



MARIANO CROCE

Una Costituzione “a prova di dittatore”.
Per una lettura istituzionalista di Legalità e legittimità

Abstract: In *Legality and Legitimacy*, first published in 1932, Carl Schmitt analysed the troubles that were drawing the Weimar parliamentary democracy to a close and advanced a potential strategy for the establishment of a new political regime. Most interpreters contend this strategy was principled on the figure of a mighty dictator who could take matters in his hands and cut off the political actors that were causing havoc. On this reading, Schmitt’s 1932 essay comes across as a paradigmatic implementation of his own decisionism of the early 1920s. The present article challenges this reading. *Legality and Legitimacy* was one of the steps taken by Schmitt to perfect his institutional conception of law and his understanding of political power as a normalising filter. In particular, he made the claim that the second part of the Weimar constitution aspired to be unamendable despite the procedural leeway granted by the first part. On top of a better understanding of *Legality and Legitimacy*, the present investigation aims to contribute to the more general interpretation of Schmitt’s theorising from 1927 through to the end of his life as falling within the scope of legal institutionalism – though in a way that deviated from this seminal tradition of thought in a few key respects.

Keywords: Carl Schmitt; constitution; emergency legislation; institutionalism; pluralism.

1. Introduzione. Tornare al testo

Difficile sottostimare la portata di un cambio di paradigma, soprattutto se presuppone una revisione radicale dei fondamenti e degli esiti di una teoria. Difficile, certo, eppure pratica diffusa, se ad esempio si consulta la letteratura più consolidata a proposito di un testo controverso come *Legalità e legittimità* (1932)¹. Un interprete colto e raffinato come John McCormick, chiamato ad assolvere il compito ingrato di introdurre il saggio al sospettosissimo pubblico anglofono, avanza una lettura molto circostanziata di un tema che egli stesso presenta come spinoso². Dopo aver descritto il testo in questione come dotato di un’insidiosa duplicità, nel senso che ad alcuni lettori potrebbe persino

¹ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, Bologna, il Mulino, 2018.

² J. P. McCormick, “Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt’s *Legality and Legitimacy*”, in C. Schmitt, *Legality and Legitimacy*, Durham and London, Duke University Press, 2004, pp. xiii-xliii.



sembrare come un ultimo ancorché esile tentativo di difendere la moritura Costituzione di Weimar – e d’altro canto Schmitt lo presenterà in tal modo fino alla fine della sua vita³ – si chiede: “[S]e Schmitt era a favore di specifici emendamenti alla Costituzione o una completa rottamazione della Carta, perché non l’ha detto [esplicitamente], come ha fatto Papen?”. Perché mai Schmitt ha ritenuto di doversi schermire dietro un pallido tentativo di sostegno a un odioso residuo della democrazia weimariana e non ha piuttosto optato per un invito chiaro ed esplicito alla sua rapida dismissal? Nel testo di McCormick, tale domanda segue una rapida ma accurata ricostruzione delle vicende salienti del 1932, relative alla fragile tenuta di una forma di governo che nel 1933 avrebbe esalato l’ultimo respiro nella stretta totalitaria del partito nazionalsocialista. E in effetti, la domanda è molto pertinente: chi di *Legalità e legittimità* fa sua una lettura “sospettosa” (nel senso appunto che l’obiettivo di fondo è intenzionalmente sottaciuto e al lettore spetta il compito di ravvisarne le tracce), come spiega il fatto che Schmitt non fu più esplicito proprio nella fase di chiusura di una partita che con tutta evidenza era decisa nei suoi esiti finali?

McCormick ammette che interpretare il saggio schmittiano come apripista del *regime change* richiede una lettura in controluce. Il suo argomento potrebbe sintetizzarsi come segue: vero, Schmitt sembra difendere alcuni principi posti a protezione della Costituzione, ultima garitta di sorveglianza in un assedio lungo e tedioso, destinato a concludersi con l’espugnazione della cittadella sfiancata dall’inedia. Tuttavia, continua l’argomento di McCormick, se se ne individuano gli intenti di fondo, si capisce come Schmitt organizzò la sua difesa operando di fatto da quinta colonna. L’obiettivo primario di *Legalità e legittimità*, in tale ottica, è tessere l’elogio della testa d’ariete che sconvolse le ultime difese del sistema parlamentare, ovvero il conferimento di forza di legge ai provvedimenti emergenziali del Presidente del Reich. McCormick scrive:

³ Ad esempio, nel colloquio con Dieter Groh e Klaus Figge (febbraio 1972), Schmitt afferma quanto segue: “Io stesso nell’estate del 1932, in ‘Legalità e legittimità’, avevo esposto la teoria del ‘premio politico sull’esercizio legale del potere’, e avevo spiegato, relativamente alla situazione del 1932, che la nomina di un nazista o di un comunista a cancelliere sarebbe stata contraria alla costituzione” (C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste a cura di Giorgio Agamben*, Vicenza, Neri Pozza, 2005, p. 54).



Circa l'assenza di un piano specifico per sovvertire, cambiare o rovesciare la Costituzione, Schmitt, come Schleicher, potrebbe aver voluto evitare tali dichiarazioni programmatiche perché avrebbero favorito lo scoppio di una guerra civile dalla quale il suo circolo non sarebbe emerso vittorioso. In effetti, la mia ipotesi è che *Legittimità e legalità* giustifica i decreti presidenziali come dotati di una forza di legge permanente e non solo temporanea: Schmitt sostiene che la crescente burocratizzazione della società conferisce ai decreti presidenziali un carattere di maggiore stabilità e durata rispetto alle leggi parlamentari che riflettono semplicemente maggioranze legislative transitorie⁴.

Quello che stupisce il lettore attento di *Legalità e legittimità* è che Schmitt in effetti discute nel dettaglio la crescente tendenza, ben descritta da McCormick, a considerare le misure d'emergenza come aventi forza di legge, ma lo fa all'unico fine – insolitamente perspicuo rispetto al camaleontismo tipico dello stile schmittiano – di mettere in guardia rispetto a uno scivolamento tanto avventato. L'ipotesi di McCormick, quindi, si basa su una vera e propria inversione delle tesi e degli obiettivi di Schmitt nel saggio del 1932. Tornerò su questo punto in modo più sistematico. Per ora vale la pena indicare come, con il cambio di ambito linguistico, si guadagni poco sul piano dell'esegesi: un interprete parimenti raffinato e colto, come Carlo Galli, al netto della meritoria presa di distanza da letture che presentano lo Schmitt pre-1933 come un Giovanni Battista del messia in camicia bruna⁵, presenta *Legalità e legittimità* quale eulogia dello Stato forte, incarnazione dell'opera salvifica del Presidente del Reich:

Il modello di Stato che Schmitt propone [...] è uno Stato “forte” che è “totale” perché avoca a sé tutta la politicità che percorre il sistema e così spoliticizza la società e l'economia, per governarle con la forza di un'amministrazione non direttamente politica ma portatrice di ordine. [...] Un cambio di regime, insomma, una democrazia plebiscitaria, benché Schmitt tenga a sottolineare che si tratta di uno sviluppo interno alla costituzione di Weimar, attraverso l'attivazione della “costituzione di riserva” prevista dall'art. 48⁶.

⁴ J. P. McCormick, “Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy?”, cit., pp. xxii-xxiii.

⁵ Galli scrive: “Schmitt non ha preparato l'avvento del nazismo, né con questo libro né con atti concreti” (C. Galli, “Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica”, in C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 7-34, p. 24).

⁶ Ivi, p. 18.



Galli coglie più e meglio di McCormick il progetto schmittiano di valorizzare una parte della Costituzione, a danno di un'altra, e di favorire l'instaurazione di uno Stato "forte". Eppure, come proverò a mostrare, non è dal plebiscito, ad avviso di Schmitt, che l'apparato amministrativo può trarre la propria forza. E tantomeno la soluzione potrebbe consistere nel combinato disposto di "decisione costituente" e "governo politico-amministrativo, in chiave emergenziale e presidiale, delle interne differenze dei conflitti della società"⁷. Alla lettura che reintroduce forzatamente la clausola eccezionalista sfugge la pregnanza teorica del richiamo a una "Costituzione nella Costituzione", che permette di sbarazzarsi una volta per tutte della concezione "emergenziale e presidiale" dell'autorità politica. Nondimeno, un altro conoscitore profondo di Schmitt, come William Scheuerman, sembra concordare sulla linea interpretativa di fondo, con l'aggravante (in termini puramente esegetici, sia chiaro) di considerare il testo come il tappeto rosso disteso dinanzi all'incedere del passo dell'oca:

Schmitt ha raccontato il declino delle legislature elette, individuando nella drammatica disintegrazione del Parlamento di Weimar un'indubbia riprova di una tendenza storica mondiale, mentre al contempo appoggiava il ricorso sempre più intenso dell'esecutivo a un'interpretazione ampia dell'art. 48. Benché presentasse le sue proposte di riforma come coerenti con gli elementi fondamentali del sistema di Weimar, in realtà egli sostenne una trasformazione istituzionale fondamentale in cui il Presidente del Reich, caratterizzato nel 1932 come idealmente in possesso di un "tipo di autorità [...] molto raro" basato su "l'effetto impressionante di un grande successo politico; i residui autoritari di un'epoca pre-democratica ancora in qualche modo presenti; oppure il prestigio politico di una élite para-democratica" che eserciti un potere di governo plebiscitario attraverso domande poste a un popolo passivo, chiamato a "rispondere in maniera definitiva con un 'sì' o un 'no'"⁸.

Schmitt sarebbe quindi il corifeo di un gruppo di ultraconservatori, illusi di poter gestire a proprio vantaggio l'ascesa hitleriana e pronti quindi a dare nuovo slancio al modello di una democrazia plebiscitaria che mettesse il Paese nelle mani di un capo autoritario, capace di concludere l'esperimento democratico-parlamentare. Di certo

⁷ Ivi, p. 29.

⁸ W. Scheuerman, "States of Emergency", in J. Meierhenrich, O. Simons (a cura di), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 547-69, p. 557. I passaggi di *Legalità e legittimità* cui l'autore fa riferimento possono trovarsi alle pp. 125-26 dell'edizione italiana.



Schmitt non ha mai sostenuto le ragioni della democrazia liberale, e di certo era un ultraconservatore; ma con pari certezza si può escludere che *Legalità e legittimità* intendesse propiziare una torsione plebiscitaria a vantaggio di un dittatore sovrano. Nelle pagine che seguono, vorrei difendere questa mia lettura con riferimento ad alcuni passaggi chiave del saggio del 1932 a un duplice fine. Innanzitutto, vorrei offrire una chiave esegetica che non faccia retroagire la deprecabile scelta schmittiana del 1933 di sostenere il regime nazista sui testi che precedono un evento tanto infelice. Schmitt, nell'interpretazione di chi scrive, era il fautore di una politica tradizionalista e ultraconservatrice, che dalla fine degli anni Venti aveva preso una piega teorica apertamente istituzionalista (come si vedrà, un istituzionalismo spregiudicatamente sostantivo e anti-pluralista). Questo tipo di analisi, più legata al testo, vorrebbe in seconda battuta far luce su una concezione politica, quella dello Schmitt a cavallo degli anni Venti e Trenta, che non s'impiana certo sulla presenza malcerta di un decisore politico onnipotente, ma guarda piuttosto alla Costituzione come fondamento di un'amministrazione preposta alla salvaguardia delle istituzioni maggioritarie: una Costituzione molto rigida, capace di offrire protezione alle componenti normative del sociale che si raccolgono intorno a un progetto di vita comune.

Questo mio duplice obiettivo, in altri termini, vuole fare il punto su qualcosa che la recente letteratura schmittiana, che mette al centro il concetto di istituzione⁹, ha preso in più seria considerazione rispetto allo Schmitt schiacciato sulle posizioni di *Teologia politica*, ovvero l'immagine di un eminente giurista che, proprio in una fase storica di

⁹ Il precedente più illustre di un'interpretazione in chiave istituzionalista è senza dubbio Costantino Mortati in C. Mortati "Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt", in Id., *La teoria del potere costituente*, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 131-52. Più di recente David Bates ha riportato l'attenzione sul ruolo del concetto di istituzione nel pensiero schmittiano in D. Bates, *Political Theology and the Nazi State: Carl Schmitt's Concept of the Institution*, *Modern Intellectual History*, 2 (2006), pp. 415-42. Nella più chiara e compiuta introduzione al pensiero di Schmitt, Stefano Pietropaoli ha il merito di bilanciare l'attenzione rivolta all'eccezionalismo con una pari attenzione agli sviluppi successivi (v. S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012). La letteratura istituzionalista è venuta intensificandosi negli ultimi anni. Per riferimenti più ampi e dettagliati, mi permetto di rimandare a M. Croce, A. Salvatore, *Carl Schmitt's Institutional Theory: The Political Power of Normality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.



crescente ricorso al dispositivo dello stato di eccezione, in quest'ultimo vede poco più che una soluzione transitoria, i cui benefici rischiavano di essere inferiori ai costi. Schmitt si accosta così, con gradualità ma risolutezza, a una tradizione di pensiero, quella istituzionalista, che lascia poco spazio a leader carismatici dotati di poteri miracolosi e difende l'immagine di un sociale come dotato di una forza nomica interna, vale a dire non condizionata all'esistenza previa dell'autorità politica¹⁰. Per l'ironia di una sorte di cui egli stesso fu in parte fautore, Schmitt porta a compimento un così ampio cambio di paradigma proprio quando si trova a compiere scelte ignobili e auto-interessate, che collimano assai poco con la sua concezione tradizionalista e marcatamente conservatrice della politica. Senza dubbio sia Schmitt sia i quadri del Partito nazista avevano in spregio il pluralismo dei modelli di vita, ma per ragioni poco convergenti. Beninteso: questa mia ipotesi interpretativa non vuole costituire il tassello di una riabilitazione della "caratura morale" di Schmitt – né di una Corte con competenze tanto grandiose vorrei mai far parte. Piuttosto, intende investigare perché e per quali vie egli giunse a conclusioni radicalmente anti-pluraliste, ben più che nelle opere degli anni Venti. In tale ottica, destano particolare interesse le modalità con cui egli auspica la promozione di un'omogeneità sociale che non s'impiana affatto né sulla figura di un leader né sull'organizzazione di plebisciti. L'obiettivo di questo mio articolo, pertanto, è capire come *Legalità e legittimità* intendesse propiziare una politica statale in grado di adottare come propellente la forza nomica delle istituzioni maggiori e come modalità operativa il soffocamento delle condotte che rischiavano di costituire potenziali alternative a queste ultime.

2. Le tappe di un ripensamento

Prima di interrogare lo spirito e la lettera di *Legalità e legittimità*, bisogna tracciare alcune delle tappe attraverso cui Schmitt, nei primi anni Trenta, giunge a una profonda

¹⁰ Per "forza nomica" intendo qui la capacità di conferire permanenza e stabilità alle interazioni che caratterizzano un dato contesto normativo.



revisione del suo stesso impianto teorico. Già nella versione del 1927 de *Il concetto di "politico"*¹¹, egli prende le distanze dal paradigma eccezionalista difeso cinque anni prima in *Teologia Politica*¹². Muta l'aspetto cruciale del tipo di funzione che ascrive all'autorità politica, non più votata all'esercizio "creativo" dei poteri emergenziali, bensì al governo di un conflitto sociale a bassa intensità. La politica teorizzata nel 1922 è creativa nel senso che Schmitt prospetta il sovrano come un soggetto che riesca nell'atto fondativo di dichiarare la fine di un ordinamento giuridico e contestualmente di introdurne un altro – sancendo così la preminenza del modello di dittatura sovrana rispetto a quella commissaria, elaborati un anno prima ne *La dittatura*¹³. La sovranità è intesa come origine dell'ordine, indipendente dai contenuti, nel senso che l'ordinamento di nuova istituzione potrebbe persino coincidere, nei suoi contenuti, con l'ordinamento decaduto, e tuttavia esso risponderebbe a una catena validativa del tutto diversa (la cui scaturigine sta appunto nella decisione del sovrano) che lo rende *de facto e de iure* un impianto del tutto diverso dal precedente. Schmitt, alla ricerca di un fondamento solido per lo studio e per la conoscenza dell'ordinamento giuridico, critica quelle prospettive di matrice positivista che collocano l'origine dell'ordinamento entro l'ordinamento stesso e avanza la tesi radicale secondo cui il fondamento di validità di un ordinamento va rinvenuto sempre e immancabilmente al di fuori del perimetro costituzionale. Un'analisi innanzitutto giusfilosofica, volta a identificare l'identità di un ordinamento con l'atto fondativo extra-ordinamentale che lo istituisce – extra-ordinamentale, certo, ma non extra-giuridico, dato che per Schmitt l'ordinamento giuridico non è che una specie del genere diritto¹⁴.

¹¹ C. Schmitt, "Il concetto del politico (1927)", in Id., *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 105-17.

¹² C. Schmitt, "Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità", in Id., *Le categorie del "politico"*, cit., pp. 27-86.

¹³ C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, Laterza, 1975.

¹⁴ Per una difesa più solida della lettura "giusfilosofica" di *Teologia politica*, si rimanda a M. Croce, A. Salvatore, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Macerata, Quodlibet, 2020, cap. 1.



Questa concezione dell'ordinamento giuridico ha numerose conseguenze su aspetti accessori rispetto all'economia complessiva di *Teologia Politica*, che però lasciano un'impronta decisiva sull'impianto teorico nella sua interezza. Uno su tutti, un'idea di politica quale esercizio di un potere fondante (benché privo di un fondamento che lo preceda e lo giustifichi) in grado di determinare la *situazione normale* (ossia le condizioni per lo svolgimento di una vita regolare e regolata) mediante un gesto al contempo destituente e istituente. Una politica che non si occupa dell'ordinario, ma si preoccupa di fondarlo, e che quindi pensa il sociale come un corpo continuamente riplasmabile in forza della gestione accorta della minaccia incombente: l'eccezione, per farsi tecnica efficace di governo, deve saper persuadere un intero corpo di funzionari, assieme alla popolazione su cui questi esercitano la loro funzione amministrativa; e una volta dimostratosi efficace, plasma da cima a fondo la vita normale. Per questa ragione Schmitt è tanto determinato nel far dipendere la situazione normale dall'eccezione¹⁵. Eppure, come notato in apertura, il clima teorico nel 1927 cambia in modo rimarchevole: *Il concetto di "politico"* parla non già di "Ausnahmestand", "stato di eccezione", bensì di "entscheidenden Fall", "caso decisivo". La differenza non può passare sott'occhio. Lo stato di eccezione è una condizione traumatica, vistosa, sconvolgente, in cui la vita normale di un'intera popolazione viene sospesa per essere riplasmata. Per lo Schmitt del 1922, si deve raggiungere quest'acme perché una sovranità si manifesti nella sua capacità fondativa e la politica assolva la sua funzione demiurgica. Il caso decisivo, invece, delimita una soglia che non deve mai esser raggiunta, anzi neppure sfiorata, se si vuole che lo Stato preservi il suo monopolio sul "politico". Detto in termini molto sintetici, il caso decisivo è quello in cui si determina il carattere *politico* di una data contrapposizione tra gruppi, vale a dire se essa possa o meno comportare la perdita della vita e la disponibilità a uccidere. Lo scenario dipinto da Schmitt è piuttosto semplice, oltre che

¹⁵ Il passaggio è sin troppo noto: "L'eccezione è più interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione. Nell'eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione" (C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 41).



realistico. Si immagini una società storica quale insieme di gruppi sociali che perseguono obiettivi molto diversi e sono animati da concezioni del bene molto diverse: secondo Schmitt, in questa condizione lo Stato esiste e sussiste come entità politica suprema nella misura in cui nessuna di questi gruppi sub-statali prenderebbe mai l'iniziativa di usare le armi per dirimere un conflitto, qualunque sia la sua natura (etica, religiosa, economica, etc.). I conflitti sub-statali hanno da rimanere entro le loro specifiche sfere, senza mai raggiungere quel grado di intensità per cui i membri di un gruppo possano (anche solo) pensare che il conflitto richiede l'uso della forza. Il caso decisivo consiste proprio in questo, ossia nell'atto con cui ci si decide per l'uso della forza. E per Schmitt il progetto statale moderno sta e cade con la capacità dello Stato di avocare a sé la facoltà di decidere sul caso decisivo.

Con tutta evidenza, l'obiettivo dell'autorità politica, per come tratteggiata nelle pagine de *Il concetto di politico* nel 1927 (e persino con più chiarezza nelle successive edizioni), è quello di determinare un quadro di salda stabilità sociali, in cui l'interazione tra gruppi possa muoversi sempre a un basso grado di intensità. L'eccezione, a tale scopo, serve a poco. Per dar pieno conto del perché, a quest'altezza, una tecnica di governo tanto impegnativa agli occhi di Schmitt sarebbe di scarso ausilio, si dovrebbe mettere in luce il profondo mutamento in termini di ontologia sociale cui egli, nel frattempo, ha dato luogo: dall'idea di un corpo privo di forma che si offre a costanti rimodulazioni a colpi d'eccezione, tipica del 1922, a una società pluralista e organizzata nelle sue componenti sub-statali, abbracciata a partire dal 1927. Quindi, da un hobbesianesimo meno atomistico ma pur sempre artificialista a una concezione del sociale che strizza l'occhio alle teorie pluraliste e istituzionaliste di fine Ottocento e inizio Novecento. Non c'è spazio qui per un'analisi che proceda in tal senso, ma è bene tenere a mente che il panorama concettuale tra il 1922 e il 1927 è mutato in tutti gli aspetti che segnavano le peculiarità di *Teologia politica*: il "politico" ora agisce quale grande pacificatore, che determina una condizione di stabile interazione tra gruppi in grado di mantenere le loro differenze e al contempo di riservare allo Stato e solo ad esso la prerogativa di decidere i casi in cui un conflitto implica il ricorso alla forza.



3. La Costituzione politica

Quanto detto ci mette sulla buona strada per proporre una diversa lettura di *Legalità e legittimità*. Tra il 1927 e il 1932, Schmitt va perfezionando la concezione appena sintetizzata della politica e del sociale: sono gli anni in cui si avvicina a quelli che di lì in poi riconoscerà come i suoi “maestri” o, a meglio ancora, i suoi “predecessori”¹⁶, vale a dire Maurice Hauriou e Santi Romano¹⁷. Da costoro, come accennato sopra, mutua una concezione del sociale come composto di gruppi che possiedono una forza nomica interna e che quindi non abbisognano del potere plasmante del politico per dotare di stabilità le proprie dinamiche interne. Rigetta invece le tendenze liberali di Hauriou e lo sbocco pluralista di Romano per piegare la teoria istituzionalista in un senso smaccatamente conservatore, dacché rimane persuaso del fatto che tutti i gruppi sociali tendono per loro natura allo scontro con altri gruppi, da una parte, e alla deflagrazione interna, dall'altra. Il pensiero schmittiano rimarrà in ogni sua fase vincolato a un'idea di differenza come instabilità irrecuperabile, la cui domesticazione non può essere affidata allo spontaneismo di alcuna regolazione sociale, perché presuppone il potere (uni)formante della politica¹⁸. Tra il 1930 e il 1932, in saggi dalla natura assai diversa, come *Etica dello Stato e Stato pluralistico* (1930)¹⁹, *Stato, movimento, popolo* (1933)²⁰ e *I tre tipi di scienza giuridica* (1934)²¹, Schmitt mette a punto una prospettiva senza la quale la tesi centrale di *Legalità e legittimità* rischia di lasciarsi risucchiare nel buco nero

¹⁶ Così egli asserisce in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 166-67.

¹⁷ In questa sede, non sarà possibile indagare a fondo il rapporto con tali autori, per il quale si rimanda a M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013, cap. 6-7.

¹⁸ Nel 1950, nel celebre saggio *La situazione della scienza giuridica europea* (1950), Schmitt arriverà al punto di affidare un tale potere di (uni)formazione ai giuristi, e non più alla politica, nella quale non ripone più alcuna fiducia. Per una contestualizzazione accurata del saggio in questione, centrale per la completa mappatura della parabola schmittiana, si veda A. Salvatore, “A maggior gloria della *scientia iuris*. L'istituzionalismo giurisprudenziale di Carl Schmitt”, in C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 79-124.

¹⁹ C. Schmitt, “Etica dello Stato e Stato pluralistico (1930)”, in Id., *Posizioni e concetti*, cit., pp. 217-36.

²⁰ C. Schmitt, “Stato, movimento, popolo”, in Id., *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 255-312.

²¹ C. Schmitt, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.



eccezionalista, la cui forza gravitazionale attrae ogni forma di energia e fa sì che nulla lasci il suo orizzonte degli eventi.

Proprio contro tale lettura eccezionalista, sostenitori accaniti di un esecutivo senza vincoli²² come Eric Posner e Adrian Vermeule hanno la cura di rimarcare, al di là di ogni funambolica retrodatazione dell'infelice scelta di sostenere il regime nazista, che *Legalità e legittimità* intende innanzitutto trattare delle forme di tutela della Costituzione weimariana, anziché del modo in cui essa può essere ignorata dal Presidente del Reich. Secondo i due giuristi statunitensi, Schmitt, con un lessico e con intenti diversi da quelli di James Madison, discute nel 1932 del problema madisoniano delle cosiddette *parchment barriers*²³, ovvero le scarse tutele della Costituzione rispetto all'azione distorsiva di fazioni politiche che flettono i limiti costituzionali per raggiungere obiettivi di parte:

di fronte al diffuso sentimento pubblico, le regole giuridiche delle Costituzioni scritte o basate su convenzioni rischiano di essere spazzate via. Le Costituzioni devono affrontare un diffuso problema di impegno [nei loro stessi confronti]: per gli Stati nazionali autosufficienti, non c'è un esecutore esterno alla società che possa perseguire i tentativi di deviare dalle regole costituzionali. I cittadini e gli attori politici razionali e autointeressati non hanno alcun chiaro incentivo a obbedire e a far rispettare la legge. Il sistema chiuso della legalità nello Stato legislativo non può, da sé solo, assicurare le condizioni politiche per la sua stessa applicazione; l'obbedienza e il rispetto della legge necessitano di micro-fondamenti nelle

²² Mi riferisco in particolar modo all'uso disinvolto delle tesi schmittiane che i due autori fanno per rinforzare le ragioni di un esecutivo particolarmente forte e privo di vincoli in testi come E. A. Posner e A. Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, New York, Oxford University Press, 2007, e E. A. Posner, A. Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, New York, Oxford university Press, 2011.

²³ Si tratta appunto del riferimento a un problema sollevato in questi termini da Madison, che nel n. 48 dei *Federalist Papers* scrive: "Will it be sufficient to mark, with precision, the boundaries of these departments in the constitution of the government, and to trust to these parchment barriers against the encroaching spirit of power? This is the security which appears to have been principally relied on by the compilers of most of the American constitutions. But experience assures us that the efficacy of the provision has been greatly overrated; and that some more adequate defense is indispensably necessary for the more feeble against the more powerful members of the government" (J. Madison, "The Federalist, 48", in Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, in L. Goldman (a cura di), *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 245-49, p. 246).



motivazioni e nelle credenze degli attori politici, compresi gli elettori, i funzionari, i partiti politici, i gruppi di interesse e i movimenti sociali²⁴.

Posner e Vermeule, che pure fanno un uso assai idiosincratico del costituzionalismo schmittiano, individuano con abilità chirurgica il tema che alimenta le considerazioni avanzate nel saggio del 1932, vale a dire la possibilità che la Costituzione subisca stravolgimenti in forza dell'uso e dell'abuso di maggioranze, siano esse semplici oppure qualificate dei due terzi, che solo in apparenza hanno una legittimità superiore alle maggioranze semplici. Di più: come sottolineano i due giuristi, il problema (di nuovo: genuinamente schmittiano) è come legare il rispetto quasi sacrale della costituzione a convincimenti solidi nei membri dei vari gruppi sociali. La sola legalità razionale è motivazione flebile, agli occhi del giurista tedesco, e richiede, come vedremo, un puntello ben più solido in pratiche concrete.

In questa interpretazione di *Legalità e legittimità*, ben più adeguata di quella che ne fa un dissimulato epicedio della democrazia parlamentare, il problema centrale della riflessione schmittiana è come difendere la Costituzione – chiaro: non certo come difendere la Carta (oggetto dotato di un valore meno che residuale, agli occhi “situazionisti” del Nostro), bensì quei contenuti che essa ha il compito essenziale di tutelare. Il ragionamento di Schmitt s'impenna infatti su una specifica interpretazione della Costituzione di Weimar, la quale, a suo avviso, ha una natura duplice e, quel che più conta, nient'affatto complementare. Per un verso, nella sua prima metà, la Costituzione fa leva su un'idea di Stato legislativo entro il quale le regole costituzionali hanno il compito esclusivo di presiedere alle corrette modalità di produzione della legge. Si tratta in tal senso di vincoli formali, che garantiscono il massimo spazio d'intervento per la decisione del legislatore, cui è rimandata la possibilità di determinare in piena libertà il contenuto delle leggi ordinarie e, con maggioranze qualificate, persino il contenuto della Costituzione stessa. Per altro verso, però, la seconda parte della

²⁴ E. A. Posner, A. Vermeule, “Demystifying Schmitt”, in J. Meierhenrich, O. Simons, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, cit., pp. 612-26, p. 615.



Costituzione, insiste Schmitt, ha il fine precipuo di tutelare alcuni contenuti materiali, la cui natura è tale da precludere un intervento legislativo, qualificato o meno che sia. Detto con le sue parole, la Costituzione prevede

tutele costituzionali giuridico-materiali [che] devono tutelare proprio nei confronti della *contingenza* momentanea del legislatore ordinario, proteggere un determinato *contenuto* da un funzionalismo maggioritario privo di contenuto, in cui ogni valore contenutistico oggettivo è consegnato alla maggioranza del momento²⁵.

La natura procedurale della prima parte, che apre per il legislatore ambiti di libera revisione, e le tutele giuridico-materiali, tese a introdurre limiti al legislatore circa la possibilità di rivedere certi contenuti, sono, ad avviso di Schmitt, “opposti inconciliabili”:

non si possono porre solennemente il matrimonio, la religione, la proprietà privata sotto la tutela della costituzione, e nella medesima costituzione offrire il metodo legale per la loro soppressione. [...] Ed è una scusa misera, anzi immorale, dichiarare che la soppressione del matrimonio o delle chiese è certo legalmente possibile, ma che auspicabilmente non si raggiungeranno le maggioranze, semplici o dei due terzi, per abolire il matrimonio o realizzare uno Stato ateo o laico in maniera legale²⁶.

Per Schmitt, si tratta di un’opposizione netta e inaggirabile tra due concezioni della Costituzione che convivono nel medesimo Documento: quella tipica dello Stato legislativo, che concede al Parlamento la facoltà di produrre contenuti sempre nuovi e di rivederli in base alle circostanze del momento, opposta a quella tipica dello Stato amministrativo, il quale abbisogna di fondamenti materiali solidi, ancorati alla rigidità di una Costituzione che non offra gli strumenti per la propria libera modifica (almeno per quanto concerne alcuni contenuti caratterizzanti). Se letta alla luce del cambio di paradigma cui Schmitt ha dato luogo tra il 1927 e il 1932, questa opposizione altro non è che la superficie affiorante di una più profonda antitesi tra uno Stato (di diritto) che si professa neutrale e uno Stato (etico) che tra i suoi compiti fondanti ha quello di individuare i contenuti materiali di una forma di vita e di porli sotto tutela attraverso vincoli costituzionali inemendabili. Ed è di particolare interesse che il riferimento

²⁵ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., p. 78.

²⁶ Ivi, pp. 79-80.



schmittiano nel passo appena richiamato sia a pratiche specifiche, quelle cui egli si riferirà in altre opere, come *Stato, movimento, popolo* o *I tre tipi di scienza giuridica*, in termini di “istituzioni”, quali ad esempio (nella scarna fantasia di un ipertradizionalista) il matrimonio, la famiglia, le chiese, la burocrazia. È decisivo qui rammentare che negli scritti appena menzionati egli intende le istituzioni come quei contesti normativi in cui vengono prodotti modelli comportamentali, che i cittadini interiorizzano proprio in quanto membri di tali istituzioni. Questa visione della politica è molto lineare, ma assai poco in linea con l’interpretazione diffusa che dipinge Schmitt come l’esaltato promotore di una Presidenza senza vincoli: lo Stato deve fondarsi su una Costituzione rigida, capace di proteggere un numero ristretto di (selezionatissime) istituzioni, cui è demandata la formazione del buon cittadino. La politica deve quindi saper individuare le istituzioni che possono integrarsi in un condiviso progetto di comunità politica e tutelarne la vita interna mediante le cosiddette “garanzie istituzionali”²⁷.

Insomma, lo Stato deve poter contare su una Costituzione che non si lasci mai piegare all’uso di una singola fazione, o di loro aggregati transitori, e che dunque possa davvero rappresentare una piattaforma valoriale comune, impermeabile ai capricci delle maggioranze:

Gli aggravamenti [si legga: i vincoli imposti in talune circostanze alle attività legislative] sono infatti pensati proprio contro la contingenza e momentaneità della maggioranza semplice. Le tutele costituzionali che ci interessano qui vogliono proteggere beni e interessi oggettivamente determinati, e in loro nome *rifutare* il funzionalismo e la sua neutralità di valore in quanto tali, non introdurre il nuovo funzionalismo di una maggioranza dei due terzi²⁸.

In altre parole, per Schmitt la maggioranza dei due terzi, prevista dalla Costituzione, è un *sintomo* prima e più che un mero requisito procedurale: è la dichiarazione tacita di una Costituzione che aspira a rendersi inemendabile, a sottrarsi a

²⁷ Si vedano in particolare i saggi C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1958, pp. 140-73, e C. Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., pp. 181-231.

²⁸ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., p. 84.



qualsiasi procedura di revisione, perché posta a fondamento di un progetto comunitario che, privo dei contenuti costituzionalmente sanciti, si rivelerebbe un vuoto artificio politico. Una Costituzione che vuole assicurarsi una robusta impermeabilità alla contingenza per farsi assoluta. Agli occhi dello Schmitt istituzionalista, quest'aspirazione, soffocata dalla prima parte della Costituzione, è il cuore pulsante di un formido Stato amministrativo, capace di dismettere gli ammenicoli procedural-legislativi e di affidarsi per intero a contenuti sostantivi solidissimi. Comprensibile quindi il richiamo alla nozione di "superlegalità" concettualizzata da Hauriou²⁹, che Martin Loughlin descrive efficacemente come un tipo di legalità costituzionale capace di esprimere un potere "spersonalizzato, astratto e atemporale" in forza del quale "la Costituzione acquisisce lo status di 'legge superiore'", valida non solo come cornice procedurale, bensì come "espressione dei principi politici della società"³⁰.

Se questo è il filtro con cui ci si accosta al terzo paragrafo del secondo capitolo di *Legalità e legittimità*, dedicato al potere emergenziale del Presidente del Reich, si potrà più facilmente intercettare la venatura (nemmeno troppo nascosta) di scetticismo e di distanza con cui Schmitt tratta della dibattuta questione del valore legale delle misure di emergenza. Queste ultime, egli ragiona, sono tali perché per natura transitorie, quindi prive del carattere di generalità che le svincolerebbe dall'attinenza a una specifica situazione di crisi. Ciononostante, sia la giurisprudenza sia la dottrina prevalente tendono sempre più a intendere le misure emergenziali come provvedimenti dotati di forza di legge, in maniera tale da liquidare "la distinzione affatto elementare tra legge e provvedimento"³¹ e da trasformarle in strumenti legislativi ben più potenti della legislazione ordinaria. L'esito, non certo vagheggiato da Schmitt, è chiaro:

malgrado l'intoccabilità della costituzione, nessuno sembra trovare nulla di strano nel fatto che nel sistema di legalità della costituzione del Reich intervenga un legislatore straordinario,

²⁹ Ivi, pp. 90-1.

³⁰ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 163.

³¹ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., p. 101.



creatore di diritto, senza che la qualità giuridico-politica delle sue ordinanze debba distinguersi in alcun modo dalla legge del legislatore ordinario del Reich³².

Il tema senza dubbio richiederebbe una discussione più accurata di quanto lo spazio a disposizione possa permettermi, tale da poter mettere a confronto i numerosi scritti in cui Schmitt si occupa della corretta esegesi dell'articolo 48³³; eppure, non senza il sacrificio di opportuni distinguo, la posizione di Schmitt sul ricorso ai poteri emergenziali può sintetizzarsi come segue. Egli rimane convinto, come già aveva sostenuto nel 1924³⁴, del fatto che, in base all'ambiguo dettato del comma 2 dell'art. 48, non ogni singola clausola costituzionale costituisca un ostacolo all'azione del Presidente, ben al di là dei sette articoli sui diritti fondamentali esplicitamente elencati in quanto suscettibili di sospensiva. A suo avviso, l'art. 48 si offre all'interpretazione estensiva già accennata ne *La dittatura*, in base alla quale si dà al Presidente la prerogativa non già di violare di fatto, ma di sospendere in parte la Costituzione. Eppure, egli sostiene, questa non è una condizione di felice amministrazione, bensì una lacuna da colmare mediante ricorso a una legge che determini in modo più stringente i limiti dell'azione governativa. Senza una tale determinazione di legge, la sfera d'azione ammessa dall'art. 48 può giungere sino alla trasformazione completa dell'assetto costituzionale. Una simile lettura del dettato costituzionale, assieme alla preoccupazione che l'accompagna, risuona con tutta evidenza nel seguente passaggio di *Legalità e legittimità*:

Questa interpretazione dell'art. 48, sostenuta dalla concezione dominante nella teoria e prassi giuridica, non “tocca” soltanto, ma trasforma essenzialmente le clausole organizzative della costituzione del Reich. [...] Tutte queste clausole costituzionali organizzative ora non sono più (secondo l'espressione di Anschütz) “a prova di dittatore”, poiché nell'art. 48 c. 2 si trova un legislatore straordinario parificato al legislatore ordinario del Reich. Si dovrebbe allora

³² Ivi, p. 102.

³³ Mi riferisco in special modo ai saggi *Reichspräsident und Weimarer Verfassung* [Il Presidente del Reich e la Costituzione di Weimar] (1925), *Das Ausführungsgesetz zu Art. 48 (sog. Diktaturgesetz)* [La legge di attuazione dell'art. 48 (la cosiddetta legge sulla dittatura)] (1926) e *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* [La rilevanza costituzionale del decreto di emergenza, in particolare la sua validità giuridica] (1931)³³.

³⁴ Si veda C. Schmitt, “La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar”, in Id., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, Settimo Sigillo, 2006, pp. 249-301.



perlomeno riconoscere che un contenuto organizzativo minimo, per il Reich come pure per la sussistenza dei Länder, deve rimanere intoccabile, se non si vuole che a partire dall'art. 48 venga rovesciata l'intera costituzione³⁵.

In sintesi, la scaturigine di un tale stravolgimento politico, oltre che tecnico-giuridico, è proprio quella dottrina recente ma consolidata che tende a conferire valore di legge ai provvedimenti emergenziali del Presidente – quella che, ad avviso di McCormick, *Legalità e legittimità* intenderebbe difendere. Eppure, è sin troppo chiara l'intenzione schmittiana di denunciare tale china, ampiamente condivisa dai giudici delle alte Corti e dai suoi colleghi giuristi. Ma ben più che una generica condanna, in questa sede rileva il modo in cui egli ritiene si possa porre un limite allo strapotere del Presidente: un limite intrinseco alla Costituzione, non già un puro e ambiguo freno procedurale: si tratta proprio di quelle tutele giuridico-materiali che la seconda parte stabilisce come sacre e inviolabili. Schmitt arriva a ipotizzare una scissione verticale delle due anime della Costituzione, la prima a disposizione del dittatore, la seconda protetta da qualsiasi potere legale o amministrativo: “Di per sé sarebbe pensabile, e nient'affatto una contraddizione in termini, dichiarare che tutte le clausole organizzative si possono toccare, mentre tutte le tutele giuridico-materiali della seconda parte sono sacre e intoccabili”³⁶. Nella lettura schmittiana, è sin troppo evidente che la Costituzione di Weimar intende rendere alcuni elementi contenutistici del tutto refrattari a qualsiasi intervento parlamentare e governativo, finanche quello dell'esecutivo in fase di emergenza. Schmitt chiosa:

e questo non con la motivazione, che potrebbe anche essere giusta, di esentare questioni politicamente irrilevanti e perciò prive di interesse per il dittatore, secondo la ragionevole concezione *minima non curat dictator*, ma al contrario, perché si volevano garantire interessi *superiori* bisognosi di tutela, sottraendo le tutele giuridico-materiali della seconda parte, in quanto leggi di tipo qualitativamente superiore, al sistema di legalità del normale Stato legislativo parlamentare³⁷.

³⁵ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., p. 109.

³⁶ Ivi, p. 113.

³⁷ Ivi, p. 114.



Questa l'immagine, più fedele sia allo spirito sia alla lettera del testo in esame, di un giurista ultraconservatore alla ricerca di un solido fondamento per la politica costituzionale – un fondamento ben più sicuro che l'esaltazione plebiscitaria di un Presidente capace di tutto, proprio in quanto Schmitt sa che “il manto della legittimità plebiscitaria è ampio, ha molte pieghe, può avvolgere e coprire alcune cose”, ma si tratta comunque di un “appello al popolo” che “porterà sempre con sé una qualche forma di dipendenza per colui che si appella”³⁸. A suo giudizio, una ben più probante strategia per salvare l’“idea di una costruzione costituzionale tedesca”³⁹ è assicurata dal completo recupero del cuore della seconda parte della Costituzione, che chiede, e merita, di essere “liberato da contraddizioni interne e compromessi difettosi e di essere svolto nella sua logica intrinseca”⁴⁰.

4. Conclusione. Dov'è il nemico?

Legalità e legittimità è solo una tappa in un percorso ampio, avviato già a metà degli anni Venti, con cui Schmitt chiude la parentesi eccezionalista e mette a punto un costituzionalismo decisamente sostantivo. La sua “appropriazione selettiva” dell'istituzionalismo giuridico lo caccia in un conservatorismo che della politica nutre l'immagine soffocante di dispositivo di esclusione. Eppure, con maggiore incidenza che non le intemerate dei primi anni Venti, indica, per chi voglia seguirlo (certo non chi scrive⁴¹), il percorso per la costruzione di un progetto comunitario forte: porre sotto tutela, mediante regole prive di flessibilità, un nucleo fondamentale di modelli di vita, “ricavati” da quei contesti pratici sub-statali che lo Stato intende preservare. Affidare quindi a questi

³⁸ Ivi, p. 125.

³⁹ Ivi, p. 126.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ È il caso invece, a mio avviso smaccato, del progetto ultraconservatore che negli Stati Uniti prende il nome di *common good constitutionalism*. Si veda l'articolo “fondativo” di tale progetto, scritto da A. Vermeule, “Beyond Originalism”, apparso sul magazine *The Atlantic* il 31/03/2021 (<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037>).



la formazione del buon cittadino e garantire loro risorse materiali e libertà di organizzazione, mentre al contempo si provvede alla repressione di ogni alternativa. Se ci si preoccupa di indicare come nel 1932 Schmitt volesse recuperare l'idea di dittatore sovrano o, peggio, di mostrare come egli intendesse facilitare l'ascesa hitleriana, tutto questo sfugge. Ma è bene non sfugga, perché il nemico più insidioso della democrazia liberale è la riottosità al pluralismo, non le fanfare che celebrano la gloria di un potere che viene dal nulla.

Mariano Croce
Sapienza Università di Roma
mariano.croce@uniroma1.it