, che è tra le sue componenti caratteristiche -, pretende per sé (con successo) il monopolio dell’uso legittimo della forza fisica. Questo, infatti, è il dato specifico dell’epoca presente: che a tutti gli altri gruppi sociali o alle singole persone si attribuisce il diritto dell’uso della forza fisica soltanto nella misura in cui sia lo Stato stesso a concederlo per parte sua: esso rappresenta la fonte esclusiva del diritto all’uso della forza»⁴⁵⁴.

Sebbene Weber non abbia mai citato in nessuno dei suoi scritti Tocqueville⁴⁵⁵, il nesso individuato da Tocqueville tra centralizzazione amministrativa, livellamento delle condizioni, uguaglianza e democratizzazione non è estraneo al pensiero di Weber, il quale anzi sembra percepire l’inevitabilità dell’estensione del suffragio e l’irresistibilità dell’avvento della democrazia politica non meno intensamente dello storico e politologo francese. Non diversamente da Tocqueville anche Weber guarda alla moderna democrazia di massa più dalla prospettiva sociologica che da quella della teoria politica⁴⁵⁶. Nel 1917 in *Sistema elettorale e*

⁴⁵² C. Schmitt, *Staat als ein konkreter, an einen geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), in *VA*, p. 384.

⁴⁵³ G. Poggi, *Incontro con Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 126.

⁴⁵⁴ M. Weber, *La politica come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, cit., pp. 44-45.

⁴⁵⁵ In G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., p. 341, si nota del resto come negli scritti di Weber siano quasi del tutto assenti anche riferimenti espliciti a Nietzsche e a Marx, l’influenza dei quali sul sociologo è innegabile.

⁴⁵⁶ Cfr. sulla ricezione di Tocqueville in Germania e sulla sua probabile influenza su Weber G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit., pp. 337 ss. Dato l’enorme influsso di Tocqueville sulla cultura tedesca della seconda metà del XIX secolo in particolare sul pensiero di George Gottfried Gervinus, si può assumere che Weber abbia letto *La democrazia in America* prima del suo viaggio negli Stati Uniti del 1904. Non è presente invece alcun riferimento al possibile influsso di Tocqueville su Weber in S. Breuer, *Max Webers tragische Soziologie*, cit., nonostante Breuer riporti per esteso (v. pp. 114-115) un lungo brano tratto dal saggio *Kirchen und Sekten in Nordamerika* (1906) - scritto da Weber al ritorno dal suo viaggio negli Stati Uniti e raccolto in M. Weber, *Soziologie, weltgeschichtliche Analysen, Politik*, Hrsg. von Johannes Winckelmann, 4. Aufl., Stuttgart,

democrazia in Germania scrive: «la democratizzazione nel senso del livellamento della partizione per ceti attraverso lo Stato di funzionari è un dato di fatto. Rimane soltanto questa alternativa: o lasciare la massa dei cittadini, priva di diritti e non libera, in uno Stato autoritario con un parlamentarismo solo di facciata, e dunque amministrare questa massa come un gregge, oppure incorporare la massa dei cittadini nello Stato in quanto soci alla pari. (...) Si può certo (per ora) disprezzare la democratizzazione. (...) ma presto ci si renderà conto che questo avviene al prezzo dell'intero avvenire della Germania»⁴⁵⁷. Il legame individuato da Tocqueville tra assolutismo, centralizzazione amministrativa e democrazia trova allora un corrispettivo nel legame studiato da Weber tra Stato moderno, capitalismo, razionalizzazione e burocratizzazione. Infatti, mentre Tocqueville, profeta della società di massa, osserva quel fatto provvidenziale che è l'avvento della democrazia sociale - conseguenza del graduale sviluppo dell'eguaglianza delle condizioni - e della democrazia politica - nata in seguito alla rivoluzione (Francia) o a prescindere dalla rivoluzione (Stati Uniti) - e connette entrambi i fenomeni, la democratizzazione sociale e quella politica, al livellamento prodotto dalla centralizzazione amministrativa dello Stato assoluto, Weber prende atto del fatto fondamentale dell'avanzata inarrestabile della razionalizzazione occidentale che si manifesta nel fenomeno della burocratizzazione ed investe sia l'ambito della produzione economica (capitalismo) sia l'ambito del potere politico (Stato). La presa di posizione di Weber a favore del suffragio universale in Prussia (*Sistema elettorale e democrazia in Germania* [1917]), la critica dell'assetto istituzionale della *Reichsverfassung* bismarckiana e il sostegno a favore della parlamentarizzazione del Reich (*Parlamento e governo* [1918]), infine l'opzione per la democratizzazione politica del

1968, pp. 382-397 – nel quale la centralità della relazione tra puritanesimo e democrazia nell'esperienza americana, individuata da Tocqueville, è riproposta senza sostanziali variazioni: «Die Sekten allein haben es fertig gebracht, positive Religiosität und politischen Radikalismus zu verknüpfen, sie allein haben vermocht, auf dem Boden protestantischer Religiosität breite Massen und namentlich: moderne Arbeiter, mit einer Intensität kirchlichen Interesses zu erfüllen, wie sie außerhalb ihrer nur in Form eines bigotten Fanatismus rückständiger Bauern gefunden wird. Und darin ragt ihre Bedeutung über das religiöse Gebiet hinaus. Nur sie gaben z.B. der amerikanischen Demokratie die ihr eigene elastische Gliederung und ihr individualistisches Gepräge (...) Gewiß: der demokratische Charakter Nordamerikas ist durch den kolonialen Charakter seiner Kultur bedingt (...) Aber jene Verbindung der innerlichen Isolierung des Individuums, die ein Maximum von Entfaltung seiner Tatkraft nach außen bedeutet, mit seiner Befähigung zur Bildung von sozialen Gruppen von festestem Zusammenhalt und einem Maximum von Stoßkraft – sie ist in ihrer höchsten Potenz, zuerst auf dem Boden der Sektenbildung gewachsen».

⁴⁵⁷ M. Weber, *Sistema elettorale e democrazia in Germania*, in Id., *Scritti politici*, Roma, Donzelli, 1998, p. 87.

Reich ed il sostegno accordato alla forma di Stato repubblicana e democratica dopo l'abdicazione del Kaiser (*La futura forma statale della Germania* [1918]) non sono riducibili alla polemica politica contingente, ma sono le conseguenze, del tutto coerenti, del rifiuto della rappresentanza corporativa pre-moderna, ormai incompatibile con la razionalizzazione economica e politica del mondo occidentale: burocratizzazione universale e democrazia di massa sono gli esiti di questo sviluppo della modernità nel senso della razionalizzazione. Gli studi di Weber sulle società non occidentali consentono in primo luogo di evidenziare *e contrario* la peculiarità della storia occidentale.

Il termine-concetto 'burocrazia' in Weber è sinonimo di organizzazione razionale ed efficiente: pertanto non indica solo l'apparato statale, cioè la pubblica amministrazione, ma il tipo di organizzazione razionale rispetto allo scopo (*zweckrational*) che predomina in tutti i settori della vita moderna, dalle associazioni volontarie come i partiti politici al mondo delle imprese. In *Parlamento e governo* Weber scrive: «come gli italiani, e dopo di loro gli inglesi, hanno sviluppato la moderna organizzazione economica capitalistica, così lo sviluppo dell'organizzazione razionale di tutti i gruppi di potere umano, dalla fabbrica fino all'esercito e allo Stato, fondata sulla divisione del lavoro e sulla burocrazia specializzata, è stato promosso dai bizantini, dopo di loro dagli italiani, quindi dagli Stati territoriali dell'epoca assolutistica, dalla centralizzazione operata dalla Rivoluzione francese e, infine, superando tutti gli altri con il loro virtuosismo, dai tedeschi, che soltanto nella tecnica di organizzazione dei partiti si fanno superare da altre nazioni, in particolare dagli americani. Ma l'attuale guerra mondiale significa soprattutto la marcia trionfale di questa forma di vita nel mondo intero, la quale, comunque, era già in corso»⁴⁵⁸. La concezione weberiana dell'ineluttabilità del processo di razionalizzazione e di burocratizzazione ha evidenti analogie con l'idea dell'alienazione in Marx. Come nota Karl Löwith «entrambi – Marx direttamente e Weber indirettamente – svolgono un'analisi critica dell'uomo contemporaneo della società borghese secondo il filo conduttore dell'economia capitalistico-borghese, sulla base dell'esperienza rilevante che l'economia è diventata 'destino' dell'uomo»⁴⁵⁹. Weber però compie un passo in più rispetto a Marx: individuando nella separazione dei funzionari dai mezzi dell'amministrazione l'origine della burocrazia nel mondo moderno, Weber generalizza l'idea marxiana dell'espropriazione dell'operaio dal controllo dei mezzi di produzione e la estende oltre la sfera della produzione

⁴⁵⁸ M. Weber, *Parlamento e governo* (1918), Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 33.

⁴⁵⁹ K. Löwith, *Max Weber e Karl Marx*, in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 1-121 (: 11).

capitalistica vera e propria. La marxiana espropriazione dell'operaio assurge in Weber a caratteristica precipua di tutte le organizzazioni del moderno mondo occidentale razionalizzato: dalla amministrazione dello Stato all'esercito, dall'impresa economica privata al partito politico di massa. Secondo Weber pertanto lo Stato moderno non è un prodotto del capitalismo e le istituzioni politiche non sono sovrastrutturali rispetto all'economia. Modernizzazione economica e modernizzazione politica sono fenomeni che procedono di pari passo, influenzandosi l'un l'altro: «come il cosiddetto progresso verso il capitalismo costituisce a partire dal medioevo il criterio univoco della modernizzazione dell'economia, così il progresso verso un corpo di funzionari burocratico, fondato sull'assunzione, sullo stipendio, sulla pensione, sull'avanzamento, sulla formazione specialistica e sulla divisione del lavoro, su competenze fisse, sulla conformità agli atti, sulla subordinazione e sulla sovraordinazione gerarchica, costituisce il criterio altrettanto univoco della modernizzazione dello Stato. Dello Stato monarchico come dello Stato democratico, quindi in ogni caso in cui lo Stato non è un piccolo cantone con amministrazione a rotazione»⁴⁶⁰. Il destino della razionalizzazione è, dunque, un destino comune tanto allo Stato quanto all'impresa capitalistica privata: «considerato dal punto di vista sociologico lo Stato moderno è un'impresa al pari di una fabbrica».

È degno di nota il fatto che l'analogia tra la più tipica organizzazione politica dell'età moderna – lo Stato – e la sua più tipica organizzazione economica – l'impresa capitalistica – venga discussa in un momento importante del dibattito weimariano sulla democrazia che coinvolge, tra gli altri, Kelsen e Schmitt. Prendendo entrambi molto sul serio l'analogia weberiana, il giurista austriaco ed il giurista tedesco assumono, anche in questo caso come in molti altri, posizioni tra loro contrastanti. Kelsen, da un lato, sembra accogliere e condividere la tesi weberiana, sostenendo nel 1920 in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* che «il problema dell'organizzazione è anche, fondamentalmente, lo stesso nei due casi, poiché la democrazia non riguarda solo lo Stato ma in egual misura anche le imprese economiche». Schmitt, dall'altro, citando Weber e Kelsen all'inizio del suo saggio del 1923 *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* e prendendo le distanze da entrambi sulla base del primato del pubblico sul privato e della politica sull'economia, pone in questi termini la questione dell'analogia tra Stato e impresa capitalistica: «una forma di organizzazione politica cessa di essere politica quando viene edificata sulla base del diritto privato, come è appunto il caso dell'economia moderna. Esistono certamente analogie fra il monarca, padrone assoluto

⁴⁶⁰ M. Weber, *Parlamento e governo*, cit., p. 23.

dello Stato, e l'imprenditore nel capitalismo privato, padrone assoluto nella sua fabbrica; in ambedue i casi vi sono possibilità di cooperazione coi loro sudditi, ma forma e contenuto dell'autorità, del carattere pubblico e della rappresentanza sono fundamentalmente diversi»⁴⁶¹. Come in *Cattolicesimo romano e forma politica* così anche in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* – i due saggi, non nuoce ricordarlo, sono stati pubblicati entrambi nel 1923 - Schmitt prosegue il suo confronto con l'interpretazione weberiana della modernità, accogliendone alcuni aspetti, rifiutandone molti altri. Il terreno privilegiato del confronto – come si mostrerà – è quello della rappresentanza politica: come Weber, anche Schmitt ritiene che il fondamento spirituale del parlamentarismo sia ormai esaurito; come Weber, anche Schmitt, dimostrando la centralità del concetto e della prassi della 'dittatura sovrana' nella genesi della democrazia moderna, è attento al rapporto carismatico capo-masse (si pensi alla *Führerdemokratie* di *Politik als Beruf* e all'interpretazione schmittiana dei poteri del Presidente *ex art. 48 WRV*); ma, diversamente da Weber, Schmitt non si accontenta di una giustificazione procedurale delle istituzioni liberal-democratiche, anzi cerca di rivitalizzare lo Stato, divenuto Stato democratico, affermando il valore, non individualistico né liberale, dell'omogeneità sostanziale del popolo nell'ambito di una teoria illiberale della democrazia che può essere definita 'democrazia dittatoriale' o viceversa - mutuando l'espressione da uno dei più recenti studi sull'interpretazione schmittiana della costituzione liberal-democratica di Weimar - come „*demokratische*“ *Diktaturtheorie*⁴⁶².

1.2.2. Affrontando il problema della democratizzazione della Germania guglielmina Weber – un «sopravvissuto del liberalismo» e un «rappresentante contraddittorio di un'epoca ormai finita della borghesia» secondo Karl Löwith⁴⁶³, un «liberale disperato» secondo Wolfgang Mommsen⁴⁶⁴, un «campione dei valori borghesi» secondo David Beetham⁴⁶⁵ - è obbligato a confrontarsi con la questione generale della possibilità della libertà, che per il sociologo vuol dire in primo luogo libertà individuale, nell'era del capitalismo avanzato. A differenza di molti suoi predecessori che orientavano la ricerca sociologica in direzione socio-strutturale, Weber

⁴⁶¹ *PD*, p. 11.

⁴⁶² Cfr. U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer „demokratischen“ Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

⁴⁶³ K. Löwith, *Max Weber e Karl Marx*, in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, cit., pp. 1-121 (: 7).

⁴⁶⁴ W.J. Mommsen, *The Age of Bureaucracy*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, pp. 95 ss.

⁴⁶⁵ D. Beetham, *La teoria politica di Max Weber*, cit., pp. 55 ss.

concentra la propria analisi sui singoli individui e sul senso soggettivo che essi attribuiscono alle loro azioni. Spiegazioni in termini strutturali delle principali tendenze evolutive delle società occidentali sono quelle di Tönnies, che osserva il passaggio graduale dalla *Gemeinschaft* alla *Gesellschaft*; quella del giurista H.S. Maine, che vede nella transizione dallo 'status' al 'contratto' il carattere comune tanto del diritto romano quanto del diritto inglese ed il contrassegno delle società dinamiche; quella di Durkheim, che nota il passaggio dalla solidarietà meccanica alla solidarietà organica. L'orientamento individualistico di partenza ed il metodo generalizzante volto a costruire solo *a posteriori* delle astrazioni, i 'tipi ideali', sono il corrispettivo del valore attribuito dal sociologo al singolo individuo, al suo agire, alla sua libertà. Tuttavia, se da un lato la prestazione scientifica di Weber costituisce l'«apoteosi dell'individualismo» - si pensi solo al ruolo svolto dall'individuo nella nascita del capitalismo così come essa viene ricostruita e giustificata a partire dalle motivazioni dell'agire del singolo in *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* - , dall'altro essa si allontana dalla tradizione liberale classica che individuava nel giusnaturalismo sei-settecentesco, cioè nella teoria dei diritti naturali pre-statali alla base delle prime dichiarazioni, il fondamento dell'individualismo e l'origine e il fine dello Stato stesso. In un'epoca di valori in competizione, nessuno dei quali - così emerge dalla conferenza *Wissenschaft als Beruf* - può essere considerato oggettivamente valido⁴⁶⁶, l'idea che la politica e le istituzioni pubbliche possano fondarsi su una morale, una filosofia, una metafisica pare a Weber - che subisce in questo l'influenza del nichilismo di Nietzsche - non difendibile. Il sistema politico liberale e il parlamentarismo possono essere difesi solo su basi procedurali che pongano l'accento sulla loro importanza come strumenti adatti per promuovere, in un mondo sempre più razionalizzato, la competizione tra valori e la libertà di scelta tra essi. La democrazia di massa col suo suffragio universale sembra accettata, allora, da Weber esclusivamente per difendere la cultura politica liberale nell'età della razionalizzazione e della «burocratizzazione universale», e non come un valore o un fine in sé.

Per Weber la storia e la teoria del governo parlamentare non possono definirsi democratiche, perché non si giustificano sulla base di valori democratici, quali la partecipazione del popolo alla vita politica e la sua maggiore influenza sulle decisioni dei governanti. Il nucleo centrale del suo pensiero politico che - nella fase precedente la Rivoluzione e l'avvio della fase costituente - è una riformulazione del parlamentarismo liberale, si

⁴⁶⁶ Cfr. sul problema del valore rispetto alla vita M. Weber, *La scienza come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, cit., pp. 33 ss.

riassume in tre questioni: la prima riguarda la conservazione delle condizioni indispensabili della libertà individuale in un'epoca in cui le grandi organizzazioni politiche (partiti) ed economiche (grandi imprese) dominano in maniera crescente la vita delle società avanzate; la seconda concerne l'integrazione della classe operaia all'interno del sistema politico evitando minacce ai principi fondamentali dell'economia capitalista, cioè il principio della proprietà privata e il principio della libertà d'intrapresa; la terza questione è quella della qualità e della selezione della leadership politica. La principale preoccupazione di Weber, detto in altri termini, è la seguente: la libertà di iniziativa tipica dell'individualismo classico può sopravvivere, nell'età della grandi organizzazioni, solo al vertice della piramide nella persona del magnate dell'industria o del leader carismatico, oppure anche il comune cittadino può conservare una sfera di libertà dal potere organizzato burocraticamente e quindi diffuso in modo capillare?

La rappresentanza moderna con libertà di mandato e la forma di governo parlamentare possono svolgere per Weber un ruolo di primo piano in tutte e tre le questioni prese in considerazione poiché il parlamento 1. tutela la libertà personale controllando l'azione del governo e l'operato della burocrazia; 2. consente la rappresentazione di una pluralità di forze sociali e di valori diversi e rende possibile il raggiungimento del compromesso tra i vari interessi confliggenti; 3. forma e seleziona i capi politici⁴⁶⁷. Il parlamento, dunque, non viene affatto idealizzato da Weber. L'immagine del parlamento come fulcro del dibattito pubblico – la sede istituzionale in cui sono formulati e sostenuti con argomenti convincenti i programmi politici – è una falsa rappresentazione della realtà della moderna vita parlamentare. In contrasto con l'opinione di illustri teorici liberali come quella espressa da J.S. Mill in *Considerations on Representative Government* (1861), Weber sostiene che l'estensione del suffragio e la centralità del partito e della sua macchina burocratica nella vita politica indeboliscono la concezione liberale classica del parlamento come luogo dove si decide la politica nazionale attraverso una riflessione razionale ispirata all'interesse pubblico o generale. Una riflessione approfondita sul concetto di rappresentanza è in Weber del tutto assente. L'elezione dei rappresentanti del popolo ha come scopo non quello di corrispondere ad una presunta 'volontà popolare' data *a priori*, né quello di rinvenire *a posteriori*, dalla sintesi dei dibattiti parlamentari, la volontà generale orientata al bene comune, bensì quello di registrare un minimo di consenso indispensabile per il mantenimento del potere dei governanti sui governati. In *Parlamento e governo* Weber espone questa tesi con molta schiettezza: «i parlamenti

⁴⁶⁷ M. Weber, *Parlamento e governo*, cit., pp. 37-38.

moderni sono in primo luogo rappresentanze dei soggetti dominati con i mezzi della burocrazia. Un certo minimo di consenso interiore almeno da parte degli strati socialmente importanti dei dominati è certamente la condizione preliminare della durata di qualsiasi potere, anche del meglio organizzato. I parlamenti sono oggi il mezzo per manifestare esteriormente questo minimo di consenso»⁴⁶⁸. La «superiorità del piccolo numero» – garantita dall'organizzazione dell'apparato burocratico – non riesce a mantenersi tale senza risolvere il problema della legittimità dell'obbedienza richiesta ai dominati. Le riflessioni weberiane sulla *Herrschaft durch Organisation* e sul *Vorteil der kleinen Zahl* contenute nella sezione *Sociologia del potere* di *Economia e società* sono quelle in cui si fa più evidente la concezione elitista che Weber ha della politica e del potere⁴⁶⁹. In questo paragrafo Weber afferma: « 'il principio del piccolo numero', vale a dire la superiore capacità di manovra di piccoli gruppi dirigenti, domina sempre l'agire politico. Questo risvolto 'cesaristico' è (negli Stati di massa) ineliminabile»⁴⁷⁰.

Per Weber non si può prescindere dalle conquiste dell'epoca dei «diritti dell'uomo», cioè dai principi del 1789, ma, dopo l'attacco del marxismo al formalismo giuridico e dopo la critica nietzscheana della tradizione filosofica occidentale, non pare più possibile porre la teoria giusnaturalista come fondamento filosofico del parlamentarismo e della democrazia liberale. A giudizio di Mommsen, l'avvento della moderna democrazia di massa comporta per Weber l'abbandono delle idee del costituzionalismo liberale. Partendo da una posizione post-nietzscheana i valori etici e politici non possono più essere difesi razionalmente come oggettivamente validi, ma soltanto affermati soggettivamente come materia di fede, contenuto di una scelta, di una volizione. In un'epoca segnata dalla competizione e dall'affermazione di valori fondamentalmente inconciliabili, pare inevitabile abbandonare ogni base filosofica dell'ordinamento politico che affermi una morale condivisa e difendibile con argomentazioni razionali. Questo fondamento del parlamentarismo è inevitabilmente sostituito da una giustificazione puramente formale e procedurale dell'ordine liberale, consistente nella libertà di espressione consentita ad una pluralità di valori in competizione all'interno della società.

In *Parlament und Regierung* Weber attribuisce la responsabilità della crisi del sistema politico tedesco alla politica bismarckiana. L'eredità di Bismarck si concretizza nella marginalizzazione del Reichstag, il quale può svolgere solo una «politica negativa». La prima richiesta che Weber

⁴⁶⁸ M. Weber, *Parlamento e governo*, cit., p. 43.

⁴⁶⁹ M. Weber, *Economia e società. IV*, cit., pp. 55-57.

⁴⁷⁰ *Ivi*, p. 53.

avanza riguarda l'abrogazione di quegli articoli della *Reichsverfassung* bismarckiana che limitavano drasticamente il potere del parlamento: si tratta degli artt. 9 e 21 RV che impedivano ai membri del Reichstag di detenere incarichi di governo e li costringeva, nel caso in cui li avessero assunti, a sradicarsi dal proprio seguito parlamentare, dalla propria base politico-partitica⁴⁷¹.

Il problema del controllo politico della burocrazia è il problema centrale della riflessione weberiana sul parlamentarismo. A questo problema si può rispondere per Weber creando le condizioni per la formazione di un tipo di uomo politico che fosse in grado di subordinare l'apparato burocratico alla direzione politica. La democratizzazione dello Stato guglielmino non costituisce affatto per Weber un mezzo per dare maggiori poteri al popolo, bensì la via per garantire una più efficace direzione politica dell'apparato burocratico. La differenza tra lo pseudocostituzionalismo e le vere istituzioni parlamentari è il tema centrale degli articoli raccolti in *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*. Lo Stato monarchico, di fronte al moderno apparato burocratico, è incapace di fornire una guida politica coerente: «il monarca – scrive Weber – crede di governare da sé, mentre in realtà la burocrazia gode del privilegio di poter comandare, coperta da lui, senza controllo e senza responsabilità. Il monarca viene lusingato e gli viene mostrata l'apparenza romantica del potere, poiché egli può cambiare a propria discrezione la persona del ministro»⁴⁷². La contrapposizione del politico e del burocrate, della responsabilità del primo e dell'assoluta irresponsabilità del secondo, si configura come una contrapposizione idealtipica ed astratta tra due tipi d'uomo, che, spinta all'estremo come fa Weber, assurge a simbolo della crisi della politica tedesca del II Reich. La Germania necessita allora di un cambiamento istituzionale e Weber auspica la fine dello *Scheinkonstitutionalismus* mediante la trasformazione del Bundesrat in un parlamento a pieno titolo poiché «il livello alto o basso di un parlamento si adegua a seconda del fatto che in esso i grandi problemi vengano non soltanto discussi, bensì autorevolmente decisi – a seconda che, quindi, ciò che accade in parlamento

⁴⁷¹ L'art. 9 c. 2 della Costituzione Imperiale del 1871 recita: nessuno può essere nello stesso tempo membro del Bundesrath e del Reichstag. L'art. 21 c. 2 invece: quando un membro del Reichstag accetta un ufficio retribuito dal Reich o da uno degli Stati della Federazione o quando è investito dal Reich o da uno degli Stati della Federazione di un ufficio superiore a quello che aveva prima, esso perde il suo seggio e il suo voto al Reichstag, e non può riprendere il suo posto che in seguito ad una nuova elezione. Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 164 e p. 167.

⁴⁷² M. Weber, *Parlamento e governo*, cit., p. 42.

conti qualcosa e quanto, oppure esso sia soltanto l'apparato di approvazione mal tollerato di una burocrazia dominante»⁴⁷³.

Il parlamento si configura inoltre come palestra della classe di governo e come terreno di selezione (*Auslesestätte*) dei futuri leaders: «infatti non un parlamento che tiene discorsi, ma soltanto un parlamento che lavora può costituire il terreno sul quale crescono e, attraverso la selezione, compiono la loro ascesa uomini con qualità di capo autenticamente politiche e non meramente demagogiche. Ma un parlamento che lavora è un parlamento che controlla continuamente l'amministrazione collaborando con essa. Prima della guerra ciò da noi non esisteva. Dopo la guerra, però, il parlamento deve diventare questo oppure avremo la solita miseria»⁴⁷⁴. Il risalto dato al processo di selezione (*Auslese*) dei leaders attraverso il conflitto e la competizione, aperta o celata, non costituisce soltanto un nucleo tematico centrale per l'indagine empirica del parlamentarismo. Weber trae dal fenomeno della competizione anche delle conclusioni riguardanti la sfera dei valori. La lotta, la competizione costituiscono nell'interpretazione di Weber le caratteristiche centrali e permanenti della società moderna in ogni suo aspetto: vi è lotta tra gruppi, classi, nazioni così come vi è conflitto tra valori inconciliabili⁴⁷⁵.

Una delle ragioni per le quali Weber si pronuncia nel 1918 a favore del governo parlamentare consiste nel fatto che la lotta nel Reichstag e la competizione elettorale per la conquista del potere permette al leader carismatico di forgiarsi e di emergere. Il partito di massa è l'apparato di cui il leader dispone per la lotta parlamentare e la competizione elettorale. Weber individua due tipi di partiti politici negli Stati moderni: essi possono essere essenzialmente delle «organizzazioni per il patronato degli uffici» oppure dei «partiti fondati su una concezione del mondo». I primi sono i partiti di notabili (*Honoratiorenparteien*), i secondi assumono le dimensioni di partiti di massa (*Massenparteien*). In realtà la norma è che i partiti siano

⁴⁷³ *Ivi*, pp. 20-21.

⁴⁷⁴ *Ivi*, p. 55.

⁴⁷⁵ Cfr. sul concetto di lotta M. Weber, *Economia e società. I*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, pp. 35 ss. Il concetto di *Kampf* è in Weber uno dei meno determinati: in *Economia e società* una relazione sociale viene definita lotta quando «l'agire è orientato in base al proposito di affermare il proprio volere contro la resistenza di un altro o di altri individui». Esempi di lotta, pacifica o meno, riportati da Weber, sono: la lotta sanguinosa che mira ad annientare la vita dell'avversario, la lotta cavalleresca regolata convenzionalmente, il gioco agonistico cioè lo sport, la concorrenza per conquistare il favore di una donna, la concorrenza per lo sfruttamento di certe possibilità di scambio commerciale, la lotta elettorale, la selezione biologica. Il significato di lotta comprende tanto il conflitto violento tra individui o gruppi quanto la selezione biologica o anche un processo inconscio di selezione all'interno delle strutture sociali.

entrambe le cose insieme. Queste considerazioni sui partiti politici, contenute in *Parlamento e governo*, ritornano anche l'anno seguente nella conferenza *La politica come professione*, dove Weber distingue i partiti di notabili (*Honoratioren*) dalle più moderne organizzazioni di partito, «figlie della democrazia, del diritto elettorale di massa, della necessità della propaganda e dell'organizzazione di massa, dello sviluppo della più alta unità di direzione e della più rigida disciplina»⁴⁷⁶. Ai notabili fanno seguito i «politici di professione a tempo pieno». Weber nota con realismo che «formalmente» si registra un'ampia democratizzazione della politica e delle istituzioni, ma «di fatto» il potere è nelle mani di coloro che svolgono in modo continuativo l'attività politica – i politici di professione, i funzionari della burocrazia partitica - oppure di coloro dai quali tale attività dipende per ragioni finanziarie. Sostenendo una tesi analoga a quella esposta da Roberto Michels in *Zur Soziologie des Parteiwesens*, Weber è convinto che l'elemento decisivo del partito di massa stia nell'apparato, nella macchina ed il potere all'interno del partito è effettivamente esercitato da una esigua minoranza di persone.

1.2.3. Gli aspetti salienti della teoria politica weberiana – dalla polemica contro il paternalismo bismarckiano, che impedì l'esperienza di un autentico governo parlamentare, alla *Führerdemokratie*, con le sue non celate implicazioni plebiscitarie – ruotano costantemente attorno ad un problema: quello dell'irresponsabilità della burocrazia dello Stato, della necessaria direzione politica della burocrazia stessa e dell'«etica della responsabilità» come qualità essenziale del *Berufspolitiker*. Con la fine della legittimità dinastica e l'istituzione di un Presidente della Repubblica eletto direttamente dal popolo, la funzione del parlamento come 'palestra' dei leaders e *Auslesestätte* viene in un certo senso superata e scavalcata dal rapporto immediato col cittadino-elettore. È presente nei testi weberiani una tensione crescente tra il principio parlamentare e quello plebiscitario che si fa evidente soprattutto nel passaggio dalla legittimità dinastica e tradizionale del II Reich alla legittimità democratica della repubblica di Weimar.

In base alla *Reichsverfassung* del 1871 il Reichstag era eletto – si è notato – a suffragio universale. L'universalità del suffragio è stata voluta da Bismarck per perseguire fini di politica interna, vale a dire a sostegno della propria lotta contro la borghesia e i partiti liberali. La speranza di un atteggiamento politicamente conservatore delle masse venne disattesa, ma lo scopo di ostacolare la crescita di una borghesia liberale capace di

⁴⁷⁶ M. Weber, *La politica come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, cit., p. 77.

organizzarsi in un forte partito rappresentato nel Reichstag venne raggiunto anche grazie a questa soluzione elettorale. Una legge elettorale censitaria che avesse riconosciuto solo ad alcuni cittadini, quelli dotati – come si soleva dire - di *Bildung und Besitz*, il diritto di eleggere il Reichstag avrebbe forse favorito la formazione di solidi partiti borghesi. La scelta in favore del suffragio universale – che era un’apertura, certo strumentale, al principio democratico nell’ambito di un regime monarchico-costituzionale imperniato sul principio monarchico - è contraddetta però dalle soluzioni elettorali adottate nei singoli Stati del II Reich, dove vigevano normative fortemente restrittive dei diritti politici.

Nel 1917 il dibattito sulla parlamentarizzazione del Reich coinvolse anche la questione del sistema elettorale e culminò nell’istituzione, in Prussia, di un’apposita commissione parlamentare che lavorò alla riforma del sistema elettorale - basato fino a quel momento sulla partizione dei cittadini in tre classi di censo – con cui veniva eletta la Dieta prussiana. È in questo clima riformatore che va collocato il saggio *Wahlrecht und Demokratie in Deutschland* (1917) nel quale Weber si pronuncia a favore del suffragio universale in Prussia per una serie di ragioni del tutto indipendenti dall’ideologia democratica, dai suoi principi e dai suoi valori: la potenza dello Stato nazionale, l’intenzione di riconoscere la piena cittadinanza politica ai combattenti che sarebbero presto rientrati dal fronte e che avevano guadagnato, combattendo per la patria, il pieno diritto di cittadinanza politica, l’esigenza di ottenere il più ampio consenso popolare in vista dell’attuazione di politiche volte a razionalizzare ulteriormente la produzione economica, e la volontà di non favorire in alcun modo vecchi e nuovi titolari di rendita. «Il crescente nazionalismo delle masse – osserva Weber – è assolutamente naturale in un’epoca che democratizza sempre di più la partecipazione ai beni della cultura nazionale, rappresentata in definitiva dalla lingua tedesca»⁴⁷⁷. Weber dunque non teme il suffragio universale per due ragioni: la prima consiste nel fatto che l’estensione dei diritti politici andrà a vantaggio della crescita del sentimento nazionale; la seconda consiste nel valore non ideale bensì strumentale del suffragio universale. Un carattere distintivo del parlamentarismo weberiano consiste nel riconoscimento del fatto che il suffragio universale e la democrazia di massa si prestano ad essere piegati a tutto vantaggio della leadership individuale: il declino dell’importanza del singolo deputato del parlamento va di pari passo con la crescita del ruolo del leader carismatico nella competizione elettorale.

⁴⁷⁷ M. Weber, *Sistema elettorale e democrazia in Germania*, in Id, *Scritti politici*, cit., p. 46.

Se si passa da *Parlamento e governo* a *La futura forma statale della Germania* – entrambi i testi sono del 1918 ma uno precede, l'altro segue la fine del II Reich - l'accettazione weberiana degli esiti democratici della Rivoluzione di Novembre è evidente laddove il sociologo constata la fine della legittimità storica della dinastia prussiano-tedesca e riconosce alla sola legittimità rivoluzionaria il diritto di fondare le istituzioni della nuova Germania. La sostituzione della legittimità tradizionale con la legittimità razionale, giudicata da Weber inevitabile, segna l'ingresso dei concetti di sovranità popolare e di potere costituente nella storia politica e costituzionale della Germania così come era avvenuto nella Francia del 1789. Scrive Weber alla fine del 1918: «la legittimità storica è svanita. Per tentare di recuperare l'ordine borghese liberandosi del potere violento dei consigli dei soldati, anche ai partiti specificamente di centro resta solo la legittimità rivoluzionaria e basata sul diritto naturale di una costituente che si fonda sulla sovranità del popolo»⁴⁷⁸. Questa svolta fondamentale nella storia tedesca, che Weber interpreta alla luce della sua *Herrschaftssoziologie* come sostituzione di un tipo di legittimità all'altro, è letta invece da Schmitt, qualche anno più tardi, come perdita di legittimità dello Stato e permanenza della sola legalità tecnico-funzionalistica. La soluzione prefigurata da Schmitt contro questa perdita di legittimità fa leva su di una torsione plebiscitaria del concetto di legittimità democratica che, proseguendo e radicalizzando le tarde riflessioni weberiane sulla *Führerdemokratie*, immagina la democrazia come rapporto immediato tra le masse ed il leader carismatico, tra l'identità e l'omogeneità del popolo e la persona del rappresentante. In effetti in *Politik als Beruf* Weber svolge le seguenti considerazioni sulla democrazia: «vi è soltanto questa scelta: o una democrazia subordinata ad un capo e organizzata mediante la “macchina”, oppure una democrazia senza capi, vale a dire il potere dei “politici di professione” senza vocazione, senza le intime qualità carismatiche che per l'appunto fanno un capo. Significa proprio questo ciò che di volta in volta la fronda di partito abitualmente indica come il “potere della cricca”. Per il momento in Germania noi abbiamo soltanto quest'ultimo»⁴⁷⁹. L'alternativa tra *Führerdemokratie* e *führerlose Demokratie* corrisponde all'alternativa tra una politica fatta dal *Berufspolitiker* dotato di *Sachlichkeit*, dotato cioè delle qualità che per Weber sono essenziali al capo politico: la dedizione appassionata a una causa, il senso di responsabilità e la lungimiranza, e il dominio di politici/ funzionari di partito, che riempiono le fila di quella *Beamtenherrschaft* liberata da ogni direzione politica. La democrazia di capi

⁴⁷⁸ M. Weber, *La futura forma statale della Germania*, in Id., *Scritti politici*, cit., p. 137.

⁴⁷⁹ M. Weber, *La politica come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, cit., p. 92.

cui Weber pensa si traduce nel 1919 nella sua proposta costituzionale di elezione diretta del Presidente della Repubblica. Il Presidente non svolgerebbe solo il ruolo di sostituto del Kaiser (*Ersatz-Kaiser*) e di contrappeso (*Gegengewicht*) del Parlamento in un sistema politico deliberatamente studiato per distinguersi dal governo parlamentare della III Repubblica francese, ma risponderebbe anche ad un bisogno psicologico delle masse in democrazia: «l'unica valvola di sfogo per il bisogno di capi potrebbe diventare il Presidente del Reich, qualora egli fosse eletto per plebiscito e non dal parlamento»⁴⁸⁰.

In conclusione si può dire che la concezione della democrazia in Weber oscilla tra un modello elitistico-competitivo (secondo la definizione di David Held), in cui il principio parlamentare è centrale, e un modello plebiscitario che ruota attorno alla figura del Capo dello Stato. Entrambi, tuttavia, si fondano su una concezione strumentale del suffragio universale, che vede in esso un mezzo per istituire leaders politici, e su di una demistificazione della sovranità popolare. Non è un caso d'altra parte che il concetto di sovranità non compaia affatto negli studi di *Herrschaftssoziologie*. Weber assume, dunque, una posizione disincantata non solo di fronte al principio della sovranità popolare, ma anche – come si è mostrato - di fronte al ruolo del parlamento, della rappresentanza politica, dei partiti. Studiando il rapporto tra capitalismo, razionalità e dominio in Weber, Herbert Marcuse riconosce al sociologo di aver infranto il velo ideologico della moderna democrazia di massa con la sua analisi del potere burocratico e con la sua elaborazione del concetto di carisma. Secondo Marcuse il più problematico dei concetti weberiani è proprio quello di carisma, perché in esso, più che in ogni altro, si mostra la dialettica di razionalità ed irrazionalità della società moderna: il potere burocratico ha per Weber inevitabilmente al vertice un elemento non burocratico, bensì carismatico, cioè irrazionale; e questa inevitabilità è dovuta al fatto che «la razionalità valutativa dell'amministrazione non può fare a meno di valori e fini posti dall'esterno»⁴⁸¹. La borghesia tedesca, a causa della sua immaturità politica, non riesce né a realizzare né ad impedire il processo di democratizzazione della Germania e perciò invoca il cesarismo: «la democrazia corrispondente all'industrializzazione capitalistica minaccia di rovesciarsi in dittatura plebiscitaria; la *ratio* borghese evoca il *carisma* irrazionale»⁴⁸². Così secondo Marcuse il suffragio universale, cui Weber si dice favorevole, non è soltanto il prodotto storico dell'industrializzazione e

⁴⁸⁰ *Ivi*, p. 93.

⁴⁸¹ H. Marcuse, *Industrializzazione e capitalismo in Weber*, in *Id.*, *Cultura e società*, cit., p. 259.

⁴⁸² *Ivi*, p. 250.

del capitalismo, ma anche lo strumento più adeguato del dominio nell'epoca della sua perfezione tecnica.

1.3. *La teoria liberal-democratica in Hans Kelsen*

La democrazia, uno dei grandi protagonisti della storia politica del XX secolo insieme ai regimi totalitari del nazi-fascismo e del comunismo, ha nelle opere di Hans Kelsen e di Carl Schmitt due concezioni contrapposte, che nei primi anni Venti del XX secolo si distinguono soprattutto per quanto riguarda il problema della rappresentanza politica, mentre all'inizio degli anni Trenta si articolano attorno al problema della giustizia costituzionale⁴⁸³. La polemica Kelsen-Schmitt, che si dipana nel corso dell'età di Weimar fino alla vigilia della *Machtergreifung* del partito nazionalsocialista, è una polemica sulla democrazia e nella democrazia, si è svolta cioè tutta all'interno del campo democratico, e non solo perché Schmitt si diceva democratico (seppure la sua fosse una concezione plebiscitaria o dittatoriale della democrazia), ma anche perché la strategia di contrastare l'ascesa del partito di Hitler con lo strumento dei poteri eccezionali del Presidente della Repubblica era una strategia allora condivisa da molti democratici.

1.3.1. All'inizio dell'esperienza weimariana Kelsen e Schmitt affrontano il tema del rapporto tra democrazia e rappresentanza rispettivamente in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* del 1920 e in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* del 1923. Kelsen torna inoltre sullo stesso tema anche nel 1925, quando pubblica *Das Problem des Parlamentarismus*. L'enfasi del discorso kelseniano si concentra sull'indissolubilità di parlamentarismo e democrazia, tanto contro ogni nostalgia corporativistica mirante a sostituire uno *Ständeparlament* eletto su base professionale al parlamento politico eletto su base nazionale, quanto contro le tentazioni plebiscitarie che spingevano in direzione di soluzioni autoritarie. Il giurista austriaco, infatti, vede nelle istituzioni rappresentative, cioè nel parlamento, l'unica possibilità reale di attuare un regime democratico in grandi Stati: il destino della democrazia è per Kelsen indissolubilmente legato al destino del parlamento e questo sin dalla nascita, con le rivoluzioni settecentesche, delle costituzioni moderne. Il giurista

⁴⁸³ Cfr. sulla democrazia in Kelsen Barberis, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 7-39; R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, Carocci, 2003; cfr. inoltre sul rapporto Kelsen-Schmitt M. Caserta, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2005.

tedesco, invece, preso atto dei limiti intrinseci del parlamentarismo, propugna un'idea di democrazia che riesce a fare a meno del parlamentarismo liberale e - coniugata con il concetto di dittatura sovrana elaborato nel 1921 in *La dittatura*, - si configura come una 'democrazia dittatoriale' o una 'democrazia plebiscitaria'.

Richiamando sin dall'incipit di *Essenza e valore della democrazia* (1920¹, 1929²) le esperienze delle rivoluzioni borghesi del 1789 e del 1848, Kelsen parte da una constatazione: «democrazia è la parola d'ordine che, nei secoli XIX e XX, domina quasi universalmente gli spiriti». Eppure, ormai sconfitto l'antico nemico - «l'autocrazia monarchica» - la democrazia deve fronteggiare gli attacchi incrociati di forze contrapposte: i nuovi nemici della democrazia sono, nel XX secolo, le dittature di partito, tanto le dittature dei partiti di sinistra, che si richiamano alla teoria marxiana della lotta di classe e della dittatura del proletariato, quanto quelle dei partiti di destra che, temendo l'avanzata delle organizzazioni del proletariato sia nel mondo del lavoro sia nelle istituzioni dello Stato, si irrigidiscono su posizioni reazionarie antidemocratiche. Il saggio kelseniano, noto a Schmitt che cita il giurista austriaco verso l'inizio di *Die geistesgeschichtliche Lage*, si caratterizza per la struttura ordinata dei capitoli e per la chiarezza dell'esposizione dei concetti e dei problemi connessi con l'idea e la realtà della democrazia. Libertà, popolo, parlamento, principio di maggioranza, amministrazione, scelta dei capi, democrazia formale e democrazia sostanziale, democrazia e *Lebensanschauungen* sono alcuni dei temi che strutturano l'argomentazione kelseniana e le conferiscono un aspetto ordinato di sistematicità e completezza di cui i testi schmittiani di teoria politica, stilisticamente più affascinanti, sono in genere privi.

La concezione kelseniana della democrazia si presenta in primo luogo come una concezione liberal-democratica che ne individua l'essenza nella sintesi dei principi di libertà ed eguaglianza; in secondo luogo come una concezione realistica nel senso della grande tradizione del realismo politico che, da Machiavelli ai teorici delle élites, mira a mostrare lo scarto esistente tra idea e realtà (in Kelsen il realismo si traduce nella sua trattazione disincantata dei concetti di sovranità popolare e di rappresentanza); in terzo luogo come una concezione parlamentare e formale-procedurale che indica innanzi tutto un metodo per prendere decisioni politiche e presuppone l'esistenza di un luogo, il parlamento, dove quelle decisioni vengono discusse e votate a maggioranza; infine come una concezione individualistica e relativistica che si propone come soluzione adeguata al problema del potere e del governo nell'epoca del crepuscolo degli idoli (Nietzsche) e del politeismo dei valori (Weber).

La democrazia è per Kelsen una liberal-democrazia: l'eredità della tradizione liberale non è dissociabile dal concetto moderno di democrazia. Nonostante all'inizio si affermi che i «due postulati della nostra ragion pratica», i «due istinti primordiali dell'essere sociale», sono la reazione alla costrizione (il sentimento della libertà) e la percezione del proprio valore di fronte a chi comanda (il sentimento dell'uguaglianza), e nonostante la sintesi dei principi di libertà ed uguaglianza sia indicata come la caratteristica della democrazia, in realtà la libertà è considerata prioritaria: «è l'idea di libertà e non quella di uguaglianza a determinare, in primo luogo, l'idea di democrazia»⁴⁸⁴. Kelsen non ignora i diversi significati del concetto di libertà, ma non sembra voler scegliere tra l'idea liberale di libertà (la libertà dell'individuo dal potere dello Stato) e l'idea democratica di libertà (la partecipazione dell'individuo al potere dello Stato), bensì manifestare l'esigenza della loro compresenza e del loro reciproco equilibrarsi⁴⁸⁵.

La critica kelseniana dell'ideologia democratica, fondata sulla constatazione della differenza tra democrazia reale e democrazia ideale, investe i principali concetti legati alla democrazia: popolo, sovranità popolare, rappresentanza. È una finzione qualificare un insieme di individui come «popolo». È una finzione credere che vi sia un «potere sovrano» e che questo potere risieda nel «popolo». Ed è una finzione, infine, credere che questo «popolo» venga «rappresentato» in parlamento.

Che cos'è il popolo? - si chiede Kelsen. La risposta, non priva di implicazioni nella sua concezione liberal-democratica della democrazia, è che si tratta, in prima approssimazione, di una pluralità di individui, di una molteplicità di gruppi distinti e non di un'unità, *a fortiori* non di un'unità omogenea. Kelsen concepisce dunque il popolo non come una entità collettiva o come una totalità organica, bensì come una pluralità discreta. Dal punto di vista sociologico, se si considerano i fatti sensibili, il popolo è una pluralità di persone distinte; solo dal punto di vista giuridico e con l'aiuto di una «finzione» l'unità del popolo è accettata come postulato etico-politico ed assunta come reale dall'ideologia democratica. Quest'unità normativa, prodotta dalla sottomissione di tutti i membri del popolo al medesimo ordinamento giuridico dello Stato, è concepita da Kelsen in modo astratto, cioè non come insieme degli individui concreti, ma come «sistema di atti individuali determinati dall'ordine giuridico dello Stato»⁴⁸⁶. La distanza tra entrambi questi significati, quello sociologico e quello giuridico, del termine popolo ed il principio schmittiano della *Gleichartigkeit*, ovvero

⁴⁸⁴ *Ivi*, p. 141.

⁴⁸⁵ *Ivi*, p. 52.

⁴⁸⁶ *Ivi*, p. 59.

dell'omogeneità e dell'uguaglianza sostanziale del popolo, è, evidentemente, enorme. «Gli ideologi della democrazia – così si esprime Kelsen - non suppongono, il più delle volte, quale abisso essi dissimolino quando identificano l'un «popolo» con l'altro»⁴⁸⁷. La constatazione che solo una minoranza dei titolari dei diritti politici partecipa attivamente alla vita politica, è un elemento ulteriore in direzione della demistificazione del concetto di popolo come soggetto del potere nell'ideologia democratica. Uno degli elementi più importanti della democrazia reale sono i partiti politici, i quali, non menzionati nella costituzione di Weimar, organizzano il consenso democratico e sono perciò i veri «organi della formazione della volontà dello Stato»⁴⁸⁸. Per Kelsen l'ostilità verso i partiti politici, che dall'età monarchico-costituzionale alla Repubblica di Weimar accompagna la storia dei partiti in Germania, non è che una «mal celata ostilità verso la democrazia»⁴⁸⁹. La democrazia, lungi dall'essere distrutta dai partiti, è per Kelsen uno Stato di partiti: «la democrazia, proprio perché, in quanto Stato di partiti, vuole che la volontà generale sia soltanto la risultante della volontà dei partiti stessi, può rinunciare alla finzione di una volontà generale «organica» superiore ai partiti»⁴⁹⁰.

Analogamente all'idea di popolo, anche il concetto più tipico dello Stato moderno (assoluto o democratico), quello della sovranità, è sottoposto ad una critica serrata in Kelsen, mentre viene assunto come concetto fondamentale del decisionismo in Schmitt, sia nel caso in cui il sovrano è un individuo (il monarca di *Teologia politica* che crea l'ordine dal disordine delle guerre confessionali), sia nel caso in cui, in seguito ad una rivoluzione politica, una dittatura sovrana persegua, in nome del potere costituente, lo scopo di creare un nuovo ordinamento giuridico (la prassi dei commissari del popolo nell'età della Rivoluzione francese trattata in *La dittatura*), sia, infine, nel caso in cui il sovrano coincida col popolo nell'atto di darsi una costituzione (il popolo sovrano, titolare del potere costituente in *Dottrina della costituzione*).

Svolta in modo più approfondito in *Das Problem der Souveränität* nello stesso anno, il 1920, in cui viene pubblicata la prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, la critica kelseniana del concetto di sovranità coinvolge necessariamente anche la versione democratica di tale concetto, ovvero la sovranità popolare, la quale viene appunto smascherata con un metodo - consistente nella denuncia della profonda divergenza sussistente tra ideologia e realtà - non dissimile da quello adottato, a partire

⁴⁸⁷ *Ivi*, p. 60.

⁴⁸⁸ *Ivi*, p. 63.

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. 63.

⁴⁹⁰ *Ivi*, p. 70.

dall'inizio del XX secolo, dai teorici delle élites. Con la differenza che, nel caso del giurista austriaco, la critica della sovranità usufruisce anche dei risultati dell'applicazione dei concetti della psicoanalisi freudiana alla sfera sociale. L'accertata «origine psicologica dell'autorità sociale» collide – sostiene Kelsen – con la dottrina della sovranità popolare. La percezione dell'autorità – sia essa l'autorità sociale, religiosa o ogni altro tipo di autorità – avviene per la prima volta nella vita dell'individuo come percezione dell'autorità paterna: è l'autorità del padre a costituire il modello a partire dal quale si compiono le successive proiezioni dell'autorità che danno vita all'autorità del padre della patria, di Dio-padre, della società. La dottrina della sovranità popolare, nonostante sia stata raffinata e perfezionata nel corso del secolo e mezzo di storia della democrazia moderna che va da Rousseau e dalla Rivoluzione francese agli anni Venti del XX secolo e all'esperienza della Repubblica di Weimar, resta per Kelsen una «maschera totemistica»⁴⁹¹. Una tale dottrina della sovranità popolare vorrebbe significare – letta alla luce della teoria psicoanalitica – che il padre (l'autorità) è generato dai figli (i sottoposti all'autorità), cioè che, con un autentico rovesciamento dei termini, «il creatore è creato dalle creature»⁴⁹². L'influenza dell'opera di Freud *Totem e tabù*⁴⁹³ (1913) nonché, forse, anche della weberiana *Religionssoziologie*⁴⁹⁴ è evidente laddove Kelsen istituisce l'analogia tra la funzione del rito religioso tribale, avente ad oggetto il *totem* nello stadio primitivo dell'evoluzione dell'umanità, e la funzione del concetto di sovranità popolare nell'ideologia democratica: «come nello

⁴⁹¹ *Ivi*, p. 134.

⁴⁹² *Ivi*, p. 134.

⁴⁹³ S. Freud, *Totem e tabù. Concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006. L'ordine politico come convivenza tra eguali, tra fratelli, presuppone il parricidio originario e sconta il sacrificio dell'unica vera verticalità data: quella da cui si proviene: il padre e la sua proiezione in Dio. Anche la psicoanalisi di Freud conferma, a suo modo, l'analogia tra teologia e teoria politica, cioè il permanere di un residuo – per usare il lessico paretiano – irriducibile alla ragione che costituisce il mistero dell'autorità e dell'obbedienza.

⁴⁹⁴ Cfr. M. Weber, *Economia e società. II*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, in particolare il Cap. V, § 3. *Il concetto del dio, l'etica e il tabù*, pp. 129-139, dove Weber definisce il totemismo come «uno specifico rapporto tra un oggetto, per lo più un oggetto naturale (nelle forme più pure di un animale) ed un determinato insieme di uomini per i quali vale come simbolo di un affratellamento, determinato all'origine dal cibarsi in comune dell'animale e dal conseguente comune invasamento da parte del medesimo 'spirito'. La portata effettiva dell'affratellamento oscilla in relazione al contenuto del rapporto tra gli associati e l'oggetto-*totem*. (...) Ma il totem non si esaurisce nei suoi fini politico-sessuali o all'interno del 'gruppo parentale', e meno ancora esso nasce esclusivamente entro questi confini, ma è un modo assai diffuso di porre l'affratellamento sotto una garanzia magica» (*Ivi*, pp. 134-135).

stadio primitivo del totemismo i membri del *clan* si mettevano la maschera del *totem* sacro, cioè dell'avo del *clan*, per fare essi stessi da padre ripudiando per breve tempo ogni legame sociale, così il popolo suddito, nell'ideologia democratica, riveste il carattere d'organo investito di un'autorità inalienabile, di cui soltanto l'esercizio può venire delegato di nuovo agli eletti»⁴⁹⁵.

In *Essenza e valore della democrazia* ben tre capitoli – il terzo, il quarto ed il quinto – sono dedicati al parlamento, alla questione della rappresentanza moderna e alle proposte di riforma della rappresentanza in senso corporativo o professionale. Il parlamento moderno nasce dalla dichiarazione di indipendenza del parlamento dal popolo, nasce cioè quando al mandato imperativo delle rappresentanze cetuali e territoriali si sostituisce il mandato libero. L'argomento con il quale Kelsen giustifica il parlamentarismo si fonda sull'idea – già presente in modo chiaro in Sieyes – che la politica sia un'attività accanto ad altre e l'esercizio del potere da parte di certe persone risponda alle esigenze della divisione del lavoro. «Il parlamentarismo si presenta dunque come un compromesso fra l'esigenza democratica di libertà e il principio – causa di differenziazione e condizionante ogni progresso tecnico-sociale – della distribuzione del lavoro»⁴⁹⁶. Sembra una «necessità dell'evoluzione sociale» - insiste Kelsen – che in un corpo sociale tecnicamente evoluto si formi accanto ad un organo per il governo, un organo cui spetta il compito di legiferare.

Kelsen afferma il carattere fittizio dell'idea di rappresentanza. La finzione rappresentativa non venne denunciata finché durò, nel corso dell'intero XIX secolo, la lotta della democrazia contro i suoi avversari: il principio monarchico e la società per ceti. Durante il regime monarchico-costituzionale, quando la *Volksvertretung* era il massimo di ciò che politicamente si poteva strappare al monarca, non aveva alcun senso porsi la questione della rappresentanza, chiedersi cioè se il parlamento rappresentasse realmente la volontà del popolo. Col trionfo della forma di governo parlamentare e la subordinazione del governo alla fiducia del parlamento, la «grossolana finzione» contenuta nella teoria della rappresentanza non poté più sottrarsi alle critiche provenienti dalle posizioni più progressiste o da quelle più conservatrici. Kelsen non si stupisce affatto che fra gli argomenti utilizzati contro il parlamentarismo figurino, in primo luogo, la denuncia che la volontà del parlamento non coincide con la volontà del popolo, ma ritiene realisticamente che la critica della rappresentanza, formulata su queste basi, non sia meno ideologica della

⁴⁹⁵ *Ivi*, p. 134.

⁴⁹⁶ *Ivi*, p. 76.

teoria della rappresentanza. Quest'ultima ha costruito una finzione che alcuni avrebbero preso troppo sul serio: tra costoro rientrano quei critici della rappresentanza che credono di dover legittimare il principio rappresentativo sulla base del principio della sovranità popolare. Kelsen, al contrario, determina l'essenza del parlamentarismo senza far ricorso ai concetti di rappresentanza e di sovranità popolare, bensì richiamandosi al principio della divisione del lavoro. In Kelsen si è di fronte ad un caso di parlamentarismo senza rappresentanza, in Schmitt si è di fronte al caso paradigmatico di una teoria della rappresentanza senza elezioni⁴⁹⁷. Per il giurista tedesco – come sarà mostrato più approfonditamente - le elezioni a suffragio universale e a scrutinio segreto non sono una *conditio sine qua non* della rappresentanza politica, che è concepita in senso esistenziale come *idem sentire* del popolo e del suo rappresentante. Sia in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923)⁴⁹⁸, sia in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* (1927), sia in *Dottrina della costituzione* (1928)⁴⁹⁹ Schmitt ammette che possa esservi rappresentanza senza votazioni individuali segrete poiché «la vera attività, capacità e funzione del popolo, il nucleo di ogni espressione popolare, il fenomeno democratico originario» non sono le elezioni a suffragio universale bensì è «l'acclamazione, il grido di approvazione o rifiuto della massa riunita»⁵⁰⁰.

Mentre in Schmitt il concetto di rappresentanza/rappresentazione è, insieme al concetto di identità, uno dei principi fondamentali della forma politica moderna, in Kelsen la rappresentanza politica viene smascherata come finzione sia nel saggio del 1920 sulla democrazia, sia in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, dove torna sul problema del parlamento e della sua presunta funzione rappresentativa esprimendosi in questi termini: «se gli scrittori politici insistono nel definire un organo rappresentativo il parlamento della democrazia moderna, nonostante la sua indipendenza giuridica dal corpo elettorale, se taluni scrittori dichiarano persino che il mandato imperativo è contrario al principio del governo rappresentativo, essi non presentano una teoria scientifica ma sostengono una ideologia politica. La funzione di questa ideologia è di nascondere la situazione reale, di mantenere l'illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo – o, formulata più esattamente, del

⁴⁹⁷ Cfr. sul tema rappresentanza ed elezioni G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, cit., pp. 293-296.

⁴⁹⁸ Cfr. *PD*, p. 14.

⁴⁹⁹ Cfr. *DC*, pp. 319-323.

⁵⁰⁰ *DL*, p. 62.

corpo elettorale – sia limitata alla creazione dell'organo legislativo»⁵⁰¹. Restringendo il concetto di rappresentanza alla sfera giuridica, Kelsen sostiene che «per stabilire un rapporto di rappresentanza non basta che il rappresentante sia nominato dal rappresentato. È necessario che il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato, e che l'adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito»⁵⁰² e, poiché i membri di un parlamento non sono vincolati da alcun mandato, né il mandante gode di alcuna tutela nei confronti del mandatario, il parlamento, data l'assenza della *contemplatio domini*, non è un organo rappresentativo.

A Kelsen, così come a molti giuristi prima e dopo di lui, la rappresentanza politica appare dunque come una «finzione-inganno» o una «finzione ideologica» non solo perché è una finzione anche quella volontà popolare che si dovrebbe rappresentare (il popolo, non essendo una persona, non ha una volontà) ma soprattutto perché – nota Giovanni Sartori – il giurista austriaco «rifiuta di seguire gli effetti dei meccanismi elettorali oltre l'attimo nel quale il cittadino-elettore vota per questo o per quello»⁵⁰³. In effetti Kelsen afferma *expressis verbis* che la funzione delle elezioni è limitata alla creazione dell'organo legislativo, che le elezioni sono soltanto un modo per scegliere tra una rosa di candidati e legittimare il vincitore o i vincitori della competizione elettorale a governare, mentre Sartori ritiene che le elezioni non siano solo un «atto» di nomina - come pensava, ancor prima di Kelsen, Laband – bensì un «potere», e un potere ricorrente, di nomina. La differenza consiste nel fatto che chi ha il potere di confermare o non confermare, a determinate scadenze, un governante, mantiene su di lui un potere che è continuo, non essendo quello tra elettore ed eletto un legame momentaneo che si esaurisce nell'atto dell'elezione. Nell'ottica kelseniana la forzata riconduzione dell'idea di rappresentanza alla sola determinazione giuridica sembra pregiudicare la valutazione del ruolo del parlamento come strumento della rappresentanza unitaria del molteplice in una liberal-democrazia. A sollevare il problema dell'unità delle molteplici forze sociali è invece Schmitt a partire dalla consapevolezza della pericolosità, per la forma-Stato, delle contrapposizioni politiche radicali, difficilmente superabili a prescindere dal riconoscimento comune di un sostrato condiviso espresso nella rappresentanza politica unitaria. Kelsen sembra confidare nel fatto che il parlamento riesca comunque in ogni situazione a produrre un equilibrio tecnico-procedurale tra le forze politiche e sociali contrastanti.

⁵⁰¹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, p. 296.

⁵⁰² *Ivi*, p. 295.

⁵⁰³ G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, cit., pp. 310-327 (: 314).

Secondo Mauro Barberis il giurista austriaco, a causa del metodo puramente formale della scienza giuridica, «sopravvaluta, o fa mostra di sopravvalutare, la capacità di tenuta delle istituzioni parlamentari austro-tedesche», la loro capacità di assorbire i conflitti sociali e di portarli ad una sintesi istituzionale⁵⁰⁴. Nel suo studio *La forma e l'identità* sul concetto di democrazia in Kelsen e Schmitt, Marco Caserta esprime un parere analogo quando afferma che «la chiave di lettura puramente tecnico-formale della rappresentanza e del meccanismo elettorale, il disconoscimento della rappresentanza politica nella sua specificità connessa alla valutazione del momento elettorale, nonché il mancato approfondimento dell'istanza di unitarietà della funzione rappresentativa che ne consegue» produce «un ricorrente errore prospettico che riverbera i propri effetti in più luoghi e condiziona negativamente il senso complessivo»⁵⁰⁵.

Kelsen si inserisce nel dibattito degli anni Venti sulla riforma del parlamentarismo proponendo, da un lato, un rafforzamento dell'elemento democratico della forma di governo che faccia leva sugli istituti del referendum e dell'iniziativa popolare, e negando, dall'altro, che la sostituzione del parlamento politico, eletto secondo principi democratici, con uno o più parlamenti tecnici per ciascuno dei diversi settori della legislazione, eletti secondo il principio corporativo, possa essere la soluzione alla crisi della rappresentanza democratica. Anche l'idea di istituire un parlamento economico accanto al parlamento politico è problematica a causa dell'impossibilità di distinguere tra l'aspetto politico e l'aspetto economico degli affari da trattare: gli affari economici hanno una rilevanza politica e viceversa quelli politici hanno ripercussioni economiche.

In due capitoli di *Essenza e valore della democrazia* – l'ottavo sull' 'amministrazione' ed il nono sulla 'scelta dei capi' che sembrano corrispondere alla terza parte di *Parlamento e governo* dedicata a 'Pubblicità dell'amministrazione e selezione dei capi politici' – si fa più evidente il confronto di Kelsen con le tesi di Weber sulla direzione politica della burocrazia e sulla *Führerdemokratie*. Svolgendo ancora una volta la critica dell'ideologia democratica a partire dall'osservazione della democrazia reale, Kelsen misura la distanza, che talvolta è opposizione, tra idea e realtà in relazione al problema del dominio e dei capi politici. L'idea democratica implica innanzi tutto assenza di capi, mentre la realtà ne attesta l'indiscutibile presenza: esiste il dominio ed esistono capi anche in democrazia⁵⁰⁶. Si potrebbe credere che la funzione specifica dell'ideologia

⁵⁰⁴ M. Barberis, *Introduzione* a H. Kelsen, *La democrazia*, cit., pp. 7-39 (: 25).

⁵⁰⁵ M. Caserta, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, cit., p. 25.

⁵⁰⁶ *Ivi*, p. 128.

democratica con il suo concetto di sovranità popolare sia proprio quella di mantenere l'«illusione della libertà» la cui attuazione risulta nei fatti impossibile. Rifacendosi quasi certamente alla tipologia weberiana del potere legittimo – in particolare all'opposizione tra il carisma e l'elezione, ovvero tra la fiducia personale nelle doti straordinarie di un eroe o di un duce e la credenza nella validità di una statuizione legale e della competenza oggettiva – e alle riflessioni del sociologo sull'origine e le trasformazioni dell'autorità carismatica, Kelsen, senza compiere significativi passi avanti, individua la differenza tra la democrazia ed il suo opposto, l'autocrazia, nel metodo di scelta dei capi: mentre il sistema autocratico non conosce alcuna procedura formale per la creazione del capo ma stende sul «più importante problema della politica» un velo mistico-religioso che serve per nascondere al popolo l'origine dell'eroe divino che lo governerà, il sistema democratico si caratterizza per la razionalizzazione della funzione di capo e per l'impossibilità che esso sia reso inamovibile. L'idea di libertà, che è alla base dell'idea di democrazia e contraddice l'esistenza di capi, nella realtà sociale si trasforma nel principio in base al quale ognuno può aspirare, in democrazia, alla funzione di capo.

La questione principale della democrazia parlamentare è quella della formazione della volontà. Il principio della formazione della volontà generale è, nella teoria liberal-democratica kelseniana, il principio di maggioranza concepito in modo relativo: il principio di maggioranza presuppone cioè il diritto all'esistenza della minoranza ed esclude per definizione il dominio della maggioranza sulla minoranza. La necessaria «protezione della minoranza è la funzione essenziale dei cosiddetti diritti fondamentali e libertà fondamentali»⁵⁰⁷. Con la previsione di una maggioranza qualificata invece della maggioranza semplice per intervenire nella sfera privata dell'individuo, il catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali si trasforma da strumento di protezione dell'individuo contro lo Stato in strumento di protezione della minoranza qualificata contro la maggioranza assoluta. Il ragionamento kelseniano è semplice e lineare, ma evita di porre il problema fondamentale: il pericolo costituito dalla conquista legale del potere dello Stato da parte di partiti dichiaratamente anti-democratici. Kelsen riconosce che il relativismo è la concezione del mondo che l'idea democratica presuppone. Nel capitolo su 'Democrazia e concezioni della vita' si afferma infatti la neutralità dello Stato liberal-democratico nei confronti delle opinioni e dei valori di ciascuno: «la democrazia dà ad ogni convinzione politica la stessa possibilità di esprimersi e di cercare di conquistare l'animo degli uomini attraverso una

⁵⁰⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, cit., p. 101.

libera concorrenza (...) Questo è il senso proprio di quel sistema politico che noi chiamiamo democrazia e che si può opporre all'assolutismo politico soltanto perché è l'espressione di un relativismo politico»⁵⁰⁸. Kelsen non si avvede però che l'esistenza delle istituzioni liberal-democratiche presuppone che esse non siano neutrali di fronte a quelle formazioni politiche che, esplicitamente o implicitamente, non aderiscono ad una tale posizione, cioè non riconoscono la relatività del valore che proclamano, ma perseguono un ideale politico affermato come valore assoluto. La questione che a Kelsen sembra sfuggire è quella espressa da Schmitt nel 1932 in *Legalità e legittimità* e riformulata in modo esemplare negli anni Sessanta da E.W. Böckenförde in *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung*. Schmitt, denunciando la neutralità dello Stato legislativo parlamentare nel concedere a tutti l'uguaglianza delle *chances* per la conquista del potere, individua la contraddizione fondamentale delle istituzioni liberal-democratiche nella possibilità, attribuita al detentore legale del «triplice premio speciale» del potere statale (il *politischer Mehrwert*), di eliminare in modo legale il principio di legalità. Sul solco delle riflessioni schmittiane si muove la tesi, nota come paradosso o dilemma di Böckenförde, che sostiene: «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire». Lo Stato liberale si è assunto in nome della libertà un grande rischio: «esso può esistere come Stato liberale solo se la libertà, che esso garantisce ai suoi cittadini, si regola dall'interno, cioè a partire dalla sostanza morale del singolo e dall'omogeneità della società. D'altra parte, però, se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne, cioè coi mezzi della coercizione giuridica e del comando autoritativo, esso rinuncia alla propria liberalità e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali»⁵⁰⁹. Individuando nel relativismo la base filosofica della democrazia, Kelsen, in definitiva, non sembra porsi affatto il problema della 'tolleranza nei confronti degli intolleranti', cioè il problema dei nemici della democrazia, nonostante le avvisaglie costituite dalle dure critiche rivolte al parlamentarismo e allo Stato-di-partiti e la crisi attraversata dalla tradizione liberale negli anni del primo dopoguerra. I limiti del relativismo ingenuo di Kelsen si fanno evidenti nella concezione di una democrazia che è 'indifesa' di fronte ai propri nemici: «l'intento di astenersi – nota opportunamente Caserta – da prese di posizione valutative, coerentemente con una concezione critico-relativistica – scientifica, in verità più che scientifica – produce un

⁵⁰⁸ *Ivi*, pp. 149-151.

⁵⁰⁹ E.W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, Morcelliana, 2006, pp. 68-69.

relativismo politico ingenuo che, sull'altare della purezza di un modello teorico, sacrifica la realtà del proprio oggetto. Anche quando le sorti della Repubblica di Weimar sembrano segnate, travolte nella crisi della società tedesca, Kelsen vuole ancora ribadire quell'idea di forma democratica che necessariamente deve prescindere da qualsiasi tipo di discriminazione nei confronti dei propri contenuti politici»⁵¹⁰.

2. Il concetto di dittatura e la teoria illiberale della democrazia in Carl Schmitt

Al contrario degli interpreti tedeschi di Schmitt che nel secondo dopoguerra leggono il giurista come il precursore ideologico del regime di Hitler (Jürgen Fijalkoski⁵¹¹, Hasso Hofmann⁵¹², Klaus Kodalle⁵¹³, Christian von Krockow⁵¹⁴), gli interpreti anglo-sassoni (George Schwab⁵¹⁵, Joseph Bendersky⁵¹⁶, Gary Hulmen⁵¹⁷, P. Piccone e la rivista *Telos*) tendono a distinguere piuttosto nettamente il periodo weimariano della produzione schmittiana dal periodo del III Reich, e a minimizzare la collaborazione di Schmitt con il regime nazional-socialista giustificando la sua iniziale presa di posizione a favore del regime come dettata dalla congiuntura politica, e non necessariamente connessa al contenuto del suo pensiero. I suoi lavori giuridici e politici degli anni 1921-1932 – cioè i testi compresi tra *La dittatura* e *Legalità e legittimità* – non avrebbero aperto la strada al cancellierato di Hitler, anzi avrebbero avuto come scopo quello di rafforzare la Repubblica di Weimar, optando per un sistema più marcatamente sbilanciato a favore del Capo dello Stato. La questione, in breve, può essere formulata in questi termini: Schmitt è stato un amico o un nemico di Weimar? Un sostenitore della giovane Repubblica o uno dei suoi più pericolosi affossatori? E le sue ripetute interpretazioni dei poteri dittatoriali del Presidente previsti dall'art. 48 WRV erano volte a trovare una soluzione

⁵¹⁰ M. Caserta, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, cit., p. 42.

⁵¹¹ J. Fijalkoski, *Die Wendung zum Führerstaat. Ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Köln, Opladen, 1958.

⁵¹² H. Hofmann, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

⁵¹³ K. Kodalle, *Politik als Macht und Mythos. Carl Schmitts «Politische Theologie»*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1973.

⁵¹⁴ Ch. G. von Krockow, *Die Entscheidung*, cit.

⁵¹⁵ G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, Laterza, 1986.

⁵¹⁶ J. Benderski, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, Il Mulino, 1989.

⁵¹⁷ G. Ulmen, *Politischer Mehrwert*, cit.

costituzionale per difendere la costituzione vigente oppure rientravano in una strategia mirata per accelerarne la fine?

La valutazione delle responsabilità di Schmitt nella crisi di Weimar è un tema che è stato ampiamente dibattuto, basti pensare alle considerazioni di uno dei più brillanti allievi di Schmitt, Ernst R. Huber, raccolte in *Complexio Oppositorum*⁵¹⁸, e alla monografia di Olivier Beaud – *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*⁵¹⁹ - che si concentra sullo studio del pensiero schmittiano in relazione agli eventi che videro il giurista coinvolto nella vita politica berlinese nel breve periodo, compreso tra il 1930 e il 1932, dei *Präsidiakabinette* e del *Preußenschlag*. Recentemente in Francia il dibattito sulla «convergenza, compromissione, complicità di Schmitt con il nazismo» e sulle «idee assassine» del *Kronjurist* che non ha mai abiurato le proprie scelte del periodo nazista, anzi, al contrario, ha fatto di tutto per giustificarle *a posteriori*, è stato animato dalla pubblicazione di una serie di articoli da parte di Charles Y. Zarka, secondo il quale «non è possibile studiare i suoi [*scil.* di Schmitt] testi giuridico-politici, compresi quelli scritti prima o dopo il nazismo, mettendo tra parentesi il suo impegno in favore dei principi nazisti e l'appoggio che ha portato alle peggiori leggi del regime di Hitler»⁵²⁰. Secondo Zarka, che non approfondisce però il ruolo di Schmitt

⁵¹⁸ E.R. Huber, *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 33-50.

⁵¹⁹ Olivier Beaud, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997.

⁵²⁰ Ch.Y. Zarka, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, Genova, il nuovo melangolo, 2005, pp. 16 ss. Zarka sostiene che nel caso di Schmitt si è «in presenza di una configurazione di pensiero il cui periodo nazista non si lascia facilmente mettere tra parentesi come un accidente nella vita di un professore di diritto che, come molti altri, si sarebbe lasciato trascinare da un regime barbaro». L'impegno di Schmitt non è stato un passaggio, certo criticabile ma senza conseguenze rilevanti, da cui l'essenziale del suo pensiero resterebbe indenne. Anche le più importanti opere schmittiane del periodo weimariano, come *La dittatura* con l'accentramento dei poteri nelle mani di un individuo o di un ristretto gruppo di individui, *Teologia politica* coi suoi concetti di eccezione e di decisione, *Il concetto di politico* con la centralità della figura del nemico, nonché *Dottrina della costituzione* con i concetti dell'omogeneità del popolo e dell'acclamazione del capo, rappresentano una costellazione teorica che converge, secondo Zarka, con l'ideologia nazista. La giustificazione schmittiana delle leggi di Norimberga, cioè la giustificazione dei principi giuridici del razzismo di Stato, sarebbe del tutto coerente con la concezione schmittiana della politica, cioè col concetto o criterio del politico come distinzione di amico e nemico: la definizione dell'ebreo fatta dalla legislazione razziale è la definizione di una figura del nemico, che Zarka chiama il «nemico sostanziale», la quale, benché Schmitt non adoperi questa espressione, trova il giurista d'accordo non per ragioni di opportunismo politico, ma per ragioni teoriche profondamente radicate nel complesso del pensiero di Schmitt.

negli anni dei *Präsidentalkabinette*, il fatto che Schmitt sia diventato nazista non sarebbe dunque un evento accidentale rispetto al complesso della sua prestazione di giurista e teorico della politica, poiché già prima del nazismo il suo pensiero lo conduceva a questo esito. Inoltre, l'attività di Schmitt in favore del III Reich proseguirebbe, stando a questa lettura, molto a lungo, anche dopo l'attacco che nel 1936 gli viene mosso dalla rivista «Das Schwarze Korps», attraverso l'elaborazione della teoria dei 'grandi spazi' e la preparazione intellettuale della guerra d'aggressione. L'adesione al nazismo non sarebbe rinnegata neppure in *Il Nomos della Terra*.

Il tema delle responsabilità di Schmitt nella crisi delle istituzioni liberal-democratiche degli anni 1930-1932 verrà riproposto ed approfondito nel Capitolo V. Qui si prenderanno in esame i seguenti testi: il saggio *Diktatur und Belagerungszustand* (1916), il libro *La dittatura* (1921) e i saggi sul ruolo e sul potere del Capo dello Stato nella compagine istituzionale disegnata a Weimar nel 1919, scritti nei primi anni Venti in concomitanza con la critica schmittiana del sistema parlamentare.

L'accentramento del potere esecutivo è una delle conseguenze prodotte in ogni paese dalla guerra. Schmitt inizia a riflettere sul tema della dittatura durante la prima guerra mondiale e, nell'età di Weimar, la sua riflessione prosegue andando a coinvolgere, in *La dittatura*, l'intera vicenda dello Stato moderno, per poi concentrarsi sulla situazione della Germania con i commenti dell'art. 48 della Costituzione di Weimar.

2.1. *Dittatura e stato d'assedio*

Il saggio *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*⁵²¹, scritto nel 1916 quando Schmitt si trovava nel Quartier Generale di Monaco di Baviera, è il primo testo nel quale il giurista si confronta con i temi della dittatura, dello stato d'assedio e dello stato d'eccezione⁵²². All'epoca la legge prussiana sullo stato d'assedio risalente al 1851 era ancora in vigore, in quanto ad essa si richiamava esplicitamente un articolo della *Reichsverfassung*. L'articolo in questione, il 68 della Costituzione imperiale del 1871, prevedeva che il *Kaiser*, in caso di minacce per la sicurezza pubblica all'interno dei confini del *Bund*, potesse dichiarare lo stato di

⁵²¹ C. Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand. Eine Staatsrechtliche Studie* (1916), in Id., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 3-20.

⁵²² Cfr. M. Nicoletti, *Trascendenza e potere*, cit., pp. 69-72.

guerra in base alla legge prussiana sullo stato d'eccezione del 1851⁵²³. Il saggio schmittiano ricerca le origini storico-giuridiche della disciplina prussiana e le rintraccia nelle vicende politiche e costituzionali della Francia rivoluzionaria, nonché in quelle del Belgio del 1831⁵²⁴. Riconosciuto il debito della Germania verso la Francia in merito alla disciplina legislativa dello stato d'eccezione, Schmitt individua gli eventi della storia politica francese decisivi per lo sviluppo della teoria della dittatura nella dittatura del *Comité de Salut Publique* del 1793, nella proclamazione dello stato d'assedio (*Belagerungszustand*) nel luglio del 1830 da parte di Carlo X e nella Rivoluzione del 1848. Alla luce della teoria della dittatura e dello stato d'assedio, la differenza macroscopica tra questi avvenimenti della storia francese viene individuata, in un primo momento, nel fatto che nel 1793 si trattava di difendere il territorio della giovane Repubblica dall'offensiva della coalizione delle potenze straniere, si trattava cioè di far fronte ad un pericolo esterno; nel 1830 e nel 1848 invece - nonostante l'eco che queste due rivoluzioni, in particolare la seconda di esse, ebbero sul continente europeo - in gioco c'erano l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, minacciati da un pericolo interno. Inoltre nel 1793 lo stato d'eccezione costituito dalla guerra esterna e la dittatura del *Comité de Salut Publique* hanno comportato la concentrazione nello stesso organo del potere legislativo e di quello esecutivo nonostante il principio della separazione dei poteri - risalente a Locke e a Montesquieu - fosse stato solennemente proclamato nell'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*. Nella Convenzione nazionale la separazione dei poteri non sussisteva più. Schmitt sostiene che nel 1830 e nel 1848 invece non si giunse ad un tale esito, non vi fu concentrazione dei poteri: esecutivo e legislativo rimasero distinti anche quando i generali Marmont e Cavaignac fronteggiarono, *manu militari*, la minaccia interna.

Schmitt evidentemente non ha ancora elaborato i due distinti concetti di 'dittatura commissaria' e 'dittatura sovrana' che costituiscono il maggior guadagno scientifico di *La dittatura* del 1921, eppure ha già piuttosto chiari alcuni degli elementi discriminanti tra i due. Quella del 1793 è stata una

⁵²³ Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 34. L'art. 68 RV recita: «L'Imperatore, se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Federazione, può dichiarare una parte di questo territorio in stato d'assedio. Fino a che una legge del Reich abbia regolato i casi, la forma, la pubblicità e gli effetti di una simile dichiarazione, saranno applicate le prescrizioni della legge prussiana del 4 giugno 1851». (*Ivi*, p. 180).

⁵²⁴ In *Diktatur und Belagerungszustand*, cit., p. 3, Schmitt scrive: «die Geschichte des preußischen Belagerungszustandes ist von der Geschichte der preußischen Verfassung nicht zu trennen. Die Materialien aller, den Belagerungszustand wie die Verfassung betreffenden Gesetze verweisen auf belgische und französische Vorbilder».

dittatura sovrana, quelle del 1830 e del 1848, invece, sono state dittature commissarie, sebbene Schmitt non adoperi ancora questa espressione ma si serva del concetto di *Belagerungszustand*. La differenza essenziale tra i fatti del 1830 e quelli del 1848 da un lato e la dittatura del 1793 dall'altro non risiede nella durata temporale (circa un anno nel caso del *Comité de Salut Publique*, pochi giorni o poche settimane nel caso delle rivoluzioni dell'Ottocento) o nella maggiore o minore estensione del territorio coinvolto (l'intero Paese nel 1793, la sola città di Parigi negli altri due casi): «*wesentlich, im rechtlichen Sinne, ist vielmehr, daß der Militärbefehlshaber, in dessen Händen durch königliche Ordonnanz oder durch Gesetz die vollziehende Gewalt konzentriert wird, eine konkrete Aufgabe erledigt*»⁵²⁵. L'adempimento di un compito concreto è la 'commissione' del detentore del potere militare. Nel 1916 Schmitt distingue tra *Kriegs-* e *Belagerungszustand* da un lato, e dittatura dall'altro non solo sulla base della presenza di uno specifico compito da adempiere ma anche a partire dalla concentrazione o meno del potere esecutivo e del potere legislativo nelle stesse mani. Nel caso di uno stato d'assedio o di guerra la separazione dei poteri viene mantenuta, dal momento che il detentore dell'autorità militare è sì titolare di un potere esecutivo accresciuto nelle sue competenze, ma non detiene il potere legislativo: legislazione ed applicazione della legge restano competenze attribuite ad organi distinti nel rispetto del principio lockiano che è posto a fondamento dello Stato di diritto; nel caso della dittatura al contrario la distinzione tra i poteri formalmente resta valida, ma la separazione viene eliminata nei fatti poiché la medesima autorità ha nelle proprie mani sia il potere di emanare le leggi sia quello di eseguirle⁵²⁶. Ciò consente a Schmitt di dire che «*die in der Mitte des 19. Jahrhunderts entstandenen Belagerungs- oder Kriegszustandsgesetze beabsichtigen nicht eine Vereinigung von Legislative und Exekutive*»⁵²⁷. Rispetto a *La dittatura* del 1921 il concetto mancante nell'argomentazione schmittiana è quello – risalente a Sieyes - del *pouvoir constituant* che Schmitt non ha ancora introdotto come vera discriminante tra *Diktatur* e *Kriegs- o Belagerungszustand*, ovvero – per adoperare la terminologia successiva – tra dittatura sovrana e dittatura commissaria. Non compare neppure la figura del 'nemico interno', la quale – così come la distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* – Schmitt mutua dalla teoria rivoluzionaria e costituzionale dell'abate Sieyes. Infatti nel saggio del 1916, mentre Schmitt discute la tesi rousseauiana della necessaria subordinazione dell'esecutivo al legislativo, non fa menzione alcuna del

⁵²⁵ *Ivi*, p. 7.

⁵²⁶ Cfr. *Ivi*, p. 16.

⁵²⁷ *Ivi*, p. 15.

pensiero di Sieyès. La centralità del potere legislativo e la riduzione del governo ad istituzione che deve eseguire meccanicamente la volontà del legislatore sovrano è una tesi rousseauiana che riscosse grande successo nell'età della Rivoluzione francese. Contro la concezione dell'amministrazione statale come «funzione automatica della legge» Schmitt ne scopre invece l'aspetto creativo e produttivo: «*die Verwaltung ist mehr als der bloÙe Vollzug positiver Gesetzesbestimmungen, das Gesetz ist nur der Rahmen, innerhalb dessen die schöpferische Tätigkeit der Verwaltung vor sich geht*»⁵²⁸. In *Diktatur und Belagerungszustand* Schmitt comincia cioè a maturare la convinzione che non solo in un procedimento giudiziario è inevitabile che il giudice prenda una decisione su un caso concreto e che questa decisione non sia sussumibile sillogisticamente dalla norma generale – questo è quanto sostenuto nel 1912 in *Gesetz und Urteil* –, ma che anche nell'intera attività dell'amministrazione statale la soluzione del caso particolare sia logicamente e storicamente anteriore rispetto alla formulazione della norma astratta. Il giurista non si esprime ancora nei termini – che saranno propri di *Teologia politica* – del nesso sovranità-eccezione-decisione. Nel saggio del 1916 non tratta del concetto di sovranità, né – come si è detto – del potere costituente. Afferma però che in caso di uno stato d'assedio o di una dittatura il concreto atto amministrativo sia il *prius*, mentre la legge generale ed astratta solo il *posterius*: «*Der Anfang aller staatlichen Tätigkeit ist Verwaltung; von ihr haben sich Gesetzgebung und Jurisdiktion erst später gesondert. Jede Angelegenheit wird zunächst konkret von Fall zu Fall erledigt, der einzelne Verwaltungsakt erscheint deshalb als eine Art jurisdiktioneller Vorgang, da ja auch der ProzeÙ ohne Bezugnahme auf eine abstrakt formulierte Rechtsnorm entschieden wird und das Recht, das als Norm für alle Staatstätigkeit maßgebend ist, sich derartig von selbst versteht, dass der Richter es überhaupt nur für den konkreten Fall „findet“. Erst als die mehrere Fälle voraussehende generelle Verwaltungsmaßnahme in immer weiterer Abstraktion zum Gesetz geworden war konnte ein eigener Organismus als „Legislative“ auftreten*»⁵²⁹. Come era già avvenuto nel libro *Der Wert des Staates und die Bedeutung des einzelnen* (1914), al centro della riflessione schmittiana c'è il rapporto tra diritto e realizzazione del diritto, e di nuovo si ripresenta il dualismo tra particolarità e universalità, declinato in questo contesto come dualismo tra atto amministrativo del detentore del potere militare e normativa di legge.

⁵²⁸ *Ivi*, p. 17.

⁵²⁹ *Ivi*, p. 17.

Nel Quartier Generale di Monaco, dove Schmitt si occupava dell'amministrazione della legge marziale (*Standrecht*), cioè nell'esperienza concreta del *Kriegszustand*, il giovane giurista matura la successiva riflessione sullo stato d'eccezione, sul concetto di sovranità, sull'origine e sull'evoluzione dello Stato moderno, nonché sul decisionismo come pensiero giuridico alternativo al normativismo, e lo fa in un costante confronto con la storia della Francia contemporanea dallo scoppio della Rivoluzione del 1789 alla dittatura di Thiers del 1871.

A conclusione del saggio del 1916 Schmitt si concede una trascrizione in termini hegeliani del proprio pensiero. Richiamandosi alla dialettica di posizione-negazione-superamento Schmitt scrive: «*die frühere ununterschiedene Einheitlichkeit staatlichen Funktionierens war die Position; die Teilung der Gewalten ist deren Negation; der Belagerungszustand bedeutet (für einen gewissen Raum) eine Rückkehr zur Position, während die Diktatur die Negation der Negation ist, d. h. die Teilung der Gewalten zwar aufhebt, aber doch übernimmt und voraussetzt*»⁵³⁰. Qui come altrove è evidente il duplice piano – ermeneutico e storico – dell'analisi schmittiana della dittatura e dello stato d'assedio. Il passo riportato, alla luce della successiva riflessione schmittiana sulla sovranità e sullo Stato, può essere così interpretato: l'unità del potere dello Stato rappresenta il punto di partenza della vicenda della modernità politica (assolutismo); il principio della separazione dei poteri costituisce il momento della negazione di quell'unità, ovvero dell'alienazione della sovranità (liberalismo); la dittatura, con la concretezza delle sue misure d'emergenza, è la negazione della negazione e rende possibile la ricostituzione della sovranità (rivoluzione democratica).

2.2. La dittatura del 1921

Nel libro *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampfe* Schmitt ricostruisce la storia di questo istituto giuridico dall'età romana all'epoca di Weimar, sia sul piano dell'elaborazione teorica, sia sul piano dell'attuazione pratica. Circa la metà del lavoro si concentra però su un periodo in particolare: il XVIII secolo con la Rivoluzione francese e l'emergere del concetto di dittatura sovrana, ed il XIX secolo con la declinazione della dittatura come stato d'assedio. Solo le ultime pagine della seconda edizione del saggio (1928) sono dedicate all'analisi dell'art. 48 della Costituzione di

⁵³⁰ *Ivi*, p. 19.

Weimar. Con questo studio Schmitt ripensa la vicenda dello Stato moderno, assoluto prima, liberale e democratico poi, a partire dal punto di vista dello stato d'eccezione. La dittatura in effetti – come Schmitt mette in chiaro sin dalla *Premessa* – «è necessariamente stato d'eccezione»⁵³¹. L'interesse di Schmitt per i temi dello stato d'eccezione, dello stato d'assedio, dello stato di guerra e della dittatura risale, si è visto, al periodo della prima guerra mondiale e sono giustificati, da un punto di vista tecnico-giuridico, dall'effettiva vigenza di due disposizioni di legge – la legge prussiana del 1851 ed una legge bavarese del 1912 –, ma, dopo la Rivoluzione bolscevica del 1917, è anche lo scenario della politica internazionale ad imporre all'attenzione del giurista il rapporto tra eccezione, rivoluzione e dittatura. La nuova eco che la teoria marxiana della dittatura del proletariato e quella del partito politico di Lenin esercitano in Europa, non fanno che rafforzare in Schmitt la convinzione che il momento dell'esercizio dittatoriale del potere sia la chiave per l'interpretazione dell'intera vicenda della forma politica moderna⁵³².

2.2.1. Allo studio schmittiano è premessa una breve delucidazione del significato che il termine dittatura ha nella letteratura politica borghese ed in quella socialista: nel primo caso dittatura si riferisce al potere personale di un uomo che si pone – col consenso espresso o tacito del popolo – a capo di un apparato di governo ed amministrativo fortemente accentrato (Napoleone I ne è il prototipo); nel secondo caso il soggetto del potere non è il singolo ma la classe e la caratteristica di tale potere è il perseguimento di un fine, l'abolizione dello Stato, e comporta di conseguenza la transitorietà della dittatura del proletariato.

La dittatura in Schmitt è il momento in cui nella storia si manifesta il problema dell'attuazione del diritto - della *Rechtsverwirklichung* - in una situazione critica. I suoi caratteri fondamentali sono: l'investitura da parte di un'autorità suprema, la sospensione del diritto, il forte accentramento del potere, la transitorietà, l'adempimento del compito di ristabilire l'ordine violato (dittatura commissaria) o di stabilire *ex novo* l'ordine (dittatura sovrana). La storia del concetto di dittatura può essere tracciata in cinque tappe: 1. la dittatura nel diritto romano; 2. la dittatura dall'età del Rinascimento alla Rivoluzione francese; 3. la dittatura nell'età della Rivoluzione francese e nel XIX secolo; 4. la dittatura del Presidente del Reich ai sensi dell'art. 48 WRV; infine 5. la dittatura del proletariato nella

⁵³¹ *D*, p. 7.

⁵³² Cfr. su Lenin e Schmitt E. Bolsinger, *The Autonomy of the Political. Carl Schmitt's and Lenin's Political Realism*, Westport (CN)-London, Greenwood Press, 2001.

teoria di Marx ed Engels⁵³³. Come nota Michele Nicoletti in *Trascendenza e potere*, la dittatura in Schmitt non è solo «un istituto giuridico, ma esprime l'essenza stessa dello Stato moderno. Lo Stato moderno nasce come potere assoluto (...) anche la dottrina della sovranità popolare, che parrebbe l'esatta antitesi della dottrina dello Stato assoluto, in realtà nasconde un'analogia anima dittatoriale»⁵³⁴.

In realtà buona parte del libro – i capitoli 3, 4, 5 – è dedicata al concetto di dittatura sovrana nel XVIII secolo e alla prassi dei commissari del popolo durante la Rivoluzione francese; solo le ultime pagine vertono sulla dittatura nell'ordinamento dello Stato di diritto del XX secolo e sul concetto marxiano di dittatura del proletariato. Ciò è dovuto al fatto che Schmitt individua nella Rivoluzione francese il momento della svolta teorica e pratica del concetto di dittatura: alla fine del XVIII secolo il dittatore diventa commissario non di un *pouvoir constitué* ma del popolo, che è titolare del *pouvoir constituant*. Sembra che Schmitt chiami dittatura sovrana talvolta il *Comité de Salut Publique*, talvolta l'intera Convenzione nazionale che esercita nel biennio 1793-94 sia il potere legislativo sia quello esecutivo. Ad ogni modo è l'emergere della nazione o del popolo come nuovo soggetto politico che trasforma la dittatura da commissaria a sovrana. Nel 1926, tornando di nuovo sul concetto di dittatura in un breve testo, Schmitt scrive: «*Diese souveräne Diktatur wird insbesondere ausgeübt von einer Nationalversammlung, die nach einer Revolution, wenn die bisherige verfassungsmäßige Ordnung beseitigt und solange eine neue Verfassung noch nicht in Kraft getreten ist, die staatliche Gewalt ohne rechtliche Schranken ausüben kann. Das ist im modernen demokratischen Staat der häufigste Fall einer souveränen Diktatur*»⁵³⁵. Schmitt a questo punto fa tre esempi rilevanti di dittatura sovrana dopo quella sorta nell'età della Rivoluzione francese: si tratta dell'Assemblea nazionale francese del 1848, della dittatura di un partito rivoluzionario che pretende di richiamarsi all'autentica volontà del popolo e, soprattutto, della *Nationalversammlung* di Weimar del 1919, equiparata ad una dittatura sovrana fino all'entrata in vigore della nuova costituzione repubblicana. In questi esempi fatti da Schmitt che uniscono idealmente la Costituente weimariana alla Convenzione francese del 1793 - passando per gli eventi del 1848, la teoria

⁵³³ Le tappe di questo sviluppo sono sintetizzate in una breve voce sul concetto di dittatura scritta da Schmitt nel 1926 per lo *Staatslexikon* della Görres-Gesellschaft a cura di Hermann Sacher (Freiburg i. Br. 1926). Lo scritto è stato ripubblicato in C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 33-37.

⁵³⁴ M. Nicoletti, *Trascendenza e potere*, cit., p. 139.

⁵³⁵ C. Schmitt, *Diktatur*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., p. 35.

marxiana e la Rivoluzione bolscevica del 1917 - è forte il nesso che lega rivoluzione-dittatura-democrazia-costituzione.

Il rapporto tra democrazia e dittatura – ovvero la tesi secondo la quale l’una non sarebbe l’opposto dell’altra, anzi democrazia e dittatura possono coesistere come due facce della stessa medaglia – viene discusso da Schmitt più che in *La dittatura* del 1921 in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* del 1923 nell’ambito della critica alla forma di governo parlamentare di Weimar. Il rapporto democrazia/dittatura, quindi, non è relegato al momento della nascita della democrazia moderna, ma ha in Schmitt una stringente attualità. In *La dittatura* quel rapporto è descritto nel momento del suo primo emergere nella storia dello Stato moderno, quando - con il trasferimento al popolo della sovranità e l’elaborazione del concetto di *volonté générale* da parte di Rousseau da un lato, e l’invenzione del *pouvoir constituant* della nazione da parte di Sieyès dall’altro – diventa possibile una dittatura investita del potere non da un’istituzione preesistente, ma – seppur in modo fittizio - dal popolo stesso. In Schmitt democrazia e dittatura sovrana nascono contemporaneamente nell’età della Rivoluzione francese. Il risvolto dittatoriale del potere fondato su basi democratiche non è una deviazione rispetto al concetto di democrazia, ma ne è la sua essenza più originaria ed autentica. Il rapporto immediato capo-masse e la critica della mediazione parlamentare – critica, quest’ultima, che nel lavoro del 1921 non viene ancora svolta – non significa una sfiducia nel principio rappresentativo, ma solo nella capacità dei deputati, dei partiti di massa, del parlamento tutto, di rappresentare l’unità politica e garantire stabilità di governo.

Schmitt scrive infatti che «la cosiddetta forma positivista è un concetto del tutto inadeguato per la materia che qui trattiamo»⁵³⁶. Il concetto di dittatura diventa allora il luogo della rivelazione dell’essenza del diritto, della sua origine politica, e la prova del fallimento della teoria normativistica. Il positivismo riguarda la legalità del funzionamento statale; il caso d’eccezione, che richiede, per essere superato, misure dittatoriali, riguarda invece sia nell’età della Rivoluzione francese sia nell’età di Weimar, la questione della legittimità democratica. Infatti, l’interpretazione schmittiana del *Präsidialsystem* degli anni 1930-1932 – caratterizzato dall’accentramento dei poteri nel Presidente e nel governo del Reich - si basa proprio sui risultati scientifici raggiunti in *La dittatura*, dove la questione del rapporto tra legittimità democratica e potere dittatoriale è posta per la prima volta⁵³⁷. Nel 1932, nella seconda parte di *Legalità e*

⁵³⁶ *D*, p. 185.

⁵³⁷ Cfr. R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 2006³, p. 21.

legittimità, Schmitt tenta di trovare una soluzione alla crisi di Weimar forzando, in modo che può essere correttamente definito populistico, l'interpretazione della costituzione in merito a due articoli: l'art. 73 che disciplina il referendum e le leggi di iniziativa popolare, sul quale Schmitt basa la propria argomentazione volta ad avvalorare la tesi di una legittimità democratica che può contrapporsi, mantenendosi rispettosa della costituzione, alla rappresentanza parlamentare; e l'art. 48 che disciplina i poteri del Presidente. La forzatura consiste nella radicalizzazione del rapporto immediato popolo-capo a scapito della mediazione parlamentare. Ebbene, questo tipo di legittimazione democratica del potere dittatoriale è quanto emerge, a parere di Schmitt, all'inizio stesso dello Stato democratico moderno, nella Convenzione nazionale della I Repubblica francese del 1792 eletta a suffragio universale, dal cui seno emerse il *Comité di salut publique* e, in particolare, la personalità di Robespierre.

Si è soliti pensare che il saggio sul parlamentarismo del 1923 sia la bozza preparatoria di *Dottrina della costituzione*. La struttura del breve saggio, in effetti, coincide grosso modo con quella della parte centrale e più consistente del lavoro di Schmitt sulla costituzione di Weimar, dove la tesi dell'opposizione di parlamentarismo e democrazia, elaborata nel 1923, è approfondita ed estremizzata nella distinzione tra l'elemento giuridico dello Stato di diritto con il suo principio di legalità (si veda la parte II di *Dottrina della Costituzione*) e l'elemento politico della legittimità, che può essere tradizionale e monarchica oppure rivoluzionaria e democratica (si veda la parte III di *Dottrina della costituzione*). Ebbene, non sembra infondato affermare che, data la centralità che Rousseau e Sieyes nonché l'intera vicenda della Rivoluzione francese hanno sia nella teoria schmittiana della dittatura sia in quella della democrazia, il libro del 1921 *La dittatura* sia non meno utile per analizzare la teoria schmittiana della democrazia di quanto lo sia il saggio *Die geistegeschichtliche Lage des heutigen parlamentarismus*, volto a criticare la rappresentanza parlamentare con argomenti non particolarmente originali, se confrontati con quelli dei teorici delle élites e di Weber.

2.2.2. Gli autori che Schmitt prende in esame in *La dittatura* sono alcuni dei grandi classici del pensiero politico: Machiavelli, Bodin, Hobbes, Montesquieu, Rousseau e Sieyes.

Machiavelli è il primo grande autore del pensiero politico moderno cui Schmitt si richiama⁵³⁸. Nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*

⁵³⁸ Cfr. C. Galli, *Schmitt e Machiavelli*, in «Filosofia politica», anno XX, 2005, n. 1, pp. 123-140.

non poteva mancare una trattazione generale sulla dittatura in quanto magistratura straordinaria costituzionalmente prevista nella Roma repubblicana ed è da qui – dalla mediazione rinascimentale della classicità - che prende avvio la ricostruzione storica del concetto di dittatura. Machiavelli pare a Schmitt «dominato da un interesse prevalentemente tecnico», dal problema del «come conseguire un determinato risultato, come fare una certa cosa» - atteggiamento, questo, che il Fiorentino condivide con l'età rinascimentale⁵³⁹. Prima ancora dell'affermazione della forma-Stato, in Machiavelli la tecnica – in quanto predisposizione razionale di mezzi in vista di un fine a prescindere da ogni giudizio di valore (la morale tradizionale) - si manifesta come il paradigma di quella *Zweckrationalität* che Weber avrebbe individuato come l'agire sociale tipico del mondo occidentale moderno⁵⁴⁰. Schmitt, in effetti, scrive: «l'assunzione di una tecnicità (*Technizität*) fa sì che diventi indifferente ogni finalità politica ulteriore, allo stesso modo che un ingegnere può avere un interesse tecnico alla produzione di un determinato oggetto senza che per questo debba preoccuparsi degli scopi ulteriori per i quali verrà usato»⁵⁴¹. Dal punto di vista istituzionale questa concezione tecnicistica del potere e dello Stato comporta il riconoscimento della priorità del momento decisionale ed esecutivo del potere rispetto a quello deliberativo e legislativo.

La formazione cattolica di Schmitt – che nella fase giovanile e della prima maturità si manifesta nell'ostilità del giurista tedesco al razionalismo e alla modernità – è evidente anche nel giudizio su Machiavelli, che non si discosta dalla *vulgata* antimachiavelliana che poneva il Fiorentino all'origine della teoria della ragion di Stato. «All'origine dello Stato moderno – scrive Schmitt - sta quest'orientamento verso la dittatura, caratterizzato dagli elementi che abbiamo testé descritto, razionalismo, tecnicità e primarietà dell'esecutivo (...) Lo Stato moderno è sorto storicamente da una tecnica pratica (*Sachtechnik*) nell'ordine politico. Come riflesso teoretico di questo fatto nasce la dottrina della ragion di Stato»⁵⁴². Schmitt condivide questa lettura di Machiavelli come teorico della ragion di Stato con Friedrich Meinecke, del quale recensisce, nel 1926, uno studio sullo sviluppo della ragion di Stato dal XVI al XX secolo⁵⁴³. Al Fiorentino, del resto, Schmitt stesso dedica un breve saggio in occasione del

⁵³⁹ *D*, p. 20.

⁵⁴⁰ Cfr. M. Weber, *Economia e società. I.*, cit., pp. 21-23.

⁵⁴¹ *D*, p. 20.

⁵⁴² *D*, p. 24.

⁵⁴³ C. Schmitt, *Zu Friedrich Meineckes „Idee der Staatsräson“* (1926), in *PB*, pp. 51-59; trad. it. in *PD*, pp. 162-175 e, più recentemente, in *PC*, pp. 69-82.

quattrocentesimo anniversario della morte, pubblicato nel 1927 in concomitanza con la prima edizione di *Il concetto di politico*⁵⁴⁴.

La lettura che Schmitt fa di Machiavelli è, nel complesso della prestazione scientifica del giurista, marginale e non innovativa sia quando viene criticamente sottolineato l'aspetto tecnico della politica del Fiorentino, sia quando viene accentuato l'aspetto del potere e della forza come origine dello Stato. «Machiavelli – così si esprime Carlo Galli - è visto come uno dei principali responsabili dell'autogiustificazione moderna della politica in quanto attività tutta immanente; le tematiche tradizionali dell'antimachiavellismo cattolico – l'accusa al Fiorentino di avere operato una blasfema inversione di valore e di collocazione gerarchica tra morale tradizionale e politica – non sono quindi rifiutate, ma, dato che in Schmitt il cattolicesimo non funge da neo-fondamentalismo quanto piuttosto da punto di vista parzialmente estraneo alla modernità che di questa gli consente di cogliere alcuni salienti tratti negativi, sono trasformate in un'accettazione psicologica e in un parallelo rifiuto politico, che inserisce il giudizio di Schmitt su Machiavelli all'interno del dibattito novecentesco sulla tecnica e sulla ragione strumentale»⁵⁴⁵.

Il 'potere non legittimo' che Weber studia esclusivamente in relazione alla *Stadtsoziologie*, è esteso, in *La dittatura*, all'analisi dell'origine 'illegittima' dello Stato moderno. Ebbene, quando Schmitt coglie il lato dell'illegittimità della politica moderna e, in particolare, dell'illegittimità dello Stato democratico nato dalla Rivoluzione francese più che dello Stato assoluto nato dalle guerre civili di religione, mutua i propri strumenti concettuali non dal *Principe* machiavelliano, bensì dalla *volonté générale* di Rousseau e dal *pouvoir constituant* di Sieyès⁵⁴⁶. Se si accoglie la tesi che Schmitt sia il pensatore della genealogia della politica moderna, allora «si deve riconoscere che Machiavelli non fa parte dell'itinerario genealogico schmittiano»⁵⁴⁷. Di questo itinerario di ricerca fanno parte certamente Bodin e Hobbes, ma, relativamente al periodo più tardo della modernità segnato dalla sostituzione dello Stato assoluto da parte dello Stato

⁵⁴⁴ C. Schmitt, *Machiavelli. Zum 22. Juni 1927*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 102-105.

⁵⁴⁵ Cfr. C. Galli, *Schmitt e Machiavelli*, cit., p. 124.

⁵⁴⁶ L'interpretazione schmittiana del Fiorentino ha influenzato la ricezione sia di Machiavelli sia di Schmitt da parte di Gerhard Ritter il quale insiste, in *Il volto demoniaco del potere*, sulla vicinanza tra il 'demoniaco' machiavelliano e il 'politico' schmittiano. Si veda G. Ritter, *Il volto demoniaco del potere* (1947⁵), Bologna, Il Mulino, 1997²; cfr. C. Galli, *Il volto demoniaco del potere? Alcuni momenti e problemi della fortuna continentale di Machiavelli*, in R. Caporali (a cura di), *Machiavelli e le Romagne*, Cesena, Il Ponte Vecchio, 1998, pp. 101-126.

⁵⁴⁷ C. Galli, *Schmitt e Machiavelli*, cit., p. 138.

democratico, ne fanno parte, non meno di Bodin e Hobbes, anche Rousseau e Sieyes.

Rousseau è uno degli autori centrali del lavoro del 1921, *La dittatura*, e l'età della Rivoluzione francese segna un punto di svolta nella storia del concetto. Schmitt non ha mai lavorato ad uno studio esclusivamente dedicato all'autore del *Contratto sociale*, come invece ha fatto per l'autore del *Leviatano*. Eppure la presenza costante di Rousseau nell'opera di Schmitt fa del Ginevrino un punto di riferimento essenziale per l'interpretazione della prestazione schmittiana. In effetti, Rousseau compare in posizioni decisive in *Romanticismo politico* (1919), in *La dittatura* (1921), in *Teologia politica* (1922), nel saggio sul parlamentarismo (1923¹, 1926²), in *Dottrina della costituzione* (1928), e qualche accenno alla concezione rousseauiana della natura umana non è assente neppure in *Il concetto di politico* (1927).

Nel libro sul romanticismo Rousseau è visto come il teorico di uno dei due nuovi demiurghi della modernità secolarizzata, il popolo, cioè il demiurgo progressista e rivoluzionario che occupa il posto vuoto lasciato dal Dio trascendente della tradizione. Con Rousseau, che di questo popolo proclama l'onnipotenza, la politica diventa «una faccenda religiosa» e l'uomo politico si trasforma in «un sacerdote della repubblica, della legge, della patria»⁵⁴⁸. La Rivoluzione francese d'altra parte è considerata l'avvenimento centrale della storia moderna: i partiti politici si formano e si schierano nel campo della lotta politica avendo come discriminante l'atteggiamento nei confronti delle idee del 1789 che Schmitt riassume nel concetto di individualismo⁵⁴⁹. In *Teologia politica* – come si è già mostrato – Rousseau compare soprattutto in qualità di teorico della sovranità popolare, all'interno dell'analisi del processo di secolarizzazione del concetto di sovranità dall'ambito metafisico a quello morale-umanitario.

In *La dittatura* Schmitt dedica un esame approfondito alla teoria dello Stato di Rousseau. Il *Contratto sociale* appare come un'opera fondamentale non tanto per l'influenza, spesso sopravvalutata, che la «bibbia dei giacobini» (Edgard Quinet) avrebbe esercitato sulla Rivoluzione francese, quanto piuttosto perché essa, con le profonde contraddizioni concernenti il rapporto tra individuo e comunità politica, tra libertà e coercizione, tra privato e pubblico è «il sintomo più lampante della crisi in cui si dibatteva l'individualismo europeo e permette di individuare il punto esatto in cui esso si ribaltava in assolutismo e il suo postulato della libertà in quello del terrore»⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ *RP*, p. 94.

⁵⁴⁹ Cfr. *RP*, pp. 41-42.

⁵⁵⁰ *D*, pp. 123-124.

La polemica schmittiana contro l'individualismo è svolta a partire dalla critica delle teorie moderne del diritto naturale. Vengono distinti due tipi di giusnaturalismo: il giusnaturalismo della giustizia (*Gerechtigkeitsnaturrecht*) e il giusnaturalismo scientifico di Hobbes (*wissenschaftliches Naturrecht*). Nel primo caso il potere dello Stato non può pretendere di essere assoluto poiché vi è una giustizia preesistente allo Stato alla quale gli individui possono appellarsi. Nel secondo caso invece, quello del *Leviatano* di Hobbes, da una posizione di partenza individualistica ed atomistica che riconosce l'esistenza di leggi di natura ma non di un diritto e di una giustizia naturali, si giunge ad esiti giuspositivistici che concepiscono il diritto come frutto di una decisione autoritativa. Con Rousseau vengono esasperate le contraddizioni del giusnaturalismo e del contrattualismo moderni e si compie il ribaltamento del rapporto moderno tra individuo e Stato. Nonostante i presupposti da cui Rousseau muove siano individualistici, gli esiti del contratto non lo sono affatto, poiché il *moi commun* cui gli individui danno vita comporta l'assorbimento di ogni individualità da parte della comunità. La *volonté générale* assurge in Rousseau a dignità divina e, annientando ogni volontà od interesse particolare, elimina la possibilità di porre il problema della garanzia dei diritti inalienabili dell'individuo. La divisione dei poteri e i *corps intermédiaires*, aventi la funzione in Montesquieu di frammentare il potere assoluto dello Stato per proteggere la libertà dell'individuo, sono superati nella *volonté générale* di Rousseau che, riducendo il governo a mero organo di esecuzione della legge, prescinde dall'immagine liberale della *balance of power*.

La *volonté générale*, che è generale quanto al soggetto (il corpo politico), quanto al fine (il bene comune) e quanto al caso singolo (è generale, astratta e non ammette eccezioni), è indicata come il concetto centrale della teoria dello Stato di Rousseau. Schmitt insiste in particolare sulla distinzione rousseauiana tra *volonté générale* e *volonté de tous*: la volontà generale non può risultare dalla somma delle singole volontà individuali perché si oppone per definizione a tutto ciò che è privato; l'individuo stesso può possedere la volontà generale solo in quanto cittadino, non in quanto privato⁵⁵¹. L'attenzione per la dimensione della sfera pubblica dell'esistenza a scapito della sfera privata è la cifra tanto del pensiero di Rousseau, quanto di quello di Schmitt. La distinzione tra *volonté générale* e *volonté de tous* – motivata sulla base dell'argomento che la volontà generale è un'entità morale, non puramente fattuale - , implica, come sua logica conseguenza, che tale volontà infallibile possa essere «in

⁵⁵¹ Cfr. *D*, p. 129.

possesto di una minoranza o magari di una sola persona» e che la dialettica democratica della volontà generale possa condurre alla «soppressione pura e semplice della democrazia»⁵⁵².

La consapevolezza di anticipare con le proprie opere più di un aspetto della futura dittatura rivoluzionaria sovrana della Convenzione nazionale (1792) non era presente in Rousseau, che, nel IV libro del *Contratto sociale* tratta la questione della dittatura come un problema connesso col governo, non con la sovranità, e richiama la storia delle istituzioni della Roma repubblicana. Schmitt non indugia molto sull'istituzione della dittatura in Rousseau, che la concepisce ancora nel significato che essa aveva nel diritto romano, cioè come dittatura commissaria. Del resto, sia il principe (che in Rousseau è un altro nome per dire il governo), sia il deputato del popolo, sia infine lo stesso dittatore restano semplici commissari del sovrano. La figura, delineata nel *Contratto sociale*, che conquista l'attenzione del giurista è piuttosto la figura del legislatore, quella sorta di *Deus ex machina* che non è una magistratura né detiene la sovranità, ma costituisce la repubblica senza poi entrare a far parte della sua costituzione (*constitution*)⁵⁵³. Si tratta di uno dei rari passi del *Contratto sociale* in cui Rousseau, che preferisce di solito parlare di *loi fondamentale* dello Stato, adopera invece il termine costituzione. Il legislatore non è un magistrato, mentre la dittatura è una delle magistrature della costituzione repubblicana. Il legislatore di Rousseau è diritto senza potenza; il dittatore è potenza senza diritto. Il legislatore sta al di fuori dello Stato ma dentro il diritto, è diritto non ancora costituito; il dittatore, al contrario, sta nello Stato, è potenza costituita che può «far tacere» l'attività legislativa, ma non la può «far parlare»⁵⁵⁴. Il concetto schmittiano di dittatura sovrana è la sintesi, assente in Rousseau, di queste due figure: quella del grande legislatore dello Stato e quella del dittatore. Le conclusioni di Schmitt vanno proprio in questa direzione: «se stabilissimo una connessione capace di conferire al legislatore la potenza del dittatore, di creare cioè un legislatore dittatoriale e un dittatore che detti la costituzione, avremmo allora il passaggio dalla dittatura commissaria alla dittatura sovrana. Ora questa connessione viene stabilita da un'idea, quella di *pouvoir constituant*, che rientra per il suo contenuto nella logica del *Contrat social*, ma non vi è ancora definito come un potere speciale»⁵⁵⁵.

⁵⁵² D, p. 131.

⁵⁵³ Cfr. J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., pp. 56-63 (: 59), (Libro II, Cap. VII 'Del Legislatore').

⁵⁵⁴ *Ivi*, pp. 182-187 (: 185), (Libro IV, Cap. VI 'Della dittatura').

⁵⁵⁵ D, p. 139.

Grazie alla teoria della rivoluzione e alla teoria costituzionale che Sieyes enuncia nei *pamphlets* del biennio 1788-1789, in particolare nel *Terzo Stato*, la ricerca di un principio organizzatore non organizzabile porta all'elaborazione del concetto di *pouvoir constituant* il quale, attribuito alla nazione, consente di legittimare la rivoluzione contro l'assolutismo monarchico e la società dei privilegi. In *La dittatura* Schmitt affronta per la prima volta la questione del potere costituente del popolo come volontà politica che prende la decisione concreta sulla forma giuridico-politica della sua esistenza. Il giurista non abbandonerà più la convinzione che, nate dalla Rivoluzione francese, le costituzioni moderne riposino sempre sulla decisione di un soggetto politico, non su una norma come sosteneva il positivismo formalistico. Il concetto fondamentale di *Dottrina della costituzione* è proprio quello di costituzione positiva, dove 'positiva' sta per 'posta' dalla volontà del titolare del potere costituente. L'analogia sistematica e metodologica – che potremmo definire teologico-politica *ante litteram* - individuata a proposito del potere costituente è quella tra la teoria politico-costituzionale di Sieyes e la metafisica immanentistica di Spinoza⁵⁵⁶: «il rapporto tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* ha la sua perfetta analogia sistematica e metodologica nel rapporto tra *natura naturans* e *natura naturata*, un'idea che ha trovato posto anche nel sistema razionalistico di Spinoza ma che, appunto per questo, dimostra che quel sistema non è puramente razionalistico. Lo stesso va detto della dottrina del *pouvoir constituant*, che invano si cercherebbe di comprendere in termini di puro razionalismo meccanicistico. Il popolo, la nazione, forza originaria di ogni entità statale, costituisce organi sempre nuovi. Dall'abisso infinito ed insondabile del suo potere sorgono forme sempre nuove, che essa può infrangere quando vuole e nelle quali essa non cristallizza mai definitivamente il proprio potere»⁵⁵⁷. Il concetto di potere costituente permette a Schmitt di individuare il momento storico-concreto in cui *Recht* e *Macht* coincidono e di criticare il vuoto formalismo della teoria ottocentesca e novecentesca dello Stato di diritto, che cercò di negare l'origine politica e rivoluzionaria dell'ordine.

Il concetto di dittatura sovrana emerge storicamente in concomitanza con la formulazione delle prime costituzioni scritte, con l'affermazione dei principi democratici del potere costituente e della sovranità popolare. Nell'età della Rivoluzione francese costituzione democratica e dittatura sovrana nascono contemporaneamente dall'eccezione rivoluzionaria. Questo forte legame genetico resta per Schmitt la cifra della democrazia moderna:

⁵⁵⁶ E. Castrucci, *Genealogia della politica costituente. Schmitt, Nietzsche, Spinoza*, in «Filosofia politica», 1999, n. 2, pp. 245-251.

⁵⁵⁷ *D*, p. 154.

l'origine della democrazia moderna dalla dittatura sovrana è il 'rimosso' delle teorie liberal-democratiche à la Kelsen che risolvono il funzionamento delle istituzioni e il loro fondamento concettuale in procedure formali, dimenticando la concretezza dell'eccezione da cui quelle istituzioni e quei concetti sono sorti. In *Essenza e valore della democrazia* Kelsen non negava affatto che il parlamentarismo si fosse sviluppato nella lotta contro l'autocrazia del XVIII secolo. Non ignorava che le critiche rivolte alla rappresentanza democratica si fossero moltiplicate in seguito alla vittoria del principio parlamentare e del principio democratico sul principio monarchico: la sostituzione di nuovi nemici al vecchio nemico sembra a Kelsen quasi inevitabile. Ma la rimozione dell'eccezionalità e della concretezza della situazione che determinò la nascita della costituzione democratica moderna rende la teoria formale-procedurale della democrazia vulnerabile di fronte al ripresentarsi della crisi e agli attacchi dei nuovi nemici. La riflessione kelseniana degli anni Venti sulla democrazia manca della «*radikale Begrifflichkeit*» delle analisi schmittiane sulla genesi della democrazia moderna che prendono avvio in *La dittatura*, e sembra essere più una argomentata apologia delle fragili istituzioni parlamentari austro-tedesche, esposte agli attacchi concentrici della sinistra marxista e filosovietica e della destra nazionalista, conservatrice e infine nazista.

Nel XX secolo un esempio di dittatura sovrana è quello fondato sulla filosofia marxiana della storia nell'interpretazione ad essa data da Lenin in *Stato e rivoluzione* (1917) a partire dall'esempio della Comune parigina del 1871. La dittatura del proletariato persegue l'obiettivo di creare in una società le condizioni per cui le classi economiche cessino di esistere. Il compito della dittatura consiste pertanto nella transizione dall'economia capitalistica e dalla democrazia parlamentare e borghese al comunismo e alla democrazia rivoluzionaria e proletaria. Poiché la borghesia è una classe condannata a morte dalla storia, il diritto all'uso della forza da parte della classe emergente, il proletariato, contro la borghesia è giustificato dalla storia stessa. Dal punto di vista della dottrina generale dello Stato, la dittatura del proletariato presuppone per Schmitt lo stesso concetto di dittatura sovrana che era alla base della teoria e della prassi della Convenzione nazionale francese del 1793.

Dal punto di vista della storia e della teoria costituzionale la distinzione tracciata da Schmitt tra i due tipi di dittatura è di importanza essenziale, e nel caso dell'interpretazione dell'art. 48 della Costituzione di Weimar risultò già negli anni Venti convincente⁵⁵⁸. L'art. 48 venne utilizzato numerose volte dal presidente Ebert. Sebbene l'intento del

⁵⁵⁸ Cfr. G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., pp. 59-76.

costituente fosse quello di consentirne l'uso in caso di sommosse di natura politica, la sua applicazione fu presto estesa al caso di situazioni critiche dovute a crisi congiunturali dell'economia come la disoccupazione e l'inflazione.

2.3. Il Presidente del Reich

Scritto dopo la morte del Presidente Ebert e immediatamente prima della candidatura e dell'elezione del suo successore, il maresciallo Hindenburg, alla carica di Capo dello Stato, il saggio *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*⁵⁵⁹ del 1925 è - insieme a quello del 1924 sul potere presidenziale di scioglimento del Reichstag⁵⁶⁰ e all'altro, sempre del 1924, sui *Diktaturgewalten* del Presidente ristampato nella seconda edizione di *Die Diktatur*⁵⁶¹ - uno dei primi testi scientifici nei quali Schmitt analizza il ruolo del Presidente nella compagine istituzionale disegnata a Weimar nel 1919.

Il Presidente si configura innanzi tutto come un «*Gegengewicht* del Reichstag, del parlamentarismo, della politica di partito», come una «correzione» della legge elettorale proporzionale e del sistema delle liste⁵⁶². Ma non solo. Infatti, riecheggiando quanto affermato da Marx in *Il 18 Brumaio* a proposito di Luigi Napoleone Bonaparte e proseguendo sulla strada aperta da Weber con le riflessioni sulla *Führerdemokratie* in generale, sul ruolo del Presidente del Reich in particolare, Schmitt scrive: «*Nach demokratischen Prinzipien müsste man sagen, daß ein vom ganzen Volk gewählter Präsident mehr Autorität haben wird als ein von dem gleichen Volk gewähltes Parlament. Bei dem vom Volk gewählten Präsidenten vereinigt sich das Vertrauen des Volkes auf eine einzige Person, während es sich beim Parlament auf mehrere hundert Abgeordnete verteilt und infolge des Verhältniswahl- und Listensystems überhaupt bei den meisten Abgeordneten von einem persönlichen Vertrauensverhältnis kaum noch gesprochen werden kann*»⁵⁶³. Come nel caso del rapporto tra

⁵⁵⁹ C. Schmitt, *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus dem Jahren 1916-1969*, Hrsg. von G. Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 24-27. Cfr. per i riferimenti storici e biografici le note e le aggiunte del curatore Ivi, pp. 27-32.

⁵⁶⁰ C. Schmitt, *Reichstagaufösungen (1924)*, in *VA*, pp. 13-28.

⁵⁶¹ C. Schmitt, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, in «*Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre*», 1, 1924, p. 63 ss.

⁵⁶² C. Schmitt, *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 24-25.

⁵⁶³ Ivi, pp. 25-26.

politica e religione – in merito al quale si è individuato il *fil rouge* che unisce i diversi momenti della *Religionskritik* (Marx), della *Religionssoziologie* (Weber) e della *politische Theologie* (Schmitt) – anche nel caso del rapporto tra leader e masse negli Stati moderni e nelle moderne società industrializzate la triade Marx-Weber-Schmitt ha un valore euristico di primaria importanza sia che si vogliano sottolineare le analogie sussistenti tra le riflessioni dei tre studiosi, sia, al contrario, che se ne vogliano sottolineare le differenze. Mentre la centralità del parlamento in Kelsen non è mai messa in discussione, in Marx – che esprime un giudizio decisamente negativo sul *coup d'État* del 1851 in Francia –, in Weber – che collabora, nella commissione presieduta da Hugo Preuß, alla formulazione degli artt. 41 e 48 WRV⁵⁶⁴ – e in Schmitt – che dei poteri dittatoriali del Presidente è uno dei più acuti e noti interpreti – la assoluta centralità del parlamento rispetto ad altre istituzioni dello Stato non è riconosciuta, o almeno, come nel caso degli scritti politici di Weber, non lo è sempre ed in modo univoco. Il rapporto di fiducia che lega il Presidente eletto direttamente dal popolo al popolo stesso (art. 41 WRV) è nell'interpretazione di Schmitt più forte del legame che unisce il popolo al Parlamento e questo proprio a causa della natura monocratica della carica del Capo dello Stato di contro alla collegialità dell'istituzione parlamentare. La vicenda del colpo di Stato di Napoleone III che ispirò a Marx *Il 18 Brumaio* e la successiva esperienza del bonapartismo erano ben note agli autori della costituzione di Weimar, i quali, in un primo momento, avevano pensato di escludere gli eredi delle famiglie allora regnanti negli Stati regionali dalla possibilità di candidarsi alla carica di Presidente della Repubblica, divieto poi eliminato nel corso dei lavori della commissione e non contenuto nel testo finale della costituzione⁵⁶⁵. Quando Schmitt afferma che il potere di un Presidente eletto dal popolo a stragrande maggioranza sarebbe in democrazia un potere davvero irresistibile non è chiaro se

⁵⁶⁴ Weber già durante la fase rivoluzionaria aveva dichiarato la sua preferenza per un Capo dello Stato legittimato direttamente dal popolo non solo per ragioni di equilibrio con la rappresentanza popolare, ma anche per la possibilità di individuare nel Presidente un «fattore decisivo» in eventuali momenti di bisogno. In questa linea si muovono i progetti di Preuß. Dal complesso degli interventi fatti in Commissione e poi in Assemblea emerge con nettezza la tendenza conservatrice di attribuire maggiori compiti e responsabilità al Presidente della Repubblica, tendenza che ovviamente incontra le resistenze socialdemocratiche.

⁵⁶⁵ La possibilità che l'elezione popolare diretta del Capo dello Stato diventi in futuro la via per il ristabilimento di una dinastia regnante in Germania è ipotizzata anche da Weber, il quale però non nutre alcun timore che ciò avvenga e, dato il discredito in cui le dinastie tedesche sono cadute dopo la guerra, giudica irrealistica questa eventualità. Cfr. M. Weber, *La futura forma statale della Germania*, in Id., *Scritti politici*, cit., p. 155.

esprima un auspicio o un timore. Che la dittatura non sia l'opposto della democrazia è, in effetti, una tesi già sostenuta nel 1923 in *Die geistesgeschichtliche Lage*; eppure il saggio *Reichspräsident und Weimarer Verfassung* del 1925, che Schmitt fa pervenire a Preuß e sul cui contenuto Preuß si dice sostanzialmente d'accordo⁵⁶⁶, si mantiene ad un livello di scientificità tale che non sarebbe fuori luogo definirlo con l'attributo della weberiana *Wertfreiheit*.

A questo punto è opportuno fare un passo indietro e prendere in esame un breve testo di Weber risalente ai primi mesi del 1919 dal titolo *Il presidente del Reich*⁵⁶⁷, nel quale il sociologo espone le proprie ragioni a sostegno dell'elezione diretta del Capo dello Stato. Weber vuole evitare la creazione di un Capo dello Stato che, in quanto eletto indirettamente dal Reichstag, sarebbe «destinato alla misera impotenza che contraddistingue, per esempio, il Presidente francese». Il confronto con la storia politico-costituzionale francese - dalla Rivoluzione del 1789 a quella del 1848 passando per la Monarchia di luglio, e dal bonapartismo alla Terza Repubblica passando per l'esperienza della Comune parigina - è una costante del dibattito tedesco sulla riforma del Reich guglielmino prima e, ancor più, sull'edificazione della Repubblica poi, presente dunque anche nelle riflessioni di Weber sul ruolo del Presidente. Solo un presidente legittimato dal voto di milioni di cittadini avrebbe la capacità - sostiene il sociologo - di avviare la ricostruzione dell'economia tedesca dopo la disfatta militare. D'altra parte, solo l'elezione popolare del Presidente del Reich può fornire l'occasione per una selezione di capi che favoriscano una nuova organizzazione dei partiti, volta a superare il sistema delle *Honoratiorenparteien*. In questo argomento a sostegno dell'elezione diretta del Capo dello Stato è evidente la contraddizione weberiana già segnalata tra principio parlamentare e principio plebiscitario: disperando che il parlamento possa essere l'auspicata palestra dei nuovi *leaders*, Weber sembra affidarsi ora al voto popolare per risolvere la questione della direzione politica dello Stato e della sua burocrazia. A causa del sistema proporzionale per l'elezione del Reichstag il parlamento diventerà - paventa Weber - un organo corporativo all'interno del quale siederanno deputati che agiranno sotto «il mandato imperativo dei gruppi economici» e l'istituzione rappresentativa cesserà di essere il luogo di selezione di capi politici. Mentre prima nello Stato autoritario l'esigenza democratica era quella di rafforzare il ruolo del parlamento, ora in uno Stato democratico l'esigenza, anch'essa democratica, deve essere quella di impedire che si instauri un

⁵⁶⁶ Cfr. la lettera di Preuß a Schmitt del 19.3.1925 pubblicata in P. Tomissen (Hrsg.), *Schmittiana III*, Brüssel, 1991, p. 131.

⁵⁶⁷ M. Weber, *Il presidente del reich*, in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 231-236.

regime fondato sull'onnipotenza della maggioranza parlamentare⁵⁶⁸: «si limiti come si vuole la potenza del presidente eletto dal popolo (...) ma gli si dia tramite l'elezione popolare un terreno proprio sotto i piedi. Altrimenti ad ogni crisi parlamentare – e tale crisi, se ci saranno più di quattro o cinque partiti, non sarà certamente una rarità – vacillerebbe l'intera costruzione del Reich». Terminata l'età della legittimazione tradizionale del *Kaiser*, Weber trova solo nel carisma di un Presidente eletto plebiscitariamente l'adeguato sostituto dell' «autorità dell'eterno ieri» e il possibile contrappeso del potere burocratico. Se «l'autorità carismatica è per sua essenza quanto mai labile»⁵⁶⁹, l'elezione popolare diretta del Capo dello Stato costituisce un tentativo di istituzionalizzazione del carisma e di regolamentazione del problema della successione del capo carismatico. Contrariamente ad ogni specie di organizzazione burocratica, il potere carismatico non conosce - per definizione dello stesso Weber - «una forma o un procedimento ordinato di insediamento o di destituzione»⁵⁷⁰, perché «il puro carisma non conosce nessun'altra legittimità che quella derivante dalla propria forza ripetutamente confermata»⁵⁷¹. Anche negli studi sul potere carismatico Weber si rifà alla storia politica francese, questa volta non per biasimare la debolezza politica del Presidente della Terza Repubblica, bensì per costruire l'analogia tra la struttura carismatica del potere e la prassi di Napoleone III di far ricorso allo strumento del plebiscito⁵⁷²: «il sistema democratico del cosiddetto potere plebiscitario – la teoria del cesarismo francese – comprende nella sua concezione tratti essenzialmente carismatici, e gli argomenti dei suoi rappresentanti servono tutti a sottolineare appunto questa sua caratteristica. Il plebiscito non è un'elezione, ma è il primo o un rinnovato riconoscimento (come nel plebiscito del 1870⁵⁷³) di un pretendente quale detentore carismatico del potere, qualificato in modo

⁵⁶⁸ Weber parla in modo piuttosto colorito della «superstiziosa fede da carbonaio circa l'infalibilità e l'onnipotenza della maggioranza non del popolo naturalmente, ma del parlamento: l'estremo opposto [rispetto all'*Obrigkeitsstaat* precedente], altrettanto antidemocratico» (*Ivi*, p. 235).

⁵⁶⁹ M. Weber, *Economia e società. IV*, cit., pp. 218-268 (: 221).

⁵⁷⁰ *Ivi*, p. 219.

⁵⁷¹ *Ivi*, p. 221.

⁵⁷² Cfr. sulla teoria e sull'uso del plebiscito nella Francia di Napoleone III P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit., pp. 197-238. Emile Ollivier, teorico del regime bonapartista menzionato da Rosanvallon, parla apertamente del plebiscito come del *contrepois du corps législatif*, del contro-potere che svolge la funzione di limitare quella che appariva ai suoi occhi l'onnipotenza parlamentare.

⁵⁷³ Il riferimento è al testo costituzionale sottoposto nel 1870 da Napoleone III alla ratifica popolare: si trattava di far legittimare dalle urne le diverse riforme istituzionali intraprese a partire dal 1860. Cfr. P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit.

personale»⁵⁷⁴. In *Economia e società* il regolare procedimento elettorale che porta alla designazione del detentore del potere formalmente supremo è considerato uno sviluppo dell'acclamazione con la quale i dominati si sottomettono al capo carismatico e gli promettono obbedienza⁵⁷⁵. Un'ulteriore ragione a sostegno della legittimazione plebiscitaria del Presidente risiede nell'annosa questione della natura federale del Reich e nel pericolo che le tendenze particolaristiche degli Stati regionali prevalgano sulla forma unitaria. Il rapporto egemonico Prussia-Reich fa dire a Weber che «solo un Presidente del Reich eletto dal popolo può giocare a Berlino accanto ai vertici prussiani dello Stato un ruolo non meramente tollerato. (...) un presidente del Reich che non fosse eletto da tutto il popolo giocherebbe, di fronte ai vertici dello Stato prussiano, un ruolo addirittura miserevole»⁵⁷⁶.

L'elezione popolare viene presentata come la migliore procedura di selezione dei *leaders* ed indirettamente delle élites ovvero delle nuove oligarchie negli Stati democratici di massa. La concezione weberiana della democrazia – così come la teoria formulata da Schumpeter un paio di decenni più tardi in *Capitalismo, socialismo, democrazia* (1942) – si distingue da quella di Schmitt per la totale assenza di riferimenti ai principi, ai valori o alle formule propriamente democratici: sovranità popolare, uguaglianza, partecipazione, autogoverno, identità di governanti e governati. «Ancor meno – nota David Beetham – questi vengono considerati degli obiettivi per i quali valga la pena di lottare»⁵⁷⁷. È il rapporto masse-leader carismatico il nucleo della tarda riflessione weberiana sulla democrazia, e il suffragio universale e l'elezione popolare diretta sono accolti da Weber proprio perché giudicati la procedura di selezione del leader più adatta agli Stati di massa. In conclusione Weber afferma convinto: il diritto all'elezione diretta del Capo dello Stato è la «*Magna Charta* della democrazia»; «un Presidente del Reich eletto dal parlamento attraverso determinate alleanze e coalizioni di partito, con lo spostamento di queste alleanze è un uomo

⁵⁷⁴ M. Weber, *Economia e società. IV*, cit., p. 235.

⁵⁷⁵ «Lo sviluppo dell'acclamazione carismatica del detentore del potere fino alla vera e propria elezione del signore da parte della comunità dei domini si è compiuta nei più diversi stadi di civiltà; e l'affermarsi di una considerazione razionale del procedimento, svincolata da ogni fede emozionale, doveva appunto contribuire a questa trasformazione» (M. Weber, *Economia e società. IV*, cit., p. 236). Gli Stati Uniti d'America, dove i candidati alla Presidenza della Repubblica – precedentemente selezionati nella campagna di nomination di ciascuno dei due maggiori partiti – competono per il voto popolare rappresentano – dice Weber – lo stadio più avanzato del processo di trasformazione dell'acclamazione dei dominati in una regolare procedura elettorale.

⁵⁷⁶ M. Weber, *Il presidente del Reich*, in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 235-236.

⁵⁷⁷ D. Beetham, *La teoria politica di Max Weber*, cit., p. 159.

politicamente morto. Invece, un Presidente eletto dal popolo, capo dell'esecutivo, capo dell'apparato di controllo amministrativo e detentore di un veto sospensivo e della facoltà di sciogliere il parlamento, che abbia in aggiunta la facoltà di indire una consultazione popolare, è il palladio dell'autentica democrazia, che non significa abbandono impotente a combriccole, bensì sottomissione a capi che essa ha eletto da sé»⁵⁷⁸.

I poteri del Capo dello Stato sono – riconosce Schmitt sin dall'inizio del saggio del 1925 *Reichspräsident und Weimarer Verfassung* - «straordinariamente grandi» e proprio per questo gli consentono di esercitare il ruolo di contrappeso del Reichstag. Essi coincidono sostanzialmente con quelli suggeriti da Weber nel suo breve scritto politico: il potere di sciogliere il Reichstag (art. 25), la rappresentanza del Reich nella politica estera (art. 45), il potere di nomina di impiegati e ufficiali (art. 46), il comando supremo delle forze armate (art. 47), i poteri dittatoriali in caso d'eccezione (art. 48), il diritto di grazia (art. 49), la nomina del Cancelliere del Reich e, su consiglio di questi, dei ministri (art. 53), il potere di indire un referendum su una legge votata dal Reichstag (art. 73). Preuß si rifà in effetti sia alle considerazioni di Weber sia agli studi di Redslob nel delineare la figura di un Presidente dotato di poteri incisivi nel sistema politico-costituzionale e nel collocarlo nel quadro di un sistema parlamentare *sui generis*. In effetti, il rifiuto del parlamentarismo della Francia della III Repubblica si connette ad un modello mutuato dalla monarchia costituzionale, dove però la base fosse la legittimità popolare, non più quella tradizionale. La *Ebenbürtigkeit* – la pari condizione di 'nascita' – del Capo dello Stato e del Parlamento poteva essere ottenuta solo attraverso l'investitura diretta del presidente da parte del popolo. Era quest'ultimo, il popolo, che, attraverso i meccanismi dello scioglimento del Reichstag da parte del Presidente del Reich (art. 25 WRV)⁵⁷⁹ e della revoca del mandato del Presidente da parte del Reichstag (art. 43 WRV)⁵⁸⁰, avrebbe dovuto risolvere, in quanto istanza ultima in democrazia, eventuali conflitti

⁵⁷⁸ M. Weber, *Il presidente del Reich* (1919), in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 231-236.

⁵⁷⁹ L'art. 25 WRV recita: «Il presidente del Reich può procedere allo scioglimento del Reichstag, ma solo una volta per lo stesso motivo. La nuova elezione deve aver luogo non oltre il sessantesimo giorno dopo lo scioglimento». Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 195.

⁵⁸⁰ L'art. 43 c. 2 WRV dispone: «Su iniziativa del Reichstag e mediante votazione popolare il presidente può essere deposto dalla carica prima del decorso del suo termine. La deliberazione del Reichstag deve essere presa a maggioranza dei due terzi. In seguito ad essa il presidente è sospeso dall'esercizio del suo ufficio. Il rigetto della proposta di deposizione del Reichstag vale come rielezione del presidente in carica, ed ha per conseguenza lo scioglimento del Reichstag». Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 200.

tra il Presidente ed il parlamento. Il meccanismo ideato da Preuß voleva fondarsi - seguendo le indicazioni date da Redslob in *Die parlamentarische Regierung*⁵⁸¹ - sul principio dell'equilibrio, il quale, qualora fosse venuto meno, sarebbe stato ricostituito per mezzo dell'appello al voto popolare.

In *Reichspräsident und Weimarer Verfassung* Schmitt sviluppa la propria analisi in tre direzioni: in primo luogo prende in considerazione i rapporti che si potrebbero creare tra Presidente e governo; quindi, esprimendo la convinzione che il Presidente sia un'istituzione capace di rappresentare il popolo più di quanto non lo sia il Reichstag e paventando perciò la possibilità di gravi conflitti costituzionali tra le due istituzioni

⁵⁸¹ Nella sua trattazione del governo parlamentare come sistema dell'equilibrio (*System des Gleichgewichts*), il popolo viene visto da Redslob come il «potere superiore» (*die höhere Gewalt*), come il giudice supremo (*der höchste Schiedsrichter*) che decide in caso di conflitto tra l'esecutivo e il legislativo. Il Capo dello Stato, invece, si configura come la «forza motrice» (*die impulsive Kraft*) dell'intero meccanismo. Scrive Redslob per riassumere il senso della forma di governo parlamentare: «das parlamentarische Regime ist also nicht eine Trennung [così è negli Stati Uniti d'America], sondern vielmehr eine Bindung der Gewalten. Der Knotenpunkt des politischen Lebens liegt in den Wahlen. Die Abstimmung des Volkes beherrscht alle Kräfte des Staates». Cfr. R. Redslob, *Die parlamentarische Regierung*, cit., pp. 1-8 (: 7).

Il dibattito sulle riforme istituzionali dell'ultima fase dell'età guglielmina è interessante per due ragioni: in primo luogo perché attesta le profonde difficoltà di riformare l'assetto istituzionale di un regime consolidato; in secondo luogo perché è utile per lo studio della successiva costituzione liberal-democratica del 1919 dal momento che molte delle posizioni sostenute sono riproposte nei lavori della *Nationalversammlung* di Weimar. La discussione tedesca alla vigilia della guerra mondiale vedeva contrapporsi due fronti: da un lato coloro che - anche sulla base dei loro legami con l'area conservatrice delle forze politiche (il cosiddetto *schwarz-blau Block*) - temeva una soluzione parlamentare, dall'altro coloro che invece l'auspicavano. Ad ogni modo, fino al collasso militare del novembre del 1918, lo scenario di riferimento in Germania non è ancora quello della repubblica democratica, ma rimane quello imperiale della monarchia costituzionale, ed è in questa prospettiva che si inserisce lo studio di Redslob.

In *Die parlamentarische Regierung*, nella sezione dedicata all'analisi del parlamentarismo della III Repubblica francese, Redslob fa delle interessanti osservazioni sui concetti di 'repubblica' e di 'democrazia'. Mentre la definizione di repubblica è chiara - «Die Wahl aller Organe, das ist das republikanische Prinzip» - la definizione di democrazia resta nel vago e nell'indefinito. La democrazia è «ein psychologisches Phänomen», «ein Lebensprinzip», «eine geistige Disposition, die einen Verband beherrscht»: «daraus ergibt sich nun allerdings ein Streben zur republikanischen Form, welche der äußere Niederschlag dieser psychologischen Verfassung ist». Ma la democrazia come fenomeno psicologico e non come configurazione giuridica può coesistere, come effettivamente avviene in Inghilterra e in Belgio, con la permanenza in carica del monarca ereditario e con un certo peso politico dell'aristocrazia nella camera alta: «hier hat sie [*scil.* la democrazia] den Sinn, daß sie den aus dem Volk hervorgewachsenen Organen eine grössere Autorität als dem Monarchen oder dem Adel leiht. Sie verlegt das Schwergewicht im System der moralischen Kräfte» (*Ivi*, pp. 108-109).

rappresentative, sottolinea la vicinanza tra democrazia di massa e dittatura del Presidente; infine, facendo un bilancio dei sei anni del mandato presidenziale di Ebert, riconosce al socialdemocratico scomparso di aver interpretato il ruolo del Capo dello Stato come *pouvoir neutre*, nello spirito di Benjamin Constant. Schmitt nota però che questa configurazione del ruolo del Presidente come ‘potere neutro’ non sia affatto l’unica possibile. Il testo della costituzione di Weimar, anche in questo caso come in molti altri, è aperto a soluzioni concrete contrastanti se non addirittura opposte tra loro: in caso di concordanza politica tra Presidente e governo – ipotizza Schmitt – la concentrazione di potere a tutto svantaggio del Reichstag potrebbe essere superiore a quella di una monarchia costituzionale, e potrebbe configurarsi una sorta di «dittatura costituzionale»; al contrario, una profonda divergenza di vedute tra Presidente e governo in merito all’indirizzo politico complessivo darebbe origine ad un conflitto istituzionale e ad una situazione di caos politico.

I contemporanei avevano ben chiaro che l’istituzione del Presidente della Repubblica voluta dai costituenti era una terza via rispetto al Presidente della III Repubblica francese, eletto dal parlamento e privo di sostanziali poteri, e il Presidente degli Stati Uniti d’America, eletto direttamente e titolare dell’esecutivo, cioè capo del governo, o, meglio, della *administration*⁵⁸². Se un rimprovero viene mosso da Schmitt ai costituenti – rimprovero respinto da Preuß - esso concerne la mancanza di coraggio nel definire in modo ancor più vantaggioso per il Capo dello Stato le competenze di un’istituzione già tanto potente: «*die Urheber der Weimarer Verfassung seien vor den Konsequenzen ihres eigenen Planes, einen mächtigen Präsidenten zu schaffen, erschrocken und hätten mit der einen Hand wieder genommen, was sie mit der anderen so freigiebig gewährt hatten*»⁵⁸³.

3. La critica del parlamentarismo: da Marx e Sorel a Schmitt

⁵⁸² Cfr. Per una trattazione scientifica dettagliata dell’istituzione del Presidente della repubblica H. Pohl, *Wahl, Amtsbauer und persönliche Rechtsstellung des Reichspräsidenten*, in G. Anschütz – R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, cit., pp. 467-502. Heinrich Pohl scrive infatti: «*Die Weimarer Verfassung schlägt einen Mittelweg zwischen dem französischen und dem amerikanischen System ein, indem sie die Volkswahl mit parlamentarischer Regierung verbindet*».

⁵⁸³ C. Schmitt, *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., p. 25.

Il 1923 è un anno critico nella vita della giovane Repubblica: è l'anno del Putsch di Hitler a Monaco di Baviera, delle sollevazioni comuniste nella Germania centrale e dell'occupazione francese e belga della Renania come garanzia dell'adempimento dell'obbligo al pagamento delle riparazioni di guerra previsto dal trattato di Versailles. È in seguito a quest'ultimo evento che Schmitt inizia ad occuparsi del diritto internazionale e, in particolare, della neonata istituzione della Lega delle Nazioni di Ginevra: nel 1924 pubblica il saggio *Die Kernfrage des Völkerbundes* e nel 1925 *Die Rheinlande als Objekt internationaler Politik*⁵⁸⁴. «Ogni affermazione è una risposta – ogni risposta risponde ad una domanda – ogni domanda nasce da un situazione» così recita una delle più note sentenze di Schmitt emerse nei dialoghi con amici e allievi nel secondo dopoguerra. Come ha sottolineato recentemente Günter Maschke, Schmitt era ed amava definirsi *ein Denker konkreter geschichtlicher Situationen*⁵⁸⁵. L'occupazione della Renania - punto di partenza di una riflessione che si sarebbe trasformata, con *Il Nomos della terra* del 1950, in una complessa e discussa filosofia del diritto internazionale - è solo una delle molteplici situazioni concrete con le quali Schmitt si confronta negli anni Venti.

3.1. *Democrazia e rappresentanza: Reichstag e Reichstagsauflösungen*

Parallelamente alla polemica contro l'occupazione renana e la Società delle Nazioni Schmitt sviluppa la critica del sistema parlamentare di Weimar⁵⁸⁶. Dopo il lavoro sul romanticismo, dopo aver ricostruito la storia della dittatura ed essersi quindi occupato del legame che unisce i concetti di sovranità-eccezione-decisione, Schmitt nel 1923 inizia a confrontarsi con la costituzione liberal-democratica del 1919. Questo confronto critico con Weimar segna la vita e l'opera del giurista fino agli anni della crisi finale della Repubblica: delle tre diverse direttrici che orientano la polemica schmittiana – contro Weimar, Ginevra e Versailles – la critica di Weimar è quella che viene privilegiata in questa sede. Si tratta di vedere se e in quale

⁵⁸⁴ Entrambi i saggi sono stati recentemente pubblicati nella medesima raccolta curata da Günter Maschke: C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 1-23 e pp. 26-39; cfr. la recensione di S. Pietropaoli apparsa su «Filosofia politica», anno XX, 2006, n. 2, pp. 290-293.

⁵⁸⁵ *Ivi*, p. XXIII.

⁵⁸⁶ Cfr. per una trattazione scientifica dettagliata del sistema parlamentare di Weimar R. Thoma, *Die rechtliche Ordnung des parlamentarischen Regierungssystems*, in G. Anschütz – R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, 1. Auflage 1930, unveränderter Nachdruck 1998, pp. 503-511.

misura la critica delle istituzioni repubblicane sia anche una critica della democrazia costituzionale moderna sorta in Francia, nel 1789, dalle ceneri dello Stato assoluto. La lunga marcia della democrazia nel XIX secolo ha visto l'ideologia democratica prima avversaria del liberalismo, poi, dopo il 1848, alleata con esso, infine, dopo l'esperienza della prima guerra mondiale e la «nazionalizzazione delle masse», di nuovo ostile ai principi e agli ideali della tradizione liberale. La divaricazione tra l'ideologia democratica e quella liberale, anzi l'opposizione tra le due, è quanto viene affermato da Schmitt nel 1923 in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* – «uno scritto redatto frettolosamente» secondo l'opinione di George Schwab⁵⁸⁷ - dove il giurista trae un primo, provvisorio bilancio del funzionamento delle istituzioni liberal-democratiche. Con questo saggio Schmitt vuole disilludere la giovane Repubblica circa la natura del presunto 'buon governo' parlamentare, constatando il venir meno del fondamento metafisico del parlamentarismo ottocentesco, costituito dai principi di *Öffentlichkeit* e di *Diskussion*.

Col saggio sul parlamentarismo Schmitt inizia a domandarsi se la Costituzione di Weimar fosse un documento coerente, se i costituenti fossero stati all'altezza del compito storico che li attendeva: la sua risposta, che non subirà trasformazioni nel corso del decennio successivo, anzi verrà ribadita e approfonditamente argomentata in *Dottrina della costituzione* e in *Legalità e legittimità*, è che la costituzione contiene due componenti distinte e non riducibili l'una all'altra, la componente democratica e la componente liberale.

Die geistesgeschichtliche Lage va letto insieme a due brevi testi del 1924 ripubblicati da Schmitt in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1958) col titolo unico *Reichstagsauflösungen*. La questione del parlamentarismo nell'epoca di Weimar, ovvero nell'epoca dell'affermazione della democrazia di massa in Germania, è trattata nei due casi in modo diverso ma complementare: il saggio del 1923 adopera un linguaggio prevalentemente filosofico-politico e studia il fenomeno del parlamentarismo in una prospettiva europea; i testi del 1924 contengono considerazioni tecnico-giuridiche sull'interpretazione da dare all'art. 25 WRV che disciplina lo scioglimento del Parlamento da parte del Capo dello Stato⁵⁸⁸. Come sempre in Schmitt, anche le riflessioni in materia giuridico-costituzionale hanno un immediato risvolto politico: in questo caso la

⁵⁸⁷ G. Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, cit., p. 99.

⁵⁸⁸ L'art. 25 WRV dispone: «Il Presidente del Reich può procedere allo scioglimento del Reichstag, ma solo una volta per lo stesso motivo. La nuova elezione deve aver luogo non oltre il sessantesimo giorno dopo lo scioglimento». Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 195.

questione delle motivazioni e della frequenza degli scioglimenti parlamentari è di importanza centrale poiché «nella prassi dello scioglimento della Costituzione di Weimar si riconosce la tendenza crescente ad una democrazia plebiscitaria» a scapito della democrazia parlamentare, che sfocia nell' «aperto dualismo di uno Stato legislativo parlamentare contrapposto ad uno Stato legislativo plebiscitario»⁵⁸⁹. La tendenza crescente alla democrazia plebiscitaria cui Schmitt si riferisce è dovuta ai frequenti scioglimenti del Reichstag nel periodo che va dal 1930 al 1933, quando il Presidente Hindenburg dovette far ricorso per ben 4 volte all'art. 25 per indire nuove elezioni e tentare di superare le resistenze opposte dal Reichstag alle ordinanze presidenziali emanate ai sensi dell'art. 48 WRV. È Schmitt stesso, nelle note redatte in occasione della pubblicazione dei due brevi testi raccolti in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* del 1958, a sottolineare come il problema da lui discusso nel 1924 fosse diventato nell'inverno del 1932 – l' 'inverno' della Repubblica – il problema cruciale della democrazia tedesca: «*die Frage der wiederholten Parlamentsauflösung erreichte den äußersten Grad ihrer verfassungsgeschichtlichen Intensität im Winter 1932-33. Hier wurde auch der unterschiedliche Sinn des Zusammenhangs von Auflösungs- und Ausnahmezustandsbefugnissen evident. Bei den letzten Reichstagsauflösung vom 1. Februar 1933 war die eigentliche Schicksalsfrage der damaligen Situation – ob die Regierung Schleicher oder die Regierung Hitler während der Vorbereitung und Durchführung der Neuwahl über den Einsatz staatlicher Macht und die Prämien auf dem legalen Machtbesitz verfügen würde – durch die Ernennung Hitlers zum Reichskanzler am 30. Januar 1933 bereits im Sinne Hitlers entschieden*»⁵⁹⁰. Poiché il Parlamento, non più in grado di esprimere una maggioranza di governo, riusciva però a bloccare le ordinanze emanate dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 48 WRV⁵⁹¹, al Capo dello Stato non restava altro strumento per superare l'*impasse* che ricorrere allo scioglimento anticipato del Reichstag (art. 25 WRV) e sperare in un esito a lui più favorevole del voto popolare. Il ricorso immediato al popolo come giudice in caso di conflitto tra istituzioni dello Stato era reso necessario dalla crisi della mediazione parlamentare.

⁵⁸⁹ VA, p. 28.

⁵⁹⁰ VA, p. 28.

⁵⁹¹ L'art. 48 WRV è – se così si può dire – un'arma spuntata nelle mani del Capo dello Stato: in effetti dopo i commi primo e secondo che disciplinano la *Reichsexekution* e i *Diktaturgewalten*, il terzo comma ammette la possibilità di annullare le misure prese dal Presidente ai sensi dei commi 1 e 2, poiché prescrive: «di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure devono essere revocate se il Reichstag lo richieda».

Il tema centrale del saggio schmittiano del 1923 è, dunque, il rapporto tra democrazia e rappresentanza, un rapporto che si è manifestato molto problematico sin dalla nascita, nel tardo XVIII secolo, della democrazia costituzionale moderna. Nella Germania degli anni Venti questo rapporto risulta complicato dal fatto che, in base alla costituzione di Weimar, le istituzioni rappresentative sono due: il Reichstag ed il Presidente del Reich, e quest'ultimo, eletto direttamente dal popolo e quindi dotato di una sua propria legittimità plebiscitaria, è investito di ampi poteri decisionali, tra cui compaiono quelli noti come *Diktaturgewalten*. Il rapporto tra democrazia e rappresentanza costituisce – nota E.W. Böckenförde nel secondo dopoguerra - «una delle tradizionali difficoltà della teoria democratica» che Schmitt, nelle sue riflessioni degli anni Venti del XX secolo su democrazia, parlamentarismo e dittatura, non manca di rilevare. Si tratta, in sostanza, della questione che emerse già nel decennio rivoluzionario 1789-1799, quando le nozioni di rappresentanza e di governo rappresentativo oscillavano, nella percezione dei protagonisti stessi della Rivoluzione francese, tra la prospettiva del compimento dell'ideale democratico e la negazione pura e semplice di quell'ideale: la rappresentanza è la realizzazione della democrazia nei grandi Stati moderni o piuttosto è un «ripiego» di fronte all'irrealizzabilità, nell'età moderna, dell'ideale classico della democrazia? Böckenförde ha formulato la domanda in questi termini: «una volta che la rappresentanza si presenti come una necessità della democrazia, quest'ultima viene diminuita da tale fatto? O, al contrario, la rappresentanza, nella sua espressione democratica, costituisce un momento indispensabile e inderogabile di una democrazia che si realizzi effettivamente, e quindi è l'attuazione stessa della rappresentanza a dare legittimità alla democrazia come forma di Stato e di governo?»⁵⁹². Se si accoglie la tesi secondo la quale la democrazia indiretta e rappresentativa trova la sua giustificazione ultima in considerazioni di tipo tecnico, «ogni elemento di democrazia diretta che si trovi introdotto nella sua organizzazione acquista una superiore legittimità e rappresenta un 'di più di democrazia'»⁵⁹³. La tesi schmittiana – criticata da Böckenförde⁵⁹⁴ – è proprio questa: che una «democrazia identitaria-diretta» nella quale il popolo, interrogato su questioni concrete e formulate con precisione, sia direttamente chiamato a decidere rispondendo con un «sì» o con un «no» è una forma più autentica di democrazia di quella che si realizza nel confronto

⁵⁹² E.W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza. Per una critica dell'attuale discussione sulla democrazia*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 499-533 (: 499).

⁵⁹³ *Ivi*, p. 502.

⁵⁹⁴ *Ivi*, pp. 503-511.

parlamentare tra partiti perché consente alla volontà generale del popolo di manifestarsi. È per questa ragione che Schmitt attribuisce tanta importanza agli strumenti della democrazia diretta come il referendum, la legislazione popolare, il plebiscito. Ed è sempre per questa ragione che afferma, nel 1923, che «può esserci una democrazia senza quello che viene denominato parlamentarismo moderno, così come si può avere un parlamentarismo senza democrazia; e la dittatura non è l'opposizione decisiva alla democrazia più di quanto non lo sia la democrazia alla dittatura»⁵⁹⁵. Si tratta di una concezione referendaria della democrazia molto vicina a quella formulata da Rousseau nel *Contratto sociale*. Il Ginevrino, del resto, è il classico del pensiero politico moderno che ricorre nel saggio del 1923 ogniqualvolta Schmitt contrappone ai principi del parlamentarismo la teoria della democrazia come identità di governanti e governati, di legge e volontà popolare.

3.2. *L'inattualità nel XX secolo dei principi del parlamentarismo à la Guizot*

L'avvento della democrazia come evento provvidenziale, come destino ineluttabile contro il quale, dopo la Rivoluzione francese, non esiste più alcun argine, è stato percepito ed espresso nelle sue opere da Tocqueville. Anche per Schmitt il XIX secolo è il secolo del «trionfo della democrazia»⁵⁹⁶, almeno sul piano della storia delle idee politiche, se non ancora nella prassi politica. La democrazia, in forza della sua natura essenzialmente polemica consistente nella negazione della monarchia, è apparsa «legata e perfino identificata in modo del tutto naturale con il liberalismo e la libertà». È contro questa fittizia identificazione che Schmitt prima abbozza una propria dottrina della democrazia, poi ricerca il «nucleo essenziale del parlamento moderno» per contrapporre l'una all'altro e mostrare la compatibilità non tanto di parlamentarismo e democrazia, quanto di dittatura e democrazia.

Schmitt ha già criticato il liberalismo del XIX secolo in *Teologia politica*, facendo proprio il punto di vista dei controrivoluzionari cattolici, in particolare di Donoso Cortès. In *Die geistesgeschichtliche Lage* Schmitt adotta, invece, una strategia sorprendente: non critica il parlamentarismo del XX secolo mettendosi dalla parte dei controrivoluzionari, bensì dalla parte dei liberali del XIX secolo. Schmitt cioè critica la realtà politica per mezzo

⁵⁹⁵ PD, pp. 19-20.

⁵⁹⁶ PD, p. 8.

di un ideale – quello del liberalismo *à la* Guizot della Monarchia di luglio – che era già stato sprezzantemente criticato in *Teologia politica*; detto in altri termini, per attaccare il parlamentarismo di Weimar Schmitt misura la distanza tra questa realtà istituzionale del Novecento tedesco e quell'ideale del liberalismo francese dell'Ottocento e trova così il modo di coinvolgere entrambi – la realtà del presente e l'ideale del passato – nel medesimo giudizio di condanna.

Rifiutata l'analogia tra Stato e impresa capitalistica, Schmitt non fa propria neppure l'opzione weberiana per il parlamentarismo come strumento della selezione dei *leaders* politici, né condivide la tesi kelseniana – risalente a Sieyes – della necessità dell'istituzione parlamentare a partire dalle esigenze della divisione del lavoro nelle moderne società industrializzate. In *La contrapposizione fra parlamentarismo e moderna democrazia di massa*⁵⁹⁷ - che costituisce la premessa alla seconda edizione del 1926 di *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* - Schmitt fa riferimento, pur senza citare esplicitamente Weber, alla tesi del parlamento come *Auslesestätte*, laddove scrive: «chi crede che il parlamentarismo garantisca la migliore selezione politica dei capi ha comunque in genere questa convinzione non più come fede ideale, ma come un'ipotesi tecnico-pratica, costruita secondo modelli inglesi e da sperimentare sul continente; ragionevolmente la si abbandona subito, se non dà buona prova»⁵⁹⁸. Schmitt comprende bene che l'accettazione weberiana del parlamentarismo non è motivata dalla sua adesione ai principi e ai valori del costituzionalismo, né è argomentata a partire da una teoria sulla natura della rappresentanza politica, ma è legata all'efficacia della funzione di selezione della *leadership* e, di conseguenza, all'efficacia del controllo politico della burocrazia. Si tratta cioè, nel caso di Weber, di una opzione per il parlamentarismo che altro non è se non un'opinione 'falsificabile' e, sembra lasciare intendere Schmitt, effettivamente falsificata nel momento in cui non emergono dal seno del parlamento una o più personalità di *leaders* in grado di far funzionare il sistema weimariano. Weber stesso – come si è mostrato - muta in realtà la propria posizione nel corso del biennio 1918-1920 a favore di una *Führerdemokratie* nella quale la legittimazione plebiscitaria tramite l'elezione diretta, non la lotta parlamentare, è lo strumento della selezione del *leader*.

Schmitt non accoglie neppure le altre due ragioni che inducevano Weber ad essere un sostenitore del parlamentarismo, cioè l'individuazione

⁵⁹⁷ Il saggio, ripubblicato da Schmitt stesso nel 1940 in *Positionen und Begriffe*, è disponibile in traduzione italiana sia in *PD*, pp. 84-105, sia in *PC*, pp. 83-103. Qui si segue per le citazioni quest'ultimo testo.

⁵⁹⁸ *PC*, p. 87.

nella istituzione rappresentativa collegiale del garante della libertà individuale e dell'organo indispensabile per il controllo e la direzione politica della burocrazia statale. Schmitt concepisce il liberalismo in primo luogo come un «sistema metafisico», e solo in un secondo momento come un sistema istituzionale. Interrogandosi sul «nucleo ultimo» del parlamentarismo, il giurista ne ricerca l'origine nel teorico classico della separazione dei poteri, Montesquieu, e nei grandi liberali del tardo settecento e dell'ottocento: Burke, Bentham, Guizot e J.S. Mill. È estranea al saggio schmittiano – che rispetto alle considerazioni di Weber inquadra il parlamentarismo in una più ampia prospettiva storico-filosofica - anche la questione - trattata invece da Kelsen⁵⁹⁹ - della riforma del parlamento in senso corporativo, nel senso cioè di quello *Ständeparlament* che avrebbe dovuto realizzare una rappresentanza professionale degli interessi economici ritenuta più adatta alla situazione della Germania rispetto alla rappresentanza politica democratica.

Il liberalismo si presenta nelle opere schmittiane sotto tre aspetti distinti e complementari: l'aspetto filosofico, l'aspetto economico e l'aspetto politico. Il primo riguarda genericamente la convinzione che tutti gli uomini siano uguali ed è all'origine dell'ideologia umanitaria e pacifista: la concezione liberale dell'eguaglianza differisce perciò dalla concezione democratica dell'uguaglianza, la quale si fonda sul principio dell'esclusione del non omogeneo, ovvero sulla corretta individuazione del nemico, e riconosce come uguali tra loro solo i cittadini dello Stato. All'ideologia liberale e pacifista dell'eguaglianza dell'umanità intera Schmitt contrappone l'uguaglianza democratica fondata sull'omogeneità del popolo. Il secondo aspetto del liberalismo, quello economico, è espresso dalla teoria del *laissez faire* e produce come conseguenza la riduzione del nemico al concorrente. Il terzo aspetto, infine, trova la propria realizzazione istituzionale nel parlamentarismo.

Questi tre aspetti del liberalismo – filosofico, politico ed economico – corrispondono grosso modo ai tre *Leitmotive* dell'opposizione di Schmitt al liberalismo individuati da Günter Maschke: 1. il motivo meta-politico, cioè teologico radicato nella sua professione di fede cattolica; 2. il motivo di politica interna che si riferisce alla situazione politica di Weimar; 3. il motivo di politica estera e di diritto internazionale. Innanzi tutto l'anti-liberalismo di Schmitt viene ricondotto direttamente al suo cattolicesimo, e quest'ultimo è interpretato come il punto di convergenza di tre tradizioni o momenti del pensiero cattolico: il pensiero politico dei controrivoluzionari Maistre, Bonald e Donoso Cortès; quindi la polemica anti-liberale di Papa

⁵⁹⁹ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, cit., pp. 95-100.

Pio IX espressa nel *Sillabo* del 1864; infine il *Renouveau* cattolico francese e tedesco successivo alla svolta del secolo⁶⁰⁰. *Die geistesgeschichtliche Lage* più che schiettamente anti-liberale pare a Maschke critico nei confronti del parlamentarismo del XX secolo e dello Stato di partiti, che è, sì, una conseguenza del liberalismo classico del XIX secolo, ma anche un abbandono ed un allontanamento dai suoi principi originari. I principi di *Diskussion* e *Öffentlichkeit* vengono adoperati da Schmitt come unità di misura della crisi del parlamentarismo. Egli distingue quindi tra un liberalismo fedele ai suoi principi ed un liberalismo che tradisce quei principi. Il terzo motivo dell'anti-liberalismo schmittiano è quello collegato alla lotta contro Ginevra e Versailles. Il Trattato di Versailles - sorta di 'pace cartaginese' per la Germania - e la Società delle Nazioni sono interpretati come strumenti per soggiogare la Germania e i tedeschi alle potenze occidentali mediante il predominio spirituale, la suggestione morale, la rappresaglia economica. Schmitt considera il liberalismo come «un sistema metafisico, globale e conseguente»⁶⁰¹. Il rifiuto di una verità assoluta e l'accettazione della lotta tra valori costituiscono il fondamento del liberalismo in tutti i suoi aspetti: relativismo filosofico, governo rappresentativo e parlamentare, capitalismo ed economia di mercato, poiché «è la stessa cosa affermare che la verità deriva dal libero conflitto di opinioni e che l'armonia sorge da sola dalla competizione economica. Là risiede anche il nocciolo intellettuale di questa idea in generale, il suo rapporto specifico con la verità che diventa una semplice funzione nell'ambito di un'eterna concorrenza di opinioni. In rapporto alla verità ciò significa che si rinuncia ad un risultato definitivo»⁶⁰².

Quando Schmitt parla sprezzantemente del liberalismo politico pensa di solito - esattamente come fa Donoso quando definisce la borghesia *clasa discutidora* - al liberalismo francese della Monarchia di luglio, cioè al liberalismo di quei politici ed ideologi come Guizot e Royer-Collard che vivono durante il regno di Luigi Filippo (1830-1848). Nella Monarchia di luglio, che nel 1848 crolla rumorosamente, Schmitt vede all'opera tutte le forze del liberalismo distruttrici dello Stato, che egli crede di riconoscere anche nella Repubblica di Weimar.

Il principio parlamentare, inteso *stricto sensu* come subordinazione del governo al voto di fiducia del parlamento, si fa strada nell'Europa del XIX secolo nel corso della lotta combattuta fra rappresentanza popolare da

⁶⁰⁰ G. Maschke, *Drei Motive im Anti-Liberalismus Carl Schmitts*, in K. Hansen – H. Lietzmann (Hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen, Leske und Budrich, 1988, pp. 55-79 (: 56).

⁶⁰¹ *PD*, p. 24.

⁶⁰² *PD*, p. 24.

un lato e potere monarchico dall'altro. Schmitt accoglie le tre caratteristiche del parlamentarismo che Guizot ha evidenziato per la Monarchia di luglio: 1. la discussione, 2. il dibattito parlamentare pubblico e 3. la libertà di stampa⁶⁰³. Per 'pubblicità' Schmitt intende due cose: la pubblicità del potere e dei suoi atti contrapposta agli *arcana imperii* della teoria della Ragion di Stato e l'esistenza dell'opinione pubblica nella società civile. Entrambi i significati sono riconducibili all'immagine settecentesca dei Lumi, ai principi dell'*Aufklärung*, e richiamano immediatamente il nome di Immanuel Kant: «anche Kant è stato su questo punto – sostiene Schmitt – un'espressione della fede politica del suo tempo, della fede nel progresso della pubblicità e nella capacità infallibile del pubblico a diventare illuminato»⁶⁰⁴. Nel parlamentarismo moderno la «fede» (*Glaube*) nell'opinione pubblica è collegata all'immagine, concernente l'organizzazione delle diverse attività dello Stato, della *balance of power*, che traduce in termini costituzionalistici la teoria repubblicana dello *status mixtus*. L'immagine della bilancia, accanto a quelle della macchina e dell'organismo è una delle più fortunate rappresentazioni dello Stato e del suo potere. La separazione o il bilanciamento dei poteri, che si fonda sull'idea liberale secondo la quale solo dal conflitto tra più elementi (in questo caso tra più poteri dello Stato) emerge ciò che può essere considerato giusto, è anch'esso un principio superato a causa del rapporto fiduciario che, dalla fine dello Stato dualistico della monarchia-costituzionale, lega il governo al parlamento⁶⁰⁵. Nella visione di Schmitt l'essenza del liberalismo politico consiste inoltre nel peculiare *Gesetzesbegriff* dello Stato parlamentare: la legge non è concepita come *voluntas* (come volontà del monarca nello Stato assoluto, del popolo nello Stato democratico), bensì come *ratio*, priva di ogni *cupiditas* e *turbatio*, o meglio come ragione relativa risultante dalle libere discussioni parlamentari di deputati che esprimono nell'aula le proprie ragioni e si lasciano eventualmente

⁶⁰³ Cfr. PD, pp. 23-25.

⁶⁰⁴ PD, p. 27. Cfr. per la critica dell'idea illuministica di progresso: Nietzsche, *L'anticristo. Maledizione del cristianesimo*, Milano, Adelphi, 2005, dove si trova scritto: «il progresso è semplicemente un'idea moderna, cioè un'idea falsa» (p. 6); G. Sorel, *Le illusioni del progresso*, in Id., *Scritti politici*, Torino, Utet, 2006, pp. 423-732; W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, in Id., *Angelus Novus*, Torino, Einaudi, 1995, p. 80.

⁶⁰⁵ La tesi schmittiana secondo la quale oltre ai principi di discussione e pubblicità anche il principio della separazione dei poteri è superato nell'epoca della democrazia di massa è discussa sia in M. Kaufmann, *Recht ohne Regel. Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre*, Freiburg-München, Verlag Karl Alber, 1988, nel capitolo intitolato significativamente 'Diktatur als wahre Demokratie', pp. 132-217 (: 165), sia in H. Becker, *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 32-35 (: 34).

convincere dalla forza delle ragioni dei colleghi. Sono questi i principi del parlamentarismo liberale che Schmitt adopera come unità di misura per criticare il parlamentarismo di Weimar.

La tesi della bancarotta spirituale del parlamentarismo si fonda, da un punto di vista costituzionale, sulla osservazione che due articoli della Costituzione di Weimar, il 21 ed il 29, enunciatori i principi classici del parlamentarismo ottocentesco, non sono in sintonia con l'effettiva prassi politico-parlamentare del XX secolo. L'art. 21 WRV recita: «I deputati rappresentano tutto il popolo. Essi non dipendono che dalla loro coscienza e non sono vincolati da alcun mandato». «Ciò che viene chiamato principio rappresentativo – lamenta Schmitt - non ha più senso»⁶⁰⁶ a causa della limitazione della libertà di movimento del singolo deputato dovuta alla rigida disciplina di partito. Come nota E.R. Huber nella sua opera *Deutsche Verfassungsgeschichte* questa disposizione è stata voluta dai costituenti proprio allo scopo di salvaguardare la *Überparteilichkeit* dello Stato e per evitare che dell'attività dello Stato si potessero appropriare i vari partiti politici in competizione tra loro. L'art. 29, d'altra parte, verte sulla pubblicità dei lavori parlamentari: «Il Reichstag esplica la sua attività pubblicamente»⁶⁰⁷. I due principi del liberalismo - *Diskussion* e *Öffentlichkeit* - sono quotidianamente negati dalla rigida disciplina di partito: a causa del vincolo di fedeltà richiesto dal partito agli eletti, le procedure pubbliche diventano una farsa, dato che le decisioni importanti non vengono più prese pubblicamente in parlamento, ma in segreto a porte chiuse, e in parlamento soltanto sanzionate. Il divario tra la lettera della costituzione e la realtà è il tasto ripetutamente toccato da Schmitt.

La critica di Schmitt alla democrazia parlamentare e ai partiti politici non è originale: essa è già stata formulata, in vari modi e da diversi punti di vista, dai primi teorici delle élites - Mosca, Ostrogorsky e Michels - ai quali, del resto, Schmitt si rifà sin dall'introduzione a *Die geistesgeschichtliche Lage*. La polemica contro i partiti politici, rei di aver stravolto il significato del parlamentarismo ottocentesco, inizia in Schmitt con il saggio del 1923 e prosegue per un decennio fino alla fine della Repubblica di Weimar, articolandosi nella polemica – condotta in *Il custode della costituzione* (1931) - contro il pluralismo, il federalismo e la policrazia, e nella critica - svolta in *Legalità e legittimità* (1932) - della neutralità dello Stato legislativo parlamentare che riconosce a tutti i partiti l'uguaglianza delle *chances* nella conquista del potere politico, a prescindere dalla compatibilità o incompatibilità degli ideali, dei principi, dei programmi politici con i

⁶⁰⁶ PD, p. 5.

⁶⁰⁷ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 194 e p. 196.

principi e i valori che stanno a fondamento della Costituzione di Weimar. Mentre Kelsen ritiene che sia impossibile una democrazia senza partiti politici poiché solo attraverso di essi si giunge alla formazione della volontà dello Stato, la critica schmittiana del parlamentarismo si configura innanzi tutto come una critica della politica di partito e dello Stato-di-partiti.

La Germania di Weimar è descritta dagli storici come un paese di ‘burocrati e soldati’ – figure sulle quali si concentra la critica di Weber in *Parlamento e governo* - nonché di ‘letterati e poeti’ – figure contro le quali polemizza invece Schmitt in *Romanticismo politico* prendendo di mira la figura di Adam Müller - , ma non di veri politici⁶⁰⁸. Nella Germania di Weimar è ampiamente diffusa la sensazione che i partiti siano una cosa irritante: essi, prima di essere percepiti come uno strumento di partecipazione di massa alla vita politica democratica, sono condannati come responsabili della frammentazione della rappresentanza parlamentare e dell’instabilità dei governi, appoggiati da coalizioni parlamentari composite, eterogenee e mutevoli. Nel 1920 il teologo liberale Ernst Troeltsch scrive ai suoi lettori: «I partiti devono esserci. Essi, piaccia o non piaccia, sono l’unico mezzo per la formazione dei governi. Chi prima si irritava per l’arroganza dei militari o dei funzionari statali, può oggi irritarsi per l’egoismo e la litigiosità dei partiti. Senza cose di cui irritarsi o soffrire non si dà governo alcuno. Fare e sopportare governi è sempre stata una faccenda difficile e continuerà ad esserlo»⁶⁰⁹.

Il Reich tedesco si è dato nel 1919 la forma di una democrazia parlamentare per la quale i partiti sono essenziali, eppure il testo della Costituzione li menziona esplicitamente una sola volta ed in un contesto nel quale è implicito un giudizio fortemente negativo⁶¹⁰. Si tratta dell’art. 130 c. 1 WRV che recita: «I funzionari dello Stato sono al servizio della collettività, non di un partito». E.R. Huber, che introduce la distinzione, dal sapore schmittiano, tra Stato di partiti parziale (*partieller Parteienstaat*) e Stato di partiti assoluto (*absoluter Parteienstaat*), nota a questo proposito che anche nella formulazione dell’art. 21 sulla libertà di mandato di ogni singolo deputato del Reichstag è presente, nelle intenzioni dei costituenti, un riferimento implicito ai partiti: la libertà di mandato si configurerebbe cioè

⁶⁰⁸ H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 123-144 e pp. 145-164.

⁶⁰⁹ La citazione, tratta da E. Troeltsch, *Spectator-Briefe*, Tübingen, 1924, trad. it. parziale Id., *La democrazia improvvisata*, Napoli, 1977, è riportata da H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., 81.

⁶¹⁰ Si vedano l’art. 54 per la previsione del rapporto fiduciario tra governo e Reichstag e l’art. 68 per le deliberazioni delle leggi da parte del Reichstag.

non tanto come negazione del mandato imperativo, quanto come affermazione della necessaria libertà del deputato dai partiti⁶¹¹.

Si è soliti imputare alla legge elettorale proporzionale la responsabilità della frammentazione partitica. Eppure, prosegue E.R. Huber, l'origine del sistema multi-partitico weimariano non è una peculiarità dello Stato repubblicano, ma va ricercata nell'età della monarchia costituzionale durante la quale il sistema uninominale a doppio turno, coniugato con il suffragio universale maschile per il Reichstag, aveva già prodotto un sistema multi-partitico non meno frammentato di quello dell'età di Weimar. Il ballottaggio consentiva infatti anche alle piccole formazioni di tentare la sorte e restare a comporre il panorama delle molteplici forze della società civile rappresentate in parlamento⁶¹². La *Überparteilichkeit* dello Stato, l'essere cioè al di sopra dei partiti, è un valore che i costituenti vollero garantire nella speranza che anche nella democrazia di massa e nella politica democratica agita da partiti di massa potesse restare intatta la separazione di

⁶¹¹ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 218. Cfr. E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI. Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 1993, pp. 136-137. Il commento di Huber verte sulla decisione dei costituenti per lo *Stato parziale di partiti* contrapposto allo *Stato assoluto di partiti* e sul silenzio della Costituzione in merito ai compiti dei partiti stessi: «Wenn die Weimarer Verfassung die schon in der Ära des Konstitutionalismus vorbereitete Entwicklung des Staats zum „Parteienstaat“ weiterführte, so nur im Sinn der Entwicklung der Republik zum „partiellen Parteienstaat“. Mit dem Wortlaut wie mit dem Sinn der Reichsverfassung war die Entwicklung zum „absoluten Parteienstaat“ unvereinbar. Die Verfassungsschöpfer von Weimar waren von der Anerkennung einer Alleinmacht der Parteien im Staat und über den Staat weit entfernt. (...) Vielmehr wollte die Verfassung mit ihrem Schweigen über die Aufgaben der Parteien dem Ausufern der offensichtlich vorhandenen Parteienmacht zur Parteienallmacht eine Schranke ziehen. (...) Der Art. 21 wollte mit der Garantie des freien Mandats das Repräsentativsystem gegen die Unterwerfung der Abgeordneten unter die Direktionsgewalt der Parteien sichern; der Art. 130 wollte entsprechend mit der Verpflichtung des Beamtentums zum Dienst an der Gesamtheit („nicht einer Partei“) die Unabhängigkeit der Verwaltung und der Justiz gegen Übergriffe der Parteienmacht schützen».

⁶¹² Cfr. in merito all' 'assoluzione' del sistema proporzionale dall'accusa di essere responsabile della crisi di Weimar E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI. Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 131.134. È da notare inoltre che la soluzione proporzionalistica adottata per l'elezione della *Nationalversammlung* weimariana del gennaio 1919 è stata predeterminata dai lavori del *Verfassungsausschuss*, la commissione per le riforme attiva nel periodo bellico a partire dal 1917. L'apparente aspetto progressivo dell'introduzione della legge elettorale proporzionale deve essere attentamente valutato alla luce dell'esigenza avvertita dai partiti conservatori di limitare la preponderanza della SPD nei centri urbani: il maggioritario a doppio turno con ballottaggio precedentemente in vigore in Germania aveva infatti premiato, col mutamento dei rapporti di forza nella società tedesca del primo decennio del XX secolo, la socialdemocrazia, facendo temere gli avversari per la loro stessa sopravvivenza.

Stato e società. Questa *Trennung* era considerata il presupposto di tutte le altre distinzioni: la distinzione tra bene comune e interessi dei diversi gruppi sociali così come la distinzione tra i poteri dello Stato⁶¹³.

Nella sua recensione del saggio sul parlamentarismo Richard Thoma⁶¹⁴ muove a Schmitt l'obiezione di aver sopravvalutato l'influenza delle giustificazioni ideologiche sulla configurazione pratica della politica e delle istituzioni. La convinzione di Schmitt secondo la quale le istituzioni vivono e muoiono insieme alle idee che le hanno generate sarebbe infondata. Schmitt si sarebbe fermato al «velo letterario delle cose» (*den literarischen Schleier der Dinge*)⁶¹⁵, ma le giustificazioni ideologiche e letterarie delle istituzioni, che non sono mai del tutto vere, vanno sempre prese con cautela. Il «valore e la vitalità» di un'istituzione politica non dipende affatto dalla bontà o dalla forza di convinzione delle ideologie che vengono addotte come sua giustificazione, ma dalla sua effettiva capacità di funzionare e durare.

3.3. *Disincantamento e nuovi miti*

Mentre la prima parte del saggio costituisce, per riprendere l'espressione di Thoma, la «dichiarazione della morte storico-spirituale dello Stato parlamentare»⁶¹⁶, la seconda parte propone due ideologie contrapposte al parlamentarismo e al liberalismo che sarebbero, queste sì, davvero vive ed attuali dal punto di vista storico-spirituale: il pensiero politico di Marx e quello di Sorel. L'analisi della dittatura del proletariato nel pensiero marxista e l'analisi delle teorie irrazionali sull'uso immediato della violenza nel sindacalismo rivoluzionario di Sorel consentono a Schmitt di porre la questione della centralità, nell'epoca del disincantamento del mondo, del mito politico. Mentre il pensiero marxista si mantiene all'interno del razionalismo moderno e costituisce la critica razionalistica più radicale del relativismo borghese e della liberal-democrazia parlamentare, il sindacalismo rivoluzionario di Sorel ed il mito nazionalistico evocato

⁶¹³ Cfr. sulla *Überparteilichkeit* dello Stato e sulla separazione di Stato e società E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI. Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., p. 137.

⁶¹⁴ R. Thoma, *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1925, Band 53, pp. 212-217: «Wert und Lebendigkeit einer politischen Einrichtung hängen keineswegs allein ab von der Güte und Überzeugungskraft der Ideologien, die literarisch zu ihrer Rechtfertigung vorgebracht worden sind» (: 214).

⁶¹⁵ *Ivi*, p. 214.

⁶¹⁶ *Ivi*, p. 216.

nell'Italia fascista da Mussolini, con cui si conclude *Die geistesgeschichtliche Lage*, sono riconducibili alla crisi della ragione e del razionalismo della svolta del secolo. Giocando abilmente con i significati del concetto di rappresentanza/rappresentazione, è stato osservato che «a Sorel riesce un autentico capolavoro filosofico: spostare il fuoco dell'attenzione dalla rappresentanza alla rappresentazione»⁶¹⁷. In effetti alla rappresentanza politica che si realizza in parlamento Sorel sostituisce un'immagine, quella della sollevazione spontanea nello sciopero, in grado di evocare e mobilitare, in virtù della sola intuizione e a prescindere da ogni argomentazione razionale, i sentimenti delle masse dei lavoratori. Non è un caso che Sorel faccia appello al sindacato, non al partito politico, all'azione diretta dei lavoratori e non alla mediazione parlamentare.

All'interno del processo di razionalizzazione, considerato da Weber come la tendenza fondamentale della modernità occidentale, sorgono nuovi irrazionalismi filosofici e politici che trovano espressione nei miti irrazionalistici dello sciopero sindacale e della nazione. Lo studioso americano John P. McCormick, in un lavoro sulla critica schmittiana del liberalismo, insiste sul rapporto razionalità strumentale/irrazionalismo politico in un confronto tra i saggi schmittiani del 1923 – *Cattolicesimo romano* e *Die geistesgeschichtliche Lage* – e la contemporanea opera di Lukács, *Storia e coscienza di classe*. Schmitt e Lukács sono entrambi consapevoli – rileva McCormick – della paradossale dialettica della ragione moderna: «*such irrationality and neomythology are intrinsically linked to the abstract rationality that Weber describes and practices. In other words, modernity, rather than fostering the “disenchantment” of politics or the banishment of cultural superstition, itself manufactures them*»⁶¹⁸.

Ha destato particolare interesse la presunta ricezione della critica schmittiana al parlamentarismo da parte di pensatori riconducibili alla sinistra. Verso la metà degli anni Ottanta la studiosa americana Ellen Kennedy, muove ad alcuni esponenti della scuola di Francoforte, a Jürgen Habermas *über alles*, l'esplicito rimprovero di aver ereditato da Schmitt l'atteggiamento ostile nei confronti del parlamentarismo⁶¹⁹. L'attenzione di Kennedy si concentra sull'*Habilitationsschrift* di Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), con cui Habermas avrebbe proseguito la tradizione della critica del parlamentarismo in Germania mostrando innegabili affinità con le argomentazioni schmittiane e andando ad

⁶¹⁷ B. Accarino, *Rappresentanza*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 140.

⁶¹⁸ J.P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1997, p. 34.

⁶¹⁹ E. Kennedy, *Carl Schmitt und die „Frankfurter Schule“*. *Deutsche Liberalismuskritik in 20. Jahrhundert*, in «Geschichte und Gesellschaft», 1986, pp. 380-419.

arricchire le fila di quel *Link-Schmittianismus* cui il giurista di Plettenberg deve parte della sua fortuna nel periodo del secondo dopoguerra. Il problema del rapporto tra Schmitt e Habermas, sollevato da Kennedy, è stato approfondito negli anni Novanta da uno studio di Hartmuth Becker dal titolo *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt e Jürgen Habermas*⁶²⁰.

3.4. *Il mito nazionalistico e il fascismo italiano*

Tra i grandi eventi politici avvenuti al di fuori della Germania due soprattutto conquistano l'attenzione di Schmitt: la Rivoluzione bolscevica in Russia nel 1917 e la nascita del regime fascista in Italia nel 1922, la cui eco risuona nel saggio sul parlamentarismo del 1923. Sin dall'inizio degli anni Venti Schmitt segue con interesse le vicende italiane; a partire dal 1929, dopo il trasferimento da Bonn a Berlino, inizia a frequentare gli ambienti della *Konservative Revolution*; infine nel 1933 aderisce al partito nazionalsocialista. David Cumin, biografo francese di Schmitt, attribuisce particolare rilievo a queste tappe intellettuali e politiche della vita del giurista⁶²¹. Movimenti distinti ma apparentati l'uno all'altro, il fascismo italiano, la Rivoluzione conservatrice e il nazismo avrebbero esercitato un fascino irresistibile e fatale su Schmitt, che avrebbe contribuito attivamente e consapevolmente alla formulazione del loro linguaggio politico. Mentre la Germania, dove si è formato il più grande ed organizzato partito socialdemocratico d'Europa, è la patria dell'ortodossia marxista, la Francia e l'Italia, con il nazionalismo di Berrès, Maurras e Corradini da un lato, il sindacalismo rivoluzionario di Sorel e Labriola dall'altro, sono i laboratori dove si forgiavano i due potenti ed originali miti del XX secolo: il mito dello sciopero generale e il mito nazionalista. Da buon nazionalista anti-liberale ed anti-marxista, Schmitt si volge verso la Francia e l'Italia, apportando una *tourneure d'esprit* originale alla cultura politica prussiana e tedesca.

Nella parte di *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* dedicata alle teorie irrazionali sull'uso immediato della violenza il giurista si mostra, certo, affascinato dalle «numeroso intuizioni filosofiche e storiche originali»⁶²² contenute nelle *Reflexions sur la violence*

⁶²⁰ H. Becker, *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

⁶²¹ D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Paris, Cerf, 2005, pp. 61-91.

⁶²² *PD*, p. 68.

(1908) di Georges Sorel⁶²³, ma pare ancor più affascinato dalla potenza del mito nazionalistico, evocato da Mussolini nell'ottobre del 1922 nel discorso pronunciato a Napoli prima di dare avvio alla Marcia su Roma. Il mito dello sciopero generale e la violenza creatrice delle masse proletarie, che si sollevano spontaneamente sia contro lo Stato borghese sia contro i socialisti che siedono in parlamento, non reggono il confronto con un mito più potente, il mito nazionalistico: «la lingua, la tradizione, la coscienza di una civiltà e di una cultura comuni, di una comunanza di destino, una sensibilità per la propria distinzione: tutto ciò – osserva Schmitt – si muove oggi piuttosto nel senso di opposizioni nazionali che in quello di opposizioni di classe. Ambedue possono andare di pari passo (...) ma laddove si è giunti ad una aperta opposizione tra i due miti – come in Italia – è il mito nazionale che finora ha trionfato»⁶²⁴. Che la critica schmittiana del parlamentarismo condotta nel saggio del 1923 sia accompagnata dall'ammirazione per uno Stato autoritario e populista, da una sorta di proposta di 'democrazia dittatoriale di massa' o 'dittatura democratica di massa' fondata sull'omogeneità nazionale, è attestato dalle pagine conclusive dove Schmitt, a neppure un anno di distanza dalla Marcia su Roma, osserva: «fino ad oggi, esiste un solo esempio nel quale l'invocazione cosciente del mito ha spinto a rigettare con disprezzo la democrazia umanistica e il parlamentarismo, e fu un esempio che dimostrò la forza irrazionale del mito»⁶²⁵. Questo esempio è quello del fascismo di Mussolini. Seguire l'esempio italiano gli sembra allora la possibile soluzione per superare un sistema parlamentare che ha ormai perduto il suo fondamento spirituale ed è perciò destinato ad esaurirsi presto: «la teoria del mito è l'espressione più forte del dato di fatto che il razionalismo relativista del pensiero parlamentarista ha perduto la sua evidenza»⁶²⁶. È stato rilevato dal suo biografo, Paul Noak, che l'obiettivo della polemica anti-liberale ed anti-parlamentare di Schmitt non era quello di giungere ad una riforma del parlamento in un senso auspicato piuttosto che in un altro, bensì di sopprimere il parlamento stesso: i metodi dittatoriali e cesaristici, dei quali l'acclamazione del popolo costituisce l'altra faccia della medaglia, possono manifestare direttamente la sostanza e la forza vitale della democrazia e

⁶²³ Nelle *Reflexions sur la violence* (trad. it. in G. Sorel, *Scritti politici*, cit., pp. 79-422) Sorel denuncia in che cosa consista l'astuzia di quegli esponenti dei partiti di sinistra che chiama spregiativamente «socialisti parlamentari»: «far credere agli operai che si porta la bandiera della rivoluzione, alla borghesia che si arresta il pericolo che la minaccia, al paese che si rappresenta una corrente di opinione irresistibile» (*Ivi*, p. 160).

⁶²⁴ *PD*, p. 79.

⁶²⁵ *PD*, p. 79.

⁶²⁶ *PD*, p. 80.

sostituire quel «marchingegno artificiale» (*künstliche Maschinerie*)⁶²⁷ privo di forza vitale che è l'istituzione parlamentare⁶²⁸. La grande retorica, di cui Schmitt dà prova ancora una volta come nel coevo *Cattolicesimo romano e forma politica*, si serve in questo caso dell'opposizione forza vitale/meccanismo artificiale per pronunciare la sentenza di morte del parlamentarismo ed auspicare una forma più autentica di democrazia che non si riduca ad un «sistema di registrazione di votazioni segrete»⁶²⁹. Riferendosi a Machiavelli senza tuttavia citarlo, Schmitt vede in Mussolini l'uomo che più di ogni altro ha saputo cogliere, come il Fiorentino, il *Prinzip der politischen Wirklichkeit*: «come un tempo, nel XVI secolo, è ancora una volta un italiano ad esprimere il principio della realtà politica»⁶³⁰.

Lo «*charme*»⁶³¹ che il regime di Mussolini esercita sul giurista tedesco è evidente anche in un altro saggio, *Essere e divenire dello Stato fascista*, scritto nel 1929 come recensione ad un libro di Erwin Beckerath sul fascismo. Schmitt, che coglie l'occasione per guardare il fenomeno del fascismo dal punto di vista della teoria dello Stato, si richiama anche alla trattazione di Leibholz del 1928 *Sul problema del diritto costituzionale fascista*, e formula poi la questione in questi termini: «è possibile che oggi, davanti alle contrapposizioni e agli interessi economici e sociali uno Stato reciti la parte del terzo superiore? (Questa è la pretesa dello Stato fascista). O esso è necessariamente il servo armato di determinate classi economiche e sociali? (La nota tesi marxista). O è una specie di terzo neutrale, un *pouvoir neutre et intermédiaire*? (Ciò che è fino ad un certo punto oggi di fatto la Germania, dove quanto rimane dell'antico Stato fatto di burocrati esercita il ruolo di un simile *pouvoir neutre*)»⁶³².

L'«eroico tentativo»⁶³³ di mantenere la dignità e l'unità dello Stato nazionale di fronte al pluralismo degli interessi, vuoi dei datori di lavoro vuoi dei lavoratori, è riconosciuto come uno dei meriti del fascismo. L'Italia sarebbe riuscita là dove la Germania aveva fallito: ergere lo Stato al di sopra dei partiti politici e degli interessi economici non come «terzo neutrale»

⁶²⁷ C. Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* (1926), in *PB*, p. 74; trad. it. *La contrapposizione fra parlamentarismo e moderna democrazia di massa*, in *PC*, p. 103.

⁶²⁸ P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin-Frankfurt am Main, Propyläen, 1993, pp. 77-80 (:79).

⁶²⁹ *PD*, p. 103.

⁶³⁰ *PD*, p. 80.

⁶³¹ P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, cit., p. 81.

⁶³² C. Schmitt, *Wesen und Werden des faschistischen Staates* (1929), in *PB*, pp. 124-130; trad. it. in *PC*, pp. 177-186 (:178).

⁶³³ *Ivi*, p. 179.

rispetto alle parti, ma come «terzo superiore» ad esse⁶³⁴. L'obiezione che Schmitt rivolge a Beckerath è di essersi ingannato in merito alla contrapposizione assoluta tra fascismo e democrazia. La contrapposizione determinante per Schmitt è quella tra il pensiero economico, su cui si fondano il liberalismo e il parlamentarismo, e il pensiero politico, che costituisce invece la base dell'autentica ideologia democratica. Schmitt nel 1929 non fa che ribadire la tesi centrale del saggio del 1923: la contrapposizione decisiva non è quella tra la liberal-democrazia rappresentativa e parlamentare e la dittatura, bensì quella tra la dittatura democratica identitaria ed il liberalismo parlamentare. L'alternativa che si pone è declinata come opposizione di politico ed economico, rafforzamento ed indebolimento dello Stato, acclamazione popolare di piazza e voto individuale e segreto. In effetti l'uso che Schmitt fa del termine dittatura in *Die geistesgeschichtliche Lage* è ambiguo: più che alla distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana – concetti che implicano entrambi la transitorietà dell'istituzione ed il necessario esaurimento della sua funzione una volta restaurato l'ordine costituito o instaurata una nuova costituzione –, sembra alludere al modello di uno Stato autoritario. La questione, capitale in democrazia, della formazione della volontà popolare e la relazione tra educazione del popolo e dittatura⁶³⁵, inducono Schmitt ad affermare che «la volontà del popolo è naturalmente sempre identica alla volontà del popolo, sia che dal sì e dal no di milioni di schede deposte nasca una decisione, sia che un unico uomo abbia in mano la volontà popolare anche senza voto, oppure che il popolo proceda in un modo o nell'altro per *acclamazione*»⁶³⁶. Schmitt dunque non nega affatto la democrazia come principio di legittimità, ma interpreta il consenso democratico non in modo procedurale, ma in modo presuntivo: mentre un liberal-democratico ritiene che non vi sia consenso democratico senza che esso venga registrato e controllato periodicamente mediante procedure *ad hoc*, Schmitt ammette che la volontà popolare possa essere una semplice presunzione non soggetta a verifica. Riferendosi probabilmente all'atto di nascita della democrazia moderna nell'età della Rivoluzione francese – in effetti i riferimenti a Rousseau e al giacobinismo sono frequenti – Schmitt scrive: «il potere politico è, all'inizio in modo del tutto particolare, in grado di formare da solo la volontà popolare dalla quale si presume che in seguito debba derivare»⁶³⁷. Di fronte all'indiscussa affermazione della legittimità democratica nel XX secolo («oggi non esistono più re»), il problema posto

⁶³⁴ *Ivi*, p. 184.

⁶³⁵ Cfr. *PD*, p. 16.

⁶³⁶ *PD*, p. 14.

⁶³⁷ *PD*, p. 16.

da Schmitt già nel 1923 – e riproposto in *Legalità e legittimità* nel 1932 - è quello del pericolo dell'autosoppressione della democrazia con mezzi democratici, della conquista del potere statale per vie legali da parte di non democratici.

In *Essere e divenire dello Stato fascista* Schmitt nota con sorpresa che due Stati economicamente meno progrediti della Germania come la Russia bolscevica e l'Italia fascista siano i soli ad aver tentato di superare i tradizionali *clichés* costituzionali del XIX secolo e di tradurre anche nell'organizzazione statale e in una costituzione scritta le trasformazioni della vita economica e sociale: dal punto di vista del riconoscimento da parte dello Stato dei nuovi problemi economici e sociali la «costituzione bolscevica e quella fascista sono assai moderne e vere e proprie 'costituzioni economiche' (*Wirtschafts-Verfassungen*)» mentre i grandi Stati industriali egemoni in Europa sarebbero rimasti fermi ai principi costituzionali del 1789 e del 1848. «Anche la costituzione di Weimar – dichiara Schmitt d'accordo con Rathenau – corrisponde nell'essenziale al vecchio tipo e potrebbe essere del 1848»⁶³⁸. La complessità della *Reichsverfassung* del 1919 e la ricchezza della sua seconda parte, in particolare per quanto attiene alla vita economica, sono tali da non giustificare questo giudizio. Ciò che il giurista osserva impotente negli anni Venti e che i suoi allievi Ernst R. Huber e Ernst Forsthoff avrebbero continuato ad indagare nel secondo dopoguerra è la profonda trasformazione del ruolo dello Stato nell'età della società industriale di massa. Ciò che Schmitt correttamente osserva e denuncia è la perdita di effettività della costituzione, ovvero l'inadeguatezza del diritto costituzionale nella gestione di sfide – come la promozione del benessere da parte dello Stato – non previste né prevedibili nel XVIII secolo al momento della nascita della costituzione.

Data la polemica schmittiana contro il 'pensiero tecnico-economico' svolta in molte opere – da *Teologia politica* a *Cattolicesimo romano*, da *Il concetto di politico* a *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* -, si potrebbe essere indotti a pensare che l'espressione *Wirtschafts-Verfassung*, impiegata nel saggio *Essere e divenire dello Stato fascista*, abbia un'accezione negativa, indichi cioè la conquista dell'apparato dello Stato da parte dei portatori di interessi economici di parte; in realtà non è affatto così. Con 'costituzione economica' Schmitt intende la costituzione di quegli Stati – come l'Italia fascista e la Russia sovietica - che, per mezzo di un'organizzazione chiusa e rigidamente gerarchizzata, riescono a conquistare e mantenere una posizione di assoluta supremazia nei confronti di una economia ancora non fortemente industrializzata e a gestire i conflitti

⁶³⁸ C. Schmitt, *Wesen und Werden des faschistischen Staates* (1929), in *PC*, p. 181.

che sorgono nel mondo del lavoro. Negli Stati industrialmente avanzati, come è appunto la Germania, la situazione politica interna è dominata piuttosto dal fenomeno dell' «equilibrio sociale strutturale» fra capitale e lavoro: poiché capitalisti e proletari si contrappongono l'un l'altro con un potere sociale che sostanzialmente si equivale, nessuno dei due riesce ad imporre decisioni radicali senza incorrere nel pericolo di una sanguinosa guerra civile.

In conclusione si deve riconoscere che le riflessioni di Schmitt sul fascismo non vanno sopravvalutate: Noak fa notare che in realtà «*Carl Schmitt hat sich mit dem italienischen Faschismus nie wirklich beschäftigt*» e che nonostante conoscesse e citasse le opere di studiosi italiani quali Mosca e Pareto «*die soziale und politische Wirklichkeit des faschistischen Staates aber ist ihm fremd geblieben*»⁶³⁹. In Germania si deve attendere la pubblicazione nel 1930 degli studi di Hermann Heller *Europa und der Faschismus e Rechtsstaat oder Diktatur?* per avere una trattazione più approfondita del fenomeno del fascismo in Europa⁶⁴⁰.

⁶³⁹ P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, cit., pp. 82-83.

⁶⁴⁰ H. Heller, *L'Europa e il fascismo* (1931), Milano, Giuffrè, 1987 e Id., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998. Cfr. sul pensiero politico e giuridico di Heller, U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1989.

CAPITOLO IV

IL «LABILE EQUILIBRIO» DI WEIMAR

«La democrazia è una forma di Stato che corrisponde al principio di identità (cioè del popolo concretamente esistente con se stesso in quanto unità politica).

Il popolo è il titolare del potere costituente e si dà esso stesso la sua costituzione»⁶⁴¹.

«Nella dottrina di Rousseau del *Contrat social* la piena omogeneità è il vero fondamento dello Stato. (...) Lo Stato quindi non si basa sul contratto, ma sull'omogeneità e l'identità del popolo con se stesso. È questa la più forte e conseguente espressione del pensiero democratico»⁶⁴².

da Carl Schmitt, *Dottrina della costituzione*

Nell'agosto del 1919 il socialdemocratico Eduard David, Ministro degli Interni della Repubblica, celebrò l'approvazione della Costituzione di Weimar affermando che in nessun altro luogo la democrazia era stata tanto coerentemente realizzata come nella nuova costituzione che la Germania si era appena data, e che da quel momento la democrazia tedesca era «la democrazia più democratica del mondo»⁶⁴³. Tanto entusiasmo era dovuto in particolare alla presenza di norme costituzionali che prevedevano la possibilità di un'attività legislativa diretta da parte del popolo grazie agli istituti del referendum e della proposta di legge di iniziativa popolare. Questo capitolo è dedicato all'esame di *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* e delle due più note opere di Schmitt scritte nel periodo di relativa stabilità della Repubblica di Weimar che va sotto il nome di

⁶⁴¹ *VL*, p. 223; trad. it. p. 293.

⁶⁴² *VL*, p. 229; trad. it. p. 301.

⁶⁴³ La citazione è tratta da H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma. Dalla Repubblica di Weimar alla lezione di Weimar*, in G.E. Rusconi - H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, Roma, Donzelli, 1999, pp. 55-78 (: 61).

«epoca d'oro di Stresemann» (1923-1929)⁶⁴⁴: *Dottrina della costituzione e Il concetto di politico*. In questo periodo seguito all'occupazione francese e belga della Rhur, ai lunghi scioperi e alla terribile inflazione del marco, le riforme attuate da Stresemann diedero appena la parvenza di una democrazia stabile. Ma solo di parvenza si trattava, come denunciato a più riprese da Schmitt che vedeva nel sistema parlamentare di Weimar solo il sistema di un «labile equilibrio»⁶⁴⁵.

1. *Gli strumenti della democrazia diretta*: Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare

Nella diagnosi schmittiana, che permane sostanzialmente invariata nelle opere degli anni Venti e dei primi anni Trenta del XX secolo, la radice della crisi del sistema weimariano è da rintracciarsi nell'impossibilità teorica e nell'irrealizzabilità pratica, nell'epoca della *Massendemokratie*, di quell'incontro su cui i costituenti avevano fatto affidamento: l'incontro fra il parlamentarismo e la democrazia, fra i meccanismi rappresentativi ed il protagonismo del popolo, fra il pluralismo eterogeneo dei partiti e degli interessi e l'omogeneità della comunità nazionale. La commistione di modelli politico-costituzionali a torto ritenuti complementari, ma in realtà profondamente diversi, ovvero il liberalismo - e la sua principale concrezione istituzionale: il parlamentarismo -, da un lato, e la democrazia, dall'altro, - commistione già denunciata da Schmitt a partire dal saggio del 1923 *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* - trova espressione, nel testo della costituzione di Weimar, nella previsione da parte dei costituenti di molteplici vie percorribili per giungere alla produzione normativa. Le principali forme di normazione giuridica (*Rechtsetzung*) previste dalla costituzione del 1919 sono: la legislazione ordinaria, di cui è titolare il Reichstag ai sensi dell'art. 68; la legislazione di modifica costituzionale, ugualmente di competenza del Reichstag ma distinta dalla precedente forma di normazione per la necessità, dal punto di vista meramente formale, dell'approvazione a maggioranza aggravata delle disposizioni di modifica (art. 76); le ordinanze e i decreti c.d. *gesetzvertretende*, cioè che si pongono o, forse sarebbe più opportuno dire, si impongono in sostituzione delle leggi (in particolare quelli emanati in casi

⁶⁴⁴ Gustav Stresemann fu Cancelliere per un breve tempo nel 1923 e ricoprì il ruolo di Ministro degli Esteri dal 1923 al 1929. Questo periodo fu caratterizzato da relativa stabilità per la Repubblica di Weimar, con un minor numero di sollevazioni e l'inizio di un'apparente ripresa economica dopo la terribile inflazione del marco del 1923-24.

⁶⁴⁵ *VL*, p. 305; trad. it. p. 403.

di emergenza ai sensi dell'art. 48); e, infine, la legislazione popolare (*Volksgesetzgebung*), regolata dall'art. 73 WRV e distinta in proposta di legge di iniziativa popolare o, più semplicemente, iniziativa popolare (*Volksbegehren*), e decisione popolare o referendum *stricto sensu* (*Volksentscheid*)⁶⁴⁶.

1.1. Intimamente connessa all'affermazione del principio democratico come principio fondante della costituzione dello Stato, la procedura che regola la legislazione popolare era comprensibilmente del tutto assente dallo *Staatsrecht* tedesco in vigore nel periodo antecedente al 1918. La *Volksgesetzgebung* - incompiutamente elaborata nei primi progetti di costituzione⁶⁴⁷ - è stata inserita nel testo finale della costituzione di Weimar soltanto nel corso dei lavori della commissione costituzionale. Nell'intenzione dei promotori della nuova normativa costituzionale in materia di proposta di legge di iniziativa popolare e di referendum, la legislazione popolare - giudicata da Ernst R. Huber una delle «conquiste»⁶⁴⁸ della vita costituzionale tedesca - doveva fungere sia da elemento supplementare di democratizzazione dello Stato, sia, eventualmente, da correttivo nei confronti del temuto assolutismo parlamentare. Gruppi parlamentari di opposizione e movimenti extraparlamentari sarebbero stati i principali destinatari della nuova normativa in materia di referendum e di iniziativa popolare: di essa si sarebbero potuti avvalere per integrare o, più verosimilmente, contrastare l'attività legislativa del parlamento. Fa parte dell'essenza stessa dell'«antinomia tra democrazia rappresentativa e democrazia plebiscitaria» - sostiene Huber - concepire la legislazione popolare come uno «strumento di lotta» che i costituenti hanno voluto mettere a disposizione delle parti politiche che si fossero trovate in disaccordo con la maggioranza parlamentare⁶⁴⁹. Sebbene nell'età di Weimar non sia entrata in vigore nessuna legge che avesse seguito l'iter previsto per

⁶⁴⁶ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., Capitolo XII. Die Hauptformen der Rechtsetzung, pp. 403-449.

⁶⁴⁷ G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, cit. p. 384. Anschütz, che chiama *Gesetzverwerfung* und *Gesetzvoschlag* le due forme previste dall'art. 73 per la partecipazione diretta del popolo alla legislazione, insiste, nel suo *Kommentar*, sul ruolo ineliminabile svolto dal legislatore ordinario, ovvero dal *Reichstag*, il quale non viene completamente escluso dalla procedura legislativa neppure nel caso della *Volksgesetzgebung*. Il concorso dell'istituzione rappresentativa resta un indispensabile completamento delle «istituzioni plebiscitarie» del referendum e dell'iniziativa popolare: «*der Erlaß eines Gesetzes durch das Volk unter Umgehung des Reichstags ist nach unserer Verfassung unmöglich*» (*Ivi*, p. 385).

⁶⁴⁸ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., p. 430.

⁶⁴⁹ *Ivi*, p. 430.

la legislazione popolare (nei soli sette casi in cui sono state presentate delle proposte di legge di iniziativa popolare i promotori non sono riusciti a raggiungere il proprio obiettivo), la letteratura scientifica in merito è tuttavia cospicua⁶⁵⁰.

Schmitt ha dato il suo contributo al dibattito dottrinale sull'art. 73 WRV col saggio del 1927 – che precede, dunque, di un anno soltanto la pubblicazione di *Dottrina della costituzione – Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare*, recante significativamente come sottotitolo *Un contributo all'interpretazione della Costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta*. Il saggio consta di tre parti disomogenee tra loro: le prime due, di carattere rigorosamente tecnico-giuridico, discutono in dettaglio la normativa prevista dall'art. 73 WRV; invece la terza parte – *I limiti naturali della democrazia diretta*⁶⁵¹ – di carattere filosofico-politico, è più ampia e concettualmente più densa e stimolante delle precedenti ed è stata bersaglio, a causa delle affermazioni ivi contenute sull'acclamazione cesaristica come forma immediata di espressione della volontà popolare, delle aspre critiche di numerosi interpreti di Schmitt, i quali scorgono in quelle pagine un'ulteriore prova del fatto che il giurista, che scrive nel 1927 - anno del compimento del primo lustro del fascismo italiano -, sarebbe uno dei precursori teorici del nazionalsocialismo.

Si riportano di seguito i commi 2, 3 e 4 dell'art. 73 WRV, presi in esame da Schmitt:

Una legge la cui pubblicazione sia stata, su richiesta di almeno un terzo del Reichstag, sospesa, deve essere sottoposta a votazione popolare (*Volksentscheid*) se ciò sia richiesto da almeno un ventesimo degli elettori.

Inoltre deve procedersi ad una votazione popolare (*Volksentscheid*) se un decimo degli elettori richiama (*stellt das Begehren*), sulla base di un concreto progetto di legge, che essa abbia luogo. Il progetto sottoposto alla consultazione popolare deve essere dettagliato (*Dem Volksbegehren muß ein ausgearbeitet Gesetzentwurf zugrunde liegen*). Esso deve essere sottoposto dal Governo al Reichstag con l'indicazione del proprio parere in merito.

⁶⁵⁰ Si segnala qui solo: R. Thoma, *Recht und Praxis des Referendums im deutschen Reich und seinen Ländern*, in «Zeitschrift des öffentlichen Rechts», 1928, 6, p. 489 ss.

⁶⁵¹ La terza parte di *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* è l'ampliamento di una conferenza tenuta da Schmitt a Berlino alla fine del 1926 e pubblicata dal giurista nella raccolta del 1940 *Positionen und Begriffe* come saggio n. 10. *Demokratie und Finanz* (pp. 97-99).

La votazione (*Volksentscheid*) non ha luogo se il progetto sia accettato dal Reichstag senza mutamento.

Solo il presidente può provocare una decisione popolare (*Volksentscheid*) sulla legge di bilancio, su leggi di imposte, o relative a stipendi.⁶⁵²

La prima preoccupazione di Schmitt all'inizio del saggio *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* è volta a marcare la differenza tra quelle che egli chiama le due istituzioni della democrazia diretta o pura – il *Volksentscheid* e il *Volksbegehren* appunto - e che spesso vengono imprecisamente designate come sottospecie del referendum nonostante siano storicamente e concettualmente molto diverse l'una dall'altra. «Nell'interesse della chiarezza concettuale» - così si esprime il giurista – l'espressione referendum viene limitata alle situazioni in cui sia presente una decisione del corpo legislativo, l'uso del termine venendo cioè ristretto ai soli casi di *referendum post legem*. Lasciati da parte gli altri casi in cui il referendum può essere indetto dal Presidente del Reich a sua totale discrezione riguardo una qualsiasi legge deliberata dal Reichstag (art. 73 c. 1) o per risolvere un conflitto tra organi dello Stato (artt. 74 c. 3 e 76 c. 2), Schmitt si concentra, nelle prime due parti del saggio, nell'esame dei commi 2 e 3 dell'art. 73 WRV, e, in particolare, nella discussione del comma 3, che prevede, a suo giudizio, una particolare *Volksgesetzgebungsverfahren*⁶⁵³ e costituisce il caso «di gran lunga più importante per la democrazia pura o diretta»⁶⁵⁴. Quest'ultimo iter legislativo è, dunque, l'oggetto privilegiato delle prime due parti del saggio, configurandosi, sostiene Schmitt, come procedura che si pone in concorrenza ed in competizione con la procedura legislativa ordinaria degli organi rappresentativi poiché, per questo tramite, il popolo stesso – sul significato da dare al termine 'popolo' Schmitt tornerà nella terza parte di *Volksentscheid und Volksbegehren* - diventa «produttivo

⁶⁵² F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 205. Per la versione tedesca della Costituzione di Weimar si è consultato il sito: www.dokumentarkiv.de. Il testo della costituzione è premesso, d'altra parte, al commento che Anschütz ne fa in *Die Verfassung des deutschen Reichs*, cit. Il confronto tra il testo in tedesco e la sua traduzione italiana consente di rilevare che, in traduzione, l'espressione *Volksbegehren*, purtroppo, non è resa con 'proposta di legge di iniziativa popolare' o quanto meno con 'iniziativa popolare', come sarebbe opportuno, bensì scompare.

⁶⁵³ *DL*, p. 36. Anschütz, che elenca i setti casi in cui, senza successo, si è fatto ricorso, negli anni di Weimar, all'iniziativa popolare, concorda con l'adozione schmittiana dell'espressione *Volksgesetzgebungsverfahren* per designare l'iter previsto dall'art. 73 c. 3, giudicandola «indovinata e conveniente» (Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, cit., p. 390).

⁶⁵⁴ *DL*, p. 30.

come legislatore»⁶⁵⁵. Diversamente dall'art. 73 c. 2 in cui «il popolo quale istanza ultima e suprema» è chiamato a confermare o rifiutare l'attuazione di una legge sospesa dal veto di una minoranza del Reichstag, nel caso dell'art. 73 c. 3 «'il popolo' diventa immediatamente attivo come portatore del potere legislativo e spinge in disparte gli organi legislativi ordinari»⁶⁵⁶. Le istituzioni rappresentative in realtà non sono completamente escluse ed ignorate; in altri termini la procedura legislativa popolare non è contemplata nel testo della costituzione come del tutto autonoma dalla procedura legislativa ordinaria: il progetto di legge presentato da un decimo dell'elettorato deve infatti essere sottoposto dal Governo all'esame del Reichstag. Il referendum non ha luogo se il Reichstag accoglie il progetto di legge senza variazioni; se, invece, il Reichstag non accoglie immutato il progetto di legge presentato, la procedura popolare prosegue e si conclude con un referendum. Il punto centrale dell'argomentazione schmittiana è che questo referendum ha natura del tutto diversa da quello per mezzo del quale si conferma o si rifiuta una deliberazione del Reichstag o si decide su un veto o un conflitto. Il *Volksentscheid* previsto nell'art. 73 c. 3 ha natura diversa da ogni altro caso di *Volksentscheid* perché è la conclusione di una procedura legislativa *sui generis*, il *Volksbegehren* appunto, in cui è il popolo stesso a farsi legislatore.

Schmitt tralascia di dire, perché evidentemente irrilevante per la sua trattazione del tema, che la Costituzione di Weimar non conosce l'istituto del referendum obbligatorio neppure nel caso delle leggi di modifica costituzionale, le quali, deliberate dal Reichstag, non necessitano di ratifica da parte del popolo per entrare in vigore. Né si pronuncia, per il momento, sulla questione della 'forza di legge' di una disposizione eventualmente approvata seguendo l'iter dell'iniziativa popolare. Questa seconda questione della 'forza di legge' è più rilevante della precedente sul referendum obbligatorio nell'ambito dell'analisi schmittiana della democrazia. L'opinione dominante, espressa da Anschütz nel suo *Kommentar*, nega che una legge approvata ai sensi dell'art. 73 c. 3 abbia una superiore forza di legge, goda, cioè, in virtù della sua 'origine' popolare diretta, di una priorità sulle deliberazioni parlamentari. La questione, solo apparentemente dottrinarica, viene qui accennata perché sarà proprio Schmitt nel 1932, nella seconda parte di *Legalità e legittimità*, a presentare il popolo come uno dei tre legislatori straordinari previsti dalla Costituzione di Weimar, in particolare, come il legislatore straordinario *ratione supremitatis*. Nel saggio del 1932, scritto nel pieno della crisi di Weimar quando il sistema dei

⁶⁵⁵ *DL*, p. 30.

⁶⁵⁶ *DL*, p. 31.

Präsidialkabinette, ovvero dei governi presidenziali privi di fiducia nel Reichstag, non sembrava dare la soluzione sperata all'*impasse* parlamentare, Schmitt scrive: «*hier dagegen erscheint das Volk als außerordentlicher Gesetzgeber gegenüber und wohl auch über dem Parlament, und seine Außerordentlichkeit sowohl wie seine Übergeordnetheit ergeben sich ratione supremitatis aus seiner Eigenschaft als Souverän*»⁶⁵⁷.

Nonostante il ricorso effettivo all'iter legislativo normato dall'art. 73 c. 3 WRV sia stato molto limitato e sempre senza esiti positivi, Schmitt fa della *Volksgesetzgebungsverfahren* uno dei suoi cavalli di battaglia per sostenere la natura compromissoria e profondamente contraddittoria della Costituzione di Weimar. La 'procedura legislativa popolare' è uno strumento della «democrazia diretta, plebiscitaria, non rappresentativa»⁶⁵⁸ ed è una conseguenza necessaria di questo concetto di democrazia che la rappresentanza del popolo, il Parlamento, quando si trovi di fronte il popolo stesso che essa è chiamata a rappresentare, debba retrocedere e farsi da parte, nel rispetto del principio, già caro a Rousseau, che il rappresentante deve tacere quando è il rappresentato a parlare. Che cosa significhi per Schmitt questo retrocedere, questo farsi da parte del rappresentante all'avanzare del rappresentato stesso, non è chiaro dal punto di vista giuridico. Non è chiaro cioè se Schmitt voglia affermare che una legge deliberata dal popolo abbia una forza maggiore di una legge deliberata dal Parlamento. Né la costituzione né la legge del 1921 che regola nel dettaglio il referendum e l'iniziativa popolare contengono prescrizioni in merito alla relazione, nel sistema delle fonti del diritto, tra le leggi deliberate dal parlamento e quelle deliberate dal popolo. Da questo silenzio del diritto positivo la *Staatsrechtslehre* ha desunto che le due forme di leggi del Reich, il *Parlamentsgesetz* e il *Volksgesetz*, si troverebbero esattamente sullo stesso piano: né la legge di iniziativa popolare avrebbe la priorità su quella deliberata dal Parlamento, né viceversa la legge del Parlamento su quella popolare. Consapevole del problema relativo al rapporto che lega rappresentante e rappresentato, Huber sottolinea che nell'età di Weimar perfino i critici dell'opinione dominante in merito al tema della *absolute Ranggleichheit* concordavano però con essa nel riconoscimento che nel *Volksentscheid* (ovvero nel referendum che conclude e perfeziona la procedura legislativa popolare) il popolo non si esprime come 'sovrano', bensì come organo dello Stato dotato di poteri e facoltà costituzionalmente limitate: detto in altri termini non si esprime in qualità di titolare del *pouvoir constituant*, ma in quanto mero *pouvoir constitué*⁶⁵⁹. Pertanto l'applicazione

⁶⁵⁷ VA, p. 313.

⁶⁵⁸ VA, p. 314.

⁶⁵⁹ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789.VI*, cit., p. 431.

del principio 'lex posterior derogat priori' comporta la possibilità che una legge frutto di un'iniziativa popolare, una volta che sia entrata in vigore, possa essere abrogata dal Reichstag con una legge che regoli diversamente la stessa materia⁶⁶⁰. È probabile che in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* cominci a delinearsi quella divaricazione tra legittimità sostanziale e legalità puramente formale che costituirà il *Leitmotiv* del saggio del 1932 *Legalità e legittimità*. Nel saggio del 1932, infatti, diventa chiaro ciò che nel testo del 1927 si manteneva ancora ad un livello implicito⁶⁶¹, ovvero che per Schmitt la 'procedura legislativa parlamentare' – all'interno della quale rientra la maggior parte dei casi di *Volksentscheid*, cioè i casi in cui il *referendum post legem* è richiesto in seguito ad un veto sospensivo o ad un conflitto tra organi - e la 'procedura legislativa popolare' corrispondono a due tipi radicalmente diversi di legittimità – la legittimità dello Stato legislativo parlamentare che ha finito per coincidere con una legalità meramente statual-funzionalistica e la legittimità plebiscitaria – e, di conseguenza, a due diversi tipi di Stato. Due diverse procedure legislative corrispondono a due diversi principi di legittimità e ciascuna procedura legislativa, unita al proprio principio di legittimità, corrisponde ad un particolare tipo di Stato. Le alternative sono: la democrazia plebiscitaria e lo Stato legislativo parlamentare, che non è affatto, per Schmitt, una democrazia rappresentativa, essendo quest'ultima espressione una *contradictio in adiecto*. Ma nel saggio del 1927 Schmitt non si esprime ancora in questi termini. La trattazione, in effetti molto tecnica, che in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* Schmitt fa dell'art. 73 c. 3 WRV e che si è cercato di ripercorrere sinteticamente, nasconde, dunque, alcune delle questioni più importanti relative ai principi fondanti delle costituzioni democratiche moderne: la questione del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, tra Parlamento e popolo, tra mediazione ed immediatezza, e la questione della legittimazione del potere politico. Si tratta, in definitiva, della questione che in *Dottrina della costituzione* viene presentata nei termini dei due principi, contrapposti e coesistenti, della forma politica: identità e rappresentanza.

1.2. L'esclusione di alcune materie – bilancio preventivo, leggi sulle imposte e sugli ordinamenti retributivi - dalla procedura legislativa popolare

⁶⁶⁰ È una questione poco rilevante ai fini di questa indagine, ma merita comunque di essere accennata, quella sollevata da una minoranza di giuristi secondo i quali sarebbe autorizzato a deliberare una legge che deroghi a una legge popolare non il parlamento già insediato al momento dell'entrata in vigore della legge popolare, ma solo un Parlamento insediatosi successivamente all'entrata in vigore della stessa.

⁶⁶¹ *DL*, pp. 77-80 e p. 83.

fornisce a Schmitt lo spunto per interrogarsi, all'inizio della terza parte del saggio, sui limiti della democrazia diretta in genere e sulla effettiva estensione delle capacità del popolo. In principio Schmitt sembra assumere una posizione piuttosto moderata affermando che «le possibilità della democrazia diretta si limitano appunto a certi oggetti e metodi» e, richiamando gli studi di Lippmann e di Ostrogorski, si mostra convinto della tesi che «il destino della democrazia dipenda dalla precisa conoscenza dei suoi limiti»⁶⁶². Ma nelle pagine successive il tono cambia radicalmente e da distaccata riflessione scientifica il saggio assume i contorni di un vero elogio dell'acclamazione, generando nel lettore l'impressione che la terza parte del saggio, nonostante abbia per titolo *I limiti della democrazia diretta*, sia piuttosto un'esaltazione delle doti illimitate del popolo, un'esaltazione del modello antico di democrazia diretta – o, meglio, dell'immagine che Schmitt si è formato della democrazia classica - in cui il popolo immediatamente presente acclama il proprio duce. L'accostamento, davvero stridente, tra le prime due parti del saggio e l'ultima consente di misurare lo scarto tra la prestazione rigorosamente scientifica, tecnico-giuridica, di Schmitt e le sue posizioni filosofico-politiche e, *lato sensu*, ideologiche.

Innanzitutto Schmitt si dichiara consapevole dell'ambiguità del termine 'popolo' e della necessità di individuare e distinguere le grandezze e i soggetti comunemente detti 'popolo', la cui diversità giuridica, politica e sociologica appare al giurista subito evidente. Partendo dalla distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, da un lato, tra maggioranza e minoranza, dall'altro, Schmitt individua quattro diversi modi di intendere il popolo. Sulla base dell'opposizione, che significativamente ritorna anche in questo contesto, tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, il popolo può essere concepito o come il soggetto del *pouvoir constituant* che ha preso la decisione fondamentale sulla forma della propria organizzazione politica dandosi da sé la propria costituzione, o altrimenti come uno dei *pouvoirs constitués*, cioè come uno degli organi dello Stato ormai costituito (*Staatsorgan* è l'espressione usata dalla dottrina tedesca dello Stato), legittimato ad esercitare certe facoltà nelle forme costituzionalmente previste, per esempio l'elezione del Reichstag e del Presidente del Reich, le proposte di legge di iniziativa popolare ed i referendum. 'Popolo' sono inoltre i cittadini dello Stato che effettivamente partecipano alle elezioni o alle votazioni e la cui maggioranza in generale prende la decisione. Ma è definita 'popolo' anche quella particolare e contingente minoranza di cittadini che, sulla base della normativa prevista dall'art. 73 c. 3, si fa

⁶⁶² DL, p. 59.

promotrice di una proposta di legge di iniziativa appunto ‘popolare’. È del tutto evidente, sottolinea Schmitt, che questa minoranza – un decimo degli aventi diritto al voto - è ‘popolo’ in un senso del tutto diverso rispetto alla maggioranza che, normalmente, in democrazia viene identificata col popolo. In quest’ultima accezione del termine ‘popolo’ il significato specifico del termine risiede nella contrapposizione del ‘popolo’ ad ogni forma istituzionalizzata di espressione della volontà collettiva. Come nella classica concezione del diritto pubblico romano, il ‘popolo’ in questo caso sono coloro che, non ricoprendo alcuna funzione pubblica, stanno di fronte ai governanti, contrapponendosi o semplicemente giustapponendosi loro: il popolo è, in questo senso, essenzialmente *non magistratus*.

Nella sua rapida ma esaustiva rassegna dei significati di ‘popolo’ Schmitt si muove dalla prima all’ultima accezione restringendo, per così dire, l’angolo della visuale dall’originario e mitico portatore del potere sovrano di darsi una forma politica fino a quel determinato numero di cittadini – un decimo dell’elettorato - che si avvalgono della *Volksgesetzgebungsverfahren*, passando per il popolo inteso come organo dello Stato e per il popolo inteso come maggioranza degli elettori, disegnando abilmente, quindi, una serie di cerchi concentrici che specificano progressivamente l’ampio ed ambiguo concetto di ‘popolo’.

In *Romanticismo politico* Schmitt aveva individuato come mutamento strutturale nel passaggio dal XVII al XIX secolo la sostituzione del dio trascendente - quale realtà suprema della vecchia metafisica – con «due nuove entità supremamente reali», «due nuovi demiurghi»: il popolo e la storia⁶⁶³, facendo del concetto di secolarizzazione il concetto centrale del suo studio sul romanticismo. Ebbene, nonostante la consapevolezza della polisemia del termine ‘popolo’ mostrata da Schmitt in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare*, il suo concetto di popolo, fa notare Hofmann in *Legittimità contro legalità*, non è mai ‘popolare’, non è mai ‘democratico’, o se lo è, lo è nel senso del tutto particolare che Schmitt, in questo contesto, dà al termine ‘democrazia’. In Schmitt, prosegue Hofmann, il concetto di popolo è un concetto «totale e conseguentemente indeterminato, dunque aperto tanto ai contenuti delle tradizionali teorie democratiche, quanto al nuovo mito attivistico della nazione»⁶⁶⁴.

1.3. L’opposizione tra parlamentarismo e democrazia è declinata, nella terza parte di *Volksentscheid und Volksbegehren*, nei termini di un rigido aut/aut tra la votazione liberale, individuale e segreta, da un lato, e l’acclamazione

⁶⁶³ RP, p. 94.

⁶⁶⁴ H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit., p. 179.

democratica, dall'altro. In effetti Schmitt scrive: «Dal punto di vista dell'autentica democrazia classica (in questo senso: della democrazia «pura»), non c'è propriamente nulla di più indiretto di una determinazione della volontà politicamente determinante basata su tali votazioni individuali segrete, per il cui tramite il singolo votante diventa un uomo privato isolato e irresponsabile, e la grandezza complessiva 'popolo' data in vitale immediatezza viene convertita in una procedura d'addizione»⁶⁶⁵. Secondo Kraft-Fuchs Schmitt, senza preoccuparsi di distinguere tra l'antichità e la modernità, sviluppa una critica della democrazia liberale moderna attuando un'ardita sovrapposizione tra la democrazia classica, mediata attraverso l'opera di Rousseau, e la dittatura fascista⁶⁶⁶. La tesi della presenza in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* di una sovrapposizione tra un'interpretazione deformante del modello classico di autogoverno dei cittadini e un moderno regime autoritario - sia esso il fascismo italiano o il bonapartismo francese - pur essendo giustificabile con richiami a passi del saggio del 1927, non è comunque facilmente sostenibile nel caso dell'*opus magnum* schmittiano, *Dottrina della costituzione*, nonostante la vicinanza temporale tra la pubblicazione delle due opere.

Adottando la distinzione rousseauiana e marxiana tra *bourgeois* e *citoyen*, Schmitt contrappone votazione individuale segreta e acclamazione popolare. In uno dei passi che hanno attirato l'attenzione dei critici si legge: «La votazione individuale segreta, che non è preceduta da alcun dibattito pubblico regolato tramite procedura, annienta proprio le possibilità specifiche del popolo riunito. Infatti la vera attività, capacità e funzione del popolo, il nucleo di ogni espressione popolare, il fenomeno democratico originario, ciò che anche Rousseau ha proposto come vera democrazia, è l'acclamazione, il grido di approvazione o di rifiuto della massa riunita»⁶⁶⁷. È improbabile che Schmitt pensasse seriamente di poter vedere, nel secolo della democrazia di massa, l'intera massa del popolo riunita nella piazza di una qualsiasi città tedesca; il 'popolo' effettivamente riunito in qualunque luogo fisico, poi, sarebbe sempre una minoranza perfino del 'popolo' inteso come l'elettorato attivo. Schmitt sembra dimenticarsi della sua precedente e attenta disamina dei significati del termine 'popolo'. È verosimile che questa sua non innocente 'dimenticanza' rientri in una consapevole strategia volta a criticare con ogni argomento disponibile il sistema liberale del governo rappresentativo e del voto libero, individuale e segreto.

⁶⁶⁵ *DL*, p. 63.

⁶⁶⁶ Cfr. M. Kraft-Fuchs, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in «Zeitschrift des öffentlichen Rechts», 1930, n. 9, p. 525.

⁶⁶⁷ *DL*, p. 62.

Nel suo studio su Schmitt del 1964, Hasso Hofmann, nel quadro di un'interpretazione che concepisce la dottrina schmittiana del diritto e dello Stato come «tentativo di enucleare un'idea di Stato anti-individualistica e autoritaria e come ricerca di un fondamento per una dottrina della giustificazione del diritto post-positivista»⁶⁶⁸, insiste sul fatto che lo sviluppo della produzione schmittiana è contrassegnato «da un ben specifico tema, cioè dal problema della legittimazione del potere pubblico»⁶⁶⁹. Hofmann legge l'intera prestazione del giurista di Plettenberg - trascurando motivatamente la *Politische Theologie* - alla luce di questa problematica fondamentale che è la giustificazione dell'autorità statale. Individuate nella legittimità razionale (1912-1922), nella legittimità dell'esistenzialismo politico (1923-1933), nella legittimità razziale (1934-1936) e, infine, nella legittimità storica (a partire dal 1937), le fasi di uno sviluppo della prestazione schmittiana interpretata comunque nel segno della continuità del problema della giustificazione del potere, Hofmann vede in *Volksentscheid und Volksbegehren* «un lato della svolta di Schmitt verso una teoria della legittimità totalmente irrazionale»⁶⁷⁰, a causa dell'immagine, spesso ricorrente nella terza parte del saggio del 1927, del popolo che vive in modo immediato la propria politicità acclamando unitariamente il proprio duce e prendendo, *per acclamationem*, decisioni che sono «sempre giuste finché si ha un istinto politico intatto e si è in grado di distinguere l'amico e il nemico»⁶⁷¹.

L'immagine del *populus* che risponde nei comizi '*uti rogas*' al '*rogo vos, quirites*' del *magistratus* o dell'esercito che acclama il proprio condottiero nell'antica Roma, lo strumento del plebiscito adoperato in Francia da Napoleone III per legittimare il proprio potere e il concetto liberale dell'opinione pubblica (*öffentliche Meinung*), cioè della sfera pubblica borghese che nasce dal presupposto della separazione di Stato e società, si sovrappongono in modo del tutto confuso non solo nella terza parte di *Volksentscheid und Volksbegehren* ma anche in *Dottrina della costituzione*. Nel saggio del 1927 Schmitt scrive: «Questa scoperta scientifica dell'acclamazione è il punto di partenza per una descrizione delle procedure della democrazia diretta o pura. Non si può trascurare il fatto che dapprima, dove ci sia un'opinione pubblica come realtà sociale e non solo come pretesto politico, in tutti i momenti decisivi in cui il senso politico di un popolo può affermarsi, compaiono acclamazioni di approvazione o di rifiuto indipendenti da una procedura di votazione, giacché tramite una

⁶⁶⁸ H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit., p. 24.

⁶⁶⁹ *Ivi*, p. 51.

⁶⁷⁰ *Ivi*, p. 190.

⁶⁷¹ *DL*, p. 64.

simile procedura potrebbero venire minacciate nella loro genuinità, in quanto l'immediatezza del popolo riunito propria di tali acclamazioni viene annientata dall'isolamento del singolo votante e dal segreto elettorale»⁶⁷².

Secondo Geminello Preterossi «nella particolare curvatura schmittiana dell'idea di *acclamatio*», oltre al grande modello di riferimento del diritto pubblico romano che voleva il popolo romano riunito nei comizi, «[agisce] probabilmente anche l'immagine mitica propria del diritto germanico dei re – condottieri a capo dell'assemblea del popolo riunito in armi»⁶⁷³. In effetti Schmitt scrive: «Il popolo confida in un duce e approva una proposta a partire dalla consapevolezza politica dell'appartenenza e dell'unità con il duce»⁶⁷⁴. L'affermazione schmittiana «l'acclamazione è un fenomeno eterno di ogni comunità politica. Nessuno Stato senza popolo, nessun popolo senza acclamazioni»⁶⁷⁵ sembra trovare il suo rovesciamento specularmente nell'altra, ben più nota, contenuta in *Dottrina della costituzione*: «innanzi tutto non c'è nessuno Stato senza rappresentanza»⁶⁷⁶. In realtà, non c'è contraddizione per Schmitt tra le due affermazioni riportate: esse, anzi, si completano e si integrano a vicenda. L'acclamazione è lo strumento di cui dispone il popolo e corrisponde al principio di forma politica dell'identità; la formulazione semplice e chiara del quesito referendario è compito del magistrato e corrisponde al principio di forma politica della rappresentanza.

1.4. Adoperando indifferentemente le espressioni 'democrazia diretta' e 'democrazia plebiscitaria', giuristi e storici delle costituzioni – primi fra tutti Anschütz e Huber - non esitano, come già evidenziato, a designare gli istituti del referendum e dell'iniziativa popolare come «istituzioni plebiscitarie» proprie della democrazia non rappresentativa, ma diretta, appunto plebiscitaria. In realtà il plebiscito, che non coincide immediatamente né col referendum, né con l'acclamazione - quest'ultima esige la presenza fisica del popolo riunito, o di una parte di esso - ed è certamente ben diverso dalla legislazione popolare, è un termine che non compare nel saggio schmittiano del 1927, *Volksentscheid und Volksbegehren*, ma viene introdotto, come sinonimo di referendum, nel 1928 in *Dottrina della costituzione*.

Anche in questo caso risulta utile dare uno sguardo oltre Reno all'esperienza francese del bonapartismo per cercare di fare chiarezza sulla trattazione schmittiana del referendum e della procedura legislativa

⁶⁷² DL, p. 63.

⁶⁷³ G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 19.

⁶⁷⁴ DL, p. 63.

⁶⁷⁵ DL, p. 63.

⁶⁷⁶ DC, p. 272.

popolare. In *La démocratie inachevée*, in particolare nel capitolo dedicato a *La démocratie illibérale (le césarisme)*, Pierre Rosanvallon nota che la teoria del plebiscito o *appel au peuple* - «istituzione politica centrale del modello bonapartista»⁶⁷⁷ - viene accuratamente tenuta distinta da ogni idea di legislazione popolare proprio da quei giuristi ed ideologi del Secondo Impero che, presentando il bonapartismo come alternativa alle forme del governo rappresentativo, decantavano le virtù del *face-à-face* diretto tra il potere e il popolo⁶⁷⁸. Constatata l'esistenza di uno scarto, anzi di una autentica opposizione tra il popolo e i suoi rappresentanti, Émile Ollivier, il principale teorico del regime di Napoleone III, affermava che il popolo è perfettamente capace di esprimere plebiscitariamente la propria volontà, anzi è un bene per le istituzioni che lo faccia, ma non per questo gli riconosceva anche la facoltà di presentare proposte di legge. Nella Francia della seconda metà del XIX secolo, la Francia del regime bonapartista prima, della III Repubblica, poi - le cui vicende storiche, politiche e costituzionali rivestono una grande importanza per la corretta valutazione della prestazione schmittiana - la rivendicazione della legislazione popolare, a causa della sua connessione col principio democratico, è propria - osserva opportunamente Rosanvallon - dei partiti e dei gruppi socialisti o comunque di sinistra, mentre il plebiscito - che in realtà politiche come quella italiana è stato lo strumento del diritto delle nazionalità, ovvero del diritto dei popoli all'autodeterminazione -, oltre ad essere l'istituto privilegiato del regime bonapartista, è stato adoperato politicamente più per favorire la manifestazione del nazionalismo dei popoli che per promuovere la partecipazione democratica dei cittadini alla politica. Per quanto riguarda invece il referendum, il termine - fino a quel momento in uso nella letteratura scientifica soprattutto per designare una specificità delle istituzioni della Confederazione elvetica e delle costituzioni di alcuni Stati dell'Unione americana⁶⁷⁹ - fa il suo ingresso solo piuttosto tardi nel dibattito politico francese, cioè verso la fine del XIX secolo⁶⁸⁰.

Pur senza voler qualificare politicamente la prestazione schmittiana di questo periodo, sembra utile evidenziare che in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* si registra la compresenza di tematiche

⁶⁷⁷ P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit., p. 203.

⁶⁷⁸ *Ivi*, p. 207.

⁶⁷⁹ Anche nella letteratura scientifica in lingua tedesca il referendum è riferito alle esperienze della Svizzera e degli Stati Uniti d'America. Nella *Allgemeine Staatslehre* Jellinek, nel capitolo dedicato al tema delle forme di Stato e della loro classificazione, tratta del referendum proprio facendo esplicito riferimento ai cantoni svizzeri e alle costituzioni di alcuni Stati dell'Unione americana. Si veda G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 259-260.

⁶⁸⁰ P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit., p. 305.

usualmente considerate di destra – l’acclamazione, la condanna del suffragio libero, individuale e segreto – e di tematiche riconducibili invece nell’alveo della sinistra – la legislazione popolare –, mentre il referendum o plebiscito può essere interpretato sia come strumento della democrazia diretta sia come strumento plebiscitario di legittimazione di un regime illiberale. Secondo Schmitt, nella misura in cui il referendum è soltanto una decisione popolare su un conflitto tra organi dello Stato, esso «non abolisce in realtà il sistema parlamentare»⁶⁸¹. Ma la procedura legislativa popolare, introducendo una legislazione straordinaria accanto alla legislazione ordinaria del parlamento, può «senza dubbio» produrre questo effetto e servire da strumento di trasformazione delle istituzioni⁶⁸².

1.5. *Volksentscheid und Volksbegehren* si conclude con un richiamo a Rousseau. La finanza – *un mot d’esclave* per il Ginevrino – è l’ambito in cui per Schmitt si manifesta più fortemente il contrasto tra democrazia e liberalismo. Il concetto di omogeneità sostanziale come presupposto della democrazia – concetto centrale della teoria schmittiana della democrazia enunciato ripetutamente nelle opere degli anni Venti – sembra essere declinato come eguaglianza relativa delle condizioni sociali ed economiche e come conseguente assenza di conflittualità interna. Nello Stato democratico immaginato da Rousseau i cittadini vivono in modo frugale, non vi sono ricchezze eccessive, né contrapposizioni di ricchi e poveri. Nella sua «primitività idilliaca» Rousseau dà prova di un autentico «istinto politico per la minaccia che viene alla democrazia da parte dell’economia»⁶⁸³. Nella democrazia di massa dei moderni Stati industriali, dove la frugalità delle condizioni di vita e la semplicità dei costumi sono solo chimere, la minaccia più grave all’omogeneità democratica proviene dalle contrapposizioni economiche collegate ai concetti marxisti di classe e di lotta di classe. Il tema dell’economia e della finanza viene introdotto in questo saggio poiché da un lato il diritto di budget si è configurato nella storia dei parlamenti moderni come la competenza più importante della rappresentanza popolare – si pensi solo al famoso slogan ‘*no taxation without representation*’ -, dall’altro lato, però, il bilancio preventivo, le leggi sulle imposte e gli ordinamenti retributivi – le c.d. «leggi finanziarie» o, così preferisce dire Schmitt, le «leggi monetarie» (*Geldgesetze*) - sono questioni escluse dalla procedura legislativa popolare. La discrepanza tra principio parlamentare e principio democratico in merito alle leggi monetarie che costituiscono il limite della democrazia diretta «è solo

⁶⁸¹ *DL*, p. 83.

⁶⁸² *DL*, p. 83.

⁶⁸³ *DL*, p. 84.

l'ombra di una grande trasformazione che si svolge dietro le forme e le istituzioni tramandate e pone ogni complesso statale della moderna democrazia di massa basata sulla votazione individuale segreta di fronte ad un problema completamente nuovo della «finanza»⁶⁸⁴.

2. La democrazia costituzionale moderna: un sistema binario

La *Verfassungslehre* è nello stesso tempo uno studio di storia costituzionale, un commento della costituzione di Weimar e una proposta di soluzione al problema dell'instabilità della forma di governo parlamentare consistente nell'instaurazione del *Präsidentsystem*, ovvero del sistema dei governi presidenziali. In nessun'altra opera di Schmitt come in *Dottrina della costituzione* storia costituzionale, teoria costituzionale, teoria politica e proposta politica concreta sono approcci così strettamente legati l'uno all'altro che risulta difficile distinguere il piano della trattazione scientifica dalla presa di posizione politica ed ideologica. Tutti i temi principali dei saggi fin qui presi in esame ricompaiono nel libro del 1928 in modo sistematico: l'individualismo borghese, i concetti di sovranità, eccezione e decisione, il potere costituente, la critica del parlamentarismo, l'opposizione di parlamentarismo e democrazia, i concetti di identità e rappresentazione, il rapporto popolo-capo.

Scritta nel 1927 in concomitanza con la prima stesura di *Il concetto di politico*, *Dottrina della costituzione* non è – diversamente dall'opera di Gerhard Anschütz *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*⁶⁸⁵ che conobbe ben quattordici edizioni solo nell'età di Weimar - un semplice commentario degli articoli del testo costituzionale, né una serie di singole trattazioni monografiche, ma vuole essere – secondo le intenzioni dell'autore - un «tentativo di sistema»⁶⁸⁶: «attualmente – lamenta Schmitt nella *Prefazione* – sembra che manchi in Germania la consapevolezza sistematica e perfino nelle raccolte scientifico-divulgative (...) la Costituzione di Weimar è trattata «nella forma di un libero commercio», cioè con annotazioni sui singoli articoli. Rispetto al metodo che commenta e annota, ma anche di fronte alla dispersione in ricerche singole, si vuol qui

⁶⁸⁴ *DL*, p. 86.

⁶⁸⁵ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Bad Homburg vor der Höhe, Hermann Gentner Verlag, 1960, unveränderter Nachdruck der 14. Auflage erschienen 1933. Su Anschütz si segnala qui solo un breve saggio di E.-W. Böckenförde, *Gerhard Anschütz. 1867-1948*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 367-378.

⁶⁸⁶ *VL*, p. IX; trad. it. p. 5.

dare invece un quadro sistematico»⁶⁸⁷. La fortuna di *Dottrina della costituzione* di Schmitt, del resto, non è stata particolarmente grande nel secondo dopoguerra, se confrontata con il successo di *Dottrina pura del diritto* di Kelsen. Ma Schmitt ha avuto il merito di «trattare l'ambito della dottrina della costituzione come un settore particolare della dottrina del diritto pubblico»⁶⁸⁸. Oltre a *Verfassungslehre*, nel 1928 viene pubblicata a Berlino un'altra opera, *Verfassung und Verfassungsrecht* di Rudolf Smend, che insieme a quella di Schmitt segna la nascita, nelle università tedesche, di una nuova disciplina: la Teoria della costituzione (*Verfassungstheorie*). Da quando Samuel Pufendorf venne chiamato ad insegnare *Natur- und Völkerrecht* ad Heidelberg nel 1661, era la Dottrina dello Stato a rappresentare il *trait d'union* che lega il diritto pubblico positivo alla riflessione politica, nel senso ampio che il termine 'politica' ha in Aristotele⁶⁸⁹. L'importanza del diritto costituzionale – il suo emergere come ambito autonomo del diritto pubblico da trattare a sé – è sentita in Francia e trova espressione nei nomi di giuristi quali Adhémar Esmein, Leon Duguit, Maurice Hauriou. In Germania sono stati senza dubbio alcuno i concreti e urgenti problemi posti dal funzionamento del sistema politico della Repubblica di Weimar ad orientare la riflessione giuridica su quell'oggetto della vita politica tedesca che è la costituzione. Discussa, contestata, calpestata, la Costituzione di Weimar si trova ben presto di fronte alla questione capitale delle *chances* della propria sopravvivenza, minacciata da forze politiche - all'inizio minoritarie, poi maggioritarie - che non si riconoscono nelle scelte fatte dai costituenti nel 1919 all'indomani della sconfitta nella prima guerra mondiale.

La *Dottrina della costituzione* di Schmitt si articola in quattro ampi capitoli: il primo è dedicato al concetto di costituzione e contiene una approfondita trattazione del potere costituente; il secondo verte sull'elemento della costituzione moderna - giudicato impolitico o antipolitico – rappresentato dallo Stato borghese di diritto; il terzo si occupa,

⁶⁸⁷ *VL*, pp. X-XI; trad. it. p. 7.

⁶⁸⁸ *VL*, p. IX, trad. it., p. 5.

⁶⁸⁹ A partire dalla pubblicazione nel 1928 delle opere di Schmitt e di Smend, si contrappongono nella teoria della costituzione due scuole: la *Schmitt-Schule* cui appartengono Ernst Rudolf Huber (n. 1903), Werner Weber (n. 1904), Ernst Forsthoff (n. 1909), Roman Schnur (n. 1927), Ernst-Wolfgang Böckenförde (n. 1930), Helmuth Quaritsch (n. 1930) e Josef Isensee (n. 1937); e la *Smend-Schule* tra i cui esponenti figurano Gerhard Leibholz (n. 1901), Ulrich Scheuner (n. 1903), Konrad Hesse (n. 1919), Horst Ehmke (n. 1927), Peter Häberle (n. 1934), Friedrich Müller (n. 1938), Friedrich Hufen (n. 1944) e Martin Morlok (n. 1949). Cfr. F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration. 1949-1970*, München, Oldenbourg Verlag, 2004.

invece, dell'elemento specificamente politico della costituzione moderna, ovvero le dottrine della democrazia, della monarchia, dell'aristocrazia e comprende anche una descrizione del funzionamento ed una storia dello sviluppo del sistema parlamentare; il quarto, infine, affronta il tema della dottrina costituzionale della federazione. È stato osservato che il primo capitolo sul concetto di costituzione si pone in analogia sistematica con *Il concetto di politico*; il secondo ed il terzo approfondiscono la contrapposizione tra Stato di diritto e democrazia; mentre il quarto riflette a livello statale la critica schmittiana del diritto internazionale in materia di *Völkerbund*⁶⁹⁰. Già nella struttura dell'opera, quindi, si fa evidente la tesi centrale dell'interpretazione schmittiana della costituzione di Weimar in particolare e della costituzione moderna in generale. Il secondo e il terzo capitolo disegnano i due binari su cui procede la costituzione democratica moderna sin dalla nascita, nell'età della Rivoluzione francese, delle prime costituzioni scritte: il binario impolitico o antipolitico dello Stato di diritto e dei suoi principi, e il binario essenzialmente politico della democrazia⁶⁹¹. La tesi della contrapposizione tra Stato borghese di diritto e democrazia corrisponde grosso modo alla tesi della contrapposizione tra parlamentarismo e democrazia sostenuta nel 1923 in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*⁶⁹². Quella tesi schmittiana, di natura schiettamente politica, affermata nel 1923 a prescindere da considerazioni di natura teorico-costituzionale e storico-costituzionale, diviene la base ideologica su cui il giurista decostruisce, smembrandola in due diversi tronconi, la Costituzione di Weimar e, indirettamente ma inevitabilmente, ogni costituzione moderna. Lo Stato di diritto è uno Stato al servizio del singolo individuo privato che esprime il proprio voto nel segreto dell'urna, ovvero è lo Stato del *bourgeois*; lo Stato democratico, invece, caratterizzato dall'unità e dalla presenza fisica del

⁶⁹⁰ Cfr. sulla struttura di *Dottrina della costituzione* R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius, 1992¹, p. 81; 3. ergänzte Auflage 2006, pp. 43-44.

⁶⁹¹ Nel terzo capitolo, come si è anticipato e si mostrerà meglio, in seguito Schmitt approfondisce oltre alla dottrina della democrazia anche le dottrine della monarchia e dell'aristocrazia.

⁶⁹² La corrispondenza non è perfetta: in *Dottrina della costituzione* infatti il concetto di Stato borghese di diritto con il suo concetto di legge e i suoi principi di divisione e di organizzazione è trattato nel secondo capitolo, mentre la discussione del sistema parlamentare di governo è svolta nel terzo capitolo che verte sull'elemento politico della costituzione. Dopo i paragrafi sulla dottrina della democrazia, la dottrina della monarchia e gli elementi aristocratici nelle costituzioni, circa la metà del terzo capitolo è dedicato al parlamentarismo: il paragrafo 24. *Il sistema parlamentare*, il paragrafo 25. *Sguardo storico sullo sviluppo del sistema parlamentare*, il paragrafo 26. *Sguardo sulle possibilità di strutturazione del sistema parlamentare* e il paragrafo 27. *Il sistema parlamentare della Costituzione di Weimar*.

popolo riunito e acclamante, è lo Stato del *citoyen*. La costituzione moderna è per Schmitt un sistema binario. Essa è il risultato della commistione di due diversi elementi: l'uno, giuridico e formale, è il portato della tradizione del costituzionalismo, del liberalismo e della concezione individualistica ad esso sottesa, e trova nel complesso di principi ed istituzioni che va sotto il nome di *Rechtsstaat*, il proprio prodotto finale; l'altro, politico e sostanziale, fa capo alla tradizione della sovranità popolare e della teoria democratica di Rousseau che privilegia la comunità politica e il bene comune a scapito delle garanzie delle libertà individuali e degli interessi dei singoli e dei gruppi.

Secondo Ulrich Thiele, cui si deve il più approfondito studio in lingua tedesca su *Dottrina della costituzione*, «aus Schmitts Perspektive reduzieren sich die Grundsätzlichen Entscheidungsoptionen, die die Reichsverfassung bietet, letztlich auf eine Alternative: entweder die Verfassung wird auf die Prinzipien des liberalen Rechtsstaates reduziert oder auf die der Demokratie, während eine wie immer verbesserte Kombination beider die Schwäche der alten dualistischen Verfassung lediglich perpetuieren würde. Jedes Ausweichen vor dieser Entscheidung habe unweigerlich zur Folge, dass sich die verdrängte Wahrheit rächen werde»⁶⁹³. Con l'espressione «la verità rimossa si vendicherà» Thiele vuole richiamarsi alla conclusione sibillina di *Legalità e legittimità*, dove Schmitt non si esprime più nei termini di dualismo, competizione o conflitto tra le componenti della Costituzione di Weimar, ma afferma che nel caso di Weimar si è di fronte a due costituzioni radicalmente diverse e contraddittorie: l'una, dotata di una legalità solo formale, funzionalistica e neutrale nei confronti di ogni verità e di ogni valore, è espressa nella prima parte del testo costituzionale del 1919; l'altra, dotata di una legittimità democratico-plebiscitaria e sostanziale, è espressa nella seconda parte e forma una sorta di *Gegen-Verfassung*⁶⁹⁴. In *Dottrina della costituzione* la distinzione tra le varie componenti liberali e democratiche della costituzione di Weimar non si presenta ancora come un tentativo ideologico di suggerire o produrre una divaricazione e una scelta ineludibile tra opzioni contrapposte, bensì come il tentativo scientifico di rendere manifesto il compromesso che sottende i lavori della *Nationalversammlung*.

La tesi della struttura essenzialmente antinomica della costituzione liberal-democratica moderna è sostenuta da Schmitt distinguendo, nell'ambito delle dottrine giusnaturaliste e contrattualiste del XVIII secolo, due «componenti autonome»: quella del contratto sociale tra individui liberi

⁶⁹³ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 38.

⁶⁹⁴ *VA*, p. 345.

ed uguali, e quella della sovranità e del potere costituente del popolo, concepito olisticamente⁶⁹⁵. Dei due poli della relazione individuo-comunità politica Schmitt sembra voler eliminare il primo a vantaggio del secondo. L'interpretazione di Rousseau – già delineata in *La dittatura* - non tanto come un teorico contrattualista dello Stato, quanto come il pensatore che fonda la democrazia sull'omogeneità della comunità rientra nella strategia schmittiana volta a dividere in due distinte componenti il giusnaturalismo ed il contrattualismo settecenteschi, mentre con l'adozione del concetto di *pouvoir constituant* elaborato da Sieyes Schmitt si avvicina paradossalmente ad uno dei più grandi teorici del costituzionalismo liberale. In Schmitt sia l'interpretazione di Rousseau sia l'interpretazione di Sieyes penalizzano gli aspetti individualistici e/o contrattualistici delle teorie di quegli autori per valorizzarne invece gli aspetti comunitari e nazionalistici: «*an diesem Punkt der Argumentation – prosegue Thiele – wird deutlich, daß Schmitts dichotomisierende Konstruktion der beiden extremen Typen freier Vertrag und verfassunggebende Volkssouveränität letztlich dazu dient, die vollständige Unabhängigkeit des letztgenannten Typs verfassungsrechtlicher Gründungsakte von gesellschaftsvertraglichen Konstruktionen zu belegen*»⁶⁹⁶. Schmitt, cioè, separa nettamente le teorie contrattualistiche dell'origine dello Stato - ricondotte nell'alveo della tradizione liberale in forza dello strumento del contratto proprio vuoi delle transazioni private vuoi della fondazione dello Stato a partire dalle volontà degli individui privati – dalla teoria del potere costituente del popolo e della democrazia, che, intesa correttamente, non consiste in alcuna teoria contrattuale. Tuttavia, anche quando la teoria democratica fa ricorso, come in Rousseau, alla metafora del contratto, essa postula comunque l'esistenza di un soggetto collettivo, il popolo, concepito non individualisticamente, ma olisticamente, e di un'entità unitaria, la *volonté générale*, attraverso la quale si esprime il potere sovrano. Per Schmitt la costituzione di Weimar, nonostante le sue molte incoerenze, ha senza alcun dubbio rifiutato il modello liberale del contratto sociale per porsi invece nettamente dalla parte della teoria francese del potere costituente. Il prototipo della costituzione democratica, cui può essere ricondotto l'atto fondamentale compiuto dal popolo tedesco nel 1919, è stato realizzato non dalla Rivoluzione americana, ma dalla Rivoluzione francese.

Jeffrey Seitzer, che nel 2001 ha pubblicato uno studio su Schmitt nel quale sottolinea la centralità della storia costituzionale comparata nella teoria schmittiana della costituzione, osserva che la distinzione tra

⁶⁹⁵ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 178-200.

⁶⁹⁶ *Ivi*, p. 200.

l'elemento legale (dello Stato di diritto) e l'elemento politico (della democrazia) della Costituzione di Weimar derivi a Schmitt proprio dal confronto tra il costituzionalismo inglese ed americano ed il costituzionalismo francese: «*what is underappreciated among commentators is the significance of the fact that Schmitt develops this distinction through a systematic reconstruction of the classic American, and especially French, efforts of constitution-making. That this reconstruction effectively redefines the liberal constitutional tradition becomes evident only when Schmitt's comparative history of constitution-making is examined in reference to the larger history of Western constitutionalism*»⁶⁹⁷. Secondo Seitzer la differenza più importante tra il costituzionalismo americano e il costituzionalismo francese consiste in questo: «*The Americans had to 'constitute' their identity through the act of constitution-making itself, whereas the French were able to 'presuppose' this identity (...) Schmitt identifies an important aspect of the French tradition. The French are not defined by their constitutions in the way that Americans are by the U.S. Constitution. The French state was formed before the Revolution, and it is in an important, though ill-defined, or perhaps even undefinable, way, independent of particular form of government*»⁶⁹⁸. Perciò è del tutto comprensibile – a parere di Seitzer - che Schmitt, nella sua costruzione di una teoria e di una storia costituzionale comparata, abbia orientato il suo interesse principalmente verso la Francia e le sue costituzioni classiche: la costituzione monarchico-costituzionale del 1791, quelle repubblicane del 1793, del 1795 e del 1799, la *Charte* del 1814, la *Charte* del 1830 che fonda la Monarchia di Luglio (ma anche la costituzione belga del 1831), le leggi costituzionali del 1875 che regolano organi e funzioni della III Repubblica.

2.1. Il concetto di costituzione

Dal punto di vista della storia costituzionale la tesi centrale del primo capitolo di *Dottrina della costituzione* è la seguente: l'uso del termine costituzione, tipico degli storici dello Stato di diritto liberale, nasce dalla

⁶⁹⁷ J. Seitzer, *Carl Schmitt's Internal Critique of Liberal Constitutionalism. Verfassungslehre as a Response to Weimar State Crisis*, in D. Dyzenhaus (ed.), *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence. Topic: Carl Schmitt*, 10, 1, 1997, p. 219; saggio ripubblicato come capitolo I in J. Seitzer, *Comparative History and Legal Theory. Carl Schmitt in the First German Democracy*, Westport (CT)-London, Greenwood University Press, 2001, pp. 1-40 (: 19-20).

⁶⁹⁸ J. Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, cit., p. 18.

pretesa di misurare la costituzionalità di ogni singolo ordinamento giuridico sulla base dei principi delle libertà borghesi, vale a dire – afferma Schmitt riecheggiando la critica di Marx alla teoria dei diritti dell'uomo – sulla base dei diritti dell'uomo «in quanto persona singola»⁶⁹⁹. Schmitt contesta però l'identificazione dello Stato di diritto con il concetto di costituzione: «l'elemento tipico dello Stato borghese di diritto persino oggi è scambiato ancora con tutta quanta la costituzione, benché esso in realtà da solo non possa essere sufficiente, ma si aggiunga soltanto all'elemento politico»⁷⁰⁰.

In principio vengono individuati quattro diversi significati di 'costituzione': 1. il concetto assoluto; 2. il concetto relativo; 3. il concetto positivo e 4. il concetto ideale di costituzione. Nel prosieguo della trattazione, dopo aver delineato uno schizzo storico della nascita delle costituzioni europee moderne, Schmitt aggiunge all'iniziale classificazione altre due accezioni del termine 'costituzione': la costituzione come contratto sociale (*Gesellschaftsvertrag*) e la costituzione come contratto costituzionale (*Verfassungsvertrag*).

Il primo significato – quello assoluto – di costituzione presenta a sua volta varie accezioni e sfumature. Da un lato, è analogo al significato del termine aristotelico *politèia*: la costituzione allora non è qualcosa di normativo, ma è «il concreto modo di esistere (*Daseinsweise*) che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente». Dall'altro lato, invece, la costituzione vale come regolamentazione legislativa di base, come «norma delle norme».

Nel senso esistenziale e statico – a partire da Aristotele - si può dire che lo Stato non ha una costituzione, conformemente alla quale si forma e funziona la volontà statale, ma lo Stato è la sua costituzione. Costituzione indica infatti la «concreta condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale di un determinato Stato (...) lo Stato cesserebbe di esistere se questa costituzione, cioè questa unità e ordine, cessasse. La costituzione è la sua «anima», la sua vita concreta e la sua esistenza individuale»⁷⁰¹. Nello specifico costituzione vale per forma di Stato: si ha dunque la classica tipologia delle costituzioni monarchica, aristocratica o democratica che si tramanda, senza radicali variazioni, dalla *Politica* di Aristotele alla *Summa Theologica* di Tommaso d'Aquino e alla *Republique* di Bodin.

Il concetto assoluto di costituzione viene dunque declinato da Schmitt in senso esistenziale oppure in senso normativo: la costituzione viene intesa, cioè, come un *Sein* o, viceversa, come un *Sollen*, e questo gli

⁶⁹⁹ *VL*, p. 164; trad. it. p. 221.

⁷⁰⁰ *VL*, p. XII; trad. it. p. 8.

⁷⁰¹ *VL*, p. 4; trad. it. p. 16.

consente di confrontarsi subito sia con la dottrina di Rudolf Smend sia con la dottrina di Hans Kelsen. Il concetto di *Verfassung* che emerge dalla *Integrationslehre* di Smend viene ricondotto al concetto assoluto, esistenziale e dinamico di costituzione: essa è «il principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità (...) Qui lo Stato è concepito non come qualcosa di esistente, di quietamente statico, ma come qualcosa che diviene, che nasce sempre di nuovo». Nella ricostruzione storica di Schmitt Lorenz von Stein sarebbe stato il primo, a metà del XIX secolo, a formulare questo concetto esistenziale e dinamico di costituzione nello studio sulla Francia dal titolo *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850)⁷⁰². Vista come l'immediata continuazione della teoria di Stein, la dottrina dell'integrazione di Smend concepisce la costituzione come il continuo formarsi ed «integrarsi» dell'unità politica, come un *Sein* e, insieme, come un *Werden*.

Il concetto assoluto di costituzione declinato in senso normativo non coincide con l'esistenza stessa dell'unità politica o col suo divenire dinamico, ma è «un semplice dovere» (*ein bloßes „Sollen“*)⁷⁰³. La costituzione non si riduce però ad una somma di singole leggi o norme, sebbene importanti e poste in rilievo con contrassegni esteriori e formali – questo, si vedrà, è il concetto relativo di costituzione -, ma si erge a «normazione globale della vita statale», a «legge fondamentale» (*Grundgesetz*) nel senso di un'unità conchiusa, a «legge delle leggi» (*Gesetz der Gesetze*) cui devono essere ricondotte tutte le altre leggi o norme dello Stato. In questa accezione del termine, che è quella riconducibile alla dottrina pura di Kelsen, «lo Stato diventa un ordinamento giuridico che poggia sulla costituzione in quanto norma fondamentale (*Grundnorm*)». Stato e costituzione si identificano, ma in modo diverso rispetto al precedente: non “lo Stato è la sua costituzione”, ma “la costituzione è lo Stato”. Mentre nel caso del concetto assoluto, esistenziale e dinamico di costituzione Schmitt disegna una linea che unisce idealmente Lorenz von Stein e Rudolf Smend, ora nel caso del concetto assoluto e normativo di costituzione il giurista individua nei rappresentanti del liberalismo francese dell'epoca della Restaurazione monarchica e della monarchia di Luglio - i *doctrinaires* Royer-Collard e Guizot -, i teorici dello Stato borghese di diritto di cui la dottrina di Kelsen costituisce l'ultima diramazione. In Kelsen «l'essere o il divenire politico dell'ordine dell'unità statale è

⁷⁰² Cfr. su L. von Stein il saggio di E.-W. Böckenförde, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 170-208.

⁷⁰³ *VL*, p. 7; trad. it. p. 20.

trasformato in un funzionario»⁷⁰⁴. Nella grande epoca della borghesia, il XVII e il XVIII secolo, il diritto naturale e razionale individualistico costituì una vera unità sistematica: concetti, quali la proprietà e la libertà personale, erano affermati come norme valide in sé stesse e vigenti davanti ed al di sopra di ogni realtà politica perché intrinsecamente giuste e razionali, a prescindere dalla loro affermazione giuridico-positiva. In Kelsen, venuto meno il presupposto dello Stato di diritto rappresentato dal giusnaturalismo e dal razionalismo individualistico, il «puro sistema di pure norme» perde il proprio fondamento metafisico e al posto di questo fondamento appare la tautologia della cruda effettività: «qualcosa vige, se vige e perché vige. Questo è «positivismo» »⁷⁰⁵. Come in *Teologia politica* si osserva che il concetto di ordinamento giuridico contiene in sé due diversi elementi del dato giuridico: la norma e la decisione su cui la norma stessa riposa⁷⁰⁶, così in *Dottrina della costituzione* il concetto di ordinamento giuridico viene decostruito e di esso vengono mostrate le due componenti, radicalmente diverse: l'elemento normativo del diritto e l'elemento esistenziale dell'ordinamento concreto. Figurarsi i 181 articoli della Costituzione di Weimar come un'unità sistematica, normativa e logica è fuorviante, non solo perché non esiste alcun sistema costituzionale chiuso di natura puramente normativa, ma anche perché la Costituzione di Weimar, in luogo dell'unità e della sistematicità, qualità che non possono essere presupposte logicamente come proprie di un qualunque ordinamento giuridico, presenta invece – soprattutto se letta attraverso la lente della dottrina positivista dominante – i caratteri di una pluralità non sistematica di singole disposizioni legislative.

La costituzione in senso relativo è per Schmitt l'insieme delle singole leggi costituzionali intese in senso formale. Concepire la *Verfassung* come un insieme di *Verfassungsgesetze* produce come conseguenza che l'unità della costituzione va perduta, dissolta in una molteplicità di singole disposizioni formalmente uguali e contenutisticamente indistinte, sia che esse stabiliscano la forma repubblicana dello Stato, sia che esse riguardino i diritti e i doveri dei tedeschi, sia che si tratti di regolamentazioni di materie tutt'altro che fondamentali – come ad esempio il mantenimento delle facoltà teologiche nelle Università –, le quali, nel 1919, sono state ancorate al testo costituzionale per volontà dei partiti rappresentati nella *Nationalversammlung*: la costituzione come unità generale e le leggi costituzionali come molteplicità particolari sono poste così sullo stesso

⁷⁰⁴ *VL*, p. 8; trad. it. p. 22. Il testo tedesco suona così: «Das politische Sein oder Werden der staatlichen Einheit und Ordnung wird in ein Funktionieren verwandelt».

⁷⁰⁵ *VL*, p. 8-9; trad. it. pp. 22-23.

⁷⁰⁶ *CP*, pp. 36-37.

piano e la costituzione è ridotta, in modo ap problematico, alle sue singole disposizioni. I contrassegni del carattere formale della costituzione e della legge costituzionale sono rispettivamente di due tipi, legati l'uno all'altro: per costituzione in senso formale si intende la costituzione scritta; per legge costituzionale in senso formale si intende quella legge per la cui modifica è necessario seguire un procedimento aggravato.

L'equazione costituzione = *lex scripta* non implica sin da subito la dissoluzione dell'unità della costituzione in una serie di singole leggi costituzionali. Anzi, nel XVIII secolo la prassi delle moderne costituzioni scritte avviata dalle colonie americane inizia ponendosi in contrapposizione rispetto alla prassi costituzionale inglese basata su usi e consuetudini. La costituzione come legge scritta o codificazione legislativa costituzionale era concepita in quel contesto come unità, era costituzione in senso assoluto. Nel ricostruire la genealogia del concetto relativo di costituzione Schmitt richiama invece alla memoria le vicende della borghesia tedesca del XIX secolo: la richiesta rivolta al re dalla *Volkvertretung*, cioè dal parlamento, di contrattare una costituzione scritta conduce all'esito che la costituzione venga considerata alla stessa stregua di una legge ordinaria del parlamento. Nata dall'accordo tra re e rappresentanza popolare, la costituzione può essere modificata non dal re ma solo dalla legislazione del parlamento. Paul Laband, come si mostrerà nel paragrafo successivo, non vede alcuna distinzione formale o materiale tra la costituzione (la *Reichsverfassung* del 1871), la legge ordinaria deliberata dal parlamento e la legge di modifica costituzionale deliberata anch'essa dal parlamento. Nella Francia della III Repubblica non c'è neppure una costituzione, ma solo un insieme di importanti leggi costituzionali, quelle del 1875. Come rilevato correttamente dai giuristi Joseph Barthélemy e Paul Duez nel loro *Traité de droit constitutionnel*, nella III Repubblica «il n'y a pas de constitution; il y a des lois constitutionnelles»⁷⁰⁷.

La caratteristica formale della costituzione in senso relativo, cioè dell'insieme delle leggi costituzionali, consiste nel fatto che essa, nonostante sia definita rigida per il fatto che le sue norme sono sottoposte ad una procedura aggravata di modifica, in realtà è a completa disposizione del legislatore. Nel requisito della modificabilità aggravata è presente una certa garanzia di durata e stabilità, ma questa durata e questa stabilità si riducono al solo fatto che le formalità di un articolo della Costituzione di Weimar, l'art. 76, siano rispettate. Se per mezzo dell'art. 76 si potesse modificare qualsiasi regolamentazione legislativa costituzionale - secondo quanto

⁷⁰⁷ Il manuale classico sulle istituzioni della Francia della III Repubblica è stato recentemente ristampato: J. Barthélemy-P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Pantheon-Assas, 2004 (Ripr. facs, dell'ed.: Paris, Librairie Dalloz, 1933).

sostenuto da Anschütz, Thoma e dalla dottrina positivista dominante, ma non condiviso da Schmitt - il senso originario di garanzia della costituzione andrebbe perduto: «l'intera costituzione sarebbe soltanto un che di provvisorio e in effetti soltanto una legge in bianco (...) Ad ogni frase della costituzione vigente dell'attuale diritto costituzionale tedesco dovrebbe essere aggiunto l'attributo: salvo una modifica ex art. 76 cost. «Il Reich tedesco è una repubblica» (art. 1) – salvo l'art. 76 cost.»⁷⁰⁸. Una parte della dottrina del diritto dello Stato a Weimar (oltre a Schmitt anche Carl Bilfinger e Heinrich Triepel) negli anni dal 1928 al 1932 sosteneva che la facoltà di modificare la costituzione non si estendeva alle decisioni fondamentali e con ciò – di fronte alla incombente «rivoluzione legale» della NSDAP – si tentava di limitare l'apertura della costituzione, derivante dalla neutralità di fronte a qualunque modifica, a favore dell'intangibilità dei suoi pronunciamenti fondamentali (democrazia, Stato di diritto). Per Schmitt, in particolare, la competenza del parlamento ad eseguire modificazioni legislative costituzionali è, appunto, solo una competenza che non può trascendere la costituzione stessa fino a confondersi e coincidere con il potere costituente del popolo tedesco.

Il concetto di potere costituente consente a Schmitt di affermare che la costituzione è una decisione politica fondamentale (*grundlegende politische Entscheidung*) presa da un soggetto, in democrazia il popolo, e non emendabile in ogni sua parte per via legislativa: questo è il concetto schmittiano di costituzione positiva. Affermare il concetto positivo di costituzione di fronte alla sua dissoluzione formalistica significa per Schmitt salvaguardare «un concetto essenziale della dottrina dello Stato e il concetto fondamentale della dottrina della costituzione»⁷⁰⁹, ma significa anche prendere posizione in merito ad un problema concreto: quello delle leggi di revisione costituzionale e delle rotture costituzionali (*Verfassungsdurchbrechungen*) che a Weimar si ripetevano numerose. L'atto della legislazione costituzionale in quanto tale non contiene determinate singole normative, ma definisce con una sola decisione il complesso dell'unità politica rispetto alla sua forma speciale di esistenza: l'atto del potere costituente costituisce la forma dell'unità politica la cui esistenza è presupposta. In questa distinzione tra i due momenti dell'esistenza dell'unità politica e dell'atto costituente sta la differenza tra il concetto assoluto – esistenziale o normativo – di costituzione ed il concetto positivo: «la costituzione – scrive Schmitt – non è niente di assoluto, non essendosi originata da se stessa (...) Che la costituzione si ponga da sé, è

⁷⁰⁸ *VL*, p. 19; trad. it. p. 36.

⁷⁰⁹ *VL* p. 21; trad. it. p. 38.

chiaramente insensato e assurdo. La costituzione vige in forza della volontà politica esistente di chi la pone»⁷¹⁰. E di questa volontà politica non si può dire altro che c'è oppure che non c'è. Schmitt esplica il suo concetto positivo di costituzione servendosi degli esempi della fondazione di nuovi Stati (le colonie americane che si proclamano Stati Uniti d'America) e delle costituzioni rivoluzionarie della Francia del 1791 e della Russia del 1918. Hasso Hofmann nota al riguardo che «l'esistenzialità del fondamento di validità della costituzione significa che il diritto non può essere fatto discendere o risalire ulteriormente, indica il suo condizionamento storico di principio e la sua causalità politica»⁷¹¹.

L'origine della costituzione dalla decisione politica del potere costituente, l'identificazione tra esistenza dell'unità politica e legittimità della decisione e della costituzione, la distinzione tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetze*, infine la riduzione del potere di revisione ad un potere costituito sono i pilastri del concetto positivo di costituzione per mezzo del quale Schmitt interpreta la costituzione di Weimar. Le decisioni politiche fondamentali che formano la sostanza della costituzione tedesca del 1919 sono: 1. la decisione per la democrazia; 2. la decisione per la repubblica; 3. la decisione per la struttura federale; 4. la decisione per la forma rappresentativa e parlamentare della legislazione e del governo; infine 5. la decisione per lo Stato borghese di diritto coi suoi principi cardine, cioè i diritti fondamentali e la separazione dei poteri. Queste decisioni contenute nel testo della costituzione non sono *Verfassungsgesetze*, non sono cioè disposizioni dotate di forza di legge costituzionale, bensì decisioni politiche concrete (*Grundentscheidungen*) che 'resistono' ad ogni modifica costituzionale, cioè sono indisponibili al legislatore che voglia procedere ad una revisione costituzionale ai sensi dell'art. 76 WRV. La rilevanza pratica della distinzione tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetze* si mostra non solo in relazione all'art. 76, ma anche in relazione all'art. 48 e ai diritti fondamentali. La costituzione è inviolabile, ma durante lo stato di emergenza alcune disposizioni costituzionali – i diritti fondamentali elencati nell'art. 48 c. 2 - possono essere sospese. Inoltre la regolamentazione legislativa ordinaria o costituzionale dei diritti fondamentali deve essere tenuta distinta dalla garanzia dei diritti: ampi interventi possono essere autorizzati nei diritti fondamentali garantiti, ma appena uno solo di essi è annullato è violata la costituzione stessa poiché «un simile annullamento in uno Stato borghese di diritto non può essere ammesso neppure con una legge di modifica della costituzione»⁷¹². A proposito della trattazione

⁷¹⁰ VL, p. 22; trad. it. pp. 39-40.

⁷¹¹ H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit., p. 174.

⁷¹² VL, p. 27; trad. it., p. 47.

schmittiana dei diritti fondamentali Ulrich Thiele afferma che «*der vorstaatlich-staatliche Doppelcharakter der Freiheitsrechte verschwindet nicht durch deren verfassungsrechtliche Kodifizierung als Grundrechte*»⁷¹³. In questo caso, però, poiché Schmitt sta difendendo il proprio concetto di costituzione positiva dalla relativizzazione e dissoluzione formalistica della costituzione in una serie di leggi costituzionali ugualmente modificabili, affermare che la costituzione stessa è violata se uno solo dei diritti fondamentali viene annullato, non significa voler riconoscere - come fa il liberalismo messo in discussione da Schmitt nella parte dedicata alla trattazione sistematica del 'principio di divisione' (*Verteilungsprinzip*) dello Stato borghese di diritto - la natura prestatuale dei diritti stessi, ma solo ribadire che essi, rientrando tra le decisioni fondamentali prese nel 1919 dal titolare del potere costituente, sono parte integrante di quell'atto costituente, formano cioè la sostanza della costituzione.

Per concludere la trattazione del concetto schmittiano di costituzione positiva resta da distinguere questo concetto dalle teorie della fondazione contrattuale dello Stato. Una costituzione che poggi su un atto del potere costituente è qualcosa di essenzialmente diverso da ogni contratto sociale, in particolare dal *contrat social* di Rousseau che, fondando lo Stato e la sovranità, precede l'istituzione delle *lois politiques* o *fondamentales* che regolano l'esercizio del potere statale. «Il contratto sociale - spiega Schmitt - è già presupposto dalla teoria del potere costituente del popolo (...) Con la costituzione in senso positivo (...) il contratto sociale non è in nessun caso identico»⁷¹⁴. Il contratto sociale che fonda l'unità politica e lo Stato e la costituzione in senso positivo che esprime, invece, la decisione sulla specie e la forma dell'unità politica presupposta come esistente sono a loro volta tenuti distinti dal contratto costituzionale. Con *Verfassungsvertrag* Schmitt intende solo ed esclusivamente un contratto federale (*Bundesvertrag*) stipulato tra almeno due parti già esistenti politicamente e che conservano la propria autonomia politica anche dopo la stipulazione del patto: la nuova costituzione in questo caso si genera mediante un contratto costituzionale fra molteplici titolari del potere costituente, che è un contratto libero solo in quanto si basa sulla libera volontà dei soggetti contraenti, ma non «nel senso del concetto moderno del contratto di diritto privato e di un ordinamento sociale borghese liberale che si basa sulla «libertà contrattuale»»⁷¹⁵.

Schmitt ha fin qui formulato un concetto assoluto - esistenziale o normativo - di costituzione, un concetto relativo che attua la riduzione della costituzione alla legge costituzionale ed un concetto positivo tenuto distinto

⁷¹³ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 61.

⁷¹⁴ *VL*, pp. 61-62; trad. it. p. 91.

⁷¹⁵ *VL*, p. 67; trad. it. p. 97.

dalle teorie del contratto sociale e dal contratto costituzionale che è un patto federale. Il concetto ideale di costituzione, infine, rimanda alla valutazione politica su di un determinato contenuto valoriale della costituzione: nella lotta politica ogni parte riconosce come «vera» costituzione, cioè come costituzione ideale, solo quella che soddisfi le proprie richieste. Così la borghesia liberale in lotta contro la monarchia ha posto un determinato concetto ideale di costituzione, fondato sul rispetto della libertà personale e della proprietà privata, e lo ha identificato *tout court* con il concetto di costituzione. Viceversa, da un punto di vista marxista una costituzione che riconosca i principi dello Stato borghese di diritto, specialmente la proprietà privata, non è affatto una costituzione ideale, ma una «costituzione fittizia e reazionaria (*reaktionäre Scheinverfassung*), una facciata giuridica senza importanza (*bedeutungslose juristische Fassade*) di fronte alla dittatura dei capitalisti»⁷¹⁶. E ancora, per la concezione di uno Stato laico, uno Stato che non realizzi la separazione tra Stato e Chiesa non ha una costituzione libera, mentre per una determinata Chiesa o confessione religiosa lo Stato ha una vera costituzione solo se garantisce la libera attività pubblica di quella Chiesa e protegge le sue istituzioni.

Nell'età del costituzionalismo moderno si è affermato un concetto di costituzione ideale, il concetto di costituzione dello Stato borghese di diritto. Questo concetto di costituzione si basa sulla divisione - risalente all'*Esprit des lois* di Montesquieu - delle costituzioni in liberali e non liberali: «alcune costituzioni hanno per oggetto e scopo immediato la gloria dello Stato (*la gloire de l'état*), altre la libertà politica dei cittadini». Nella distinzione tra *gloire* e *liberté* è presente *in nuce* l'opposizione, elaborata dalla filosofia e dalla giuspubblicistica tedesca, tra *Machtstaat* e *Rechtsstaat*. Se si prescinde dalla Russia bolscevica e dall'Italia fascista, il concetto ideale di costituzione dominante corrisponde alla costituzione dello Stato borghese di diritto, che è una costituzione scritta, un sistema di garanzie delle libertà borghesi, che organizza il potere dello Stato mediante il principio della separazione o distinzione dei poteri. «Lo sforzo dello Stato borghese di diritto - conclude Schmitt - va a ricacciare indietro il politico (*das Politische zurückzudrängen*), a limitare tutte le manifestazioni della vita statale in una serie di normative e a trasformare ogni attività statale in competenze, cioè in attribuzioni esattamente circoscritte ed in linea di principio limitate»⁷¹⁷. È nella critica di questo concetto ideale che Schmitt si cimenta con il secondo capitolo di *Dottrina della costituzione*. Ma prima di fare ciò ricostruisce brevemente lo sviluppo del costituzionalismo

⁷¹⁶ *VL*, p. 37; trad. it. p. 59.

⁷¹⁷ *VL*, p. 41; trad. it. p. 64.

medievale e moderno fino alla nascita della costituzione moderna nell'età della Rivoluzione francese e ai successivi sviluppi nel XIX e nel XX secolo, e discute poi la natura, i soggetti, la funzione, l'attività e le conseguenze giuridiche del potere costituente nella costituzione di Weimar e i concetti da esso derivati.

2.2. *La nascita della costituzione e il significato della Rivoluzione francese per il costituzionalismo moderno*

Una costituzione nasce per Schmitt dalla decisione politica fondamentale ed unilaterale del soggetto del potere costituente (concetto positivo di costituzione). Nella società cetuale europea anteriore alla Rivoluzione francese questo concetto di costituzione era del tutto assente. Alla società cetuale è associato, piuttosto, il significato della costituzione come carta delle libertà - dove per libertà al plurale si intendono i diritti acquisiti e i privilegi (*iura et libertates*) -, ovvero come patto di dominio (*Herrschaftsvertrag*), stipulato solennemente sotto giuramento, fra le unioni corporative (nobiltà, clero, città libere) e il principe. Ben prima di pubblicare lo studio sul *Leviatano* (1938) e il saggio *Der Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), Schmitt già in *Dottrina della costituzione* si mostra consapevole della storicità dello Stato, della sua appartenenza alla modernità. È con riserva, infatti, che il giurista adopera l'espressione 'Stato cetuale': «nello Stato dei ceti (*Stände*, „*staat*“) non si potrebbe parlare né di uno Stato monistico né di uno Stato dualistico o pluralistico, ma tutt'al più di una molteplicità di diritti acquisiti e di privilegi»⁷¹⁸. Come rilevato da Böckenförde sul solco di Schmitt, gli innumerevoli accordi, carte, capitolati, contratti, *stabilimenta* non fondano l'unità politica e neppure contengono la decisione fondamentale sulla specie e la forma di quell'unità, bensì regolano determinati rapporti di dominio tra titolari di un potere di dominio collocati in posizione superiore (signore territoriale, re, imperatore) e altri titolari di un potere di dominio collocati in posizione subordinata, cioè titolari di un'autorità locale (*Lokalobrigkeit*)⁷¹⁹. Il significato di costituzione come carta delle libertà o patto di dominio precede, dunque, la formazione di un potere statale unitario, mentre il significato di costituzione come fondamento del potere statale di dominio e come fondamento dell'organizzazione dello Stato la segue necessariamente. In questo secondo,

⁷¹⁸ *VL*, p. 45; trad. it. p. 70.

⁷¹⁹ Cfr. E.-W. Böckenförde, *Sviluppo storico e mutamento di significato della costituzione*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 29-60 (: 30).

importante significato la costituzione non dà forma e non limita un potere già esistente, ma dal punto di vista giuridico, è essa stessa a costituirlo. Dal punto di vista storico, però, la costituzione come fondamento del potere di dominio, cioè il concetto positivo di costituzione, per adoperare la terminologia schmittiana, si è potuta affermare e concretizzare soltanto dopo la formazione dello Stato moderno, cioè solo in seguito alla vittoria sui diritti corporativi e feudali acquisiti del potere politico complessivo di dominio e decisione, perfezionato con l'attributo della sovranità.

Schmitt abbraccia con un rapido sguardo lo sviluppo del costituzionalismo in tre realtà nazionali: l'Inghilterra, l'Impero germanico e la Francia, consentendo al lettore di paragonare le tre tradizioni e aggiungendo talvolta, ove necessario, l'esperienza del costituzionalismo americano. Questo metodo di storia costituzionale comparata, inaugurato nel primo capitolo immediatamente dopo l'esposizione sistematica dei concetti di costituzione, viene seguito costantemente dall'inizio alla fine di *Dottrina della costituzione*. In Inghilterra le tappe principali dello sviluppo del costituzionalismo sono la *Magna Charta* del 1215 e il *Bill of Rights* del 1688. Tra queste due date si compie, per Schmitt, il passaggio graduale dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno: mentre nel caso della *Magna Charta* si è di fronte soltanto ad uno dei molti esempi - il più noto, certo - di accordi medievali tra il principe e i feudatari, nel caso del *Bill of Rights*, sebbene questa dichiarazione dei diritti si configuri formalmente come una stipulazione contrattuale fra Guglielmo d'Orange ed il parlamento che lo chiamò sul trono d'Inghilterra, «si può già parlare di disposizioni legislative costituzionali in senso moderno, poiché qui è già chiara la raffigurazione dell'unità politica e l'accordo tra parlamento e re non costituisce press'a poco l'unità, ma la presuppone, laddove il parlamento si presenta come il rappresentante dell'unità»⁷²⁰. Per quanto riguarda l'Impero tedesco, invece, la struttura medievale della società e del dominio permane fino alla fine del Reich, all'inizio del XIX secolo. Tanto Pufendorf in *De Statu Imperii Germanici* (1667) quanto Hegel in *Die Verfassung Deutschlands* (1802) denunciano l'abnormità e la mostruosità di questo «composto eterogeneo di brandelli e di formazioni politiche in sviluppo»⁷²¹. Il ceto più eminente e politicamente più influente del Reich era quello dei principi elettori, che ad ogni nuova elezione dell'imperatore accrescevano per mezzo di nuovi capitoli i propri diritti e il proprio potere. L'ultima possibilità di fare del Reich tedesco una unità politica esistente su un fondamento nazionale sfuma, per Schmitt, nella prima metà del XVII

⁷²⁰ *VL*, p. 47; trad. it. p. 72.

⁷²¹ *VL*, p. 47; trad. it., pp. 72-73.

secolo con la fine di Wallenstein. Sul continente europeo, invece, soprattutto in Francia ma anche in Spagna e negli Stati territoriali tedeschi lo Stato moderno si sviluppa per volontà del principe assoluto che riesce ad eliminare i diritti corporativi e feudali e ad affermare la sovranità del proprio potere: il superamento della legittimità dello *status quo* – cioè la legittimità feudale e corporativa – è la «grande funzione storica universale (*weltgeschichtliche*)» del concetto di sovranità di Bodin, Hobbes, Pufendorf⁷²².

Formatosi lo Stato moderno e perfezionato il concetto di sovranità, solo con la Rivoluzione francese e le teorie di Rousseau e Sieyès nasce la costituzione moderna, cioè la costituzione nel suo significato positivo di decisione politica fondamentale del soggetto del potere costituente: «con la Rivoluzione francese del 1789 nacque la costituzione moderna, mista a causa di elementi liberali e democratici (*die moderne, aus liberalen und demokratischen Elementen gemischte Verfassung*). Il presupposto concettuale è la teoria del potere costituente. (...) Il potere costituente presuppone il popolo come un'entità politicamente esistente; la parola «nazione» indica in senso pregnante un popolo capace di agire, destatosi alla coscienza politica»⁷²³. Per Schmitt la costituzione nel XVIII secolo nasce mista e lo rimane anche nel XIX e nel XX secolo: l'ultimo paragrafo - forse il più importante del secondo capitolo, il paragrafo 16., ed uno dei più importanti dell'intera opera perché contiene l'esposizione dei due principi della forma politica, identità e rappresentanza (*Repräsentation*) -, si intitola infatti *La costituzione del moderno Stato borghese di diritto è sempre una costituzione mista*.

Concordando con Egon Zweig, Schmitt individua nella dottrina dello Stato della Rivoluzione francese la fonte principale non solo per la dogmatica politica, ma anche per la costruzione giuridica del diritto positivo della dottrina della costituzione dell'intero periodo successivo; ma separa, dal punto di vista della teoria costituzionale, due diversi fenomeni e sistemi di pensiero che hanno nella Francia del 1789 la propria origine: da un lato la teoria del potere costituente che pone la nazione, presupposta come esistente, al posto del principe assoluto e mantiene in vita «con forza invariata, anzi accresciuta» l'assolutezza della sovranità, e dall'altro la teoria del potere limitato che conduce alla elaborazione della costituzione dello Stato borghese di diritto⁷²⁴. Per Schmitt la forza politica dell'evento rivoluzionario non consiste in «tutte le distinzioni, le divisioni, gli ostacoli ed i controlli del potere statale» - cioè nella teoria del potere limitato propria

⁷²² *VL*, p. 49; trad. it. p. 75.

⁷²³ *VL*, p. 49; trad. it. p. 75.

⁷²⁴ *VL*, p. 50; trad. it. pp. 76-77.

dello Stato di diritto – bensì nell’idea dell’unità politica, nell’accrescimento del potere statale e nella sua più intensa *unité et indivisibilité*. Mentre la teoria rivoluzionaria e costituzionale concepisce la costituzione non come un contratto fra principe e popolo, ma come una decisione politica che presuppone l’unità della nazione, nell’età della Restaurazione (1815-1830) il legittimismo dinastico, la teoria e la prassi controrivoluzionarie cercano di tornare alla concezione medievale della costituzione corporativa come contratto fra principe e popolo per opporsi all’idea moderna della rappresentanza dell’unità nazionale: sia la *Charte* francese del 1814 sia l’Atto federale viennese della federazione tedesca del 1815 tentano di restaurare il concetto pre-rivoluzionario di costituzione, ma paradossalmente non fanno altro che riconoscere, in particolare la *Charte* francese, l’impossibilità di un ritorno al passato. Nel caso della patria della Rivoluzione Schmitt sottolinea infatti l’intima contraddittorietà teorica della costituzione monarchica, la quale, data la potenza polemica sprigionata dal concetto di potere costituente della nazione, non poteva prescindere dall’accogliere quel concetto, originariamente rivoluzionario e democratico, per assegnarlo però al re. La *Charte* del 1814, che si è preferito appunto designare col termine medievale di «*charte*» anziché col termine moderno «*constitution*», si basava sul principio monarchico, cioè sul potere costituente del re – un concetto, questo, intimamente contraddittorio – ed era frutto di una concessione del re. Il principio monarchico, d’altra parte, è teoricamente inconciliabile col concetto di costituzione come contratto costituzionale concluso con i ceti.

Come in Francia i sostenitori liberali dello Stato di diritto eludono l’alternativa tra principio democratico e principio monarchico, cioè tra potere costituente del popolo e potere costituente del re, affermando la «sovranità della costituzione», così in Germania si evita l’*aut-aut* tra i due principi politici facendo scaturire la costituzione dal compromesso dilatorio tra monarca e rappresentanza popolare: la costituzione non risulta così né posta dal potere costituente del popolo, né semplicemente concessa dal monarca, ma concordata. Questa concezione dualistica intermedia «veniva mascherata con il fatto che corrispondeva alle concezioni liberali che immaginano una sovranità della costituzione e che aggirano in tal modo la principale questione politica del potere costituente»⁷²⁵. L’incapacità di decidere, che Schmitt rimprovera al liberalismo in *Teologia politica*, è declinata in *Dottrina della costituzione* come «confitto irrisolto» e «sospensione della decisione» tra principio monarchico e principio democratico e come «compromesso dilatorio» in favore della monarchia

⁷²⁵ *VL*, p. 54; trad. it. 81.

costituzionale: «ciò che non si trovava nella costituzione, era lasciato senza risposta come non giuridico (*unjuristisch*), ed al tempo stesso la costituzione veniva relativizzata e formalizzata in legge costituzionale»⁷²⁶. Se la Germania si fosse trovata, come l’Inghilterra, nella felice posizione di un’isola, inattaccabile ed immensamente arricchita dai territori coloniali, forse sarebbe stata possibile – ipotizza Schmitt - una lenta, graduale e non conflittuale sostituzione di un principio di legittimità all’altro, ma ad una stagione di tranquillità economica e politica fecero seguito la guerra mondiale, la sconfitta e la rivoluzione dei consigli che determinarono il collasso del II Reich. Il «guscio vuoto» di quella sorta di liberalismo che è il positivismo sopravvive persino dopo il *Zusammenbruch* del 1918 nella dottrina del diritto di Kelsen. Ricostruendo lo sviluppo del costituzionalismo tedesco, Schmitt sta fornendo anche un’autointerpretazione della propria teoria costituzionale e del suo rapporto con la tradizione giuridica ottocentesca e un’interpretazione del rapporto di Hans Kelsen con quella stessa tradizione: Kelsen si porrebbe in continuità con la tradizione della *Allgemeine Staatslehre* ottocentesca, Schmitt al contrario segnerebbe una netta discontinuità proprio in virtù del forte legame che unisce il suo concetto positivo di costituzione al costituzionalismo francese dell’età della Rivoluzione⁷²⁷. Infatti, mentre la *Reichsverfassung* del 1871 è un contratto

⁷²⁶ *VL*, p. 55; trad. it. p. 81-82.

⁷²⁷ Cfr. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2001. Nel secondo capitolo – *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento* (pp. 605-656) – Fioravanti si propone di «scoprire certi significati dell’opera di Kelsen e di Schmitt attraverso il loro rapporto con la tradizione giuridica» (p. 607, corsivo originale) e di mettere in discussione un vero e proprio luogo comune: «che Kelsen rappresenti l’apice, e sia l’ultimo erede di quella medesima tradizione, della quale Schmitt avrebbe denunciato i limiti e le aporie» (p. 607). Corrodendo l’immagine di un Kelsen come custode della tradizione giuridica (il rapporto del giurista austriaco con la tradizione è descritto come «*rigorosamente conflittuale*, di serrata critica» [p. 625]), Fioravanti si chiede allora «se, per certi versi, il ‘vero’ giurista, cioè il giurista della tradizione, non sia stato proprio Carl Schmitt» (p. 610). Uno dei punti centrali dell’argomentazione di Fioravanti consiste nell’analisi dell’influenza dell’opera amministrativistica di Otto Mayer su Schmitt. Otto Mayer rappresenta agli occhi di Schmitt un tipo di giurista diverso dal giurista positivista ossequioso della legge e del legislatore: «così come la Scuola Storica aveva voluto sostituirsi al legislatore nel fissare i tratti fondamentali del diritto privato tedesco, così Otto Mayer, quale teorico del nuovo diritto amministrativo, in una situazione di perdurante frammentazione dell’esperienza amministrativa tedesca, aveva elaborato le linee principali del diritto amministrativo comune tedesco: ancora una volta, quindi, la vittoria del positivismo puramente legislativo era solo parziale e apparente, perché sul terreno decisivo del diritto amministrativo rimaneva integra la funzione creatrice della scienza giuridica» (p. 639). Secondo Fioravanti, che interpreta *Legalità e legittimità* (1932) alla luce del rapporto Mayer-Schmitt, sono tre i punti fondamentali in relazione ai quali Schmitt si mostrerebbe come il giurista della

costituzionale – concordato con la rappresentanza popolare uscita da elezioni generali - di unità politiche, che si unirono in una Federazione, la Costituzione del 1919 realizza per Schmitt la dottrina democratica del potere costituente del popolo. L'assemblea nazionale riunitasi a Weimar per stilare la nuova costituzione non è «soggetto o titolare del potere costituente, ma solo il suo mandatario». A causa della concentrazione in essa di tutti i poteri statali, la *Verfassunggebende Nationalversammlung* di Weimar – esattamente come la *Convention nationale* francese del 1792 -«può essere definita molto meglio come «dittatura sovrana». (...) Tutto ciò che essa fa è la diretta conseguenza di un potere politico ad essa affidato e non ostacolato dalla divisione dei poteri o da controlli legislativi costituzionali. (...) Questa unione tra delega e potere discrezionale del delegato è anche una caratteristica della dittatura»⁷²⁸.

Jeffrey Seitzer sostiene che *Dottrina della costituzione*, se paragonata al classico commentario della Costituzione di Weimar redatto da Anschütz, sia nel panorama della letteratura della scienza giuridica tedesca un'opera tanto innovativa in virtù dell'analisi storico-comparata delle costituzioni moderne quanto lo è stata *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* di Weber in virtù dell'analisi del legame, fino ad allora inosservato, tra un aspetto spirituale dell'esistenza individuale e una serie di fenomeni economici: «*Schmitt's Constitutional Theory is reminiscent of Weber's challenge to traditional German historiography. Weber was a major participant in a debate among historians known as the Methodenstreit*»⁷²⁹. L'obiettivo di Schmitt è individuare continuità e discontinuità nello sviluppo storico dei principali concetti del diritto pubblico e costituzionale. Nel corso dell'opera il giurista prende in esame molti degli articoli, 181 in tutto, della Costituzione di Weimar, ma al solo scopo di chiarire temi di più ampia portata storica e teorica, quali l'evoluzione del concetto di legittimità, le interpretazioni dei diritti

tradizione: 1. la «necessaria unità storica e politica del popolo tedesco come 'vera' costituzione», 2. il «ruolo centrale del ceto dei giuristi, non ridotto a compiti di pura mediazione politico-sociale, o meramente tecnico-giuridici» e 3. la «necessaria conservazione del plusvalore politico tramite il nuovo primato del diritto pubblico-amministrativo e della componente plebiscitaria» (p. 653). Le tesi di Fioravanti, interessanti soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra il concetto schmittiano del plusvalore politico elaborato in *Legalità e legittimità* e la *Mehrwerttheorie* di Mayer, saranno discusse nel capitolo V. La fondamentale importanza attribuita da Schmitt al potere costituente e l'uso schmittiano della storia costituzionale comparata in funzione antipositivistica mi inducono qui a seguire, almeno limitatamente alla teoria costituzionale, l'opinione dominante che vede in Kelsen l'erede, in Schmitt il critico della tradizione giuridica ottocentesca.

⁷²⁸ *VL*, p. 59; trad. it. p. 87.

⁷²⁹ J. Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, cit., pp. 22 ss.

fondamentali, l'essenza ultima della democrazia. Schmitt cerca cioè di spostare il centro di gravità del dibattito di teoria costituzionale dall'analisi delle singole disposizioni normative alla riflessione sul senso e sul valore della costituzione nel suo complesso, nel quadro di uno sviluppo storico che abbraccia tanto il costituzionalismo medievale quanto quello moderno. Come Weber, anche Schmitt sembra convinto che gli studi comparati siano estremamente rilevanti nel dibattito teorico e, nonostante non possa accogliere nella sua teoria costituzionale il requisito weberiano dell'avalutatività della scienza e sia molto più di Weber attento ad assicurare l'efficacia pratica della teoria normativa, ne adotterebbe però il metodo comparatista e ideal-tipico: «*Schmitt's Constitutional Theory – prosegue Seitzer – reflects some aspects of Weber's ideal-typical method, enabling one to examine it as a methodologically sophisticated application of comparative history to legal theory*»⁷³⁰. Come Weber per la costruzione degli ideal-tipi, così Schmitt per la costruzione dei concetti-guida della teoria costituzionale segue il metodo dell'esperazione unilaterale di alcuni aspetti dell'oggetto della ricerca – nel caso del giurista il costituzionalismo moderno - a scapito di altri. L'adeguatezza dei concetti fondamentali della teoria costituzionale, così elaborati, rispetto allo scopo perseguito non dipende dal fatto che essi siano ritratti accurati dei fenomeni storici da cui sono stati occasionati, poiché questi costrutti artificiali inevitabilmente lasciano in ombra importanti caratteri dei fenomeni storici, ma ciò avviene al solo scopo di raggiungere la chiarezza concettuale necessaria a formulare giudizi penetranti sulla realtà costituzionale del tempo presente. In conclusione Seitzer afferma che il metodo schmittiano può essere compreso in questa prospettiva: «*Schmitt draws on a Weber-like understanding of the importance of concepts in historical and social inquiry, a form of neo-Kantianism, in order to develop a politically efficacious alternative to what he considers a destructive version of neo-Kantianism, specifically, the legal positivism of Hans Kelsen*»⁷³¹.

2.3. La genesi politica della costituzione: il potere costituente tra normatività e fatticità

La teoria schmittiana della costituzione democratica moderna è profondamente segnata dal tentativo di recuperare una valutazione positiva della Rivoluzione francese, in particolare della sua forza costituente, dopo che per lungo tempo, nel corso dell'intero XIX secolo, il ricordo di quell'evento era stato accompagnato dal timore suscitato dalla figura

⁷³⁰ *Ivi*, p. 27.

⁷³¹ *Ivi*, p. 29.

maestosa, ma per molti anche minacciosa ed inquietante, del popolo sovrano⁷³². Nonostante le convergenze tra il decisionismo schmittiano e il pensiero dei controrivoluzionari cattolici, anzi a dimostrazione della sua «non passiva dipendenza»⁷³³ dai vari Maistre, Bonald, Donoso, Schmitt non si pone, dunque, con ostilità di fronte al fenomeno storico della Rivoluzione francese. Già nel 1919, in *Romanticismo politico*, Schmitt si mostra convinto che «la Rivoluzione francese è (...) l'avvenimento che giustamente si presenta come il punto che orienta la storia moderna»⁷³⁴. La 'riscoperta' schmittiana del potere costituente – che risale all'opera del 1921 *La dittatura* e che in quel contesto consentiva al giurista di distinguere il concetto di dittatura sovrana da quello di dittatura commissaria - va proprio in questa direzione: ovvero mostrare come il «temibile potere costituente»⁷³⁵, questo problema irrisolto dell'eredità rivoluzionaria diventato, a causa della Convenzione nazionale del 1792, simbolo della minaccia popolare al principio rappresentativo, questa sorta di «*monstrum*»⁷³⁶ che pretende di partecipare tanto della natura giuridica di fonte prima del diritto, quanto della natura politica di grande decisione sui valori e sui principi costitutivi della comunità politica, sia in realtà l'«origine concreta della forma politica»⁷³⁷ senza la quale la stabilità e la sopravvivenza stessa della costituzione sono messe in pericolo.

2.3.1. In *Dottrina della costituzione* Schmitt affronta la questione del potere costituente sotto un duplice aspetto: quello dell'origine della costituzione e quello del potere di revisione della costituzione medesima, mostrandosi consapevole sia della differenza concettuale sia della pericolosa vicinanza tra *verfassungsgebende Gewalt* e *verfassungändernde Gewalt*. Costituzione e legge costituzionale, potere costituente e poteri costituiti sono le due coppie concettuali su cui Schmitt fonda tanto il suo concetto positivo di costituzione quanto la sua dottrina dei limiti materiali del potere di revisione costituzionale. La 'riscoperta' del potere costituente e la vigorosa affermazione della distinzione tra il potere costituente e quel particolare potere costituito che è, secondo il giurista di Plettenberg, il potere di revisione costituzionale appaiono momenti determinanti nell'ambito della

⁷³² A questo proposito si veda quanto sostenuto da Maurizio Fioravanti in *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 148 segg.

⁷³³ C. Galli, *Genealogia*, cit., p. 604.

⁷³⁴ Schmitt, RP, cit., p. 41.

⁷³⁵ L. Jaume, *Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 33-51 (:41).

⁷³⁶ M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, cit., pp. 35-77 (:35).

⁷³⁷ C. Galli, *Genealogia*, cit., p. 575.

costante, radicale critica mossa da Schmitt al normativismo e al positivismo giuridico⁷³⁸. Non è un caso che il tema della legittimità della costituzione e dei limiti materiali alla sua revisione venga riproposto da Schmitt senza variazioni nel 1932, quando, nella seconda parte di *Legalità e legittimità*, il giurista mette in guardia dal pericolo che l'interpretazione dominante nell'età di Weimar in merito alla possibilità, prevista dall'art. 76 WRV, di una sostanzialmente illimitata revisione costituzionale possa fornire «un metodo legale all'abolizione della legalità, un mezzo legittimo di distruzione della sua [*scil.* della costituzione] legittimità»⁷³⁹. La revisione costituzionale, che nella dottrina positivista classica non sottostà a limiti materiali essendo caratterizzata esclusivamente dalla modifica aggravata con legge speciale, definita legge costituzionale, invece di essere lo 'scudo' della costituzione dagli abusi del legislatore e dagli umori delle maggioranze parlamentari, si rivela un'arma che può rivoltarsi contro di essa e minarne la sua stessa esistenza. Il saggio del 1931, *Sguardo sui diversi significati e funzioni del concetto di neutralità dello Stato in politica interna*⁷⁴⁰, che Schmitt scelse di riproporre senza variazioni nella seconda parte di *Il custode della costituzione*, per poi inserirlo nella raccolta *Positionen und Begriffe* del 1940, mostra in modo inequivocabile come l'art. 76 WRV, se letto secondo l'interpretazione dominante sostenuta, tra gli altri, da Gerhard Anschütz e Richard Thoma, «contiene non soltanto una disposizione sulle modifiche della costituzione (come si dovrebbe ammettere secondo il testo letterale), ma fonda addirittura un'onnipotenza assoluta, sfrenata ed illimitata, anzi un potere costituente»⁷⁴¹.

⁷³⁸ O. Beaud, che in *La potenza dello Stato* (1994), Napoli, ESI, 2002, pp. 308-311 (:309) riconosce a Schmitt di aver attuato «uno spettacolare rinnovamento del concetto di potere costituente», annovera la dottrina schmittiana della costituzione tra quelle che hanno criticato da un punto di vista materiale la tesi della sovranità del potere di revisione; Beaud nota che Schmitt include il potere di revisione tra i poteri costituiti in nome della sovranità del potere costituente. È Claude Klein in *Teorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 101 ss., ad attribuire a Schmitt il merito della (*re*)*découverte allemande* del potere costituente.

⁷³⁹ In *LL* Schmitt scrive: «Wenn eine Verfassung die Möglichkeit von Verfassungsrevisionen vorsieht, so will sie damit nicht, etwa eine legale Methode zur Beseitigung ihrer eigenen Legalität, noch weniger das legitime Mittel zur Zerstörung ihrer Legitimität liefern» (*VA*, p. 311).

⁷⁴⁰ *PC*, saggio n. 18, pp. 257-264.

⁷⁴¹ *CC*, pp. 170-176 (:172). Nella seconda parte del saggio del 1931, *La concreta situazione costituzionale del presente*, il pericolo che tramite l'art. 76 WRV possano essere stravolte le decisioni politiche fondamentali che stanno alla base della costituzione è preso in considerazione nell'ambito della più generale trattazione del pluralismo e della neutralità politica dello Stato. La tesi che Schmitt vi sostiene è che la Costituzione non può essere neutrale di fronte alla propria stessa esistenza come costituzione positiva.

La trattazione del tema del potere costituente contenuta in *Dottrina della costituzione* e le osservazioni sull'art. 76 WRV sviluppate a più riprese da Schmitt sia nell'opera del 1928, sia nei lavori del 1931, *Sguardo sui diversi significati e funzioni del concetto di neutralità* e *Il custode della costituzione*, e del 1932, *Legalità e legittimità*, vanno pertanto lette congiuntamente.

Ciò che interessa qui mostrare, dopo aver discusso la dottrina schmittiana del potere costituente, già prefigurata nel 1921 in *La dittatura*, ma esposta sistematicamente solo nel 1928 in *Dottrina della Costituzione*, è l'interpretazione che Schmitt dà dei poteri di revisione previsti ex art. 76 WRV in relazione al potere costituente. Si procederà, quindi, nell'analisi delle ragioni teorico-giuridiche e filosofico-politiche che inducono Schmitt a condannare la neutralità dello 'Stato legislativo parlamentare' relativamente all'uguale possibilità di tutti nella formazione della volontà statale e ad imputare a quella neutralità la responsabilità della fragilità delle istituzioni weimariane.

La tesi centrale di Schmitt è del tutto conseguente con le sue premesse. Quella sorta di 'combinato disposto' della distinzione tra costituzione positiva e legge costituzionale e dell'altra distinzione, quella tra potere costituente e potere costituito, fornisce la solida base teorica per negare che una costituzione possa portare in seno il germe della propria dissoluzione e per affermare che un'abrogazione «per via legislativa» («*im Wege der Gesetzgebung*») - così recita l'art. 76 c. 1 WRV) delle decisioni fondamentali prese dal titolare del potere costituente è in evidente contraddizione con il concetto stesso di costituzione positiva. Grazie ai concetti, vicini l'uno all'altro ma distinti e gerarchicamente ordinati, di potere costituente e potere di revisione costituzionale Schmitt è in grado di pensare insieme sia l'origine sia la fine della costituzione liberal-democratica della Repubblica di Weimar. Il riconoscimento della funzione svolta dal *verfassunggebende Gewalt* nella produzione della costituzione democratica consente a Schmitt di evitare che attraverso una legale *Verfassungsänderung* si realizzi una sostanziale *Verfassungsvernichtung*⁷⁴².

Prima di Schmitt solo Egon Zweig, Robert Redslob e Karl Lowenstein si sono occupati in Germania del *pouvoir constituant*. Le loro opere, apparse rispettivamente nel 1909, nel 1912 e nel 1922, tutte note a Schmitt, formano una sorta di trilogia nella dottrina tedesca del diritto e dello Stato. La prima di esse - il grande studio di Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zur Staatstheorie des französischen*

⁷⁴² Sul tema *Verfassungsänderung und Verfassungsvernichtung* si veda E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., pp. 419-421.

Revolution - , dopo un rapido sguardo all'esperienza del Lungo Parlamento inglese, del Protettorato di Cromwell e dell'*Instrument of Government* da un lato, agli eventi che si svolsero nella seconda metà del XVIII secolo nelle Colonie americane e che si conclusero con la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America e l'approvazione della Costituzione del 1787 dall'altro, non si occupa in realtà che del dibattito sui temi della costituzione e del potere costituente iniziato in Francia nel 1789 e protrattosi durante tutto il decennio rivoluzionario. Per quanto fondamentale, il lavoro di Zweig non è istruttivo sullo stato della dottrina *stricto sensu* tedesca del potere costituente, né lo sono i lavori di Redslob – *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789* – e di Lowenstein – *Volk und Parlament nach der Staatsauffassung der französischen Nationalversammlung von 1789* – i quali non costituiscono che la continuazione del libro di Zweig e forniscono, tutt'al più, una testimonianza dell'interesse nutrito in Germania per la storia costituzionale francese. Inoltre il fatto che in questi studi compaia sempre l'espressione francese *pouvoir constituant*, e mai l'espressione tedesca *verfassunggebende Gewalt*, fornisce un'ulteriore conferma dell'assenza della nozione stessa di potere costituente dalla dottrina tedesca del diritto e dello Stato, nozione che viene percepita come del tutto estranea a quella tradizione giuridica⁷⁴³. Le cause di questa assenza e di questo disinteresse sono di natura sia pratica sia teorica. In primo luogo, ha giocato un ruolo determinante l'affermazione tardiva del principio della sovranità del popolo e della forma di Stato democratica in Germania. In secondo luogo, la tradizione giuspositivistica tedesca, con la sua metodica esclusione degli eventi politici e delle dinamiche storiche e sociali dall'ambito d'indagine della *Rechtswissenschaft*, ha negato qualificazione giuridica alla teoria del potere costituente coerentemente con l'assunto secondo cui «l'atto di creazione dello Stato resta per se stesso naturalmente sempre al di fuori del diritto» (Jellinek).

Il passaggio dalla dottrina della sovranità del monarca a quella della sovranità del popolo ha conosciuto nel XIX secolo una tappa intermedia nella dottrina della sovranità dello Stato (*Souveränität des Staates*) o della sovranità della costituzione (*Souveränität der Verfassung*) e nella connessa dottrina dello Stato-persona, che ha avuto l'effetto di smorzare, fin quasi ad annullarla, la forza polemica che in origine la teoria del potere costituente

⁷⁴³ Cfr. G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, cit., p. 401: «Der Gedanke einer besonderen, von der gesetzgebenden Gewalt verschiedenen und ihr übergeordneten verfassunggebenden Gewalt ist, im Gegensatz zu Nordamerika, dem deutschen Staatsrecht nach wie vor fremd. Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben, mit der Maßgabe, dass die Legislative gegebenenfalls verpflichtet ist, die für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen besonderen Formen zu wahren».

della nazione francese traeva dalla sua immediata contrapposizione alla legittimità dinastica del monarca. I concetti di sovranità dello Stato e costituzione statale sono pensati con lo scopo di neutralizzare ogni dottrina politica della sovranità e di negare l'origine rivoluzionaria della costituzione. Intrinsecamente diversa dalle costituzioni politiche della Rivoluzione, perché deliberatamente priva di un'origine volontaria e costituente e perché finalizzata a ridurre tutti i soggetti pubblici, compresa l'assemblea dei rappresentanti del popolo, alla dimensione istituzionale, non più politica, di «organi» dello Stato, la costituzione statale, che troviamo elaborata innanzi tutto nell'opera di Hegel, riposa proprio sull'affermazione della sovranità dello Stato, la quale rende impensabile la sovranità di un qualsivoglia soggetto politico - sia esso il monarca o il popolo - che pretenda di collocarsi al di fuori e al di sopra della costituzione. La costituzione statale, che si pretende priva di caratteri politici, non risulta dunque espressione di questa o quella volontà particolare ma riconosce la supremazia dell'universale, cioè dello Stato, su tutte le sue componenti siano esse di natura istituzionale, politica o sociale.

Critico del giusnaturalismo e del contrattualismo moderni che, a partire da Hobbes, presuppongono «un mero agglomerato atomistico di individui» alla formazione dello Stato, in *Lineamenti di filosofia del diritto* Hegel nega che ci sia, che ci possa essere un autore della costituzione, rifiuta cioè la concezione della *Verfassung* come prodotto di una volontà politica storicamente determinata: la costituzione non è un *Gemachtes*, un qualcosa di fatto⁷⁴⁴. Non sorge da una rivoluzione o da una guerra, non c'è conflitto alcuno a monte. Non può essere, perciò, interpretata come la

⁷⁴⁴ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 221, § 273: «Un'altra questione si presenta con facilità: *chi deve fare la costituzione?* Tale questione par chiara, ma ad una considerazione più precisa si mostra subito priva di senso. Perché essa presuppone che non ci sia alcuna costituzione, quindi che stia insieme un mero *agglomerato* atomistico di individui. Come un agglomerato giungerebbe a una costituzione, se grazie a sé o ad altri, grazie a bontà, pensiero o forza, dovrebbe restar rimesso a lui, giacché il concetto non ha a che fare con un agglomerato. – Se però quella questione presuppone già una costituzione sussistente, allora il *fare* significa soltanto una modifica, e il presupposto stesso di una costituzione contiene immediatamente che la modifica possa avvenire soltanto per via conforme alla costituzione. – ma è in genere senz'altro essenziale che la costituzione, sebbene sorta nel tempo, *non venga riguardata come un che di fatto (nicht als ein Gemachtes)*; giacché essa è senz'altro in sé e per sé (*das schlechthin an und für sich Seiende*), il quale perciò è da considerare come il divino e il perdurante (*das Göttliche und Beharrende*), e come al di sopra della sfera di ciò che viene fatto». Le letture di Schmitt che hanno indagato il suo rapporto con Hegel (H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit. e J.-F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. La politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF, 1992, 2005²) non hanno insistito a sufficienza su questa capitale differenza tra i concetti di *Verfassung* dell'uno e dell'altro.

costituzione che i vincitori impongono ai vinti, né rivendicata da una parte a scapito dell'altra. Analogamente il modello ottocentesco del *Rechtsstaat*, rifiutando ogni dottrina politica della sovranità, oppone la dottrina della sovranità dello Stato non solo agli antichi diritti di ceto, non solo al monarca, che proprio nella costituzione trova la disciplina delle sue prerogative, ma soprattutto al popolo, cui viene tolta la titolarità del potere costituente, e, con essa, lo statuto di soggetto sovrano originario dalla cui volontà dipende la legittimità della costituzione.

Poco più di un secolo separa l'opera di Hegel sul diritto e sullo Stato da *Dottrina della costituzione* di Schmitt. Del tutto evidente è lo scarto nel loro modo di trattare la questione dell'origine della costituzione. Per Schmitt l'autore della costituzione c'è ed è il popolo sovrano in quanto titolare del potere costituente. Con la *Verfassungslehre* di Schmitt il concetto di potere costituente viene, dunque, a ricoprire un ruolo centrale nella teoria della costituzione democratica moderna⁷⁴⁵. Elaborando a suo modo la teoria di Sieyès del *pouvoir constituant* e quella di Hauriou della *superlégalité constitutionnelle*⁷⁴⁶, il giurista tedesco dà la seguente definizione del potere costituente:

Potere costituente (*verfassunggebende Gewalt*) è una volontà politica (*politische Wille*) il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale (*konkrete Gesamtentscheidung*) sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto.

Una costituzione non si basa su una norma, la cui giustizia sarebbe il motivo della sua validità. Essa si basa su una decisione politica, derivante dal suo essere politico, sulla specie e la forma del suo proprio essere⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Secondo U. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, p. 69 ss., è Schmitt il primo ad introdurre nella dottrina tedesca del diritto e dello Stato la distinzione tra potere costituente e potere costituito elaborata da Sieyès.

⁷⁴⁶ Cfr. a riguardo M. Hauriou, *Precis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923 (1^a ed.) e 1929 (2^a ed.).

⁷⁴⁷ *VL*, p. 75-76; trad. it. pp. 109-110.

Il nucleo teorico di questo passo dell'opera del 1928 consiste nell'uso polemico che Schmitt fa del concetto di potere costituente: conciliato col decisionismo - titolare del potere costituente è, infatti, quel soggetto capace di prendere la decisione fondamentale concreta sulla forma della propria esistenza politica -, il concetto di potere costituente risorge in Schmitt in funzione antinormativistica e antipositivistica. Ciò è vero in un duplice senso. Da un lato, con il binomio potere costituente-decisione politica fondamentale si vuole negare che sia una norma giuridica a rappresentare il fondamento di validità della costituzione. La compatibilità di potere costituente e decisionismo schmittiano, in effetti, è implicita già nella celebre frase dell'autore di *Che cos'è il Terzo Stato?* che Schmitt non manca di richiamare: «*Il suffit que la nation le veuille*», è sufficiente che la nazione lo voglia - scrive Sieyès - perché sia stabilita una costituzione. Dall'altro lato, subordinando ogni successiva disciplina legislativa costituzionale alle decisioni fondamentali del soggetto del potere costituente, si vuole affermare l'esistenza di limiti materiali al potere di revisione costituzionale, limiti negati, invece, dalla dottrina positivista. Le decisioni politiche fondamentali, che formano la «sostanza»⁷⁴⁸ della *Verfassung*, sono «qualitativamente diverse» dalle *Verfassungsgesetze*, cioè dalle leggi costituzionali di modifica, le quali, anzi, possono esistere ed essere valide solo sul presupposto della costituzione e nel rispetto di quelle decisioni fondamentali⁷⁴⁹. Queste due tematiche - l'origine politica della costituzione e i limiti materiali del potere di revisione - appaiono a Schmitt inscindibili l'una dall'altra, come attesta il brano stesso di *Dottrina della costituzione* sopra riportato. Secondo Carlo Galli «una fonte importante della trattazione schmittiana del potere costituente, è, certo, (...) la nuova attenzione a questo tema che si manifesta in Germania, nei primi anni del XX secolo, e dà luogo ad una serie di studi sull'assemblea nazionale francese». Galli, che allude con ciò ai lavori di Zweig, Redslob e Loewenstein, rileva correttamente l'influenza esercitata su Schmitt da quegli studi sulla storia costituzionale francese, ed è plausibile la sua ipotesi che «questo nuovo interesse è forse determinato dal tentativo di ritrovare una fonte di energia politica in una Germania in crisi»⁷⁵⁰. Tuttavia nel caso di Schmitt la riscoperta del potere costituente è funzionale anche ad uno scopo squisitamente giuridico, oltre che politico: ovvero fornire la base teorica per giustificare un'interpretazione restrittiva delle disposizioni sulla revisione costituzionale.

⁷⁴⁸ *VL*, p. 24; trad. it. p. 43.

⁷⁴⁹ *VL*, pp. 76-77; trad. it. pp. 111-112.

⁷⁵⁰ C. Galli, *Genealogia*, cit., p. 604.

2.3.2. Paul Laband, che fu uno dei maestri di Schmitt a Strasburgo nonché uno dei principali rappresentanti della *Staatslehre* tedesca insieme a Jellinek, nel suo *Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876) fornisce un'interpretazione dell'art. 78 della Costituzione imperiale del 1871 da cui si evince la negazione labandiana della distinzione teorica, ovvero l'affermazione dell'equivalenza, tra atto costituente, atto legislativo ordinario e atto di revisione costituzionale. L'art 78 RV – ripreso in parte dall'art. 76 della Costituzione di Weimar - prevede:

Le modificazioni della Costituzione hanno luogo sotto forma di legge (*im Wege der Gesetzgebung*). Esse si ritengono come respinte quando, nel seno del Bundesrath, 14 voti si pronunciano contro. Le disposizioni della Costituzione del Reich che stabiliscono, in favore di certi Stati confederati, diritti speciali di fronte al complesso della Federazione, non possono essere modificati senza il consenso degli Stati di cui si tratta⁷⁵¹.

Oltre all'evidente riconoscimento di un diritto di veto assoluto a beneficio della Prussia – che dispone nel Consiglio federale di 17 voti - l'idea della superiorità costituzionale, cioè l'idea della superiorità della costituzione rispetto alla legge ordinaria, viene implicitamente esclusa. Laband, con una formula pregnante e spesso citata, afferma: «la costituzione non è un potere mistico che sta sospeso al di sopra dello Stato, ma, come ogni altra legge, si tratta di un atto di volontà dello Stato, che può dunque essere modificato da questa volontà»⁷⁵². Insistendo sul carattere legislativo della revisione costituzionale Laband risponde affermativamente alla questione se una legge ordinaria posteriore alla costituzione possa validamente contenere disposizioni contrarie al testo costituzionale, fatto salvo il rispetto delle particolari procedure legislative: «*auch der Reichsverfassung gegenüber gilt daher der Grundsatz lex posterior derogat priori*»⁷⁵³.

⁷⁵¹ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 183.

⁷⁵² P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Stuttgart, Scientia Verlag Aalen, 1964, 4 voll., Neudruck der 5. Auflage Tübingen, Mohr, 1911. Per la disciplina della revisione costituzionale ai sensi dell'art 78 RV si veda il II vol., pp. 38-42. Qui Laband scrive: «Die in der Verfassung enthaltenen Rechtssätze können zwar nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert werden, aber eine höhere Autorität als anderen Gesetzen kommt ihnen nicht zu. Denn es gibt keinen höheren Willen im Staate als den des Souveräns, und in diesem Willen wurzelt gleichmäßig die verbindliche Kraft der Verfassung wie die der Gesetze. Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich».

⁷⁵³ *Ivi*, vol. II, p. 40.

La critica del parlamentarismo iniziata nel 1923 in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* è approfondita da Schmitt in *Dottrina della costituzione*: nell'opera del 1928 essa investe anche il sistema giuridico di Weimar ovvero la concezione dello Stato come *Rechtsstaat* e come *Gesetzesstaat*. Lo Stato di diritto weimariano è – denuncia Schmitt – uno Stato legislativo parlamentare nel quale l'ultima parola, nella gerarchia delle fonti del diritto, spetta al legislatore, e il legislatore è il parlamento. Anche la costituzione, da un punto di vista strettamente giuridico, è intesa come una legge, suscettibile di revisione attraverso la legge del parlamento, ai sensi dell'art. 76 WRV. La critica schmittiana del parlamentarismo, che nel 1923 viene svolta a partire dalla constatazione del venir meno del fondamento spirituale, cioè metafisico, del parlamentarismo, è articolata ora con un linguaggio e con un'argomentazione di teoria costituzionale: poiché la costituzione va intesa nel suo significato positivo, poiché il soggetto politico "popolo" titolare del potere costituente ha preso alcune decisioni fondamentali sulla forma della propria esistenza politica, il parlamento, esercitando solo un potere costituito, non è autorizzato ad emendare indifferentemente una qualunque parte della costituzione ricorrendo all'art. 76 WRV.

Considerato da Schmitt una delle disposizioni chiave per la comprensione della Costituzione di Weimar e, perciò, proposto a più riprese all'attenzione della comunità scientifica, l'art. 76 c. 1 WRV, analogamente all'art. 78 RV, recita⁷⁵⁴:

La costituzione può essere mutata in via legislativa (*im Wege der Gesetzgebung*). Tuttavia le modificazioni sono possibili solo se siano presenti i due terzi dei membri assegnati per legge al Reichstag, e vi consentano due terzi dei presenti⁷⁵⁵.

In Schmitt l'interpretazione restrittiva delle disposizioni costituzionali in materia di revisione della costituzione è un'immediata conseguenza della duplice distinzione tra costituzione e legge costituzionale da un lato, tra potere costituente e potere costituito dall'altro⁷⁵⁶: il concetto di costituzione positiva e l'esistenza di un soggetto, il popolo, titolare del potere costituente

⁷⁵⁴ All'interpretazione dell'art 76 WRV, ovvero al tema della presunta neutralità rispetto ai valori (*Wertneutralität*) del sistema funzionalistico di legalità, Schmitt dedica pagine cariche di *pathos* e preoccupazione sia in *DC*, sia in *CC* (pp. 171-173), sia in *LL* (per il testo integrale di *Legalità e legittimità* si fa riferimento a *VA*; le pagine in questione sono le pp. 293-312).

⁷⁵⁵ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 206.

⁷⁵⁶ U. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, cit., p. 72.

rendono le decisioni fondamentali prese nel 1919 dalla *Nationalversammlung* a nome del popolo tedesco resistenti alle modifiche per via legislativa. Solo la riattivazione del potere costituente potrebbe giustificare, per Schmitt, la modifica di decisioni fondamentali contenute nel testo costituzionale.

Di parere opposto è Gerhard Anschütz, il quale prosegue, nella sua interpretazione dell'art. 76 WRV, nella linea interpretativa già tracciata da Laband. Per Anschütz non esiste alcun potere costituente superiore rispetto al potere legislativo; di conseguenza la costituzione non occupa, nella gerarchia delle fonti del diritto, una posizione superiore rispetto alla legge del parlamento, ma si trova sullo stesso piano ed è a disposizione del legislatore, il quale è soggetto alla sola limitazione della maggioranza qualificata richiesta per le leggi di revisione costituzionale⁷⁵⁷.

Nella sua trattazione delle leggi ordinarie del Reichstag – definite *verfassungsimmanenten Reichsgesetze* – e delle leggi di modifica costituzionale – chiamate invece *verfassungstranzendierenden Reichsgesetze* –, in particolare di quelle leggi di modifica che sono rotture costituzionali – *Verfassungsdurchbrechungen* –, anche Richard Thoma discute, senza dividerne il contenuto, la dottrina schmittiana dei limiti materiali della revisione costituzionale, e la giudica un «residuo» del razionalismo, del contrattualismo e del giusnaturalismo del XVIII secolo: *«Im Rahmen also der allgemeinen Schranken (...) besitzt die Reichslegislative eine unbeschränkte Kompetenz, eine plenitudo potestatis*

⁷⁵⁷ G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, cit., p. 401. Anschütz commenta così il primo comma dell'art. 76: **«„Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung abgeändert werden“**. Dieser Satz galt schon im aRecht (aRVerf Art. 78 Abs. 1). Er bedeutet, dass Verfassungsgesetz und einfaches Gesetz Willensäußerungen einer und derselben Gewalt, der gesetzgebenden Gewalt, darstellen. Der Gedanke einer besonderen, von der gesetzgebenden Gewalt verschiedenen und ihr übergeordneten verfassunggebenden Gewalt ist, im Gegensatz zu Nordamerika, dem deutschen Staatsrecht nach wie vor fremd. Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben, mit der Maßgabe, dass die Legislative gegebenenfalls verpflichtet ist, die für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen besonderen Formen zu wahren».

Inoltre Anschütz riporta la tesi schmittiana, che dice però di non condividere: «Erst neuerdings ist eine Lehre entstanden, die in dem Art. 76 nicht sowohl die Gewährung, als eine Begrenzung der Befugnis zu Verfassungsänderungen erblicken, die Anwendbarkeit des Art. 76 auf Abänderung von Einzelvorschriften minderer Wichtigkeit beschränken und hieraus die Folgerung ziehen will, dass prinzipielle Änderungen, „Änderungen des Verfassungssystems“, Änderungen der „grundlegenden politischen Entscheidungen, welche die Substanz der Verfassung ausmachen“ – oder wie sonst man es auszudrücken beliebt, nicht durch die im Art. 76 vorgesehenen qualifizierten Mehrheitsbeschlüsse der gesetzgebenden Faktoren, sondern nur durch das „Volk“ selbst vorgenommen werden dürfen – » (*Ivi*, p. 404).

der Verfassungsänderung. Daran können kein Enthusiasmus und keine Angst etwas ändern. (...) Die gegenteilige Lehre von der angeblichen juristischen Begrenztheit des verfassungsändernden Gesetzes weiß denn auch weder ideengeschichtliche noch dogmengeschichtliche Beweisgründe für sich anzuführen. Sie ist „wunschrechtliche“ Behauptung; unbewußtes Residuum der rationalistischen Vorstellungen von einem nur durch Einstimmigkeit abänderbaren contrat social oder unabänderlichen ordre naturel»⁷⁵⁸.

Come Anschütz e Thoma anche il positivista francese Carré de Malberg nega la distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale, ma ammette che esiste uno scarto tra potere legislativo ordinario e potere di revisione costituzionale⁷⁵⁹. A questo proposito è significativa anche la collocazione che viene assegnata alla trattazione del potere costituente nella struttura delle opere di Schmitt e Carré de Malberg: mentre Schmitt in *Dottrina della costituzione* si occupa del potere costituente nel primo capitolo, dopo aver esaminato i vari concetti di costituzione, poiché il potere costituente precede storicamente e anche logicamente la Costituzione di Weimar, Carré de Malberg in *Contribution à*

⁷⁵⁸ R. Thoma, *Die Funktionen der Staatsgewalt*, in G. Anschütz – R. Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, cit., vol. II, pp. 108-159 (: 153-155).

⁷⁵⁹ Cfr. R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, vol. 2, cit. Secondo l'art. 8 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875 alle camere, in deliberazioni separate, appartiene, su iniziativa dei loro membri o su richiesta del Presidente della Repubblica, di dichiarare, attraverso risoluzioni prese in ciascuna di esse a maggioranza assoluta, che deve aver luogo una revisione della costituzione. Solo allora le camere, per poter procedere alla revisione, si riuniscono in un'unica assemblea, che prende il nome di Assemblea Nazionale. Il principio consacrato dalle costituzioni repubblicane dell'età della Rivoluzione era diverso dalla soluzione studiata nel 1875: allora, infatti, era necessaria la convocazione di un'Assemblea costituente straordinaria composta di deputati speciali eletti dai cittadini unicamente per svolgere l'attività costituente. La procedura prevista nella Terza Repubblica era dunque una sorta di compromesso o combinazione tra due diversi modelli: «Il y a, dans cette combination, un compromis entre les pratiques suivies en Angleterre et les principes admis en France avant 1875. Les auteurs de la Const. se sont inspirés du modele offert par l'Angleterre, en tant qu'ils ont confié l'exercice du pouvoir constituant au personnel parlementaire ordinaire, tel que celui-ci se trouve composé lors de l'ouverture de la revision. Mais ils ont cédé aussi à l'influence des idées françaises, qui exigent traditionnellement que la revision se fasse dans un appareil solennel et au moyen d'une procédure différente de celle qui suffit pour la législation courante. L'art. 8 s'est conformé à cette tradition en réservant le pouvoir constituant à une assemblée, qui, obtenue par un procédé que ce texte présente comme une fusion des deux Chambres, se distingue d'elles et forme, en tout cas, un collège qui leur est supérieur en nombre, majesté et puissance. Dans cette mesure, on doit, semble-t-il, reconnaître que la Const. de 1875 a maintenu la séparation du pouvoir constituant» (*Ivi*, pp. 553-554).

la *Théorie Générale de l'État* se ne occupa soltanto nell'ultimo, proprio perché lo risolve completamente nel potere di revisione costituzionale⁷⁶⁰.

Secondo Schmitt i due grandi filoni dominanti della teoria politica e giuridica del XIX secolo, quello tedesco della dottrina dello Stato e quello inglese del parlamentarismo, svolgerebbero la stessa funzione: derubare le costituzioni del loro contenuto politico, eliminando ogni riferimento al potere costituente, alla sovranità del popolo, al principio democratico. La grande originalità di Schmitt rispetto alla tradizione giuridica ottocentesca e al positivismo o formalismo giuridico che prosegue nel Novecento quella tradizione consiste, dunque, nell'aver recuperato e valorizzato la teoria del potere costituente nonostante l'assenza di riferimenti espliciti al *verfassunggebende Gewalt* del popolo nel testo della Costituzione di Weimar⁷⁶¹ e nonostante la dottrina dominante nell'età di Weimar negasse qualsiasi ruolo al potere costituente nel diritto dello Stato e nella teoria costituzionale⁷⁶².

La riscoperta schmittiana del potere costituente testimonia l'atteggiamento assolutamente positivo del giurista nei confronti della Rivoluzione francese. Rilevando la complessità del pensiero schmittiano e la ricchezza e la molteplicità delle influenze che in esso si possono riscontrare, Carlo Galli insiste sul fatto che «l'attitudine di Schmitt verso il giacobinismo e la Rivoluzione francese non è certo 'controrivoluzionaria', ma ne è anzi una sorta di accentuazione estremistica, grazie alla quale egli va oltre gli intenti e le ideologie – per diverse che siano nelle sue diverse fasi – della stessa Rivoluzione francese, che egli interpreta come manifestazione del lato 'attivo' (e quindi formativo, ma anche tragico) della modernità. (...) in *La dittatura* e in *Dottrina della costituzione* diviene operativa l'accentuazione delle caratteristiche 'abissali' del potere

⁷⁶⁰ In *Contribution à la Théorie générale de l'État*, il quarto ed ultimo capitolo della parte *Les Fonctions de l'État* è dedicata interamente al tema del potere costituente (pp. 483-624): **Prima sezione.** La théorie de l'organe d'État et la question du pouvoir constituant; **Seconda sezione.** La question du pouvoir constituant dans ses rapports avec le principe de la souveraineté nationale. De la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. **Terza sezione.** Le système constituant actuellement établi en France. Dans quelle mesure la Constitution de 1875 assure-t-elle la séparation du pouvoir constituant?

⁷⁶¹ In effetti un riferimento, seppur implicito, al potere costituente nella Costituzione di Weimar c'è: nel preambolo si legge «Il popolo tedesco (...) si è dato questa costituzione».

⁷⁶² Il *Grundgesetz* della Repubblica Federale di Germania, al contrario, si richiama al potere costituente fin dal preambolo: «Consapevole della propria responsabilità davanti a Dio e agli uomini, animato dalla volontà di servire la pace nel mondo quale membro a pari diritti di un'Europa unita, il popolo tedesco ha adottato, in virtù del proprio potere costituente, la presente Legge fondamentale», in F. Lanchester, *Le Costituzioni tedesche*, cit., pp. 267-268.

costituente del popolo e della necessità della dittatura sovrana che lo metta in forma»⁷⁶³.

2.3.3. I soggetti del potere costituente – rileva Schmitt – sono molteplici: Dio, il popolo o la nazione, il re, una minoranza.

Secondo la concezione medievale è Dio il titolare della *potestas constituens*: il principio paolino ‘*non est enim potestas nisi a Deo*’ (Rom. 13, 1) significa il riconoscimento del potere costituente di Dio. Nell’età della Rivoluzione francese la nazione diventa il soggetto di questo potere. Nel *Federalist*, la più importante fonte storica delle costituzioni americane del XVIII secolo, vengono affrontati e risolti problemi organizzativi pratici, ma non viene elaborata alcuna teoria della costituzione e del potere costituente. Negli Stati Uniti d’America l’atto creativo della costituzione si verificò insieme con la fondazione politica di una serie di nuove formazioni politiche indipendenti. In Francia, al contrario, dove Sieyes formula la teoria del *pouvoir constituant* della nazione, non sorse, con la Rivoluzione francese, alcun nuovo Stato: lo Stato francese c’era già e continuava ad esistere. Nel 1789 il fatto nuovo fu che i francesi stabilirono essi stessi, in forza di una decisione consapevole, la specie e la forma della propria esistenza politica. Storicamente, dunque, in Francia l’esercizio del potere costituente e la costituzione presuppongono l’esistenza dello Stato. «Durante la Restaurazione monarchica (1815-1830) il re diventa soggetto del potere costituente»⁷⁶⁴ rivendicando per sé, in forza del principio monarchico, una teoria - quella del potere costituente della nazione - nata come teoria essenzialmente democratica (sebbene Sieyes non abbia sviluppato alcuna teoria della democrazia e non intendesse tanto adoperare la nazione in funzione antimonarchica, quanto piuttosto distruggere la struttura cetuale della società e della rappresentanza d’*Ancien Régime* fondata su insostenibili privilegi). Il re esercita il proprio potere costituente emanando una costituzione e concedendola con un atto unilaterale: egli può accordarsi con i rappresentanti dei ceti o del popolo e vincolarsi alla loro collaborazione senza tuttavia che ciò significhi una rinuncia alla titolarità del potere costituente. In linea teorica Schmitt ammette pure che titolare del potere costituente possa essere una «minoranza»: in tal caso lo Stato avrebbe la forma di un’aristocrazia o di un’oligarchia⁷⁶⁵. In una moderna democrazia di massa una minoranza politicamente attiva coincide in genere con una minoranza partitica, con un partito politico. Schmitt sembra chiedersi cioè se anche un partito politico – per esempio il partito comunista

⁷⁶³ C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 541.

⁷⁶⁴ *VL*, p. 80; trad. it. p. 116.

⁷⁶⁵ *VL*, p. 81; trad. it. p. 117.

nella Russia sovietica o il «Fascio» nell'Italia di Mussolini – possa essere indicato come il soggetto del potere costituente. La questione non riceve una risposta definitiva. In queste due realtà «la costruzione teorica e pratica non è ancora affatto chiara» e, soprattutto, comunisti e fascisti non rinunciano definitivamente ad appellarsi alla volontà del popolo: «il loro regime è quindi dittatura anche nel senso che esso è solo una transizione e manca ancora la decisione definitiva sulla specie e la forma dell'esistenza politica. In modo definitivo è deciso solo il rifiuto del metodo liberale di decisione maggioritaria nel suffragio universale eguale e segreto di tutti i singoli cittadini come pure dei principi dello Stato borghese di diritto (diritti fondamentali e distinzione dei poteri). In ciò è presente nondimeno un atto di fondazione della costituzione»⁷⁶⁶.

Ponendosi la questione del soggetto del potere costituente Schmitt non solo ammette la possibilità teorica, ma constata la realtà storica dell'esistenza di più titolari del potere costituente. In realtà, come fa osservare Böckenförde «quello di potere costituente è, per la sua origine e per il suo contenuto, un concetto democratico e rivoluzionario, e ha la sua collocazione solo nel contesto di una teoria costituzionale democratica»⁷⁶⁷. Di conseguenza l'attribuzione del potere costituente a Dio, al re o ad una minoranza (un'aristocrazia o un partito) è comunque un'operazione impropria: «come titolare (soggetto) del potere costituente, dunque – prosegue Böckenförde -, può essere considerato *solo il popolo*. Il potere costituente è concettualmente potere costituente del popolo »⁷⁶⁸ e anche quando un determinato gruppo o classe all'interno del popolo esercita il potere costituente, ciò può avvenire solo se quel gruppo o quella classe è in grado di apparire con successo come il rappresentante del popolo intero. Nella teoria del marxismo-leninismo il potere costituente spetta al proletariato: passato per la più estrema alienazione, il proletariato, che si erge a rappresentante del popolo nel suo complesso, trova unità d'azione nella propria avanguardia, cioè nel partito comunista, al quale spetta, nella prassi politica, l'esercizio effettivo del potere costituente.

2.3.4. Al tema del potere costituente è strettamente connessa la questione della legittimità della costituzione, che Schmitt affronta nel paragrafo immediatamente successivo. In corrispondenza con i due soggetti storicamente rilevanti del potere costituente, principe e popolo, si possono distinguere storicamente due specie di legittimità, la legittimità dinastica e la

⁷⁶⁶ *VL*, pp. 81-82; trad. it. pp. 117-118.

⁷⁶⁷ E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., p. 119.

⁷⁶⁸ *Ivi*, p. 121 (corsivo originale).

legittimità democratica⁷⁶⁹. Poiché una costituzione non nasce nel rispetto di regole che la precedono e la eccedono, ma è essa stessa il fondamento di ogni normativa, «la legittimità della costituzione non significa che essa sia stata formata secondo leggi costituzionali prima vigenti»⁷⁷⁰. La costituzione non ha bisogno di alcuna giustificazione etica o giuridica, ha il suo senso nel mero fatto dell'esistenza politica del soggetto che la pone: l'esistenza, per Schmitt, è autolegittimantesi. Un giurista di formazione positivista come Anschütz, che non riconosce il potere costituente come origine concreta dell'ordinamento costituzionale, come il concetto che consente di pensare il farsi diritto da parte del potere di fatto, non assume però in merito alla questione della legittimità di una costituzione una posizione molto distante da quella di Schmitt. Nell'introduzione al suo *Kommentar* si trova scritto: «*die vorstehenden Ausführungen beruhen auf der Grundanschauung, dass jede Revolution Quelle neuen Rechts sein kann, und dass sie es dann ist, wenn sie es sein will und es ihr gelingt, diesen Willen durchzusetzen, ihn – was dasselbe sagt – im Kreise der Rechtsgenossen zur Anerkennung zu bringen. Dass diese beiden Voraussetzungen revolutionärer Rechtsschöpfung im Falle der deutschen Staatsumwälzung von 1918 erfüllt sind, leidet keinen Zweifel*»⁷⁷¹. Queste considerazioni si concludono con l'affermazione secondo la quale «*„Legitimität“ gehört – worauf sogleich zurückzukommen ist – nicht zu den Wesensbestandteilen von Staat und Recht*»⁷⁷².

Ma la dottrina della «forza normativa del fattuale»⁷⁷³ – che si basa sul riconoscimento della «forza, creatrice di diritto, di ogni rivoluzione riuscita»⁷⁷⁴, di ogni sovvertimento delle istituzioni giunto a buon esito – ovvero la dottrina del positivismo di Jellinek e Anschütz, può fornire alla costituzione solo una *Legalität auf Zeit*, cioè una legalità a tempo determinato, ma non una durata legittimità, poiché autorizza anche i nemici della costituzione ad appellarsi a quello stesso principio - il principio

⁷⁶⁹ *VL*, p. 88; trad. it. p. 125.

⁷⁷⁰ *VL*, p. 88; trad. it. p. 125.

⁷⁷¹ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, cit., p. 3.

⁷⁷² *Ivi*, p. 5.

⁷⁷³ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 302-341 (: 307-309): «Der Ursprung der Überzeugung von dem Dasein normaler Verhältnisse liegt in einem bestimmten psychologisch bedingten Verhalten des Menschen zu den faktischen Vorgängen (...) Für die Einsicht in die Entwicklung von Recht und Sittlichkeit ist die Erkenntnis der normativen Kraft des Faktischen von der höchsten Bedeutung. (...) Als Recht gilt in einem jeden Volke zunächst das, was faktisch als Recht geübt wird (...) Aber nicht nur für die Entstehung, auch für das Dasein der Rechtsordnung gibt die Einsicht in die normative Kraft des Faktischen erst das rechte Verständnis».

⁷⁷⁴ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., p. 9.

della forza, creatrice di diritto, della rivoluzione riuscita - per legittimare la controrivoluzione e perseguire un sovvertimento della costituzione vigente.

Ernst R. Huber nella sua *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* annovera Carl Schmitt tra i giuristi degli anni Venti del XX secolo, che, in lotta sia contro il *Rechtsformalismus* sia contro il *Machtpositivismus*, hanno dato vita nell'ambito della dottrina tedesca del diritto e dello Stato alla *geisteswissenschaftliche Wende*, ovvero alla svolta in direzione delle scienze dello spirito. Discutendo dei fondamenti di validità della costituzione del Reich sorta dalla Rivoluzione di Novembre, Huber rievoca le soluzioni date nel XIX secolo al problema della legittimità costituzionale dal legittimismo tradizionale da un lato, dal *Machtrealismus* di Dahlmanns e Lassalle dall'altro; presenta quindi la dottrina della forza normativa del fattuale (*die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen*); introduce infine i concetti di *Rechtsanerkennung* e di *Rechtsüberzeugung* come criteri di legittimità della costituzione del Reich implicitamente adottati da quei giuristi – come Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Rudolf Smend e Carl Schmitt – che, nonostante le differenze a volte radicali delle loro teorie, sono concordi nel riconoscere che la forza fondante e fondamentale della civiltà, del diritto, della costituzione siano i valori. Il diritto, compreso quel particolare diritto che è la costituzione dello Stato, è valido non in quanto positivizzazione della potenza del diritto (*Rechtsmacht*), bensì in quanto realizzazione del valore che è affermato nel diritto (*Rechtswert*). La costituzione, nel quadro della svolta delineatasi nella *Staatsrechtslehre* in direzione delle *Geisteswissenschaften*, non viene vista innanzi tutto come organizzazione dei poteri e determinazione dei diritti fondamentali, come attribuzione e regolamentazione delle competenze, ma come insieme di principi di valore. Questo ragionamento sarebbe valido *lato sensu* anche per la concezione della costituzione di un giurista come Schmitt che nel secondo dopoguerra sarebbe diventato un duro critico della filosofia dei valori e del pensare-per-valori⁷⁷⁵.

2.3.5. Nella seconda parte di *Custode della costituzione* in cui descrive e critica la concreta situazione costituzionale della Repubblica di Weimar, Schmitt riassume l'opinione dei giuristi positivisti tedeschi nel modo seguente: «l'art. 76 WRV contiene non soltanto una disposizione sulle modifiche della costituzione (come si dovrebbe ammettere secondo il testo letterale), ma fonda addirittura un'onnipotenza assoluta, sfrenata e illimitata, anzi un potere costituente»⁷⁷⁶. Questa interpretazione dominante dell'art. 76,

⁷⁷⁵ *Ivi*, pp. 15 ss.

⁷⁷⁶ *CC*, p. 172.

sostenuta autorevolmente da Gerhard Anschütz⁷⁷⁷, «toglie alla Costituzione di Weimar», prosegue Schmitt con tono polemico, «la sua sostanza politica e il suo terreno e la riduce ad un procedimento di revisione neutrale, indifferente ad ogni contenuto, neutrale soprattutto di fronte alla forma di Stato di volta in volta esistente»⁷⁷⁸. Mostrando l'assurdità delle conseguenze cui si giungerebbe adottando una tale interpretazione che a torto equipara il potere di revisione ad un potere sovrano, Schmitt conclude: in nome di un concetto di neutralità inteso come eguale *chance* di accesso al potere e di formazione della volontà statale «a tutti i partiti deve essere giustamente data la possibilità incondizionatamente uguale di crearsi le maggioranze che sono necessarie per condurre ad effetto con l'aiuto del procedimento vigente per le modifiche della costituzione lo scopo da perseguire – Repubblica sovietica, Reich nazionalsocialista, Stato sindacale economico democratico, Stato corporativo dei ceti professionali, monarchia vecchio stile, aristocrazia di qualsivoglia specie – ed un'altra costituzione»⁷⁷⁹.

Nel 1932 in *Legalità e legittimità* Schmitt torna sulla questione del potere di revisione dicendo di concordare con l'opinione di Maurice Hauriou, il teorico francese della *superlegalité constitutionnelle*: «*Ich bin – scrive Schmitt nel paragrafo dedicato al legislatore eccezionale *ratione materiae*, cioè al legislatore che legifera ai sensi dell'art. 76 - mit Hauriou der Meinung, daß jede Verfassung solche grundlegenden "Prinzipien" kennt, daß sie zum grundsätzlich unveränderlichen "Verfassungssystem" gehören, wie es Carl Bilfinger genannt hat, und daß es nicht der Sinn der Verfassungsbestimmungen über die Verfassungsrevision ist, ein Verfahren zur Beseitigung des Ordnungssystems zu eröffnen, das durch die Verfassung konstituiert werden sollte*»⁷⁸⁰.

La tesi dell'assenza totale di limiti materiali al potere di revisione costituzionale, cioè la tesi positivista che sta alla base dell'interpretazione dell'art. 76, costituirebbe a parere di Schmitt il vero 'cavallo di Troia' della costituzione. La scuola positivista ammette infatti la legalità di una soppressione della costituzione attraverso un procedimento di revisione (abrogazione totale), mentre la posizione schmittiana si caratterizza per il rifiuto, in nome della teoria dei limiti materiali alla revisione, della possibilità di abolire la costituzione e sostituirla con un'altra. Eppure, come rilevato da Olivier Beaud in *La potenza dello Stato*, tra la scuola positivista e la posizione di Schmitt esiste un punto di convergenza non irrilevante: le due dottrine, per quanto contrapposte siano, «condividono l'idea che il

⁷⁷⁷ G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, cit.,

⁷⁷⁸ CC, p. 172.

⁷⁷⁹ CC, p. 172.

⁷⁸⁰ VA, p. 311.

potere di revisione è subordinato alla costituzione e non esercita che una competenza nel senso giuridico e preciso del termine»⁷⁸¹. Beaud, che sostiene la tesi, oggi più diffusa ed accettata che in passato, secondo la quale il potere costituente originario e il potere di revisione, da alcuni anche detto potere costituente derivato, siano «fondamentalmente distinti e contrapposti», dopo aver esposto la posizione di chi riconosce al potere di revisione la natura di potere sovrano, distingue tra due diverse modalità di criticare questa posizione: affermata nella Francia del tardo Ottocento dal pubblicista Saint-Girons ed elaborata dalla dottrina tedesca dell'età bismarckiana attraverso la nozione di *Kompetenz-Kompetenz*, la tesi della sovranità del potere di revisione ha subito da un punto di vista formale la critica della dottrina positivista e da un punto di vista materiale la critica della dottrina non positivista. Per Carré de Malberg come per Kelsen «la subordinazione dell'organo di revisione alla costituzione, quanto meno alle sue regole formali, vieta di qualificarlo come sovrano, giacché non appena un'autorità esercita una competenza, cioè non appena diviene un organo vincolato al diritto positivo, esso non è più sovrano»⁷⁸². L'essenza di questa dottrina positivista, rispetto a quella decisionista di Schmitt, consiste nel fatto che la subordinazione del potere di revisione alla costituzione non implica la sua subordinazione anche al potere costituente, la cui natura giuridica non viene riconosciuta. Negando il *fatto* costituente come origine della costituzione, tale teoria costituzionale elude in realtà il problema, poiché il potere costituente, apparentemente scomparso dall'orizzonte giuridico, si ripresenta sotto le vesti di potere di revisione, considerato giuridicamente illimitato dal punto di vista materiale. Schmitt, invece, critica la sovranità dell'organo di revisione in nome della sovranità del potere costituente: le decisioni politiche fondamentali, contenuto materiale e vera sostanza della costituzione, sono in quest'ottica indisponibili ad ogni legge costituzionale di revisione, per quanto essa sia formalmente rispettosa delle disposizioni procedurali. La principale originalità del sistema schmittiano secondo Beaud sarebbe quella di collocare inequivocabilmente il potere di revisione tra i poteri costituiti.

2.3.6. Un altro tema che merita di essere affrontato, oltre a quello della distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale, è quello della prossimità tra potere costituente e legislazione popolare. Nel paragrafo precedente dedicato all'analisi di *Volksentscheid und Volksbegehren* si è anticipato che il problema del rapporto, nella gerarchia delle fonti del diritto, tra la legge frutto di un'iniziativa popolare e la legge

⁷⁸¹ O. Beaud, *La potenza dello Stato*, cit., p. 310.

⁷⁸² O. Beaud, *La potenza dello Stato*, cit., p. 309.

ordinaria del Reichstag non viene posto da Schmitt, mentre questo stesso problema nel 1932 viene risolto a vantaggio della legislazione popolare e, soprattutto, contro il parlamento, per delegittimare il ruolo dell'assemblea rappresentativa e favorire una soluzione autoritaria alla crisi di governabilità della Repubblica di Weimar.

In *Dottrina della costituzione* (1928) può essere individuata una tappa intermedia di questa evoluzione che dal saggio *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* (1927) conduce all'affermazione, contenuta in *Legalità e legittimità* (1932), della superiorità del popolo, in quanto legislatore straordinario, rispetto al parlamento. Nell'opera del 1928, nell'ambito della trattazione delle 'Conseguenze del potere costituente', Schmitt mostra di seguire l'opinione dominante dei giuristi (G. Anschütz) ammettendo che «il popolo secondo l'art. 73 ha solo poteri legislativi costituzionali e non più alti di quelli del Reichstag. Non gli è nemmeno sovraordinato. Una legge formata con il referendum ex art. 73 cost. può essere abolita da una legge formata con una votazione ordinaria di maggioranza del Reichstag»⁷⁸³. E anche nella trattazione del tema 'Democrazia e legislazione' Schmitt concorda con l'opinione secondo la quale «anche la legge formata per mezzo di un procedimento legislativo popolare è una legge nel senso della disciplina legislativa ordinaria» e non «un atto del potere costituente del popolo». Evidentemente Schmitt sembra rispondere alla questione della *Rangverhältniss* tra il *Parlamentsgesetz* e il *Volksgesetz* affermando la loro *absolute Ranggleichheit*. Ma, immediatamente dopo, Schmitt conclude la trattazione del tema contraddicendo quanto appena sostenuto e prefigurando una situazione del tutto eccezionale, un vero *Ausnahmezustand*, in cui il popolo eserciti direttamente la sovranità di cui è titolare per travolgere lo Stato di diritto: «se una legge, formata da una grande o addirittura schiacciante maggioranza attraverso il procedimento legislativo popolare, ha trovato l'acclamazione del popolo, essa può rappresentare un vero atto di sovranità e, in forza del politico, travolgere il quadro della normativa dello Stato di diritto»⁷⁸⁴. Da quanto riportato pare corretto sostenere che per Schmitt mentre il parlamento non esercita alcun potere costituente quando legifera ex art. 76 WRV, ma solo una competenza attribuitagli dalla costituzione, il popolo, mediante l'attività legislativa popolare disciplinata dall'art. 73 c. 3 WRV, possa invece riattivare la propria inesauribile energia costituente.

Presente, seppur con varie sfumature, in Rousseau, Sieyes, Condorcet, Paine e Jefferson, la tensione fra costituzionalismo e democrazia

⁷⁸³ *VL*, p. 98; trad. it. pp. 138-139.

⁷⁸⁴ *VL*, p. 260; trad. it. p. 342.

è uno dei temi centrali del pensiero politico moderno, riscontrabile in tutta la sua drammaticità anche in Schmitt nella tensione, che in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* e in *Dottrina della costituzione* si fa aperta contrapposizione, tra l'elemento dello Stato borghese di diritto e l'elemento politico delle costituzioni moderne. Il paradosso delle moderne costituzioni democratiche, che ha animato il dibattito dei teorici del secolo delle rivoluzioni e continua anche nel XX secolo a dividere gli schieramenti, può essere sintetizzato nella formula "sovranità del popolo *versus* vincoli costituzionali"⁷⁸⁵. Se il popolo è riconosciuto come il sovrano - l'unico sovrano -, perché dovrebbe obbedire alla costituzione da esso stesso emanata? In altri termini, come è possibile sostenere la necessità dell'obbedienza alla costituzione da parte di governanti e governati, se in democrazia essi formano il popolo sovrano? Sono due le tesi che si contrappongono radicalmente l'una all'altra. Presentare in modo sintetico il contenuto di ciascuna di esse è utile per fare chiarezza sulla posizione assunta da Schmitt al riguardo. Secondo la prima tesi il popolo, titolare del potere costituente, avrebbe il diritto, in nome del principio democratico, non solo di darsi una costituzione, ma anche di abrogarla *in parte* o *in toto* per mezzo del potere di revisione esercitato dai suoi rappresentanti o mediante una riattivazione del potere costituente. La seconda tesi afferma, invece, l'esistenza di vincoli giuridici che impediscono di modificare la costituzione ed esigono il rispetto della tradizione.

Dal punto di vista democratico, che qui privilegiamo, sarebbe impossibile per il popolo autovincolarsi. Questa impossibilità si esprimerebbe attraverso un duplice divieto rivolto al popolo sovrano: il divieto generale, secondo il quale il popolo non può rinunciare ad esercitare il proprio potere costituente poiché esso è inalienabile ed inesauribile, nel senso che non si esaurisce una volta stabilita la costituzione; e il divieto particolare, secondo il quale una generazione non può obbligare le generazioni successive al rispetto della costituzione.

Coerentemente con l'intera impostazione del proprio ragionamento volto a dividere la tradizione del liberalismo, del costituzionalismo, del potere limitato e dello Stato di diritto da quella della sovranità assoluta e della democrazia, Schmitt risolve il paradosso della democrazia costituzionale in favore del principio democratico della sovranità del popolo ma con una riserva. Nella terza parte di *Dottrina della costituzione*, nel paragrafo in cui viene esposta la teoria della democrazia in relazione alla

⁷⁸⁵ Cfr. S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in Luther – Portinaro – Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 167-208.

giurisdizione, Schmitt scrive che in democrazia è del tutto normale che la giurisdizione adotti come punto di vista determinante per le decisioni dei processi la volontà popolare, dove con l'espressione volontà popolare si intende dire che il giudice è subordinato alla legge e deve applicare le norme generali dello Stato di diritto. Ma, e qui irrompe improvvisamente il radicalismo democratico di Schmitt, «in una democrazia il sovrano è il popolo; esso può violare l'intero sistema della normativa legislativo-costituzionale e decidere un processo, così come il principe in una monarchia assoluta potrebbe decidere i processi. Esso è il supremo giudice come pure il supremo legislatore»⁷⁸⁶. La riserva cui si accennava è quella relativa al potere di revisione: Schmitt ammette che il popolo possa decidere, non riconoscendosi più nella costituzione vigente, di darsene un'altra, ma esige che una tale decisione sulla nuova specie e forma dell'unità politica sia presa dal popolo nell'esercizio del suo potere costituente, non dal legislatore nell'esercizio del potere di revisione, che resta solo un potere costituito.

Al di là delle profonde inconciliabili differenze, Schmitt e alcuni teorici contemporanei del costituzionalismo tra cui spicca Friedrich A. von Hayek concordano nel ritenere che esista una tensione profonda e inconciliabile fra costituzionalismo e democrazia, e giungono perfino ad affermare che la «democrazia costituzionale» sarebbe un'unione degli opposti, un ossimoro. Il disaccordo tra la posizione democratica *à la* Schmitt e la posizione costituzionalista *à la* Hayek è paradigmatico: per il primo il costituzionalismo, soprattutto quello di tradizione anglo-americana, è essenzialmente anti-democratico (ma anche nel costituzionalismo francese si registra una tensione irrisolta con il principio democratico) perché la sua funzione è quella di rimuovere certe decisioni dal processo democratico, cioè di 'legare le mani' alla comunità; per il secondo, che pone l'accento sul carattere autodistruttivo di una democrazia non limitata da una costituzione, la costituzione è la terapia istituzionalizzata contro la cronica miopia dell'elettorato ed eventualmente anche delle maggioranze parlamentari.

2.3.7. Il tema del potere costituente del popolo ha trovato scarsa attenzione nella letteratura tedesca del diritto pubblico perfino dopo la fondazione della Germania federale⁷⁸⁷. Il *Grundgesetz* della Repubblica di Bonn, ovvero la Costituzione del 1949 - nonostante quanto affermato *expressis verbis* nel preambolo: «il popolo tedesco ha adottato in virtù del proprio potere costituente, la presente Legge fondamentale»⁷⁸⁸ - , non è scaturita

⁷⁸⁶ *VL*, p. 275; trad. it. p. 362.

⁷⁸⁷ U. Steiner, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, cit., pp. 17 ss.

⁷⁸⁸ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche*, cit., p. 268.

dall'esercizio da parte del popolo tedesco di un autentico potere costituente – non ci fu in effetti alcuna elezione popolare, né alcuna riunione di una *Nationalversammlung* come invece avvenne a Francoforte nel 1848 o a Weimar nel 1919 - , bensì è stata approvata, facendo ricorso ad una formula meno solenne, dal solo parlamento senza procedere poi ad un referendum popolare di ratifica. La Legge fondamentale della Germania federale, elaborata durante l'occupazione della Germania da parte delle forze alleate, riposa, secondo alcuni, su un equivoco o su un vero e proprio peccato originale essendo pensata, per di più, come costituzione provvisoria e temporanea⁷⁸⁹.

Analogamente, per quanto riguarda il potere costituente in Schmitt, non sono molti gli interpreti che si sono concentrati – in filosofia politica o in teoria costituzionale - su questo aspetto della prestazione intellettuale del giurista. In conclusione di questa trattazione, allora, si presentano da un lato alcune delle più significative letture del pensiero schmittiano che hanno dato risalto al suo concetto di potere costituente, dall'altro alcune letture piuttosto recenti che, nonostante abbiano toccato i temi della costituzione e della democrazia, lo hanno, invece, trascurato o completamente ignorato.

Peter Schneider in *Ausnahmezustand und Norm* (1957) è uno dei primi studiosi ad aver approfondito l'esame del potere costituente in Schmitt⁷⁹⁰. Ma è Udo Steiner in *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes* (1966) a fare un breve e pertinente confronto tra la teoria del potere costituente in Schmitt e in Sieyes⁷⁹¹. Una prima differenza tra le due teorie risiede per Steiner nel fatto che la caratteristica del potere costituente in Schmitt è la *Formlosigkeit*, mentre la caratteristica del potere costituente in Sieyes è la *Formfreiheit*: «*C. Schmitts Begriff der Verfassung in Abgrenzung von (normativen) Verfassungsgesetz hat einen Begriff der verfassunggebenden Gewalt zur Folge, der durch eine völlige, juristische wie politische Formlosigkeit gekennzeichnet ist. Sieyes' pouvoir constituant dagegen ist eher durch Formfreiheit im Sinne der Freiheit seiner Wirkungsweisen von den durch die geltende Verfassung vorgesehenen Formen charakterisiert*»⁷⁹². Inoltre, Steiner definisce di tipo rappresentativo la teoria del potere costituente in Sieyes, di tipo plebiscitario quella di Schmitt.

⁷⁸⁹ Art. 146 GG, poi emendato dopo la riunificazione.

⁷⁹⁰ P. Schneider, *Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre Carl Schmitts*, Stuttgart, Verlags-Anstalt, 1957.

⁷⁹¹ U. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, cit., pp. 216-219.

⁷⁹² *Ivi*, pp. 216-217.

Partendo da quanto affermato da Schmitt in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, ovvero che «la dittatura non è l'opposizione decisiva della democrazia più di quanto non lo sia la democrazia della dittatura» Matthias Kaufmann in *Recht ohne Regel?* (1988) dedica un capitolo all'analisi della teoria schmittiana della democrazia dal titolo *Die Diktatur als wahre Demokratie* dove parla del potere costituente in Schmitt, senza fare però alcun riferimento alla teoria di Sieyes.

Il testo classico sul concetto di potere costituente resta quello di Böckenförde, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts* (1992), dove il potere costituente di Sieyes viene letto attraverso la lente della teologia politica schmittiana. Definito un «concetto limite» del diritto costituzionale per il suo inscindibile legame con circostanze pregiuridiche⁷⁹³, il potere costituente è un tema che può essere affrontato – spiega Böckenförde - da diverse prospettive e coinvolge molteplici settori disciplinari. Come questione riguardante la genesi della costituzione, il potere costituente è rilevante dal punto di vista storico-politico che studia la natura delle *Macht- und politischen Verhältnisse*, delle reali forze politiche e sociali alla base della costituzione e ricostruisce il momento storico della sua formulazione ed approvazione. Come questione di teoria del diritto, essa concerne il fondamento di validità della costituzione, che proprio dal potere costituente deriva il suo diritto ad essere in vigore. Qualora non si rimanga in un ambito formale, la questione del potere costituente è un problema di filosofia del diritto che investe il fondamento stesso della validità del diritto in generale. In modo simile si articola la questione nella teoria costituzionale che vede nel potere costituente del popolo sovrano l'istanza che conferisce alla costituzione la sua legittimazione democratica. Infine, porre la questione in termini di dogmatica giuridica significa interrogarsi sull'esistenza o meno di limiti - ed eventualmente sulla natura e l'estensione di questi limiti - alle modifiche della costituzione, quando vengano apportate trasformazioni radicali o venga addirittura prevista la possibilità della soppressione stessa della costituzione. Böckenförde si concentra, come Schmitt, sugli ultimi due aspetti del potere costituente, giudicati particolarmente rilevanti per il diritto statale: quello che, dal punto di vista della teoria costituzionale, vede nel potere costituente un *concetto di legittimazione* e quello che, dal punto di

⁷⁹³ Böckenförde, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991; trad. it. in Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 113-142; la citazione è a p. 115. Il saggio era già stato pubblicato in Luther – Portinaro – Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 231-252.

vista della dogmatica costituzionale, ne fa un *concetto costruttivo* e, appunto, dogmatico avente lo scopo non più di fondare l'ordinamento, bensì di stabilizzarlo nella sua legittimità grazie alla previsione delle procedure da seguire per adattare l'ordinamento alle esigenze della società in trasformazione⁷⁹⁴. In Schmitt questi due aspetti – come si è mostrato – non possono essere disgiunti: proprio perché il potere costituente del popolo è la fonte della legittimità della costituzione e delle decisioni fondamentali in essa contenute, la costituzione non può essere modificata *ad libitum*. Se qualcosa manca a questa attenta discussione del potere costituente è la problematizzazione del rapporto Schmitt-Sieyes, l'analisi delle differenze tra la teoria originale e l'interpretazione schmittiana.

La più approfondita ed esaustiva analisi del potere costituente in Schmitt è quella di Ulrich Thiele in *Advokative Volkssouveränität* (2003) incentrata sull'interpretazione schmittiana di Sieyes e svolta sia dal punto di vista teorico-costituzionale sia dal punto di vista filosofico-politico⁷⁹⁵.

Per quanto riguarda gli studiosi italiani⁷⁹⁶ di Schmitt il tema è stato affrontato da Pasquino e da Galli. Pasquale Pasquino nel suo intervento al *Sonderseminar* su Schmitt - *Die Lehre vom pouvoir constituant bei Emmanuel Sieyes und Carl Schmitt* - pubblicato nel 1988 in *Complexio Oppositorum* prende in esame la relazione tra la dottrina del potere costituente e la costituzione mista nelle opere di Emmanuel Sieyès e Carl Schmitt. Come già segnalato in più occasioni anche Carlo Galli in *Genealogia della politica* (1996) considera il potere costituente il concetto centrale della teoria costituzionale schmittiana⁷⁹⁷.

Joseph Bendersky nel suo libro *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983) insiste sul concetto di costituzione positiva come «costituzione inviolabile»⁷⁹⁸ richiamando la teoria schmittiana dei limiti materiali delle revisioni costituzionali: in questo contesto viene fatto solo un breve richiamo al potere costituente del popolo e alla funzione che questo concetto svolge nella teoria costituzionale del giurista di Plettenberg proprio in relazione all'interpretazione dell'art. 76 WRV, ma non viene svolta alcuna analisi del potere costituente in sé. Ciò che interessa Bendersky è soprattutto

⁷⁹⁴ Cfr. inoltre sul potere costituente in Schmitt la seguente letteratura in lingua tedesca: K. von Beyme, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit*, Tübingen, Mohr, 1968; I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980²; S. Breuer, *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1984, 70, pp. 495 ss.

⁷⁹⁵ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 165-385.

⁷⁹⁶ Cfr. anche M. Nicoletti, *Trascendenza e potere*, cit., pp. 328-330

⁷⁹⁷ Cfr. *supra* Capitolo I, paragrafo 2.2.3.

⁷⁹⁸ J. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 117-136.

l'interpretazione schmittiana del potere di revisione, non tanto la riscoperta, in reazione al positivismo e al formalismo giuridico, del potere costituente come origine della costituzione. Secondo lo studioso americano la presa di posizione di Schmitt in merito all'inviolabilità della costituzione è una dimostrazione della sua estraneità alle posizioni del partito nazionalsocialista e dei gruppi di destra che gravitavano nella sua orbita. Nel biennio 1926-1928 vennero avanzate delle proposte di «revisione reazionaria della costituzione» dalla DNVP e da alcune organizzazioni di estrema destra come lo *Stahlhelm*: si voleva creare una seconda camera alta eletta indirettamente allo scopo di bilanciare quella eletta a suffragio universale (Reichstag) e si voleva modificare l'art. 54 WRV che stabilisce la forma di governo parlamentare per consentire al governo una maggiore indipendenza dal Reichstag⁷⁹⁹. Nonostante Schmitt fosse un critico del parlamentarismo, Bendersky crede di leggere l'ostilità di Schmitt a queste riforme nelle pagine di *Dottrina della costituzione* dove il sistema bicamerale viene presentato come una potenziale «violazione (*Verletzung*) dell'uguaglianza e dell'omogeneità democratica di tutti i cittadini»⁸⁰⁰. Tornando alla questione posta dall'interpretazione dell'art. 76 WRV Bendersky nota che «per strano che possa sembrare la più forte opposizione al suo concetto dei limiti di una revisione costituzionale gli venne dai giuristi repubblicani»⁸⁰¹, tra cui figurano Anschütz, forse la maggiore autorità in campo costituzionale, e Thoma, l'eterno antagonista di Schmitt. All'inizio del 1928, quando Schmitt pubblica la *Verfassungslehre*, la sua carriera a Bonn stava per concludersi, la Repubblica di Weimar era all'apice della sua prosperità durante l'epoca d'oro di Stresemann, il miglioramento dell'economia aveva portato con sé anche una certa stabilità politica, mentre l'incapacità del Reichstag di esprimere un maggioranza di governo e una conseguente, prolungata paralisi governativa erano remote possibilità. L'immagine che emerge dalla lettura di Bendersky è quella di uno Schmitt certo insoddisfatto del governo parlamentare, ma poco propenso ad abbandonare il sistema repubblicano di Weimar⁸⁰².

Per quanto riguarda la più recente letteratura in lingua inglese, oltre al già citato libro di Bendersky degli anni Ottanta, vanno segnalati da un lato gli studi di McCormick e di Kennedy che non danno risalto alcuno al

⁷⁹⁹ *Ivi*, pp. 130-131.

⁸⁰⁰ *VL*, p. 294; trad. it. p. 388.

⁸⁰¹ J. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., p. 132.

⁸⁰² Dello stesso tenore delle considerazioni di Bendersky sono quelle svolte da G. Schwab in *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt* (1989); trad. it. *La sfida dell'eccezione*, cit.

concetto di potere costituente in Schmitt, dall'altro le opere di Bolsinger e Müller⁸⁰³.

In *Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (1997) McCormick sottolinea l'importanza della teoria di Sieyes per Schmitt solo in relazione al libro del 1921 *La dittatura*, ma non accenna affatto all'adozione di quel concetto da parte di Schmitt in *Dottrina della costituzione*⁸⁰⁴. D'altra parte Ellen Kennedy in *Constitutional Failure* fa solo un rapido accenno a Sieyes e non in relazione alla teoria costituzionale di Schmitt, dove la centralità del concetto di potere costituente non è riconosciuta⁸⁰⁵.

Al contrario Eckard Bolsinger, nel suo libro del 2001 sul realismo politico in Schmitt e in Lenin, legge l'intera produzione di Schmitt da *La dittatura* fino a *Il Nomos della terra* e al saggio del 1953 *Nehmen/Teilen/Weiden* alla luce del concetto di potere costituente⁸⁰⁶: «*Carl Schmitt's whole work underlies a continuous focus on the powers and forces that create legally ordered situations. His central interest in the non-organized and irregular moments in which a constituent power brings about a constituted order represents a leitmotiv of his entire political and legal thinking. (...) This connection between a constituted and a constituent power is visible and developed even in Schmitt's late work, in which he describes the acquisition of land as the basic act of a constituent power. According to him, at the beginning of an empire or political system there is no basic norm, moral principle, or free consent, but rather the act of a fundamental appropriation transforming violence into law*»⁸⁰⁷. Un altro aspetto sottolineato da Bolsinger è la corrispondenza tra i concetti di potere costituente e potere costituito da un lato, e i concetti di legittimità e legalità

⁸⁰³ Cfr. Sulla recezione di Schmitt negli Stati Uniti E. Richter, *Der falsche Prophet. Carl Schmitt in den USA*, in R. Voigt (Hrsg.), *Mythos Staat. Carl Schmitts Staatsverständnis*, Baden-Baden, Nomos, 2001.

⁸⁰⁴ J. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, cit., p. 133 e p. 137: «Sovereign dictatorship becomes the power to perpetually suspend and change political order in the name of an inaccessible "people" and an eschatological notion of history. Schmitt's chief examples of this development are the writings of the French revolutionary theorists, as Mably and especially Sieyes and more immediately the Bolsheviks. (...) In Schmitt's view, they [*scil.* Mably e Sieyes] advocate a sovereign dictatorship that destroys an old order and creates a new one not on the authority of a specific constitutional document or legal charge but as the agent of such a vague entity as the "people"».

⁸⁰⁵ E. Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham-London, Duke University Press, 2004. L'unico riferimento a Sieyes si trova a p. 178; la trattazione della teoria schmittiana della costituzione, invece, è svolta alle pp. 122-137.

⁸⁰⁶ E. Bolsinger, *The Autonomy of the Political. Carl Schmitt's and Lenin's Political Realism*, Westport (CT)- London, Greenwood Press, 2001.

⁸⁰⁷ *Ivi*, pp. 23-24.

dall'altro. Infine, lo studioso tedesco interpreta la teoria schmittiana del potere costituente come «*a third way between natural law philosophies, which try to find rational moral criteria transcending the established statutes, and legal positivism, which is exclusively focused on the constituted law. (...) In sum, Schmitt's theory of constituent and foundational powers represents a kind of legal positivism that is aware of the political and ideological bases of order and law. He opens political and legal theory to the sociological analyses of political structures and processes*»⁸⁰⁸. Da ultimo, Jan-Werner Müller nel suo bel libro del 2003 *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, rileva correttamente il legame tra l'affermazione del potere costituente e l'interpretazione restrittiva delle disposizioni sulla revisione costituzionale. La tesi di Müller merita di essere riportata: la *Dottrina della costituzione* è un brillante sforzo conservatore volto in teoria alla decostruzione della Costituzione di Weimar e in pratica al contenimento della democrazia di massa⁸⁰⁹. Apparentemente sostenuta e difesa, la democrazia di massa è in realtà temuta da Schmitt il quale, attraverso i concetti di rappresentazione e di identità – veri «assiomi» della sua teoria costituzionale⁸¹⁰ –, ne attua il contenimento teorico rendendola compatibile con l'autoritarismo populista. Schmitt non ha semplicemente formulato un'originale interpretazione del costituzionalismo liberal-democratico; dietro l'apparenza della discussione storico-teorica del costituzionalismo egli ha contrapposto al liberalismo una nozione di democrazia fondata su di un concetto di popolo come comunità omogenea incompatibile con l'esercizio del diritto all'autodeterminazione politica dei singoli cittadini. Per Müller, studioso di origine tedesca che si rivolge con i suoi lavori prevalentemente ad un pubblico anglo-americano, una delle più proficue eredità del pensiero di Schmitt nel dibattito degli anni Cinquanta del XX secolo risiede nell'aver sollevato la questione della relazione aporetica – manifestatasi per la prima volta nella Costituzione di Weimar – tra i principi dello Stato di diritto e i principi dello Stato sociale nell'ambito della democrazia di massa. Il problema sollevato da Schmitt è stato oggetto in particolare della prestazione scientifica di Ernst Forsthoff il quale, in *Rechtsstaat im Wandel* e in *Der Staat der Industriegesellschaft*, si concentra proprio sul rapporto tra Stato di diritto e Stato sociale⁸¹¹.

⁸⁰⁸ *Ivi*, pp. 28-29.

⁸⁰⁹ Jan-Werner Müller, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven (CT)- London, Yale University Press, 2003, pp. 29-31.

⁸¹⁰ *Ivi*, p. 30.

⁸¹¹ H. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964; trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè,

2.4. L'elemento giuridico della costituzione moderna: lo Stato borghese di diritto

Ispirato all'*Esprit des lois* di Montesquieu, l'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 recita: «*Toute société dans la quelle la garantie des droit n'est pas assuré, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution*». Quando Schmitt individua nel principio di divisione (*Verteilungsprinzip*) e nel principio di organizzazione (*Organisationsprinzip*) i due principi dell'elemento giuridico, cioè dello Stato di diritto, di ogni costituzione moderna, non fa che riformulare in termini diversi il contenuto dell'articolo 16. Infatti, per principio di divisione Schmitt intende il principio in base al quale la sfera di libertà del singolo individuo di fronte al potere dello Stato trova espressione in una serie di diritti fondamentali di libertà, garantiti dalla costituzione; mentre per principio di organizzazione intende la separazione o distinzione dei poteri descritta da Montesquieu a metà del XVIII secolo con riferimento al modello inglese. Ma in Schmitt i diritti fondamentali di libertà e la separazione dei poteri esprimono soltanto una parte delle costituzioni moderne, la parte costituita dall'elemento giuridico dello Stato di diritto.

La costituzione moderna è la costituzione dello Stato borghese di diritto, fondata, nei suoi principi, sull'ideale dell'individualismo borghese: essa è innanzi tutto una «costituzione liberale» (*eine freiheitliche Verfassung*) e «lo Stato appare come il servitore (*Diener*) rigidamente controllato della società»⁸¹². Come nel saggio sul parlamentarismo l'origine del concetto di *Öffentlichkeit* viene rintracciata in Kant e nell'idea di progresso dell'*Aufklärung*, così in *Dottrina della costituzione* il nome del filosofo di Königsberg ricorre all'inizio del capitolo sullo Stato di diritto: «le formulazioni di Kant sono qui perciò di grande interesse, perché contengono la più chiara e definitiva espressione di queste rappresentazioni di principio dell'illuminismo borghese, che finora non sono state sostituite da nessun altro nuovo presupposto ideale»⁸¹³.

L'attenzione allo sviluppo storico dei concetti politici e giuridici insieme al metodo della storia costituzionale comparata consente a Schmitt di evitare la generalizzazione del concetto ottocentesco di Stato di diritto e di mostrarne la sua condizionatezza storica e sociologica. Mentre Kelsen

1973, e Id., *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1971².

⁸¹² *VL*, p. 125; trad. it. p. 171.

⁸¹³ *VL*, p. 126; trad. it. pp. 172-173.

sostiene il carattere pleonastico dell'espressione 'Stato di diritto' e, riducendo lo Stato al suo ordinamento giuridico, afferma che ogni Stato è Stato di diritto, Schmitt storicizza il concetto di Stato di diritto, cioè lo relativizza, lo considera proprio della sola età moderna e strettamente connesso con il concetto borghese di libertà. In tal modo l'«ambigua parola» *Rechtsstaat* assume in Schmitt un significato specifico, che si manifesta soprattutto quando essa viene contrapposta a concezioni alternative dello Stato, quali la concezione dello Stato come *Machtstaat*, come *Polizeistaat* o come *Wohlfahrtsstaat*. Come in *Il concetto di politico* il giurista afferma che tutti i concetti politici sono concetti polemici, così in *Dottrina della costituzione* l'individuazione dei concreti "nemici" storici dello Stato di diritto è il punto di partenza per formulare una definizione dell'oggetto il più possibile esatta: «nel senso dello Stato borghese la parola assume il suo significato soprattutto attraverso una serie di contrapposizioni; essa ha, come talune di queste definizioni, in primo luogo un significato polemico. Stato di diritto significa la contrapposizione allo Stato di potere (*Machtstaat*) – la più volte ricordata opposizione della *liberté du citoyen* contro la *gloire de l'état*. Un ulteriore significato si trova nell'opposizione allo Stato di polizia, assistenziale o ad ogni altra forma di Stato (*Polizei-, Wohlfahrts- oder jeder andern Art Staat*) che non si limiti unicamente a salvaguardare l'ordinamento giuridico. Con ordinamento giuridico si intende qui un ordinamento giuridico borghese, che si basa sulla proprietà privata e sulla libertà personale e considera lo Stato come il garante armato (*der bewaffnete Garante*) di questa sicurezza, tranquillità e ordine borghese»⁸¹⁴.

Seguendo Schmitt anche Huber ritiene che il modo migliore per definire lo Stato di diritto sia quello di contrapporlo allo Stato-potenza e allo Stato di polizia o Stato assistenziale⁸¹⁵. In conformità con la classica

⁸¹⁴ *VL*, p. 130; trad. it. pp. 177-178.

⁸¹⁵ Prendendo le distanze dalla contrapposizione schmittiana tra l'elemento giuridico dello Stato borghese di diritto e l'elemento politico della costituzione, Huber afferma però che nel caso della Costituzione di Weimar non si tratta di inconciliabile dualismo, bensì di correlazione necessaria tra i due elementi: «Die in der Weimarer Reichsverfassung nach den Vorbildern der konstitutionellen Zeit unterschiedenen beiden Hauptteile des Verfassungswerks standen zueinander nicht im Verhältnis des Dualismus, sondern im Verhältnis der Korrelation. Vor allem traten der im organisatorischen Teil behandelte Verfassungsstaat und der vornehmlich im Grundrechtsteil behandelte Rechtsstaat sich nicht in der Weise entgegen, dass jedem von ihnen der *Mensch* in einer jeweils anderen Wesenseigentümlichkeit zugeordnet wäre: dem Verfassungsstaat der zur verantwortlichen Teilhabe am Staat aufgerufene *citoyen*, dem Rechtsstaat der in seiner Freiheit vom Staat zu schützende *bourgeois*». Cfr. E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., pp. 82-94 (: 83).

dottrina della ‘triade dei fini dello Stato’⁸¹⁶, la teoria dello Stato dell’età di Weimar vedeva i momenti determinanti l’essenza e il valore dello Stato: 1. nella conservazione della potenza dello Stato (*Machtzweck*), 2. nella promozione del benessere generale (*Wohlfahrtszweck*) e 3. nella realizzazione del diritto (*Rechtzweck*). Questa dottrina intendeva con ‘fine dello Stato’ non un interesse particolare della società civile o di un suo gruppo, che tenti di piegare lo Stato e di renderlo uno strumento al proprio servizio, bensì un «fine immanente» all’essenza stessa dello Stato⁸¹⁷. Ebbene, nella dottrina dello Stato dell’età di Weimar tra i vari fini dello Stato viene data la priorità al fine della realizzazione del diritto: esso riconosce come ammissibile il perseguimento degli altri due – la potenza e la promozione del benessere – solo attraverso l’applicazione dello strumento del diritto e nel rispetto dell’ordinamento giuridico vigente. Solo in questo limitato significato è esatto sostenere che la Germania di Weimar sia stata – per adoperare le formule polemiche cui la dottrina dello Stato ha fatto spesso ricorso – “uno Stato di diritto - non uno Stato di potenza!” e “uno Stato di diritto – non uno Stato di polizia!”.

Poiché i diritti fondamentali – che dello Stato di diritto costituiscono uno dei due pilastri – valevano come sistema di garanzie di quello che Jellinek ha chiamato lo *status negativus* dell’individuo, lo Stato di diritto poteva apparire – ed in effetti così appare a Schmitt - come la «negazione della statualità»⁸¹⁸, come il prevalere dell’individuo privato e dei suoi scopi sulla sfera pubblica. Ma l’antitesi Stato di diritto/Stato di potenza non significa affatto la negazione del momento, assolutamente necessario per lo Stato, della conservazione della sicurezza esterna ed interna e della difesa dell’ordinamento pubblico, bensì solo la negazione dell’esclusività e della priorità del fine della potenza: i sostenitori del liberalismo rimproveravano allo Stato assoluto e alla monarchia costituzionale dell’età guglielmina

⁸¹⁶ Cfr. sulla *Trias der Staatszwecke* H.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. VI, cit., p. 92. Cfr. anche sulla dottrina degli scopi dello Stato G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 205-238.

⁸¹⁷ È Hegel nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 201 ad introdurre il concetto di «fine immanente», laddove, al § 261. scrive: «di fronte alle sfere del diritto privato e del benessere privato, della famiglia e della società civile, lo Stato è da un lato una *necessità esteriore* e la loro superiore potenza, alla cui natura le loro leggi, così come i loro interessi sono subordinati e da cui essi sono dipendenti; ma dall’altro lato esso è il loro fine *immanente* (*ihr immanenter Zweck*) ed ha la sua forza nell’unità del suo universale fine ultimo (*Endzweck*) e del particolare interesse degli individui, nel fatto che essi in tanto hanno *doveri* di fronte ad esso, in quanto hanno in pari tempo diritti» (corsivi originali).

⁸¹⁸ Cfr. la critica allo Stato di diritto formulata da E. Forsthoff nel saggio *Die introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung*, in «Der Staat», 1963, n. 2, pp. 385 ss., ripubblicato in Id., *Rechtsstaat im Wandel*, cit.; trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, cit.

proprio di aver posto quel fine al di sopra del fine della realizzazione del diritto e del rispetto dell'ordinamento giuridico vigente. D'altra parte, l'antitesi Stato di diritto/Stato di polizia era rivolta contro il potere incontrollato ed illimitato dell'amministrazione statale: l'affermazione del principio di legalità e la subordinazione delle misure di polizia al controllo giudiziario, insieme alla limitazione delle competenze della polizia alla sola difesa dal pericolo interno, avevano eliminato gli ultimi residui dei poteri ancora attribuiti alla polizia nel XIX secolo. Non è un caso che Schmitt accosti i concetti di Stato di polizia e Stato assistenziale; è Huber a chiarire il significato attribuito in questo caso al termine "Polizei": «*die Formel "Rechtsstaat – nicht Polizeistaat!" hatte in der Weimarer Zeit eine aktuelle Bedeutung nur noch, soweit sie sich, der älteren Wortbedeutung von "Polizei" gemäß, gegen den Staat richtete, der sich als beauftragt und ermächtigt verstand, seine Verwaltungshoheit schlechthin zu jedem dem gemeinen Wohl dienlichen Zweck auch ohne besondere gesetzliche Grundlage einzusetzen*»⁸¹⁹.

2.4.1. I diritti fondamentali: la democrazia di massa tra Stato di diritto e Stato sociale

Schmitt si occupa ripetutamente della questione dei diritti fondamentali e dell'interpretazione da dare alla seconda parte della costituzione di Weimar⁸²⁰. In *Dottrina della costituzione* i diritti fondamentali – che, come si mostrerà, non sono tutti i diritti ancorati nel testo della costituzione, ma solo una minoranza di essi – sono espressione del *Verteilungsprinzip*, ovvero di uno dei due principi dello Stato borghese di diritto. In *Verfassungsrechtliche Aufsätze* sono raccolti altri due saggi risalenti rispettivamente al 1931 e al 1932 nei quali Schmitt approfondisce l'analisi dei diritti di libertà: si tratta di *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*

⁸¹⁹ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., p. 93.

⁸²⁰ Cfr. sul tema dei diritti R. Schnur (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964 (contiene saggi di E. Boutmy, J. Hashagen, O. Vossler, G. Ritter, H. Welzel, J. Bohatec); E.-W. Böckenförde, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 145-188; Id., *Il diritto fondamentale della libertà di coscienza*, Ivi, pp. 263-344; M. Gauchet, *Diritti dell'uomo*, in F. Furet - M. Ozouf, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, cit., pp. 613-623; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999; G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, cit.; U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 57-75.

der Reichsverfassung e di *Grundrechte und Grundpflichten*⁸²¹. Ad essi si devono aggiungere le considerazioni che Schmitt fa nella seconda parte di *Legalität und Legitimität* (1932), nell'ambito della discussione sul legislatore straordinario *ratione materiae* (il Reichstag quando, ex art. 76 WRV, delibera leggi costituzionali) previsto dalla Costituzione di Weimar⁸²². In *Dottrina della costituzione* il tema dei diritti, come ogni tema in Schmitt, è affrontato sia dal punto di vista storico, con una discussione sull'origine del concetto di diritti individuali e una ricognizione delle principali dichiarazioni, sia dal punto di vista teorico, con un'indagine volta a distinguere, tra tutti i diritti ancorati nella seconda parte della Costituzione di Weimar, alcune categorie: i diritti liberali, i diritti democratici, i diritti sociali e le garanzie istituzionali.

Schmitt concorda con Jellinek nel ritenere che la storia dei diritti fondamentali inizi con le dichiarazioni degli Stati americani nel XVIII secolo, all'epoca della dichiarazione di indipendenza dall'Inghilterra: la dichiarazione della Virginia del 1776 è la prima, esemplare dichiarazione dei diritti. La *Magna Charta Libertatum* (1215) e l'*Habeas Corpus Act* (1679), nonostante siano indicati come dichiarazioni dei diritti fondamentali, sono discipline contrattuali dei diritti dei baroni inglesi che, nel graduale sviluppo, hanno assunto il carattere di principi moderni, ma non corrispondono al significato essenziale dei diritti fondamentali. Per certi aspetti anche il *Bill of Rights* (1688), formalmente una stipulazione contrattuale tra il parlamento e Guglielmo d'Orange, si pone nella tradizione del costituzionalismo medievale con i suoi *iura et libertates*. Schmitt condivide con Jellinek anche la convinzione che la libertà religiosa e di coscienza sia stato il primo diritto ad essere rivendicato e che da esso siano poi derivati i diversi diritti fondamentali affermatasi in seguito⁸²³.

⁸²¹ C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in *VA*, pp. 140-173, e Id., *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in *VA*, pp. 181-231.

⁸²² C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), in *VA*, pp. 263-350 (: 293-312).

⁸²³ Cfr. sulle fondazioni teoriche delle libertà M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit. Fioravanti ha proposto tre diversi tipi o modelli di fondazioni teoriche delle libertà, corrispondenti grosso modo, alle tre tradizioni nazionali inglese, francese e tedesca: il modello storicistico, il modello individualistico e il modello statualistico. Ciascuno dei tre modelli, inoltre, tende a non restare isolato, ma a combinarsi con uno degli altri due, e ciò avviene escludendo dalla combinazione quel modello che costituisce il principale obiettivo polemico.

La fondazione teorica delle libertà nell'età della Rivoluzione americana risulta dalla combinazione di individualismo e storicismo in funzione antistatualistica. La fondazione teorica dei diritti di libertà della Rivoluzione francese combina – nella convincente interpretazione di Fioravanti – il modello individualistico con quello statualistico in funzione antistoricistica: il legicentrismo francese è il punto di mediazione giuridica tra individualismo dei diritti e statalismo e comporta la riduzione dei diritti alla

Un'esposizione della concezione jellinekiana dei diritti e della loro origine è il necessario punto di partenza per un corretto approccio alla concezione schmittiana.

La tesi della derivazione americana della dichiarazione francese dei diritti, sostenuta da Jellinek in *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* del 1895⁸²⁴, è all'origine di una serie di studi specialistici sui diritti umani e sulle loro radici storiche e filosofiche. Pubblicato a tre anni di distanza da *System des subjektiven öffentlichen Rechte* (1892)⁸²⁵, il lavoro di Jellinek affronta due temi. Il primo, di carattere prevalentemente storiografico, riguarda le origini della Dichiarazione francese del 1789: Jellinek sostiene la tesi della derivazione americana della dichiarazione francese, svalutando, di conseguenza, l'influenza del *Contratto sociale* di Rousseau sulla Rivoluzione relativamente alla questione dei diritti dell'uomo. Il secondo, di carattere filosofico-politico, spiega la nascita dell'idea di diritto soggettivo a partire dalla Riforma protestante e dalle guerre civili confessionali, negando la rilevanza preponderante del giusnaturalismo antico (stoico) e moderno (razionalistico) per le dichiarazioni del XVIII secolo: l'origine dei diritti non è un'origine *stricto sensu* politica, bensì religiosa, legata alle lotte per la tolleranza e per la libertà religiosa combattute all'indomani della Riforma, e la libertà di coscienza è considerata l'*Urgrundrecht* degli altri diritti: «l'idea di fissare in forma di legge i diritti innati, inalienabili e sacri dell'individuo non è di origine politica, bensì di origine religiosa. Ciò che fino ad oggi è stato considerato opera della Rivoluzione, fu in verità un frutto della Riforma e delle sue lotte»⁸²⁶.

legge. Infine, la fondazione dei diritti nella *Staatslehre* tedesca del XIX secolo, dopo il fallimento dei tentativi liberali di Francoforte, coniuga statalismo e storicismo in funzione antiindividualistica.

Pensare storicisticamente le libertà significa radicarle nella storia e sottrarle, di conseguenza, alla volontà arbitraria di un qualunque soggetto: il rapporto tra il costituzionalismo medievale e il costituzionalismo moderno è interpretato all'insegna dell'evoluzione nella continuità. Nel modello individualistico, invece, diritti e libertà vengono riconosciuti dallo Stato, ma non da esso creati: essi non possono essere posti dallo Stato perché gli preesistono. Nel modello statualistico di fondazione dei diritti, infine, «l'autorità dello Stato è ben più di un necessario strumento di tutela: essa è *la condizione necessaria* perché libertà e diritti *nascano* e vengano alla luce come vere e proprie posizioni giuridiche soggettive degli individui» (*Ivi*, p. 41).

⁸²⁴ G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

⁸²⁵ G. Jellinek, *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 1892; trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.

⁸²⁶ G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, cit., p. 46.

Collocato all'origine di importanti studi sul rapporto tra protestantesimo e istituzioni giuridico-politiche o economiche, quali *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1904) di Weber e *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno* (1906) di Troeltsch⁸²⁷, il lavoro di Jellinek è il punto di partenza anche della riflessione di Schmitt sui diritti, svolta in *Dottrina della costituzione*.

Il legame tra il *Contratto sociale* e la proclamazione dei diritti rientra nella *vexata quaestio* del rapporto tra il pensiero politico di Rousseau e la Rivoluzione francese. Secondo Jellinek l'opera del Ginevrino non è la fonte della Dichiarazione dei diritti, la quale, anzi, sarebbe sorta in contrapposizione al *Contratto sociale*⁸²⁸. Il giurista tedesco argomenta la sua tesi a partire da due temi rousseauiani: quello dell'alienazione totale e quello della religione civile. Il patto immaginato da Rousseau consta di un'unica clausola che prevede l'*alienation total* di ogni diritto individuale alla società: al momento del suo ingresso nello Stato l'individuo non trattiene per sé alcun diritto, mentre la *volonté générale* non è tenuta a rispettare alcun limite giuridico a parte il limite, del tutto interno alla logica del patto, della generalità ed astrattezza della legge. L'idea di un diritto originario, che l'uomo si porta con sé entrando in società e che funge da limite giuridico invalicabile per il sovrano, è da Rousseau respinta senza esitazione: nessuna legge fondamentale, neppure il contratto sociale, può obbligare il corpo politico. Jellinek non nega che alcune formulazioni dei diritti del 1789 riecheggino il lessico rousseauiano, ma ritiene che l'idea in sé della Dichiarazione sia del tutto estranea al pensiero di Rousseau e debba perciò essere ricondotta ad un'altra fonte. Per quanto riguarda il secondo tema, il diritto alla libertà religiosa che il giurista tedesco pone all'origine di tutti gli altri diritti di libertà per il Ginevrino è in netto contrasto con lo Stato. Alla fine del *Contratto sociale* Rousseau afferma che chi non accetta di professare la religione civile, i cui dogmi sono fissati dal sovrano, va bandito dallo Stato e chi, invece, dopo averla riconosciuta pubblicamente, non ne rispetta i semplici dogmi, va punito con la morte⁸²⁹. Nella Repubblica di Rousseau non c'è libertà religiosa: sono tollerate solo le religioni a loro volta tolleranti nei confronti delle altre, e che non mettano a repentaglio l'ordine pubblico e l'esistenza dello Stato, mentre quelle che affermano il principio *extra ecclesiam nulla salus*, in quanto pericolose per lo Stato, vanno bandite. Questi esempi consentono a Jellinek di asserire che

⁸²⁷ E. Troeltsch, *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno* (1906), Firenze, La Nuova Italia, 1951.

⁸²⁸ G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, cit., pp. 7-9.

⁸²⁹ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., pp. 190-207 (Libro IV, capitolo VIII 'Della religione civile').

è del tutto assente in Rousseau l'intenzione di riconoscere all'individuo una sfera privata inviolabile. Proprio perché la Dichiarazione dei diritti persegue lo scopo di tracciare la linea di demarcazione tra la sfera della libertà dell'individuo e la sfera del potere pubblico, a vantaggio del primo, «i principi del *Contrat social* sono nemici di qualsivoglia dichiarazione dei diritti. Ciò che da loro discende non è, infatti, il diritto del singolo, ma l'onnipotenza, giuridicamente illimitata, della volontà generale»⁸³⁰.

Questa interpretazione del pensiero di Rousseau sembra condivisa da Schmitt non solo perché, seguendo Jellinek, anche Schmitt ritiene che i diritti fondamentali – che costituiscono il 'principio di divisione' dello Stato borghese di diritto tra sfera privata dell'individuo, in linea di principio illimitata, e sfera pubblica dello Stato, in linea di principio limitata - si siano sviluppati dalla libertà religiosa, ma anche perché vede non nell'individuo e nel contratto, bensì nella piena omogeneità del popolo, il vero fondamento dello Stato di Rousseau. Nell'interpretazione schmittiana di Rousseau l'individuo, pur essendone l'origine, non è di certo il fine dello Stato né il suo fondamento.

Esclusa l'influenza di Rousseau, Jellinek passa a sostenere la tesi della derivazione americana della Dichiarazione francese, suscitando le accese reazioni di Emile Boutmy⁸³¹ e di altri storici francesi che interpretano la sua ricostruzione come una sorta di «*lèse-révolution et de lèse-francité*». Nell'ambito della polemica franco-tedesca che si sviluppa a partire dalle tesi di Jellinek, Boutmy rivendica l'autonomia dell'elaborazione francese e il ruolo del giusnaturalismo e dell'Illuminismo francese nella formazione della dichiarazione del 1789. Alcune tesi di Jellinek hanno trovato conferme nelle riflessioni successive. Marcel Gauchet afferma infatti che «non c'è dubbio che l'esempio americano svolga un ruolo decisivo nell'elaborazione della dichiarazione francese. È altamente simbolico che il primo a presentare un progetto di dichiarazione davanti all'Assemblea, quasi per destinazione naturale, sia [stato] La Fayette, l'eroe dell'indipendenza americana», che elaborò la propria proposta tenendo in considerazione i consigli di Jefferson⁸³². L'influenza americana sulla dichiarazione francese è, dunque, un dato acquisito. Tuttavia Jellinek sembra trascurare almeno un'importante differenza tra le dichiarazioni americane e la dichiarazione francese, quella relativa al diverso ruolo della legge e, di conseguenza, al diverso rapporto tra legge e diritti nelle due esperienze storico-costituzionali: nelle

⁸³⁰ G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, cit., p. 8.

⁸³¹ E. Boutmy, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, in «*Annales de sciences politiques*», 1902, pp. 415-443.

⁸³² M. Gauchet, *Diritti dell'uomo*, in F. Furet – M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, cit., p. 765.

dichiarazioni americane manca l'equivalente degli artt. 3,4, 5 e 6 della dichiarazione francese, cioè gli articoli che assegnano al legislatore e alla legge il compito di realizzare gli imperativi della legge naturale. Nel legicentrismo francese la legge è lo strumento principale di realizzazione e, parallelamente, di limitazione dei diritti, è – come rilevato da Fioravanti – il punto in cui il «modello individualistico» ed il «modello statualistico» di fondazione delle libertà si toccano. Durante la Rivoluzione francese il ruolo centrale assegnato alla legge si basa sulla convinzione della compatibilità tra il potere dello Stato e la libertà del cittadino: la garanzia dei diritti non equivale cioè ad una limitazione dall'esterno del potere dello Stato, ma è una conseguenza del concorso dei cittadini all'attività legislativa. Per concludere questo *excursus* sui diritti in Jellinek è opportuno presentare brevemente la sua teoria dei diritti pubblici subiettivi.

La prima edizione del *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* di Jellinek appare nel 1892. Il tema fondamentale di quest'opera è il rapporto tra libertà e autorità, che Jellinek - seguendo l'approccio del «metodo giuridico» ed adottando quello che Fioravanti ha chiamato «modello statualistico» di fondazione delle libertà coniugandolo col «modello storicistico» in funzione antiindividualistica - risolve ponendo nell'autorità il fondamento della libertà.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi postula la distinzione tra lo Stato-apparato - costituito dalla concreta organizzazione delle istituzioni facenti capo al governo del *Kaiser* - e lo Stato-ordinamento - cioè l'insieme del diritto vigente, riconducibile alla volontà del legislatore -. Il primo veniva subordinato alla legge (principio di legalità); il secondo, invece, non poteva esserne soggetto, disponendo esso stesso dello strumento della legge. L'affermazione della supremazia della legge (*Gesetzesvorrang*) sullo Stato-apparato consentiva di attribuire agli individui una serie di libertà e di instaurare tra lo Stato (inteso come Stato-apparato) e i cittadini un vero e proprio rapporto giuridico. I diritti pubblici soggettivi non potevano però essere concepiti come limitazione nei confronti dello Stato-ordinamento, cioè, in concreto, nei confronti della legge e del legislatore, ma solo come il risultato di un'autolimitazione e di una concessione da parte dello Stato-ordinamento. I diritti esistevano in quanto posti dal legislatore, non in quanto preesistenti rispetto allo Stato e da esso successivamente riconosciuti: essi erano, per così dire, residuali e secondari rispetto allo Stato; nel *Rechtsstaat* ottocentesco, dunque, i diritti dell'individuo non erano limiti giuridici 'sostanziali', bensì meramente 'formali' e la loro garanzia si riduceva alla riserva di legge (*Gesetzesvorbehalt*). Non avendo i diritti una consistenza giuridica propria, distinta da quella delle legge, da essi non poteva derivare nessuna garanzia contro una loro eventuale

negazione prevista dalla legge stessa. Il dato principale del *System des subjektiven öffentlichen Rechte* è, dunque, quello della non autonomia giuridica della condizione di libertà dell'individuo. Jellinek costruisce quattro diversi tipi di diritti pubblici soggettivi in base a quattro diversi status dell'individuo nei confronti dello Stato: quello passivo (*status subjectionis*), quello negativo (*status libertatis*), quello positivo (*status civitatis*), e infine quello attivo (*status activae civitatis*). I primi due status differiscono dal terzo e dal quarto come il *licere* differisce dal *posse*, cioè come le facoltà dalle potestà. In Jellinek il *licere* (*Dürfen*) presuppone sempre il *posse* (*Können*): i diritti di libertà sono tali se e solo se all'individuo è concessa dallo Stato la possibilità della loro tutela. La prima condizione – lo stato passivo o *status subjectionis* – descrive storicamente la realtà di un individuo interamente subordinato allo Stato: è la sfera dei doveri individuali (p.e. il dovere del servizio militare), dalla quale è esclusa ogni autodeterminazione soggettiva. Lo *status passivus* corrisponde dunque alla condizione dell'individuo come suddito. Nella storia politica moderna si assiste ad un costante sviluppo della personalità individuale e ad una crescente limitazione dello Stato: nel *Rechtsstaat* il potere viene esercitato su persone che non sono in tutto e per tutto subordinate, ma sono uomini liberi. Così, accanto alla condizione del suddito, si è sviluppata storicamente la condizione della libertà individuale, ossia lo stato negativo o *status libertatis*. Si tratta effettivamente di una sfera libera dallo Stato, sottratta all'autorità. Ciò non vuol dire però che Jellinek riconosca una libertà naturale preesistente allo Stato ed in grado di limitarne il potere: in Jellinek non c'è traccia alcuna di giusnaturalismo. Poiché i diritti di libertà dipendono dal riconoscimento giuridico, cioè dalla positivizzazione, il giusnaturalismo non può essere assunto come base della loro rivendicazione. Le norme della costituzione non riconoscono alcun diritto di libertà. Esse richiedono piuttosto l'opera del legislatore per definire, attraverso norme di legge, la condizione di libertà dell'individuo. Nel *Rechtsstaat* la libertà si dà solo sul fondamento e nei limiti fissati dalla legge. La sfera di libertà deriva dunque dall'autolimitazione, ossia dal limite che lo Stato impone a se stesso attraverso la legge: questo è il solo limite del potere nello Stato di diritto. La costituzione, come è stato espresso con grande chiarezza da Paul Laband in relazione alla *Reichsverfassung* del 1871 (che tra l'altro non conteneva alcuna dichiarazione dei diritti), non pone alcun limite allo Stato di diritto. Questo tipo di impostazione del rapporto tra diritti e legge, consistente nella riduzione dei diritti alla legge, non poteva essere superato se non mettendo radicalmente in discussione il positivismo giuridico dominante: proprio questo fa Schmitt con la sua concezione della costituzione come decisione. Nel XIX secolo, che pure si

diceva liberale, non esisteva, infatti, una distinzione sostanziale, giuridicamente rilevante, tra la legge e i diritti. Il primo grande compito delle costituzioni del XX secolo sta nella capitale distinzione tra la legge, ordinaria o costituzionale, come regola posta dal legislatore, e i diritti, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge.

Prima di passare a Schmitt e alla seconda parte della Costituzione di Weimar è utile il confronto con la Francia della III Repubblica e con la sua concezione dei diritti. Le leggi costituzionali del 1875, che regolano il funzionamento delle istituzioni della III Repubblica francese fino al secondo conflitto mondiale, non contengono alcuna dichiarazione dei diritti: la *Dichiarazione dei diritti* del 1789 vige – afferma Schmitt – come ovvio fondamento dell'ordine statale⁸³³. In realtà la dottrina francese era divisa sulla questione del valore giuridico della dichiarazione del 1789. Da un lato Adhémar Esmein e Raymond Carré de Malberg, esponenti del positivismo giuridico, negano qualsiasi valore giuridico ai principi del 1789, ritenuti una serie di massime astratte che attendono di essere attuate in testi costituzionali e legislativi. In *Contribution à la Théorie générale de l'État* (1920) non vi è alcun capitolo o paragrafo dedicato all'esame dei diritti fondamentali: la personalità e la *puissance*, le funzioni e gli organi dello Stato sono le parti in cui si articola l'opera di Carré de Malberg. Dall'altro lato Léon Duguit e Maurice Hauriou difendono il valore giuridico della *Dichiarazione dei diritti* del 1789 e affermano il suo carattere di valore supremo sia nei confronti della legge ordinaria, sia nei confronti delle leggi costituzionali: Schmitt richiama soltanto una delle opinioni della dottrina francese, quella di Duguit e Hauriou. In questa prospettiva profondamente giusnaturalistica la dichiarazione non fa che riconoscere l'esistenza dei diritti individuali preesistenti e, proclamandoli, accorda loro un carattere pre- e sovra-statale⁸³⁴. Schmitt, che cita puntualmente sia Esmein sia Duguit senza però riportare le loro opposte tesi, afferma: «anche laddove, in una moderna costituzione dello Stato borghese di diritto la divisione dei poteri e i diritti fondamentali non sono espressamente pronunciati o proclamati, essi devono valere come principi dello Stato borghese di diritto e appartengono al contenuto giuridico-positivo di ogni costituzione»⁸³⁵. In Duguit, sostenere il valore giuridico della Dichiarazione del 1789 aveva un doppio vantaggio: in primo luogo, ammettendo che diritti naturali esterni allo Stato si imponessero allo Stato stesso, si neutralizzava la teoria jellinekiana dell'autolimitazione dello Stato; in secondo luogo, affermando

⁸³³ Cfr. *VL*, p. 128 e p. 159; trad. it. p. 175 e p. 215.

⁸³⁴ A. Laquière, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in P. Costa- D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2003², pp. 284-316 (: 290).

⁸³⁵ *VL*, p. 128; trad. it. p. 175.

che il legislatore doveva rispettare non solo il testo costituzionale, contenente regole relative all'organizzazione delle funzioni e degli organi dello Stato, ma anche alcuni diritti individuali, si apriva la strada al controllo della legittimità costituzionale della legge.

Nella Repubblica di Weimar, nonostante il fallimento dei tentativi di realizzare i principi di giustizia costituzionale (l'ipotesi di un controllo di costituzionalità riservato al solo *Staatsgerichtshof* viene respinta da autori di orientamento conservatore tra cui Schmitt), inizia a farsi avanti, anche grazie al concetto schmittiano di costituzione come decisione del potere costituente, l'idea che la costituzione detenga un primato, nella gerarchia delle fonti del diritto, sul potere legislativo (compreso il potere di revisione): mentre la subordinazione della costituzione al legislatore nel XIX secolo è indice dell'irriducibile opposizione tra Stato di diritto e democrazia, la subordinazione del legislatore alla costituzione e al catalogo dei diritti ivi contenuto segna la nascita degli Stati costituzionali del XX secolo e l'affermazione della forma democratico-costituzionale dello Stato contemporaneo. In merito al rapporto tra individuo e Stato nella *Staatsrechtslehre* tedesca Gustavo Zagrebelski nota che «con la dottrina dei diritti pubblici soggettivi, i diritti facevano capolino in una tradizione fondamentalmente statalista del diritto pubblico, cioè in un ambiente giuridico e politico ancora ostile a una rinegoziazione di fondo dell'ordine di precedenza ricevuto dal passato, nel quale lo Stato, con la sua autorità, veniva prima dei singoli, coi loro diritti»⁸³⁶.

Da questo punto di vista l'originalità di Schmitt rispetto a Jellinek consiste nel fatto che egli non elabora 'una' teoria dei diritti, ma, grazie al consueto metodo storico-comparato, individua – come si è già anticipato - diverse categorie di diritti ancorati nella Costituzione di Weimar e, di conseguenza, diverse teorie dei diritti corrispondenti a quelle categorie: i diritti liberali dell'uomo privato di fronte allo Stato, i diritti democratici del cittadino, i diritti, essenzialmente socialisti, alle prestazioni (*Leistungen*) positive dello Stato, infine le garanzie istituzionali contenute nel testo della costituzione ma non equiparabili ai diritti fondamentali. Come nota Böckenförde «l'interpretazione dei diritti fondamentali sulla base di una determinata teoria non è (...) un accessorio 'ideologico', messo in opera dai rispettivi interpreti ed evitabile con un'applicazione corretta dei mezzi di interpretazione giuridica. (...) Vi sono infatti conseguenze decisive per il contenuto (concreto) dei diritti fondamentali a seconda di quale prospettiva teorica si assume nell'interpretazione delle loro disposizioni»⁸³⁷. L'adozione

⁸³⁶ G- Zagrebelski, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 59.

⁸³⁷ E.-W. Böckenförde, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 147-148.

di una determinata teoria interpretativa dei diritti ha delle conseguenze sulla concezione della costituzione come garanzia o piuttosto come indirizzo. La costituzione di Weimar racchiude orientamenti tra loro profondamente diversi: la difesa dei tradizionali diritti di libertà, i diritti democratici di cittadinanza e, nella parte della dichiarazione dei diritti nota come *Wirtschaftsverfassung*, i principi di una economia socializzata. La mancanza di un orientamento unitario è una delle ragioni del fallimento finale della costituzione di Weimar. Nella nuova realtà del *Volksstaat*, i diritti liberali dell'individuo e i diritti sociali alle prestazioni positive dello Stato sono evidentemente in contraddizione gli uni con gli altri: Stato di diritto e Stato sociale sono concezioni dello Stato e della costituzione difficili da conciliare nella moderna democrazia di massa e nella moderna società industriale.

Il significato storico e giuridico della dichiarazione dei diritti consiste per Schmitt nella proclamazione di un nuovo *ethos* statale: «la dichiarazione solenne dei diritti fondamentali significa che sono posti i principi sui quali poggia l'unità politica di un popolo e la cui validità è riconosciuta come il più importante presupposto perché questa unità politica si produca e si formi sempre di nuovo, perché – secondo l'espressione di Rudolf Smend – abbia luogo l'*integrazione* dell'unità statale»⁸³⁸. Le dichiarazioni degli Stati americani del 1776, la dichiarazione francese del 1789 e anche la dichiarazione russa dei diritti del popolo lavoratore e sfruttato del 1918 proclamano effettivamente un nuovo *ethos* statale. Non fa altrettanto la seconda parte della Costituzione di Weimar. Naumann si augurava che il nuovo Stato tedesco, che non poteva essere né uno Stato borghese di diritto fondato su presupposti individualistici, né uno Stato bolscevico-socialista, fosse uno Stato sociale (*ein sozialer Staat*). L'Assemblea nazionale di Weimar non condivise il *pathos* politico di Naumann e si giunse «soltanto ad una giustapposizione di principi disparati, ad un programma di compromesso tra le frazioni (*ein interfraktionelles Kompromißprogramm*) che per il suo «carattere misto» non può essere paragonato con i grandi precedenti»⁸³⁹. Come Schmitt anche Thoma riconduce l'elaborazione della seconda parte della costituzione all'opera di una coalizione di partiti composta dai social-democratici (SPD), dai tedesco-democratici (*Deutschdemokratische Partei*) e dai cattolici del *Zentrum*: in questo senso i principi dei diritti fondamentali gli appaiono «un programma interfrazionale di partiti»⁸⁴⁰. La compresenza della serie dei

⁸³⁸ *VL*, p. 161 ; trad. it. p. 217 (corsivo originale).

⁸³⁹ *VL*, p. 162; trad. it. p. 218.

⁸⁴⁰ Cfr. sull'*interfraktionelles Parteiprogramm* R. Thoma, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung in allgemeinen*, in H.C. Nipperdey

diritti fondamentali quale si è formata nel corso del XIX secolo – che presuppone il singolo uomo privato nella condizione prestatata della libertà -, dei diritti democratici – che invece hanno un «carattere essenzialmente politico»⁸⁴¹ - e delle richieste sociali - che pongono il problema del rapporto tra libertà e funzione sociale (si pensi all'art. 150 WRV sulla garanzia ad «un'esistenza degna dell'uomo», all'art. 156 WRV che formula l'ipotesi di un'«economia socializzata», ma anche all'art. 153 WRV sui limiti della proprietà⁸⁴²) - lascia facilmente intravedere un conflitto fra le *Weltanschauungen* che erano a fondamento della Costituzione di Weimar.

La libertà religiosa e la libertà di coscienza, con il principio individualistico di libertà ad esse sotteso, accompagnano sin dall'inizio la vicenda dello Stato moderno: sia Jellinek, sia Schmitt, sia, più recentemente,

(Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 1, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1929, p. 9.

⁸⁴¹ *VL*, p. 168; trad. it. p. 226.

⁸⁴² Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 223 ss. L'art. 151 c. 1 WRV – il primo articolo del Capo V. La vita economica - dispone: «L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia (*Gerechtigkeit*) e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo (*Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins*). In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli (*die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen*)»; l'art. 153 c. 1 e 3 WRV dispone: «La proprietà è garantita dalla costituzione. Il suo contenuto e i suoi limiti sono fissati dalla legge. (...) La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene pubblico (*Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*)»; il lungo art. 156 c. 1 e 2 recita: «Il Reich può, con riserva di indennizzo e per via legislativa, trasferire in proprietà collettiva (*Gemeineigentum*), con applicazione analogica delle norme vigenti per l'espropriazione, le imprese economiche private suscettibili di socializzazione (*Vergesellschaftung*). Il Reich, i Länder ed i Comuni possono partecipare all'amministrazione di imprese ed associazioni economiche, o assicurarsi una influenza efficace sulle loro amministrazioni. Inoltre il Reich può disporre con legge, nel caso di urgente necessità, e per il vantaggio della pubblica economia, la riunione e gestione autonoma di imprese ed associazioni economiche con lo scopo di assicurare la collaborazione dei fattori di produzione, nonché la compartecipazione all'amministrazione dei datori e prestatori di lavoro, e di disciplinare secondo i principi di un'economia socializzata (*nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen*) la produzione, la fabbricazione, la distribuzione, l'utilizzazione, l'ammontare dei prezzi, ed altresì l'importazione ed esportazione dei beni economici». A proposito del diritto di proprietà esso, insieme alla vita e alla libertà, è in Locke uno dei diritti naturali originari. Ebbene, Schmitt insiste sul fatto che stando al testo dell'art. 153 WRV che garantisce la proprietà è dubbio se con ciò «si intende il riconoscimento di un diritto fondamentale oppure soltanto una garanzia costituzionale» (*VL*, pp. 171-172; trad. it. p. 230). Infatti mentre la libertà personale non può mai essere un'istituzione, la proprietà privata può essere considerata sia come un diritto prestatata, cioè come un diritto naturale che esiste prima di ogni ordine sociale e politico, sia come un'istituzione meramente legale. Ad ogni modo per Schmitt non la libertà personale e la proprietà privata sono i primi diritti affermatasi nella storia, bensì la libertà religiosa e di coscienza.

Böckenförde⁸⁴³ sono concordi nel ritenere che nel diritto alla libertà religiosa si manifesti il nesso costitutivo tra privatizzazione della religione e nascita dello Stato moderno. Altra questione è se i fondamenti spirituali, sulla cui base la libertà di coscienza come diritto fondamentale è resa possibile e supportata nella sua realizzazione, siano inerenti alla religione e ai dibattiti sorti dalla Riforma, o se siano invece riferibili al diritto naturale e razionale.

In Schmitt, che, a differenza di Jellinek, affronta il tema del diritto di libertà religiosa servendosi anche del metodo della ‘sociologia dei concetti giuridici’ approntato in *Teologia politica*, l’affermazione del principio di divisione (*Verteilungsprinzip*) tra sfera privata dell’individuo e sfera pubblica dello Stato viene vista alla luce del rapporto tra politica e religione. La tesi sostenuta da Schmitt in *Cattolicesimo romano e forma politica* viene ribadita in *Dottrina della costituzione*: la privatizzazione della religione non comportò tanto una perdita di valore della religione, quanto piuttosto il trasferimento di quel valore assoluto all’individuo privato. Nel processo di secolarizzazione dei concetti teologici nei concetti della dottrina dello Stato, il valore assoluto prima assegnato alle cose religiose viene trasferito all’individuo: «la religione come la cosa più alta e l’assoluto diventa materia del singolo, tutto il resto, ogni specie di formazione sociale, chiesa e Stato, diventa qualcosa di relativo, che può derivare il suo valore soltanto come mezzo ausiliario di quel solo valore assoluto decisivo (...) Il singolo in quanto tale è titolare di un valore assoluto e resta con questo valore nella sua

⁸⁴³ Cfr. in merito alla questione riguardante la nascita storica del principio dei moderni diritti di libertà E.-W. Böckenförde, *Il diritto fondamentale della libertà di coscienza*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 263-344. La tesi di Jellinek, accolta da Schmitt, è condivisa anche da Böckenförde, il quale afferma: «il principio sotteso alla libertà di coscienza viene giustamente considerato come il fondamento dei moderni diritti individuali di libertà, anzi della stessa idea moderna di libertà. (...) Sia l’art. 135 della Costituzione di Weimar, sia, attraverso questo, l’art. 4 GG risalgono, per forma e tradizione costituzionale, al diritto fondamentale della «libertà di fede e di coscienza» che incontriamo nelle costituzioni del XIX secolo. (...) Intesa come concetto giuridico, la libertà di coscienza assume, fin dalla sua origine nei contrasti confessionali e politici del XVI e XVII secolo – essa appare espressamente per la prima volta nell’unione di Utrecht del 1579 e quindi nella pace di Westfalia – il significato di un diritto di protezione dell’individuo contro l’obbligo diretto di fede e di confessione. Essa è riferita e limitata alla questione di fede e di religione - il più tardo concetto unitario di «libertà di coscienza e di fede» trova qui il suo fondamento – e ha come destinatari il diritto in materia di religione (*Religionsbann*) e lo *jus reformandi* del signore territoriale, rispetto ai quali viene giuridicamente assicurato e delimitato un determinato ambito di libertà dell’individuo» (*Ivi*, pp. 267-269). A prescindere da ogni differenza di ceto, la questione della libertà di coscienza porta per la prima volta ad espressione la fondamentale e sistematica priorità dell’individuo e delle sue finalità rispetto allo Stato, priorità che costituisce un aspetto basilare del moderno Stato costituzionale di diritto.

sfera privata; la sua libertà privata è pertanto qualcosa di illimitato in linea di principio; lo Stato è soltanto un mezzo ed è perciò relativo, derivato e in ognuno dei suoi poteri limitato e controllabile dai privati»⁸⁴⁴. Nel 1938, quando Schmitt scrive *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, la distinzione tra fede interiore e confessione esteriore, che è all'origine dello stato moderno, è considerata anche come l'«incrinatura in quella che per il resto è una unità tanto compatta ed irresistibile», il sintomo della «malattia che lo ha condotto a morte»⁸⁴⁵. L'irruzione nel sistema politico hobbesiano di questa distinzione che lasciava al singolo la libertà interiore di credere o non credere ai prodigi e ai miracoli ma gli imponeva di custodire il suo personale *judicium intra pectum suum* segnò ogni ulteriore sviluppo dello Stato moderno fino al liberale Stato costituzionale di diritto. In un'ottica di storia costituzionale l'«incrinatura appena visibile»⁸⁴⁶ nel sistema di Hobbes – intravista già pochi anni dopo la pubblicazione del *Leviatano* da Spinoza e adoperata per introdurre nello Stato la *libertas philosophandi* - dà luogo ad un duplice cominciamento: l'inizio della libertà di pensiero e di coscienza, e di tutti gli altri diritti di libertà del singolo, a partire dalla libertà interiore di credere o non credere ai miracoli; e l'origine dello «Stato neutrale e agnostico» del XIX secolo, di quello Stato legislativo che ha nel principio di legalità il modo del suo funzionamento. Nei punti più significativi del saggio del 1938, dove viene ricostruita la linea di continuità fra l'assolutismo hobbesiano e lo Stato di diritto Otto- e Novecentesco, fra il principio *auctoritas non veritas facit legem* e il positivismo giuridico, Schmitt si richiama a Weber e ai suoi studi sulla burocratizzazione e sullo Stato⁸⁴⁷. Mentre nel 1923 in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* Schmitt esclude che l'analogia tra Stato e impresa sia fondata, nel 1938 in *Il Leviatano* sembra invece condividere quella tesi: «secondo la prognosi di Max Weber il futuro appartiene alla burocrazia intellettuale e professionalizzata, la vera protagonista della tecnicizzazione di quell'«azienda-Stato» che opera secondo norme legali con intima consequenzialità razionale. La legalità è il modo di funzionamento positivistico della burocrazia. Stato moderno e legalità appartengono perciò, nella loro essenza, allo stesso genere»⁸⁴⁸.

I «diritti fondamentali in senso proprio sono (...) soltanto i diritti individualistici di libertà, non le richieste sociali»⁸⁴⁹. Schmitt, citando

⁸⁴⁴ *VL*, pp. 158-159; trad. it. p. 214.

⁸⁴⁵ *TH*, p. 104 e p. 113.

⁸⁴⁶ *TH*, p. 106.

⁸⁴⁷ *TH*, p. 114 e p. 119.

⁸⁴⁸ *TH*, p. 114.

⁸⁴⁹ *VL*, p. 164-165; trad. it. p. 221.

Thoma, si dice d'accordo con la tesi secondo la quale «le garanzie dei diritti fondamentali sono tappe nel processo che sempre sospinge *the man versus the State*». L'allusione implicita è all'opera di Herbert Spencer del 1884 *L'individuo contro lo Stato*. I diritti fondamentali *stricto sensu* sono i seguenti: libertà di coscienza, libertà personale, inviolabilità del domicilio, segreto epistolare e proprietà privata. Secondo Ulrich Thiele nella teoria schmittiana dei diritti fondamentali, cioè i diritti di libertà in cui «l'individuo singolo è considerato isolatamente»⁸⁵⁰, «*der vorstaatlich-staatliche Doppelcharakter der Freiheitsrechte verschwindet nicht durch deren verfassungsrechtliche Kodifizierung als Grundrechte*»⁸⁵¹. Pur venendo positivizzati nelle solenni dichiarazioni, i diritti fondamentali non perdono mai del tutto il proprio carattere prestatuale. Ciò induce Schmitt ad ammettere che «il diritto di resistenza dell'individuo (*das Widerstandsrecht des Einzelnen*) è l'estremo mezzo di difesa e un diritto inalienabile, ma anche non disciplinabile. Esso spetta essenzialmente ai veri diritti fondamentali»⁸⁵². In Schmitt il *Verteilungsprinzip* è, dunque, un principio asimmetrico⁸⁵³: è pensato per difendere la sfera privata dell'individuo, separandola da quella pubblica. Il concetto di libertà che è all'origine dei diritti fondamentali è il concetto di una libertà essenzialmente negativa, impolitica o, meglio, anti-politica. I corollari di questa concezione negativa della libertà sono tre: in primo luogo, i diritti personali di libertà valgono come diritti inalienabili degli individui, che in tal modo non abbandonerebbero mai completamente lo 'stato di natura', non potrebbero alienare mai del tutto i propri diritti al corpo politico, neppure volendolo; in secondo luogo, essi sono considerati come diritti della persona privata contro i possibili interventi del potere dello Stato nella sua sfera di libertà; in terzo luogo, da questa interpretazione privatistica del concetto di libertà personale, deriva una regola di preferenza che, in caso di conflitto, prescrive di dare comunque la priorità ai diritti dell'individuo piuttosto che all'interesse dello Stato, fino a mettere in pericolo, in casi estremi, l'esistenza stessa dello Stato. Questo principio asimmetrico di divisione tra sfera privata dell'individuo e sfera pubblica dello Stato esclude categoricamente che le garanzie dei diritti fondamentali possano essere violate «*aus Gründen und Notwendigkeiten der politischen Existenz*»⁸⁵⁴, perciò non può costituire un principio di forma politica, non è in grado di dar forma allo Stato, ma soltanto di deformato. Ulrich Thiele osserva a

⁸⁵⁰ *VL*, p. 165; trad. it. p. 221.

⁸⁵¹ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 61.

⁸⁵² *VL*, p. 164; trad. it. p. 220.

⁸⁵³ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 57 ss.

⁸⁵⁴ *VL*, p. 131, trad. it. 179.

questo proposito che i «*Grundrechte im liberalen Verstand wären ausschließlich als (idealiter unbeschränkte) Eingriffsvorbehaltsrechte der Privatpersonen gegen staatliche Interventionen konzipiert, so dass, zuende gedacht, der Staat durch Grundrechte nicht formiert, sondern de-formiert werde*»⁸⁵⁵.

La libertà garantita dai singoli diritti fondamentali è, in seguito alla loro modalità escludente, la libertà in senso assoluto e non una libertà ristretta a determinati obiettivi e scopi, come per esempio la promozione del processo politico-democratico, la realizzazione di valori o l'integrazione della comunità politica. In base alla teoria liberale dei diritti fondamentali spetta esclusivamente agli individui decidere i motivi e gli scopi per i quali servirsi dei propri diritti di libertà: tali motivi e tali scopi non possono dunque essere sottoposti ad alcuna valutazione giuridica da parte dello Stato. Nel saggio *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* Schmitt osserva correttamente: «*Was Freiheit ist, kann nämlich in letzter Instanz nur derjenige entscheiden, der frei sein soll. Sonst ist es nach allen menschlichen Erfahrungen mit der Freiheit schnell zu Ende*»⁸⁵⁶. L'interpretazione liberale dei diritti fondamentali non disconosce che la maggior parte dei diritti fondamentali produce degli effetti non solo in ambito privato ma anche in ambito pubblico e che alcuni di essi – basti pensare alla libertà di espressione, di stampa e di riunione – rivestono un'importanza assolutamente decisiva per la democrazia liberale. Ma, al fine di salvaguardare l'azione di garanzia delle libertà, una tale interpretazione impone di astenersi deliberatamente dal conferire ai diritti questo significato di punti di partenza per una loro caratterizzazione contenutistica. Dietro questa posizione vi è un'idea politica di ampia portata: l'idea che la democrazia liberale si costituisca solo a partire dalla libera volontà dei cittadini e non mediante politiche volte a favorire il processo democratico. «Tutti i veri diritti fondamentali sono – così si esprime Schmitt - diritti fondamentali assoluti, cioè essi non sono garantiti «in ragione delle leggi», il loro contenuto non deriva dalla legge, ma l'intervento legislativo appare come una eccezione disciplinata in generale e in linea di principio limitata e misurabile. È inerente al principio fondamentale di divisione dello Stato borghese di diritto il fatto che la libertà del singolo sia presupposta e che la sua limitazione da parte dello Stato appaia come un'eccezione»⁸⁵⁷. Secondo Böckenförde poiché lo Stato non è investito di alcun dovere di garanzia o di intervento per la

⁸⁵⁵ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 59.

⁸⁵⁶ C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in *VA*, p. 167.

⁸⁵⁷ *VL*, p. 166; trad. it. p. 222.

realizzazione dei diritti fondamentali, il problema principale della teoria liberale dei diritti fondamentali è la sua relativa «cecità» nei confronti dei presupposti sociali della realizzazione della libertà garantita dai diritti.

Mentre le analisi svolte da Schmitt nell'età di Weimar sullo Stato borghese di diritto e sui suoi principi - di divisione e di organizzazione - sono, paradossalmente, all'origine della teoria liberale dei diritti fondamentali accolta nella Repubblica Federale Tedesca dal *Bundesverfassungsgericht*, la dottrina dell'integrazione (*Integrationslehre*) di Rudolf Smend è il punto di partenza della teoria assiologica dei diritti fondamentali. Nella teoria assiologica i diritti fondamentali perdono il carattere di pretese soggettive ed assumono quello di norme oggettive: poiché lo Stato è considerato come un processo costante di integrazione di una comunità di esperienze vissute, di cultura, di valori, i diritti sono interpretati come fattori costitutivi di questo processo, «sono gli elementi e i mezzi con cui lo Stato si forma. Essi stabiliscono dei valori fondamentali della comunità, normano un sistema di valori o beni, un sistema culturale attraverso il quale i singoli ricevono «uno status materiale», e si integrano concretamente (si devono integrare) in un popolo e in un popolo con un nostro carattere nazionale»⁸⁵⁸.

Nella teoria liberale dei diritti la libertà, garantita dai diritti fondamentali, è una libertà in linea di principio illimitata che si contrappone al potere dello Stato, in linea di principio limitato; nella teoria assiologica, invece, la libertà è sempre una libertà avente come scopo la realizzazione dei valori espressi nei diritti fondamentali, è una libertà che non precede lo Stato, ma risulta inclusa nella totalità statale, dove per totalità statale si intende, dal punto di vista assiologico, l'espressione delle decisioni di valore prese nella costituzione. Dato il rapporto con i valori che ciascun diritto fondamentale ha, «la libertà risulta determinata dalla realizzazione e dal compimento del valore espresso in e con quel diritto»⁸⁵⁹. Negli anni Sessanta Schmitt si pronuncia in *Die Tyrannei der Werte* sulla questione della applicazione della teoria dei valori all'interpretazione dei diritti fondamentali: la conseguenza è la subordinazione della libertà, resa così relativa, alla logica della valorizzazione e della svalutazione. Non solo: la libertà risulta subordinata non al *Gesetzesvorbehalt*, ma ad una riserva ben più comprensiva, alla 'riserva' basata sulla coscienza dei valori di una determinata epoca storica. La forza di attrazione dell'interpretazione assiologica - che è costante *façon de parler* presso il *Bundesverfassungsgericht* - si deve ricondurre secondo Böckenförde al

⁸⁵⁸ E.-W. Böckenförde, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali* (1974), in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 145-188.

⁸⁵⁹ *Ivi*, p. 169.

fatto che essa «sembra offrire una via praticabile per la soluzione dei problemi legati alla collisione tra i diritti fondamentali, alla loro interconnessione, ai loro limiti». Accogliendo le tesi schmittiane esposte in *La tirannia dei valori*, Böckenförde nega che la teoria assiologica possa effettivamente offrire una soluzione a tale problema: dal punto di vista pratico il richiamo ad un ordinamento dei valori o ad una valutazione tra valori non è altro che «una formula per camuffare un decisionismo giudiziario o, più in generale, interpretativo»⁸⁶⁰.

2.5. Rappresentanza ed identità

Come Jellinek⁸⁶¹ anche Schmitt riduce le forme di Stato a due forme pure. Seguendo Machiavelli, Jellinek individua nella monarchia e nella repubblica «i tipi fondamentali dello Stato, non derivabili da altri»⁸⁶²; Schmitt, invece, ritiene che la contrapposizione decisiva sia piuttosto quella tra monarchia e democrazia, contrapposizione che, per lui, si basa sui due principi politico-formali della rappresentanza (*Repräsentation*) e dell'identità (*Identität*) e che nella storia del pensiero politico trova rispettivamente nelle teorie di Hobbes e di Rousseau la propria espressione più radicale e conseguente. Il principio politico della monarchia consiste per Schmitt nella rappresentazione dell'unità politica, un'unità che non potrebbe esistere a prescindere dalla funzione rappresentativa della persona del monarca. Il principio politico della democrazia risiede, invece, nella presenza fisica del popolo capace di agire, dunque nell'unità politica del popolo a prescindere

⁸⁶⁰ *Ivi*, p. 171. Cfr. sulla critica di Böckenförde alla fondazione del diritto sui valori il saggio *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in E.-W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 67-91.

⁸⁶¹ Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 605-673; trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. 209-261. Per Jellinek «la monarchia è lo Stato retto da una volontà fisica. Questa volontà deve giuridicamente essere la più alta, non derivata da alcun'altra volontà» (*Ivi*, p. 215). Rifacendosi alla storia di Roma antica Jellinek afferma poi «la monarchia (...) appare nel mondo antico, per prima, la forma normale dello Stato», mentre «la repubblica non è una forma di Stato originaria, bensì è sorta in opposizione ad una iniziale organizzazione monarchica (...)». E questo contrapposto, ancor oggi, è d'importanza fondamentale per la conoscenza della natura della repubblica. Ancora oggi essa può essere definita come non-monarchia, come negazione della direzione dello Stato da parte di un'unica persona fisica» (*Ivi*, p. 245). La democrazia invece viene trattata solo come una forma speciale di repubblica, in modo analogo a quanto fa Montesquieu: «Aristocrazia, oligarchia, timocrazia, democrazia e quant'altre forme statali l'antica e la moderna scienza dello Stato possa avere distinte a lato della monarchia, non possono, da un punto di vista strettamente logico, essere prese in considerazione che solo come specie dell'unico grande genere repubblica» (*Ivi*, p. 246).

⁸⁶² *Ivi*, p. 610; trad. it. p. 213.

da ogni rappresentazione. Il popolo può raggiungere in due diversi modi, almeno in teoria, la condizione dell'unità politica, che per Schmitt è un'unità d'azione politica: «esso può già nella sua immediata datità – in virtù di una forte e consapevole omogeneità, in seguito a stabili confini naturali o per qualsiasi altra ragione – essere capace di agire politicamente», e in questo caso esso è un'«entità realmente presente nella sua immediata identità»; oppure esso viene rappresentato. Il popolo come unità politica (dunque non il popolo inteso come una parte della comunità, come il *demos* dei greci, cioè i poveri e numerosi di contro ai ricchi o agli aristocratici, ma il popolo come totalità) è, in entrambi i casi, il punto di partenza della riflessione schmittiana sulle forme di Stato: l'assenza (rappresentanza) o la presenza fisica (identità) del popolo è il *discrimen* tra la monarchia assoluta e la democrazia diretta, le forme pure di Stato costruite in teoria rispettivamente da Hobbes e da Rousseau. Schmitt è molto più innovativo rispetto a Jellinek, poiché abbandona la classificazione delle forme di Stato in base al numero dei governanti ed adotta invece un criterio puramente formale, quello dei due principi formali (*Formprinzipien*) della rappresentanza e dell'identità: «la divisione tradizionale di monarchia, aristocrazia, democrazia, contiene un giusto nucleo e tocca qualcosa di essenziale, poiché essa si può riportare al fatto che in queste tre forme di Stato prevale in modo diverso uno dei due principi formali. Il numero meramente fattuale dei dominatori o governanti non è tuttavia un appropriato principio di divisione e non v'è bisogno di nessun particolare acume per diventare critici, quando si dice che nella monarchia regna un singolo, nell'aristocrazia parecchi, nella democrazia molti o tutti»⁸⁶³. Il riferimento alla classificazione aristotelica delle forme di governo è indice sia dell'autorevolezza di cui il filosofo greco ancora gode per la teoria dello Stato del XX secolo e della conseguente difficoltà di ragionare sulla forma politica a prescindere dalla *Politica*, sia, probabilmente, della non ancora del tutto matura percezione schmittiana della profonda diversità dello Stato moderno e del suo concetto di sovranità dalle forme antiche dell'*àrchein* e dell'*àrchesthai*. In effetti Schmitt scrive: «esattamente intesa e prescindendo dalla superficialità della divisione numerica, la dottrina dello Stato di Aristotele conserva la sua classica rilevanza. La cosa più importante è che Aristotele nella dottrina della politica ha riconosciuto il vero Stato come un'unione del dominare e dell'esser dominati, dell'*àrchein* e dell'*àrchesthai*. La contemporaneità del dominare e dell'essere dominati, del governare e dell'essere governati, significa un'unione dei due principi,

⁸⁶³ *VL*, p. 215; trad. it. pp. 284-285.

la rappresentanza e l'identità, senza la quale uno Stato è impossibile»⁸⁶⁴. In questo brano sembra proprio che Schmitt ponga i principi formali della rappresentanza e dell'identità, solitamente ascritti dai suoi interpreti all'epoca moderna e al concetto moderno di sovranità, in un rapporto di continuità con l'idea classica del governo (*arché*)⁸⁶⁵. Sembra cioè che i concetti di Stato, sovranità, rappresentanza non siano colti nella loro specificità moderna, nella loro storicità, e che una loro conciliazione con la politica aristotelica sia ritenuta possibile. Immediatamente dopo queste confuse affermazioni Schmitt passa ad occuparsi della costituzione moderna (*die moderne Verfassung*): essa risulta formata da un'unione e commistione (*Mischung*) dei principi dello Stato borghese di diritto – il principio di divisione (diritti fondamentali) ed il principio di organizzazione (separazione dei poteri) – e dei principi di forma politica – rappresentanza ed identità -. Questa definizione della costituzione moderna è la prestazione veramente innovativa di *Dottrina della costituzione*: immaginando la costituzione come commistione di quattro diversi principi Schmitt sembra riuscire a rendersi autonomo dal pensiero politico classico e a marcare la differenza tra questo e il pensiero politico moderno.

2.6. *L'elemento politico della costituzione moderna: la dottrina della democrazia (omogeneità, uguaglianza, popolo)*

Mentre Sieyès e l'esperienza del costituzionalismo francese sono la *conditio sine qua non* del concetto schmittiano di costituzione positiva, la *Rousseau-Deutung* di Schmitt è la chiave per comprendere la sua teoria della democrazia.

In *La dittatura* il *Contratto sociale* è giudicato un «libro irto di contraddizioni» e il pensiero politico di Rousseau «il sintomo più lampante della crisi in cui si dibatteva l'individualismo europeo» sul finire del XVIII secolo⁸⁶⁶. Il giusnaturalismo ed il contrattualismo moderni – che in Schmitt coincidono *tout court* con il pensiero politico liberale – presentano «le più clamorose contraddizioni che possano esistere in una dottrina dello Stato»⁸⁶⁷ e il *Contratto sociale* è proprio il luogo in cui questa contraddittorietà si mostra in modo più chiaro: l'individuo che è l'origine e la condizione del contrattualismo moderno, non ne è però anche il fine. La contraddittorietà

⁸⁶⁴ *VL*, p. 216; trad. it. p. 285.

⁸⁶⁵ Cfr. sui temi del governo, della sovranità, della rappresentanza G. Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁸⁶⁶ *D*, pp. 123-124.

⁸⁶⁷ *D*, p. 125.

del contrattualismo moderno in generale risiede per Schmitt – che si avvicina per certi aspetti alla critica hegeliana della figura moderna del patto sviluppata in *Über den wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts* (1802) - nella scelta di porre l'individuo come origine e scopo dello Stato, con la conseguenza di ridurre lo Stato ad un sistema di sicurezza al servizio dell'individuo e dei suoi interessi privati. Per Schmitt il soggetto moderno, l'individuo, il privato - titolare di diritti di libertà che disegnano attorno a lui una sfera in linea di principio illimitata - non è capace di agire politicamente finché non è inserito in un gruppo politico, non può aprirsi alla dimensione pubblica se non come parte di un popolo cosciente della propria unità, né può costruire e limitare lo Stato. Rousseau ritiene possibile pensare un'origine soggettivamente razionale dell'ordine politico, ma l'ordine politico che nasce dall'accordo dei soggetti razionali non ha nella tutela di quei singoli soggetti privati il proprio scopo. In *La dittatura* i temi centrali della *Rousseau-Deutung* di Schmitt sono la *volonté générale*, il dittatore commissario e il grande legislatore. La conclusione cui Schmitt giunge nel 1921 è la prefigurazione in Rousseau della dittatura sovrana nella sintesi, cui fa da contraltare una comunità di cittadini eguali, titolari della sovranità popolare, delle figure del dittatore *pro tempore* e del legislatore costituzionale.

Schmitt si richiama poi alla teoria rousseauiana della democrazia nella prefazione alla seconda edizione del 1926 del saggio sul parlamentarismo. In *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* Schmitt afferma che lo Stato in Rousseau nasce dalla combinazione di due elementi: l'uno, esteriore ed essenzialmente irrilevante nella teoria politica del Ginevrino, è l'elemento liberale; l'altro, profondamente radicato e legato al concetto centrale dell'opera, è l'elemento democratico. «Malgrado tutta l'occupazione con Rousseau e malgrado la giusta cognizione che Rousseau si trova all'origine della democrazia moderna, non sembra che ci si sia ancora accorti come già la costruzione dello Stato del *Contratto sociale* contenga in modo incoerente l'uno accanto all'altro questi due diversi elementi. La facciata è liberale: fondazione della legittimità dello Stato sul libero contratto. Ma nell'ulteriore svolgimento dell'esposizione e nello sviluppo del concetto essenziale, la *volonté générale*, si mostra che il vero Stato secondo Rousseau esiste solo dove il popolo è omogeneo, e che regna essenziale unanimità. Secondo il *Contratto sociale* non possono esserci partiti nello Stato, interessi particolari, differenze religiose, niente che separi gli uomini, nemmeno il sistema finanziario»⁸⁶⁸. Omogeneità del popolo ed ostilità al pluralismo sarebbero le

⁸⁶⁸ PC, p. 99.

caratteristiche della teoria rousseauiana della democrazia. Si è mostrato nel primo capitolo che a partire da Rousseau per democrazia possono intendersi tre cose ben diverse l'una dall'altra che vanno da un minimo ad un massimo di concentrazione di potere nel popolo: la democrazia 1. come principio di legittimità e come forma di Stato (principio democratico della sovranità popolare conciliabile con il principio della rappresentanza politica); 2. come esercizio diretto del potere legislativo (deliberazione o semplice sanzione delle leggi da parte del popolo in assenza di rappresentanti con libertà di mandato); e 3. come forma di governo in cui governanti e governati coincidono, e il potere legislativo e il potere esecutivo sono uniti nel popolo. Ebbene, quando Schmitt richiama la teoria democratica di Rousseau, a quale dei tre significati di democrazia intende riferirsi? Prima di rispondere a questa domanda e di prendere in esame le parti di *Dottrina della costituzione* in cui Schmitt si rifà a Rousseau, conviene richiamare un breve saggio schmittiano del 1928 a partire dal quale si analizzerà il concetto di omogeneità sostanziale del popolo.

2.6.1. In *Der bürgerliche Rechtsstaat*, pubblicato nel 1928 poco prima dell'uscita di *Dottrina della costituzione*, l'esposizione della tesi dell'opposizione tra Stato di diritto e democrazia è accompagnata dall'esplicita constatazione che il compito più urgente di fronte al quale la Repubblica di Weimar si trova, quello dell'integrazione del proletariato nello Stato, mostra l'insufficienza e l'inadeguatezza degli strumenti forniti dallo Stato borghese di diritto. La costruzione o ricostruzione dell'unità politica del popolo, cioè l'integrazione delle masse nello Stato, può avvenire solo a spese dello Stato di diritto e del parlamentarismo. Richiamando un giudizio sulla Repubblica di Weimar espresso da Spengler in *Preußentum und Sozialismus* (1919), Schmitt in *Der bürgerliche Rechtsstaat* sembra ripudiare la Costituzione di Weimar definendola come l'abito, confezionato dagli inglesi (*der englische Konfektionsanzug*), che il Reich tedesco ha indossato nel 1919 dopo la sconfitta nella prima guerra mondiale⁸⁶⁹. «*Das Deutsche Reich – afferma Schmitt nel prosieguo del saggio mostrandosi ancora una volta d'accordo con Spengler – ist in erster Linie eine Reparationseinheit; als solche tritt es nach außen hin in die Erscheinung*»⁸⁷⁰. Poiché la Repubblica gli pare nata più dalle circostanze di politica estera che da una forte volontà politica interna del popolo tedesco, niente è politicamente più necessario ed urgente dell'«integrazione del

⁸⁶⁹ C. Schmitt, *Der bürgerliche Rechtsstaat* (1928), in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 44-50 (: p. 47).

⁸⁷⁰ *Ivi*, p. 49. Cfr. O. Spengler, *Prussianesimo e socialismo*, Padova, Edizioni di Ar, 1994, in particolare pp. 19-35.

popolo tedesco», cioè della costruzione dell'unità politica del popolo a partire dall'integrazione delle masse dei lavoratori in uno Stato che deve rinunciare alla legalità puramente formale e neutrale dello Stato di diritto, che è uno Stato legislativo parlamentare, in favore di una nuova legittimità fondata sul rapporto diretto tra il popolo ed il capo dell'esecutivo, cioè il Presidente della Repubblica eletto plebiscitariamente.

La tesi centrale della teoria schmittiana della democrazia è efficacemente sintetizzata dalla seguente sentenza, contenuta nel breve scritto del 1928 e strutturata in modo identico alla celebre sentenza con cui si apre *Il concetto di politico*: «*Jede Demokratie setzt volle Homogenität des Volkes voraus*»⁸⁷¹. La democrazia è possibile solo sulla base dell'omogeneità del popolo, l'omogeneità ne è il presupposto necessario. Come il concetto di Stato presuppone il concetto di politico, così il concetto di Stato democratico presuppone l'omogeneità sostanziale del popolo, ovvero la sua uguaglianza sostanziale, ovvero la sua capacità di individuare, escludere, annientare il disomogeneo, il disuguale, in definitiva il nemico. Schmitt aggiunge spesso al sostantivo 'omogeneità' (*Homogenität* o *Gleichartigkeit*) l'attributo 'sostanziale' (*substantiell*). Che cosa sia concretamente l'omogeneità sostanziale, in base a quali criteri o parametri si possa misurare se un popolo sia effettivamente omogeneo e in quale misura lo sia, sono questioni cui è difficile rispondere e che Schmitt stesso non si pone nelle sue opere, come se l'omogeneità del popolo fosse un concetto intuitivo non meritevole di discussione e approfondimento. Si può però ipotizzare che per omogeneità sostanziale Schmitt intenda tre cose piuttosto diverse l'una dall'altra in base ai contesti in cui l'espressione compare e che il significato della *Gleichartigkeit* oscilli fra questi tre significati: 1. un concetto descrittivo coincidente con la garanzia dell'uguaglianza delle *chances* di tutti i cittadini nella partecipazione alla politica e nell'accesso alle funzioni pubbliche – in questo senso il termine omogeneità sostanziale sembra adoperato come sinonimo di eguaglianza democratica dei diritti politici; 2. un concetto normativo con cui si intende l'esigenza dell'identità, in democrazia, della volontà dei governanti con quella dei governati; e 3. un dato di fatto, una realtà che cresce e si forma naturalmente (*ein naturwüchsiges Faktum*)⁸⁷². In quest'ultimo significato, prossimo al concetto di nazione culturale, l'omogeneità verrebbe definita 'sostanziale' per distinguerla da ogni forma di integrazione degli individui nella comunità che avvenga in modo procedurale. Tuttavia mentre un'interpretazione

⁸⁷¹ C. Schmitt, *Der bürgerliche Rechtsstaat* (1928), in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., p. 49.

⁸⁷² Cfr. Per una discussione approfondita del concetto di omogeneità sostanziale U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 140-157.

storico-culturale del concetto di omogeneità sostanziale che lo identifichi con quello di nazione culturale è certamente corretta, l'intenzione schmittiana di attribuire a quel concetto una connotazione biologico-razziale – l'omogeneità (*Gleichartigkeit*) nel senso di appartenenza alla stessa razza (*Artgleichheit*) - non è comprovata in *Dottrina della costituzione* e in generale negli scritti precedenti il 1933.

Si è detto che sembra realizzarsi in Schmitt una sorta di sovrapposizione semantica tra il concetto di omogeneità del popolo, il concetto di uguaglianza democratica e il concetto di politico, sovrapposizione che si fa evidente in alcuni passi di *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* e di *Dottrina della costituzione*. Nel 1926 Schmitt scrive: «ogni effettiva democrazia si basa sul fatto che non soltanto l'uguale è trattato egualmente (*Gleiches gleich*), ma con conseguenza inevitabile il non-eguale è trattato in modo non-eguale (*Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird*). Della democrazia fa parte quindi necessariamente in primo luogo l'omogeneità ed in secondo luogo – all'occorrenza – l'espulsione o l'annullamento dell'eterogeneo. (...) La forza politica di una democrazia si dimostra nel fatto che essa sa eliminare o tener lontano lo straniero, il non-uguale, quelli che minacciano l'omogeneità (*die Homogenität Bedrohenede*)»⁸⁷³. Nel 1928, invece, in uno dei paragrafi più importanti dell'intera opera, quello dedicato ai principi di identità e rappresentanza, si legge: «lo Stato in quanto unità politica si basa sull'unione di due principi strutturali opposti, il principio dell'identità (cioè del popolo presente con se stesso in quanto unità politica, se in forza di una propria coscienza politica e volontà nazionale ha la capacità di distinguere fra amico e nemico), e il principio della rappresentazione in forza del quale l'unità politica è impersonata dal governo»⁸⁷⁴. L'omogeneità è presentata in questi brani come il risultato di una cosciente attività di discriminazione dell'eterogeneo, come un valore, un bene da preservare ed un obiettivo da raggiungere che può giustificare, perciò, l'intervento dell'autorità per la sua realizzazione⁸⁷⁵. Poiché Schmitt aggiunge spesso al sostantivo 'omogeneità' l'attributo 'sostanziale' (è interessante notare che anche il concetto democratico di uguaglianza in Schmitt è un concetto sostanziale, fondato in ultima istanza sul concetto di politico), si potrebbe essere indotti a pensare che egli escluda la possibilità di creare, di produrre con degli artifici l'omogeneità del popolo come risultato di 'strategie di omogeneizzazione' (*Homogenisierungsstrategien*) laddove questa omogeneità non c'è o non c'è

⁸⁷³ PC, p. 93.

⁸⁷⁴ VL, p. 214; trad. it. p. 283.

⁸⁷⁵ Cfr. sulla *Demokratische Homogenität als Diskriminierungsergebnis* U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 145 ss.

più. Sebbene in *Dottrina della costituzione* l'identità collettiva che rende possibile la formazione dell'unità politica, statale, costituzionale e democratica, sia presentata prevalentemente come un dato indisponibile, un requisito presente o assente, la retorica sostanzialistica di Schmitt non va presa alla lettera. L'omogeneità, in realtà, è anche una finzione originaria e un fine da realizzare, un obiettivo da perseguire con strumenti che vanno al di là di quelli liberali, inadatti allo scopo, dello Stato di diritto. Schmitt è consapevole che l'entità 'popolo' è un composto socialmente, culturalmente ed economicamente molto eterogeneo che si riconosce in partiti politicamente distanti fondati su *Weltanschauungen* opposte ed inconciliabili. Nata a ridosso dei processi di modernizzazione economica e politica prodotti dalla rivoluzione industriale e dall'indebolimento dei sistemi di valore basati sulla religione e sulla tradizione, l'antitesi tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* rilevata da Ferdinand Tönnies negli anni Ottanta del XIX secolo, sembra essere percepita in tutta la sua intensità anche da Schmitt. Nel 1928 in *Der bürgerliche Rechtsstaat* Schmitt espone il proprio pensiero in modo più esplicito di quanto non faccia in *Dottrina della costituzione*, dove l'esigenza della scientificità giuridica della trattazione lo induce a maggiore prudenza e distacco rispetto ai problemi dell'attualità politica. Infatti scrive: «*Handelt es sich, wie beim heutigen Staat, um ein heterogen zusammengesetztes Volk, so wird die Integrierung dieser Massen zur Einheit Aufgabe. Die echte demokratische Methode ist keine Methode zur Integrierung heterogener Massen. Das heutige Staatsvolk ist aber in vielen Beziehungen – kulturell, sozial, klassenmäßig, rassenmäßig, religiös – gespalten. Es muß also eine Lösung außerhalb dieser demokratisch-politischen Methoden gesucht werden, oder das Parlament wird die Tribüne, die die Gegensätze gerade hervortreten lassen soll*»⁸⁷⁶. Il ragionamento schmittiano sembra capovolgersi: invece di partire dal presupposto dell'omogeneità del popolo Schmitt constata l'eterogeneità, il pluralismo degli interessi, delle opinioni, dei valori del popolo tedesco costituitosi nel 1919 in *Volksstaat*. Se la democrazia presuppone l'omogeneità, allora la realtà di un popolo disomogeneo richiede l'adozione di metodi non democratici, che vanno al di là delle garanzie formali dello Stato borghese di diritto e della politica parlamentare, perché l'unità del popolo e dello Stato sia conservata, perché l'omogeneità mancante sia prodotta. Se richiamiamo il terzo significato precedentemente attribuito al concetto di omogeneità sostanziale – *ein naturwüchsiges Faktum, eine gegebene oder geschichtlich gewordene Homogenität* – esso risulta ora

⁸⁷⁶ C. Schmitt, *Der bürgerliche Rechtsstaat* (1928), in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., p. 49.

negato dallo stesso Schmitt, che osserva la realtà di masse eterogenee non ancora dotate della coscienza della propria unità politica. Nel considerare l'omogeneità come un dato legato alla natura e alla storia l'allusione del giurista è probabilmente alla lunga formazione delle nazioni moderne, ma il concetto di nazione statale, politica o culturale non basta da solo ad esaurire il concetto di omogeneità sostanziale, che sembra caricato di un'accezione marcatamente illiberale, anti-individualistica e anti-pluralistica.

2.6.2. La teoria della sovranità popolare di Rousseau e il concetto di nazione in Sieyes, in breve la concezione della cittadinanza nell'età della Rivoluzione francese non presuppongono l'omogeneità popolare nel senso – certo molto ambiguo e difficilmente spiegabile - in cui la intende Schmitt. Eppure Schmitt stringe un legame tra il proprio concetto di omogeneità e il concetto rousseauiano di *volonté générale*. Nel paragrafo 16 di *Dottrina della costituzione* dove vengono discussi i principi di forma politica, a proposito del principio di identità si afferma: «l'attuazione del principio di identità significa la tendenza al minimo di governo e di direzione personale. Quanto più si attua questo principio tanto più si compie da se stessi il disbrigo degli affari pubblici, grazie ad un massimo di omogeneità naturalmente dato o storicamente formatosi (*dank einem Maximum natürlich gegebener oder geschichtlich gewordener Homogenität*). È questa la condizione ideale di una democrazia come la presuppone Rousseau nel *Contrat social*. Si parla qui di democrazia diretta o pura»⁸⁷⁷. Gli aspetti stimolanti del brano sono due: il primo riguarda il concetto di omogeneità come dato naturale o storico, il secondo l'interpretazione schmittiana di Rousseau. L'omogeneità viene presentata in principio come un dato naturale oppure come il prodotto dell'evoluzione storica. Ma nelle righe immediatamente successive Schmitt sembra contraddirsi: l'omogeneità sostanziale che egli prima invocava come presupposto indispensabile della democrazia viene ora giudicata una finzione: «il pericolo di un'attuazione radicale del principio di identità si trova nel fatto che il presupposto essenziale – l'omogeneità sostanziale del popolo – è una finzione (*fingiert wird*)»⁸⁷⁸. Riassumendo quanto fin qui detto emerge che, messi da parte i primi due significati di omogeneità (come concetto descrittivo e come concetto normativo), l'omogeneità viene talvolta presentata come un dato indisponibile, talvolta messa in discussione e giudicata una finzione, talvolta considerata uno scopo da realizzare. La critica del pluralismo svolta in *Il concetto di politico* e approfondita in *Il custode della costituzione* - dove

⁸⁷⁷ *VL*, pp. 214-215; trad. it. pp. 283-284.

⁸⁷⁸ *VL*, p. 215; trad. it. p. 284.

diventa critica dello Stato di partiti, degli interessi economici (policrazia) e dell'organizzazione federale della Repubblica (federalismo) -, induce a ritenere che l'omogeneità sostanziale non coincida semplicemente con l'idea di nazione, e che l'insistenza con cui Schmitt stringe il legame tra democrazia ed omogeneità sostanziale del popolo sveli in realtà il desiderio di favorire una soluzione anti-parlamentare, cioè dittatoriale nel senso schmittiano della dittatura sovrana, una soluzione che consenta di produrre dall'alto, scavalcando il pluralismo dei partiti e degli interessi e ricomponendo le divisioni del popolo in classi sociali, quell'omogeneità che in realtà non esiste affatto e che spontaneamente dal basso non è in grado di prodursi. In *Dottrina della costituzione* il concetto di omogeneità sostanziale del popolo si chiarisce nella misura in cui viene contrapposto tanto al concetto liberale dell'uguaglianza dell'umanità intera, quanto al concetto marxiano della classe economica.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la *Rousseau-Deutung* di Schmitt, le riflessioni fatte da Ulrich Thiele in *Advokative Volkssouveränität* sono di particolare interesse. Secondo Thiele il concetto di *volonté générale* in Rousseau non è una volontà oggettivamente esistente a prescindere dal fatto che sia voluta da qualcuno oppure no, non è un dato reale che qualcuno – il popolo intero, la maggioranza, ma anche una ristretta minoranza o un unico individuo - possa scoprire⁸⁷⁹, bensì è un'«idea pratica» (*eine praktische Idee*), un «ideale della ragione» (*ein Vernunftideal*) che indica l'orientamento da seguire nella legislazione, ma che non può essere rivendicata da nessuno in particolare⁸⁸⁰. Data la complessità della realtà sociale, che Rousseau terrebbe realisticamente in considerazione, le procedure di formazione della volontà possono realizzare solo incompiutamente e mediante l'ausilio di rappresentanti o, meglio, di commissari del popolo l'ideale della *volonté générale*, il quale presuppone la presenza fisica del popolo intero riunito, la totale parità dei diritti dei votanti, la priorità dell'interesse comune sull'interesse del singolo, l'assenza

⁸⁷⁹ Che la volontà generale sia per Rousseau «qualcosa di simile ad una verità matematica o a una idea platonica», che essa abbia «una sua propria esistenza oggettiva, sia che venga sia che non venga percepita», che essa non sia il risultato della formazione procedurale e consensuale della volontà politica della maggioranza su un determinato tema, che debba essere non costruita ma «scoperta dall'intelletto umano» è la tesi di molte delle interpretazioni di Rousseau fatte da pensatori liberali, tra cui J.Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, cit., pp. 60 ss. Thiele al contrario legge il *Contratto sociale* come una teoria procedurale della democrazia e dello Stato conciliabile con la teoria liberal-democratica. Di conseguenza giudica fuorviante e sbagliata la *Rousseau-Deutung* di Schmitt.

⁸⁸⁰ Cfr. U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 151.

di fazioni e l'unanimità del risultato del voto⁸⁸¹. Consapevole della distanza tra idea e realtà, Rousseau formulerebbe il concetto di *volonté générale* e lo distinguerebbe dalla *volonté de tous* e, *a fortiori*, dalla volontà della maggioranza semplice dei membri della comunità per conservare in filosofia politica l'idea di giustizia e non ridurre la propria teoria dello Stato al principio del dominio della maggioranza. Ciò che invece Schmitt afferma, interpretando in modo forzato ed in definitiva scorretto – sostiene Thiele - il pensiero rousseauiano, è la relazione causale tra l'omogeneità empirica del popolo, da un lato, e la possibilità di giungere alla formazione della volontà politica democratica, dall'altro. Ricordato insieme al Machiavelli dei *Discorsi* e al Montesquieu dei primi libri, quelli 'repubblicani', dell'*Esprit des lois*, Rousseau è il teorico moderno della democrazia in cui Schmitt si riconosce di più: «nella dottrina di Rousseau del *Contrat social* la piena omogeneità (*völlige Gleichartigkeit*) è il vero fondamento del suo Stato. Ciò che il popolo vuole, è buono proprio perché lo vuole; tutti vogliono la stessa cosa, perché in realtà nessuno è messo in minoranza, e se egli è vinto nella votazione, in tal caso egli si era ingannato sulla sua vera e migliore volontà. (...) Non ci si vuol sottomettere alla maggioranza perché essa è la maggioranza, ma perché l'omogeneità sostanziale del popolo è così grande che, partendo dalla stessa sostanza, tutti vogliono la stessa cosa. Lo Stato quindi non si basa sul contratto (*Vertrag*), ma sull'omogeneità e l'identità (*Homogenität und Identität*) del popolo con se stesso. È questa la più forte e conseguente espressione del pensiero democratico. Nella prassi della dittatura giacobina si mostrò il significato di questo presupposto dell'eguaglianza democratica»⁸⁸².

⁸⁸¹ Cfr. U. Thiele *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 151-157. «Rousseau präsentiert uns den Gemeinwillen erstens als ein ideales Diskursresultat und zweitens keineswegs als umfassende Willensidentität, die alle möglichen Interessenskonflikte durch die Verfassung und innerhalb ihrer durch die Gesetzgebung zu normieren trachtet, sondern als partikulare Interessenskonvergenz, die sich ausschließlich auf die allen gemeinsamen Angelegenheiten erstreckt; dieser als Verfahrensresultat konzipierte Gemeinwille hat allerdings die vernünftige und in diesem Sinne wahre Substanz in den Einzelwillen zum Ausdruck zu bringen. Rousseaus mit liberalen Grundsätzen gut vereinbarer *Minimalismus und Prozeduralismus des Gemeinwillens* taugt daher zum konsenstauglichen Legislationsprinzip auch und gerade für pluralistische Gesellschaften. Der republikanische, in öffentlicher Beratung sich bildende Gemeinwille, der sich im realen Gesamtwillen artikuliert, ist – dies will Schmitt vergessen machen – eine resultative Schnittmenge, die die gemeinsamen Aspekte der Privatinteressen (und nur diese) von ihren besonderen und einzelnen abhebt, wobei allein die ersteren einer Gesetzgebung (einschließlich des ursprünglichen Aktes der Verfassunggebung) unterstehen können» (*Ivi*, pp. 153-155, corsivo originale).

⁸⁸² *VL*, pp. 229-230; trad. it. p. 301.

2.6.3. Il legame tra teoria democratica e concezioni metafisiche immanentistiche è già stato rilevato in *Teologia politica*: la democrazia è strutturalmente connessa al processo di secolarizzazione che ha visto, nel XIX e nel XX secolo, la sostituzione di concezioni immanentistiche della realtà al deismo del secolo dei Lumi. In *Dottrina della costituzione* a conclusione del paragrafo sulla dottrina della democrazia si legge: «tutto il pensiero democratico si muove con evidente necessità entro concezioni *immanentistiche*. Ogni uscita dall'immanenza negherebbe l'identità. Ogni sorta di trascendenza, che venga introdotta nella vita politica di un popolo, conduce a distinzioni qualitative tra alto e basso, sopra e sotto, eletti e non eletti, ecc., mentre invece in una democrazia il potere statale deve venire dal popolo e non può emanare da una persona o da un ufficio che stia fuori del popolo e al di sopra di esso. Esso non viene da Dio»⁸⁸³. Il principio paolino *'non est enim potestas nisi a Deo'* ed i principi democratici del potere costituente e della sovranità popolare sono tra loro in contraddizione ed in competizione tanto quanto cristianesimo e spinozismo: «l'appello alla volontà di Dio – scrive il giurista cattolico - contiene un momento di trascendenza non-democratica»⁸⁸⁴, con l'appello alla volontà di Dio è negata nella sua decisività e validità la volontà del popolo, che Schmitt pone invece all'origine dello Stato e della sua costituzione. I concetti di trascendenza ed immanenza possono essere messi in analogia sistematica – come Schmitt sembra lasciare intendere - con i principi moderni di forma politica della rappresentanza e dell'identità fino a costruire due serie di concetti corrispondenti: Dio-trascendenza-rappresentanza politica e popolo-immanenza-identità di governanti e governati. È lecito chiedersi, a questo punto, se Schmitt, affermando che ogni costituzione moderna, ogni Stato, è possibile solo sulla base della commistione dei due principi di rappresentanza ed identità, non intenda con ciò dire che ogni Stato, ogni unità politica in cui gli uomini si trovino a vivere, non possa che essere in qualche modo aperta alla trascendenza, sebbene si tratti, forse, di una trascendenza solo laica, incarnata, paradossalmente, dal principio immanentistico del potere costituente del popolo che trascende la costituzione che si è dato.

Anche in questo contesto, sebbene non vi siano riferimenti espliciti a Rousseau, è molto probabile che Schmitt abbia come punto di riferimento il capitolo conclusivo del *Contratto sociale* sulla religione civile. Anche il teorico settecentesco della sovranità popolare non può evitare di porsi il problema del rapporto tra politica e religione in uno Stato democratico. In

⁸⁸³ *VL*, pp. 237-238; trad. it. p. 311.

⁸⁸⁴ *VL*, p. 238; trad. it. p. 311.

origine, secondo Rousseau, gli uomini non avrebbero avuto altri re che gli dèi, perciò «dal solo fatto che Dio veniva posto a capo di ogni società politica derivò che ci furono tanti dèi quanti popoli. Due popoli stranieri l'uno all'altro e quasi sempre nemici non poterono riconoscere per molto tempo il medesimo padrone: due eserciti che si combattono non potrebbero obbedire allo stesso capo. Quindi dalle divisioni nazionali risultò il politeismo e di lì l'intolleranza teologica e civile»⁸⁸⁵. Una sorta di politeismo degli dèi e delle religioni come conseguenza del principio democratico viene affermata anche da Schmitt, quando riconosce che «Dio nell'ambito del politico (*im Bereich des Politischen*) non può apparire diverso dal Dio di un popolo determinato»⁸⁸⁶. È come se l'onnipotenza immanente del popolo in democrazia, risultato della secolarizzazione dell'onnipotenza trascendente di Dio, fosse di nuovo proiettata, sulla base della logica politico-polemica imposta dal concetto di 'politico', in una sfera trascendente di esclusiva pertinenza di quel singolo popolo, di quella particolare unità politica. L'espressione, coniata in America da Jefferson ed adoperata in Europa da Mazzini, '*vox populi, vox dei*', avrebbe, in effetti, un significato polemico: essa è «il rifiuto di ogni diversa ed estranea istanza, che vuole imporre in nome di Dio la sua volontà al popolo, ossia il rifiuto di tutti gli influssi e le ingerenze politiche che non scaturiscono dall'omogeneità sostanziale del popolo»⁸⁸⁷.

2.6.4. Il rapporto che c'è tra il popolo e la costituzione democratica è un rapporto complesso: il popolo esiste «prima e al di sopra» (*vor und über*) della costituzione come potere costituente, «entro» (*innerhalb*) la costituzione nell'esercizio dei poteri regolati con legge costituzionale (p.e. elezioni del Presidente, del Reichstag, dei parlamenti dei Länder, referendum, iniziativa popolare – in questo senso il popolo coincide con l'elettorato) ed esiste «accanto» (*neben*) alla disciplina legislativo-costituzionale come soggetto dell'opinione pubblica o delle acclamazioni. Dal punto di vista della teoria costituzionale non vi sono differenze rilevanti nel modo di concepire il popolo in *Dottrina della costituzione* e in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare*. Nel saggio del 1927 il popolo era visto da prospettive diverse a seconda che fosse il titolare del *pouvoir constituant* o piuttosto un organo dello Stato che può esercitare un *pouvoir constitué*, che fosse identificato con la maggioranza degli elettori o

⁸⁸⁵ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit. p. 191 (Libro IV, capitolo VIII 'Della religione civile').

⁸⁸⁶ *VL*, p. 238; trad. it. p. 311.

⁸⁸⁷ *VL*, p. 238; trad. it. p. 321.

con una sua minoranza (in quest'ultimo caso il *populus* è il non *magistratus* e il suo significato sta nella contrapposizione ad ogni autorità statale).

Che accanto al popolo come grandezza organizzata e strutturata con leggi costituzionali permanga sempre, ineliminabile, anche il popolo come grandezza non organizzata e non strutturata è una conseguenza, già tratta da Sieyes, del concetto di potere costituente. Gli aspetti che in *Dottrina della costituzione* sono trattati in modo più approfondito rispetto al saggio del 1927 sono due: il concetto negativo di popolo e l'opinione pubblica.

Per Schmitt la caratteristica del concetto di popolo è il fatto di poter essere stabilito per negazione: il popolo raramente si identifica con il Tutto, molto più spesso è una parte che si contrappone ad un'altra parte, è una negazione che si fa strada nella storia mutando di soggetto. Innanzitutto è negazione dell'autorità costituita. Per Schmitt proprio in democrazia il popolo non può mai esaurirsi in un'autorità pubblica come avviene per esempio nello Stato assoluto di Hobbes. Nel *Leviatano* – che Schmitt non cita in questo contesto ma che fornisce tuttavia un ottimo metro di paragone – il popolo non esiste come soggetto politico e non può costituire un'unità a prescindere dall'autorità del rappresentante sovrano: infatti, in base alla logica di autorizzazione del patto d'unione gli individui sono tenuti a riconoscersi nelle azioni del rappresentante da essi stessi istituito e non possono appellarsi ad alcun diritto di resistenza nei confronti del sovrano. Gli individui, il popolo, sono in Hobbes del tutto spoliticizzati. Nella stagione della crisi dell'ordine politico moderno Schmitt, ripudiati il razionalismo e l'individualismo del contrattualismo moderno in generale e della teoria hobbesiana in particolare, assegna alla collettività la priorità sull'individuo, al popolo la priorità sul cittadino e, immaginato così un soggetto politico collettivo capace di agire, ne descrive la mutevole natura costituente e costituita, strutturante e strutturata. La possibilità della contrapposizione tra *populus* e *magistratus* non viene mai meno, cioè non viene mai meno in Schmitt la possibilità della resistenza o della rivoluzione. In secondo luogo il popolo è negazione che si qualifica contrapponendosi polemicamente ad una parte della comunità. Nel 1789 il Terzo Stato si proclamò nazione, «ma appena la borghesia stessa apparve come una classe dominante lo Stato, distinta dalla proprietà e dall'educazione, la negazione continuò a farsi strada. Adesso il proletariato è il popolo, poiché diventa il portatore di questa negatività»⁸⁸⁸. Il popolo, come tutti i concetti politici, è un concetto polemico che presuppone una negazione. Anche quando, anzi soprattutto quando esercita il potere costituente lo fa individuando ed escludendo il nemico interno. In quanto concetto non inclusivo, bensì

⁸⁸⁸ *VL*, p. 243; trad. it. pp. 318-319.

esclusivo ed escludente, il popolo di Schmitt somiglia alla nazione di Sieyes. In quanto caratterizzato mediante l'ambiguo concetto dell'omogeneità sostanziale, invece, se ne differenzia notevolmente: il criterio economico della partecipazione al lavoro ed il criterio giuridico del riconoscimento dei diritti dell'individuo (i «*préliminaires*» della costituzione) sono i criteri adoperati da Sieyes per la definizione della nazione che non trovano alcun riscontro nel concetto schmittiano di omogeneità del popolo.

Il popolo, questa grandezza determinata negativamente, è estremamente significativa per la vita pubblica: «popolo e pubblicità coesistono; nessun popolo senza pubblicità e nessuna pubblicità senza popolo»⁸⁸⁹. Per Schmitt «solo il popolo effettivamente riunito (*esrt das wirklich versammelte Volk*) è popolo e solo il popolo effettivamente riunito può fare ciò che è specificamente proprio dell'attività di questo popolo: esso può acclamare, cioè esprimere con un semplice grido la sua approvazione o il suo rifiuto»⁸⁹⁰. Che la volontà del popolo sia una grandezza reale e che questa volontà possa essere espressa unicamente attraverso l'approvazione o il rifiuto, cioè soltanto rispondendo con un sì o con un no ad una domanda formulata da altri, nell'ambito di una votazione popolare diretta, è sostenuto anche da Erich Kaufmann in uno scritto del 1931, *Zur Problematik des Volkswillens*, dove i concetti di *Volkgeist* e *Volkswille* in Kaufmann sono molto prossimi a quelli schmittiani di popolo e di omogeneità sostanziale⁸⁹¹.

La contrapposizione tra votazione libera, individuale e segreta da un lato e acclamazione dall'altro – affermata in *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* – è riproposta invariata in *Dottrina della costituzione*, dove Schmitt definisce il metodo del suffragio segreto non democratico, bensì espressione dell'individualismo borghese: nel voto segreto «il cittadino, il *citoyen*, ossia la figura specificamente democratica, cioè *politica*» è trasformata in un uomo privato, in un *bourgeois*, che, dando il suo voto, manifesta un'opinione privata⁸⁹². Dopo aver accolto la distinzione rousseauiana tra *volonté générale* e *volonté de tous* – la prima, stando alla *Rousseau-Deutung* di Schmitt, corrisponde alla volontà che il popolo riunito esprime acclamando, l'altra invece è la somma delle singole volontà individuali – il giurista sostiene che proprio nel legame necessario che unisce popolo e pubblicità appare il significato della democrazia come *government by public opinion*. Schmitt non vuole rinunciare evidentemente

⁸⁸⁹ *VL*, p. 243; trad. it. p. 319.

⁸⁹⁰ *VL*, p. 243; trad. it. pp. 319-320.

⁸⁹¹ E. Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens* (1931), in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. III, Göttingen, 1960, pp. 272-284.

⁸⁹² *VL*, p. 245; trad. it. p. 321 (corsivo originale).

al concetto di opinione pubblica e di sfera pubblica distinta dalla sfera propriamente statale, non è disposto a lasciarlo al suo avversario, al liberalismo e allo Stato di diritto. Da qui ha origine probabilmente la singolare affermazione: «*l'opinione pubblica è la forma moderna dell'acclamazione. (...) Non c'è nessuna democrazia e nessuno Stato senza opinione pubblica, come non c'è nessuno Stato senza acclamazione*»⁸⁹³. L'opinione pubblica, così come il potere costituente, è e resta una grandezza non organizzata. Ciò non vuol dire che Schmitt non riconosca che essa è influenzata o addirittura creata dalla propaganda dei partiti, dalla stampa, dai mezzi di comunicazione, anzi sia in *Dottrina della costituzione* sia nel saggio del 1933 *Machtpositionen des modernen Staates*⁸⁹⁴ si interroga sull'uso dei «metodi di manipolazione psicotecnica delle grandi masse» e giunge ad auspicare che lo Stato ne detenga il monopolio⁸⁹⁵.

2.6.5. Di particolare interesse sono le conseguenze che Schmitt trae dall'applicazione del principio democratico ai vari ambiti della vita dello Stato: la legislazione, il governo, le relazioni internazionali, l'amministrazione e la giurisdizione⁸⁹⁶. La sezione 'Democrazia e legislazione' – già ricordata in relazione al referendum (*Volksentscheid*) e al procedimento legislativo popolare (*Volksbegehren*) – è senza dubbio la più importante.

Come l'intera costituzione è ridotta alla competizione di due elementi, l'uno impolitico o anti-politico dello Stato di diritto, l'altro

⁸⁹³ *VL*, pp. 246-247; trad. it. p. 323 (corsivo originale).

⁸⁹⁴ C. Schmitt, *Machtpositionen des modernen Staates* (1933), in *VA*, pp. 367-371. La contrapposizione tra liberalismo e democrazia, tra Stato borghese di diritto e Stato democratico di massa, si mostra anche in relazione al tipo e al controllo dei mezzi di comunicazione. In questo breve saggio pubblicato nel marzo del 1933 sulla rivista «*Deutsches Volkstum*» Schmitt, che si pone il problema della creazione del consenso da parte del detentore del potere, scrive: «In dieser Hinsicht war die Druckerpresse das spezifische technische Mittel des liberalen Zeitalters. Freiheit der Meinungsäußerung und Meinungsbildung war im letzten Jahrhundert wesentlich Pressefreiheit. Heute sind Rundfunk und Film mindestens ebenso wichtige, wenn nicht wichtigere und intensivere Mittel der Bildung einer öffentlichen Meinung. Für beide zeigt sich in allen modernen Staaten der Erde die gleiche Erscheinung, dass nämlich kein Staat diese neuen technischen Mittel aus der Hand geben kann (...) Ihnen gegenüber gerät jeder Staat, ob er nun liberal sein möchte oder nicht, in ein einfaches Dilemma: er muß hier entweder auf die überlieferten liberalen Freiheitsbegriffe oder aber auf einen entscheidenden Teil seiner Macht, d.h. auf seine eigene politische Existenz verzichten» (p. 368). Lo sviluppo tecnico non fa che accrescere il «premio politico» del detentore legale del potere statale sul quale Schmitt richiama l'attenzione nel 1932 in *Legalità e legittimità*.

⁸⁹⁵ *VL*, p. 247; trad. it. p. 324.

⁸⁹⁶ Si tratta del paragrafo 20. *Applicazioni del principio democratico della democrazia ai singoli ambiti della vita dello Stato*, in *VL*, pp. 258-276; trad. it. pp. 341-363.

politico della democrazia, così anche il concetto di legge sottostà alla stessa logica binaria dell'impostazione schmittiana. Il concetto democratico di legge viene distinto infatti dal concetto di legge tipico dello Stato di diritto: il primo è un concetto politico, il secondo non lo è. In democrazia la legge è espressione della *voluntas* del popolo, è comando e atto di sovranità: il concetto democratico di legge corrisponde al principio '*lex est quod populus iussit*' e si colloca in una determinata tradizione, quella dell'assolutismo statale di cui Hobbes ha coniato la formula '*auctoritas, non veritas facit legem*'. In uno Stato di diritto, invece, la legge deve possedere determinate qualità – esattezza, giustizia, ragionevolezza -, detto altrimenti non è *voluntas* normativamente incondizionata bensì *ratio* giusnaturalistica: il concetto di legge dello Stato di diritto si colloca nella tradizione che dalla filosofia greca giunge al moderno diritto naturale attraverso la scolastica medievale. Inoltre, che la legge sia una norma generale e astratta è un requisito del concetto di legge dello Stato di diritto, ma non del concetto democratico di legge.

Di fronte alla volontà del popolo non possono esserci ostacoli: per Schmitt nella legge e mediante la legge «ingiustizie e persino ineguaglianze sono possibili»⁸⁹⁷. Una legge che riguardi in modo mirato determinati gruppi di persone per discriminarli in positivo o in negativo è possibile senza che il principio della legittimità democratica sia compromesso, anzi è possibile proprio sulla base del concetto schmittiano dell'uguaglianza sostanziale come concetto politico che si riferisce alla possibilità di una distinzione, di una discriminazione del disuguale. Ulrich Thiele si sofferma a lungo sul concetto democratico di legge in Schmitt. La sua tesi, che in questo caso viene condivisa da chi scrive, è che esso contraddice non soltanto la teoria kantiana del diritto, ma anche la teoria rousseauiana delle legge: «*„Ungerechtigkeiten und sogar Ungleichheiten“ seien in der Demokratie jederzeit „möglich“, denn die Forderung nach naturrechtlichen und verfassungsrechtlichen Auflagen hinsichtlich der formalen bzw. inhaltlichen Qualität legitimer Gesetze kennzeichne allein das liberale, nicht aber das demokratische Denken. (...) Nach Kant und Rousseau ist einerseits die Ausübung der gesetzgebenden Volkssouveränität strengstens zu beschränken auf die Erzeugung allgemeiner Rechtsgesetze, weil das Volk andernfalls Unrecht tun könnte. Spiegelbildlich aber wird andererseits ausgeschlossen, dass richterliche Urteile und entsprechende Vollzugsbefehle, Regierungsverordnungen oder Verwaltungsmaßnahmen im*

⁸⁹⁷ VL, p. 258; trad. it. p. 340.

Verhältnis zu demokratischen Gesetzen als gleich- oder gar höherrangig gelten können»⁸⁹⁸.

Un'altra divergenza tra la teoria schmittiana della democrazia e la teoria rousseauiana della democrazia riguarda proprio il principio della separazione dei poteri e la loro gerarchia. In Rousseau la necessità della separazione del potere legislativo dal potere esecutivo e la subordinazione del secondo al primo sono principi liberali dello Stato di diritto affermati con molta decisione. Thiele fa notare che Schmitt già in *La dittatura* non interpreti correttamente il pensiero di Rousseau su questo punto. Nel libro del 1921 si legge: «la divisione dei poteri e i *pouvoirs intermédiaires* avevano la funzione pratica di frammentare il potere dello Stato in un sistema di competenze frenanti e delimitantisi a vicenda e di proteggere così la libertà dell'individuo. Di fronte alla *volonté générale*, che sola può vantare la dignità di realtà in senso pieno e autentico, sarebbe privo di senso parlare di una tale divisione»⁸⁹⁹. La sovranità in Rousseau è certamente indivisibile, ma Schmitt non attribuirebbe il giusto peso alla necessità, nel *Contratto sociale*, dell'attribuzione del potere legislativo e del potere esecutivo a soggetti diversi: il sovrano e il principe o governo. Nella dottrina schmittiana della democrazia sembra che i poteri siano invece tutti rimessi alla volontà sovrana del popolo: è il concetto di legge proprio dello Stato di diritto, non il concetto democratico di legge, a rendere possibile delle «garanzie contro le ingiustizie e le ineguaglianze» e «la distinzione fra leggi e altri atti statali, giacché nella democrazia assoluta è sovrana la volontà del popolo e non solo la legge suprema, ma anche la suprema decisione giudiziaria, l'atto della suprema autorità amministrativa, ecc.»⁹⁰⁰. La lettura liberal-democratica e procedurale che Thiele propone del *Contratto sociale* lo induce a giudicare fallace ed unilaterale la *Rousseau-Deutung* di Schmitt e, di conseguenza, a criticare la teoria schmittiana della democrazia: «*Was bei Schmitt als typisches Merkmal der Demokratie im Sinne Rousseaus präsentiert wird, ist für diesen ein untrügliches Kennzeichen der monarchischen Despotie (...) Bei Rousseau liegt in der alle Regierungs-, Verwaltungs- oder Justizakte ausschließenden Beschränkung der (ungeteilten) Volkssouveränität auf die Gesetzgebung die conditio sine qua non allen rechtsstaatlichen Schutzes privater Freiheit, die nur unter der organisatorischen Voraussetzung der strikter Gewaltenteilung keiner eigenständigen grundrechtlichen Garantie bedarf*»⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 130-133.

⁸⁹⁹ *D*, pp. 128-129.

⁹⁰⁰ *VL*, pp. 258-259; trad. it. p. 340.

⁹⁰¹ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 136.

Nella discussione sulla formazione della legge attraverso la votazione della rappresentanza popolare eletta dai cittadini (art. 68 WRV), il confronto di Schmitt con Rousseau si fa ancora una volta particolarmente serrato. Il principio rappresentativo è l'elemento non democratico della democrazia costituzionale moderna, che è una democrazia rappresentativa, eppure ciò non significa che Schmitt voglia criticare, in nome della democrazia identitaria e diretta, il concetto di rappresentanza così come fa invece Rousseau. Anzi, il giurista tedesco prende esplicitamente le distanze dalla riduzione del ruolo del deputato, rappresentante dell'unità politica del popolo, a semplice commissario negando che il mandato imperativo sia la migliore attuazione del principio democratico: «il c.d. mandato imperativo, cioè la dipendenza degli eletti dalle istruzioni e dalle indicazioni degli elettori, abolirebbe il vero carattere rappresentativo della rappresentanza popolare, ma non sarebbe un mezzo appropriato per l'attuazione del principio democratico. Infatti, contraddirebbe addirittura al pensiero politico della democrazia, poiché il deputato in seguito a questa dipendenza verrebbe a dipendere dalla rispettiva volontà dei suoi elettori, cioè non dalla volontà di tutto il popolo, ma dalla volontà di una parte degli elettori»⁹⁰². La rappresentanza resta in Schmitt il principio non-democratico di forma politica contrapposto al principio di identità, ed in questo senso il giurista sente di poter concordare con l'opinione di Rousseau secondo la quale il popolo o, meglio la *volonté générale*, è irrepresentabile. Ma, diversamente dal Ginevrino, non sostiene la tesi della necessaria dipendenza del deputato dalle istruzioni impartitegli non dal popolo nella sua interezza, bensì da parti del popolo: il mandato imperativo di stile medievale si tradurrebbe in una frammentazione dell'unità politica a vantaggio di partiti, organizzazioni corporative, gruppi di interesse; l'omogeneità sostanziale del popolo – concetto che in questo contesto ha una chiara valenza anti-pluralistica – svanirebbe e con essa la democrazia stessa⁹⁰³.

2.6.6. Con l'ambigua espressione parlamentarismo si indicano *lato sensu* «le diverse specie del rapporto fra parlamento, cioè corpo legislativo, e governo». L'essenza del vero parlamentarismo consiste non nella subordinazione dell'esecutivo alla volontà parlamentare di cui diverrebbe lo strumento, ma nell'equilibrio tra i due poteri⁹⁰⁴. Come Redslob nel suo *Die parlamentarische Regierung* – che tanta influenza esercitò sugli autori della Costituzione di Weimar – così anche Schmitt in *Dottrina della costituzione*

⁹⁰² *VL*, p. 262; trad. it. 345.

⁹⁰³ Cfr. per la discussione di Schmitt sul mandato imperativo *VL*, pp. 262-263; trad. it. pp. 345-346.

⁹⁰⁴ *VL*, pp. 303-304; trad. it. pp. 401-402.

discute – più dettagliatamente di quanto non abbia fatto nel 1923 – il sistema parlamentare e ne ripercorre la storia dello sviluppo in Inghilterra, in Francia e in Belgio, infine in Germania. E come Redslob anche Schmitt presenta in principio il parlamentarismo come sistema dell'equilibrio (*System des Gleichgewichts*), tuttavia non per lodarne la stabilità e la funzione garantista, bensì per denunciarne l'instabilità e l'incapacità decisionale.

Il sistema parlamentare è il peculiare sistema di governo dello Stato borghese di diritto, non un'applicazione del principio democratico dell'identità (tema al quale Schmitt ha dedicato il lungo paragrafo 20). Schmitt definisce il parlamentarismo un sistema misto nel quale elementi politici diversi e perfino opposti sono collocati l'uno accanto all'altro in modo più o meno coerente: «esso adopera costruzioni monarchiche per rafforzare l'esecutivo, cioè il governo, e per controbilanciare il parlamento; impiega l'idea aristocratica di un corpo rappresentativo, in taluni Paesi anche quella del sistema bicamerale; utilizza concezioni democratiche del potere decisionale del popolo non rappresentato ma direttamente votante, soprattutto per demandargli in un conflitto fra parlamento e governo la decisione del conflitto, ragione per cui di fronte al parlamento e al governo appare come il terzo in più alto grado (*der höhere Dritte*) e come il reggitore della bilancia (*der Träger der Balance*). Questo sistema porta quindi a pieno compimento la tipica e singolare commistione che (...) fa parte dell'essenza dello Stato borghese di diritto»⁹⁰⁵. Ricapitoliamo: per Schmitt ogni costituzione moderna è mista perché identità e rappresentanza sono i principi, contrapposti ma necessariamente coesistenti, della forma politica moderna; inoltre la costituzione moderna, che è la costituzione dello Stato borghese di diritto, è mista perché a quei due principi si aggiungono quelli propri del costituzionalismo e del liberalismo, cioè il principio di divisione (diritti dell'individuo) e il principio di organizzazione (separazione dei poteri); ma lo Stato borghese di diritto è misto anche perché il suo sistema di governo, il parlamentarismo, si è formato bilanciando elementi monarchici, aristocratici e democratici. Quest'ultima caratterizzazione della costituzione moderna come costituzione mista è senza dubbio la meno originale, quella in cui si mostra maggiormente nelle pagine schmittiane l'eredità della teoria classica e repubblicana dello *Status mixtus*. Ad ogni modo ciò che è rilevante è il giudizio che Schmitt esprime: essa «non è una formula politica autonoma, né una speciale forma di Stato né una speciale forma di governo. Ma è un sistema di utilizzazione e commistione di diverse forme di governo e di legislazione al servizio di un labile equilibrio (*im*

⁹⁰⁵ *VL*, pp. 304-305; trad. it. pp. 402-403.

Dienste eines labilen Gleichgewichts)». Il sistema parlamentare - che per Schmitt non è come per Redslob, Preuß e tanti altri il «sistema dell'equilibrio», ma solo il «sistema di un labile equilibrio» -, è costruito per rispondere all'esigenza di evitare ogni assolutismo politico ed è la traduzione istituzionale della posizione intermedia, fra monarchia assoluta e democrazia proletaria incalzante, occupata dalla borghesia liberale del XIX secolo. Come la democrazia si basa sul presupposto dell'omogeneità sostanziale del popolo, così anche il sistema parlamentare ha il proprio particolare presupposto, anzi ha due diversi presupposti: la cultura e la proprietà. Entrambi insieme *Bildung und Besitz* «rendono possibile e sorreggono il sistema parlamentare» ma «se storicamente non si incontrano più e si separano, cade l'artificiosa costruzione di un labile equilibrio e della commistione di forme politiche»⁹⁰⁶. Il parlamento ottocentesco è idealmente un'assemblea di uomini colti che, pur rappresentando gli interessi dei proprietari, ambiscono a farsi rappresentanti della cultura e della ragione della nazione intera. Con acume Schmitt scrive infatti che «anche il concetto di nazione è un concetto della cultura (*Bildungsbegriff*)», cioè un'ideologia borghese⁹⁰⁷.

Alla peculiarità della forma di governo weimariana si è già accennato nel secondo capitolo, dove è stata richiamata l'interpretazione in chiave semipresidenziale di Maurice Douverger, ed approfondita nel terzo con l'analisi della figura del Presidente della Repubblica. D'altra parte la questione dello scioglimento del Reichstag, che occupa l'ultimo paragrafo del terzo capitolo di *Dottrina della costituzione* e conclude l'ampia parte dedicata ai vari aspetti, storici e teorici, del parlamentarismo, non pone problemi politici significativi, e non è altro che un'esposizione sistematica e generale di un tema che Schmitt, già nei saggi del 1924 *Reichstagsauflösungen*, aveva trattato in relazione a casi concreti di scioglimento del parlamento. L'osservazione più interessante e senza dubbio più lungimirante contenuta nelle pagine sulla prassi del sistema parlamentare della Repubblica di Weimar è quella che riguarda la composizione delle maggioranze parlamentari in caso di voto di sfiducia ai danni del governo. Schmitt giudica meramente ostruzionistico il voto di sfiducia di una maggioranza parlamentare politicamente eterogenea: «se i motivi si contraddicono chiaramente, e per esempio tedesco-nazionali e comunisti votano a favore di una mozione di sfiducia, la diversità dei motivi esclude visibilmente la necessaria e razionale correlazione di una votazione di sfiducia, cioè la possibilità della fiducia e di una nuova formazione del

⁹⁰⁶ *VL*, p. 310; trad. it. p. 409.

⁹⁰⁷ *VL*, p. 311; trad. it. p. 410.

governo. La votazione di sfiducia è allora un atto di mero ostruzionismo. Qui non può esserci l'obbligo a dare le dimissioni, in ogni caso non se contemporaneamente è ordinato lo scioglimento del Reichstag»⁹⁰⁸. Queste lucidissime riflessioni, fatte da Schmitt nel 1928, non solo colgono il punto nodale della crisi del sistema parlamentare di Weimar degli anni 1930-1932, ma sono anche all'origine del voto di sfiducia costruttivo (*konstruktives Mißtrauensvotum*) previsto dalla Costituzione di Bonn all'art. 67 GG⁹⁰⁹.

3. Il 'politico' prima e oltre (vor und über) lo Stato, il potere costituente prima e oltre la costituzione

Der Begriff des Politischen è certamente l'opera più nota e più discussa di Schmitt insieme a *Politische Theologie*. Nel 2003 è stata pubblicato un *Kommentar* del *Concetto di politico* a cura di Reinhard Mehring⁹¹⁰ dove vengono raccolti numerosi saggi che approfondiscono i vari temi trattati da Schmitt: la crisi del monopolio del politico da parte dello Stato e la conseguente fine dell'epoca della statualità, la distinzione amico-nemico come criterio del politico, la guerra come manifestazione concreta dell'ostilità, la minaccia per l'unità politica costituita dalle teorie pluralistiche dello Stato e, viceversa, il riconoscimento del pluralismo degli Stati sulla scena internazionale, il fondamento antropologico delle teorie dello Stato e la prosecuzione della critica del liberalismo e dell'individualismo svolta a partire dai primi anni Venti. Temi di teoria dello Stato e temi del diritto internazionale si incontrano in questo testo che deve alla distinzione amico-nemico e alla diagnosi della crisi della forma-Stato la propria eccezionale fortuna.

Nel contesto dell'analisi della teoria schmittiana della democrazia il criterio del 'politico' non interessa tanto come strumento di studio delle relazioni internazionali, bensì – riprendendo quanto sostenuto da Böckenförde - come «chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl

⁹⁰⁸ *VL*, p. 345; trad. it. p. 453.

⁹⁰⁹ Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit. p. 93 e p. 295. L'art. 67 della *Grundgesetz* del 1949 dispone: «1. Il Bundestag può esprimere la sfiducia al Cancelliere federale solo se, a maggioranza dei suoi membri, elegga un successore e chiedi al Presidente federale la revoca del Cancelliere federale. Il Presidente federale deve dar seguito alla richiesta e nominare la persona eletta. 2. Tra la mozione e la votazione devono intercorrere quarantotto ore».

⁹¹⁰ R. Mehring (Hrsg.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, Berlin, Akademie Verlag, 2003.

Schmitt»⁹¹¹. Per Böckenförde, infatti, la tesi del saggio *Der Begriff des Politischen* è saldamente incastonata nella *Verfassungslehre*⁹¹². Analogamente Hofmann ritiene che *Dottrina della costituzione* sia «il contraltare costruttivo e teoretico-giuridico del (...) concetto di politico» di Schmitt⁹¹³.

L'incipit del saggio schmittiano «*Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus*» è il rovesciamento di una frase di Jellinek «„Politisch“ heißt „staatlich“; im Begriff des Politischen hat man bereits den Begriff des Staates gedacht» contenuta in *Allgemeine Staatslehre*⁹¹⁴. Dopo aver toccato il concetto di rappresentanza/rappresentazione e il tema dei diritti fondamentali, il confronto di Schmitt con Jellinek, dunque, prosegue sul terreno del concetto di Stato. In Schmitt il concetto di Stato viene relativizzato e storicizzato: esso è soltanto uno dei modi in cui si è strutturato l'ordine politico in una determinata epoca storica, quella compresa tra il XVI e il XX secolo. Ma in questo saggio Schmitt non si congeda ancora dall'epoca della statualità in favore di altri concetti di ordine, di spazio politico, di nemico come farà invece nella *Premessa* del 1963 e in *Teoria del partigiano* dello stesso anno⁹¹⁵. Come sottolineato recentemente da Schönberger, un giovane studioso di Schmitt, «*der Begriff des Politischen will den Staatsbegriff nicht überwinden, sonder erneuern*»⁹¹⁶. La tesi sostenuta da Schönberger è, in breve, la seguente: quando nei primi anni Sessanta si è iniziato a discutere se Schmitt sia stato un figlio legittimo o illegittimo di Max Weber⁹¹⁷, si è perso di vista in realtà il più significativo rapporto di continuità tra Schmitt e Laband. La critica

⁹¹¹ E.-W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 283-300; ripubblicato in E.-W. Böckenförde, *Recht, Staat und Freiheit*, cit., pp. 344-366; trad. it. *Il concetto di «politico» come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, in Id., *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 115-136. Per le citazioni si adopera quest'ultima edizione italiana della Laterza.

⁹¹² E.-W. Böckenförde, *Il concetto di «politico» come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, in Id., *Diritto e secolarizzazione*, cit. Cfr. anche A. Caracciolo, *Presentazione a DC*, p. XVIII.

⁹¹³ H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit., p. 157.

⁹¹⁴ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 158.

⁹¹⁵ Cfr. *CP*, pp. 89-100 (: 90) dove Schmitt scrive: «L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con ciò viene meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto dello Stato ed internazionale eurocentrica, nel corso di un lavoro concettuale durato quattro secoli».

⁹¹⁶ Ch. Schönberger, „*Staatlich und Politisch*“. *Der Begriff des Staates in Carl Schmitts Begriff des Politischen*, in R. Mehring (Hrsg.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, cit., pp. 21-44 (: 25).

⁹¹⁷ Cfr. W. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik. 1890-1920*, cit.

schmittiana al positivismo giuridico e la costruzione di una immaginaria linea che unisce la dottrina dello Stato ottocentesca di Gerber e Laband a quella novecentesca di Kelsen avrebbero nascosto a lungo e con successo il fatto che anche Schmitt, ben più di Kelsen, fosse profondamente radicato in quella stessa tradizione soprattutto per quanto concerne la centralità dello Stato: «*der Staatsbegriff der Keiserzeit war auf einen monolitisch gedachten Staatswillen fixiert, den er an Monarchie und Beamtenapparat festmachte. (...) Kelsens Rechts- und Staatslehre zerstörte die Vorstellung von einem dem positiven Recht vorgelagerten Staat, die für Labands Staatsrecht charakteristisch war und von Carl Schmitt erneuert wurde*»⁹¹⁸. Non si intende qui svolgere una confutazione di questa tesi, ma solo prenderne motivatamente le distanze sulla base del confronto tra Schmitt e la tradizione giuridica svolta in questo capitolo in merito ai concetti di potere costituente e potere di revisione costituzionale. La assoluta rilevanza dell'origine politica della costituzione, la distinzione tra costituzione e legge costituzionale, l'esistenza di limiti materiali alla sua revisione e la conseguente rigidità della costituzione stessa conferiscono alla teoria schmittiana della costituzione del *Volksstaat* il carattere di novità senza precedenti nella *Staatsrechtslehre* tedesca dell'età di Weimar.

Si vuole sostenere, infatti, che i due concetti centrali del saggio – il concetto di politico e il concetto di Stato – vengono collegati logicamente e storicamente l'uno all'altro nello stesso modo in cui in *Dottrina della costituzione* vengono collegati il concetto di potere costituente e quello di costituzione positiva. Nell'età delle rivoluzioni settecentesche prima, della moderna democrazia di massa poi, lo Stato (democratico) ovvero la sua costituzione, presuppone il 'politico' ovvero il potere costituente del popolo, cioè presuppone l'energia politica, non istituzionalizzabile, di una associazione di uomini capaci di discriminare il non-omogeneo, il disuguale, lo straniero, il nemico. Non è un caso, d'altra parte, che in *Dottrina della costituzione* l'elemento politico della costituzione moderna sia incarnato innanzi tutto dalla democrazia, ovvero dall'omogeneità del popolo che la democrazia esige come proprio presupposto essenziale.

Due aspetti della tesi schmittiana esposta nel *Concetto di politico* restano in parte impliciti e necessitano di essere esplicitati: 1. la *Freund-Feind-Unterscheidung* non è semplicemente equiparata alle altre distinzioni che definiscono concettualmente la morale, l'estetica, l'economia. Schmitt la considera, piuttosto, come il superamento o l'oltrepassamento di tutte le

⁹¹⁸ Ch. Schönberger, „*Staatlich und Politisch*“. *Der Begriff des Staates in Carl Schmitts Begriff des Politischen*, in R. Mehring (Hrsg.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, cit., p. 26.

altre, le quali finiscono perciò per esservi comprese; 2. l'elemento qualificante della diade non è l'amico, bensì il nemico, il *Feind*, l'*hostis*.

Riguardo al primo punto Schmitt afferma: «ogni contrasto religioso, morale, economico, etnico o di altro tipo si trasforma in un contrasto politico, se è abbastanza forte da raggruppare effettivamente gli uomini in amici e nemici. (...) Il 'politico' può trarre la sua forza dai più diversi settori della vita umana, da contrapposizioni religiose, economiche, morali o di altro tipo; esso infatti non indica un settore concreto particolare ma solo il *grado di intensità* di un'associazione o di una dissociazione di uomini»⁹¹⁹. Il grado di intensità (*Intensitätsgrad*) di una associazione o di una dissociazione trasforma l'altro da sé – il religioso, il morale, l'economico etc. – in sé, nel politico, il quale non indica dunque un settore particolare dell'esistenza dell'uomo, ma il grado della sua intensità e serietà.

Riguardo al secondo aspetto, sebbene Schmitt non lo ammetta, è stato ripetutamente osservato dagli interpreti che il criterio del 'politico' si fonda su di una coppia asimmetrica: per nemico si intende non il concorrente e neppure l'avversario privato che ci odia, ma il nemico pubblico. Nel *Concetto di politico* Schmitt spiega chi sia il nemico, mentre non dice nulla, o quasi nulla, sull'amicizia. In *Dottrina della costituzione*, invece, Schmitt trascura l'aspetto dell'inimicizia o ostilità politica per concentrarsi piuttosto sul requisito dell'omogeneità e dell'uguaglianza sostanziale del popolo come presupposto della democrazia.

Mentre solitamente, dei due termini della coppia amico-nemico, si è concentrata l'attenzione sul secondo, sul nemico, la caratterizzazione non in negativo, bensì in positivo dell'amicizia come omogeneità, proposta da Pasquale Pasquino, pare convincente: «l'amicizia non è la semplice alleanza, ma l'omogeneità, cioè una forma di appartenenza che produce unità e neutralizzazione interna di quel tipo di conflitto che porta con sé la minaccia della distruzione fisica dell'avversario»⁹²⁰. Nella teoria schmittiana della democrazia, allora, i concetti di popolo, potere costituente, unità politica, identità, omogeneità o uguaglianza sostanziale e capacità di distinguere l'amico dal nemico sembrano coincidere e sovrapporsi l'un l'altro senza scarti: «il concetto democratico di uguaglianza – si legge in *Dottrina della costituzione* - è un concetto politico e si riferisce - come ogni vero concetto politico – alla possibilità di una distinzione. La democrazia politica non può basarsi sull'assenza di distinzione fra gli uomini, ma solo sull'appartenenza ad un determinato popolo, dove questa appartenenza a un

⁹¹⁹ CP, pp. 120-121 (corsivo originale).

⁹²⁰ P. Pasquino, *Considerazioni intorno al «criterio del politico» in Carl Schmitt*, in G. Corni – P. Schiera (a cura di), *Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 153-284.

popolo può essere determinata da momenti assai diversi (idee di razza comune, fede, destino comune e tradizione)»⁹²¹. Per concludere si vuole richiamare un'osservazione di Carlo Galli, secondo il quale in *Dottrina della costituzione* «il 'politico' coincide quindi, strutturalmente, col potere costituente» ed è «il modo con cui un popolo afferma se stesso in lotta contro un Altro (...) Schmitt si rivela quindi, ancora una volta, figlio dell'età delle rivoluzioni nazionali, il cui retaggio porta dentro il Novecento, nell'età delle rivoluzioni sociali»⁹²².

⁹²¹ *VL*, p. 227; trad. it. p. 298.

⁹²² C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 748-749.

CAPITOLO V

LA CRISI FINALE DI WEIMAR

«Il Presidente del Reich sta al punto centrale di un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza, costruito su un presupposto plebiscitario. (...) Il fatto che il Presidente del Reich sia il custode della costituzione, corrisponde però anche da solo al principio democratico, su cui si basa la costituzione di Weimar»⁹²³.

da Carl Schmitt, *Il custode della costituzione*

«Il semplice possesso del potere statale esercita su ogni normatività un plusvalore politico addizionale che si aggiunge al potere meramente normativistico-legale: un premio superlegale al possesso legale del potere legale e alla conquista della maggioranza»⁹²⁴.

da Carl Schmitt, *Legalità e legittimità*

1. L'abbandono del parlamentarismo: il Präsidialsystem e il Preußenschlag

Apparso nel 1928, un anno d'oro della Repubblica, secondo alcuni, in quanto privo di turbamenti e conflitti politici, *Dottrina della costituzione* rappresenta il «canto del cigno» del parlamentarismo weimariano⁹²⁵. Nel 1929, infatti, iniziò la dissoluzione della Repubblica. Il numero dei disoccupati crebbe vertiginosamente e Weimar precipitò nel vortice della crisi economica aggravata, verso la fine dell'anno, dalle ripercussioni del crollo della borsa di Wall Street sull'economia europea. Nel marzo del 1930, a causa dei problemi finanziari generati dalla disoccupazione di

⁹²³ CC, pp. 240-241.

⁹²⁴ CP, p. 239.

⁹²⁵ R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, cit., p. 86.

massa, cadde l'ultimo governo parlamentare presieduto dal cancelliere Müller, insieme alla *Große Koalition* che lo sosteneva e che aveva assicurato alla Repubblica una certa stabilità nell'era Stresemann. Si pensò di poter fronteggiare la crisi economica e politica solo facendo ricorso alla prassi dei *Präsidiakabinette*: il cancelliere del Reich, nominato e dipendente dal Presidente della Repubblica (art. 53 WRV) governava mediante ordinanze d'emergenza (*Notverordnungen*) sulla base dell'art. 48, aggirando così il parlamento, ormai incapace di esprimere una maggioranza positiva di governo. Il potere del parlamento di costringere alle dimissioni il governo con un voto di sfiducia (art. 54 WRV) veniva neutralizzato dal Presidente della Repubblica, il quale, ai sensi dell'art. 25, aveva il potere di procedere allo scioglimento del Reichstag⁹²⁶.

1.1. A causa dell'im maturità della classe politica tedesca e della mancanza di una cultura politica di governo, nell'età di Weimar «la forte posizione del Presidente del Reich – nota acutamente Heinrich A. Winkler - si tradusse in una tentazione politica»: quella di funzionare invece che da baluardo contro il temuto assolutismo parlamentare – che dominava la III Repubblica francese e fu evitato dai costituenti del 1919 con la scelta in favore di un Presidente legittimato direttamente dal popolo -, da «premio all'opportunismo dei partiti»⁹²⁷. Nell'età bismarckiana prima, guglielmina poi, come Max Weber denunciò ripetutamente, i partiti non si erano abituati, in assenza della forma di governo parlamentare, né alla responsabilità pratica di governo né alla necessità di giungere ad un compromesso come tale funzione richiede. Nel sistema parlamentare di Weimar i partiti nel Reichstag si dividevano tra quelli che sedevano all'opposizione e quelli che formavano la coalizione di governo: eppure, tutti furono propensi ad agire come se la linea decisiva di demarcazione non fosse quella tra il governo e la sua maggioranza parlamentare da un lato, e l'opposizione dall'altro – come si addice alla logica della democrazia parlamentare -, bensì quella tra governo e parlamento – come avveniva in precedenza durante la monarchia costituzionale -. Il governo ed il Presidente della Repubblica venivano

⁹²⁶ Si riportano per comodità gli articoli della Costituzione in questione. Art. 25: «Il Presidente del Reich può procedere allo scioglimento del Reichstag, ma solo una volta per lo stesso motivo. La nuova elezione deve aver luogo non oltre il sessantesimo giorno dopo lo scioglimento»; art. 53: «Il Cancelliere del Reich e, su proposta di questi, i ministri, vengono nominati e licenziati dal Presidente»; art. 54: «Il Cancelliere del Reich ed i ministri per rimanere in carica hanno bisogno della fiducia del Reichstag. Ognuno di essi deve dimettersi se il Reichstag con espressa deliberazione, gli ritiri la sua fiducia» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 195 ss.).

⁹²⁷ H.A. Winkler, *Il paradosso quale paradigma. Dalla Repubblica di Weimar alla lezione di Weimar*, in G.E. Rusconi – H.A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, cit., p. 63.

perciò non di rado considerati come avversari anche dai partiti della maggioranza e la coalizione di cui essi facevano parte non era percepita come lo schieramento unitario d'appartenenza. Se il governo e la maggioranza non riuscivano a trovare un'intesa c'era sempre una via d'uscita: spostare la responsabilità verso l' 'alto', verso il Capo dello Stato, scaricare al Presidente l'onere di governare mediante i poteri di decretazione d'emergenza previsti dall'art. 48 c. 2 WRV, sciogliere il Reichstag ai sensi dell'art. 25 WRV qualora questo avesse dichiarato nullo un decreto d'emergenza – come consentitogli dalla Costituzione (art. 48 c. 3 WRV)⁹²⁸ – ed indire nuove elezioni per poi nominare un cancelliere che il Reichstag poteva anche non sostenere, ma che a quel punto non era più vincolato ad un voto di fiducia del parlamento.

Gli anni dei *Präsidialkabinette* sono caratterizzati dunque dal fatto che il cancelliere dipende esclusivamente dalla fiducia del Presidente ed il governo viene formato a prescindere dai rapporti di forza dei partiti nel Reichstag. A questo tratto fondamentale del *Präsidialsystem*, che accomuna i governi Brüning, Papen e Schleicher, va aggiunta però una precisazione che gli storici dell'età di Weimar giudicano di grande importanza: «*das Präsidialregime Hindenburgs trat nämlich in den Jahren 1930 bis Anfang 1933 in zweierlei Gestalt auf, als toleriertes und als nicht toleriertes Präsidialkabinett: das Kabinett Brüning war bis zuletzt ein vom Reichstag toleriertes Kabinett, für die Kabinette Papen und Schleicher hingegen gab es im Reichstag keine Tolerierungsmehrheit*»⁹²⁹. Anche il governo Brüning, tollerato dalla SPD, fece di tutto per ridurre al minimo l'efficacia politica ed il diritto di legiferare del parlamento, ma poteva ancora permettersi di lasciare che il Reichstag si riunisse ad intervalli di tempo certo non ravvicinati; infatti «*Mißtrauensvoten und Anträge auf Aufhebung der vom Reichspräsidenten erlassenen Notverordnungen fanden im Reichstag keine Mehrheit, weil die SPD das Kabinett Brüning tolerierte*»⁹³⁰. Un governo presidenziale non tollerato dal Reichstag, al contrario, non poteva permettersi di consentire la riunione anche per una sola seduta del parlamento, poiché doveva temere che lì fosse espresso un voto di sfiducia o che fossero respinte le ordinanze d'emergenza emanate ai sensi dell'art. 48

⁹²⁸ L'art. 48 c. 3 WRV dispone: «Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure prese devono essere revocate se il Reichstag lo richieda» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 201).

⁹²⁹ E. Kolb – W. Pyta, *Rettung durch Staatsnotstand? Die Planung des Ernstfalls unter den Regierungen Papen und Schleicher*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., pp. 155-181 (: 157).

⁹³⁰ *Ivi*, p. 157.

WRV. Il Presidente, una volta nominato un cancelliere che non riuscisse a trovare in parlamento neppure una *Tolerierungsmehrheit*, aveva di fronte a sé un'unica alternativa: rinunciare a sostenere il governo non tollerato oppure perseverare nel sostegno al governo previa assunzione degli inevitabili rischi connessi ad una tale scelta. In questo secondo caso al Presidente si offrivano due opzioni, l'una rispettosa della costituzione ma di breve durata, l'altra di rottura costituzionale: «*ständige Reichstagsauflösungen, um auf diese Weise eine ordnungsgemäße Reichstags-sitzung zu verhindern, oder Aussetzung von Neuwahlen über die in der Verfassung vorgeschriebene 60-Tage-Frist hinaus. Während dies ein eindeutiger Verfassungsbruch gewesen wäre, ließ sich eine ständige Reichstagsauflösung mit Abhaltung von Neuwahlen (bis vielleicht ein erwünschtes Ergebnis erreicht war) politisch nicht über einen längeren Zeitraum durchhalten*»⁹³¹.

Gli storici muovono un rimprovero in particolare alla SPD: aver acconsentito al passaggio dal sistema parlamentare di governo al *Präsidialsystem* ed aver tenuto un atteggiamento ambiguo nei confronti dei gabinetti presidenziali attraverso la politica della tolleranza. Nelle elezioni del mese di settembre del 1930 si registrò un enorme progresso del partito nazionalsocialista (NSDAP) ed un rafforzamento anche del partito comunista (KPD). La politica di tolleranza della socialdemocrazia impedì solo provvisoriamente il declino di Weimar. Ma l'altra faccia della medaglia fu chiarissima. L'autoesclusione del parlamento quale organo legislativo e della socialdemocrazia quale opposizione parlamentare favorì la crescita elettorale delle forze antiparlamentari della sinistra e della destra estreme. Il successo maggiore nella mobilitazione degli scontenti lo ebbe Hitler: la politica di tolleranza da parte della SPD gli diede la possibilità di presentare il suo partito come l'unica forza di opposizione nazionalpopolare a destra dei comunisti, quindi quale unica alternativa al marxismo in tutte le sue varianti, da quella bolscevica a quella riformista.

Anche Dieter Grimm, come Heinrich Winkler, sostiene che la crisi della Repubblica di Weimar si sia aggravata soprattutto dopo l'avvicendamento tra Brüning e Papen nel giugno del 1932, quando il governo non poté più contare nel Reichstag sulla politica della tolleranza della SPD⁹³²: «*im Unterschied zu Brüning fand Papen aber auch keine*

⁹³¹ *Ivi*, p. 158.

⁹³² Cfr. per una approfondita ricostruzione dei due anni di governo Brüning, il «governo del Barone», H.A. Winkler, *La repubblica di Weimar*, cit., pp. 429-545. Qui si riporta solo il giudizio conclusivo dello storico: «la caduta del governo Brüning segnò una profonda cesura. Il 30 maggio 1932 si chiuse la fase moderata del sistema presidenziale. (...) È vero che la democrazia parlamentare era già fallita quando Brüning divenne cancelliere il 30

*Mehrheit mehr, die bereit gewesen wäre, seine Regierung zu tolerieren und auf ihr Vetorecht gegen die Notverordnungen des Reichspräsidenten zu verzichten. (...) Der Verfassungsstaat war seit dem Sommer 1932 blockiert. Sollte die Regierungstätigkeit aufrechterhalten bleiben, mußte der Reichstag ausgeschaltet werden»⁹³³. Di fronte alla crisi del sistema parlamentare e all'esaurimento persino della fase moderata del sistema presidenziale – coincidente col «governo del Barone» -, le posizioni fondamentali che si possono individuare nella letteratura scientifica della seconda metà del 1932 sono tre e vengono così designate da Grimm: rispetto della costituzione (*Verfassungserfüllung*), difesa della costituzione (*Verfassungsbewahrung*) e dissoluzione della costituzione (*Verfassungsauflösung*)⁹³⁴.*

La prima è la posizione assunta da gran parte della dottrina e riconducibile alla tradizione del positivismo giuridico: Gerhard Anschütz e Richard Thoma, che del positivismo sono i più insigni rappresentanti e proprio nel 1932 pubblicano in due volumi *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, giudicano come violazioni della costituzione le misure prese in caso di necessità dal Presidente o dal governo di un Land. La dottrina positivista dominante era imprigionata nel dualismo di obbedienza al testo (*Textgehorsam*) da un lato, e rottura costituzionale (*Verfassungsbruch*) dall'altro, privandosi così - proprio a causa della sua impostazione metodologica indifferente agli scopi, alle idee, ai valori, che sottendono le norme, in questo caso la costituzione, e volutamente cieca di fronte alla realtà politica e sociale - della possibilità di dedurre dallo scopo della norma interpretazioni alternative⁹³⁵. Viene ricondotta alla posizione

marzo del 1930», ma «la politica socialdemocratica della tolleranza mise dei ceppi all'autonomizzazione del potere esecutivo fino alla caduta di Brüning, ceppi che per i sostenitori dello Stato autoritario costituivano motivo di costante risentimento. In questa luce si può dire che fino alla fine del maggio 1932 sopravvisse una forma ridotta di parlamentarismo. (...) Il licenziamento di Brüning consentì ai sostenitori di una soluzione autoritaria della crisi di avvicinarsi molto al loro obiettivo» (*Ivi*, p. 541-545).

⁹³³ D. Grimm, *Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen der staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., pp. 183-200 (: 184-185).

⁹³⁴ Le tesi di Grimm sono riprese anche da Beaud in *Les derniers jours de Weimar*, cit., pp. 101-105.

⁹³⁵ Cfr. R. Thoma, *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, in G. Anschütz – R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, cit., pp. 221-236. Qui Thoma si esprime in modo lapidario ed inequivocabile: «es ist einer der größten Vorzüge der Weimarer Verfassung, daß sie für den Fall eines Versagens oder Zögerns des parlamentarischen Apparates ein zweites demokratisches Reichsorgan, den Reichspräsidenten, in Bereitschaft stellt, der – unter ministerieller Gegenzeichnung und nachträglicher Kontrolle des Reichstags – den gebieterischen Notwendigkeiten eines von Gefahren bedrohten verfassungsmäßigen

giuspositivistica dell'attuazione della costituzione anche l'opinione di Walter Jellinek, che propone un'interessante coniugazione di poteri dittatoriali e strumenti plebiscitari di democrazia diretta per uscire dalla crisi⁹³⁶.

Staatslebens Rechnung tragen kann (...) Dies ist das Staatsnotrecht des geltenden Verfassungssystems! Darüber hinausgehende, mit Berufung auf irgendeine „Not“ begründete Maßnahmen einer Reichsleitung oder Landesregierung oder gar einer Verwaltungsbehörde kann der Jurist nicht als rechtmäßig bezeichnen. Sie wären Verfassungsverletzung. Gewiß ist denkbar, daß ein rechtssatzverletzendes Vorgehen einer Reichs- oder Landesstelle außerordentlichweise in so hohem Maße durch politische sogenannte Notwendigkeit (d.h. Erforderlichkeit zur Verhütung irreparabler Ereignisse, die als verhängnisvoller angesehen werden als eine - an sich verwerfliche und möglicherweise unabsehbare Folgen auslösende - Verfassungsverletzung) gerechtfertigt erschiene, daß Parlamente und öffentliche Meinung sie dulden und selbst die Gerichte sie gelten lassen. Aber vor dem Forum juristischen Urteils bliebe dieses Vorgehen rechtsverletzend und wäre die nachfolgende Behauptung der usurpierten Gewaltübung zu bezeichnen als gelungene Teilrevolution (partieller Staatsstreich). Ein Staatsnotrecht über das verfassungsrechtlich regulierte hinaus kann es im geordneten republikanischen Verfassungsstaat nicht geben» (Ivi, 231-232). Cfr. inoltre sulle autorizzazioni straordinarie (*die außerordentlichen Ermächtigungen*) previste dalla Costituzione di Weimar G. Anschütz – R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, cit., pp. 274-313; sull'interpretazione dell'art. 48 WRV sia in merito alla *Reichsexekution* sia in merito ai *Diktaturgewalten* Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs von 11. August 1919*, cit., pp. 267-300.

⁹³⁶ Walter Jellinek, nel saggio *Verfassungsreform im Rahmen des Möglichen* risalente al mese di novembre del 1932 (pubblicato in «Reich und Länder», 1932, n. 267) avanzò una proposta che, coinvolgendo direttamente il popolo nella procedura di revisione costituzionale, consentisse di aggirare l'ostacolo costituito dall'impasse parlamentare. L'art. 76 WRV sulla revisione dispone al comma 1, rigo 4°: «se per iniziativa popolare un mutamento costituzionale deve aver luogo con un referendum (il riferimento del costituente è all'art. 73 c. 3 WRV sul *Volksbegehren. N. d. A.*), è necessario che si raggiunga il consenso della maggioranza degli elettori» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 206). La costituzione può essere modificata per via legislativa, ma l'art. 76 non limita il potere di revisione costituzionale al solo Reichstag, bensì lo estende anche al popolo. Constatando l'impasse parlamentare che rende impossibile una riforma ex art. 76 WRV da parte del Reichstag, condividendo d'altra parte con Anschütz e Thoma l'interpretazione restrittiva dell'art. 48 c. 2 secondo la quale il Presidente non è autorizzato ad apportare modifiche costituzionali servendosi dell'art. 48 c. 2, ed essendo consapevole del fatto che raggiungere il quorum necessario perché un referendum sia valido non è cosa semplice (a Weimar non si produsse alcuna legge di iniziativa popolare), Jellinek immagina allora la seguente soluzione: «er schlug nämlich vor, den Plebiszitären Weg zur Verfassungsänderung mit Diktaturmaßnahmen des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 WRV zu koppeln. Zwar stand auch für Jellinek außer Frage, daß die Sondervollmachten des Reichspräsidenten nicht die Befugnis zur Verfassungsänderung einschlossen. Der Reichspräsident sollte aber der plebiszitären Verfassungsänderung durch Notverordnungen günstige Bedingungen schaffen. Ansatzpunkt war das von Art. 73 Abs. 5 WRV vorgeschriebene und am 27. Juni 1921 erlassene Reichsgesetz über den Volksentscheid. Dieses konnte als einfaches Reichsgesetz nach herrschender Ansicht durch

La seconda posizione, la difesa della costituzione, è quella assunta da Johannes Heckel⁹³⁷ che propone un'interpretazione molto restrittiva dell'art. 48 nel senso dello stato d'assedio del vecchio diritto dello Stato precedente la Costituzione weimariana: «*staatsrechtlich (nicht verwaltungsrechtlich) betrachtet, kam eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für Heckel nur in zwei Fällen in Betracht, nämlich bei Krieg und Aufruhr. Beide Male handelte es sich um äußere Einwirkungen auf den Staat*»⁹³⁸. Egli inoltre ritiene che i poteri dittatoriali del presidente, il diritto di ordinanza e lo stato di necessità costituzionale siano concetti essenzialmente diversi e che solo il primo di essi sia effettivamente regolato dall'art. 48: «*das Notverordnungsrecht ergab sich nach Heckels Auffassung überhaupt nicht aus Abs. 2 WRV. Er hielt Notverordnungsrecht und Diktaturgewalt für vollkommen wesensverschiedene Institutionen*»⁹³⁹. Ad ogni modo il punto più interessante della trattazione del problema da parte di Heckel consiste nella concezione della costituzione non in senso positivistic – relativistico, per usare la terminologia schmittiana – come una somma di leggi costituzionali, cioè come mera costituzione formale, come *constitutio scripta*, ma come *constitutio viva*, come ordinamento fondamentale dello Stato e della società. Perciò Heckel, diversamente da Anschütz e Thoma, può affermare che «*die aktionsfähigen Staatsorgane durften daher im Verfassungsnotstand nur so vorgehen, daß der „politische Gesamtzweck der Verfassung“ trotz der abnormen Lage und in Anpassung an sie erreicht wurde. „Durch seine Verfassungsintention unterscheidet sich die Notstandsaktion von dem Verfassungsbruch und im besonderen von dem Staatsstreich“. Obwohl sie geltendes Verfassungsrecht außer acht ließ, war die Notstandsaktion also nicht verfassungswidrig, sondern legal*»⁹⁴⁰. L'interpretazione restrittiva

Notverordnung geändert werden. Jellinek stellte sich eine Gesetzesänderung vor, wonach die Nichtbeteiligung am Volksentscheid als Zustimmung in Sinne von Art. 76 Abs. 1 Nr. 4 WRV gewertet wurde. Er sah darin keine Vergewaltigung des Volkes, weil die Regelung es ausschloß, daß eine Verfassungsänderung gegen den erklärten Willen der Mehrheit zustande komme. (...) Jellineks Vorschlag fand in der Staatsrechtslehre keinen Beifall» (Grimm, *Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen der staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., p. 188).

⁹³⁷ J. Heckel, *Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», 1932, n. 22, pp. 257-338.

⁹³⁸ Grimm, *Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen der staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., p. 190.

⁹³⁹ *Ivi*, p. 191.

⁹⁴⁰ *Ivi*, pp. 191-192.

dell'art. 48 induce Heckel ad escludere – in questo c'è accordo con la dottrina positivista dominante - che il Presidente del Reich, da solo, possa, in forza dei poteri dittatoriali, intraprendere una revisione costituzionale. Con riguardo alla crisi della Repubblica dell'estate del 1932, il giurista non esclude però che una revisione possa aver luogo, qualora sia legittimata da un voto popolare: *«diese stellte sich Heckel so vor, daß der Reichspräsident die Verfassung änderte und die Änderung sodann dem Volk als Verfassungsgesetzgeber zur Abstimmung vorlegte. Da das Volk die letzte verfassungsrechtliche Instanz sei, bilde auch die Volkssouveränität die äußerste Grenze des Verfassungsvorschlags»*⁹⁴¹.

Infine la terza posizione - designata da Grimm come *Verfassungsauflösung* o anche *Verfassungsabkehr* - è quella di Carl Schmitt. La 'difesa' schmittiana della costituzione è difesa solo di una sua parte – la parte sostanziale o democratico-plebiscitaria, cioè le istituzioni della presidenza della Repubblica coi suoi poteri eccezionali, dell'esercito e della funzione pubblica – contro l'altra parte – la parte della costituzione assiologicamente neutrale o democratico-parlamentare, cioè il sistema delle istituzioni parlamentari e federali - . Attraverso la scissione della costituzione in una parte formale, divenuta obsoleta, e in una parte materiale, ancora vitale, così come attraverso la relativizzazione e la subordinazione della costituzione formale dello Stato di diritto alla decisione esistenziale del popolo sulla forma della propria esistenza politica, Schmitt attribuisce alla politica un'enorme libertà d'azione: la libertà di creare un nuovo ordinamento dei poteri dello Stato con il richiamo al diritto d'emergenza (*Staatsnotrecht*). La distinzione fondamentale sostenuta in *Dottrina della costituzione* tra 'costituzione' e 'legge costituzionale' porta Schmitt ad affermare che in caso di conflitto la costituzione nella sua interezza - cioè il significato complessivo della costituzione che solo l'interprete, Schmitt stesso, le attribuisce - abbia la priorità sul rispetto delle singole norme costituzionali. Osserva allora Grimm, confrontando la posizione di Schmitt con quella di Heckel: *«das hat insbesondere für die Verfassungsentention Bedeutung, die über die Rechtmäßigkeit der Mißachtung einzelner Verfassungsnormen entscheidet: Ihr Bezugspunkt liegt bei Schmitt außerhalb des positiven Rechts. Dieses wird von einer informellen und textlich nicht greifbaren Verfassung her relativiert. Schmitt gewinnt dadurch gegenüber dem positiven Verfassungsrecht einen erheblich größeren Dispositionsspielraum als Heckel. (...)Das Ziel war nicht die Außerachtlassung einzelner Verfassungsnormen im Interesse der Rettung der Verfassung insgesamt, sondern eine andersartige Verfassung, für die*

⁹⁴¹ Ivi, p. 192.

der Notstand nur als Vehikel diente»⁹⁴². Riconosciuta l'ostilità di Schmitt nei confronti dei partiti estremisti di destra e di sinistra, Grimm ritiene comunque difficile esprimere un giudizio sulle intenzioni del giurista nell'estate del 1932⁹⁴³: in effetti, la difesa schmittiana della costituzione democratica dai nemici della democrazia si concretizza, paradossalmente, nell'approvazione del suo sovvertimento.

1.2. Gli anni più critici della Repubblica di Weimar sono anche gli anni più fortunati della carriera di Schmitt⁹⁴⁴. Il percorso accademico di Schmitt è il simbolo della vittoria del pensiero antiliberalo nell'Università tedesca, in particolare nelle Facoltà di diritto pubblico, dove lo spirito antiweimariano era prevalente. In effetti, molti tra gli intellettuali tedeschi consideravano la Rivoluzione di Novembre come un disastro senza precedenti nella storia tedesca e la Repubblica di Weimar, sorta sulle ceneri del II Reich, come «simbolo di umiliazione nazionale e sconfitta militare»⁹⁴⁵, come «una spina conficcata nel cuore del popolo»⁹⁴⁶. Schmitt lascia Bonn nel 1928 per accettare la cattedra che era stata di Preuß alla *Handelshochschule* di Berlino. La carriera accademica conduce dunque il giurista, teorico dello stato di eccezione, nella capitale del Reich proprio nel momento in cui la Repubblica stava per vivere la crisi finale. Rifiutato nel 1930 il posto all'Università di Vienna che era stato di Kelsen, nel 1932 viene chiamato e accetta, dopo un colloquio con il sindaco della città, Konrad Adenauer, futuro cancelliere della Repubblica Federale Tedesca, un posto all'Università di Colonia – dove insegnava anche Kelsen - . Nel 1933, quando numerosi professori di diritto di convinzioni repubblicane o di religione ebraica lasciano la Germania per libera scelta o perché cacciati dall'Università, Schmitt riceve proposte dall'Università di Heidelberg – dopo la partenza di Anschütz – e di Monaco – dopo la partenza di Nawiasky

⁹⁴² *Ivi*, p. 193-196.

⁹⁴³ A proposito di *Legalità e legittimità* e della tarda interpretazione del proprio scritto fatta da Schmitt nelle note all'edizione del 1958 in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Grimm afferma: «Schmitts Schrift von 1932 darf daher nicht als Plädoyer für den Nationalsozialismus verstanden werden. Sie liefert im Gegenteil die rechtliche Begründung für ein Verbot der extremen, auf den Umsturz der bestehenden Sozialordnung gerichteten Parteien auf der linken und der rechten Seite. Insofern ist Schmitts spätere Deutung seiner Schrift als „verzweifelter Versuch, das Präsidialsystem, die letzte Chance der Weimarer Verfassung, vor einer Jurisprudenz zu retten, die es ablehnte, nach Freund oder Feind der Verfassung zu fragen“, nicht verfälschend. Dagegen gibt seine Position vom Sommer 1932 Grund zu zweifeln, ob es ihm tatsächlich wie Heckel um die Rettung der Weimarer Verfassung oder um eine andere autoritäre Ordnung ging» (*Ivi*, p. 195).

⁹⁴⁴ Cfr. P. Noak, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, cit., p. 122.

⁹⁴⁵ J. Herf, *Modernismo reazionario*, cit., p. 51.

⁹⁴⁶ O. Spengler, *Prussianesimo e socialismo*, cit., p. 28.

-, ma lascia Colonia per trasferirsi di nuovo a Berlino, dove nel settembre del 1933 viene chiamato dalla più prestigiosa Università tedesca, l'Università Friedrich-Wilhelm⁹⁴⁷. Uno dei biografi del giurista tedesco commenta: «*extraordinaire destinée que celle de ce juriste antiweimarien qui succède, à Berlin, au père de la constitution de Weimar, Hugo Preuß, de ce juriste antinormativiste qui aurait pu succéder au plus illustre représentant du normativisme juridique, Hans Kelsen (l'adversaire privilégié)!*»⁹⁴⁸.

In un saggio del 1940 – *Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts* - Schmitt stesso espone le ragioni del rifiuto di andare a Vienna e della scelta di vivere a Berlino quelli che si sarebbero rivelati gli anni cruciali della storia della Repubblica⁹⁴⁹. Come è sua abitudine, è di se stesso che Schmitt parla quando evoca grandi autori del passato. Fondamentalmente, Schmitt voleva essere presente là dove accadeva la storia, ed era a Berlino, non a Vienna, che si trovava il baricentro della vita politica. Lorenz von Stein aveva analizzato a Parigi il movimento sociale del XIX secolo, ma è a Berlino che avrebbe dovuto osservare l'evoluzione dei rapporti tra Stato e società borghese, non a Vienna dove Stein scelse di insegnare per decenni e dove il suo pensiero girava, per così dire, a vuoto.

A partire dal 1930 Schmitt diviene un consigliere giuridico coinvolto nel funzionamento del sistema presidenziale, ed ha perciò accesso all'élite politica e culturale prussiana. Le sue tesi sullo stato d'eccezione e sui poteri dittatoriali del Presidente riscuotono grande interesse sia presso l'*entourage* di Hindenburg sia presso i ministri degli Interni e della Reichswehr. Il giurista aspirerebbe ad essere per la Germania – questa la tesi di Olivier

⁹⁴⁷ Cfr. sulla carriera accademica di Schmitt P. Tomissen, *Bausteine zu einer wissenschaftlichen Biographie (Periode: 1888-1933)*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 71-100 (:).

⁹⁴⁸ D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, cit., p. 93.

⁹⁴⁹ C. Schmitt, *Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts* (1940), in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 156-160. In questo saggio Schmitt si chiede quali sarebbero stati gli sviluppi del pensiero di Stein se dopo la rivoluzione del 1848 si fosse trasferito invece che a Vienna – dove rimase per più di trent'anni – nella capitale prussiana: «ein Gelehrter und Denker der politischen Entwicklung wird auch in seinem persönlichen Schicksal von den Kräften erfaßt, an denen er denkend und betrachtend teilnimmt. Aber es wird auch umgekehrt durch die Betrachtung des persönlichen Schicksals eines solchen Denkers sichtbar, was es bedeutete, daß der Staat Preußen und nicht das Völker- und Völkergruppengebilde der Habsburgischen Monarchie die politische Einheit Deutschlands herbeiführte. (...) In Wien stand der große Beobachter des europäischen Schicksals von Staat und Gesellschaft abseits des eigentlichen Kraftfeldes» (*Ivi*, p. 159).

Beaud - una sorta di «nuovo Machiavelli», ad indicare la via politica e costituzionale per uscire dalla crisi nella quale la repubblica si dibatte⁹⁵⁰.

Nel biennio 1930-32 Schmitt concilia in modo apparentemente paradossale riforma della costituzione e difesa della costituzione: entrambe, la riforma e la difesa, vanno nella direzione del rafforzamento del sistema presidenziale contro la restaurazione del regime parlamentare. Al Presidente, miglior rappresentante dell'unità dello Stato in forza della sua legittimità plebiscitaria, Schmitt riconosce il valore della *Überparteilichkeit* e della neutralità istituzionale. Al Presidente spetta, nella situazione critica, di imporre la propria volontà «oggettiva» alle forze sociali organizzate, cioè al pluralismo dei partiti, dei sindacati, dei gruppi di interesse, alle spinte centrifughe del sistema federale dei Länder. Costruire un governo «*au-dessus des partis*» è lo scopo, condiviso da Schmitt, del *Präsidentsystem*. Ciò che interessa al giurista è corroborare l'autorità del governo giacché dalla crisi politica, economica e sociale che pesa sulla Germania si può uscire solo con uno Stato forte, libero dagli impedimenti del pluralismo politico-partitico, fondato sui principi di un'economia a struttura corporativa che concili proprietà privata ed economia di mercato da un lato, dirigismo economico ed integrazione sociale dall'altro. Questo tipo di Stato non può essere lo «Stato liberale neutrale», né lo «Stato-providenza», ma soltanto lo «Stato totale per forza» capace di imporre la propria volontà politica.

Le riforme cui si interessa Schmitt nel biennio 1930-32 sono di varia natura: la riforma del sistema elettorale, la riforma dell'esecutivo, ovvero dei rapporti tra esecutivo e legislativo, e la riforma del federalismo⁹⁵¹. Ma che cosa intende Schmitt per 'riforma'? Egli non intende affatto percorrere la via della revisione costituzionale secondo la procedura prevista dall'art. 76 WRV, ma affidarsi all'interpretazione: poiché i rapporti di forza rendono impossibile una revisione formale e soprattutto perché, coerentemente con la propria concezione della costituzione positiva come decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente, sostiene la tesi dell'inviolabilità della costituzione, «egli difende l'idea della 'semplice' riforma non scritta della costituzione derivante da una 'giusta'

⁹⁵⁰ O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes, 1997, p. 39.

⁹⁵¹ Cfr. la conferenza schmittiana del novembre 1932, immediatamente successiva quindi al processo *Preußen contra Reich*, dal titolo *Konstruktive Verfassungsprobleme*, raccolta in C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, cit, pp. 55-64, dove il giurista afferma: «Die Fehlkonstruktionen zeigten sich nun in der Unzahl der Verfassungsprobleme, die uns heute geradezu überwältigen. Ich denke hier an das Reichsproblem, das Wahlrechtsproblem, das Regierungsproblem, aber auch an das Problem der Grundrechte, hinter dem sehr interessante organisatorische Fragen stecken» (*Ivi*, p. 55).

interpretazione»⁹⁵². Schmitt immagina, cioè, un dispiegamento, da parte del Presidente e del governo, di tutte le potenzialità racchiuse nella Costituzione di Weimar nel senso di una ‘democrazia dittatoriale’ o, viceversa, di una ‘dittatura democratica’, senza intervenire a modificare il testo della costituzione. Il giurista sembra a tratti convinto che il destino della costituzione e della Repubblica sia in larga misura nelle mani della scienza giuridica, in particolare dei giuspubblicisti, e che questi ultimi possano svolgere un ruolo decisivo nella soluzione della crisi. Le sue considerazioni politiche muovono dalla valutazione molto positiva del ruolo del giurista, eredità del pensiero di Savigny. Poiché la costituzione è, nella sua seconda parte, un compromesso politico tra sistemi di valori contraddittori, spetta agli interpreti scoprire la sua logica interna, liberandola dalle contraddizioni. Schmitt dunque non ripudia in blocco la costituzione del 1919, ma, dopo averne constatata l’eterogeneità, si propone di mostrare la coerenza del nucleo fondamentale. L’interpretazione può allora contribuire a portarne alla luce i principi sostanziali – centrati per Schmitt attorno alla figura del Presidente, come vertice della burocrazia e dell’esercito – lasciando in ombra i principi *rechtstaatlichen* e pluralisti. La critica schmittiana del parlamentarismo si accompagna non tanto ad un progetto di revisione formale della costituzione, quanto ad una sua ‘interpretazione autentica’ nello sforzo di ricostruire, con il solo strumento dell’interpretazione, uno Stato forte.

Si tratta certamente di una sopravvalutazione da parte di Schmitt sia del ruolo del giurista in generale, sia della sua propria influenza sugli eventi politici di Berlino. Secondo Hans Mommsen «*die Zerstörung der Weimarer Republik in der Phase der Präsidialkabinette ist schwerlich auf das Handeln oder Versagen einzelner Individuen zurückzuführen. Die Strukturschwäche der auf der Pariser Friedenskonferenz ins Leben gerufenen parlamentarischen Systeme war (...) schon an der Schwelle der 30er Jahre evident. Daß das parlamentarische System in Deutschland bis zur Bildung des Kabinetts Brüning Bestand hatte, ging wesentlich auf die außen- und finanz-politische Abhängigkeit des Reiches zurück, die nicht zuletzt in der Reparationsfrage hervortrat. Im Innern war das parlamentarische Prinzip schon seit den Juniwahlen von 1920 im Rückzug. (...) Ideologisch war die Wendung zum autoritären Regime im neokonservativen Schrifttum seit Oswald Spengler und Arthur Moeller van den Bruck, zugleich in der Programmatik des rechten Flügels der DNVP seit langem vorbereitet*»⁹⁵³.

⁹⁵² D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, cit., p. 95.

⁹⁵³ H. Mommsen, *Regierung ohne Parteien. Konservative Pläne zum Verfassungsumbau am Ende der Weimarer Republik*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-*

Secondo Olivier Beaud, che in *Les derniers jours de Weimar* si interroga sul paradosso di questa democrazia incapace di difendersi dai propri nemici interni indagando il rapporto tra la teoria schmittiana e la prassi politico-costituzionale degli anni 1930-32, adottando cioè il punto di vista privilegiato di un attore direttamente impegnato all'epoca nella ricerca di una soluzione alla crisi in cui versava la prima democrazia tedesca, Schmitt, «*avant de devenir le Kronjurist des nazis, fut, avant 1933, le principal défenseur de la thèse du coup d'État visant à les empêcher d'accéder au pouvoir*»⁹⁵⁴. Beaud si chiede: «*comment peut-il donc plaider un État fort sans vouloir modifier la Constitution? Autrement dit, comment peut-il vouloir changer substantiellement la Constitution (reform de l'État), sans la modifier formellement?*». La risposta che Schmitt discretamente sembra dare è quella che fa appello allo spirito della costituzione per legittimare una deroga alla lettera della costituzione stessa: «*il déclare – questa è la ricostruzione di Beaud - qu'il suffit d'utiliser les moyens disponibles. En réalité, cette double prémisse – créer un État forte et user de moyens disponibles – ne laisse ouverte qu'une sol possibilité. La réforme de la Constitution par un coup d'État*»⁹⁵⁵.

In effetti, negli anni 1930-32 l'evoluzione della costituzione weimariana dal sistema parlamentare al sistema dei governi presidenziali è avvenuta a prescindere da modifiche formali – cioè in assenza di revisione – del testo costituzionale: il *Präsidialsystem* si è affermato *ratione necessitatis* e l'annoso conflitto tra il Reich e la Prussia – che nel 1919 Preuß non riuscì a risolvere con gli strumenti del diritto e della politica – venne risolto col colpo di Stato del 20 luglio 1932, noto come *Preußenschlag*.

Per quanto riguarda il dettaglio delle riforme attorno alle quali ruotava il dibattito in quegli anni, Schmitt partecipa con Johannes Popitz alla redazione di un progetto di riforma del sistema elettorale mirante a sostituire il sistema maggioritario uninominale al sistema proporzionale per liste: lo scopo ufficiale di tale iniziativa era di porre fine alla dispersione degli elettori, alla frammentazione del sistema partitico e alla conseguente instabilità di governo che paralizzava le istituzioni weimariane⁹⁵⁶.

1933. *Handlungsspielräume und Alternativen*, München, Oldenbourg Verlag, 1992, pp. 1-18 (: 1).

⁹⁵⁴ O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, cit., p. 21.

⁹⁵⁵ *Ivi*, pp. 105-106.

⁹⁵⁶ Cfr. sul progetto schmittiano di riforma del sistema elettorale P. Tomissen, *Bausteine zu einer wissenschaftlichen Biographie (Periode: 1888-1933)*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 71-100 (: 88-90). Tomissen riporta un brano tratto da un'intervista radiofonica di Schmitt risalente al febbraio 1933. Il giurista, che già a partire dal 1930 si era adoperato per una riforma del sistema elettorale, in questa circostanza afferma: «*ich will wissen und suche zu begreifen, was heute bei einer Wahl eigentlich vor*

L'abrogazione dello scrutinio proporzionale – previsto dal testo costituzionale all'art. 22 – rendeva necessaria una revisione costituzionale⁹⁵⁷. Nel saggio *Reichs- und Verfassungsreform* (1931)⁹⁵⁸ Schmitt giustifica la riforma elettorale perché resa necessaria dalla destabilizzazione politica seguita all'emergere prepotente della NSDAP alle elezioni legislative del settembre del 1930⁹⁵⁹. In realtà, l'intenzione di favorire la formazione di coalizioni di maggioranza stabili mediante la bipolarizzazione del sistema partitico secondo l'asse destra-sinistra significava, politicamente, far esplodere la *Große Koalition* - composta da *Deutsche Demokratische Partei* (DDP), *Zentrum* cattolico e *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) - che aveva fondato la Repubblica di Weimar e sostenuto i governi parlamentari negli anni centrali e relativamente stabili della Repubblica (1924-1929)⁹⁶⁰. Per Schmitt le

sich geht. (...) Ich möchte im Augenblick sagen, daß eine Wahl heute in Deutschland eine ungeheuerliche Option zwischen Weltanschauungen und Staatsformen, Wirtschafts- und Gesellschaftssystemen ist. Mehrmals im Jahre soll ein großes Volk zwischen fünf total verschiedenen Weltanschauungen optieren».

⁹⁵⁷ L'art. 22 WRV dispone: «I deputati sono eletti con elezione generale, uguale, immediata e segreta da uomini e donne che abbiano raggiunto il 20° anno d'età, secondo i principi generali della rappresentanza proporzionale. Le elezioni dovranno aver luogo di domenica o in altro giorno festivo. Le disposizioni più particolari sono contenute nella legge elettorale del Reich» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., pp. 194-195).

⁹⁵⁸ C. Schmitt, *Reichs- und Verfassungsreform*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1931, n. 36, pp. 5 ss.

⁹⁵⁹ Cfr. sulla questione delle riforme costituzionale ed elettorale negli ultimi anni della Repubblica, in particolare, durante il governo Papen, E. Kolb – W. Pyta, *Rettung durch Staatsnotstand? Die Planung des Ernstfalls unter den Regierungen Papen und Schleicher*, in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., pp. 159-160: «Für Papen und Gayl war die eigentliche raison d'être des Kabinetts eine substantielle Verfassungsreform mit dem Ziel einer Umkonstitutionierung der parlamentarischen Republik in einen konservativ-autoritären „Neuen Staat“ stark vorkonstitutionellen Gepräges. (...) Die Reform habe auszugehen von einer Änderung des Wahlrechts, in dem die von weitesten Kreisen unseres Volkes schwer empfundene Herrschaft der Parteibürokratie wurzle».

⁹⁶⁰ Cfr. H. Schulze, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 81-101. La DDP è il partner più giovane dell'alleanza repubblicana, ma è, in realtà, il partito che ha alle spalle la più lunga tradizione, affondando le proprie radici addirittura nel liberalismo del *Vormärz*: i precursori della DDP si erano divisi in diversi gruppi politici nel parlamento della *Paulskirche* all'epoca della Rivoluzione del 1848 e nel Landtag prussiano, all'epoca del conflitto costituzionale del 1862-66, si erano battuti, invano, per la parlamentarizzazione della Prussia, ma erano stati sconfitti dal cancelliere Bismarck. L'influenza dell'ala sinistra, democratica, dei liberali diminuì con la scissione dei tedesco-nazionali che giunsero ad una conciliazione con lo stato piccolo tedesco di Bismarck. Essendo ostile al cancelliere, l'autentico spirito liberale, così come la socialdemocrazia e il centro cattolico, rimase escluso dalla politica ufficiale dello Stato. Secondo lo storico Schulze «il grande merito

prerogative del Presidente e del governo non devono essere guardate in democrazia con lo stesso sospetto che si nutriva nei confronti del re e dell'esecutivo durante il regime monarchico-costituzionale del XIX secolo. Le ragioni che muovono Schmitt a criticare il sistema proporzionale sono anche di natura teorica e rinviano immediatamente al suo concetto di democrazia di matrice rousseauiana: le elezioni devono consistere nella designazione dei rappresentanti da parte di cittadini aventi di mira l'*intérêt général* della collettività, non interessi particolari, come quelli politico-

della DDP è la fondazione della Costituzione di Weimar sotto il profilo della teoria statale e del diritto pubblico. La redazione delle costituzioni è sempre stata in Germania affare riservato ai dotti, e in nessun partito ve ne sono come nella DDP. (...) con la formulazione del testo della costituzione sono raggiunti quasi tutti i fini reali del liberalismo di sinistra tranne uno. Lo smembramento della Prussia e la trasformazione del reich in uno Stato unitario decentrato» (*Ivi*, p. 93). A causa della cronica debolezza del liberalismo politico in Germania, l'elettorato della DDP si assottigliò rapidamente negli anni di Weimar, in primo luogo a vantaggio dei tedesco-nazionali della *Deutsche Volkspartei* (DVP).

Il secondo elemento della coalizione di Weimar è il *Zentrum*. Di primo acchito può stupire un'alleanza tra un partito cattolico, costruito sulla base di una tavola di valori di stampo religioso ed avente esigenze di carattere prevalentemente culturale e civile (si pensi al problema dell'educazione e della scuola confessionale), e il partito socialdemocratico, essenzialmente areligioso e richiamantesi ai principi dell'illuminismo. Entrambi i partiti condividono però due aspetti di grande rilievo: rappresentano grosse porzioni di popolo che fino al crollo del II Reich in Germania erano state discriminate – cioè la classe operaia e i cattolici – e sono stati vittime dell'oppressione statale di Bismarck – i cattolici all'epoca del *Kulturkampf*, i socialisti all'epoca della legge speciale espressamente orientata contro di loro.

La SPD rimase fino al 1932 il partito più consistente del Reichstag. Senza di essa la Repubblica di Weimar non sarebbe sorta affatto. Ed è grazie ad essa che gran parte del movimento operaio si riconobbe nel nuovo regime. Il suo limite fu, però, che restò un partito di operai e non riuscì ad allargare la base del proprio elettorato fino a comprendere settori della piccola e media borghesia; per di più i lavoratori cattolici rimasero fedeli al partito del Centro, e i lavoratori della terra, sia a causa del loro tradizionale legame con il patronato conservatore sia a causa della rinuncia della SPD nella prima guerra mondiale a sostenere l'agitazione nelle campagne, non furono mai attratti dalla politica dei socialdemocratici. Ciononostante sulla SPD gravò il peso maggiore delle responsabilità negli anni della Repubblica: in Prussia la SPD locale rimase al governo del Land – con un'unica, breve interruzione nel 1921 - fino al colpo di Stato del 1932. Nel Reich, al contrario, dove è costretta ad alleanze con partiti borghesi, passa spesso da ruoli di governo a ruoli di opposizione. D'altra parte, prima della guerra la SPD si era abituata ad una situazione di opposizione di principio allo Stato, giustificata non solo dalla situazione politico-costituzionale del Reich, ma anche dall'ideologia su cui era fondata. Tutti i congressi socialdemocratici degli anni di Weimar – nota ancora Schulze (*Ivi*, p. 90) – erano dominati dal dilemma: la Repubblica di Weimar è uno Stato democratico di popolo o una democrazia solo formale che maschera la difesa di interessi borghesi e capitalistici? Negli scritti di Otto Kirchheimer, in particolare, il dilemma democrazia politica/democrazia sociale è evidente.

partitici. Il sistema proporzionale delle liste assicura ai partiti – che decidono sulla composizione delle liste – una posizione di mediazione tra i cittadini ed i rappresentanti che Schmitt, sulla base del principio di identità come principio democratico della forma politica moderna consistente nell'immediata presenza del popolo, non può che giudicare negativamente. A causa della mediazione dei partiti di massa strutturati, le elezioni cessano di essere lo strumento di designazione dei rappresentanti della nazione intera, dell'unità politica, e trasformano il cittadino-elettore in un partigiano che sceglie di mandare in parlamento agenti di partito.

La 'riforma' e la 'difesa' della costituzione – concetti che sembrano contraddirsi reciprocamente - si conciliano invece in Schmitt, che vede un possibile superamento della democrazia parlamentare nella ristrutturazione del Reich attorno alla figura del Presidente della repubblica, vertice della Reichswehr e della burocrazia. La riforma dell'esecutivo nel senso del suo rafforzamento è una costante della riflessione schmittiana degli anni Venti, che affonda le proprie radici negli studi risalenti alla prima guerra mondiale: basti pensare al saggio del 1916 *Diktatur und Belagerungszustand*, da cui emergono le simpatie del giurista per la soppressione, in caso di emergenza, della separazione tra potere esecutivo e potere legislativo. Si possono individuare tre fasi nell'evoluzione della posizione del giurista in favore di un modello plebiscitario di democrazia che si è voluto chiamare 'democrazia dittatoriale di massa' o 'dittatura democratica di massa'. La prima va dal libro *La dittatura* ai saggi di diritto costituzionale del 1924-1925, *Reichstagsauflösungen e Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, passando per il saggio sul parlamentarismo del 1923. In questi testi Schmitt individua nell'esecutivo il nucleo duro del potere dello Stato moderno, denuncia l'incapacità del parlamento di integrare politicamente le masse nel nuovo Stato democratico, difende il diritto del Presidente di sciogliere il Reichstag anche ripetutamente per lo stesso motivo – criticando perciò l'interpretazione letterale del limite della *Einmaligkeit* contenuto nel testo dell'art. 25 WRV⁹⁶¹ – qualora questo motivo sia l'incapacità del parlamento di sostenere un governo, infine afferma la superiore capacità rappresentativa del Presidente rispetto al parlamento, negando l'eguaglianza dei due rappresentanti del popolo e costruendo le basi teoriche per il proprio sostegno al regime presidenziale. La legittimità del Presidente eletto dal popolo sta a quella di un parlamento diviso in partiti così come la rousseauiana *volonté générale* sta alla *volonté de tous*: la prima è l'autentica

⁹⁶¹ Cfr. Capitolo III paragrafo 3.1. Va ricordato che nella Repubblica di Weimar il Reichstag è stato sempre sciolto prima della scadenza naturale della legislatura e in quattordici anni, dal 1919 al gennaio 1933, si sono succeduti venti governi, contro i soli sette cancellieri del cinquantennio 1871-1918.

volontà della comunità politica, il Presidente è il vero rappresentante dell'unità del popolo. La seconda fase è quella in cui Schmitt si occupa degli strumenti della democrazia diretta – referendum e proposta di legge di iniziativa popolare – e pubblica l'*opus magnum*, ovvero *Dottrina della costituzione*, i cui concetti centrali, come si è tentato di mostrare, sono il concetto di potere costituente e, strettamente legato ad esso, il concetto di potere di revisione costituzionale. Anche in questi testi la predilezione schmittiana per il rapporto diretto capo-masse non è celata: da un lato l'*acclamatio* del popolo è *acclamatio* di un duce, dall'altro la concezione diretta-identitaria, rousseauiana, della democrazia è conciliata col concetto di dittatura. Inoltre la difesa schmittiana della sfiducia costruttiva contro le possibili maggioranze negative nel Reichstag ha un immediato risvolto costituzionale: nella difficile situazione parlamentare dell'epoca di Weimar ritenere invalido un voto di sfiducia che non fosse espresso da una maggioranza in grado di formare un altro governo significa rendere il governo responsabile unicamente verso il Presidente della Repubblica. La sfiducia costruttiva è pensata per rafforzare l'esecutivo di fronte al parlamento e muovere in direzione di un superamento del «labile equilibrio» del sistema parlamentare nel sistema presidenziale. Ma la teoria costituzionale e la prassi politica weimariana non accolsero il principio difeso da Schmitt in *Dottrina della costituzione*. La terza fase della riflessione di Schmitt coincide con il periodo berlinese: l'analisi adesso si concentra sull'art. 48 della Costituzione di Weimar. Alla tentazione opportunistica dei partiti, al pluralismo e al parlamentarismo, Schmitt contrappone la soluzione 'bonapartista' del sistema presidenziale incentrato sul ruolo del Capo dello Stato. La teoria dello Stato d'eccezione, che rende necessaria la dittatura e la soppressione, in essa, della separazione di esecutivo e legislativo; la distinzione tra costituzione e legge costituzionale, che giustifica la violazione di singole disposizioni costituzionali in nome della difesa della «sostanza» della costituzione; lo smembramento della Costituzione di Weimar, in una componente liberale e impolitica o anti-politica e in una componente democratica e politica, che fonda la critica dello Stato di diritto e del parlamentarismo; la contrapposizione della democrazia plebiscitaria alla democrazia parlamentare – quest'ultima per Schmitt è una contraddizione in termini -; il principio democratico d'uguaglianza inteso come omogeneità sostanziale del popolo e la condanna speculare dell'individualismo e del pluralismo; il criterio del politico come grado d'intensità della relazione di ostilità, che giustifica l'eliminazione del nemico interno; la dottrina secondo la quale il potere costituente del popolo non si esaurisce mai nelle istituzioni ma resta sempre presso il popolo che può – non ha importanza mediante quale forma

di espressione della propria volontà politica - abrogare la costituzione dello Stato borghese di diritto e fondare un nuovo ordine politico; infine l'appoggio al sistema presidenziale rispetto al sistema parlamentare, e allo Stato militare ed amministrativo forte rispetto allo Stato di partiti: tutto ciò forma l'inventario teorico dell'opera schmittiana, il cui orientamento antiweimariano si mostra in tutta la sua portata nei primi anni Trenta. Viceversa, la dottrina dell'inviolabilità della costituzione – cioè la tesi, argomentata a partire dai concetti di potere costituente e di costituzione come decisione fondamentale, dell'esistenza di limiti materiali alla revisione costituzionale attuabile ai sensi dell'art. 76 - fa senza dubbio di Schmitt, nel biennio 1931-32, un convinto avversario dei partiti anti-weimariani, in particolare del partito nazionalsocialista. L'inviolabilità della costituzione comporta infatti l'esclusione dei partiti anti-sistema dalla partecipazione alla competizione elettorale e l'interdizione di una «rivoluzione legale» mascherata da revisione costituzionale. L'ascesa della NSDAP è all'origine di due delle più acute riflessioni schmittiane: la critica dell'uguaglianza delle *chances* nella conquista del potere e la denuncia del pericolo di una «rivoluzione legale». In realtà, però, la tesi dell'inviolabilità della costituzione è diretta, prima che contro i partiti politici ostili alla Repubblica di Weimar, contro il positivismo giuridico ed il suo concetto assiologicamente neutro di legalità, contro il pluralismo politico, contro i partiti della coalizione di Weimar⁹⁶². Che cosa intende allora Schmitt per 'difesa' della costituzione? Nient'altro che il rafforzamento dell'autorità presidenziale. Il *Custode della costituzione* (1931) è il primo libro pubblicato a Berlino sotto l'influenza esercitata sul giurista dal nuovo *milieu* della capitale del Reich; *Legalità e legittimità* (1932), invece, è l'ultima opera di una certa consistenza pubblicata prima della conquista del potere da parte di Hitler e dei nazionalsocialisti.

È su questi testi dei primi anni Trenta che si concentrerà l'attenzione nei prossimi paragrafi. Prima però di passare all'analisi dei testi, si accenna alla terza importante riforma all'ordine del giorno a Weimar, la riforma dello stato federale, e si ricostruisce la vicenda che ne è la drammatica conclusione, il *Preußenschlag*.

La *Reichsreform* ha di mira la struttura federale del Reich: la Repubblica di Weimar è caratterizzata dall'assenza di unità di decisione tra il Reich e i Länder – il problema del federalismo, si è mostrato nel secondo

⁹⁶² David Cumin insiste sulla dottrina schmittiana dell'inviolabilità della costituzione facendone notare il paradosso: «ce sont les libéraux (positivistes) – avant d'émigrer – qui ouvrent la voie à la «révolution légale» d'Hitler, tandis que les antilibéraux (antipositivistes) – avant de se rallier – lui font obstacle!» (D. Cumin, Carl Schmitt. *Biographie politique et intellectuelle*, cit., p. 113).

capitolo, è, insieme a quello del parlamentarismo, uno dei banchi di prova del 'sovrano' schmittiano, ovvero del decisionismo schmittiano come teoria giuridica alternativa al normativismo kelseniano – e da un profondo disequilibrio territoriale e demografico dei Länder tra loro, essendo la Prussia in posizione dominante o «egemonica» - come si soleva dire durante il II Reich - rispetto agli altri Länder. Sono frequenti nell'età di Weimar tanto i conflitti tra il governo federale e il governo di un Land, quanto i conflitti tra Länder. Il problema principale però resta quello del dualismo Reich-Prussia. Nel II Reich il Kaiser era insieme anche re di Prussia; analogamente il cancelliere del Reich ricopriva anche la carica di primo ministro prussiano; infine la presidenza del Bundesrath apparteneva di diritto allo Stato prussiano. Venuta meno a partire dal 1918 l'unione personale – cioè nelle persone del Kaiser e del cancelliere – tra la Prussia ed il Reich, la Prussia, divenuta repubblicana e a lungo governata dai socialdemocratici, conserva la sua antica centralità, essendo la regione più estesa, più popolosa e più forte del Reich. Il governo prussiano non è un semplice governo regionale, organo d'esecuzione – così stabilisce la costituzione – del governo centrale, ma è un secondo governo del Reich che, a fianco del governo centrale, se non in competizione o in aperto conflitto con esso, dirige la politica dei due terzi del Paese.

Insieme al pluralismo e alla policrazia, il federalismo – già discusso nell'ultima parte di *Dottrina della costituzione* - è uno dei temi che Schmitt riprende nel 1931 in *Il custode della costituzione*. Nell'epoca della democrazia di massa in cui la distinzione tra Stato e società non è più attuale e lo Stato diviene piuttosto l'«auto-organizzazione della società», il problema dell'«autonomia amministrativa» perde il significato che aveva durante il regime monarchico-costituzionale. Il Reich bismarckiano era un Bund monarchico ad egemonia prussiana nel quale il Reichstag era eletto a suffragio universale e rappresentava l'unità nazionale: principio monarchico e principio democratico, principio unitario e principio federale erano contraddittoriamente compresenti, ma, proprio perché contraddittori, potevano, all'occorrenza, essere giocati l'uno contro l'altro per salvaguardare l'unità contro le tendenze centrifughe o, viceversa, per garantire le autonomie locali contro l'egemonia prussiana. Il II Reich riposava, cioè, su un compromesso costituzionale tra monarchia e democrazia, declinato come compromesso tra federalismo (monarchico) del Bundesrat e parlamentarismo (democratico) del Reichstag: perciò parlamentarismo e federalismo potevano apparire, nell'età monarchico-costituzionale, principi opposti e contraddittori. L'Assemblea Nazionale di Weimar ha conservato la struttura federale del Reich, affermando però contemporaneamente l'unità nazionale del popolo tedesco: l'unità non

riposa su un trattato federale tra principi, ma sul potere costituente del popolo. In *Dottrina della costituzione* Schmitt definisce la Repubblica di Weimar «uno Stato federale senza fondamento federativo» e, a proposito del rapporto problematico tra democrazia e federalismo, scrive: «l'unione di democrazia e organizzazione statale federale conduce ad un tipo peculiare ed autonomo di organizzazione statale, allo Stato federale senza fondamento federativo. Apparentemente è questo un concetto contraddittorio. (...) Formazioni politiche come gli Stati Uniti d'America o il Reich tedesco della Costituzione di Weimar non sono più una federazione (...) Con il concetto democratico del potere costituente di tutto il popolo è abolito il fondamento federativo e con questo il carattere federale. L'organizzazione statale federale, che ciononostante può essere ancora mantenuta, è allora una parte dell'organizzazione costituzionale di tutto quanto lo Stato e fonda una specie particolare di Stato»⁹⁶³. In *Il custode della costituzione* il tema del rapporto problematico tra democrazia e federalismo è ripreso ed approfondito. Nella *Massendemokratie* di Weimar, in cui lo Stato si riduce per Schmitt a un *Parteienstaat*, il regime dei partiti si insedia completamente nella struttura federale del Reich e i Länder divengono i bastioni non tanto delle autonomie locali, quanto dei partiti nella loro lotta contro lo Stato centrale. In effetti, quando il Reich e un Land si ritrovano davanti allo *Staatsgerichtshof*, a fronteggiarsi non sono due istituzioni, bensì due coalizioni partitiche: le vere parti del processo sono le coalizioni di partiti.

Il processo *Preußen contra Reich* celebrato a Lipsia nell'ottobre del 1932 è certamente il più noto dei conflitti costituzionali dell'età di Weimar⁹⁶⁴. All'origine del processo si colloca il *Preußenschlag* del 20 luglio 1932. Il cancelliere Papen era riuscito a convincere il Presidente Hindenburg, confermato alla suprema carica dello Stato nelle elezioni della primavera del 1932, a destituire il governo socialdemocratico della Prussia e a farsi designare commissario del Reich per il Land prussiano. Il ricorso presidenziale alla *Reichsexekution* (art. 48 c. 1 WRV)⁹⁶⁵ contro un Land

⁹⁶³ *VL*, p. 389; trad. it. pp. 507-508.

⁹⁶⁴ Cfr. sull'intervento del Reich in Prussia dal punto di vista storico-costituzionale E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VII. Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, Stuttgart-Berli-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1984, pp. 1005-1049; sul processo di Lipsia pp. 1120-1135.

⁹⁶⁵ Cfr. per una trattazione del significato della *Exekution* in uno Stato federale H. Kelsen, *Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung* (1927), trad. it. H. Kelsen, *L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla costituzione del Reich tedesco e*

della Federazione veniva giustificato con l'esigenza del ripristino della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico (art. 48 c. 2 WRV) dopo le violenze esplose tra forze di estrema destra e forze di estrema sinistra in seguito alle elezioni regionali dell'aprile del 1932 ed in vista delle imminenti elezioni politiche di fine luglio.

Con la destituzione del governo Braun-Severing si chiuse un capitolo straordinario della storia prussiana. Dopo il 1918 la Prussia, da Stato della dinastia degli Hohenzollern, si era trasformata nel più solido pilastro della Repubblica e della democrazia tedesca: infatti la costituzione di Weimar aveva soppresso *de jure*, ma non *de facto* l'egemonia della Prussia, la quale - governata fino al 1932 dai tre partiti dell'alleanza di Weimar (SPD, *Zentrum*, DDP) - aveva assicurato stabilità alla Germania nel suo insieme. Diversamente dalla situazione di incertezza e di instabilità del Reichstag, la politica di coalizione nel Landtag prussiano fu complessivamente una politica di successi. La permanenza di un governo socialdemocratico alla testa del più importante Land aveva però prodotto frequenti tensioni col governo federale. La vittoria elettorale dei nazionalsocialisti alle elezioni dell'aprile 1932 per il rinnovo della dieta prussiana, la crisi di governabilità della Prussia dove il governo socialdemocratico Braun-Severing rimase in carica per il disbrigo degli affari correnti nonostante fosse minoritario nel Landtag (ed in forza di un artificio giuridico), quindi l'avvicendamento tra Brüning e Papen al cancellierato nel mese di maggio, cioè l'ingresso di esponenti (Papen stesso e Schleicher) della destra nazionalista (DNVP) al potere in sostituzione di un uomo di centro-destra come Brüning fornirono l'occasione per risolvere *manu militari* l'annosa questione del rapporto Reich-Prussia - approfittando dei gravi disordini e delle violenze che, scatenate per motivi politici, periodicamente turbavano l'ordine pubblico -, e, soprattutto, per privare l'odiata Repubblica di Weimar del suo principale sostegno. Dunque il *Preußenschlag* del governo Papen, reso possibile dall'alleanza con la NSDAP e con l'esercito, non soltanto eliminò l'autonomia della Prussia repubblicana e democratica, ma segnò anche il destino della prima democrazia tedesca: non fu solo un attacco contro l'organizzazione federale del Reich, ma anche contro la Repubblica. L'attacco al federalismo spiega perché i Länder meridionali, in primo luogo la Baviera, si siano schierati subito a fianco della Prussia presentando al Presidente del Reich eccezione di illegittimità costituzionale contro il decreto del governo ai sensi dell'art 19 WRV⁹⁶⁶.

alla *Costituzione federale austriaca*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 73-141.

⁹⁶⁶ Cfr. sulla storia della vicenda del *Preußenschlag* il capitolo significativamente intitolato 'La minaccia della guerra civile' in H.A. Winkler, *La Repubblica di Weimar*, cit., pp. 547-

In questo *affaire* politico-costituzionale dell'ultima fase della Repubblica Schmitt gioca un ruolo da protagonista⁹⁶⁷: il teorico dello stato d'eccezione e dei poteri dittatoriali del Presidente è una sorta di «avvocato del governo»⁹⁶⁸, insieme a Jacobi e Bilfinger, nel processo che ha luogo a Lipsia, mentre il Land prussiano e gli altri Länder schieratisi al suo fianco sono rappresentati dal socialdemocratico Heller e da Anschütz, Nawiasky, Giese, Peters e Brecht. La questione da risolvere era la seguente: il commissario per la Prussia era stato insediato dal Presidente della Repubblica in maniera conforme alla costituzione? Il *Preußenschlag* era considerato dagli avversari del governo Papen un colpo di Stato (*Staatsstreich*), che metteva in pericolo i difficili equilibri di Weimar; dai sostenitori del governo, al contrario, una misura perfettamente costituzionale volta a salvare la Repubblica di Weimar. Ma, al di là della specifica controversia, il vero nucleo del contendere in un processo così altamente politico erano i poteri presidenziali disciplinati dall'art. 48 WRV e il federalismo. In questo caso concreto Schmitt può applicare le teorie sostenute in *Il custode della costituzione* e in *Legalità e legittimità*. Secondo il giurista e i conservatori in genere la situazione in cui versava la Prussia e, indirettamente, la Germania nel luglio del 1932 era una *latente Bürgerkriegslage*⁹⁶⁹.

597. L'art. 19 WRV dispone: «Il Tribunale costituzionale del Reich (*Staatsgerichtshof*), in quanto non vi sia la competenza di un altro organo giudiziario del Reich, decide, su richiesta di una delle parti contendenti, le controversie costituzionali (*Verfassungsstreitigkeiten*) che sorgano all'interno di un Land, per la cui soluzione non esiste alcun tribunale, ed altresì quelle di natura non privata fra diversi Länder, o fra il Reich e un Land. Il Presidente del Reich esegue le decisioni del tribunale costituzionale» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 194). Insieme ai ministri prussiani destituiti fecero causa comune contro il Reich davanti allo *Staatsgerichtshof* i governi di Baviera, Baden, Wurtemberg e Assia, che mantenevano l'interdizione nei confronti dei nazionalsocialisti.

⁹⁶⁷ Cfr. sul coinvolgimento di Schmitt negli eventi politici della capitale del Reich nel cruciale anno 1932 E.R. Huber, *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 33-50. Huber, che incontrò personalmente Schmitt in Turingia qualche giorno prima del *Preußenschlag*, si dice convinto che Schmitt fosse al corrente di quanto stava per accadere e ricorda: «ich habe mich, aus selbstverständlicher Diskretion, später nie bemüht zu erfahren, ob und in welcher Art Schmitt an der Vorplanung des „Preußenschlags“ teilgenommen hatte. Für seine aktive Beteiligung spricht vor allem, daß der „20. Juli“ das Grunderlebnis seines damaligen staatspolitischen Wirkens war und blieb. Es war nicht von ungefähr, daß die Reichsregierung ihm später die führende Vertretung des Reichs im Leipziger Prozeß übertrug» (*Ivi*, pp. 37-38).

⁹⁶⁸ O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, cit., p. 39.

⁹⁶⁹ Cfr. sull'uso dell'espressione „*latente Bürgerkriegslage*“ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VII*, cit., pp. 1012-1014.

La difesa schmittiana dell'operato del Presidente e del governo del Reich di fronte allo *Staatsgerichtshof* di Lipsia consta sia di argomenti di diritto costituzionale, per così dire, positivo, sia di argomenti di politica costituzionale. Quanto ai primi, l'applicazione congiunta dei due commi dell'art. 48 WRV – il primo sull'esecuzione in caso di inadempimento dei propri doveri nei confronti del Reich da parte di un Land, nella fattispecie la Prussia, e il secondo sui poteri dittatoriali d'emergenza per far fronte alla minaccia contro la sicurezza e l'ordine pubblico – è per Schmitt giustificata. Quanto ai secondi, sono tre i punti del discorso conclusivo di Schmitt al Tribunale di Lipsia che meritano di essere segnalati: 1. il giurista ribadisce la propria polemica contro i partiti e lo Stato di partiti e, implicitamente, si schiera dalla parte dei poteri «neutri» - il Presidente della Repubblica, l'esercito, la burocrazia -; 2. contesta l'opinione secondo la quale lo *Staatsgerichtshof* sarebbe il custode della costituzione ed afferma al contrario che un tale delicato compito di natura eminentemente politica spetta esclusivamente al Presidente; e 3. discute la questione «dell'onore e della dignità della Prussia» per negare alla Prussia il carattere della statualità⁹⁷⁰. Per quanto riguarda il pericolo per l'unità dello Stato costituito dai partiti politici «totali», Schmitt fa affermazioni dello stesso tenore di quelle sviluppate nel 1931 in *Il custode della costituzione*: «il Presidente del Reich, che sulla base dell'art. 48 ha poteri di diverso genere, può e deve esercitare in caso di necessità questi poteri anche nell'interesse dell'autonomia del Land. Infatti uno dei più grandi e peggiori pericoli per il nostro sistema di diritto federale, per il federalismo, per l'autonomia dei Länder consiste proprio nel fatto che, passando sopra i Länder, i partiti politici rigidamente organizzati e centralizzati si impadroniscono del Land, insediano i loro agenti, loro impiegati in un governo del Land (Prof. Heller: ciò è inaudito!) e così minacciano l'autonomia del Land. Da questo fianco, dal lato dei partiti, incombe perfino un pericolo del tutto speciale di continui disturbi della funzione, di continua minaccia della sicurezza e dell'ordine pubblico e anche di inadempienza dei doveri del Land nei confronti del Reich. Se ora si verifica questo caso – io parlo del tutto in astratto - ed il Presidente del Reich si vede costretto a procedere, ciò non è assolutamente in contrasto con l'autonomia del Land»⁹⁷¹. Per quanto riguarda la difesa della costituzione Schmitt avanza di fronte al Tribunale di Leipzig la tesi sostenuta sempre in *Il custode della costituzione* a proposito della distinzione, che è e deve restare una distinzione netta, tra politica e

⁹⁷⁰ C. Schmitt, *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig* (1932), in *PB*, pp. 204-210; trad. it. C. Schmitt, *Discorso conclusivo davanti alla Suprema Corte di Stato a Leipzig*, in *Id.*, *Posizioni e concetti*, cit., pp. 293-301.

⁹⁷¹ *Ivi*, p. 298.

giurisdizione: «È ricorso una volta l'espressione "custode della costituzione", e per l'esattezza è stato detto dal signor collega Nawiasky con particolare accentuazione e forse con frase polemica: l'Alta Corte di Stato è il custode della costituzione. Ma essa è e resta un *tribunale* e non ha altra risorsa che le particolarità di questa forma giurisdizionale e giudiziaria sviluppate dal signor collega Jacobi in modo assai efficace e mi sembra convincente. L'Alta Corte di Stato ha soltanto la protezione giudiziaria e giurisdizionale della costituzione. Dal momento che una costituzione è una struttura politica, vi è inoltre bisogno ancora di decisioni politiche essenziali, ed è sotto questo aspetto, io credo, che il Presidente del Reich è il custode della costituzione e proprio i suoi poteri derivanti dall'art. 48 tanto per gli elementi federalistici quanto per gli altri elementi della costituzione hanno soprattutto il senso di costituire un vero e proprio custode della costituzione»⁹⁷². Infine, per quanto riguarda la questione dell'«onore e dignità» della Prussia, Schmitt ricorda la vicenda personale del Presidente della Repubblica Hindenburg, il quale, nel 1866, in qualità di ufficiale prussiano, difese la Prussia, che allora si batteva per costruire l'unità politica della Germania, dal Bund tedesco, che aveva iniziato un procedura di esecuzione federale contro la Prussia stessa. Il giurista intende dire che rispetto alla vicenda del 1866, nel 1932 i ruoli sono invertiti: mentre allora era la Prussia a battersi per l'unità nazionale contro le resistenze della Lega, ora è il Reich a tutelare l'unità della Germania contro la minaccia costituita dalla convergenza, in Prussia, del federalismo e del sistema pluralistico dei partiti «totali». Schmitt dichiara infatti: «l'esecuzione (cioè la *Reichsexekution* prevista dall'art. 48 c. 1 WRV. *N. d. A.*) non ha adesso il senso di annientare il Land e distruggere la sua esistenza, ma al contrario di proteggere la Prussia dai pericoli che minacciano proprio questo Stato e questo Land. Si è qui parlato così tanto della statualità, della dignità e dell'onore della Prussia, posso infine porre a me stesso la domanda – io non la pongo a nessun altro, ma la pongo a me stesso: dove è dunque soppresso meglio tutto questo, la dignità e l'onore della Prussia: con i ministri in carica, privati del loro ufficio il 20 luglio (...) o con il Presidente del Reich von Hindenburg? A questa domanda non è per me difficile rispondere. È vero che la Prussia ha il suo onore e la sua dignità, ma l'amministratore e il custode di questo onore è oggi il Reich»⁹⁷³. È stato osservato che in questa importante circostanza processuale Schmitt sembra più preoccupato di difendere la Prussia e la Costituzione di Weimar dal governo prussiano (socialdemocratico) destituito – cioè dalla SPD, che non era affatto un

⁹⁷² *Ivi*, pp. 299-300.

⁹⁷³ *Ivi*, pp. 300-301.

partito nemico della costituzione – piuttosto che dai veri partiti anti-sistema: la NSDAP e la KPD – questi, sì, dichiaratamente nemici di Weimar. Il Presidente ed il governo del Reich avrebbero, nell’ottica di Schmitt, difeso l’opera della vecchia Prussia – l’unità nazionale – contro la coalizione dei suoi vecchi nemici – la SPD, il *Zentrum* cattolico e i Länder del Sud, storicamente gelosi delle proprie ampie autonomie -. Schmitt avrebbe così difeso le istituzioni e le forze che nel XIX secolo hanno lavorato per l’unità del Paese contro le forze politiche che a Weimar hanno dato alla Germania la forma della democrazia costituzionale, parlamentare, rappresentativa e federale⁹⁷⁴. Ciò che governa l’insieme del ragionamento schmittiano è senza dubbio la difesa del nucleo duro del potere statale, la difesa della statualità (*Staatlichkeit*) in sé e dell’unità politica della Germania di fronte ai rischi di una sua dissoluzione. Il processo di Lipsia – osserva Olivier Beaud – riporta alla memoria di Schmitt i peggiori ricordi del passato: «*il y voit la victoire de l’Allemagne du passé (du Saint-Empire romain-germanique), celle qui ne connaissait pas encore d’État, sur celle du présent, c’est-à-dire celle dotée d’un État depuis Bismarck. Après avoir raillé l’alliance hétérogène des adversaires du Reich (Länder et partis), il tire la grande leçon de ce procès de Leipzig qui semblerait avoir échappé à la conscience politique du peuple allemand. Cette leçon tient en un mot: le retour au Moyen Age et à la politique allemande du Saint-Empire romain-germanique*»⁹⁷⁵. Il rapporto del giurista con la storia costituzionale tedesca è complesso ed ambiguo: i suoi scritti, sin da *Dottrina della costituzione*, lasciano intendere, in effetti, che la sopravvivenza della struttura federale prevista dalla costituzione di Weimar sia un residuo storico del passato imperiale. Il federalismo, cioè, sarebbe destinato a scomparire, soggetto alla legge dell’evoluzione storica dello Stato moderno, evoluzione caratterizzata dalla tendenza all’unità politica e alla centralizzazione amministrativa sotto il duplice impulso delle dottrine liberali e democratiche. Ma più che ad un ritorno alla frammentazione del passato imperiale Schmitt pensa ad una nuova, inedita forma di frammentazione dello Stato. Ciò che Schmitt non cessa di ripetere negli scritti degli anni 1930-1932 è soprattutto la trasformazione di significato del federalismo: esso non riposerebbe più sul vecchio principio delle autonomie amministrative locali che ancora lo giustificavano nel XIX secolo, ma, col venir meno della distinzione tra Stato e società, rappresenterebbe un aspetto della trasformazione dello Stato del XX secolo da Stato neutrale in Stato totale. La convergenza del pluralismo dei partiti e del federalismo è espressa da Schmitt col termine *Parteienbundesstaat*, che

⁹⁷⁴ Cfr. D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, cit., pp. 122-127.

⁹⁷⁵ O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, cit., p. 171.

il giurista impiega nella conferenza *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, tenuta nel novembre del 1932 a processo concluso⁹⁷⁶.

Al processo di Lipsia Schmitt ha come avversario, tra gli altri anche il socialdemocratico Hermann Heller. La prima grande divergenza di vedute tra Heller e Schmitt investe la questione della giustizia costituzionale: mentre Schmitt, ancor prima di difendere la tesi della costituzionalità dell'ordinanza presidenziale del 20 luglio 1932, nega allo *Staatsgerichtshof* di Lipsia il diritto di esaminare *in concreto* la decisione del Presidente e riconosce in quest'ultimo, in quanto autorità politica e non giurisdizionale, la sola autorità competente per risolvere i conflitti costituzionali, Heller dichiara preliminarmente di ritenere la Corte competente a valutare le decisioni presidenziali prese sulla base dell'art. 48. L'altra divergenza verte proprio sull'interpretazione dell'art. 48 WRV, cioè sulla sua applicabilità al caso prussiano. Opponendosi frontalmente alle tesi di Schmitt, il giurista socialdemocratico elabora una strategia consistente in un'interpretazione della Costituzione che limita notevolmente il potere discrezionale del Presidente del Reich: l'argomento essenziale consiste nel dimostrare che le misure adottate dal Reich oltrepassano i limiti costituzionalmente stabiliti e l'ordinanza si configura, quindi, come un abuso di potere (*Ermessenüberschreitung*). Secondo Heller, anche ammesso che in Prussia si fosse verificata la violazione di un obbligo del Land nei confronti del Reich, la procedura di sanzione avrebbe dovuto essere quella prevista

⁹⁷⁶ C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, in Id., *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 71- 85 (: 72). Ad appena un mese di distanza dalla sentenza del processo *Preußen contra Reich* Schmitt trae un primo bilancio della vicenda: «der Preußenschlag vom 20. Juli hat die schlimmste Fehlkonstruktion der Weimarer Verfassung, den *Dualismus von Reich und Preußen*, im Kern gefaßt und an einer wichtigen Stelle korrigiert. Das ist als Aktivum und als ein Beweis von Mut zum Handeln anzuerkennen». Quanto alla convergenza di pluralismo di partiti e federalismo afferma: «Die Front, die in diesem Prozeß gegen das Reich auftrat, war in Leipzig wie auf einer Bühne sichtbar. Fraktionen und amtsenthobene Minister erschienen gemeinsam mit den auf ihre Staatlichkeit pochenden Ländern Bayern und Baden. Der Parteienbundesstaat enthüllte sich in seiner ganzen Klarheit und Deutlichkeit». Infine, in merito ai pericoli di un ritorno al passato anche a causa del mascheramento della politica sotto forma giurisdizionale, il giurista dice: «Wenn wir wirklich in eine neue Ära Leipziger Staatsgerichtshofprozesse hineingehen sollten, so fürchte ich allerdings, daß wir gar nicht anzufangen brauchten, von einem „starken Staat“ zu sprechen. Diese Gefahr ist jedem, der die Lehren der deutschen Verfassungsgeschichte und die Entwicklung des heutigen Parteienbundesstaates beachtet, deutlich erkennbar. In drei erbärmlichen Jahrhunderten ist die *politische Einheit* des deutschen Volkes *zugrunde* gegangen, und zwar, wie wir nicht vergessen sollten, an den Methoden *justizförmiger Politik!* Das war die Zeit des Reichskammergerichts von *Wetzlar* und des Reichshofrates. Mit einigem Entsetzen sah ich die Schatten dieser Zeit in Leipzig wieder auftauchen. Hoffen wir, daß sie bald verschwinden und nie wiederkehren» (*Ivi*, pp. 72-73, corsivi originali).

dall'art. 15, non quella prevista dall'art. 48 c. 1⁹⁷⁷: il Reich, destituendo il governo prussiano senza averlo prima messo in mora né consultato, avrebbe commesso un vizio di procedura (*Formenmißbrauch*) utilizzando una procedura non prevista (art. 48 c. 1) invece di una prevista (art. 15)⁹⁷⁸. Inoltre, viene contestato anche il ricorso al secondo comma dell'art. 48: la destituzione del governo prussiano non è affatto una sospensione provvisoria, ma una misura definitiva, in contrasto quindi con l'idea dei poteri dittatoriali del Presidente.

La sentenza del Tribunale di Lipsia fu un compromesso: da un lato sollevava il governo prussiano dall'accusa di non aver adempiuto ai suoi doveri (*Treupflicht*) nei confronti del Reich, dall'altro non danneggiava il prestigio del Presidente, né alterava o sminuiva in alcun modo la posizione di potere acquisita dal governo del Reich in Prussia⁹⁷⁹. Quella sentenza viene tuttora considerata come una decisione particolarmente equilibrata, sebbene in pratica inefficace a superare l'impasse tra Reich e Prussia. Fondata sulla distinzione tra le due diverse competenze previste dall'art 48 ai commi 1 e 2 (rispettivamente la *Reichsexekution* e la *Reichsdiktatur*)⁹⁸⁰, essa portò alla divisione del potere statale prussiano (*Teilung der preußischen Staatsgewalt*) tra il commissario del Reich ed il precedente governo Braun: al cancelliere Papen veniva riconosciuto il diritto di esercitare il potere al posto dei ministri destituiti, ma a questi ultimi restava

⁹⁷⁷ L'art. 15 WRV dispone: «Il governo del Reich esercita il controllo sugli affari rispetto ai quali compete ad esso la potestà legislativa. Esso potrà emanare disposizioni generali per disciplinare l'esecuzione da parte dei Länder delle leggi del Reich. Inoltre esso ha la facoltà, allo scopo di sorvegliare la detta esecuzione, di inviare propri incaricati presso le autorità centrali dei Länder, ed altresì, con il consenso di queste, presso gli uffici dipendenti» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 192).

⁹⁷⁸ Cfr. in merito alla contestazione della tesi schmittiana da parte di Heller la ricostruzione fatta in O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar*, pp. 139-146.

⁹⁷⁹ Cfr. E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789.VII*, cit., p. 1125.

⁹⁸⁰ Huber ricostruisce la decisione del Tribunale di Lipsia come segue: «die rechtliche Handhabe für die Spaltung der preußischen Staatsgewalt gewann das Urteil durch die scharfe Unterscheidung zwischen den beiden Kompetenznormen, auf der die Reichsintervention in Preußen beruhte, der Ermächtigung des Reichspräsidenten zur „Reichsexekution“ und zur „Reichsdiktatur“. Aus dieser begrifflichen Distinktion schloß das Urteil, dem Vorbringen der Antragsteller folgend (il governo prussiano. *N. d. A.*), daß die Feststellung einer Pflichtverletzung des Landes (Art. 48 Abs. 1) keine in das freie Ermessen des Reichspräsidenten gestellte, sondern eine rechtsgebundene, der Nachprüfung durch den Staatsgerichtshof unterworfenene Entscheidung sei. Die Feststellung einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit und Ordnung (Art. 48 Abs. 2) dagegen sei, von Mißbrauchsfällen abgesehen, in das unüberprüfbare Ermessen des Reichsoberhauptes gestellt» (*Ivi*, p. 1126).

il diritto di rappresentare la Prussia al Reichstag e al Reichsrat⁹⁸¹. Non sussistendo alcuna violazione di un obbligo federale da parte della Prussia, il Tribunale dichiarò che l'ordinanza del 20 luglio 1932 non poteva essere fondata sull'art. 48 c. 1. L'invocazione ricorrente, da parte di Schmitt e dei conservatori, della minaccia di una guerra civile fu rifiutata dai giudici, che si basarono, nella loro sentenza, più sulla valutazione oggettiva degli eventi che su un'«ideologia dell'ordine»⁹⁸². E, contrariamente a quanto sostenuto dagli avvocati del Reich, in particolare da Schmitt, il Tribunale ribadì la separazione concettuale, derivante tanto dalla genesi storico-costituzionale quanto dalla lettera della Costituzione del 1919⁹⁸³, tra il primo ed il secondo comma dell'art. 48: può certo verificarsi il caso in cui una violazione dell'obbligo di un Land (comma 1) costituisca un grave turbamento dell'ordine pubblico nell'intero Reich (comma 2), ma dall'eventualità della sovrapposizione dei «fatti generatori» o delle «fattispecie» (*Tatbestände*) non si può dedurre che le due disposizioni si confondano concettualmente, né che l'estensione dei poteri presidenziali e i limiti all'estensione di questi poteri siano nei due casi gli stessi. Gli argomenti schmittiani e quelli del Tribunale divergono anche in merito alla natura dei controlli sulle misure d'emergenza prese dal Presidente del Reich nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 48 c. 2: in nome di una sorta di teoria degli atti di governo, Schmitt escludeva la possibilità di un controllo giurisdizionale sulle misure presidenziali; il Tribunale, al contrario, si riconosceva competente a verificare la conformità alla costituzione anche delle misure presidenziali miranti a ristabilire l'ordine pubblico. Subordinando le misure presidenziali alla necessità di essere conformi all'integralità della Costituzione – dunque non solo all'art. 48 – il Tribunale da un lato ampliava il controllo giurisdizionale sull'operato del Presidente, dall'altro lato rigettava l'idea

⁹⁸¹ *Ivi*, pp. 1125-1126.

⁹⁸² Cfr. O. Beaud, *Les derniers jour de Weimar*, cit., p. 149.

⁹⁸³ *Ivi*, p. 147. L'art. 48 c. 1 WRV sulla *Reichsexekution* corrisponde all'art. 19 della Costituzione imperiale del 1871 che disponeva: «Quando i membri della Federazione non adempiano ai doveri federali che impone loro la costituzione, possono esservi costretti con misure esecutive (*Exekution*). Questa esecuzione è ordinata dal Bundesrath e compiuta dall'Imperatore». Mentre l'art. 48 c. 2 sui *Diktaturgewalten* corrisponde all'art. 68 RV che recepiva la legge prussiana sullo Stato d'assedio e che recitava: «L'Imperatore, se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Federazione, può dichiarare una parte di questo territorio in stato d'assedio. Fino a che una legge del Reich non abbia regolato i casi, la forma, la pubblicità e gli effetti di una simile dichiarazione, saranno applicate le prescrizioni della legge prussiana del 4 giugno 1851» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 166 e p. 180). Cfr. anche per alcune riflessioni di Preuß sull'art. 48 ai lavori della commissione costituzionale della Assemblea Nazionale di Weimar E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VII*, cit., p. 1126.

secondo la quale l'art. 48 fosse una sorta di «costituzione di riserva» indipendente dalla Costituzione weimariana nel suo insieme ed affermava l'esistenza di un minimo d'intangibilità della sua parte organizzativa.

Schmitt ha davvero voluto salvare la Repubblica di Weimar, come egli stesso afferma nelle note del 1958 alla nuova edizione di *Legalità e legittimità*, o non ha piuttosto concorso a determinarne il crollo? Esiste a questo proposito una accesa *querelle* che oltrepassa il problema dell'interpretazione da dare all'atteggiamento tenuto da Schmitt nella seconda metà del 1932 - cioè nel periodo che va dal *Preußenschlag*, al processo di Lipsia e alla nomina di Schleicher al cancellierato come successore di Papen, immediatamente prima della *Machtergreifung* di Hitler e dei nazisti - e che riguarda tutto l'insieme delle opere di Schmitt scritte fino a quel momento. Ci sono due tesi opposte: stando alla prima, il giurista con la propria interpretazione dell'art. 48 e con il proprio sostegno teorico alla politica dei governi presidenziali Brüning, Papen e Schleicher, avrebbe giocato il ruolo di affossatore della Repubblica; stando alla seconda - questa è la tesi di Schmitt stesso e di alcuni commentatori 'schmittiani' -, il giurista avrebbe invece voluto difendere le istituzioni di Weimar battendosi per l'interdizione dei partiti anti-sistema a partire dalla negazione dell'eguaglianza delle *chances* nella competizione per la conquista del potere. Vi è poi una terza tesi - quella avanzata da Carlo Galli - che si caratterizza per il realismo che la sottende: il ruolo di Schmitt nella crisi della prima democrazia tedesca, che fu «una crisi di sistema», viene sostanzialmente minimizzato, senza tuttavia negare l'innegabile ostilità del giurista nei confronti della Repubblica di Weimar: «non c'è bisogno di pensare al lavoro di Schmitt come ad una delle cause dirette della distruzione della capacità di resistenza della Repubblica di Weimar, per accorgersi che l'intero apparato anti-liberale del suo pensiero solo con grande fatica poteva essere piegato (...) a difendere credibilmente la Repubblica»⁹⁸⁴.

L'appoggio di Schmitt al *Präsidialsystem* è perfettamente coerente con la critica del parlamentarismo e del liberalismo che accompagna tutte le sue opere degli anni Venti e con la teoria della democrazia come 'dittatura democratica di massa' che ruota attorno al Presidente eletto plebiscitariamente. Vi sono, dunque, valide ragioni per affermare che il *Präsidialsystem* non fosse per Schmitt un male minore, una soluzione emergenziale e temporanea, una sorta di «dittatura commissaria» nel significato che la dittatura aveva nel diritto romano, la sola alternativa possibile alla crisi di governabilità, alla guerra civile latente e alla presa del

⁹⁸⁴ Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., pp. 667-668.

potere da parte del partito nazista, ma fosse un sistema autoritario di governo – basato sulla concentrazione dei poteri esecutivo e legislativo - da preferire comunque al «labile equilibrio» del sistema parlamentare.

2. La giustizia costituzionale e il Presidente-custode

La Costituzione di Weimar non parla esplicitamente di un “custode della costituzione”. Essa dispone, all’art. 19, che le controversie costituzionali (*Verfassungsstreitigkeiten*) che sorgano all’interno di un Land, tra due o più Länder, o tra il Reich ed un Land siano risolte dal Tribunale costituzionale del Reich, lo *Staatsgerichtshof*, un nuovo organo dello Stato, inesistente nel precedente ordinamento costituzionale, da istituire con legge del Reich come disposto dall’art. 108 WRV. La legge in questione venne promulgata nell’estate del 1921 e solo allora si insediò a Lipsia il Tribunale costituzionale del Reich tedesco⁹⁸⁵. D’altra parte, la Costituzione dispone anche, ai sensi dell’art. 59, che lo stesso Tribunale è competente a decidere sulle accuse eventualmente mosse dal Reichstag al Presidente della Repubblica, al Cancelliere e ai ministri in caso di violazione della costituzione. Ciò ha indotto alcuni a vedere nello *Staatsgerichtshof* il custode della costituzione. Il tribunale stesso si è definito tale ed in una nota sentenza del 1925 – citata in più occasioni da Schmitt – si è anche dichiarato competente ad esercitare un *richterliches Prüfungsrecht* contro le leggi ordinarie del Reich, cioè ad esaminare la conformità delle leggi ordinarie alla Costituzione⁹⁸⁶. Schmitt contesta sia che lo *Staatsgerichtshof* o un qualunque altro tribunale possa svolgere la funzione, altamente politica, di custode della costituzione nei casi di conflitto tra organi del Reich, sia la competenza ad esercitare il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi.

2.1. L’attribuzione della competenza a risolvere casi di conflitti costituzionali ad una particolare istituzione dello Stato appositamente creata è, nello sviluppo costituzionale tedesco, una novità della Costituzione liberal-democratica della Repubblica di Weimar, mentre la giurisdizione costituzionale in sé non è una novità assoluta dello Stato democratico novecentesco. Nel Reich bismarckiano, infatti, spettava al Bundesrath, che ricopriva in tal modo anche il ruolo di tribunale costituzionale, pronunciarsi

⁹⁸⁵ Cfr. E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, pp. 541-560 (: 546).

⁹⁸⁶ Cfr. C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in *VA*, pp. 63-100 (: 70-71); *CC*, p. 27.

su determinati casi di conflitto tra organi dello Stato⁹⁸⁷. Nel XIX secolo, all'epoca della Assemblea Nazionale della *Paulskirche* a Francoforte e poi durante la monarchia costituzionale del II Reich, i sostenitori dei principi dello Stato di diritto avevano ripetutamente richiesto l'istituzione di un sistema completo di difesa giurisdizionale della costituzione, comportante l'estensione delle garanzie anche ai diritti fondamentali dei cittadini. La storia della giustizia costituzionale della democrazia moderna è lunga e complessa, fatta di progressi ed involuzioni.

Il presupposto teorico del controllo di costituzionalità delle leggi – così come lo si intende oggi – va ricercato nelle costituzioni rivoluzionarie americana e francese⁹⁸⁸. Nell'età delle rivoluzioni insieme alle costituzioni scritte e alle dichiarazioni dei diritti, cioè insieme alla democrazia moderna *statu nascenti*, fa la sua comparsa anche l'idea di un sistema di giustizia costituzionale, cioè di un controllo operato da un organo dello Stato indipendente dalle forze politiche, chiamato a risolvere le controversie tra i diversi organi di vertice e, soprattutto, a controllare che anche i poteri esercitati dalle assemblee parlamentari si mantengano entro i limiti imposti loro dal testo costituzionale. Con le prime costituzioni repubblicane e *lato sensu* democratiche – fondate cioè sul riconoscimento della sovranità popolare – nasce anche l'esigenza di garantire il rispetto delle regole e dei principi contenuti in queste stesse costituzioni.

È Sieyes, il teorico del potere costituente della nazione e della distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, a proporre l'istituzione di un «custode della Costituzione»⁹⁸⁹ nei due discorsi termidoriani tenuti alla Convenzione nazionale nell'anno III della Repubblica (1795), quando si era ormai conclusa l'esperienza della dittatura giacobina⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ *Ivi*, p. 543.

⁹⁸⁸ Cfr. A. Celotto, *La corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2004; L. Mezzetti et al. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007.

⁹⁸⁹ J.-E. Sieyes, *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. II, p. 802.

⁹⁹⁰ Nel secondo di questi discorsi, quello del 18 termidoro, Sieyes giudica la questione dell'istituzione del *jurì constitutionnaire* un problema «preliminare», esattamente come nel luglio del 1789 aveva definito i diritti dell'uomo e del cittadino i *préliminaires de la Constitution*: «la necessità di un giuri di Costituzione rappresenta un problema in qualche sorta preliminare; non vi sono state a tal proposito difficoltà particolari. Come potrebbe, in effetti, la previdenza del legislatore accettare il principio di una Costituzione abbandonata, per così dire, a se stessa, dall'istante della sua nascita? Una Costituzione, o è un corpo di leggi obbligatorie, o non è niente. Se si tratta di un corpo di leggi, ci si domanda dove sarà il custode, dove sarà la magistratura di un tale codice. Occorre poter rispondere. Una dimenticanza di tal fatta sarebbe inconcepibile e ridicola nel caso dell'ordinamento civile; perché la sopportereste in un ordinamento politico? Delle leggi, quali che siano,

La parte più consistente dello studio di Ulrich Thiele sulla teoria schmittiana della democrazia verte sul rapporto tra il teorico francese della rivoluzione e della costituzione e il giurista antiformalista tedesco e si intitola *Carl Schmitts Sieyes-Interpretation*⁹⁹¹. Nella teoria del potere costituente si mostra la massima vicinanza tra la teoria della costituzione positiva del giurista tedesco e la teoria dell'abate francese; nella questione della giustizia costituzionale, invece, le posizioni dei due sono diametralmente opposte. La divergenza è riscontrabile non tanto in merito alla necessità – percepita da entrambi – dell'esistenza di un custode della costituzione, quanto in merito al soggetto istituzionale investito di questo delicato compito: per Sieyes, così come più tardi per Kelsen, a vegliare sul rispetto della costituzione deve essere un'istituzione collegiale e non *stricto sensu* politica bensì giudiziaria, una giuria o una corte; per Schmitt, invece, un'istituzione monocratica e politica, il Presidente della Repubblica.

Nel I capitolo si è voluto instaurare un legame tra il diritto di resistenza in Locke, che, in casi estremi, assume la forma dell' 'appello al cielo', e la proposta del *jurì constitutionnaire* di Sieyes: il *jurì*, cui pensa il teorico francese, può essere correttamente interpretato – adottando il metodo schmittiano della teologia politica, rilevando cioè l'analogia sussistente tra i concetti teologici e i concetti della teoria dello Stato - come la costituzionalizzazione del lockiano 'appello al cielo'. In Locke, se e quando non c'è più alcun giudice sulla terra, l'ultimo giudice cui appellarsi è Dio; in Sieyes, se e quando viene compiuta una violazione della costituzione, il giudice cui appellarsi è la giuria costituzionale intesa, appunto, come custode della costituzione.

Il *jurì constitutionnaire* proposto da Sieyes nei discorsi termidoriani – sorta di «metaistituzione costituzionale»⁹⁹² costituzionalmente prevista - doveva svolgere in realtà molteplici compiti: soluzione di conflitti tra organi

suppongono la possibilità di una infrazione, vi è dunque la necessità concreta di farle osservare» (*Ivi*, p. 814).

⁹⁹¹ U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 177-394. In *Dottrina della costituzione*, nel paragrafo in cui si sostiene la tesi che il moderno Stato borghese di diritto è sempre una costituzione mista, una *Mischverfassung*, Schmitt annovera Sieyes tra quei teorici – come i monarcomachi, Bolinbroke, Montesquieu, Burke e gli autori del *Federalist* – che hanno opposto la teoria della forma di Stato mista alla dottrina dello Stato dell'assolutismo, nata, quest'ultima, proprio respingendo l'ideale di una costituzione mista ed adottando invece l'idea della costituzione pura: «infine anche Sieyes, l'autore della maggior parte dei progetti costituzionali della Rivoluzione francese, aveva idee simili; cfr la sua dichiarazione del 1801 (...): il fondamento di una buona costituzione deve essere democratico, la parte media aristocratica e la chiave di volta monarchica» (*VL*, p. 203; trad. it. p. 269).

⁹⁹² Cfr. sul *jurì constitutionnaire* in Sieyes come *verfassungsrechtliche Metainstitution* U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 261 ss.

dello Stato e giudizio sulle violazioni della costituzione, formulazione delle proposte di revisione costituzionale da sottoporre periodicamente alle Assemblee primarie e pronunciamento in merito alle richieste presentate dai tribunali al fine di ottenere una sentenza di equità naturale per i casi che essi abbiano dichiarato di non poter giudicare. Esso valeva cioè come *Tribunal de cassation*, come *Atelier de proposition* e infine come *Jurisdiction d'équité naturelle*⁹⁹³. L'evidente connessione sussistente in particolare tra l'ultima funzione del *jurì* – quella della *Jurisdiction d'équité naturelle* - e la prassi della garanzia dei diritti consolidata nelle democrazie costituzionali contemporanee induce ad approfondire la questione della relazione che lega la teoria del diritto naturale, le dichiarazioni settecentesche e anche novecentesche dei diritti ed il concetto di costituzione⁹⁹⁴. In Sieyes, le norme non scritte che sono a disposizione della giuria costituzionale quando si pronuncia in veste di *Jurisdiction d'équité naturelle*, per la soluzione dei casi in cui le leggi positive o non consentono di formulare la sentenza o costringono il giudice a pronunciarne una palesemente ingiusta, sono definite già nel *Terzo Stato* come «*le droit naturel*». Che la costituzione rigida, soprattutto per quanto riguarda il suo catalogo dei diritti, sia presidiata efficacemente solo se a garantirne l'osservanza vi è un'apposita corte di giustizia è un'idea-forza delle democrazie costituzionali della seconda metà del XX secolo che ha indotto alcuni teorici del diritto e della politica a parlare di un risorgente diritto naturale, il quale, diverso dall'astratto giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII, si sarebbe per così dire positivizzato nell'istituto della Corte costituzionale, portando così a compimento il processo di positivizzazione del diritto naturale iniziato nell'età delle rivoluzioni e delle costituzioni settecentesche.

Per quanto riguarda l'esperienza degli Stati Uniti d'America, che Schmitt prende ad esempio di giustizia costituzionale nelle prime pagine di *Il custode della costituzione*, si suole far risalire la nascita del giudizio sulle leggi alla sentenza *Marbury vs. Madison* del 1803. Le conclusioni della sentenza sono particolarmente chiare e convincenti: «o la Costituzione controlla ogni atto del legislativo contrario ad essa o il legislativo può alterare a propria discrezione la Costituzione con una legge ordinaria. Tra queste alternative non c'è via di mezzo. La Costituzione o è legge superiore

⁹⁹³ Cfr. J.-E. Sieyes, *Convenzione nazionale. Opinione di Sieyes sulle attribuzioni e l'organizzazione del Giurì costituzionale, proposta il 2 termidoro [20 luglio 1795] pronunciata alla Convenzione nazionale il 18 [5 agosto] dello stesso mese dell'anno III della Repubblica*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, cit., vol. II, pp. 810-835. Cfr. anche U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 254-277.

⁹⁹⁴ Cfr. sul rapporto tra *Naturrecht*, *Rechtereklärung* e *Verfassung* in Sieyes U. Thiele, *Advokative volksouveränität*, cit., pp. 269 ss.

e suprema, non alterabile con procedure ordinarie; o è al medesimo livello degli atti legislativi ordinari e, come tale, è alterabile secondo la volontà del legislativo. Se la prima ipotesi è quella vera, allora un atto legislativo contrario alla Costituzione non è legge; se è vera la seconda, allora le Costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, per limitare un potere per sua natura illimitabile. In realtà tutti coloro che hanno elaborato Costituzioni scritte guardano ad esse come ad una legge suprema e fondamentale e, di conseguenza, principio fondamentale di ognuno di questi governi necessariamente sarà quello di considerare nullo un atto del legislativo contrario alla Costituzione»⁹⁹⁵. Il controllo di costituzionalità statunitense compare e si sviluppa con carattere diffuso, nel senso che non esiste una corte che eserciti questo specifico compito, ma ogni giudice, nell'esercizio della propria giurisdizione – principalmente al fine di tutelare i diritti fondamentali del cittadino – deve valutare se gli atti legislativi da applicare siano conformi alla Costituzione. Non la coerenza dell'ordinamento giuridico, ma la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo è dunque lo scopo della giurisdizione costituzionale statunitense. La *Supreme Court* non detiene il monopolio del controllo, ma lo esercita quale organo di vertice del sistema giudiziario degli Stati Uniti, con efficacia comunque limitata alle parti in causa. Tuttavia il sistema del precedente, con il principio dello '*stare decisis*' tipico degli ordinamenti anglosassoni di *common law*, vincola le corti inferiori a conformarsi alle pronunce dei giudici superiori, ragione per cui una sentenza della Corte suprema finisce per avere un'efficacia generale. In *La democrazia in America* Tocqueville interpreta il rapporto tra democrazia e costituzione/costituzionalismo, ovvero tra legge del parlamento, diritti dell'individuo e sentenza del giudice non come un rapporto negativamente conflittuale, bensì come un bilanciamento ed una positiva coesistenza di elementi democratici ed elementi aristocratici, di spinte innovatrici e rispetto della tradizione, o – detto nei termini della filosofia del diritto - di volontarismo e razionalismo giuridico: il potere giudiziario funge, all'occorrenza, da valido contrappeso alla tirannide delle assemblee parlamentari e ai mutevoli umori del governo popolare⁹⁹⁶.

⁹⁹⁵ La citazione è tratta da A Celotto, *La corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2004.

⁹⁹⁶ Cfr. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., pp. 101 ss., Libro I, Capitolo VI 'Il potere giudiziario negli Stati Uniti e la sua azione sulla società politica'. Tocqueville osserva che in America, dove la costituzione domina sui legislatori così come sui semplici cittadini, il giudice è «una delle prime forze politiche» in virtù del *judicial review of legislation*: «racchiuso nei suoi limiti, il potere accordato ai tribunali americani di pronunciarsi sull'incostituzionalità di una legge forma ancora una delle più forti barriere che mai si siano elevate contro la tirannide delle assemblee politiche» (*Ivi*, p. 105). Cfr. inoltre pp. 267 ss., Libro II, Capitolo VIII 'Ciò che tempera negli Stati Uniti la tirannide

Nell'esperienza dell'Europa continentale, invece, solo nel XX secolo si afferma, grazie a Hans Kelsen, l'idea di affidare ad un apposito tribunale il sindacato di costituzionalità delle leggi, e ciò per due diverse ragioni: 1. offrire alla Costituzione una garanzia di carattere oggettivo, cioè che non abbia di mira innanzitutto la tutela dei diritti del soggetto singolo, del cittadino, ma vegli sulla coerenza dell'ordinamento giuridico; 2. assicurare il legislatore contro l'eventualità di essere controllato da qualsiasi giudice sottoponendolo al solo controllo di una corte speciale. Per identificare questa tipologia di controllo si parla, appunto, di «privilegio del legislatore».

Per molto tempo, in particolare nella monarchia costituzionale del XIX secolo, la posizione e la funzione di 'custode della costituzione' spettò al Capo dello Stato, cioè al monarca, o, altrimenti, alla Camera alta. Come osserva Böckenförde nel saggio *Giurisdizione costituzionale* «l'attribuzione di una simile competenza al monarca, in quanto Capo dello Stato, aveva e ha senso fin tanto che egli mantiene, nei suoi compiti e poteri, una posizione relativamente neutrale nei confronti della dialettica politica, cioè nella misura in cui non guida il governo come *pouvoir actif*, ma sta di contro ai poteri attivi – governo e parlamento – come *pouvoir neutre*, non da ultimo grazie alla sua posizione inattaccabile»⁹⁹⁷.

Il difficile cammino della giustizia costituzionale nel XIX secolo fu accompagnato da un complesso dibattito, all'interno del quale le questioni metodologiche si intrecciavano con il peso esercitato dalla realtà costituzionale⁹⁹⁸. Nella tradizione tedesca va ricordato il precedente – rimasto allo stato di progetto privo di realizzazione - della *Frankfurter Reichsverfassung* del marzo 1849, la quale, oltre alla decisione sui ricorsi e sui vari casi di controversie istituzionali possibili in uno Stato federale e al giudizio penale sul capo dello Stato, prevedeva tra le competenze del *Reichsgericht* anche la garanzia costituzionale dei diritti di libertà dei cittadini. All'art. 126 par. g) si legge: «ricorsi di cittadini tedeschi contro

della maggioranza', dove l'Autore individua negli uomini di legge una sorta di aristocrazia che funge da valido contrappeso agli eccessi della democrazia: «quando si studiano gli americani e le loro leggi, si vede che l'autorità che hanno presso di loro i giuristi e l'influenza che questi esercitano nel governo formano attualmente la più grande barriera contro gli eccessi della democrazia. (...) Si trova dunque in fondo all'anima degli uomini di legge una parte dei gusti e delle abitudini dell'aristocrazia. Essi hanno in comune con questa un'istintiva tendenza all'ordine, un amore naturale delle forme; e come questa provano un grande disgusto per le azioni della moltitudine e disprezzano segretamente il governo popolare» (*Ivi*, pp. 268-269).

⁹⁹⁷ E.-W. Böckenförde, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, in *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 625-660 (: 629).

⁹⁹⁸ Cfr. sulle origini della giustizia costituzionale in Germania e sul dibattito nell'età di Weimar G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., pp. 59 ss.

violazioni dei diritti garantiti loro dalla Costituzione del Reich. Le disposizioni più dettagliate sull'ampiezza di tale diritto d'appello e le modalità secondo le quali farlo valere restano affidate alla legislazione del Reich»⁹⁹⁹.

La causa della mancata introduzione del controllo della legge da parte dei giudici risiedeva, durante il secolo XIX, nella realtà costituzionale tedesca divisa tra il principio monarchico e il principio parlamentare. Essendo la legislazione fondata sulla collaborazione (*Mitwirkung*) tra monarca e camere rappresentative, il controllo giudiziario delle norme di legge avrebbe necessariamente comportato una messa in discussione del principio monarchico, implicazione che in un regime monarchico-costituzionale non poteva essere in alcun modo ammessa.

Anche la *Reichsverfassung* del 1871 escludeva ogni ipotesi di giurisdizione costituzionale: la costituzione non aveva alcuna superiorità rispetto alla legge ed un eventuale controllo riguardava esclusivamente gli aspetti formali e procedurali della legge. Inoltre la soluzione dei possibili conflitti tra diversi Stati federali (*Bundesstaaten*) era affidata ad un organo politico, il Bundesrath. L'art. 76 disponeva: «i conflitti fra i vari Stati della Federazione, che non appartengono per loro natura al diritto privato e quindi non devono essere risolti dalle competenti giurisdizioni per queste specie di contestazioni, vengono risolti dal Bundesrath su domanda d'una delle parti. I conflitti costituzionali che sorgono negli Stati della Federazione la cui costituzione non ha stabilito alcun potere per risolvere questi conflitti, sono, su domanda di una delle parti, amichevolmente appianati dal Bundesrath, e se questo non vi riesce, vi si provvede con una legge del Reich»¹⁰⁰⁰.

Oltre alla giurisdizione costituzionale dello *Staatsgerichtshof* in caso di controversie costituzionali o messa in stato d'accusa di Presidente, cancelliere o membri del governo, le due procedure del controllo di legittimità costituzionale delle norme sulle quali verteva il dibattito nell'età di Weimar sono: il controllo astratto delle norme (*abstrakte Normenkontrolle*) previsto dall'art. 13 WRV¹⁰⁰¹ e il controllo incidentale delle norme esercitato dal giudice *a quo* (*inzidente Normenkontrolle*). Entrambi i casi di controllo di legittimità rientrano nel c.d. potere di controllo giudiziario (*richterliches Prüfungsrecht*). Nel primo caso il

⁹⁹⁹ F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 147.

¹⁰⁰⁰ *Ivi*, p. 183.

¹⁰⁰¹ L'art. 13 WRV dispone: «Il diritto del reich prevale su quello dei Länder. Ove sorgano dubbi sulla conciliabilità delle disposizioni di un Land con il diritto del Reich le autorità competenti dell'uno o dell'altro possono provocare, nelle forme stabilite dalla legge del Reich, la decisione di un supremo tribunale del Reich» (Cfr. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., p. 192.).

richterliches Prüfungsrecht viene esercitato da un'istanza del Reich in modo accentrato; nel secondo, invece, spetta al giudice indipendente, sottoposto alla legge e soltanto ad essa, controllare la costituzionalità della legge in via incidentale¹⁰⁰². Nella Repubblica di Weimar non si sviluppò una giurisdizione costituzionale in materia di diritti fondamentali, poiché allo *Staatsgerichtshof* non venne esplicitamente attribuita questa competenza dai costituenti del 1919 e non si sviluppò neppure un autentico controllo di costituzionalità delle leggi, in quanto rimase incerto, fino alla fine della Repubblica, quale organo o quali organi dovessero esercitare questa funzione¹⁰⁰³. Nel dibattito in seno alla *Nationalversammlung* il problema della conformità delle leggi alla costituzione venne affrontato ma non deciso: non si stabilì infatti se dovesse essere previsto un *richterliches Prüfungsrecht* esercitato da ogni tribunale o se al contrario, questa competenza dovesse essere esercitata in modo accentrato dal solo *Staatsgerichtshof*. Le concezioni alternative che si fronteggiano in dottrina in merito al problema del controllo di costituzionalità sono dunque due: da un lato l'idea del controllo diffuso di costituzionalità delle leggi affidato a tutti i tribunali; dall'altro lato, l'idea del controllo accentrato (*konzentriertes Prüfungsrecht*), ossia ristretto al solo Tribunale costituzionale. La prima tesi era sostenuta da autori conservatori come Eric Kaufmann, Heinrich Triepel e Carl Schmitt; la seconda invece da autori liberali come Gerhard Anschütz, Gustav Radbruch e, *über alles*, Hans Kelsen.

Dal punto di vista delle ideologie politiche il rapporto tra politica (costituzionale) e giustizia (costituzionale), tra potere legislativo e potere giudiziario, tra legge del parlamento democraticamente eletto e sentenza del giudice (ordinario o costituzionale), detto in altri termini tra democrazia e costituzione/costituzionalismo è un rapporto molto problematico nella dottrina dello Stato di tradizione continentale, cioè francese e tedesca. Il diritto dello Stato dell'età di Weimar si differenzia solo in piccola parte dalla concezione tradizionale della non-giudicabilità (*Nicht-Justiziabilität*) dei casi di conflitto costituzionale. Huber osserva in proposito: «*Es führte zwar die Staatsgerichtsbarkeit in die deutsche Rechtsordnung ein, schloß aber die bedeutendste Gruppe der Verfassungstreitfälle – die Verfassungstreitigkeiten zwischen Reichsorganen – aus der*

¹⁰⁰² Cfr. sul controllo astratto delle norme e sul controllo incidentale delle stesse, ovvero sul diritto d'esame del giudice (*richterliche Prüfungsrecht*), E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. VI, cit., pp. 560-567.

¹⁰⁰³ L'art. 108 WRV dispone: «Con apposita legge del Reich sarà istituito un tribunale costituzionale per il Reich».

*Entscheidungsmacht des errichteten Reichsstaatsgerichtshofs aus»¹⁰⁰⁴. La ragione di questa esclusione va ricercata nella concezione del rapporto tra sovranità popolare e diritto dei giudici dominante negli Stati dell'Europa continentale: dal principio della sovranità popolare si faceva discendere l'egemonia e l'autonomia assoluta del parlamento, con la conseguente concentrazione in esso di ogni facoltà di creare il diritto e con la riduzione del giudice a *longa manus* della legge¹⁰⁰⁵. «Auch die entschiedenen Verfechter des rechtsstaatlichen Prinzips – prosegue dunque Huber - traten für die Nicht-Justiziabilität der Reichsverfassungstreitigkeiten ein. Gerade ihnen galt die Übertragung der Entscheidungsmacht in Reichsverfassungskonflikten an ein unabhängiges höchstes Gericht als eine Beschränkung der Volkssouveränität, deren Ausübung der vom Volk gewählten Volksvertretung und den ihr verantwortlichen politischen Staatsorganen vorbehalten bleiben müsse. Insbesondere in den Rechtskonflikten zwischen obersten Reichsorganen, die stets zugleich hochpolitische Konflikte seien, dürfe die Entscheidungsmacht nicht an eine vom Volkswillen unabhängige Gerichtsinanz ausantwortet werden»¹⁰⁰⁶. Non solo il controllo giurisdizionale sui più delicati conflitti tra organi del Reich era da molti considerato in contraddizione col principio democratico della sovranità del popolo, ma anche il *richterliches Prüfungsrecht* poteva essere interpretato – e nell'età di Weimar è stato effettivamente interpretato - sia come uno strumento per rafforzare la democrazia, sia, viceversa, come uno strumento per indebolirla, limitando la sovranità popolare e i poteri del legislatore. All'esercizio - accentrato o diffuso che sia - del *richterliches Prüfungsrecht* si poteva fare appello, cioè, anche con intenzioni diverse da quelle liberal-democratiche di Kelsen, anche con finalità percepite come 'antidemocratiche', qualora si vedesse nel controllo giurisdizionale della legge lo strumento per limitare il potere legislativo del parlamento, organo della rappresentanza democratica del popolo, o il potere dell'esecutivo (Presidente e governo) quando questo emana ai sensi dell'art. 48 ordinanze c.d. *gesetzvertretende*.*

Affermando la necessità dell'esistenza di un Tribunale costituzionale come indispensabile garanzia tanto della coerenza dell'ordinamento giuridico, quanto dell'attuazione della costituzione democratica, Kelsen si

¹⁰⁰⁴ Cfr. per una trattazione sistematica della giurisdizione costituzionale nella Repubblica di Weimar E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., pp. 541-560 (: 543).

¹⁰⁰⁵ Cfr. su principio democratico e sensibilità anti-togati nelle scuole giuridiche dell'Europa continentale A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., pp. 216 ss.

¹⁰⁰⁶ E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. VI*, cit., p. 543.

pronuncia in favore del controllo accentrato di costituzionalità delle leggi e respinge un *richterliches Prüfungsrecht* diffuso a tutti i tribunali: questi ultimi dovevano limitarsi, a suo parere, a presentare all'attenzione del Tribunale costituzionale le norme considerate contrarie alla costituzione. Schmitt, al contrario, temendo che l'esercizio di un *richterliches Prüfungsrecht* accentrato comportasse il rischio di una politicizzazione del Tribunale costituzionale con la conseguente 'duplicazione' degli organi legislativi (Parlamento e Tribunale), respinge fermamente l'ipotesi di un controllo di costituzionalità riservato al solo *Staatsgerichtshof*. Non è un caso che Schmitt, in nome della concezione della democrazia come 'dittatura democratica di massa', abbia dichiarato al processo *Preußen contra Reich* la non giudicabilità da parte dello *Staatsgerichtshof* delle misure d'emergenza prese dal Presidente. Con Thiele si può parlare di una *pseudemokratische Position* di Schmitt nella questione della giurisdizione costituzionale¹⁰⁰⁷.

La polemica Schmitt-Kelsen sulla giustizia costituzionale e le ripercussioni di tale questione sulla teoria schmittiana della democrazia è l'oggetto del prossimo paragrafo.

2.2. Schmitt tratta il tema della giurisdizione costituzionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) o giustizia costituzionale (*Verfassungsjustiz*) soprattutto in *Il custode della costituzione*. Nella sua versione definitiva l'opera appare nel 1931, tre anni dopo *Dottrina della costituzione* di cui può essere considerata il complemento. L'espressione 'custode della costituzione' fu coniata da Paul Laband, maestro di Schmitt a Strasburgo: in *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* l'Imperatore è definito «*Wächter und Hüter der Reichsverfassung*». D'altra parte, la stessa espressione venne adoperata dal Presidente della Repubblica Ebert all'inizio del mandato in merito alla propria funzione. Consapevole della sua duplice origine, Schmitt non fa che riprendere una formula già autorevolmente impiegata per designare sia un Capo dello Stato monarchico, sia un Capo dello Stato repubblicano¹⁰⁰⁸. Ma Schmitt – da profondo conoscitore di Sieyes¹⁰⁰⁹ – era certamente a conoscenza anche dell'uso dell'espressione fatto dall'abate nei discorsi termidoriani, sebbene con riferimento ad un organo collegiale.

¹⁰⁰⁷ Cfr. U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 277 ss.

¹⁰⁰⁸ Cfr. E.R. Huber, *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 36-37.

¹⁰⁰⁹ Cfr. U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 218; cfr anche T. Hafen, *Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes*, Bern-Stuttgart-Wien, Haupt, 1994, p. 97.

L'opera si articola in tre parti: I. La giurisdizione come custode della costituzione; II. La concreta situazione costituzionale del presente; III. Il Presidente del Reich come custode della costituzione. La tesi centrale del libro è la seguente: non un tribunale, lo *Staatsgerichtshof* previsto dall'art. 19 WRV, bensì un'autorità eminentemente politica, il Presidente della Repubblica, vertice dell'esecutivo, è, in virtù dei poteri dittatoriali che gli sono attribuiti in caso di eccezione dall'art. 48 WRV, l'autentico custode della costituzione, l'istituzione cui spetta la decisione ultima nei casi di controversie costituzionali e l'ultima parola sull'interpretazione della costituzione. Sebbene non si possa negare – e Schmitt non intende affatto negarlo - che in uno Stato democratico il sovrano sia il popolo, la tesi del Presidente-custode può essere ricondotta alla definizione del concetto di sovranità che il giurista formula nel 1922 in *Teologia politica*: «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione», dove la questione della sovranità viene collegata, sin dalle prime pagine, all'interpretazione dell'art. 48 della Costituzione di Weimar e alla questione della struttura federale della Germania. Kelsen poté perciò affermare che l'intera concezione schmittiana della costituzione culmina, negli anni Trenta, in un'«apoteosi dell'art. 48»¹⁰¹⁰.

Schmitt si occupa del tema della difesa della costituzione anche in altre opere: in un paragrafo di *Dottrina della costituzione*¹⁰¹¹, in un saggio del 1929, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*¹⁰¹² - che va considerato come un lavoro preliminare a *Il custode della costituzione* - e nel saggio del 1932 sulla seconda parte della Costituzione, *Grundrechte und Grundpflichten*¹⁰¹³. La costante di tutte queste riflessioni è la convinzione che la giurisdizione non sia competente a risolvere conflitti di natura necessariamente politica né a giudicare sulla conformità della legge ordinaria alla costituzione. A ciò si aggiunge la denuncia del pericolo di una politicizzazione della giustizia.

In *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* Schmitt per prima cosa passa rapidamente in rassegna le costituzioni del decennio della Rivoluzione francese per individuarvi la presenza e il tipo di garanzia costituzionale prevista. La costituzione di frimaio dell'anno VIII (1799), la prima costituzione napoleonica, è quella su cui si concentra la sua

¹⁰¹⁰ La citazione di Kelsen – originariamente contenuta in H. Kelsen, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in H. Klecatsky – R. Marciaë – H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2 Bde, Wien-Frankfurt am Main-Zürich, 1968 - è tratta da U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., p. 419 in nota.

¹⁰¹¹ Cfr. *VL*, pp. 112-119, § 11. III. *Verfassungstreitigkeiten*; trad. it. pp. 157-166.

¹⁰¹² C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in *VA*, pp. 63-109.

¹⁰¹³ C. Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in *VA*, pp. 181-231.

attenzione: in essa il *Sénat conservateur* è indicato quale custode della costituzione. Schmitt va subito col pensiero a Sieyes: «*die Regelung des Jahres VIII geht auf Ideen von Sieyes zurück, der einen solchen Schutz der Verfassung für notwendig hielt und schon im Jahre III eine "jurie constitutionnaire" gefordert hat*»¹⁰¹⁴.

La concretezza storico-costituzionale che caratterizza l'impostazione da parte di Schmitt di ogni problema si manifesta, nel caso della difesa della costituzione, nella formulazione della seguente domanda: da chi bisogna difendere la costituzione? Cioè, da dove possono provenire i maggiori pericoli? Per riprendere la parole di Schmitt si può dire che «*die Frage nach dem Hüter der Verfassung ist also gleichzeitig die Frage nach der besonderen Richtung, aus welcher eine Gefahr droht*»¹⁰¹⁵. I conflitti costituzionali del XIX secolo – come si mostra in modo del tutto evidente nella forma di Stato dualistica della monarchia costituzionale tedesca – erano conflitti tra il governo e la rappresentanza popolare: la questione della difesa della costituzione significava in primo luogo la difesa dai possibili abusi di potere e dalle possibili violazioni messi in atto dal governo. Nell'età di Weimar, con la parlamentarizzazione del Reich, la situazione cambia: il governo è dipendente dalla fiducia del parlamento. In una democrazia parlamentare il custode della costituzione deve aspettarsi minacce provenienti più dal legislativo che dall'esecutivo. Quando la lotta della rappresentanza popolare era orientata contro l'esecutivo monarchico, non si poteva percepire l'urgenza di una difesa della costituzione dal legislatore. Non era ancora ipotizzabile, almeno in Germania, un pericolo proveniente dal legislatore stesso, non solo perché le leggi erano deliberate dal parlamento, ma – qui Schmitt ripropone l'interpretazione del parlamentarismo risalente al saggio del 1923 – soprattutto perché il concetto di legge proprio dello Stato di diritto si fonda sulla fede nei principi di *Öffentlichkeit* e *Diskussion* e porta già in sé tutte le garanzie costituite dalla razionalità e dalla giustizia. Nella *diskutierende Öffentlichkeit* il parlamento scopre *ratio*, *iustitia* e *veritas*, le quali, a loro volta, gli consentono di fare la legge. Ma non appena questo concetto di legge proprio dello Stato borghese di diritto entrò in crisi e si chiamò 'legge' ogni deliberazione degli organi

¹⁰¹⁴ C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in *VA*, p. 63. Sieyes, si è visto, nel 1795 non pensava di attribuire alla Camera alta il compito di difendere la costituzione, ma l'idea in sé della necessaria difesa della costituzione deriva certamente dall'abate, il quale, nel 1799, lavorò ad un progetto di costituzione che influenzò la versione finale della costituzione di frimaio dell'anno VIII. Cfr. sull'attività di Sieyes nell'ultimo periodo del decennio rivoluzionario il capitolo *Sieyes als Wegbereiter des Bonapartismus?* in U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 397-410. Cfr. inoltre sull'analisi schmittiana del bonapartismo *Ivi*, pp. 410-417.

¹⁰¹⁵ *Ivi*, p. 66.

competenti a prescindere dal suo contenuto, quando cioè i principi del parlamentarismo persero la loro evidenza, divenne chiaro che l'idea fondamentale dello Stato di diritto – il governo della legge, non degli uomini (quindi neppure del legislatore) – era minacciata ormai proprio dalla parte nella quale, dopo la vittoria contro l'esecutivo monarchico e la democratizzazione del Reich, si concentrò l'intero potere, cioè il parlamento in quanto organo legislativo. Allora apparve necessario difendere le minoranze dalle mutevoli maggioranze parlamentari e garantire contro ogni possibile violazione alcuni diritti, principi, valori ancorandoli in un testo costituzionale. Così si spiega – scrive Schmitt – il fatto che la costituzione abbia bisogno di una speciale difesa contro il legislatore e così si spiegano espressioni di nuovo conio come «crepuscolo della legge» (*Gesetzesdämmerung*) o «lotta tra leggi» (*Nomomachie*).

L'argomento che Schmitt elabora nel saggio del 1929 per negare allo *Staatsgerichtshof* la competenza ad esaminare la costituzionalità delle leggi ordinarie del Reich è riproposto senza variazioni in *Il custode della costituzione* e consiste in questo: 1. la giustizia costituzionale non può essere equiparata alla giustizia civile, penale o amministrativa perché la costituzione non è un ambito (*Gebiet*) dell'attività dello Stato, ma è la forma politica della sua esistenza; 2. la costituzione non può essere dunque oggetto di un processo, né difesa da un'autorità giurisdizionale, ma solo da un'autorità politica; 3. mentre il giudice civile, penale o amministrativo sussume dalla norma generale e astratta la fattispecie concreta di reato, il giudice costituzionale non potrebbe adottare il metodo della sussunzione della legge ordinaria – che non è una fattispecie - dalla norma costituzionale – che non è una legge generale ed astratta ma stabilisce regole e/o principi –, ma, constatata l'esistenza di una contraddizione, prenderebbe una decisione politica in merito al contenuto dubbio delle due norme di grado diverso e, interpretandole, si arrogerebbe la funzione di legislatore. Così si esprime Schmitt: «dann wird es klar, daß der Gerichtshof, indem er einen zweifelhaften Inhalt mit Gesetzeskraft außer Zweifel stellt, selber als Gesetzgeber fungiert. (...) Der Sinn ist nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels»¹⁰¹⁶. Schmitt si spende a dimostrare che la c.d. giurisdizione costituzionale non è in effetti giurisdizione ma, propriamente, legislazione. La fondamentale differenza tra la decisione di una causa (civile, penale, amministrativa) e la decisione su dubbi e divergenze di interpretazione circa il contenuto di una disposizione costituzionale consiste nell'inapplicabilità al secondo caso del metodo della sussunzione di una fattispecie (*tatbestandsmäßige*

¹⁰¹⁶ Ivi, p. 81.

Subsumption) dalla norma generale. Infine, servendosi come in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* di François Guizot come unità di misura per giudicare la situazione in cui versa lo Stato legislativo parlamentare – tipicamente ottocentesco - nel secondo decennio del XX secolo - all'epoca cioè della «svolta verso lo Stato totale» prodotta dalla democratizzazione e dalla conseguente politicizzazione di ogni ambito dell'esistenza - Schmitt afferma a conclusione del saggio del 1929: «*es scheint mir bedenklich, gegen den Mißbrauch der Gesetzgebungsform einen Mißbrauch der Justizförmigkeit zu organisieren. Bei einem solchen Versuch hätte, nach einem Wort Guizots – eines der reinsten und typischen Vertreter bürgerlich-rechtsstaatlichen Denkens – “die Justiz alles zu verlieren und die Politik nichts zu gewinnen”*»¹⁰¹⁷. Nelle note del 1958 alla nuova edizione del saggio, raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, il problema della giustizia costituzionale è inquadrato nel problema più generale del rapporto tra Stato di diritto e Stato sociale nell'ambito di una democrazia costituzionale, quella del secondo dopoguerra, che si fa espressamente carico della promozione del benessere, cioè della creazione delle condizioni socio-economiche indispensabili per il godimento dei diritti individuali del singolo: «*Es sei nur noch daran erinnert, daß kein Hüter der Verfassung in einem auf Massen-Daseinsvorsorge beruhenden Gemeinwesen dem bereits erwähnten Keyneschen Trilemma entgegen kann*»¹⁰¹⁸. Il trilemma keynesiano cui Schmitt si riferisce è: la piena occupazione, l'economia di mercato e la stabilità monetaria. Stato sociale e giustizia costituzionale sono, dunque, due aspetti delle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra che paiono a Schmitt strettamente connessi l'uno all'altro.

Non diversamente dal saggio del 1929, anche il libro del 1931 si apre con un richiamo di Schmitt all'età della Rivoluzione francese. In *Il custode della costituzione* la costituzione francese dell'anno VIII (1799) è presentata come esempio storico di una costituzione in cui è attribuito ad un organo, il Senato, il compito di difendere la costituzione stessa. D'altra parte, a distanza di un secolo dalla Rivoluzione, anche la Francia della III Repubblica - stando al diritto costituzionale allora vigente, cioè le leggi costituzionali del 1875 – prevede che la seconda camera, ovvero il Senato, si costituisca in *Haute Court de Justice* nella messa in stato d'accusa dei ministri ed in altri casi di giurisdizione politica. In Francia – patria del legicentrismo - non esisteva dunque alcun organo speciale per decidere le

¹⁰¹⁷ C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in *VA*, p. 100. Il riferimento di Schmitt è ad un'opera di Guizot del 1846: *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, Fayard, 1984; trad. it. *Giustizia e politica*, Roma, Gangemi, 1998.

¹⁰¹⁸ C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in *VA*, p. 109.

controversie costituzionali, né era ipotizzato alcun controllo della legittimità costituzionale delle leggi ordinarie dell'Assemblea.

Per quanto riguarda la storia costituzionale tedesca – come si è notato – le costituzioni della monarchia costituzionale non lasciano neppure intravedere il problema della sicurezza costituzionale e Georg Jellinek, che di quella storia si trova al limite estremo, dedica solo l'ultimo, brevissimo capitolo di *Allgemeine Staatslehre* alle garanzie del diritto pubblico¹⁰¹⁹. Schmitt non si tira mai indietro quando si tratta di ricostruire la storia del diritto e delle istituzioni. È all'antichità che si rivolge in *Il custode della costituzione* per individuare le prime figure di custodi. Dall'antichità greco-romana si apprendono due modelli di custode della costituzione: il modello degli efori spartani ed il modello del Senato romano depositario dell'*auctoritas*. L'istituzione della Camera alta come custode della costituzione nella costituzione francese dell'anno VIII si basa per Schmitt proprio sul modello del Senato romano, a conferma della rilevanza, per la democrazia moderna, della tradizione repubblicana classica accanto alle tradizioni moderne della sovranità come *potestas absoluta* da un lato, e della costituzione come limite del potere dall'altro.

Schmitt esordisce menzionando la nota sentenza del 1925 con la quale lo *Staatsgerichtshof* si riconosceva competente ad esercitare il *richterliches Prüfungsrecht* e fa subito un confronto con l'ordinamento americano, culla del *judicial review of legislation*. La posizione della *Supreme Court* come interprete e custode della costituzione degli Stati Uniti d'America si è potuta sviluppare in una realtà socio-economica i cui principi fondamentali non sono contestati o contraddittori come nel caso della seconda parte della Costituzione di Weimar, bensì ampiamente riconosciuti e condivisi: la Corte «si pone di fronte allo Stato come custode di un ordine economico e sociale in linea di principio non contestato»¹⁰²⁰. La Corte Suprema inoltre opera nel quadro di uno 'Stato giurisdizionale' (*Jurisdiktionsstaat*) di tipo anglosassone¹⁰²¹: essa esamina la giustizia e la ragionevolezza delle leggi commisurandole ad un'idea di diritto preesistente allo Stato, e in base a ciò eventualmente tratta una legge come incostituzionale e non applicabile¹⁰²². Quel modello di giurisdizione costituzionale non si presta ad essere importato negli Stati del continente europeo, che sono – stando alla classificazione dei tipi di Stato che apre *Legalità e legittimità* – Stati legislativi parlamentari.

¹⁰¹⁹ Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 720-726; trad. it. pp. 303-308.

¹⁰²⁰ CC, p. 29.

¹⁰²¹ CC, p. 28.

¹⁰²² CC, p. 29.

Nella prima parte di *Il custode della costituzione* Schmitt fa riferimento in più punti a quella sentenza del 1925 dello *Staaatsgerichtshof* in seguito alla quale tale tribunale è stato occasionalmente indicato come il custode della costituzione. Il lungo brano che si riporta di seguito va segnalato per la compresenza di più temi di grande rilevanza nel pensiero di Schmitt, tutti collocati al confine tra politica e giustizia: «le motivazioni decisive di quella sentenza del 4 novembre 1925 pongono successivamente in risalto che un potere di controllo può essere fatto valere ‘soltanto dinanzi a leggi ordinarie del Reich’, non per leggi del Reich che modificano la costituzione, che sono cioè formate secondo il procedimento dell’art. 76 WRV. Appena si presenta una legge formata secondo l’art. 76, cessa secondo questa motivazione ogni ulteriore possibilità di controllo. Le questioni molto significative di diritto costituzionale sui limiti del diritto di revisione o di modifica; la possibilità di un evidente abuso della norma dell’art. 76; la necessità già esaurientemente discussa nella teoria giuridica della vigente costituzione di una distinzione entro il diritto di modifica, che non può essere risolto con il sommario assolutismo, che vuol trovare nell’art. 76 il sovrano onnipotente o addirittura il portatore di un potere costituente (*den allmächtigen Souverän und sogar den Träger einer verfassunggebenden Gewalt*); tutte queste questioni non possono certamente essere prese in considerazione da un potere di controllo giudiziario che stia entro tali limiti. Con ciò cade anche la questione se non ci siano in qualche modo inammissibili rotture della costituzione (*Verfassungsdurchbrechungen*), che anche per il procedimento dell’art. 76 non sono legittime e se questo articolo renda possibili per diritto consuetudinario ‘atti apocrifi di sovranità’ (*apokryphe Souveränitätsakte*)»¹⁰²³. La rivendicazione del controllo di costituzionalità ristretta esclusivamente alle leggi ordinarie; l’esclusione delle leggi costituzionali di modifica – anche di quelle che si configurano come rotture costituzionali - dal controllo giurisdizionale; la *potestas absoluta* del parlamento quando legifera ai sensi dell’art. 76 e la questione degli atti apocrifi di sovranità: tutto ciò significa, per Schmitt, che il tribunale costituzionale non è il custode della costituzione.

Viceversa Schmitt esalta, adattandolo all’istituzione del Presidente della Repubblica eletto nell’ordinamento weimariano direttamente dal popolo, il ruolo imparziale e garantista del Capo dello Stato, teorizzato da Benjamin Constant nella prima metà del XIX secolo con riguardo al *pouvoir neutre, intermédiaire et regulateur* del monarca costituzionale; e, contemporaneamente, condanna la corte costituzionale austriaca come un

¹⁰²³ CC, pp. 32-33.

inutile doppione dei corpi legiferanti, mal congegnata e presentata sotto le false sembianze della giurisdizione. Le divergenze d'opinione tra i titolari dei poteri dello Stato non possono essere decise giurisdizionalmente, ma solo rimosse dall'alto da un più forte potere politico, ossia da «un terzo di più alto grado» - ma questo non sarebbe il custode, bensì il signore della costituzione, il vero sovrano – oppure da un potere politico, certo forte, non sovra- ma coordinato agli altri poteri, ossia «un terzo neutrale». Questo terzo neutrale è per Schmitt il Presidente del Reich. Il Presidente deve essere contemporaneamente – qui risiede l'intima contraddittorietà dell'interpretazione schmittiana del ruolo del Capo dello Stato e dei suoi poteri dittatoriali - un *leader* politico democratico decisionista e dotato di *auctoritas* e carisma, nel senso della weberiana *Führerdemokratie*, e un *pouvoir neutre* collocato al di sopra del parlamento, soprattutto al di sopra di un parlamento spaccato, come quello weimariano, tra diversi «partiti totali». Solo un'istituzione dotata della caratteristica della neutralità, derivante dalla sua *Überparteilichkeit*, può essere artefice di una grande politica: per Schmitt, infatti, *Überparteilichkeit* significa «indipendenza politico-partitica, ma non apolitica»¹⁰²⁴.

Innanzitutto è singolare che proprio l'illiberale Schmitt adatti al Capo dello Stato la teoria del *pouvoir neutre*, elaborata da un grande liberale del XIX secolo ed appartenente interamente alla dottrina classica dello Stato borghese di diritto. In secondo luogo è poco credibile il tentativo di coniugare la funzione del monarca-custode, che può essere spacciato per neutrale solo perché «*il règne et ne gouverne pas*»¹⁰²⁵, con quella di un Presidente dotato di amplissimi poteri esecutivi, che esercita al fianco del governo, e discrezionali, che esercita sulla base dell'art. 48. Si può allora ipotizzare che Schmitt, nel 1931, faccia un uso opportunistico della dottrina di Constant per dare una parvenza di costituzionalità ad una proposta che va invece nel senso dell'accentramento del potere nel quadro di uno Stato illiberale ed autoritario.

2.3. La polemica fra Schmitt e Kelsen, dopo essersi sviluppata negli anni Venti sulle questioni della rappresentanza politica (parlamento) e dell'essenza della democrazia, prosegue all'inizio degli anni Trenta sulla questione della giustizia costituzionale. Kelsen aveva già pubblicato parecchi testi in merito, ancor prima di rispondere al *Custode* schmittiano col testo *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931). Si tratta di: *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale*,

¹⁰²⁴ CC, p. 237.

¹⁰²⁵ CC, p. 207.

secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920 (1923-24), *Le spinte alla riforma costituzionale* (1929), *Le linee fondamentali della riforma costituzionale I e II* (1929), e, soprattutto, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928)¹⁰²⁶.

Nel saggio del 1923, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa*, Kelsen mostra con chiarezza gli sviluppi costituzionali che la nuova fase della democrazia parlamentare consente di realizzare. Il giurista austriaco approfondisce infatti la distinzione e la complessa relazione che intercorrono tra la giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtbarkeit*) – propria dello Stato di diritto – e la giurisdizione costituzionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) – che può realizzarsi solo dopo l’affermazione della democrazia. Infatti, mentre Schmitt a partire da posizioni pseudo-democratiche ritiene che la giustizia costituzionale sia una lesione del principio della sovranità popolare, Kelsen a partire da posizioni liberal-democratiche ritiene al contrario che proprio in democrazia si creino le condizioni per - e sia più che mai necessario - promuovere lo sviluppo della giurisdizione costituzionale. Del resto, la costituzione austriaca del 1920 – ispirata da Kelsen - aveva già realizzato i principi della giustizia costituzionale, introducendo l’istituto della *Verfassungsbeschwerde* – cioè del ricorso costituzionale individuale – contro la violazione dei diritti fondamentali¹⁰²⁷.

Nel saggio del 1928, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, – uno dei più esaustivi e sistematici della produzione kelseniana – si afferma che la costituzione rigida è difesa efficacemente solo se a garantirne l’osservanza vi sia un’apposita corte di giustizia, ovvero un tribunale costituzionale. Così, mentre Schmitt adotta sempre, in ogni riflessione di teoria costituzionale, come punto di partenza il concetto positivo di costituzione come decisione fondamentale del popolo sovrano, titolare del potere costituente, Kelsen muove dal proprio concetto di costituzione come norma delle norme e come vertice della struttura gerarchica dell’ordinamento giuridico: «la questione della garanzia e del modo della garanzia della costituzione, cioè della regolarità dei gradi dell’ordinamento giuridico ad essa immediatamente subordinati, presuppone, per essere risolta, una nozione chiara di costituzione, che solo la teoria, qui sviluppata, della struttura gerarchica (*Stufenbau*) dell’ordinamento è in grado di fornire.

¹⁰²⁶ Tutti i testi sono raccolti in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.

¹⁰²⁷ L’art. 144 della Costituzione austriaca del 1920 recita: «La corte costituzionale giudica sui ricorsi per violazione dei diritti fondamentali». La persona fisica o giuridica, che si ritenesse lesa in un diritto da parte di un atto amministrativo, poteva ricorrere alla corte costituzionale.

Non è neppure esagerato affermare che essa soltanto permette di cogliere il senso immanente di questa nozione fondamentale di ‘costituzione’, cui già pensava la teoria dello Stato dell’antichità, poiché tale nozione implica l’idea di una gerarchia delle forme giuridiche»¹⁰²⁸.

È stato osservato che il *Custode* schmittiano «è come una freccia nel fianco delle tesi kelseniane»¹⁰²⁹. Schmitt, infatti, mette radicalmente in dubbio che il controllo astratto di legittimità costituzionale sia una questione di applicazione delle norme, e dunque un’operazione genuina della prassi decisionale giudiziaria, poiché il Tribunale o la Corte non si limiterebbe a sussumere le norme le une (leggi ordinarie) dalle altre (leggi costituzionali) o, viceversa, ad applicare le une (leggi costituzionali) alle altre (leggi ordinarie), ma dovrebbe procedere ad un paragone tra regole o principi generali e decidere sull’interpretazione da dare al contenuto della costituzione. Mancando ogni rapporto tra norma e fattispecie, non potrebbe esistere una giurisdizione della legge costituzionale sulla legge ordinaria.

A questo argomento Kelsen replica in *Chi deve essere il custode della costituzione?* con l’argomento di teoria del diritto - non particolarmente convincente soprattutto quando si tratta di questioni di diritto materiale - della compresenza, in ogni grado della *Stufenbau*, del momento creativo e del momento applicativo del diritto. Il controllo ha per oggetto non il contenuto (*Inhalt*) della legge – come pensa Schmitt - ma la costituzionalità della sua formazione: «la «fattispecie» che nella decisione sulla costituzionalità di una legge è da *sussumere* sotto la norma costituzionale non è una norma – fattispecie e norma sono concetti diversi – ma la *produzione di una norma*: è una vera «fattispecie», quella fattispecie che è regolata dalla norma costituzionale e che, in quanto e nella misura in cui è regolata dalla costituzione, può essere «sussunta» sotto la costituzione come qualunque altra fattispecie sotto qualunque altra norma»¹⁰³⁰. Più convincente risulta invece l’argomento di politica costituzionale avanzato da Kelsen: «poiché proprio nei casi più importanti di violazione della costituzione, parlamento e governo sono parti in causa, è opportuno far decidere la controversia da un terzo organo *che stia al di fuori di questo contrasto* e che *sia del tutto estraneo all’esercizio del potere* che la costituzione ripartisce essenzialmente tra parlamento e governo»¹⁰³¹. La parte più interessante del discorso di Kelsen è quella immediatamente

¹⁰²⁸ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, p. 152.

¹⁰²⁹ A. La Pergola, *Premessa* a H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. IX.

¹⁰³⁰ H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 247 (corsivi originali).

¹⁰³¹ *Ivi*, p. 270 (corsivi originali).

successiva, dove sembra fare una concessione a Schmitt in merito ai pericoli di una politicizzazione della Corte costituzionale, ma solo per poter confutare *a fortiori* l'ipotesi del Presidente-custode: «che quest'organo abbia per ciò stesso un certo potere, è inevitabile. Una cosa è però affidare ad un organo *nient'altro* che il potere che deriva dalla funzione di controllo costituzionale e cosa ben diversa è rafforzare il potere di una delle due principali parti in causa con l'ulteriore attribuzione del controllo di costituzionalità»¹⁰³². Il Presidente della Repubblica era stato immaginato dai costituenti weimariani come contrappeso (*Gegengewicht*) del Reichstag ed è per rendere effettiva e credibile questa sua funzione che lo avevano dotato di una legittimità equivalente (*Ebenbürtigkeit*) a quella della rappresentanza popolare disponendone l'elezione popolare diretta. Ora, se il Presidente è concepito come contrappeso del parlamento è inevitabilmente escluso che possa svolgere contemporaneamente anche la funzione di custode della costituzione. Non è affatto vero – sottolinea Kelsen – che il potere del Presidente, soprattutto di un Presidente come quello weimariano dotato di ampi poteri, sia un *pouvoir neutre*, né che in virtù di questa sua presunta neutralità la Costituzione di Weimar lo designi - come pretende Schmitt – quale custode della costituzione. Quella del Presidente-custode come *pouvoir neutre* è piuttosto «una finzione di notevole audacia»¹⁰³³.

Per quanto riguarda invece l'analisi schmittiana della situazione costituzionale dell'età di Weimar il punto più controverso sta per Kelsen nell'uso dei concetti di pluralismo e stato totale i quali «non potrebbero (...) resistere ad una *critica sociologica*»¹⁰³⁴: entrambi i concetti resterebbero indeterminati o mal definiti, e sarebbero dunque poco utili ad una corretta diagnosi della situazione politico-costituzionale. Ogniqualevolta Schmitt parla di pluralismo e di Stato totale sovrappone coppie di opposti che non hanno nulla in comune: l'opposizione di Stato e società e l'opposizione tra una formazione autocratico-accentrata e una democratico-decentrata della volontà politica. Per Kelsen uno Stato totale nel senso schmittiano - cioè uno Stato divenuto auto-organizzazione della società, che abbraccia tutti i settori della vita sociale e nel quale tutti i problemi, *in primis* i problemi posti dall'economia sono potenzialmente problemi politici - può assumere tanto la forma della democrazia quanto quella dell'autocrazia: il giurista austriaco non vede alcuna contraddizione tra l'estensione dei compiti dello Stato ed il pluralismo dei partiti che concorrono alla formazione della volontà politica.

¹⁰³² *Ivi*, p. 270.

¹⁰³³ *Ivi*, p. 233.

¹⁰³⁴ *Ivi*, p. 266.

3. Legittimità sostanziale contro legalità formale

Legalità e legittimità è un lavoro terminato nel luglio del 1932 prima del *Preußenschlag* e pubblicato nell'estate dello stesso anno¹⁰³⁵. Le riflessioni schmittiane sui concetti di legalità e legittimità sono sollecitate dalla situazione costituzionale di Weimar alla vigilia del crollo della Repubblica, interpretato come crollo dello Stato legislativo parlamentare. Il testo schmittiano consta di: un'introduzione sulle forme di Stato, dove lo Stato legislativo parlamentare viene messo a confronto con altri tipi di Stato; una prima parte in cui viene discusso in che cosa consista il sistema di legalità dello Stato legislativo parlamentare; ed una seconda parte che, prendendo in esame direttamente il testo della costituzione di Weimar, mostra l'esistenza, accanto al parlamento in qualità di legislatore ordinario, di ben tre legislatori straordinari i quali, in competizione col legislatore ordinario, sono l'espressione inequivocabile della crisi dello Stato legislativo parlamentare. La denuncia della neutralità dello Stato legislativo, del suo concetto di legalità e della dottrina allora dominante del positivismo giuridico prelude alla formulazione, in nome della legittimità sostanziale della costituzione, della tesi della necessaria interdizione dei partiti politici anti-sistema dalla competizione per il potere.

Preliminarmente è utile puntualizzare che in quest'opera i principali autori di riferimento di Schmitt sono due: Max Weber e Otto Mayer. Entrambi hanno fatto della burocrazia o amministrazione l'oggetto privilegiato delle proprie ricerche ed è per questa ragione che Schmitt si richiama ai loro insegnamenti quando, negli anni dei *Präsidiakabinette*, delinea una forma di Stato alternativa allo Stato legislativo parlamentare, che sia in grado di gestire una realtà caratterizzata dal venir meno della distinzione tra Stato e società e dalla trasformazione dello Stato neutrale non-interventista in Stato totale. Si è osservato che, alla luce della *Herrschaftssoziologie*, Weber ha interpretato il passaggio dal II Reich al *Volksstaat* di Weimar come una sostituzione della legittimità tradizionale e dinastica con la legittimità rivoluzionaria, da cui si dipartono sia una legittimità razionale coincidente con la credenza nella legalità (in quanto viene conservato il modo di funzionamento prevedibile e calcolabile della burocrazia statale), sia una legittimità irrazionale coincidente con il rafforzamento, in una democrazia di massa, dell'elemento carismatico del potere (in quanto all'ingresso del popolo nell'area della cittadinanza politica

¹⁰³⁵ Cfr. quanto affermato da Schmitt nelle note aggiunte all'edizione di *Legalità e legittimità* nella raccolta *Verfassungsrechtliche Aufsätze* del 1958, p. 345.

si accompagna l'esigenza di una *leadership* carismatica eletta plebiscitariamente). Mentre da Weber Schmitt apprende la distinzione tra i vari tipi di legittimità e soprattutto la riduzione della legittimità razionale alla mera credenza nella legalità, da Otto Mayer, fondatore della scuola amministrativistica, e dalla sua teoria del «plusvalore» (*Mehrwerttheorie*) del diritto pubblico-statale rispetto al diritto privato e associativo, apprende un'idea – quella, appunto, del plusvalore dello Stato e della sua amministrazione – che si traduce nella tesi del «plusvalore politico addizionale» (*zusätzlicher politischer Mehrwert*), ovvero del «premio politico», che va al detentore legale del potere statale¹⁰³⁶. Apparentemente Schmitt deplora il «triplice premio speciale» - consistente 1. nell'esercizio della valutazione sulla sussistenza o meno di situazioni critiche definibili con concetti indeterminati come «sicurezza ed ordine pubblico», «stato di necessità», «pericolo»; 2. nella presunzione della legalità nei casi dubbi; e 3. nell'immediata esecutività delle misure adottate, contro le quali ottenere giustizia sarebbe, nella migliore delle ipotesi, una riparazione *post factum* – che va al detentore legale del potere in uno Stato legislativo parlamentare, caratterizzato da un sistema chiuso di legalità e neutrale rispetto ai valori affermati e agli scopi perseguiti dai partiti in competizione per il potere¹⁰³⁷. Sembra, cioè, che Schmitt voglia mettere in guardia dal pericolo che, a causa della neutralità del sistema di legalità dello Stato legislativo, partiti anti-sistema possano conquistare la maggioranza e, in forza del premio politico al possesso legale del potere, chiudere legalmente alle proprie spalle la porta d'accesso al potere. Se, invece, si osserva il legame che unisce il concetto di *politischer Mehrwert* alla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer, allora la valutazione delle considerazioni schmittiane cambia radicalmente di segno e il plusvalore politico detenuto da chi controlla l'apparato amministrativo dello Stato diviene piuttosto il contrassegno della superiorità dello Stato rispetto alla politica di partito, il contrassegno, cioè, della - da più parti auspicata - *Überparteilichkeit* dello Stato¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ *LL*, in *VA*, p. 288; trad. it. p. 239.

¹⁰³⁷ Come esempio di abuso del premio politico Schmitt menziona la delibera con cui nell'aprile del 1932 l'esigua maggioranza socialdemocratica del Landtag prussiano introdusse nel regolamento interno norme per rendere più difficoltosa la nomina di un Presidente dei Ministri ed ostacolare così l'ascesa degli avversari politici (*CP*, p. 243). Cfr. C. Galli, *Genealogia della Politica*, cit., p. 646.

¹⁰³⁸ Cfr. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., pp. 641 e ss. Secondo Fioravanti «la teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer e la teoria della prassi giuridica di Carl Schmitt hanno in comune appunto questo: puntano a salvare il *Mehrwert* del politico, anche sotto forma di rinnovata neutralità del potere e certezza del diritto, contro le dissoluzioni pluralistiche, contro il pericolo di una sua dissoluzione nella dimensione associativa propria di uno dei molteplici soggetti dell'ordinamento».

3.1. Schmitt esordisce proponendo un'originale classificazione delle forme di Stato, del tutto inedita rispetto alle opere precedenti, in particolare a *Dottrina della costituzione*, dove, più che nella classificazione degli Stati, è nella classificazione dei concetti di costituzione che il giurista si cimenta. La tipologia proposta – 1. Stato legislativo parlamentare (*parlamentarischer Gesetzgebungsstaat*), 2. Stato giurisdizionale (*Jurisdiktionsstaat*), 3. Stato governativo (*Regierungsstaat*) e 4. Stato amministrativo (*Verwaltungsstaat*) – è orientata a far luce su un oggetto, lo Stato, ormai percepito sempre più come esclusivo della modernità. Ad ogni tipo di Stato corrisponde una particolare forma di espressione della volontà politica decisiva: 1. la legge del parlamento come norma generale e astratta (*Gesetz, Normierung*), 2. la sentenza del giudice sul caso concreto (*konkrete Fall-Entscheidung*), 3. il comando autoritario e personale di un Capo di Stato che governa (*Befehl*) e 4. il provvedimento amministrativo (*Maßnahme*). Come Weber a proposito dei tipi di potere legittimo, così Schmitt a proposito dei tipi di Stato è consapevole di proporre una semplificazione ideal-tipica della realtà: «in verità, nella realtà storica, si presentano continuamente commistioni e combinazioni, poiché ad ogni sistema politico appartengono tanto la legislazione che la giurisdizione, che il governo e l'amministrazione. In ogni Stato non si comanda e si ordina soltanto, ma si producono anche norme di legge e si amministra con provvedimenti adeguati ai casi concreti»¹⁰³⁹. Tuttavia è scientificamente possibile e politicamente indispensabile capire dove si situi il punto decisivo della formazione della volontà politica che qualifica l'intero sistema o se sussista invece una situazione d'equilibrio tra i vari ambiti della vita dello Stato.

Schmitt definisce Stato legislativo parlamentare ciò che negli Stati dell'Europa continentale veniva inteso, a partire dal XIX secolo, come *Rechtsstaat*: lo Stato borghese di diritto studiato in *Dottrina della costituzione* è ora designato Stato legislativo parlamentare. Non costituisce, dunque, una revisione delle tesi schmittiane che la caratteristica peculiare di questa forma di Stato consista nel concetto di legge come norma generale e astratta, nel fatto cioè che esso individui «l'espressione più alta e decisiva della volontà comune in normazioni (*Normierungen*), che vogliono essere diritto, che perciò pretendono di avere determinate qualità, e alle quali quindi devono essere subordinate tutte le altre funzioni, competenze e attività pubbliche»¹⁰⁴⁰. Un tale Stato presenta tre caratteristiche fondamentali: 1. la posizione di predominio occupata, in qualità di

¹⁰³⁹ *LL*, in *VA*, p. 265; trad. it. pp. 213-214.

¹⁰⁴⁰ *LL*, in *VA*, p. 263; trad. it. p. 211.

législateur, dal parlamento; 2. la riduzione del diritto alla legge, cioè l'elevazione della legge del parlamento alla dignità di fonte prima, se non unica del diritto, cui ogni attività statale deve conformarsi; e 3. la separazione di legge ed applicazione della legge, legislatore ed organi esecutivi, ovvero - detto in altri termini - la separazione dei poteri. «La legge – spiega Schmitt, che sembra fornire un'efficace e sintetica descrizione della giustificazione democratico-rousseauiana o giacobina dell'assolutismo della legge dello Stato, iniziato a partire dalla Rivoluzione francese – è prodotta da un'istanza legislativa, la quale però non governa, né rende esecutive o applica le sue leggi, ma si limita soltanto a produrre le norme vigenti, in nome delle quali poi organi esecutivi soggetti alla legge possono esercitare il potere statale»¹⁰⁴¹. Il principio di legalità (*Gesetzmäßigkeit*) ed il principio della separazione dei poteri legislativo ed esecutivo si implicano a vicenda: l'essenza di uno Stato di questo tipo consiste nella subordinazione di ogni esercizio del potere statale al rispetto della legge. Alla fine in uno Stato legislativo «non si governa o comanda più, poiché vengono fatte valere soltanto norme impersonalmente vigenti»¹⁰⁴². In questo senso lo Stato di diritto, ribattezzato da Schmitt Stato legislativo parlamentare, risponde al principio del 'governo delle leggi, non degli uomini'.

Negli Stati giurisdizionali – sono tali per Schmitt i Paesi dove vige la *common law* come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti d'America - la volontà politica decisiva non si presenta nella forma della legge ma della decisione processuale: ad avere l'ultima parola non è il legislatore, bensì il giudice che decide una controversia giuridica. Lo Stato giurisdizionale è dotato di un *ethos* molto radicato: il giudice decide direttamente in nome del diritto e della giustizia, considerati come realtà antecedenti rispetto allo Stato, senza che gli vengano imposte da altri poteri non giudiziali, ma politici, normazioni cui attenersi. In un sistema del genere per Schmitt è improprio perfino l'uso del termine Stato, poiché non sussiste una vera unità politica, ma una mera comunità di diritto.

Lo Stato governativo, invece, ha il proprio tratto caratteristico nella volontà personale e nel comando autoritario del Capo dello Stato ed è provvisto più che di *ethos*, di un grande *pathos*. Sebbene Schmitt faccia come esempi storici quelli del governo del principe assoluto in età moderna e dello Stato amministrativo prussiano del secolo dei Lumi, anche l'esperienza della Convenzione nazionale francese all'epoca del *Comité de Salut Publique*, cioè l'esperienza della «dittatura sovrana» di cui tratta il

¹⁰⁴¹ LL, in VA, p. 264; trad. it. p. 212.

¹⁰⁴² LL, in VA, p. 264; trad. it. p. 212.

libro del 1921, può essere ricondotta, in forza della concentrazione dei poteri nell'assemblea, a questo tipo di Stato. Lo Stato governativo e lo Stato amministrativo, prossimi l'uno all'altro - tanto che Schmitt parla talvolta con una sorta di endiadi di Stato governativo o amministrativo - sono presentati, nella tipologia delle forme di Stato, come quelli in grado di porre «termine alle dispute avvocatistiche che accompagnano lo Stato giurisdizionale e alle discussioni senza fine dello Stato legislativo parlamentare». Entrambi, infatti, «riconoscono un valore giuridico positivo al decisionismo della disposizione prontamente eseguibile»¹⁰⁴³.

I diversi tipi di Stato vengono letti alla luce delle tendenze politiche fondamentali - miranti alla conservazione, alla trasformazione repentina o all'innovazione riformatrice dell'esistente - presenti in un dato contesto storico-politico. Lo Stato giurisdizionale prevale sugli altri tipi di Stato là dove si è in presenza di concezioni giuridiche stabili e di assetti socio-economici e proprietari non contestati, ed una giustizia autonoma dallo Stato può essere intesa dalla comunità come custode e garante di un diritto preesistente allo Stato. Lo Stato giurisdizionale appare come il migliore strumento al servizio della conservazione dello *status quo* socio-economico e dei diritti acquisiti. Lo Stato governativo o amministrativo, invece, è il più efficace strumento per la gestione di grandi mutamenti e di trasformazioni rivoluzionarie o anche reazionarie: esso si richiama alla «necessità concreta» - qui Schmitt sembra alludere allo stato di eccezione -, allo stato delle cose e ad altre giustificazioni non consistenti in norme generali ma in situazioni di fatto. Infine, lo Stato legislativo parlamentare è adeguato ad età «riformistico-revisionistico-evoluzionistiche» dominate dall'idea di progresso e da programmi di partito traducibili in leggi parlamentari.

3.2. Il principio dell'uguaglianza delle *chances* nella conquista del potere politico è una conseguenza necessaria dei principi fondamentali (legalità, separazione dei poteri, neutralità rispetto ai valori) dello Stato legislativo parlamentare: di essi è come se Schmitt dicesse '*simul stabunt, simul cadent*'. Uno Stato che si fonda sul principio della legalità e della neutralità rispetto ai valori deve coerentemente offrire pari opportunità di conquistare il potere politico anche al nemico politico, vale a dire anche a chi, una volta giunto al potere, potrebbe operare tutte le opportune modifiche legali della costituzione per negare alle altre formazioni politiche la stessa possibilità di giungervi. La neutralità tecnico-funzionalistica dello Stato legislativo parlamentare è, in definitiva, la neutralità del liberalismo di fronte alla scelta tra amico e nemico: Schmitt, negli anni della crisi della Repubblica, parla

¹⁰⁴³ LL, in VA, p. 269; trad. it. p. 217.

allora non tanto di incapacità politica di decidere, quanto piuttosto di volontà di non decidere, per principio, sulla distinzione fondamentale da cui dipendono l'esistenza politica di un popolo e il tipo e la forma della sua costituzione. Lo Stato legislativo parlamentare col suo sistema di legalità è quindi, per principio, indifeso di fronte ai suoi stessi nemici. L'indifferenza nei confronti del contenuto della legge, il metodo della formazione della volontà politica attraverso il semplice raggiungimento della maggioranza, «una concezione della legalità neutrale, avalutativa, formalistica e funzionalistica»¹⁰⁴⁴ sono sensati ed accettabili solo se sussiste il presupposto della sostanziale omogeneità di tutto il popolo. Quando l'omogeneità del popolo – su cui riposa la democrazia – scompare o non c'è e al suo posto subentrano il pluralismo degli interessi, l'eterogeneità e l'inconciliabilità dei valori, la frammentazione politico-partitica, la neutralità dello Stato parlamentare nei confronti dei propri nemici non è più un principio tollerabile.

Venuta meno la fede, tipicamente razionalistica, nelle cartesiane *idées générales*, e la fede, tipicamente liberale, nei principi del parlamentarismo, il destino dello Stato legislativo parlamentare è segnato: «lo Stato totale – che Schmitt ha cercato di descrivere in *Il custode della costituzione* - è per sua natura uno Stato amministrativo»¹⁰⁴⁵. La svolta verso lo Stato totale è allora contemporaneamente una svolta verso lo Stato amministrativo. Al di là della tipologia delle forme di Stato proposta – articolantesi, si è visto, in un'analisi statica e della dinamica di ciascuno Stato -, *Legalità e legittimità* si caratterizza per la contrapposizione tra Stato legislativo parlamentare da un lato e Stato governativo, amministrativo o burocratico dall'altro, e per il tentativo schmittiano di abbozzare una teoria dello Stato amministrativo che coniughi – come risulta evidente nella terza sezione della seconda parte dell'opera, dedicata al legislatore straordinario *ratione necessitatis*, cioè il Presidente dotato dei *Diktaturgewalten* - la legalità burocratica, incapace di legittimarsi da sé, alla legittimità democratico-sostanziale e carismatico-plebiscitaria del Capo dello Stato. La teoria schmittiana dello Stato amministrativo è – secondo Maurizio Fioravanti, che insiste sulla dipendenza delle tesi del giuspubblicista da quelle dell'amministrativista Otto Mayer - «la teoria della conservazione dei caratteri specifici del politico, attraverso uno spostamento di piano del suo nucleo forte, dal parlamento, ormai ad un passo dalla capitolazione di fronte agli interessi organizzati, alla pubblica amministrazione. La critica schmittiana allo Stato legislativo-parlamentare è

¹⁰⁴⁴ CP, pp. 230-231.

¹⁰⁴⁵ LL, in VA, p. 266; trad. it. p. 215.

nient'altro che la critica ad un involucro istituzionale non più adatto a conservare l'essenza del politico. La scienza giuridica e la burocrazia si alleano in questa opera di conservazione, che tuttavia sarebbe vana senza l'aggancio con le concrete istituzioni dell'età di Weimar, ed in particolare con quei poteri del Presidente che Schmitt giudicava a fondamento plebiscitario»¹⁰⁴⁶.

La contrapposizione decisiva nella Germania degli anni Trenta è allora quella tra la finzione normativistica del sistema di legalità dello Stato legislativo parlamentare e «la legittimità di una volontà realmente esistente e conforme al diritto»¹⁰⁴⁷. Che cosa intenda Schmitt con l'ambigua e contraddittoria espressione «volontà realmente esistente conforme al diritto» non è immediatamente esplicitato, ma si desume sia dalla seconda parte dell'opera, sia dal complesso delle precedenti opere del giurista: la «volontà realmente esistente» è una volontà personale, è la volontà di colui che decide, cioè del Presidente in quanto competente ad emanare provvedimenti (*Maßnahmen*) e in quanto vertice dell'amministrazione; essa è una volontà «conforme al diritto» se e solo se per diritto si intende il «diritto applicabile ad una situazione» (*Situationsrecht*)¹⁰⁴⁸ di cui si parla in *Teologia politica*, ovvero un diritto che non si legittima a partire da una norma che lo preceda e lo fonda, ma dagli effetti che è in grado di produrre. Il *Situationsrecht* è allora, nella crisi di Weimar, il 'diritto' della prassi e del potere amministrativo, quel 'diritto' che, di fronte alla crisi di legalità dello Stato legislativo parlamentare, è legittimato e scaturisce direttamente dall'esistenza di un potere amministrativo operante. Il diritto legittimo della prassi non è un'invenzione del Novecento conseguente alla crisi del sistema di legalità dello Stato legislativo parlamentare; è la legge, al contrario, ad essersi sovrapposta – affermando il principio della legalità degli atti dell'amministrazione – ad un nucleo duro dello Stato moderno di natura prettamente amministrativa. Storicamente, infatti, lo Stato moderno si è formato, nei secoli XVI e XVII, proprio come Stato amministrativo il quale, grazie alle politiche di centralizzazione burocratica tenacemente perseguite dai monarchi assoluti, si è imposto sulle comunità di diritto di stampo medievale. Schmitt è perfettamente consapevole, sin da *La dittatura*, di questa evoluzione.

¹⁰⁴⁶ M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 647.

¹⁰⁴⁷ *LL*, in *VA*, p. 266; trad. it. p. 214. L'espressione tedesca è: «*die Legitimität eines wirklich vorhandenen, rechtmäßigen Willens*».

¹⁰⁴⁸ *CP*, p. 39-40. Cfr. sul senso dell'affermazione schmittiana che «ogni diritto è diritto applicabile ad una situazione» H. Hofmann, *Legittimità contro legalità*, cit., pp. 97-99.

3.3. Si è osservato che le forme di normazione giuridica previste dalla Costituzione di Weimar sono quattro: 1. la legislazione ordinaria di cui è competente il Reichstag; 2. la legislazione di modifica costituzionale, ugualmente di competenza del Reichstag ma distinta dalla precedente in forza delle disposizioni sulla maggioranza qualificata necessaria per l'approvazione di una legge costituzionale; 3. la legislazione popolare; e 4. le ordinanze, le misure, i decreti c.d. *gesetzvertretende* del Capo dello Stato¹⁰⁴⁹. Mentre la prima parte di *Legalità e legittimità* ha mostrato le aporie dello Stato legislativo parlamentare, del suo sistema di legalità e della sua riduzione del diritto alla legge del parlamento (punto 1), la seconda parte sviluppa gli altri tre punti (punti 2, 3 e 4) di questa classificazione delle forme di posizione del diritto. A conferma del fatto che in età moderna, in generale, e a partire dalla Rivoluzione francese e dalla nascita della democrazia, in particolare, il potere di creare il diritto è visto come il potere supremo, come la principale competenza della sovranità, le riflessioni schmittiane vertono sul rapporto tra democrazia – parlamentare, diretta o plebiscitaria - e legislazione. Accanto al legislatore ordinario, il parlamento, vi sono infatti nella Costituzione di Weimar – così sostiene Schmitt – ben tre legislatori straordinari che vengono distinti in: 1. il legislatore straordinario *ratione materiae*; 2. il legislatore straordinario *ratione supremitatis*; e 3. il legislatore straordinario *ratione necessitatis*.

Il primo coincide con il Reichstag quando questo, in deroga al principio democratico della maggioranza semplice, delibera con una maggioranza qualificata dei due terzi ai sensi dell'art. 76 WRV. Innanzi tutto per Schmitt il principio della maggioranza qualificata è un principio non derivante né dalla dottrina della democrazia e dal suo concetto di legge come *voluntas* del popolo, né dalla dottrina dello Stato di diritto e dalla sua concezione della legge come *ratio*: «*Gesetz ist im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat der jeweilige Beschluß der jeweiligen Parlamentsmehrheit, in der unmittelbaren Demokratie der jeweilige Wille der jeweiligen Volksmehrheit*»¹⁰⁵⁰. Il principio della maggioranza qualificata sembra interpretato – e criticato – come conseguenza del pluralismo. Esso sarebbe il risultato di considerazioni tecnico-pratiche sulla situazione politico-costituzionale di una *Massendemokratie* priva del presupposto democratico dell'omogeneità sostanziale: in una realtà politica composita, affetta dal pluralismo delle forze politiche e degli interessi economici eterogenei, la legge costituzionale, in quanto legge dotata di forza superiore rispetto alla legge ordinaria, è pensata per rendere più difficoltoso un

¹⁰⁴⁹ Cfr. *supra* Capitolo IV, paragrafo 1.1.

¹⁰⁵⁰ *LL*, in *VA*, p. 293.

intervento, in primo luogo sui diritti fondamentali ma anche sui principi organizzativi della costituzione, da parte della maggioranza ai danni della minoranza o delle minoranze parlamentari. Qualora il Reichstag volesse intervenire su questioni di diritto materiale (i diritti fondamentali), lo farebbe non in qualità di legislatore ordinario, bensì in qualità di legislatore straordinario. In base all'interpretazione dominante dell'art. 76, eventuali modifiche della costituzione che sopprimessero libertà e diritti fondamentali sarebbero sempre legali, purché realizzate nel rispetto della procedura prevista. L'insanabile contraddizione esistente nella costituzione tra il principio della legalità formale ed il principio della legittimità sostanziale consiste per Schmitt nella contraddizione tra il principio liberale, formale e positivista della 'neutralità rispetto ai valori' e il principio democratico, sostanziale e decisionista della costituzione come 'sistema di valori'. Uno Stato legislativo parlamentare che volesse essere del tutto conseguente con le sue premesse non dovrebbe dotarsi di una costituzione che contenga disposizioni sulle procedure aggravate di modifica; dovrebbe semplicemente - in forza della fiducia nel legislatore e nella razionalità e giustizia della legge, e nel rispetto della neutralità verso ogni contenuto della legge stessa - riconoscersi nelle scelte della maggioranza semplice del parlamento: *«es handelt sich hier nicht um die Frage, ob materiell-rechliche Sicherungen oder Verfassungen von der Art des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung an sich vernünftig und berechtigt sind. Sie sind es zweifellos. Aber sie stehen in einem konstruktiven Widerspruch zu der Wertneutralität des im ersten Hauptteil organisierten parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und schränken ihn nicht nur ein, sondern zerstören ihn auch»*¹⁰⁵¹. Viceversa, uno Stato che prenda sul serio le decisioni politiche fondamentali contenute nella propria costituzione dovrebbe garantirne l'invulnerabilità (*Unantastbarkeit*) ed affermarne l'assoluta indisponibilità ad ogni modifica, anche a quella modifica adottata seguendo la procedura aggravata: *«offenbar sind jene „Wertbetontheit“, jenes inhaltliche „Sinnsystem“ (R. Smend), oder wie man immer die nicht funktionalistisch, sondern sachinhaltlich und substanzlich gedachten Aufstellungen des zweiten Verfassungsteils nennen will, auf der einen Seite, und dieser unbedingte, nach der herrschenden Auslegung des Art. 76 sogar gegen sich selbst und sein eigenes Legalitätssystem indifferente und neutrale Funktionalismus des organisatorischen ersten Teils auf der andern Seite unvereinbare Gegensätze. Man kann nicht die Ehe, die Religion, das Privateigentum feierlich unter dem Schutz der Verfassung stellen und in ein und derselben Verfassung die legale Methode zu ihrer Beseitigung*

¹⁰⁵¹ LL, in VA, p. 299.

*offerieren»*¹⁰⁵². Dall'uno come dall'altro punto di vista, cioè dalla prospettiva della legalità meramente funzionalistica dello Stato legislativo parlamentare così come dalla prospettiva della legittimità sostanziale dello Stato governativo ed amministrativo, a base democratico-plebiscitaria, proposto da Schmitt come alternativa al precedente, l'art. 76 - già bersaglio delle critiche del giurista in *Dottrina della costituzione*, dove veniva interpretato come attribuzione ad un potere costituito di una competenza limitata di modifica della costituzione - è criticato come contraddittorio perché collocato a metà strada tra le due opposte concezioni della legalità formale e della legittimità sostanziale: «*zwischen der prinzipiellen Wertneutralität des funktionalistischen Legalitätssystems und der prinzipiellen Wertbetonung inhaltlicher Verfassungsgarantien gibt es keine mittlere Linie. (...) Wertbehauptung und Wertneutralität schließen einander aus*»¹⁰⁵³. Ancora una volta, come in merito al concetto di potere costituente, gli avversari di Schmitt sono Gerhard Anschütz e Richard Thoma. Contro Anschütz, in particolare, Schmitt osserva che, quando la 'neutralità rispetto ai valori' propria del sistema funzionalistico di legalità assurge al grado di neutralità assoluta, essa diventa neutrale nei confronti dello stesso valore della neutralità che intende affermare, contraddicendosi e aprendo così la via all'eliminazione legale della legalità stessa, cioè al «suicidio» (*Selbstmord*) dello Stato legislativo parlamentare¹⁰⁵⁴. Negli anni della crisi della Repubblica, l'antiformalista Schmitt sembra accusare i giuristi positivisti/formalisti di essere responsabili, a causa del relativismo filosofico che sta a fondamento del loro concetto di legalità, di un'eventuale rivoluzione legale del sistema weimariano. La compresenza nella Costituzione di Weimar dell'elemento giuridico dello Stato borghese di diritto e dell'elemento politico della democrazia - questa è la tesi sostenuta nel 1928 - viene interpretata nel 1932 come coesistenza di due diverse costituzioni, coincidenti rispettivamente con la prima parte, formale e organizzativa, e con la seconda parte, materiale, del testo costituzionale del 1919. Schmitt spinge all'estremo la divaricazione tra le due: si è in presenza, in definitiva, non di un'unica costituzione, nata certo da un compromesso tra forze politiche, ma di due diverse costituzioni. Inoltre, Schmitt non disconosce neppure il fatto che la 'seconda costituzione' è essa stessa frutto dell'accostamento di principi e valori - espressione di *Weltanschauungen* inconciliabili tra loro - i quali, per di più non godono dello stesso tipo di garanzie costituzionali essendo alcuni sottoposti alla riserva di legge (ordinaria), altri alla riserva di legge costituzionale.

¹⁰⁵² *LL*, in *VA*, p. 300.

¹⁰⁵³ *LL*, in *VA*, p. 300.

¹⁰⁵⁴ *LL*, in *VA*, p. 301.

Il secondo dei tre legislatori straordinari è il popolo. La Costituzione di Weimar non contiene solo nella sua seconda parte una *Gegen-Verfassung*; anche nella prima parte, a causa della disciplina degli strumenti della democrazia diretta, presenta due sistemi alternativi: l'uno è il sistema della legalità dello Stato legislativo parlamentare, l'altro è il sistema della legittimità plebiscitaria fondato sul popolo in quanto sovrano e legislatore. Come notato anche da Walter Jellinek, di cui è riportata l'opinione, dalla costituzione scritta si evince che si è in presenza di una 'gara dei due sovrani' (*Wettrennen der beiden Souveräne*), il parlamento e il popolo. Schmitt ripropone qui alcune delle considerazioni svolte nel saggio del 1927 *Volksentscheid und Volksbegehren* in merito all'art. 73 c. 2 e c. 3 sulla distinzione tra decisione referendaria *stricto sensu* e procedura legislativa popolare. In *Legalità e legittimità* tuttavia viene affermato *expressis verbis* ciò che fino a questo momento era rimasto implicito: il rappresentato, il popolo, è, quando si pone come legislatore straordinario, superiore al rappresentante, il parlamento. Richiamando Rousseau, Schmitt sostiene che è una conseguenza della teoria democratica che la rappresentanza popolare retroceda quando è il popolo stesso a farsi avanti¹⁰⁵⁵. In effetti, nel *Contratto sociale* il Ginevrino, adoperando impropriamente il proprio stesso linguaggio, dice che «dove c'è il rappresentato non c'è più il rappresentante»¹⁰⁵⁶. Schmitt, che cita correttamente l'opera di Rousseau, sembra però fraintenderne il senso. E non perché attribuisca a Rousseau – che notoriamente ritiene che la volontà generale sia irrappresentabile – quella citazione sul rapporto rappresentanti-rappresentati: è Rousseau in effetti a dire che «dove c'è il rappresentato non c'è più il rappresentante». Ma il Ginevrino intende con ciò dire che quando «il popolo è legittimamente riunito come corpo sovrano ogni giurisdizione del governo cessa». Per Rousseau il rapporto in questione non è quello tra rappresentante e rappresentato, bensì quello tra governanti e governati oppure, detto in altri termini, tra potere esecutivo e potere legislativo. Schmitt sembra perciò commettere un'imprecisione, poiché adopera l'ingannevole citazione rousseauiana in un contesto diverso da quello del *Contratto sociale*: non il rapporto tra esecutivo e legislativo, come è in Rousseau, bensì il rapporto tra il Reichstag e il popolo, o, meglio, tra il Reichstag e quella minoranza del popolo che si fa promotrice dell'iniziativa popolare. Diversamente dal discorso rousseauiano in cui il *populus* e il *magistratus* si fronteggiano in quanto detentori di poteri diversi, il legislativo e l'esecutivo, il discorso schmittiano si muove tutto all'interno del potere legislativo: è un conflitto

¹⁰⁵⁵ *LL*, in *VA*, p. 314.

¹⁰⁵⁶ Cfr. J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, cit., p. 135 (Libro III, capitolo XIV). Cfr. per la discussione di questo capitolo del *Contratto sociale* Capitolo I, paragrafo 2.1.4.

tra l'art. 68 (legislazione ordinaria del parlamento) e l'art 73 c. 3 (legislazione straordinaria e diretta del popolo). Anche in questo, come in altri casi, la lettura schmittiana è una forzatura della teoria democratica di Rousseau, e quindi la teoria schmittiana della democrazia si configura come una teoria pseudo-rousseauiana. Del resto, nel confronto tra il punto segnalato del *Contratto sociale* e *Legalità e legittimità*, la questione decisiva è la seguente: mentre Rousseau mette ripetutamente in guardia contro i possibili abusi del governo e la sua tendenza a degenerare¹⁰⁵⁷ ed interpreta il governo sempre e solo come esecutore della legge generale ed astratta, Schmitt sta giocando il popolo (il legislatore straordinario *ratione supremitatis* dell'art. 73 c. 3) contro il parlamento (il legislatore ordinario) nel contesto dell'elaborazione di una teoria dello Stato governativo ed amministrativo centrato non sulla legge, bensì sul provvedimento, cioè non sulla norma generale ed astratta, bensì sulla misura particolare e concreta.

Il Presidente del Reich è per Schmitt il terzo legislatore straordinario, il legislatore *ratione necessitatis*, autorizzato dall'art. 48 c. 2 ad emanare in caso di emergenza provvedimenti e misure amministrative che si sostituiscono alla legge del parlamento e prefigurano la sostituzione dello stesso Stato legislativo parlamentare con lo Stato amministrativo. Delineati nel libro del 1931 i tratti del Presidente-custode, Schmitt descrive ora la figura del Presidente-legislatore: diversamente dal popolo, il legislatore dell'art. 48 c. 2 non è sovraordinato rispetto al legislatore ordinario, bensì subordinato poiché le sue misure possono essere revocate su richiesta del Reichstag. A parte i limiti costituzionali previsti alla legislazione straordinaria del Presidente (aggirati però con gli scioglimenti anticipati del Reichstag), il *Leitmotiv* di queste pagine della seconda parte di *Legalità e legittimità* è la crisi della legge come norma generale ed astratta deliberata dal parlamento «per durare» («für alle Dauer») e l'affermarsi della prassi della decretazione d'urgenza e dei «provvedimenti legislativi» («gesetzgeberische Maßnahmen») ¹⁰⁵⁸. Negli anni della crisi di Weimar

¹⁰⁵⁷ *Ivi*, p. 125: «Come la volontà particolare agisce senza posa contro la volontà generale, così il governo esercita uno sforzo continuo contro la sovranità».

¹⁰⁵⁸ L'espressione «provvedimento legislativo» – in sé contraddittoria se letta alla luce di quanto affermato in *Dottrina della costituzione* – rispecchia adeguatamente proprio la confusione dei concetti normativi di *Gesetz* e *Maßnahme* su cui Schmitt intende richiamare l'attenzione. In *Dottrina della costituzione* Schmitt definisce in negativo legge e provvedimento, contrapponendoli l'una all'altro: «Tutto ciò che si può dire sull'impero della legge (*Herrschaft des Gesetzes*) o sul dominio della norma (*Herrschaft der Norm*), tutti i modi di esprimersi del normativismo, sono in sé stessi contraddittori e confusi, se va perso questo carattere generale e qualsivoglia singolo comando (*jeder beliebige Einzelbefehl*), qualsivoglia provvedimento (*jede Maßnahme*) possa valere come norma o legge» (*VL*, p. 142; trad. it. p. 194).

Schmitt vede realizzarsi il fenomeno che nella conferenza del 1942-43, *La condizione della scienza giuridica europea*, avrebbe poi efficacemente designato come «motorizzazione della legge»: «*unter der Weimarer Verfassung (...) ist (...) die Rechtsetzungsbefugnis des Reichspräsidenten nach Art. 48 anerkannt und die ganz elementare Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme als ein „geistvoller“ Einfall abgetan worden*»¹⁰⁵⁹. Dal punto di vista di teoria costituzionale la ragione autentica della crisi dello Stato borghese di diritto o Stato legislativo parlamentare è la degenerazione del concetto formale di legge e la fine dell'illusione di poter ridurre il diritto alla legge: lo Stato neutrale del XIX secolo, fondato sulla distinzione di Stato e società, non prevedeva garanzie di diritto materiale; la democrazia di massa del XX secolo, invece, con l'introduzione nel testo costituzionale dei cosiddetti diritti sociali o «libertà *mediante* lo Stato»¹⁰⁶⁰ - quei diritti dei cittadini a prestazioni da parte dello Stato che per Schmitt solo impropriamente vengono definiti 'diritti' -, con l'emergere dei problemi economici come i principali problemi con cui la politica deve confrontarsi, in breve col venir meno della distinzione tra Stato e società e con la fine della neutralità dello Stato, registra, nell'epoca del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, la crisi di quel concetto ottocentesco di legge formale. Non può esserci alcuno Stato legislativo parlamentare senza un riconosciuto e distinguibile concetto di legge, perciò è inevitabile per Schmitt la trasformazione dello Stato legislativo in Stato amministrativo. Esso si configura come il tipo di Stato nel quale viene meno, insieme alla legge generale e astratta, anche un altro principio fondamentale dello Stato di diritto, il principio della separazione dei poteri: infatti «*für den außerordentlichen Gesetzgeber des Art. 48 aber ist die Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung, Legislative und Exekutive, weder rechtlich noch faktisch eine Hemmung: er ist beides in einer Person*»¹⁰⁶¹.

In conclusione, nonostante Schmitt - criticando la *potestas absoluta* che il parlamento deterrebbe ai sensi dell'art. 76 WRV ed affermando al contrario l'esistenza di limiti materiali al potere di revisione costituzionale - sembri difendere la Costituzione di Weimar nel sostenere l'invulnerabilità del suo nucleo essenziale, si vuole avanzare la tesi che in *Legalità e legittimità* la trattazione del legislatore straordinario *ratione materiae* si configuri piuttosto come l'ultimo attacco di Schmitt al Reichstag e ai suoi poteri. Delle quattro modalità di formazione del diritto segnalate all'inizio, due vengono giudicate esaurite o contraddittorie, e perciò accantonate - la

¹⁰⁵⁹ LL, in VA, p. 320.

¹⁰⁶⁰ A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 33.

¹⁰⁶¹ LL, in VA, p. 323.

legislazione ordinaria del Reichstag *ex art. 68* e la legislazione straordinaria *ex art. 76 WRV* – ed altre due invece valorizzate – la legislazione popolare *ex art. 73 c. 2 e c. 3* e la decretazione d’urgenza del Presidente *ex art. 48 WRV* –. Ciò è solo un’ulteriore conferma della tesi che si è voluta sostenere in questa sede in merito alla teoria schmittiana della democrazia come ‘democrazia dittatoriale’ o ‘dittatura democratica di massa’: nella delicata questione della formazione della volontà politica democratica, cioè del rapporto tra democrazia e legislazione, Schmitt insiste, anche con raffinate analisi teorico-costituzionali degli art. 73 e 48 WRV, sulla centralità del legame diretto che unisce popolo e capo, democrazia e dittatura, così come prefigurato in *La dittatura* a proposito della democrazia moderna *statu nascenti* dell’età della Rivoluzione francese e in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. La continuità che si registra tra le grandi opere schmittiane degli anni Venti e dei primi anni Trenta è una continuità all’insegna del rapporto immediato degli estremi: da un lato popolo, principio di identità, presenza fisica, legislazione popolare, referendum o plebiscito, acclamazione; e dall’altro lato Presidente eletto plebiscitariamente, massima concentrazione della capacità rappresentativa, riunione dei poteri legislativo ed esecutivo in una sola persona fisica, ordinanze e misure amministrative. A fronte dell’avanzata – nella teoria schmittiana – del popolo, come legislatore straordinario superiore alla rappresentanza parlamentare, e del Presidente come legislatore straordinario in caso d’emergenza, chi è costretto ad indietreggiare è il parlamento ormai in crisi. Parallelamente, la legge del parlamento, ovvero la norma generale ed astratta, è soppiantata tanto dal referendum o plebiscito (ben più che dalla legislazione popolare), quanto dalle misure e dai provvedimenti amministrativi. Non è un caso che nella conclusione di *Legalità e legittimità*, laddove difende la legittimità plebiscitaria come unico tipo di giustificazione del potere dello Stato che possa essere riconosciuto valido nell’epoca della democrazia di massa, Schmitt si richiami a Sieyes, all’ultimo Sieyes, e ad una sua presunta affermazione, interpretata dal giurista tedesco come la formula del bonapartismo di Napoleone I: «*die Frage kann nur von oben gestellt werden; die Antwort nur von unten kommen. Auch hier bewährt sich die Formel des großen Verfassungskonstrukteurs Sieyes: Autorität von oben, Vertrauen von unten. Die plebisitäre Legitimität braucht eine Regierung oder irgendeine andere autoritäre Instanz, zu der man das Vertrauen haben kann, daß sie die richtige Frage richtig stellen und die große Macht, die in der Fragestellung liegt, nicht mißbrauchen werde*»¹⁰⁶².

¹⁰⁶² LL, in VA, pp. 340-341. Cfr. per una discussione di Sieyes e il bonapartismo da un lato,

3.4. Nel testo *Das Problem der Legalität* (1950)¹⁰⁶³ – una sorta di retrospettiva di Schmitt sugli anni 1932-33 – la trasformazione del diritto in legalità è inquadrata in un contesto storico e filosofico molto ampio, che travalica la sola esperienza weimariana e la crisi della democrazia parlamentare che portò all'avvento del nazismo, ed è giudicata come una conseguenza dell'abbandono del diritto naturale e del passaggio, nella tarda modernità, al positivismo giuridico: «conseguenza inevitabile non appena un sistema politico si differenzia dalla Chiesa. Dal punto di vista sociologico essa costituisce una parte dello sviluppo dell'epoca tecnico-industriale. Dal punto di vista storico-filosofico essa rientra nella trasformazione del pensiero rivolto alla sostanza (*Substanz-Denken*) in pensiero rivolto alla funzione (*Funktions-Denken*): una trasformazione che, fino a poco tempo fa, ci è stata decantata come un grande progresso scientifico e culturale»¹⁰⁶⁴. Questo processo – ricorda Schmitt – è già stato rilevato da Weber, che vede nella sempre crescente specializzazione e tecnicizzazione del diritto il destino del diritto moderno, «trasformabile a piacimento in senso razionale rispetto allo scopo e privo di ogni contenuto sacro»¹⁰⁶⁵.

Schmitt e la teoria della dittatura democratica del Presidente dall'altro, U. Thiele, *Advokative Volkssouveränität*, cit., pp. 397 ss.

¹⁰⁶³ C. Schmitt, *Risposte a Norimberga*, a cura di H. Quaritsch, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 124-139. La prima versione di *Il problema della legalità* costituisce uno dei pareri – *Segretari di Stato* – resi da Schmitt a Norimberga nel maggio del 1947 al suo accusatore Kempner. Il testo, pubblicato una prima volta nel 1950, nel 1958 è stato raccolto da Schmitt in *VA*, pp. 442-451 e, in traduzione italiana, fa parte di *CP*, pp. 277-292. Cfr. C. Bocchini, recensione a C. Schmitt, *Risposte a Norimberga*, cit., in «Filosofia politica», anno XXI, 2007, n. 2, pp. 290-294.

¹⁰⁶⁴ *CP*, p. 287.

¹⁰⁶⁵ M. Weber, *Economia e società*, vol. III, cit., p. 201.

Opere di Carl Schmitt citate

- *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 38. Jg, 1916, S. 138-162; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 3-20.
- *Politische Romantik*, 1. Aufl. München-Leipzig 1919, 2. Aufl. München-Leipzig 1924, 3. Aufl. Berlin 1968; trad. it. (della terza edizione) *Romanticismo politico*, traduzione e presentazione di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1981.
- *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1. Aufl. München-Leipzig 1921, 2. Aufl. mit Anhang, München-Leipzig 1928, 6. Aufl. Berlin 1994; trad. it. di Bruno Liverani (dell'edizione Berlin, Duncker & Humblot, 1964) *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, introduzione di Francesco Valentini, Roma-Bari, Laterza, 1975.
- *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1. Aufl. München 1922, 2. Aufl. Berlin 1934; trad. it. in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 27-86.
- *Römischer Katholizismus und politische Form*, 1. Aufl. Hellerau 1923, 2. Aufl. München 1925, 3. Aufl. Stuttgart 1984; trad. it. (della seconda edizione) *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica*, traduzione e presentazione di Carlo Galli, Milano, Giuffrè, 1986.
- *Die politische Theorie des Mythos* (1923), in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 11-21; trad. it. *La teoria politica del mito*, in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 11-26.
- *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1. Aufl. Berlin 1923, 2. Aufl. München-Leipzig 1926, 7. Aufl. Berlin 1991; trad. it. (dall'edizione francese Paris, Seuil, 1988) in *Parlamentarismo e democrazia*, a cura di P. Pasquino, Lungro (CS), Costantino Marco Editore, 1998, pp. 1-105; nuova edizione italiana *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2004.
- *Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff* (1924), in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 22-28; trad. it in *Parlamentarismo e democrazia*, cit., pp. 109-119.

- *Reichstagsauflösungen* (1924), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 13-28.
- *Reichspräsident und Weimarer Verfassung*, in «Kölnische Volkszeitung», 15. 3. 1925, pp. 1 ss.; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 24-27.
- *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, in «Hochland», 1926, 23, S. 257 ff., raccolto in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 60-74; trad. it. *La contrapposizione fra parlamentarismo e moderna democrazia di massa*, in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 83-104.
- *Diktatur*, in H. Sacher (Hrsg.), *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, Bd. I, 5. Auflage, Freiburg i. Br., 1926; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 33-37.
- *Zu Friedrich Meineckes ‚Idee der Staatsräson‘*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1926, 56, pp. 226 ss.; raccolto in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 51-59; trad. it. in *Parlamentarismo e democrazia*, cit., pp. 162-175 e in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 69-81.
- *Macchiavelli. Zum 22. Juni 1927*, in «Kölnische Volkszeitung», 21.6. 1927; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 102-105.
- *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, 1. Aufl. Berlin-Leipzig 1927; trad. it. in *Democrazia e liberalismo. 1. Referendum e iniziativa popolare, 2. Hugo Preuß e la dottrina tedesca dello Stato*, traduzione e presentazione di Manuela Alessio, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 21-86.
- *Der Begriff des politischen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1927, 58, S. 1 ff., 1. Aufl. Berlin 1928, 2. Aufl. München-Leipzig 1932, 3. Aufl. Hamburg 1933, unver. Nachdruck der 2. Aufl. mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963; trad. it. in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 87-166.
- *Demokratie und Finanz*, tratto da conferenza tenuta l'11. 12. 1926 a Berlino, raccolta in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 97-99; trad. it. *Democrazia e finanza*, in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 137-140.
- *Der bürgerliche Rechtsstaat*, in «Die Schildgenossen», 1928, pp. 127-133; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 44-50.
- *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 6. unveränderte Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage; trad.

it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984.

- *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen*, 1929, in *Der Begriff des Politischen*, Berlin 1963; trad. it. *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 167-186.
- *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, 1. Aufl. Berlin-Leipzig 1929, raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 63-109.
- *Wesen und Werden des faschistischen Staates*, in «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft», 1929, 53, S. 107 ff., raccolto in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 124-130; trad. it. *Essenza e divenire dello stato fascista*, in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 177-186.
- *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre*, in «Deutsche Allgemeine Zeitung», 10. 7. 1929; raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 29-33.
- *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930; trad. it. in *Democrazia e liberalismo*, cit., pp. 87-123.
- *Die Wendung zum totalen Staat* (1931), in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 166-178; trad. it. in *Posizioni e concetti*, cit., pp. 235-255.
- *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, in *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin*, Berlin, Verlag Reimar Hobbing, 1931; raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 140-173.
- *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in G. Anschütz – R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. II, cit., pp. 572-606; poi raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 181-231.
- *Der Hüter der Verfassung*, 1. Aufl. Tübingen 1931, 3. Aufl. Berlin 1985; trad. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

- *Legalität und Legitimität*, 1. Aufl. München-Leipzig 1932; poi raccolto in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 263-350; trad. it. parziale (introduzione e prima parte; mancano la seconda parte e la conclusione) in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 209-244.
- *Konstruktive Verfassungsprobleme*, conferenza tenuta da Schmitt il 4. 11. 1932 all'assemblea del „Verein zur Wahrung der Interessen der chemischen Industrie“; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 55-64.
- *Machtpositionen des modernen Staates*, in «Deutsche Volkstum», Märzheft 1933; raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 367-371.
- *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1. Aufl. Hamburg 1934; trad. it. parziale in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 245-275, nuova edizione italiana *I tre tipi di pensiero giuridico*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2002.
- *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Verschlag eines politischen Symbol*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938; trad. it. in *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 61-143.
- *Die Stellung Lorenz von Steins in der Geschichte des 19. Jahrhunderts*, in «Schmollers Jahrbuch», LXIV, 6, 1940, pp. 641-646; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 156-160.
- *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. 1923-1939* (1. Auflage Hamburg 1940), Berlin, Duncker & Humblot, 1994³, Neusatz auf Basis der 1988 erschienenen zweite Auflage; trad. it. *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 2007.
- *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, conferenza tenuta l'8. 2. 1941 a Norimberga, poi raccolta in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 375-385.

- *Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten*, in «Deutschland-Frankreich. Vierteljahresschrift des deutschen Instituts», Paris, 1. Jg., 1942 Heft 2, S. 1-30; ora raccolto in *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 184-210.
- *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, conferenza tenuta negli anni 1943-44 e raccolta in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 386-429; trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, traduzione di L. Cimmino, introduzione di A. Carrino, Roma, Pellicani, 1996.
- *Das Problem der Legalität*, in «Die neue Ordnung», 4. Jg. Heft 3, 1950, S. 270-275; poi raccolto in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 440-451; trad. it. in *Le categorie del 'politico'*, pp. 276-292.
- *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958.
- *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart-Berlin, Kohlhammer, 1967; trad. it. *La tirannia dei valori*, a cura di G. Accame, Roma, Pellicani, 1987.
- *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972.
- *Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität*, in «Der Staat», 1978, n. 3; trad. it. *La rivoluzione mondiale legale. Plusvalore politico come beneficio per la legalità giuridica e la superlegalità*, a cura di D. Radcliff, in «Futuro presente» II, 1993, n. 3.
- *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947-1951*, hrsg. von Eberhard Frhr. von Medem, Berlin 1991; trad. it. *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano, Giuffrè, 2001.
- *L'unità del mondo e altri saggi*, Introduzione e nota bibliografica di A. Campi, Roma, Pellicani, 1994.

- *Parlamentarismo e democrazia*, a cura di P. Pasquino, Lungro (CS), Costantino Marco Editore, 1998.
- *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, hrsg. von G. Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza Editore, 2005.
- *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, hrsg. von G. Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

La bibliografia generale di e su Schmitt è stata curata, a varie riprese, da Piet Tommissen. Si segnalano in particolare le seguenti opere:

- Tommissen, P., *Versuch einer Carl-Schmitt-Bibliographie*, Düsseldorf, Academia Moralis, 1953.
- *Ergänzungsliste zur Carl-Schmitt-Bibliographie vom Jahre 1959* in Barion, H. – Böckenförde, E.-W. - Forsthoff, E. – Weber, W. (Hrsg.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, vol. II, pp. 739-778.
- Tommissen, P., *Overen in zake Carl Schmitt*, in «Eclectica», V, 2, Brussel, Economische Hogeschool Sint-Aloysius, 1975.
- Tommissen, P. – Freund, J., *Miroir de Carl Schmitt*, in «Revue européenne des sciences sociales-Cahiers Vilfredo Pareto», XVI, 1978, n. 44, pp. 187-238.

In lingua italiana sono disponibili le seguenti bibliografie:

- Schiera, P., *Bibliografia di Carl Schmitt* in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 313-330.
- de Benoist, A. – Maschke, G., *Carl Schmitt: una bibliografia*, in «Futuro presente», II, 1993, n. 3.

Abbreviazioni

CC	<i>Il custode della costituzione</i>
CP	<i>Le categorie del 'politico'</i>
CRFP	<i>Cattolicesimo romano e forma politica</i>
D	<i>La dittatura</i>
DL	<i>Democrazia e liberalismo</i>
LL	<i>Legalità e legittimità</i>
PB	<i>Positionen und Begriffe</i>
PC	<i>Posizioni e concetti</i>
PD	<i>Parlamentarismo e democrazia</i>
RP	<i>Romanticismo politico</i>
TH	<i>Scritti su Thomas Hobbes</i>
VA	<i>Verfassungsrechtliche Aufsätze</i>
VL	<i>Verfassungslehre</i>

Bibliografia della letteratura secondaria

- Abendroth, W., *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*, in Tohidipur, M. (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, cit., pp. 265 ss.
- Accarino, B., *Mercanti ed eroi. La crisi del contrattualismo tra Weber e Luhmann*, Napoli, Liguori, 1986.
- *Rappresentanza*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Adam, A., *Rekonstruktion des Politischen. Carl Schmitt und die Krise der Staatlichkeit 1912-1933*, Weinheim, VCH-Acta Humaniora, 1992.
- Albanese, L., *Il pensiero politico di Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1996.
- Alessio, M., *Democrazia e rappresentanza. Gerhard Leibholz nel periodo di Weimar*, Napoli, Vivarium, 2000.
- Altini, C., *La storia della filosofia come filosofia politica. Carl Schmitt e Leo Strauss lettori di Thomas Hobbes*, Pisa, Edizioni ETS, 2004.
- Amendola, A., *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- Anderson, B., *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, Manifestolibri, 2004.
- Angelino, C., *Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Testi antisemiti (1933-1936)*, Genova, il melangolo, 2006.
- Anschütz, G., *Die Verfassung des deutschen Reichs von 11. August 1919*, Bad Homburg vor der Höhe, 1960 (ristampa invariata della 14^a edizione del 1933 pubblicata a Berlino).
- Anschütz, G. – Thoma, R. (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, 1998 (1. Auflage 1930; unveränderter Nachdruck 1998).
- Anter, A., *Max Webers Theorie des modernen Staates: Herkunft, Struktur und Bedeutung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- Archibugi, D. – Beetham, D., *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milano, Feltrinelli, 1998.

- Arendt, H., *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, Einaudi, 2004.
 - *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983.
- Aron, R., *Pace e guerra tra le nazioni*, Milano, Comunità, 1970.
- Bachrach, P., *La teoria dell'elitismo democratico*, Napoli, Guida, 1974.
- Baczko, B., *Le contrat social des Français: Sieyes et Rousseau*, in Baker, K.M., *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. I, Oxford, Pergamon Press, 1987, pp. 493-513.
- Bailyn, B., *The Ideological Origins of American Revolution*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1992².
- Baker, K.M., *Inventing the French Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- Baker, K.M. (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. I. The Political Culture of Old Regime*, Oxford, Pergamon Press, 1987;
 - (a cura di) *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. III. The Terror*, Oxford, Pergamon Press, 1994.
- Balke, F., *Der Staat nach seinem Ende. Die Versuchung Carl Schmitts*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1996.
- Ball, H., *Carl Schmitt Politische Theologie*, in «Hochland», 1924, n. 2; trad. it. *La teologia politica di Carl Schmitt*, in Schmitt, C., *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, a cura di Stefan Nienhaus, Napoli, ESI, 1995.
- Barile, P., *Potere costituente*, in *Novissimo Digesto*, vol. XIII, Torino, UTET, 1966.
- Barbera, A., *Rappresentanza e democrazia diretta nella tradizione della Rivoluzione francese*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Studi in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990.
- Barberis, M., *L'ombra dello Stato. Sieyes e le origini rivoluzionarie dell'idea di nazione*, in «Il Politico», 1991, n. 3, pp. 509-531.
 - *Quel che resta dell'universale. L'idea di nazione da Rousseau a Renan*, in «Filosofia politica», 1993, n. 1, pp. 5-28.
 - *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999.

- Barion, H. (Hrsg.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968.
- Barion, H. - Forsthoff, E. - Weber, W. (Hrsg), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*, Berlin, Duncker & Humblot, 1956.
- Basciu, M. (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, Giuffrè, 1996.
- Bastid, P., *Sieyes et sa pensée*, Geneve, Slatkine Reprints, 1978.
 - *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985.
- Battaglia, F., *Le carte dei diritti*, Reggio Calabria, Baruffa, 1998.
- Battista, A.M., *Studi su Tocqueville*, Firenze, CTE, 1989.
- Bauer, W., *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*, Berlin, ...1968.
- Beaud, O., *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997.
 - *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002.
- Becchi, P., *Meccanicismo e organicismo. Gli antecedenti di un'opposizione*, in «Filosofia politica», anno XIII, n. 3, 1999, pp. 457-472.
 - *Paradigmi perduti. Karl-Heinz Ilting in dialogo con i suoi autori*, Napoli, Bibliopolis, 2005.
- Becker, H., *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Beetham, D., *La teoria politica di Max Weber* (1985), Bologna, Il Mulino, 1989.
- Bendersky, J.W., *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), Bologna, Il Mulino, 1989.
- Beneyto, J.M., *Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechts- und Staatstheorie Carl Schmitts und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Benjamin, W., *Per la critica della violenza* (1921), in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, 1995.
 - *Il dramma barocco tedesco* (1928), Torino, Einaudi, 1999.

- Benoist, A. de, *Carl Schmitt. Bibliographie seiner Schriften und Korrespondenzen*, Berlin, Akademie Verlag, 2003.
- Berman, H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, Il Mulino, 1998.
- Beyme, K. von, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit*, Tübingen, Mohr, 1968.
- Bielefeldt, H., *Kampf und Entscheidung. Politischer Existentialismus bei Carl Schmitt, Helmuth Plessner und Karl Jaspers*, Würzburg, Königshausen und Neumann, 1994.
- Biral, A., *Rivoluzione e costituzione: la Costituzione del 1791*, in «Filosofia politica», 1, 1987, pp. 57-75.
- *Per una storia della sovranità*, in «Filosofia politica», 1, 1991, pp. 5-50.
- Bisignani, A., *Democrazia e sovranità*, Bari, Palomar, 1996.
- Blasche, S. – Köhler, W.R. – Rohs, P. (Hrsg.), *Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.
- Blasius, D., *Zeitdiagnosen: Carl Schmitt und Lorenz von Stein*, in «Der Staat», 43. Band, 2004, Heft 1, pp. 23-34.
- Blumenberg, H., *La legittimità dell'età moderna*, Genova, Marietti, 1992.
- Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961.
- *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984.
 - *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
 - *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999.
- Bocchini, C., recensione di C. Schmitt, *Risposte a Norimberga*, cit., in «Filosofia politica», anno XXI, 2007, n. 2, pp. 290-294.
- Böckenförde, E.-W., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991; trad. it. E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, Giuffrè, 2006.
 - *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, a cura di M. Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006.

- *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- Böckenförde, E.-W. (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- Bodei, R., *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli, 1991.
- Boldt, H. (Hrsg.), *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München, DTV, 1987.
- Bolsinger, E., *The Autonomy of the Political. Carl Schmitt's and Lenin's Political Realism*, Westport (CT)-London, Greenwood Press, 2001.
- Bolz, N., *Auszug aus entzauberten Welt. Philosophischer Extremismus zwischen den Weltkriegen*, München, Wilhelm Fink, 1989.
- Bonald, L.G.A. de, *Œuvres complètes*, Genève-Paris, Slatkine, 1982 (ristampa dell'ed. Paris 1817-1843, 16 voll.).
- Bongiovanni, B., *Le repliche della storia. Karl Marx tra la Rivoluzione francese e la critica della politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1989.
- Bongiovanni B. – Guerci, L. (a cura di), *L'albero della Rivoluzione. Le interpretazioni della Rivoluzione francese*, Torino, Einaudi, 1989.
- Bonvecchio, C., *Decisionismo. La dottrina politica di Carl Schmitt*, Milano, Unicopli, 1984.
- *Il politico impossibile. Soggetto, ontologia, mito in Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 1990.
 - *Immagini del politico. Saggi su simbolo e mito politico*, Padova, Cedam, 1995.
- Bravo, G.M. (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza*, Firenze, Olschki, 2004.
- Brédirin, J.-D., *Sieyes. La clé de la Révolution française*, Paris, Ed. de Fallois, 1988.
- Breuer, S., *Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1984, n. 70, pp. 495 ss.
- *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di destra nella Germania di Weimar* (1993), Roma, Donzelli, 1995.
 - *Bürokratie und Charisma. Zur politischen Soziologie Max Webers*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.

- *Der Staat. Entstehung Typen Organisationsstadien*, Reinbek, Rowohlt, 1998.
 - *Max Webers tragische Soziologie. Aspekte und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- Brunner, O., *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1968), Milano, Vita e Pensiero, 2000².
- Burgio, A., *Rousseau, la politica e la storia, tra Montesquieu e Robespierre*, Milano, Guerini e Associati, 1996.
- Burke, E., *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia* (1790), Roma, Ideazione Editrice, 1998.
- Caldwell, P.C. – Scheuerman, W.E., *From liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden-Köln, Humanities Press, 2000.
- Cambiano, G., *Polis. Un modello per la cultura europea*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- Campi, A. (a cura di), *Carl Schmitt*, numero speciale di «Futuro presente», 1993, n. 3, pp. 7-116 (il fascicolo comprende articoli di: J. Freund, E. Kennedy, X. Marchand, A. Mohler, A. Caracciolo, A. Campi, A. de Benoist e G. Maschke).
- Campi, A., *Introduzione a C. Schmitt, L'unità del mondo*, cit.
- *Carl Schmitt in Italia. Una bibliografia: 1924-1993*, in *L'unità del mondo*, cit., pp. 67-128.
 - *Schmitt, Freund, Miglio. Figure e temi del realismo politico*, Firenze, Akropolis, 1996.
 - *Nazione*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- Canfora, L., *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- Cantimori, D., *Tre saggi su Jünger, Moeller van den Bruck, Schmitt*, Roma, Settimo Sigillo, 1985.
- Carré de Malberg, R., *Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français* (1920-1922), Paris, Éditions du CNRS, 1962.

- Carrino, A., *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, in Kelsen, H., *Sociologia e democrazia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- Caserta, M., *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2005.
- Casini, P., *Il pensiero politico di Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Cassese, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Cassirer, E., *Il mito dello Stato* (1946), Milano, Longanesi, 1950
- *La filosofia dell'Illuminismo*, traduzione di Ervino Pocar, Firenze, La Nuova Italia, 1989.
- Cassirer, E. – Darnton, R. – Starobinski, J., *Tre letture di Rousseau*, a cura di M. Albanese e A. De Lachenal, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- Castrucci, E., *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 1991.
- Cedroni, L., *Il problema della rappresentanza politica nel dibattito rivoluzionario inglese, francese e americano: Burke, Sieyes e Madison a confronto*, Firenze, Istituto Universitario Europeo, 1999.
- Celano, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Celotto, A., *La corte costituzionale. Quando il diritto giudica la politica*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- Chabod, F., *L'idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1961.
- Chignola, S., *Società e costituzione. Teologia e politica nel sistema di Bonald*, Milano, Franco Angeli, 1993.
- *Il concetto controrivoluzionario di potere e la logica della sovranità*, in G. Duso (a cura di), *Il potere*, Roma, Carocci, 1999, pp. 323-339.
- *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- *Democrazia: Tocqueville e la storia del concetto*, in G. Duso (a cura di), *Oltre la democrazia*, Roma-Carocci, 2004, pp. 211-239.
- Cimmino, L., *La "teologia politica" di Carl Schmitt e il problema della normatività*, in «Filosofia politica», 2003, n. 1, pp. 85-105.

- Clark, I., *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo* (1997), Bologna, Il Mulino, 2001.
- Cohn, N., *I fanatici dell'Apocalisse* (1957), Torino, Edizioni di Comunità, 2000.
- Colliot-Thélène, C., *Le Désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Minuit, 1992.
- Colombo, P., *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, Giuffrè, 1993.
- *Governo*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- Conze, W. – Koselleck, R. – Maier, H. – Meier, Ch. – Reimann, H.L., *Democrazia*, Venezia, Marsilio, 1993.
- Corni, G. – Schiera, P. (a cura di), *Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- Costa, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.
- *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Costa, P. – Zolo, D. (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- Cotta, S., *La position du problème de la politique chez Rousseau*, in *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Atti del convegno organizzato a Dijon per la commemorazione del bicentenario del *Contrat social*, Paris, Les Belles Lettres, 1964, pp. 177-190.
- *Montesquieu e la libertà politica*, in Felice, D. (a cura di), *Leggere l'Esprit des lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, Liguori, 1998.
- Creveld, M. van, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Crocker, L.G., *Il contratto sociale di Rousseau. Un saggio interpretativo* (1968), Torino, Società Editrice Internazionale, 1971.
- Cumin, D., *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2005.
- Dahl, R., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1990.
- *Sulla democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

- Dahlheimer, M., *Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus. 1888-1936*, Paderborn-München-Wien-Zürich, Schöningh, 1998.
- Dahrendorf, R., *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München, Piper, 1965; trad. it. *Sociologia della Germania contemporanea*, Milano, 1968.
- Della Volpe, G., *Rousseau e Marx*, Roma, Editori Riuniti, 1971.
- Del Noce, A., *Il problema dell'ateismo*, Bologna, Il Mulino, 1990⁴.
- Derathé, R., *Rousseau e la scienza politica del suo tempo* (1970), Bologna, Il Mulino, 1993.
- Derrida, J., *Politiche dell'amicizia*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1995.
- De Sanctis, F.M., *Dall'assolutismo alla democrazia*, seconda edizione rivista e ampliata, Torino, Giappichelli, 1993.
- *La tirannia della maggioranza nella Democrazia in America, tra 'punto di partenza' e 'stato sociale'*, in Bravo G.M. (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, pp. 7-20.
- Diaz, F., *Dal movimento dei lumi al movimento dei popoli. L'Europa tra illuminismo e rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- Diner, D. – Stolleis, M. (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Gerlingen, Bleicher, 1999.
- Dini, V. – Taranto, D. (a cura di), *Individualismo, assolutismo democrazia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- Dini, V. – Taranto, D. (a cura di), *Individualismo, assolutismo, democrazia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- Donzelli, M. – Pozzi, R. (a cura di), *Patologie della politica. Crisi e critica della democrazia tra Otto e Novecento*, Roma, Donzelli, 2003.
- Droz, J., *Le romantisme allemand et l'état. Résistance et collaboration dans l'Allemagne napoléonienne*, Paris, Payot, 1966.
- Dumont, L., *Homo aequalis: genese et epanouissement de l'ideologie economique*, Paris, Gallimard, 1976.
- *Homo hierarchicus: il sistema delle caste e le sue implicazioni*, Milano, Adelphi, 1991.

- *Saggi sull'individualismo: una prospettiva antropologica sull'ideologia moderna*, Milano, Adelphi, 1993.
- Dunn, J., *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*, Milano, EGEA, Università Bocconi Edizioni, 2006.
- Dunn, J. (a cura di), *La democrazia: storia di un'idea politica*, prefazione di Lorenzo Ornaghi, Venezia, Marsilio, 1995.
- Duso, G., *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, Arsenale, 1981.
- *Filosofia politica e pratica del pensiero*, Milano, Franco Angeli, 1988.
 - *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2003².
 - (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Roma, Carocci, 2004.
 - *La democrazia e il problema del governo*, in «Filosofia politica», XX, n. 3, 2006, pp. 367-390.
- Dyzenhaus, D., *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Eisenstadt, S.N., *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Ellul, J., *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, Torino, Mursia, 1976.
- Esposito, R., *Nove pensieri sulla politica*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi, 1998.
- Fabris, A., *Essere e tempo di Heidegger. Introduzione alla lettura*, Roma, Carocci, 2004.
- Ferrajoli, L., *I diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Ferrara, G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006.
- Ferraresi, F., *Il fantasma della comunità. Concetti politici e scienza sociale in Max Weber*, Milano, Franco Angeli, 2003.
- Ferrarotti, F., *Max Weber tra nazionalismo e democrazia*, Napoli, Liguori, 1995.
- Fetscher, I., *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1972.

- Fiaschi, G., *I diritti di chi? Il soggetto e l'ingranaggio*, in AA.VV., *Filosofia e politica dei diritti umani nel terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 289-364.
- Fijalkowski, J., *Die Wendung zum Führerstaat. Ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958.
- Finley, M., *Democrazia antica e moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1982.
- Fioravanti, M., *Stato e costituzione. Appunti per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993.
- *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995.
 - *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.
 - *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato tra Otto e Novecento*, 2 voll. Milano Giuffrè, 2001.
- Fischer-Lescano, A. – Christensen, R., *Auctoritas interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, in «Der Staat», 44. Band, 2005, Heft 2, pp. 213-242.
- Fisichella, D., *Denaro e democrazia. Dall'antica Grecia all'economia globale*, Bologna, Il Mulino, 2005².
- Fistetti, F., *Comunità*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- Flickinger, H.-G. (Hrsg.), *Die Autonomie des Politischen*, Weinheim, VCH-Acta Humaniora, 1990.
- Fontana, B. (a cura di), *The Invention of Modern Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- Forrest, A., *La Rivoluzione francese*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Forsthoff, E., *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1971².
- *Lo Stato di diritto in trasformazione* (1964), Milano, Giuffrè, 1973.
- Forsyth, M., *Reason and Revolution. The Political Thought of Abbé Sieyès*, New York, Leicester University Press, 1987.
- Forti, S., *Il totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

- Foucault, M., *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1990.
- Fraenkel, E., *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1941), Torino, Einaudi, 1983.
- *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico* (1958), Torino, Giappichelli, 1994.
- Freund, J., *Il terzo, il nemico, il conflitto*, Milano, Giuffrè, 1995.
- Friedrich, C.J., *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, 1950.
- Furet, F., *Penser la Revolution française*, Paris, Gallimard, 1978; trad. it. *Critica della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1998⁵.
- *Marx e la Rivoluzione francese*, Milano, Rizzoli, 1989.
 - (a cura di), *L'eredità della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- Furet, F. - Ozouf, M. (a cura di), *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Milano, Bompiani, 1988.
- *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. III. The Transformation of Political Culture. 1789-1848*, Oxford, Pergamon Press, 1989.
 - *L'idea di repubblica nell'Europa contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1993.
- Galli, C., *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1979, n. 1, pp. 81-160.
- *Carl Schmitt in Italia. Una bibliografia*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato*, cit., pp. 169-181.
 - *Al di là del progresso secondo Ernst Jünger: «magma vulcanico» e «mondo di ghiaccio»*, in «Il Mulino», 1985, n. 5, pp. 771-786.
 - *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, Il Mulino, 1988.
 - *Ernst Jünger e Carl Schmitt: per la ricostruzione di due modalità del nichilismo contemporaneo*, in S. Rota Ghibaudi, F. Barcia (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, vol. III, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 963-986.
 - *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996.
 - *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.
 - *Schmitt e Machiavelli*, in «Filosofia Politica», 2005, n. 1, pp. 123-140.
- Gauchet, M., *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.

- *La revolution des pouvoirs. La souverainete, le peuple et la representation, 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995.
 - *Tocqueville, l'America e noi. Sulla genesi delle società democratiche*, Roma, Donzelli, 1996.
 - *La democrazia contro se stessa*, Troina (EN), Città Aperta Edizioni, 2005.
- Gay, P., *La cultura di Weimar: l'outsider come insider*, seconda edizione rivista e ampliata, Bari, Dedalo, 2002.
- Gelderen, M. van – Skinner, Q. (a cura di), *Republicanism. A Shared European Heritage*, 2 voll., Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Gherardi, R. – Gozzi, G. (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Ghisalberti, C., *Le costituzioni giacobine (1796-1799)*, Milano, Giuffrè, 1957.
- Gottfried, P. E., *Carl Schmitt. Politics and Theory*, New York, Greenwood, 1990.
- *Carl Schmitt*, London, The Claridge Press, 1995.
- Gough, J.W., *Il contratto sociale. Storia e critica di una teoria*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- Gozzi, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Gozzi, G. – Schiera, P. (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- Grebing, H., *Aktuellen Theorien über Fascismus und Konservatismus*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974.
- Greblo, E., *Democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Greifenhagen, M., *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland*, München, Piper, 1971; nuova edizione Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
- Grimm, D., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987.
- *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994²; trad. it. in G. Zagrebelsky – P.P. Portinaro - J. Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 129-163.
 - *Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung. Positionen der Staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik*,

in H.A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise. 1930-1933*, cit., pp. 183-199.

Gross, R., *Carl Schmitt und die Juden*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000.

Großheutschi, F., *Carl Schmitt und die Lehre vom Katékhon*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005².

Guizot, *Des conspirations et de la justice politique* (1846), Paris, Fayard, 1984; trad. it. *Giustizia e politica*, Roma, Gangemi, 1998.

Günther, F., *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München, Oldenburg, 2004.

Gusy, Ch., *Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1991.

Gusy, Ch. (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

Habermas, J., *Tecnica e scienza come ideologia* (1968), in Id., *Teoria e prassi della società tecnologica*, Roma-Bari, Laterza, 1978.

- *Il discorso filosofico della modernità* (1985), Roma-Bari, Laterza, 1987.
- *Die Schrecken der Autonomie. Carl Schmitt auf Englisch*, in Id., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am Main, 1987.
- *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Roma-Bari, Laterza, 2001⁸.

Häberle, P., *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichene Textsstufenanalyse*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», n. 112, 1987, pp. 54-92.

Hafen, T., *Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès*, Bern-Stuttgart-Wien, Haupt, 1994.

Hamilton, A. – Madison, J. – Jay, J., *Il federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997.

Hansen, K. – Litzmann H. (Hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen, 1988.

Hardt, M. – Negri, A., *Impero, Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2002.

- *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Milano, Rizzoli, 2004.
- Hauriou, M., *Precis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923 (1^a ed.) e 1929 (2^a ed.).
- *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967.
- Hebeisen, M., *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller in Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- Hegel, G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- Heidegger, M., *La questione della tecnica*, in Id., *Saggi e discorsi*, Milano, Mursia, 1976, pp. 5-27.
- *L'autoaffermazione dell'università tedesca. Il rettorato 1933/34*, Genova, il melangolo, 2001;
 - *L'epoca dell'immagine del mondo*, in Id., *Holzwege. Sentieri erranti nella selva*, Milano, Bompiani, 2002, pp. 91-136;
 - *Il nichilismo europeo*, Milano, Adelphi, 2003;
 - *Essere e tempo*, nuova edizione italiana a cura di Franco Volpi, Milano, Longanesi, 2005.
- Held, D., *Modelli di democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico*, Trieste, Asterios, 1999.
- Heller, H., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987.
- *L'Europa e il fascismo*, Milano, Giuffrè, 1987.
 - *Dottrina dello Stato* (1934), trad. it. a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 1988.
 - *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, trad. it. a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.
- Herf, J., *Il modernismo reazionario. Tecnologia e politica della Germania di Weimar e del terzo Reich* (1984), Bologna, Il Mulino, 1988.
- Hespanha, A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003².
- Hirschmann, A.O., *Retoriche dell'intransigenza. Perversità, futilità, messa a repentaglio* (1991), Bologna, Il Mulino, 1991.

- Hobsbaum, E.J., *Echi della marsigliese. Due secoli giudicano la Rivoluzione francese*, Milano, Rizzoli, 1991.
- Höffe, O., *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 1999; trd. it. *La democrazia nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Hofmann, H., *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- *Vom Wesen der Verfassung*, Berlin, Humbolt-Universität, 2002.
 - *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003², trad. it. *Rappresentanza/Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007.
 - „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, in «Der Staat», 44. Band, 2005, Heft 2, pp. 171-186.
- Hösle, V., *Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung*, in «Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte», 1987, n. 61, pp. 1-34.
- *La legittimità del politico*, Milano, Guerini e Associati, 1990.
- Huber, E.R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 7 voll., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1957-84.
- *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit*, in Quaritsch, H. (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 33-50.
- Huntington, S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Huster, S., *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 2002.
- Jardin, A. *Alexis de Tocqueville. 1805-1859*, Milano, Jaca Books, 1994.
- Jaume, L., *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989.
- *Il potere costituente in Francia dal 1789 a De Gaulle*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, cit., pp. 33-51.
 - *Scacco al liberalismo: i giacobini e lo Stato* (1990), Napoli, Editoriale scientifica, 2003.
- Jaume, L. – Tropeur, M. (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique: 2,3 et 4 mars 1989*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1994.

- Jay, M., *Les extremes ne se touchent pas. Eine Erwiderung auf E. Kennedy*, in «Geschichte und Gesellschaft», 1987, n. 13, pp. 542-558.
- Jellinek, G., *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 1892; trad. it. *Sistema die diritti pubblici subiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.
- *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1900; trad. it. parziale *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949.
 - *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895; trad. it. di C. Tommasi del testo della IV edizione del 1927, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- Jünger, E., *Die totale Mobilmachung*, in Id., *Werke*, 21 voll., Stuttgart, Klett-Cotta, 1978 ss., vol. VII (1980); trad. it. di Carlo Galli, in «Il Mulino», XXXIV, 1985, n. 5.
- Kantorowicz, E., *I due corpi del re* (1957), Torino, Einaudi, 1989.
- Kaufmann, E., *Zur Problematik des Volkswillens* (1931), in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. III, Göttingen, Schwartz, 1960, pp. 272-284.
- Kaufmann, M., *Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre*, Freiburg-München, Verlag Carl Alber, 1988.
- Kelsen, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), Milano, Giuffrè, 1989.
- *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), in Id., *Democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995.
 - *Gott und Staat* (1922-23), in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
 - *Das Problem des Parlamentarismus* (1925), in Id., *Democrazia*, cit.
 - *Chi dev'essere il custode della costituzione?* (1931), in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- Kempner, R., *Ankläger einer Epoche*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.
- Kennedy, E., *Carl Schmitt und die »Frankfurter Schule«. Deutsche Liberalismuskritik im 20. Jahrhundert*, in «Geschichte und Gesellschaft», 1986, n. 12, pp. 380-419; trad. it. in «Futuro presente», 1993, n. 3, pp. 27-48.
- *Politischer Expressionismus: die kulturkritischen und metaphysischen Ursprünge des Begriffs des Politischen von Carl Schmitt*, in Quaritsch, H. (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 233-251.

- *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham-London, Duke University Press, 2004.

Kérvégan, J.-F., *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité* (1992), Paris, PUF, 2003².

- (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses jurists*, Lyon, ENS Éditions, 2002.
- (dir.), *Hegel penseur du droit*, Paris, CNRS Editions, 2004.

Keynes, J.M., *Le conseguenze economiche della pace*, Milano, Adelphi, 2007.

Kirchheimer, O., *Weimar - und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*, Berlin, Laubsche Verlagsbuchhandlung, 1930, in Id., *Politik und Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1964.

- *Bedeutungswandel des Parlamentarismus* (1928), in Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976.
- *Das Problem der Verfassung* (1929), in Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, cit.
- *Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystem. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag* (1930), in Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, cit.
- zusammen mit Leites, N., *Bemerkungen zu Carl Schmitts "Legalität und Legimität"* (1933), in Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, cit.

Klein, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996.

Kodalle, M.-K., *Politik als Macht und Mythos. Carl Schmitts Politische Theologie*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1973.

Kondylis, P., *Konservativismus. Geschichtlicher Gehalt und Untergang*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1986.

Könen, A., *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum Kronjuristen des Dritten Reiches*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995.

Koselleck, R., *Critica illuministica e crisi della società borghese* (1959), Bologna, Il Mulino, 1972.

- *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986.

Kraft-Fuchs, M., *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in «Zeitschrift des öffentlichen Rechts», Bd. 9, 1930, pp. 511-541.

- Kramme, R., *Helmuth Plessner und Carl Schmitt: eine historische Fallstudie zum Verhältnis von Anthropologie und Politik in der deutschen Philosophie der zwanziger Jahre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.
- Krawietz, W. (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.
- Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geistesgeschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1975.
- Krockow, C.G. von, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1958.
- *Il dramma di una nazione. Germania 1890-1990*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- Laak, D. van, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlin, Akademie Verlag, 1993.
- Laband, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Aalen, Scientia Verlag, 1964 (Neudruck der 5. Auflage Tübingen 1911).
- Lamberti, J.-C., *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, 1983.
- Lanchester, F., *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano Giuffrè, 1985.
- *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e Germania*, Milano, Giuffrè, 1994.
 - *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Laqueur, W., *La Repubblica di Weimar*, Milano, BUR, 2002.
- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1957), Berlin, Springer, 6. neu bearb. Auflage, 1991; trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.
- La Torre, M., *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1982, XII.
- *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo, 2006.
- Laudani, R., *Politica come movimento. Il pensiero di Herbert Marcuse*, Bologna, Il Mulino, 2005.

- Lederer, E., *Stato delle masse. La minaccia della società senza classi* (1940), Milano, Bruno Mondadori, 2004.
- Leibholz, G., *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Milano, Giuffrè, 1996.
- *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffrè, 1989.
- Lenci, M., *Individualismo democratico e liberalismo aristocratico nel pensiero politico di Edmund Burke*, Pisa-Roma, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, 1999.
- Lenin, V.I., *Stato e rivoluzione*, in *Opere*, XXV, Roma, Editori Riuniti, 1966.
- Linz, J.J., *Democrazia e autoritarismo. Problemi e sfide tra XX e XXI secolo*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Litzmann H., *Vater der Verfassungsväter? Carl Schmitt und die Verfassungsgründung in der Bundesrepublik Deutschland*, in Hansen, K. – Litzmann H. (Hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen, Leske und Budrich, 1988.
- Llanque, M., *Demokratisches Denken im Krieg. Die deutsche Debatte im Ersten Weltkrieg*, Berlin Akademie, 2000.
- Löwenstein, K., *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789. Studien zur Dogmengeschichte der unmittelbaren Volksgesetzgebung*, München, Drei Masken Verlag, 1922; (Neudr. Aalen, Scientia Verlag, 1964¹, 1990²).
- Löwith, K., *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*, Torino, Einaudi, 1949.
- *La mia vita in Germania prima e dopo il 1933*, Milano, Mondadori, 1988.
 - *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
 - *Significato e fine della storia*, Milano, EST, 1998.
 - *Il nichilismo europeo*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Lübbe, H., *Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs*, Freiburg-München, Alber, 1965.
- *Carl Schmitt liberal rezipiert*, in Quaritsch, H. (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 427-440.
- Lucas, C. (a cura di), *The French Revolution and the Creation Of Modern Political Culture. II. The Political Culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press, 1988.

- Luhmann, N., *Der Staat des politischen Systems*, in Beck, U. (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998.
- Lukács, G., *Storia e coscienza di classe*, Milano, SugarCo, 1991.
- Luthardt, W. – Söllner A. (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus. Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989.
- Maier, C., *La rifondazione dell'Europa borghese. Francia, Germania e Italia nel decennio successivo alla prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino,
- Maistre, J. de, *Œuvres complètes*, Genève, Slatkine Reprints, 1979.
- *Considerazioni sulla Francia*, Roma, Editori Riuniti, 1985.
 - *Le serate di San Pietroburgo, o Colloqui sul governo temporale della Provvidenza*, Milano, Rusconi, 1986.
 - *Il Papa*, Milano, Rizzoli, 1995.
 - *Scritti politici. Saggio su il principio generatore delle costituzioni politiche, Studio sulla sovranità*, Siena, Cantagalli, 2000.
- Mälksoo, L., *Von der Demokratie bis zur Diktatur: Ein verborgener Dialog zwischen Artur-Töeleid Kliemann und Carl Schmitt*, in «Der Staat», 43. Band, 2004, Heft, 1, pp. 57-82.
- Mann, T., *Considerazioni di un impolitico*, Milano, Adelphi, 1997.
- Mannheim, K., *Conservatorismo. Nascita e sviluppo del pensiero conservatore*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- *Ideologia e utopia*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Maraviglia, M., *La penultima guerra. Il «katéchon» nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2006.
- Marcuse, H., *La lotta contro il liberalismo nella concezione totalitaria dello Stato* (1934), in Id., *Cultura e società*, Torino, Einaudi, 1969.
- *La filosofia tedesca nel XX secolo*, in Id., *Davanti al nazismo. Scritti di teoria critica 1940-1948*, a cura di C. Galli e R. Laudani, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Marramao, G., *Potere e secolarizzazione*, Roma, Editori Riuniti, 1985.
- *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- Marx, K., *Il 18 brumaio di Napoleone Bonaparte*, in Id., *Opere complete*, 37 voll. Roma, Editori Riuniti, 1980 ss.

- Maschke, G., *Der Tod des Carl Schmitts*, Wien, Karolinger, 1987.
- *Vorwort a Schmitt, C., Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. XIII-XXVII.
 - *Vorwort a Schmitt, C., Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. XXIII-XXX.
- Mastellone, S., *Storia della democrazia in Europa. Dal XVIII al XX secolo*, Torino, UTET, 2004.
- Matteucci, N., *La rivoluzione americana. Una rivoluzione costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Bologna, Il Mulino, 1990.
 - *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1996².
 - *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- Maus, I., *Bürgerliche Rechtstheorie und Fascismus. Zur sozialen Funktion und aktuelle Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1980.
- McCormick, J.P., *Fear, Technology and the State. Carl Schmitt, Leo Strauss and the Revival of Hobbes in Weimar and National Socialist Germany*, in «Political Theory», XXII, 1994, pp. 619-652.
- *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge - New York - Melbourne, Cambridge University Press, 1997.
- McIlwain, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- Mehring, R., *Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg in Leitfaden Hegels: Katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelsstrategie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.
- *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius, 1992.
 - (Hrsg.), *Carl Schmitt. Begriff des Politischen: ein kooperativer Kommentar*, Berlin, Akademie Verlag, 2003.
 - *Macht im Recht. Carl Schmitts Rechtsbegriff in seiner Entwicklung*, in «Der Staat», 43. Band, 2004, Heft, 1, pp. 1-22.
- Meier, H., *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, Stuttgart-Weimar, Verlag J.B. Metzler, 1994.
- *Carl Schmitt, Leo Strauss und „Der Begriff des Politischen“. Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart-Weimar, Metzler, 1998.

- Meinecke, F., *Cosmopolitismo e Stato nazionale. Studi sulla genesi dello Stato nazionale tedesco*, Firenze, La Nuova Italia, 1975.
- Mény, Y. – Surel, Y., *Populismo e democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004².
- Mercadante, F., *La democrazia dell'identità nella dottrina di Carl Schmitt*, in Id., *La democrazia plebiscitaria*, Milano, Giuffrè, 1974.
- Merkel, K., *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Grundlagen und Dogmatik des Artikels 146 GG*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- Meuter, G., *Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalischer Kritik der Zeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Mezzadra, S., *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Guericke*, in «Filosofia politica», 1993, n. 3, pp. 445-476.
- *Lo spettro della totalità. Crisi della società e «rivoluzione di destra» in Hans Freyer (1921-1935)*, in «Filosofia politica», 1995, n. 3, pp. 445-476.
 - *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- Miccù, R. (a cura di), *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- Miglio, G., *Presentazione di C. Schmitt, Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 7-14.
- *Oltre Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *La politica oltre lo Stato*, cit.
 - *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, in Id., *Le regolarità della politica*, Milano, Giuffrè, 1988.
- Mohler, A., *La rivoluzione conservatrice in Germania 1918-1932: una guida*, Napoli, Acropolis, 1990.
- Mohnhaupt, H. – Grimm, D., *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker & Humlot, 1995.
- Mommsen, W.J., *Max Weber e la politica tedesca 1890-1920* (1974), Bologna, Il Mulino, 1993.
- Monod, J.-C., *La querelle de la sécularisation. Théologie politique et philosophies de l'histoire de Hegel à Blumenberg*, Paris, Vrin, 2002.
- Montesquieu, Ch.L. de Secondat, *De l'Esprit des Lois*, Parsi, Ed. Garnier-Flammarion, 1789; trad. it, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, UTET, 2005.

- Monti, L., *Thomas Mann e le «Categorie dell'impolitico»*, in «Filosofia politica», anno XIII, n. 1, 1999, pp. 143-156.
- Motschenbacher, A., *Katéchon oder Großinquisitor? Eine Studie zu Inhalt und Struktur der Politischen Theologie Carl Schmitts*, Marburg, Tectum Verlag, 2000.
- Mortati, C., *Studi sul potere costituente*, in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972.
 - *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Mouffe, C., *The Return of Political*, London, Verso, 1993.
- Muller, P., *Carl Schmitt et les intellectuels français. La réception de Carl Schmitt en France*, Mulhouse, FAEHC, 2003.
- Müller, J.-W., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven-London, Yale University Press, 2003.
- Musti, D., *Demokratia: origini di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- Nacci, M., *Pensare la tecnica. Un secolo di incomprensioni*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Negri, A., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma, manifesto libri, 2002.
- Neumann, F., *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, Bruno Mondatori, 1999.
- Neumann, V., *Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt am Main-New York, Campus Verlag, 1990.
- Nicoletti, M., *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, Morcelliana, 1990.
 - *Per amore della libertà. Lo Stato moderno e la coscienza*, introduzione a Böckenförde, E.-W., *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, Morcelliana, 2006, pp. 5-27.
- Nida-Rümelin, J., *Demokratie und Wahrheit*, München, Beck, 2006.
- Niekisch, E., *Zum Begriff des Politischen*, in «Widerstand», 1933, pp. 369-375.
- Nietzsche, F., *Genealogia della morale*, Milano, Adelphi, 2006.

- *Crepuscolo degli idoli*, Milano, Adelphi, 2002
 - *L'Anticristo*, Milano, Adelphi, 2005.
- Noack, P., *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Berlin-Frankfurt am Main, Propyläen, 1993.
- Nolte, E., *Carl Schmitt und der Marxismus*, in «Der Staat», 44. Band, 2005, Heft 2, pp. 187-212.
- Oestreich, G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- Ohmae, K., *La fine dello Stato-nazione*, Milano, Baldini & Castoldi, 1996.
- Ortega y Gasset, J., *La ribellione delle masse*, Bologna, Il Mulino, 1962.
- Ottmann, H., *Politische Theologie als Begriffsgeschichte. Oder: wie man die politischen Begriffe der Neuzeit politisch-theologisch erklären kann*, in Gerhardt, V. (Hrsg.), *Der Begriff der Politik. Bedingungen und Gründe politischen Handelns*, Stuttgart, Metzler, 1990.
- Paine, T., *I diritti dell'uomo*, Roma, Editori Riuniti, 1978.
- Palaver, W., *Die mythischen Quellen des Politischen. Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie*, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 1998.
- Palombella, G., *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997.
- Panattoni, R., *L'origine del conflitto: Martin Heidegger, Ernst Jünger, Carl Schmitt*, Padova, Il poligrafo, 2002.
- Pandolfi, A., *Natura umana*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Parise, E., *Carl Schmitt. La difficile critica del liberalismo*, Napoli, Liguori, 1995.
- Pasquino, P., *Sieyes, Constant e il «governo dei moderni». Contributo alla storia del concetto di rappresentanza politica*, in «Filosofia politica», 1987, n. 1, pp. 77-98.
- *Considerazioni intorno al «criterio del politico» in Carl Schmitt*, in Corni, G. – Schiera, P. (a cura di), *Cultura politica e società borghese*, cit., pp. 153-172.
 - *Die Lehre vom „Pouvoir Constituant“ bei Emmanuel Sieyes und Carl Schmitt. Ein Beitrag zur Untersuchung der Grundlagen der modernen*

- Demokratietheorie*, in H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, cit., pp. 371-385.
- *Il pensiero di Sieyes, Introduzione a Sieyes, J.-E., Opere e testimonianze politiche*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 3-28.
 - *Schmitt à Weimar. Remarques sur la préface d'Olivier Beaud à: Carl Schmitt, Théorie de la Constitution*, in «Revue française de science politique», 1993, vol. XLIII, n. 4, pp. 702-708.
 - *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.
- Pastori, P., *Rivoluzione e potere in L. de Bonald*, Firenze, ... 1990.
- Peterson, E., *Il monoteismo come problema politico*, Brescia, Queriniana, 1983.
- Pettit, P., *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, Feltrinelli, 2000.
- Petyx, V., *I selvaggi in Europa. La Francia rivoluzionaria di Maistre e Bonald*, Napoli, Bibliopolis, 1987.
- Peukert, D.J.K., *La Repubblica di Weimar: anni di crisi della modernità classica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1996.
- Pitkin, H., *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, 1972².
- Plessner, H., *I limiti della comunità. Per una critica del radicalismo sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- *Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988.
- Pocock, J.G.A., *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, 2 voll., Bologna, Il Mulino, 1980.
- Poggi, G., *Incontro con Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- Poggi, S., *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- Pohl, T., *Demokratisches Denken in der Weimarer Nationalversammlung*, Hamburg, Kovac, 2002.
- Pombeni, P. (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- Pomarici, U., *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla Costituzione weimariana*, Napoli, Editoriale scientifica, 1989.

- Portinaro, P.P., *La crisi dello jus publicum europaeum*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982.
- *Il realismo politico*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
 - *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Preterossi, G., *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996.
- *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Preuß, U., *Carl Schmitt und die Frankfurter Schule. Deutsche Liberalismuskritik im 20. Jahrhundert. Anmerkungen zu dem Aufsatz von Ellen Kennedy*, in «Geschichte und Gesellschaft», 1987, n. 13, pp. 400-418.
- *Vater der Verfassungsväter? – Carl Schmitts Verfassungslehre und die verfassungspolitische Diskussion der Gegenwart*, in Gerhardt, V. – Ottmann, H. – Thompson, M.P. (Hrsg.), *Politisches Denken. Jahrbuch 1993*, Stuttgart, 1993.
- Quaglioni, D., *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, CEDAM, 1992.
- *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- Quaritsch, H. (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.
- Racinaro, R. (a cura di), *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, Napoli, ESI, 1987.
- Rametta, G., *Le «difficoltà» del potere costituente*, in «Filosofia politica», XX, 2006, n. 3, pp. 391-402.
- Ravera, M., *Joseph de Maistre pensatore dell'origine*, Milano, Mursia, 1986.
- *Introduzione al tradizionalismo francese*, Roma-Bari, Laterza, 1991.
- Redslob, R., *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789*, Leipzig, Veit, 1912.
- *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, Tübingen, Mohr, 1918.
- Reinhard, W., *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- Rémond, R., *La secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Renan, E., *Che cos'è una nazione?*, Roma, Donzelli, 1993.

- Rhinheimer, M., *Auctoritas, non veritas, facit legem: Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXXXVI, 2000, pp. 484-498.
- Ricciardi, M., *Linee storiche sul concetto di popolo*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento», 1993, XVI, pp. 303-369.
- *Rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, 2001.
 - (a cura di), *Ordine sovrano e rivoluzione in età moderna e contemporanea*, Bologna, CLUEB, 2003.
- Richter, E., *Der falsche Prophet. Carl Schmitt in den USA*, in Voigt., R. (Hrsg.), *Mythos Staat. Carl Schmitts Staatsverständnis*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- Riklin, A., *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006.
- Ritter, G., *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, Il Mulino, 1971.
- Rizzi, B., *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Rokkan, S., *Stato, nazione e democrazia in Europa* (1999), Bologna, Il Mulino, 2002.
- Rodgers, D.T., *Republicanism. The Career of a Concept*, in «The Journal of American History», 1992, n.1.
- Romano, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.
- *Scritti minori*, Milano, 1950.
 - *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969.
- Rosanvallon, P., *Le Moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.
- *La rivoluzione dell'uguaglianza. Storia del suffragio universale in Francia* (1992), Milano, Anabasi, 1994.
 - *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia* (1998), Bologna, Il Mulino, 2005.
 - *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.
 - *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Parigi, Éditions du Seuil, 2004.
 - *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Parigi, Éditions du Seuil, 2006.

- Rotelli, E., *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Rotelli, E. – Schiera, P. (a cura di), *Lo Stato moderno*, 3 voll., Bologna, Il Mulino, 1971-74.
- Rousseau, J.J., *Œuvres complètes*, édition publiée sous la direction de Bernard Gagnebin et Marcel Raymond, 4 voll., Paris, Gallimard, «Bibliothèque de la Pléiade», 1959-69.
 Del *Contrat social* si sono viste le seguenti traduzioni:
- *Il contratto sociale*, trad. di Valentino Gerratana, con un saggio introduttivo di Robert Derathé, Torino, Einaudi, 1994.
 - *Il contratto sociale*, con testo francese a fronte, traduzione di Maria Garin e un'introduzione di Tito Magri, Roma-Bari, Laterza, 1997.
 - *Il contratto sociale*, nuova edizione a cura di Roberto Gatti, Milano, Rizzoli, 2005.
- Rufin, J.-C., *La dictature libérale. Le secret de la tout-puissance des démocraties au XX^e siècle*, Paris, 1995.
- Ruggenini, M. (a cura di), *La tecnica e il destino della ragione*, Venezia, Marsilio, 1979.
- Rumpf, H., *Carl Schmitt und Thomas Hobbes. Ideelle Beziehungen und Aktuelle Bedeutung, mit einer Abhandlung über: die Frühschriften Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.
- Rusconi, G.E., *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, Einaudi, 1977².
- Rusconi, G.E. – Winkler, H.A., *L'eredità di Weimar*, Roma, Donzelli, 1999.
- Rüthers, B., *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung?*, München, Verlag C.H. Becker, 1990.
- Savigny, F.C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Hildesheim, Gorge Olms Varlagsbuchhandlung, 1967.
- Salvati, M., *Da Berlino a New York. Crisi della classe media e futuro della democrazia nelle scienze sociali degli anni Trenta*, Milano, Bruno Mondadori, 2000.
- Sartori, G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957.
- *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1990.
 - *Schmitt e le modalità del politico*, in Id., *Elementi di teoria politica*, cit., pp. 276-284.

- *La rappresentanza giuridica*, in Id., *Elementi di teoria giuridica*, cit., pp. 310-327.
- Sassen, S., *Losing Control. Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996.
- Scalone, A., *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milano, Franco Angeli, 1996.
- "Katechon" e scienza del diritto in Carl Schmitt, in «Filosofia politica», 1998, n. 2, pp. 283-292.
- Scattola, M., *Teologia politica*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Scheuerman, W.E., *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham-Boulder-New York-Oxford, Rowan & Littlefield Publishers, 1999.
- Schiera, P., *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, CLUEB, 2004.
- Schluchter, W., *Lo sviluppo del razionalismo occidentale. Un'analisi della storia sociale di Max Weber* (1979), Bologna, Il Mulino, 1987.
- *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Napoli, Liguori, 1987.
 - *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 1983.
- Schneider, P., *Ausnahmestand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre Carl Schmitts*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1957.
- Schnur, R., *Rivoluzione e guerra civile*, a cura di Pier Paolo Portinaro, Milano, Giuffrè, 1986.
- (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.
- Schulz, K., *Thomas Hobbes und Carl Schmitt. Das Verhältnis von Staatstheorie und Klassenkampf im 17. und 20. Jahrhundert*, Roskilde, Marts, 1980.
- Schulze, H., *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- Schumpeter, J.A., *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, Etas, 1977.
- Schütze, M., *Subjektive Rechte und personale Identität: die Anwendung subjektiver Rechte bei Immanuel Kant, Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
- Schwab, G., *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, Laterza, 1986.

- Scuccimarra, L. *La sciabola di Sieyes. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Seitzer, J., *Comparative History and Legal Theory. Carl Schmitt in the First German Democracy*, Westport (CT)-London, Greenwood Press, 2001.
- Siebert, F., *Vom Frankfurt nach Bonn. Hundert Jahre deutsche Verfassungen 1849-1949*, Kastellaun-Hunsrück, Henn Verlag, 1978.
- Sieyes, E.-J., *Opere e testimonianze politiche*, 2 voll., a cura di Pasquale Pasquino Milano, Giuffrè, 1993.
- Smend, R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.
- Sola, G., *La teoria delle élites*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Söllner, A., *Jenseits von Carl Schmitt. Wissenschaftsgeschichtliche Richtigstellungen zur politischen Theorie im Unkreis der »Frankfurter Schule«*, in «Geschichte und Gesellschaft», 1986, n. 12, pp. 502-529.
- Sombart, N., *Die deutsche Männer und ihre Feinde. Carl Schmitt – ein deutsches Schicksal zwischen Männerbund und matriarchatsmythos*, München, 1991.
- Sohntheimer, K., *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politische Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1978.
- Sorel, G., *Scritti politici*, Torino, UTET, 2006.
- Spaemann, R., *L'origine della sociologia dallo spirito della Restaurazione. Studi su L.G.A. de Bonald*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- Spengler, O., *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, Parma, Ugo Guanda editore, 1981.
- *Prussianesimo e socialismo*, Padova, Edizioni di Ar, 1994.
- Staff, I., *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985.
- *Zur Rezeption der Ideen der französischen Revolution von 1789 in der deutschen Staatslehre des 20. Jahrhunderts*, in Blasche, S. – Köhler, W.R. – Rohs, P. (Hrsg.), *Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption*, cit., pp. 223 ss.
 - *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Schmitt-Rezeption*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

- Starobinski, J., *La trasparenza e l'ostacolo. Saggio su J.-J. Rousseau*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- Steil, A., *Die imaginäre Revolte: Untersuchungen zur faschistischen Ideologie und ihrer theoretischen Vorbereitung bei Georges Sorel, Carl Schmitt und Ernst Jünger*, Marburg, Verlag Arbeiterbewegung und Gesellschaftswissenschaft, 1984.
- Steiner, U., *Verfassungsgebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.
- Sternberger, D., *Le tre radici della politica*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- Sternhell, Z., *Les anti-Lumières. Du XVIIIe siècle à la guerre froide*, Paris, Fayard, 2006.
- Sternhell, Z. (a cura di), *The Intellectual revolt against Liberal Democracy. 1870-1945*, Jerusalem, Israel Academy of Science and Humanities, 1996.
- Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Verlag C.H. Beck, 1988-99.
- Strauss, L., *Anmerkungen zu Carl Schmitts ‚Begriff des Politischen‘*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1932, 67, S. 732 ff.; trad. it. *Note sul «concetto di politico» in Carl Schmitt*, in G. Duso (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, cit., pp.
- Sutherland, D.M.G., *Rivoluzione e controrivoluzione. La Francia dal 1789 al 1815*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Talmon, J.L., *Le origini della democrazia totalitaria* (1952), Bologna, Il Mulino, 2000.
- Tarchi, M., *La «rivoluzione legale». Identità collettive e crollo della democrazia in Italia e Germania*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- Taubes, J., *Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen*, München-Paderborn, Fink & Schöning, 1985².
- *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata, Quodlibet, 1996.
- Tettamanti, A., *Il fenomeno storico del conservatorismo tedesco: interpretazioni e problemi*, in «Filosofia politica», 1989, n. 1, pp. 137-172.

- Thiele, U., *Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer „demokratischen“ Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.
- Thoma, R., *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1925, Bd. 53, pp. 212-217.
- *Recht und Praxis des Referendums im deutschen Reich und seinen Ländern*, in «Zeitschrift des öffentlichen Rechts», 1928, n. 6, pp. 489 ss.
- Tilly, C., *L'oro e la spada. Capitale guerra e potere nella formazione degli Stati europei 990-1990*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1991.
- Tocqueville, A. de, *Œuvres complètes*, 19 voll, édition définitive publiée sous la direction de J.-P. Mayer, Paris, Gallimard, 1951 segg.
- In lingua italiana si sono viste le seguenti traduzioni:
- *La democrazia in America*, a cura e con un'introduzione di G. Candeloro Milano, Rizzoli, 2002.
 - *L'Antico Regime e la rivoluzione*, a cura e con un'introduzione di G. Candeloro, Milano, Rizzoli, 2000.
 - *Della classe media e del popolo*, in Id., *Scritti politici*, a cura di Nicola Matteucci, Torino, UTET, 1968-69.
- Tohidipur, M. (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 2 Bde., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978.
- Tommissen, P. (Hrsg.), *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988 segg.
- Troeltsch, E., *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno* (1906), Firenze, La Nuova Italia, 1951.
- *La democrazia improvvisata: la Germania dal 1918 al 1922*, Napoli, Guida, 1977.
- Troisi Spagnoli, G., *La vita di Sieyès*, in Sieyès, J.-E., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 29-66.
- Troper, M., *La séparation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Ed. L.G.D.I., 1980; trad. it. *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- Tronti, M., *La politica al tramonto*, Torino, Einaudi,
- Ulmen, G.L., *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim, VCH-Acta Humaniora, 1991.

- Urbinati, N., *Schmitt's Critique of Liberalism*, in «Cardozo Law Review», 2000, n. 21, pp. 1645 ss.
- *L'ethos della democrazia. Mill e la libertà degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Vad, E., *Strategie und Sicherheitspolitik*, Opladen, 1996.
- Vesting, T., *Politische Einheitsbildung und technische Realisation. Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- Villacañas, J.L., *Crisi con spettatore: un bilancio a proposito della democrazia*, in «Filosofia politica», XX, n. 3, 2006, pp. 449-475.
- Villey, M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1985.
- Viola, P., *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, Giappichelli, 1989.
- Viroli, M., *Jean-Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Voegelin, E., *La dottrina della costituzione in Carl Schmitt. Tentativo di analisi costruttiva dei suoi principi teoretico-politici*, in Duso, G. (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, Milano, Franco Angeli, 1988.
- Volker, N., *Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt am Main – New York, 1980.
- Volpi, F. (a cura di), *Guida Heidegger. Ermeneutica, Fenomenologia, Esistenzialismo, Ontologia, Teologia, Estetica, Etica, Tecnica, Nichilismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- Vovelle, M., *I giacobini e il giacobinismo*, Roma-Bari, Laterza, 1995.
- Weber, Marianne, *Max Weber. Una biografia*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hers. Von Johannes Winckelmann, 3. Aufl., Tübingen, Mohr, 1968.
- Sono state consultate le seguenti traduzioni italiane:
- *Economia e società*, 4 voll, a cura di Pietro Rossi, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.
 - *La scienza come professione. La politica come professione*, a cura di Pietro Rossi, Torino, Edizioni di Comunità, 2001.

- *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

Wenger, D.R., *Der Grund des Politischen bei Carl Schmitt*, in «Der Staat», 43. Band, 2004, Heft 1, pp. 83-120.

- *Eine Formsache: Zur Begründungsferne von Carl Schmitts Dezisionismus. Eine Antwort auf Andreas Fischer-Lescano und Ralph Christensen*, in «Der Staat», 44. Band, 2005, Heft 2, pp. 243-250.

Wieland, C.D., *Carl Schmitt, 1932-1945*, München, Oldenbourg, 1986.

Will, M., *Die Kabinettsbildung am 30. Januar 1933 vor dem Hintergrund des Verfassungswandels in der Spätphase der Weimarer Republik*, in «Der Staat», 43. Band, 2004, Heft 1, pp. 121-144.

Winkler, H.A., (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933. Handlungsspielräume und Alternativen*, München, Oldenbourg, 1992.

- *La Repubblica di Weimar*, Roma, Donzelli, 1998.

Wolin R., *Carl Schmitt, l'existentialisme politique et l'État total*, in «Le temps modernes: revue mensuelle», 1990, n. 523, pp. .

Zagrebelski, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

Zagrebelski, G. – Portinaro, P.P. – Luther, J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

Zarca, Y.C., *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, Genova, il melangolo, 2005.

Zolo, D., *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1992.

Zweig, E., *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, Mohr, 1909.

Esposizione riassuntiva

La teoria schmittiana della democrazia prende in esame soprattutto la produzione giuspubblicistica di Carl Schmitt degli anni Venti e dei primi anni Trenta del XX secolo coniugando vari approcci scientifici al tema: teoria politica, storia costituzionale e teoria costituzionale, ed inquadrando il commento schmittiano della Costituzione di Weimar nel secolo e mezzo di storia della democrazia moderna che va dalla nascita, nell'età della Rivoluzione francese, delle prime costituzioni repubblicane alla Repubblica di Weimar.

Il lavoro si articola in cinque capitoli.

Il primo, che si concentra su Rousseau, Sieyès, i controrivoluzionari e Tocqueville, osserva la nascita della democrazia dallo Stato assoluto e dal suo concetto di sovranità ed analizza l'emergere del concetto moderno di democrazia rappresentativa.

Il secondo ripercorre lo sviluppo della storia costituzionale tedesca del XIX secolo, delinea i tratti del positivismo giuridico e la formazione della teoria del *Rechtsstaat*, per passare poi all'indagine del rapporto tra modernità e secolarizzazione in Schmitt con particolare riguardo a tre opere: *Romanticismo politico* (1919), *Teologia politica* (1922) e *Cattolicesimo romano e forma politica* (1923). Nell'analisi del concetto schmittiano di decisione come 'lacuna costituzionale' si fa evidente la compresenza in Schmitt dell'approccio di teoria costituzionale e dell'approccio filosofico-politico ad un medesimo problema.

Il terzo approfondisce la discussione dei concetti di parlamentarismo e democrazia nel saggio *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) con puntuali richiami alle riflessioni di Max Weber e di Hans Kelsen sul parlamento e sulla rappresentanza, e tratta il tema della legittimità plebiscitaria del Presidente del Reich e dei suoi poteri dittatoriali ai sensi dell'art. 48. L'opposizione di parlamentarismo e democrazia e la possibilità di conciliare democrazia e dittatura sono per Schmitt conseguenze della politicizzazione dello Stato prodotta dall'ingresso delle masse nella sfera della cittadinanza politica.

Il quarto capitolo prende in esame il saggio *Referendum e proposta di legge di iniziativa popolare* (1927), l'*opus magnum* di Schmitt - *Dottrina della costituzione* (1928) - e *Il concetto di politico* (1927, 1928, 1932, 1963), e mostra come il concetto centrale tanto della sua teoria costituzionale quanto della sua teoria della democrazia sia il concetto di potere costituente del popolo. Il concetto di potere costituente, nel quale si mostra la massima vicinanza di Schmitt all'esperienza costituzionale

francese dell'età della Rivoluzione, gli consente di affermare l'inviolabilità del nucleo essenziale della costituzione di Weimar e di porre un limite al potere di revisione. D'altra parte, la distinzione, che in Schmitt è anche una contrapposizione, tra le due componenti della costituzione di Weimar: l'elemento giuridico dello Stato borghese di diritto e l'elemento politico della democrazia, lo induce a sostenere che ogni costituzione moderna è una costituzione mista e perciò contraddittoria, finché questa contraddizione non venga risolta a vantaggio della sua componente democratica, cioè politica.

Il quinto capitolo, infine, ricostruisce la crisi del sistema parlamentare degli anni 1930-32 e la sua sostituzione con il sistema presidenziale (*Präsidialsystem*) e analizza le opere *Il custode della costituzione* (1931) e *Legalità e legittimità* (1932) con lo sguardo rivolto alla realtà politico-costituzionale della Repubblica. La continuità che si registra nelle opere schmittiane degli anni Venti e dei primi anni Trenta è una continuità segnata dalla preferenza del giurista per la democrazia plebiscitaria a scapito della democrazia parlamentare e rappresentativa, e per un esecutivo forte che sappia farsi artefice di una grande politica, ponendosi al di sopra dei partiti. La teoria schmittiana della democrazia – che è una teoria pseudo-rousseauiana – si configura, in definitiva, come una 'democrazia dittatoriale' o una 'dittatura democratica di massa' centrata sulla figura del Presidente – che è sia un Presidente-custode, sia un Presidente-legislatore - eletto direttamente dal popolo.

Summary

Carl Schmitt's Theory of Democracy examines specifically Schmitt's juridical works of the twenties and the early thirties of the XX century, combining different scientific approaches: political theory, constitutional history and constitutional theory, and organizing schmittian comment of the Weimar Constitution in the period of a century and a half of the history of modern democracy, that goes from the birth, in the age of the French Revolution, of the first republican constitutions to the Weimar Republic.

Chapter 1, that focuses on Rousseau, Sieyès, the French counterrevolutionary authors and Tocqueville, concerns the beginning of modern democracy from the State of the absolutism and from its concept of sovereignty in the age of the French Revolution.

Chapter 2 draws the development of German constitutional history in the XIX century, describes the features of legal positivism and the formation of the theory of the *Rechtsstaat*, then concerns Schmitt's critique of modernity as secularization with particular regard to these works: *Political Romanticism* (1919), *Political Theology* (1922) and *Roman Catholicism and Political Form* (1923). In the analysis of the schmittian concept of exception as 'constitutional gap' it becomes clear how the two different approaches of constitutional theory and political theory are united in the study of the same issue.

Chapter 3 studies the concepts of liberalism, parliamentarianism and democracy in depth, with regard to the essay *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), referring to Max Weber's and Hans Kelsen's remarks upon representation and parliament. The chapter deals also with the concept of the plebiscitary legitimacy of the German President and with his dictatorial, emergency powers according to the art. 48.

Chapter 4 examines the essay *Volksentscheid und Volksbegehren* (1927), the opus magnum *Constitutional Theory* (1928), and *The Concept of the Political* (1927, 1928, 1932, 1963), and makes it clear that the central concept both of Schmitt's constitutional theory and of his theory of democracy is the concept of the constituent power of the people. The concept of the constituent power, which shows Schmitt's great proximity to the constitutional theory of the age of the French Revolution, allows him to maintain that the constitution is inviolable and that the 'substance' of its decisions could not be changed neither by qualified Reichstag majorities. The constitutional review power of the parliament is not unlimited, but essentially limited. Furthermore the distinction, that is a contrast as well, between the two components of the Weimar Constitution: the legal, liberal

element (*rechtsstaatlich*) and the political, democratic one, leads him to assert that every modern constitution is a mixed and, therefore, contradictory constitution, until this contradiction is not resolved and decided to the advantage of its democratic, namely political, component.

Chapter 5 discusses the crisis of the parliamentary system of the years 1930-1932 and its replacement with the presidential system (*Präsidentsystem*), and examines the works *The Guardian of the Constitution* (1931) and *Legality and Legitimacy* (1932) with attention to the political-constitutional situation of the Republic. The continuity between Schmitt's works of the twenties and the works of the early thirties is characterized by the jurist's preference of a plebiscitary democracy rather than a parliamentary, representative one, and of a strong President that is able to be the actor of a great politics, placing himself above all the political parties. After all, Schmitt's theory of democracy - that is a pseudo-rousseauian theory - assumes the form of a 'dictatorial mass-democracy' or a 'democratic mass-dictatorship'.