



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. II

(ESTRATTO)

MARCO MARAZZINI

EMERGENZA POLITICA E CUSTODIA DELLA COSTITUZIONE.

IL CONTRIBUTO DI KELSEN E SCHMITT NEL CONTESTO DEL

PROCESSO PRUSSIA CONTRO REICH DEL 1932

31 MAGGIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Marco Marazzini

Emergenza politica e custodia della Costituzione.

Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo *Prussia contro Reich* del 1932*

ABSTRACT: *The essay retraces the controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt on the 'Custody of the Constitution' in the light of the historical events of the end of the Weimar Republic. Methodologically, it starts from the idea that it is useful to study legal ideas as historically given in their political and social context. It will be shown how the theoretical positions of the two great jurists on the protection of the constitutional order, jurisdiction and emergency were reflected in the 1932 Prussia v. Reich trial. It is precisely this hard case that offers the opportunity to measure the impact of jurists, courts and institutional actors on a situation of 'political' emergency.*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una ricerca – 2. Hans Kelsen: la possibilità teorica e necessità pratica della giustizia costituzionale – 3. Il significato politico della giustizia costituzionale nel funzionamento della democrazia kelseniana – 4. Carl Schmitt: il pluralismo politico e la critica alla giustizia costituzionale – 5. Emergenza e custodia politica della costituzione – 6. La parabola della Repubblica di Weimar: dai primi anni alla crisi – 7. Giudici, politica e controllo di costituzionalità a Weimar – 8. Il processo del 1932 e il suo significato storico-costituzionale – 9. Il *Preussenschlag* e il contributo dei due modelli – 9.1. (segue) Schmitt: l'emergenza, il diritto e la rottura dell'ordine – 9.2. (segue) Hans Kelsen: sulla duttilità delle forme processuali costituzionali – 10. Tentativi di raccordo: linee di faglia e possibili percorsi fra passato e presente.

1. Le ragioni di una ricerca

Il 25 ottobre 1932, con la [decisione presa dalla Staatsgerichtshof \(la "Corte di Stato"\) della Repubblica tedesca, si concludeva in un'aula giudiziaria la vicenda del Preussenschlag](#), letteralmente il "colpo contro la Prussia"¹. I fatti risalgono al 20 luglio del medesimo anno, con la rimozione forzata del Governo del *Land* di Prussia, avvenuta tramite un'ordinanza presidenziale d'emergenza emessa dal Presidente del *Reich* Paul von Hindenburg e controfirmata dal Cancelliere Franz Von Papen, secondo quanto previsto dall'art. 48 della Costituzione.

Il processo *Prussia contro Reich* rappresenta un episodio storico di per sé rilevante per comprendere gli eventi che avrebbero portato al collasso della democrazia costituzionale in Germania, a poco più di dieci anni dalla proclamazione della Repubblica e dall'entrata in vigore della Costituzione². Tuttavia, le vicende del 1932 presentano anche un interesse più propriamente giuridico, in quanto le teorie elaborate da alcuni fra i più importanti giuristi tedeschi del tempo vi vennero a svolgere un ruolo di primo piano. Nel processo davanti alla *Staatsgerichtshof* parteciparono attivamente Carl Schmitt, Erwin Jacobi, Karl Bilfinger, quali rappresentanti del governo centrale, mentre, dalla parte avversa, vi erano giuristi di fama quali, fra gli altri, Gerhard Anschütz, Friedrich Giese, Hermann Heller. L'allora giovane Otto Kirchheimer denunciò con forza l'illegittimità dell'intervento del Governo (contro il suo antico maestro Carl Schmitt) e anche Hans Kelsen, allora docente all'università di Colonia, si occupò della questione, nei suoi scritti del periodo. Il processo fu, al contempo, l'esito e la manifestazione di uno scontro politico, ma anche il banco di prova concreto su cui si misurarono le principali correnti dottrinarie di un periodo che, pur con i suoi continui rivolgimenti, appare come



¹ Già Carl Friedrich, nel 1928, traduceva il termine con l'inglese "Court of State", C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, in *Political Science Quarterly*, n. 2, 1928, 189, nello stesso modo P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham and London, 1997, 147. Non del tutto appropriata pare invece la traduzione del termine *Staatsgerichtshof* come Corte costituzionale. Nelle pagine che seguono si è scelto, come regola generale, di non tradurre dal tedesco i nomi delle varie corti e istituzioni della Repubblica di Weimar, eventuali traduzioni si sono limitate a dove non vi fosse differenza rilevante di significato fra il termine originale e la sua traduzione italiana.

² Come noto, la Repubblica era stata proclamata in Germania il 9 novembre 1918, mentre la nuova costituzione democratica – meglio conosciuta come costituzione di Weimar, dal nome della città in cui si svolsero le sedute dell'Assemblea Nazionale costituente – venne adottata dall'Assemblea il 31 luglio 1919 e promulgata l'11 agosto dello stesso anno.

estremamente ricco dal punto di vista della teoria costituzionale³.

Prima di analizzare il contesto e la decisione del 25 ottobre 1932, tramite gli scritti dei protagonisti intellettuali del dibattito, sembra però opportuno riflettere se vi siano dopotutto dei buoni motivi per tornare a ragionare su di una sentenza di novant'anni fa, il cui antefatto teorico, la disputa fra Schmitt e Kelsen sul custode della costituzione, è stato ampiamente indagato dalla dottrina italiana e straniera. Quale può essere il significato di una simile operazione oggi?

In primo luogo, si può rispondere che se tanti giuristi provenienti da scuole e paesi diversi hanno rinvenuto e ancora rinengono spunti d'interesse nello studio delle opere di Kelsen e Schmitt sul tema della custodia della costituzione, è perché esse hanno la forza propria dei "classici", nell'accezione data da Norberto Bobbio a questo termine⁴. Un autore "classico" non è solo un grande interprete del proprio tempo, ma contribuisce anche a forgiare categorie concettuali utili per altre epoche storiche, motivo per cui anche a distanza di generazioni si sente il bisogno di rileggerlo e, rileggendolo, di reinterpretarlo. A questo si aggiunge talvolta l'essere l'autore vissuto in un periodo di transizioni epocali, che hanno contribuito a formare la realtà e le idee delle epoche successive, e che si riflettono indirettamente nella sua opera. Dunque, non solo la continuità, ma anche la distanza o la differenza fra 'noi' e classici come Hans Kelsen e Carl Schmitt risulta particolarmente interessante, appunto in quanto ci permette di misurare il cambiamento intercorso, e al contempo le origini e le cause del cambiamento.

Inoltre, nel caso concreto del 1932 si rinengono almeno due elementi di particolare interesse, il primo dei quali ci riporta proprio a quella disputa che aveva impegnato la dottrina tedesca negli anni precedenti: la sentenza della *Staatsgerichtshof* e ciò che vi gravita attorno rappresentano infatti la concretizzazione del dibattito fra Schmitt e Kelsen su chi debba essere il 'custode' della costituzione. Ciò tenendo a mente che i temi principali di quel dibattito andavano in realtà a toccare – e non solo per la profondità di pensiero dei protagonisti, ma per un nesso profondo – le differenti prospettive dei due grandi giuristi in tema di teoria della giurisdizione, interpretazione giuridica e forma di governo, volendo riferirsi con quest'ultimo termine a quella parte del pensiero degli autori che ne mette in collegamento la teoria generale del diritto e della costituzione con quella dello Stato e della politica. Alla luce di tutto ciò, il caso concreto del 1932 è dunque un modo per vedere 'in azione' i rispettivi modelli di Schmitt e Kelsen, nella convinzione che sia ancora utile mantenere memoria teorica, e non solo storica, dei problemi da essi sollevati.

Da questo punto di vista, sembra potersi dire che l'attenzione della dottrina costituzionalistica italiana si è concentrata in genere soprattutto sul dibattito fra Schmitt e Kelsen, forse meno sul successivo processo del 1932 e sugli scritti che i due giuristi vi hanno dedicato. Certamente, al riguardo non si può tralasciare l'importante saggio che vi dedicò nel 1977 Giuseppe Volpe, che ripercorreva anche le radici della dottrina di Weimar entro il più ampio contesto della cultura germanica del secolo XIX. Tuttavia, proprio in considerazione dei più di quattro decenni trascorsi dal libro di Volpe, si ritiene poter forse essere interessante tornare sullo studio delle vicende del 1932 tenendo in considerazione anche la numerosa dottrina straniera nel frattempo intercorsa, pur essendo stata la scienza giuridica e costituzionalistica italiana sicuramente pioniera nello studio dei due autori di cui ci si andrà maggioritariamente a occupare⁵.

³ Il processo del 1932 verrà trattato nel dettaglio nel corso dell'articolo. Per la sua ricostruzione storica e per quella delle diverse teorie giuridiche che vi si confrontarono si vedano J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton (N.J.), 1983, trad. it. a cura di M. Gheraldi, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989, 182-204; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 164-171; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, New York, 1997; E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham and London, 2004; L. VINX, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015; L. VITA, *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 2, 2017, 131-166; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.

⁴ N. BOBBIO, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. Rossi (cur.), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981, 215-246, ora anche in N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, M. Brovero (cur.), Torino, 1999 (2ª ed. 2009), 71.

⁵ Si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. Oltre allo studio di Volpe, si deve citare anche la monografia di A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1979, di poco successiva al libro di Volpe e incentrata sul rapporto fra teoria del diritto e teoria della costituzione in Kelsen. Entrambe, così come anche le traduzioni degli studi kelseniani sulla giustizia costituzionale edita dalla casa editrice Giuffrè a inizio anni '80 (per le quali si rinvia alla nota n. 9), testimoniano di

Un altro punto di perdurante interesse è, agli occhi di chi scrive, il tema della custodia *emergenziale* della costituzione, tema presente in tutto il corso del dibattito, ma che acquista evidente importanza in rapporto agli eventi del *Preussenschlag* e al successivo processo, in quanto caso critico concreto, e che, forse, ha ancora qualcosa da dire anche rispetto ai problemi di un'epoca che, come quella attuale, sembra dover nuovamente fare i conti con la dimensione emergenziale, anche nel diritto. Le vicende tedesche rappresentano un vero e proprio 'test' per i due modelli e insieme ci permettono di meglio comprendere quale possa essere la funzione degli organi giurisdizionali durante un'autentica emergenza.

L'intento di studiare nel dettaglio il caso *Prussia contro Reich* non è dunque motivato solo dal ruolo che vi ebbero Kelsen e Schmitt, ma anche dalla convinzione che farlo sia utile per capire le dinamiche di rottura dell'ordine costituzionale, nonché per indagare come reagisca davanti a ciò una comunità d'interpreti giuridici – la dottrina come la giurisprudenza – e anche come vi contribuisca o, invece, vi si opponga, posto che non sul solo diritto né sui soli giuristi si regge la salvezza di un ordinamento democratico.

Tale prospettiva richiama la figura istituzionale del custode della costituzione o del *titolare formale della sua garanzia*; figura che i due autori considerati permettono di esemplificare molto bene, perché presentano con chiarezza le due alternative poste da un custode in forma politica o in forma giurisdizionale. In merito a quest'ultima, si cercherà di trarre la massima utilità dalle implicazioni dei due modi di concepire la giurisdizione di Kelsen e Schmitt e, al riguardo, si seguirà l'interpretazione sviluppata da Giovanni Bisogni, che li definisce come concetti formale e sostanziale di giurisdizione⁶. In particolare, si esamineranno alcune implicazioni della concezione kelseniana che, se correttamente intesa, fornisce un ottimo strumento per spiegare e anche per giustificare la *diversità* degli organi di giustizia costituzionale rispetto alle corti ordinarie. Kelsen disegna infatti un modello di corte costituzionale che è in primo luogo *prescrittivo* e che serve a rivestire della forma giudiziaria un organo che si desidera eserciti una certa dose di discrezionalità in senso lato politica, al fine di integrare e sostenere il corretto svolgersi della dialettica parlamentare. Insomma, se, come sosteneva Schmitt, Kelsen 'abusa' deliberatamente delle forme giurisdizionali, lo fa proprio perché per questo autore la giurisdizione è data solo dalle forme tipiche nelle quali viene esercitata, mentre Schmitt ritiene consista anche in un'operazione logica razionale, più o meno strettamente deduttiva.

Come si cercherà di evidenziare nel corso dell'articolo, tuttavia, un modello coerentemente kelseniano della giurisdizione costituzionale deve misurarsi coi problemi dell'interpretazione giudiziaria e della razionalità interna alle decisioni, aspetti non secondari già nel 1931-1932, ma che diventano particolarmente importanti entro un contesto in cui, alla funzione di controllo affidata all'organo di giustizia costituzionale, si venga a sommare anche quella di 'chiusura' del sistema, come avvenuto in Europa a seguito del secondo conflitto mondiale⁷.

un periodo di grande attenzione da parte della dottrina giuridica italiana verso lo studioso austriaco. Un interesse incominciato peraltro già dai primi anni '50, grazie a studiosi quali Norberto Bobbio e Renato Treves (del quale si deve ricordare la curatela alla traduzione della prima *Dottrina pura* per la casa editrice Einaudi, nel 1952) e giunto in seguito a coinvolgere anche i costituzionalisti. Sulla recezione di Kelsen in Italia, si vedano M. LOSANO, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. KELSEN, U. CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Milano 1999; J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia, semper docet?* saggio introduttivo a H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, trad. it. a cura di J. Luther ed E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013; C. MARGIOTTA, *La Recezione di Kelsen nel dibattito italiano sulla democrazia costituzionale 1950-1980*, Firenze, 2005. Per una bibliografia più estesa si rimanda alla nota n. 12 di questo saggio.

⁶ Circa l'uso dei concetti di giurisdizione formale e sostanziale e la loro attribuzione, rispettivamente, ad Hans Kelsen e a Carl Schmitt, G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustezionario contemporaneo*, Torino, 2017. Oltre allo studio della giurisdizione, si è fatto riferimento ai preziosi studi del professor Bisogni per molti aspetti teorici affrontati nel presente lavoro, in particolare rispetto al pensiero di Kelsen e alla sua teoria dell'interpretazione giudiziaria.

⁷ Si fa riferimento a quel diritto all'"ultima parola" delle corti costituzionali contemporanee di cui scriveva E.W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 2000, trad. it. a cura di M. Nicoletti e O. Brino, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, in *Id. Stato, costituzione, democrazia*, Milano, 2006, 628.

2. Hans Kelsen: la possibilità teorica e necessità pratica della giustizia costituzionale

Le posizioni di Hans Kelsen e Carl Schmitt sulla custodia della costituzione sono note; in Italia, si può poi fare riferimento alla traduzione degli scritti più rilevanti che i due protagonisti hanno dedicato al dibattito. Facendo dunque riferimento alla già vasta letteratura sull'argomento, nei prossimi paragrafi si ripercorreranno le posizioni di Kelsen e Schmitt prima del 1932, per poi concentrarsi sul *Preussenschlag* e sul suo contesto storico⁸.

In merito alla teoria della giurisdizione costituzionale di Kelsen, è noto come il giurista viennese abbia attivamente contribuito alla stesura degli articoli della Costituzione austriaca del 1920 che prevedevano una Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) di tipo accentrato, prima nel suo genere in Europa, insieme alla coeva Corte cecoslovacca. È ugualmente noto come Kelsen sia stato prima giudice e poi Presidente della *Verfassungsgerichtshof*, fino alle dimissioni presentate in opposizione al secondo disegno di riforma costituzionale della Corte, teso in primo luogo a limitare l'elezione solo parlamentare dei suoi membri e a rafforzare un potere di nomina presidenziale allora congeniale all'involuzione autoritaria in atto in Austria⁹.

⁸ Per quanto riguarda le traduzioni delle opere dei due autori, il riferimento va alla raccolta di scritti di H. Kelsen su *La giustizia costituzionale* edita da Giuffrè nel 1981 e curata da Carmelo Geraci e alla traduzione da parte della stessa casa editrice di C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, München-Leipzig, 1931, trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981.

La dottrina che si è occupata del dibattito teorico fra Kelsen e Schmitt è molto vasta. Oltre agli autori già citati in rapporto al solo processo del 1932, si vedano P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, in *Storia e Politica*, n. 3, 1977, 505-551; M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 1, 1982, 225-242; N. ZANON, *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, 177-189; C.M. HERRERA, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 4, 1994, 195-228; S.L. PAULSON, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the "Guardian of the Constitution": The Issue of Subsumption*, in *Diritto e cultura*, n. 1, 1995, 169-188; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 360-369 e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale. Volume I. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, 49-58; A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri: diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Torino, 2008 e ID., *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Monza, 2011, 146 e ss.; J.F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt?* Paris, 2011, trad. it. di F. Mancuso, *Che fare di Carl Schmitt?* Roma-Bari, 2016 (edizione digitale, formato Epub); O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 103 e ss.; O. BEAUD, *Carl Schmitt face à Weimar de la Verfassungslehre au Hüter der Verfassung (1928-1931)*, in *Nomos*, n. 3, 2015, 5-8; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziaro contemporaneo*, Torino, 2017, 15-43 e 55-77. Per uno studio condotto da un punto di vista prettamente filosofico-politico, si vedano le pagine dedicate da C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996.

⁹ Nella Carta costituzionale austriaca si prevedeva una Corte costituzionale agli articoli 139-140; una prima riforma della Corte si era avuta nel 1925, le modifiche più incisive furono però portate dalla riforma del 1929-1930.

Alcuni aspetti della futura *Verfassungsgerichtshof* erano peraltro stati anticipati nella proposta di G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, trad. it. di E. Palici Di Suni Prat, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Torino, 2013. Circa la partecipazione di Kelsen alla stesura della Costituzione austriaca del 1920, si vedano A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 194-201 e P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 507. Petta tende peraltro a ridimensionare il ruolo di Kelsen nella stesura della Costituzione, definendolo come "sistematore formale", più che "creatore" della Carta, anche rispetto agli articoli 139-140, *ibid.* In effetti vi sono delle differenze tra la concreta esperienza della giustizia costituzionale in Austria e il modello delineato da Kelsen nel saggio del 1928, il più completo fra gli scritti dedicati al tema. Si deve ad esempio notare come in Austria, fra le due guerre mondiali, le minoranze parlamentari non fossero ancora legittimate a ricorrere alla *Verfassungsgerichtshof*, mentre Kelsen non solo prevede questa eventualità nel proprio modello, ma parrebbe valutarla anche positivamente, come si vedrà nelle pagine seguenti. In Austria, dal 1975, per quanto riguarda la rappresentanza parlamentare, sono legittimati a impugnare i provvedimenti legislativi anche un terzo dei membri del Consiglio nazionale e un terzo dei membri del Consiglio federale. G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (curr.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009 (2^a ed., 2014), 189.

Una raccolta aggiornata di studi sulla Costituzione austriaca e la giustizia costituzionale si troveranno nei saggi raccolti in *I cento anni della Costituzione austriaca*, nella collana *Percorsi Costituzionali*, n. 3, 2019, pubblicata dalla Fondazione Magna Carta e oggetto di una recente conferenza presso l'Istituto Storico Austriaco di Roma, dal titolo [La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato](#), ultima consultazione il 4/4/2022. Per una recente, sintetica, ricostruzione della nascita della giustizia costituzionale in Austria [1° ottobre 1920 – 1° ottobre 2020. La nascita della garanzia costituzionale in Europa \(la Costituzione austriaca del 1920\)](#), in questa [Rivista, 2021/1](#). In merito agli scritti critici della nuova riforma si veda H. KELSEN, *Der*

A questi fatti seguirà il primo esilio di Kelsen, che accetterà una cattedra universitaria a Colonia, restandovi dal 1930 fino all'avvento del nazismo¹⁰.

Dal punto di vista teorico, Kelsen presenta in maniera completa la sua costruzione concettuale dell'organo di giustizia costituzionale ne *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, del 1928, seppure nella "grande assenza" della contro-posizione rappresentata da Carl Schmitt, in contrapposizione del quale il giurista austriaco integrerà le sue tesi nel successivo *Chi dev'essere il custode della costituzione?* del 1931¹¹.

Tornando alla *Garanzia giurisdizionale*, chiari sono i rapporti fra questo scritto e la Teoria Pura del diritto, come sviluppata dall'autore alla fine degli anni '20, dopo, dunque, la *Dottrina generale dello Stato* del 1925, ma prima della sistematizzazione operata nella prima edizione della *Dottrina pura del diritto* del 1934¹².

Il modello di corte kelseniana, per come descritto nel 1928, va compreso in relazione ad alcune acquisizioni teoriche della Teoria pura del diritto, seppure si chiarirà come lo stesso Kelsen intenda in modo soprattutto prescrittivo la proposta concreta di istituire un organo di giustizia costituzionale¹³.

Dal punto di vista della teoria del diritto, la questione della giustizia costituzionale viene affrontata da Kelsen come strettamente legata al "problema giuridico della regolarità", intesa come regolarità

Drang zur Verfassungsreform, in *Neue Freie Presse*, numero del 20 ottobre 1929, trad. it. di C. Geraci, *Le linee fondamentali della riforma costituzionale*, in ID. *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981. Si veda anche P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 510-511, dove Petta riporta come l'attacco contro Kelsen da parte della destra cattolica avvenisse sotto forma di richiesta di "spolitizzazione" della Corte austriaca, in quanto integralmente eletta dai partiti, ivi, 511. Meno critico verso la riforma del 1929 pare G. VOLPE nell'*Ingiustizia delle leggi*, cit., 149, 152, nota n. 44, laddove l'autore vi intravede alcuni tratti di spoliticizzazione e tecnicizzazione dell'organo compatibili con le posizioni espresse da Kelsen nel 1928. Fu comunque solo con la riforma del 1929 che fu concesso anche agli organi di vertice del potere giudiziario di sollevare una questione di costituzionalità di fronte al Tribunale costituzionale. Per un riferimento all'attuale funzionamento del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, cit.; E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

¹⁰ Una bibliografia che tenga conto di chi ha studiato il pensiero di Kelsen in Italia potrebbe difficilmente essere esaustiva, per citare solo gli autori a cui si è fatto riferimento nello scrivere questo articolo, si veda la premessa alla più recente edizione della *Dottrina pura del diritto* curata da Mario Losano per Einaudi nel 2021, nonché alla premessa alla precedente edizione del 1990 e al *Saggio Introduttivo* dell'autore alla prima edizione italiana del 1966 (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. di M. G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966). Si vedano poi N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli 1992; A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984 (3^a ed. ampliata, 1992); V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, 1988; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999; A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit.; M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, ma già ID., *Diritto e logica in Hans Kelsen*, in *Il Politico*, n. 4, 1966, 812-821; nonché le pagine su Kelsen in A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine, 2019 (edizione digitale, formato Epub) e in M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994. Si vedano anche i già citati A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit.; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit.

Per una biografia aggiornata su Kelsen, T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, 2020. Per un sintetico resoconto di quest'ultima opera, M. LOSANO, *Le opere e i giorni di Hans Kelsen, il giurista del secolo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3, 2020, 455-484.

¹¹ Scrive di una prima "grande assenza" delle posizioni schmittiane Antonio La Pergola, nella sua *Premessa a H. KELSEN, La garanzia giurisdizionale*, cit., IX. La risposta a Schmitt è in H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in *Die Justiz*, 1931, 576-628, trad. it. di C. Geraci, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in ID., *La giustizia costituzionale*, cit. Le posizioni di Kelsen sulla giustizia costituzionale erano state già in parte espresse nello scritto *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Diensten des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen bundesverfassung vom 1 Oktober 1920*, in *Zeitschr. Für schwitz. Recht*, XLII, 1923-1924, 173-217, trad. it. di C. Geraci, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit. Nell'opera del 1928 la giurisdizione costituzionale è però esaminata a un livello teorico che va aldilà della descrizione del solo modello austriaco, peraltro inteso nel primo scritto soprattutto in chiave di risoluzione delle controversie interne a uno Stato federale.

¹² H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit. e ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952 (2^a ed., 2000).

¹³ Al riguardo, si può sin da ora citare Giovanni Bisogni, quando scrive che "[...] è vero che la giustizia costituzionale kelseniana è largamente debitrice della teoria pura del diritto, ma non bisogna dimenticare che essa è oggetto di una proposta *normativa* – di 'politica del diritto', come avrebbe detto Kelsen – e non di una descrizione scientifica [corsivo dell'autore]". G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 57. Dunque, a fronte dell'applicarsi all'idealtipo di corte costituzionale kelseniano delle conseguenze derivanti dalle teorie *descrittive* kelseniane dell'interpretazione giudiziale autentica e della teoria gradualistica, il cuore della proposta dell'autore è mosso da un proposito di 'politica del diritto', ossia consapevolmente prescrittivo.

dell'esecuzione e della creazione del diritto¹⁴. Per Kelsen è erroneo identificare la sola legislazione con la creazione del diritto e l'esecuzione, intesa sia come giurisdizione che amministrazione, come sua mera applicazione, giacché anche le ultime due presentano in realtà una funzione creatrice, seppure con un minore margine di discrezionalità della funzione legislativa. L'elemento teorico centrale adottato da Kelsen è qui quello della *Stufenbau*, o costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che gli permette di superare le posizioni 'statiche' della dottrina precedente, e la rigida separazione fra il momento creativo e quello applicativo del diritto, rendendo possibile, dal punto di vista teorico, una garanzia della regolarità anche rispetto alla legge¹⁵.

Pur senza addentrarci nella teoria delle norme kelseniana, proprio la legge diventa, nella concezione dinamica dell'ordinamento resa possibile dalla *Stufenbaulehre*, un grado intermedio della gerarchia normativa, un grado che mantiene sì un ampio contenuto di *creazione* del diritto, ma che è anche momento di *esecuzione* rispetto alle norme di grado più elevato, ossia quelle di rango costituzionale.¹⁶ Più che una differenza contenutistica che caratterizzi la legge in quanto tale, differenziandola da ogni atto d'esecuzione subordinato, ciò che si verifica, per Kelsen, è una restrizione della libertà di creazione man mano che si scende per i gradi dell'ordinamento. Dagli ampi margini di discrezionalità che la costituzione pone alla legge, si scende fino a quelli sempre più ristretti di una sentenza o di un atto amministrativo rispetto alla norma generale di grado superiore, mentre, da ultimo, è l'atto coercitivo individuale che chiude la *Stufenbau*, ponendo fine all'esecuzione. Appunto il rapporto di conformità fra i gradi dell'ordinamento giuridico si definisce, nell'ottica kelseniana, come *regolarità*.

Posta tale definizione di regolarità giuridica, è ben possibile "postulare la regolarità e le garanzie idonee ad assicurarla non soltanto nei rapporti tra gli atti di esecuzione materiale e le norme individuali" ma altresì "nei rapporti tra la legge e la costituzione", intesa come regola per la creazione delle norme giuridiche essenziali dello Stato, la determinazione dei suoi organi e dei procedimenti legislativi¹⁷.

Sempre da un punto di vista teorico, si ricorda, inoltre, che Kelsen ricostruisce in termini assai residuali la categoria giuridica della nullità, nella misura in cui una corretta interpretazione di quest'ultima non richiederebbe in realtà la necessità di alcun organo giuridico che la dichiari tale. Dove l'emanazione di un atto che sanzioni il primo atto come nullo è invece richiesta, si ricadrebbe sempre entro una sottospecie di annullabilità, che ricomprende dunque anche i casi di una legge difforme a costituzione. In assenza della sanzione di un organo abilitato ad annullare l'atto incostituzionale, esso resta valido¹⁸.

¹⁴ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 145.

¹⁵ Com'è noto, la teoria della *Stufenbau* fu formulata inizialmente dall'allievo di Kelsen, il giurista Adolf J. Merkl. Essa non è infatti presente fin da subito nelle opere kelseniane (è ad esempio assente negli *Hauptprobleme* del 1911). Per un'analisi particolareggiata si veda L. PAULSON, *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, in *Revus*, n. 21, 2013 e A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 171-184. Circa la costituzione a gradi dell'ordinamento giuridico, si veda anche quanto scritto dallo stesso Kelsen nel 1934 in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 104-117. Sebbene elaborata precedentemente, l'esposizione sistematica della propria teoria venne formulata da A. J. MERKL nei *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in A. Verdross (cur.) *Gesellschaft, Staat un Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, 252-294. Per una trattazione delle citate posizioni teoriche di Kelsen in rapporto all'elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* da parte dell'autore, si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 139 e ss; sulla teoria gradualistica anche A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit.

¹⁶ Si veda H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 147-148, laddove l'autore scrive che "Ogni grado dell'ordinamento giuridico costituisce quindi, allo stesso tempo, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore". Ivi, 148. Dunque, legge, atto amministrativo e sentenza sono soltanto "gli stadi tipici della formazione della volontà collettiva nello Stato moderno", ivi, 147.

¹⁷ Ivi, 148, 152.

¹⁸ Ivi, 162-164. Per KELSEN "[...] all'interno di un sistema di diritto positivo non c'è nullità assoluta" ma solo l'annullabilità e, ancora, "l'atto è nullo solo se la competente autorità lo dichiara tale", come l'autore scrive in *Judicial Review of Legislation. A comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of politics*, n. 2, 1942, 183-200, trad. it. di C. Geraci, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., 302. Si veda anche H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952 (6ª ed. it., Milano, 1994), 157. La sentenza del giudice dichiarante l'invalidità ha, insomma, sempre natura costitutiva, un aspetto che risulterà problematico nel processo *Prussia contro Reich* del 1932.

Riguardo a quando un atto avente forza di legge possa essere annullato, e come prova del carattere prescrittivo del nucleo della proposta kelseniana, si noti che, per Kelsen, la differenziazione delle disposizioni costituzionali dalle leggi ordinarie può dirsi tecnicamente compiuta solo laddove siano previsti meccanismi di revisione aggravati per la loro modifica, seppure sia in realtà dubbio che ciò appaia strettamente necessario a una costituzione proprio da un punto di vista puramente logico-giuridico¹⁹.

D'altra parte, valore in primo luogo descrittivo ha invece la posizione kelseniana nel ridurre anche l'incostituzionalità materiale, tipicamente legata ai diritti fondamentali, a una sottospecie della più ampia categoria dell'incostituzionalità formale, intesa come il mancato rispetto delle procedure di produzione del diritto valido, laddove però, nel tipo di costituzione tecnicamente avanzata a cui pensa Kelsen, queste saranno vincolate a procedure di revisione aggravate²⁰. Seguendo tali procedure, sarebbe sempre possibile superare l'incostituzionalità di una legge il cui contenuto sia materialmente contrario alla costituzione stessa. Inversamente, seguendo il ragionamento che Kelsen svilupperà in seguito contro Schmitt, è possibile ricostruire il funzionamento della giustizia costituzionale come un'operazione di sussunzione di una fattispecie sotto una norma costituzionale, ma la fattispecie in questione non è che il *procedimento di produzione* della legge o dell'atto equiparato sottoposto a giudizio²¹. Si tratta di una concezione dinamica, antitetica all'idea di un nucleo imm modificabile della legge fondamentale dello Stato, alla luce del quale un organo speciale viene preposto ad annullare gli atti contrari alla costituzione in quanto formati in modo difforme rispetto alle procedure previste dalla costituzione stessa per la propria revisione.

La previsione di un tale organo non è l'unica garanzia indicata come possibile da Kelsen, che ne fornisce una tassonomia completa, indicando, però, il tipo più efficace in quella che chiama garanzia "repressiva oggettiva", repressiva perché posteriore alla creazione dell'atto irregolare, oggettiva perché diretta solo contro l'atto stesso, e non contro il soggetto che l'ha emanato²².

Chiariti questi presupposti, è lecito chiedersi se una tale garanzia debba necessariamente essere offerta da un organo giurisdizionale. La risposta, in effetti, è che potrebbe anche non esserlo, benché sia evidente che una garanzia della conformità alla costituzione degli atti a questa immediatamente subordinati, le leggi *in primis*, non possa essere efficacemente offerta dall'organo medesimo che li ha emanati. Tale è la ragione per la quale Kelsen esclude un mero autocontrollo del parlamento, ma resta il fatto che il modello offerto dall'autore si discosta comunque dalla giurisdizione ordinaria, alla quale potrebbe ben essere affidato anche il controllo sulla costituzionalità delle leggi.

In realtà, è da un punto di vista prescrittivo che Kelsen propende per la specialità dell'organo di controllo, ma ciò gli è possibile alla luce dell'equiparazione funzionale fra giurisdizione e legislazione, ambiti che nella teoria dell'autore differiscono per il grado di discrezionalità esercitabile, non per una qualità intrinseca o materiale. Da qui deriva quello che si è indicato in dottrina come concetto formale di giurisdizione, in quanto consente di 'usare' in modo strumentale le *forme* tipiche degli organi giurisdizionali, adattandole allo scopo e

¹⁹ Per Kelsen, l'assenza di una garanzia rappresentata da un controllo di costituzionalità delle norme, è un fattore che indica la reale flessibilità anche delle costituzioni che si considerino come rigide. Ciò proprio in quanto in realtà vi manca una procedura di controllo e annullamento dell'atto anticostituzionale. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 200-201. Invero, si potrebbe sostenere che, al contrario, proprio una costituzione che non preveda procedure per la propria modificabilità sia imm modificabile, da un punto di vista teorico. Così O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 36 e ss., ma si vedano già gli studi di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995, 7 e ss.

²⁰ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 154. La riduzione, operata da Kelsen, dell'incostituzionalità sostanziale all'incostituzionalità formale, incontra diverse critiche nella dottrina contemporanea, del resto inevitabili in un contesto costituzionale nel quale sono molto più presenti richiami a principi di quanto fosse immaginabile negli anni '20. Ad esempio, Gustavo Zagrebelsky afferma che la riduzione kelseniana equivale a "ridurre l'esperienza costituzionale a una questione di 'modo di esercizio' della forza", G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 383-384. Una critica alla visione dinamica dell'ordinamento, propria già del Kelsen maturo e poi preponderante nell'ultimo Kelsen, è espressa da L. FERRAJOLI in *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen. Capitolo VI. La rimozione della dimensione statica e sostanziale degli ordinamenti*, Roma-Bari, 2016. Per una periodizzazione delle posizioni kelseniane sul punto, si veda Ivi, 118-127.

²¹ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 248.

²² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 161.

alla funzione che si ritiene più opportuno l'organo di garanzia svolga entro l'ordinamento²³. La flessibilità che ne deriva consente a Kelsen di tracciare i caratteri da lui ritenuti più efficaci a un organo di garanzia costituzionale, pur non essendo certo gli unici possibili, anche seguendo i presupposti della Teoria pura. Da questo punto di vista, si tratta di un modello da intendersi, appunto, come prescrittivo. Prescrittivi sono i caratteri di accentramento in capo a un solo organo del potere di annullamento, ma anche il fatto che le pronunce di tale organo abbiano portata generale e che la loro eventuale forza retroattiva sia intesa in modo strumentale e tutto sommato residuale, pur a fronte degli ampi margini che Kelsen concede al tribunale nel decidere sui limiti temporali dell'annullamento, nonché sul suo differimento nel tempo²⁴.

Già solo per le conseguenze del modo formale d'intendere la giurisdizione, ma anche per la portata generale conferita alle decisioni dell'organo di giustizia costituzionale, la teoria kelseniana è comunque notevolmente distante dal concetto di giurisdizione 'classico' continentale. Ciò spiega perché Kelsen debba difendersi dalla critica secondo la quale nel suo modello si verrebbe a creare un vero e proprio doppio potere legislativo, un problema che l'autore stesso definisce nei termini del pericolo di uno "spostamento di potere"²⁵.

In effetti, la difficoltà sta proprio nell'applicazione della stessa *teoria del giudizio* kelseniana al giudice costituzionale. Ciò dal momento in cui, più che in requisiti strutturali caratterizzanti tipologie diverse di norme, Kelsen differenzia l'attività del legislatore da quella del giudice sulla base del solo grado di discrezionalità esercitabile (o interpretazione nell'ambito di una 'cornice' di possibilità poste dall'ordinamento), in conformità con le premesse della teoria *Stufenbau*²⁶. È infatti evidente che una corte che debba interpretare la norma di vertice dell'ordinamento nazionale non sia soggetta – proprio per la natura della fonte del diritto in questione, che rappresenta la medesima 'cornice' entro cui opera il legislatore – alle medesime restrizioni di discrezionalità che si verificano man mano che si discendono i gradi della *Stufenbau*.

Del resto, se compito dell'organo di garanzia è annullare una legge, da tale annullamento nascerà un atto di portata generale, a differenza di quanto possa accadere nel caso di una semplice disapplicazione rispetto a una situazione giuridica concreta. Non a caso, Kelsen definisce la corte del suo modello come un vero e proprio "legislatore negativo"²⁷.

Si comprende, dunque, perché egli debba trovare a sua volta validi argomenti per tutelare il potere legislativo-parlamentare, anche considerando la primaria importanza attribuita al parlamento nell'intera produzione dell'autore²⁸. Sotto questo punto di vista, Kelsen non nega che quello dei *limiti* della giurisdizione

²³ Per quanto riguarda il concetto formale di giurisdizione in Kelsen, si rimanda a G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., p. 75, dove l'autore afferma che in Kelsen "la giustizia costituzionale sembra essere sostanzialmente giurisdizionale, ma in realtà non lo è. Sembra esserlo perché Kelsen usa intensamente – e si dovrebbe aggiungere: strategicamente – la 'forma giudiziaria', allo scopo di contenere la politicità del giudizio sulle leggi". Si veda anche quanto scritto in G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., dove l'autore scrive che il modello di giustizia costituzionale kelseniano non rientra propriamente nel concetto di giurisdizione, se intesa come applicazione della norma a fatti concreti, e che la funzione della corte è qui più affine a quella legislativa che a quella giurisdizionale, trattandosi di un legislatore 'su richiesta' più che un giudice: ivi, 162, 163.

²⁴ H. KELSEN, *Il controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., 299, 308-309, dove l'effetto retroattivo viene definito da Kelsen come una "necessità tecnica" processuale, laddove la logica del controllo di costituzionalità euro-continentale resta essenzialmente pubblicistica e sovraindividuale (ivi, 305-306), in opposizione al modello americano. Il fatto che Kelsen individui l'*actio popularis* come il modello astratto, benché impossibile, da preferire, è un altro fattore indicante la sua distanza dal modello della controversia fra singoli, tipico del *judicial review* americano, ma anche la controversia fra organi supremi dello Stato (*Organstreit*), comunque basata su fatti concreti prima che sul raffronto logico fra norme, tipica della concezione tedesca della *Staatsgerichtsbarkeit*. Si veda su questi punti, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 156 e ss e 166.

²⁵ Il termine "spostamento di potere" è in H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 190.

Per una genealogia del concetto di giurisdizione continentale sopra menzionato, G. BISOGNI, *Un profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2011, 35-62.

²⁶ G. BISOGNI, *Kelsen e l'interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 2012, 7, 9-10 e ID., *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 59-65 e 71; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 135 e ss. Si veda anche quanto scrive lo stesso Kelsen, al riguardo del più ampio tema dell'invalidità, in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 115.

²⁷ Circa l'espressione "legislatore negativo", si veda H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 174. Sul punto, si vedano le considerazioni espresse da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 162 e ss.

²⁸ In particolare, H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, *Essenza e Valore della Democrazia*, trad. it. di G. Melloni, in ID., *La democrazia*, Bologna, 1998, nonché ID., *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1924, trad. it. di B. Fleury, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, cit.

sia un problema centrale, lo configura, però, come un problema non concettuale bensì soltanto *organizzativo*, com'è inevitabile, viste le premesse dalle quali l'autore parte.

La prima contro-obiezione di Kelsen poggia sul fatto che la corte può solo annullare gli atti viziati, il che garantisce una minore discrezionalità del 'legislatore negativo', rispetto all'attività di libera (benché non più del tutto libera) creazione del legislatore ordinario. È questo che porta Kelsen ad ammettere con molta cautela i casi in cui l'annullamento avvenga in modo manipolativo, dal momento che teme il rischio che ne derivi una norma creativa di contenuto positivo. Del resto, nonostante il tentativo di distinguerne l'attività sul piano dell'annullamento, resta vero che per Kelsen legislazione e giurisdizione sono funzionalmente omogenee, per cui una distinzione fra i due 'legislatori' non può essere una definizione 'forte', quanto piuttosto una fondata sul piano delle procedure che ne regolano il funzionamento, determinando direttamente o indirettamente la larghezza delle possibilità di produzione di diritto che gli sono riservate.

Così, proprio le tecniche procedurali tipiche della forma giudiziaria *devono* essere applicate all'organo di giustizia costituzionale, che pur si è visto differire dalla giurisdizione ordinaria, in quanto rappresentano la sola limitazione 'a valle' veramente efficace, rispetto alle sue potenzialità²⁹.

Ecco, dunque, che primaria importanza riveste il principio della domanda per l'attivazione del controllo di costituzionalità, attivazione che, prima ancora che ai giudici delle sole giurisdizioni superiori, Kelsen innovativamente attribuisce, nel descrivere il proprio modello ideale di giustizia costituzionale, anche alle minoranze parlamentari, oltre che alle istituzioni dello Stato federale.

Ma i vincoli formali riguardano anche, a 'monte', le modalità di formazione dell'organo. Infatti, sebbene Kelsen lo intenda come composto prevalentemente da tecnici, nel senso di persone dotate di precisi requisiti di conoscenza del diritto, il giurista austriaco ne prevede la scelta da parte di organi politici democraticamente eletti. Certo, l'autore non offre una soluzione unica, esprimendo comunque le due esigenze della preparazione tecnica e dell'esclusione dei membri di governo e parlamento dalla carica di giudice, ma si ricava piuttosto chiaramente la preferenza per una completa nomina parlamentare dei componenti della corte³⁰. Del resto, si è detto che Kelsen riduce ogni questione d'incostituzionalità materiale a un'incostituzionalità formale o procedurale. Si tratta di una conseguenza della concezione dinamica dell'ordinamento, ma è di fondamentale importanza se si considera che ciò consente al legislatore di superare ogni questione d'incostituzionalità dei propri atti tramite una modifica della costituzione³¹.

Un altro limite riequilibratore è da intendersi anche nell'esortazione, del tutto prescrittiva, a non inserire principî di giustizia materiale in costituzione, seppure appaia oggi uno degli aspetti più datati della proposta kelseniana³².

²⁹ Infatti, lo stesso autore si premura di precisare che "i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione [in contrapposizione con l'ampia libertà di creazione del parlamento]". H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 174. Non è un caso che anche oggi le procedure di funzionamento della concreta Corte costituzionale austriaca siano disciplinate in modo estremamente dettagliato, riducendo al minimo gli spazi di auto-normazione.

³⁰ L'importanza del metodo di formazione della *Verfassungsgerichtshof* doveva essere tanto più chiara a Kelsen dinnanzi ai tentativi di riforma che si ebbero in Austria dal 1929, ai quali egli duramente si oppose.

³¹ Non a caso, si sono già richiamati in nota i pareri critici a queste argomentazioni di Kelsen formulati da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 383-384.

³² "Per evitare un simile spostamento di potere [...] dal parlamento ad un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve [...] astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principî relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile". H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 190. Peraltro, nella concezione kelseniana dell'interpretazione e della funzione giurisdizionale non vi sono comunque strumenti per impedire che un tribunale costituzionale faccia uso dei principî di giustizia materiale inseriti nella costituzione, una volta che esso venga proceduralmente abilitato a farlo. Sull'approccio kelseniano ai diritti fondamentali (che si pone indubbiamente in contrasto con la realtà del costituzionalismo contemporaneo), si veda L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Capitolo III. I diritti fondamentali: una nozione estranea alla teoria kelseniana*, cit., in particolare 57-59.

3. Il significato politico della giustizia costituzionale nel funzionamento della democrazia kelseniana

Non si deve del resto trascurare il significato della giustizia costituzionale per la teoria politica kelseniana. Ad essere in gioco, infatti, oltre a una rilettura tecnicamente adeguata della dottrina della separazione dei poteri, vi è la garanzia della protezione delle minoranze dalle maggioranze, tramite un controllo sulla correttezza delle procedure democratico-parlamentari e federali³³.

Circa la separazione dei poteri, intesa da Kelsen come “distinzione dei poteri”, l'autore ha chiaro che un suo riadattamento a una repubblica democratica non può che prendere la forma di un *controllo* fra gli organi statali, allo scopo d'impedire la concentrazione di un eccessivo potere e di garantire la regolarità del funzionamento di ciascun organo³⁴. Se il principio della completa legalità dell'azione statale è d'importanza centrale, forti sono anche i legami fra controllo di costituzionalità e il principio democratico, per come interpretato in *Essenza e valore della democrazia*³⁵.

La concezione democratica kelseniana pone al centro il costante compromesso fra le diverse partizioni della società, e più esattamente fra i partiti, in quanto, in una visione realistica, essi soli rappresentano in realtà lo strumento che permette alle pretese individuali di avere una qualche forma di influenza nella direzione dello Stato-apparato. Si tratta di una teoria democratica radicalmente relativista e formale-procedurale, che sottopone a una critica corrosiva l'idea di una volontà generale o di un bene comune alla totalità dei cittadini. Ora, proprio il fatto che un simile modello, nelle società di massa, possa funzionare solo per tramite dei partiti, rende quanto mai chiaro perché la giustizia costituzionale sia pensata da Kelsen come meccanismo in cui entrano in gioco interessi sopraindividuali, con possibilità di ricorso diretto delle minoranze parlamentari. Solo un corretto funzionamento del conflitto parlamentare, regolato proceduralmente, può assicurare quella “risultante” dei diversi interessi che è l'unica volontà generale che Kelsen è disposto a riconoscere³⁶. Questo spiega perché la proposta della garanzia giurisdizionale di costituzionalità, benché legata alle premesse della *Reine Rechtslehre*, assuma un valore normativo indipendente, che Kelsen stesso avrebbe definito come di politica del diritto.

Nella democrazia pluralistica descritta ne *Essenza e Valore della Democrazia*, la giustizia costituzionale deve regolare lo svolgimento del conflitto democratico fra maggioranza e minoranza, senza insidiare il primato del parlamento, ma esercitando un ruolo di per sé non funzionalmente diverso da quello legislativo-parlamentare. Appunto nella prospettiva di impedire la creazione di un doppio legislativo paritario, vanno letti gli accorgimenti tecnici volti a delimitare competenza e raggio d'azione del tribunale costituzionale.

Al contempo, peraltro, il parlamento avrà sempre a disposizione, per riaffermare il suo reale primato, la possibilità di modificare interamente la costituzione, ponendosi dunque, anche da un punto di vista procedurale coerente con la teoria a gradi dell'ordinamento, gerarchicamente più in alto della giustizia costituzionale, benché solo in casi prevedibilmente eccezionali. Il punto di vista kelseniano indica perciò come senz'altro giuridicamente possibile il controllo di costituzionalità da parte di un organo che adotti le forme

³³ Sul rapporto tra giustizia costituzionale e Stato federale, H. KELSEN, *Die Bundesexecution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonder Berücksichtigung des deutschen Reichs und der österreichischen Bundes-Verfassung*, in *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, 1927, 127-187, trad. it. di C. Geraci, *L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello stato federale, con particolare riguardo alla costituzione del Reich tedesco e alla costituzione federale austriaca*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981. Sullo stretto rapporto tra il buon funzionamento dello Stato federale e l'istituzione progettata da Kelsen, anche M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, cit., 230-233.

³⁴ Circa l'espressione “distinzione dei poteri”, ivi, 173, ma anche H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien, 1926, trad. it. di A. CARRINO, *Lineamenti di Teoria generale dello Stato*, Torino, 2004, 89-91. Sulla critica kelseniana alla dottrina tradizionale della divisione dei poteri e sulla sua reinterpretazione alla luce della Teoria pura, si veda A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 102 e ss. Circa la preoccupazione di evitare concentrazioni eccessive di potere in capo a un solo organo, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 173.

³⁵ H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit. La concezione pluralistica, conflittuale, relativistica e formale di democrazia di Kelsen è del tutto antitetica a quella di un autore come Schmitt.

³⁶ H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit., 69. Entro questa concezione, la stessa costituzione è il “principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche nel momento considerato”. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 152. Sul legame fra democrazia, compromesso e diritto in Kelsen, A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit., 79 e ss.

tipiche della giurisdizione, sebbene ammetta al contempo che l'attuazione o meno di tale possibilità sia una scelta politica, che Kelsen valuta come *prescrittivamente necessaria*. Al contempo una tale prospettiva presuppone, dal punto di vista scientifico o *descrittivo*, il fatto che la realtà statale nel suo complesso sia sempre esprimibile nelle forme giuridiche e che tutte le funzioni dello Stato siano assoggettabili alle procedure del diritto, in qualsiasi situazione concreta.

I caratteri fin qui descritti rendono chiaro come proprio la concezione ‘tecnologica’ della forma giudiziaria, sia indicata da Kelsen come la più adatta a “*portare alla luce l’effettiva situazione degli interessi*” in uno scenario di pluralismo conflittuale³⁷. Tutto questo è valutato con favore nella misura in cui il contrasto, latente nella società, non potrebbe essere gestito in forma giuridica, qualora occultato dietro la finzione di un’unità superiore d’intenti, che si vorrebbe comune a tutti i soggetti all’ordinamento coercitivo.

Tali presupposti originano dalle più ampie teorie kelseniane del diritto, dello Stato, ma anche della forma politica e della democrazia, e rappresentano proprio ciò che mina alla radice una prospettiva di accordo con il modello decisionista di Carl Schmitt, ma anche con l’istituzionalismo classico e con modelli allora intermedi o alternativi, quali quelli rappresentati in Germania dalla teoria dell’integrazione di Rudolf Smend e dalle posizioni di Hermann Heller³⁸.

4. Carl Schmitt: il pluralismo politico e la critica alla giustizia costituzionale

Quando Carl Schmitt giunse a Berlino, nel 1928, già avevano visto la luce alcuni fra i suoi lavori più importanti: lo scritto su *La Dittatura* (1921), la prima *Teologia politica* (1922), il fondamentale saggio su *Il concetto di Politico* (1927) e la *Dottrina della costituzione* (1928), l’opera più complessa dello Schmitt del periodo weimariano.

Cattolico conservatore, ma dotato di una spiccata sensibilità per i mutamenti rivoluzionari che attraversavano la società e la cultura del tempo, Schmitt, negli anni ’20, aveva ormai formulato tutti i principali concetti propri del decisionismo, la corrente giuridica e filosofico-politica di cui il giurista di Plettemberg può dirsi il principale esponente³⁹. Agli inizi degli anni ’30, erano ormai compiute le teorie schmittiane sulla

³⁷ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 260, il corsivo è dell’autore.

Efficace per comprendere l’uso ‘disinvolto’ da parte di Kelsen di una forma giurisdizionale ritenuta utile finanche dove vi è ampia discrezionalità, allo scopo di fare emergere contrastanti interessi, è quanto scritto dall’autore stesso nella replica a Schmitt: “Il carattere contenzioso, la c.d. ‘forma giudiziaria’ del procedimento è senz’altro conveniente anche quando si tratta dell’applicazione di una norma costituzionale che lasci un largo margine di discrezionalità. La controversia, allora, non verte, o meglio, non verte *solo* e non *solo direttamente* sulla questione di costituzionalità ma [...] è anche un dibattito sul modo migliore in cui la *creazione* – individuale o generale – del *diritto* debba svolgersi nel quadro delineato dalla costituzione. Qualora eventualmente si tratti della questione se una legge ordinaria violi la costituzione e il tenore di quest’ultima non rechi, sul punto, un preciso significato, sicché la sentenza del tribunale sia in realtà lo sviluppo della costituzione in una determinata direzione, proprio allora il contrasto d’interessi esistente è della massima importanza. E proprio qui è particolarmente importante che la volontà statale che si manifesta nella sentenza del tribunale costituzionale si formi in un procedimento che porti ad espressione il contrasto d’interessi esistente [...] la forma giudiziaria si dimostra adatta all’attività ‘politica’ di creazione del diritto svolta dal tribunale proprio nella misura in cui la sentenza realizza una ‘valutazione d’interessi’ [corsivi dell’autore]”. Ivi, 259-260. Peraltro, la desostanzializzazione della giurisdizione, in Kelsen, si spinge fino a indicare una completa possibilità di adozione di metodi e forme tipici dei tribunali anche per altri organi dello Stato. Finanche il procedimento “dialettico” parlamentare, per l’autore, è “qualcosa di completamente simile alla ‘forma giudiziaria’” che serve a “portare alla luce tutto ciò che sta a favore o contro una determinata situazione”, risultato meglio garantito “se la pretesa e la difesa sono affidati a organi diversi”. Ivi, 245, si veda anche 260.

³⁸ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, trad. it. di J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 e H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin, 1927, trad. ing. di B. Cooper, *Sovereignty. A Contribution to the Theory of Public and International Law*, New York, 2019; ID., *Staatslehre*, Leiden, 1934, trad. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988. Circa il pensiero degli autori citati si vedano P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 120-145; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 287-315; A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, 2001; G. BISOGNI, *Weimar e l’unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, 2005.

³⁹ Critici di un’associazione spesso troppo semplicistica fra Schmitt e il decisionismo sono M. CROCE, A. SALVATORE, *L’indecisionista. Carl Schmitt oltre l’eccezione*, Macerata, 2020. Gli autori recuperano in particolare la dimensione istituzionalista che sarebbe propria anche di Schmitt, dopo la fase autenticamente decisionista, quest’ultima in realtà di durata più breve di quanto

ripartizione esistenziale fra amico [*Freund*] e nemico [*Feind*] – costitutiva dell'elemento del Politico e fondativa della stessa unità di un popolo – così come sul concetto di costituzione, intesa quale decisione fondamentale sulle forme politiche della propria unione da parte del popolo politicamente consapevole e per ciò stesso omogeneo⁴⁰.

Nel periodo berlinese, Schmitt cercò di avvicinarsi alle élite burocratiche e conservatrici tedesche, ben rappresentate dall'amico Johannes Popitz, e finì per trovarsi a stretto contatto con il cuore della vita politica weimariana, in un contesto particolarmente travagliato, come descritto nel paragrafo storico di questa ricerca.

Tornando però alla produzione teorica, non è possibile affrontare l'idea di custodia politica della costituzione propria di Schmitt, né la sua critica alla costruzione kelseniana, senza toccare alcuni presupposti propri all'autore già prima del 1931, e poi rielaborati e radicalizzati ne *Il custode della costituzione*, l'opera principale che si andrà a esaminare⁴¹. Tali presupposti fanno riferimento, in primo luogo, a quello che si può indicare come il contesto o la situazione costituzionale *concreta*, ossia dell'evoluzione storica dei concetti giuridici e politici del pensiero europeo, alla luce dei cambiamenti che la realtà sociale vi imprime⁴².

Si tratta di elementi da tenere a mente nel considerare un testo complesso come *Il custode della costituzione*, che unisce la descrizione, a tratti quasi sociologica, delle trasformazioni dello Stato parlamentare, con la critica alla sostenibilità teoretica della giurisdizione di norme su altre norme e si chiude con la proposta politica del potere presidenziale come vero garante *neutrale* della costituzione. Proprio l'osservazione attenta dei mutamenti sociali serve a Schmitt per negare che un buon guardiano della costituzione possa essere il solo parlamento.

Da questo punto di vista, la critica al parlamentarismo – inteso come concezione tipicamente liberale e antitetica alla democrazia di massa – risale già al 1923, ma nel *Custode* Schmitt vi aggiunge un elemento che renderebbe impossibile immaginare una difesa parlamentare di una costituzione bisognosa di protezione proprio nei confronti del parlamento, ossia il concetto propriamente schmittiano di *pluralismo*. Il pluralismo è la forma assunta dalla politica partitico-parlamentare nel contesto della società di massa, dove l'economia diventa sempre di più il fattore decisivo della politica, a discapito della concezione propriamente moderna dello Stato, inteso in senso hobbesiano (e liberale) come chiaramente distinto proprio da una società

ancora si tende a sostenere. Non è questo lo spazio in cui occuparsi di questo problema, basti dire che, fra gli scritti schmittiani che prenderemo in considerazione, *Il custode della costituzione* presenta in effetti tratti di un pensiero ormai volto alle 'istituzioni concrete'.

Come per la letteratura su Kelsen, anche per Schmitt non è possibile fornire in questa sede una bibliografia esauriente. Ci si limita dunque alle opere principali utilizzate per questa ricerca, in parte già citate. Si vedano la *Presentazione* di G. MIGLIO a C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972; P. P. PORTINARO, *Che cos'è il decisionismo?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1982, 247-267; J. FREUND, *Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt*, in "Nouvelle Ecole", n. 44, 1987, 11-27, trad. it. di A. Campi, in J. FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, a cura di A. Carrino, Napoli, 2008; J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit.; C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit.; Id. (cur.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham and London, 1998; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit.; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.; O. BEAUD, *Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi? Tentative de réexamen critique*, in *Droits*, n. 2, 2004, 207-218; G. BISOGNI, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, cit.; A. SCALONE, *L'ordine precario*, cit., 77 e ss.; L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit.; J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit. Per una biografia aggiornata su Schmitt, si può consultare la monumentale opera di R. MEHRING, *Carl Schmitt*, München, 2009, trad. ing. di D. Steuer, *Carl Schmitt. A biography*, Cambridge, 2014, la più completa che sia stata finora scritta, avvalendosi anche dei diari personali e dell'archivio di Schmitt. Fra le opere citate, quest'ultima permette di indagare meglio il discusso capitolo dell'adesione di Schmitt al nazismo, nella primavera del 1933.

⁴⁰ Le opere di riferimento sono naturalmente C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1927 (3ª ed. del 1932), trad. it. di Pierangelo Schiera, *Il concetto di 'politico': testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del "politico"*, cit. e, soprattutto, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928, trad. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.

⁴¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, München-Leipzig, 1931, trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981.

⁴² A questo riguardo, Schmitt stesso scrive della necessità di "rintracciare una topica dei [...] concetti" ed aggiunge che "È questo un lavoro che non può essere condotto con considerazioni di fondo astratte dal tempo", C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 89.

depoliticizzata⁴³. Schmitt descrive il fenomeno pluralistico come una molteplicità di complessi organizzati di potere sociale (partiti, sindacati, cartelli industriali, chiese), in grado di penetrare attraverso tutte le strutture ‘tradizionali’ dello Stato, sia a livello centrale che federale, senza però cessare di essere soltanto delle formazioni sociali, ossia non-statali. È quest’ultimo l’aspetto problematico, perché le nuove forze non intendono assumersi la responsabilità del Politico, inteso nell’accezione schmittiana, ma restano fuori dalla sfera pubblica [*Öffentlichkeit*], rimanendo formalmente private, laddove esse stesse determinano in realtà la crisi della distinzione liberale tra pubblico e privato. Così facendo, la concezione ‘classica’ o hobbesiana dello Stato come unità viene meno, aprendo la strada a un ritorno di quella guerra civile fra valori e interessi incompatibili, che proprio la costruzione dello Stato moderno era nata per impedire⁴⁴.

In questo scenario, i partiti di massa si rivelano tanto più pericolosi per l’unità statale e per l’idea schmittiana di democrazia, in quanto mirano essi stessi alla totalità, ma lo fanno a partire dagli interessi particolari di cui sono portatori⁴⁵. Il contrario di dei “trasformatori”, cioè di dei produttori di universale a partire dal particolare, secondo il disegno ideale del parlamentarismo classico, che intendeva il parlamento come luogo di libero e aperto scambio d’opinioni, teso a raggiungere una sintesi razionale, e non certo come luogo di convalida di un potere gestito altrove da segreterie di partito o gruppi d’interesse. Insieme al parlamentarismo, entra poi in crisi anche l’idea della legge come atto dotato di uno specifico valore sostanziale di ragione, lasciando il passo a quella che per Schmitt è una disgregazione formalistico-positivista del concetto, e a una prassi in cui diventa impossibile distinguere la legge dal provvedimento sulla base di elementi materiali, in primo luogo la generalità⁴⁶.

Descrivendo come una degenerazione il moderno Stato dei partiti, o “Stato totale solo quantitativo”, Schmitt nega che i semplici compromessi fra coalizioni possano generare una sintesi corrispondente a un’unità, secondo quanto sostenuto da una concezione ‘armistiziale’ di costituzione⁴⁷. Dal punto di vista della teoria giuridica schmittiana, gli accordi fra gruppi sociali organizzati non generano una decisione sui problemi politici fondamentali, ma, più propriamente, dei compromessi dilatori. Compromessi che comporrebbero anche buona parte della Costituzione tedesca del 1919 e che rappresentano altrettante questioni potenzialmente conflittuali (atte cioè a generare nuove ripartizioni secondo lo schema amico-nemico), la cui decisione è stata soltanto rimandata e certo non può risolversi in un compromesso, appunto in quanto attinente a questioni

⁴³ Schmitt scrive che “[...] in ogni Stato moderno il rapporto dello Stato con l’economia forma il vero oggetto delle questioni di politica interna direttamente attuali [...] In una situazione simile la richiesta di non intervento diventa un’utopia, anzi un autocontraddizione”. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 127. Legata alla necessità di progettazione economica della politica moderna è la critica di Schmitt a quella che chiama *policrazia*, ossia la spartizione dell’economia pubblica in capo ad autonomi centri decisionali particolari, strettamente collegata al pluralismo partitico. Si veda ivi, pag. 141 e ss.

Per la critica al parlamentarismo, si veda già C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig, 1923 (2ª ed., 1926), trad. it. di G. Stella, *La condizione storico-spirituale dell’odierno parlamentarismo*, Torino, 2004.

⁴⁴ L’unitarietà è per Schmitt il fattore genetico della statualità europea dalla fine delle guerre di religione e dall’abolizione dei ceti e, in un ordinamento democratico (secondo la dottrina schmittiana della democrazia), l’unità non può che derivare dal carattere omogeneo di un popolo a sua volta unito, capace di esprimere una costituzione sotto forma di decisione fondamentale. Tali posizioni Schmitt le esprime con particolare chiarezza nella *Dottrina della costituzione*, cit., 109-125, 130 e ss. (potere costituente) e 291 e ss. (dottrina della democrazia). Sulla formazione del sistema statale moderno in Europa, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1950 (2ª ed., 1974), trad. it. a cura di E. Castrucci e F. Volpi, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”*, Milano, 1991.

⁴⁵ “[...] Noi non abbiamo propriamente nessuno Stato totale, ma più esattamente alcune formazioni partitiche sociali che racchiudono interamente i loro uomini fin dalla giovinezza ed aspirano alla totalità [...] Con la pluralizzazione non è però eliminata la svolta verso il totale, ma è per così dire soltanto parcellizzata, giacché ogni gruppo di potere sociale organizzato [...] per quanto possibile cerca di realizzare la totalità in se stessa e per se stessa”, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 131.

⁴⁶ Sulla crisi dell’idea di legge, si veda già la *Dottrina della costituzione*, cit., 194-195, laddove il formalismo veniva accusato di aver ridotto la legge a nient’altro che “ciò che è fatto dalle istanze competenti per la legislazione con il procedimento prescritto per la legislazione”, ivi. 195. Si noti, che la legge per Schmitt deve essere generale proprio a significare che generale e la volontà che l’emana, cosa immaginabile solo dal punto di vista del parlamentarismo ‘pre-pluralistico’. In tal senso ivi, 199-206.

Circa la definizione dei partiti come “trasformatori” politici, si veda ivi, 137.

⁴⁷ La definizione di “Stato totale solo quantitativo” è in C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 123 e ss. La critica al compromesso costituente tra partiti viene ripresa in modo più violento nel 1931, ma la negazione della sostenibilità di un mero armistizio costituzionale è già in C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, 90-97.

politiche nel senso radicale del termine⁴⁸.

Se si fa cenno a questi presupposti della teoria schmittiana – per quanto più spazio richiederebbe l'analisi dello Stato che interviene in economia, che prefigura anche il moderno Stato previdenziale, oltre a quello totale – è perché a partire da essi è possibile comprendere le ragioni profonde dell'ostilità di Schmitt verso una compiuta giustizia costituzionale. Infatti, è vero che si tratta di presupposti definibili come 'politici', ma solo se si tiene presente che la dimensione giuridica non è mai separabile, nel pensiero schmittiano, dalla teoria politica dell'autore. Ciò non tanto nel senso di un'influenza dell'una sull'altra, quanto per un'effettiva e inevitabile coincidenza fra i discorsi politico e giuridico di Schmitt, come ben dimostra proprio il fatto che la preoccupazione anti-pluralistica sia anche l'elemento principale alla base della *vis* polemica contro la tutela giuridica della costituzione.

L'ostilità di Schmitt alla proposta di Kelsen, peraltro, non deve fare dimenticare che lo stesso Schmitt non si era in precedenza posto come contrario, almeno in astratto, a una forma di controllo giudiziale *diffuso* della costituzionalità delle leggi. Una posizione alla quale, peraltro, non era forse estraneo il carattere politicamente conservatore dei giudici tedeschi, ma che, almeno in parte, si rifaceva idealmente alla tradizione tedesca della giurisdizione fra organi dello Stato (*Staatsgerichtsbarkeit*), specie in un contesto federale⁴⁹.

Riassumendo le ragioni profonde per cui Schmitt non può accettare un penetrante controllo di costituzionalità – specie se accentrato in un organo speciale e che annulli gli atti aventi grado di legge in modo generale – esse risiedono nello stesso concetto di costituzione schmittiano, nonché nei difetti propri della Carta di Weimar, aggravati dalla 'degenerazione pluralistica'.

Per quanto riguarda il primo aspetto, Schmitt rimprovera a Kelsen un'impropria confusione fra il concetto di "legge costituzionale", ossia qualunque disposizione inserita nella costituzione scritta e modificabile tramite le procedure rafforzate prescritte dalla stessa costituzione, e il concetto della decisione fondamentale sottesa a ogni vera costituzione, ossia le determinazioni politiche essenziali che un popolo si è dato sulla propria forma di governo e che non sono modificabili da alcun potere costituito, ma soltanto dal popolo stesso⁵⁰.

Si sono poi già menzionati i compromessi dilatori che, secondo Schmitt, rischiano di indebolire la Costituzione del 1919. Da questo punto di vista, la critica schmittiana ai numerosi principi materiali di giustizia inseriti nella costituzione, peraltro comune anche a Kelsen, è motivata, però, dalla ragione che è sotto le sembianze di "formule ambigue" e "petizioni di principio" che si celano i compromessi non risolti sulle scelte politiche fondamentali⁵¹. Una corte che scegliesse da sé tra queste alternative insolute compirebbe un atto di legislazione, addirittura di legislazione costituzionale, senza averne la legittimità⁵².

⁴⁸ Ivi, 48 e 52-53, dove l'autore non respinge del tutto gli accordi contenuti nel testo di una costituzione, ma distingue fra "compromessi oggettivi" (che racchiudono una vera decisione politica) e compromessi dilatori in realtà privi di contenuto decisorio, che si limitano a lasciare invariate le contraddizioni e i conflitti reali e a rimandarne la risoluzione a un vero "compromesso oggettivo" da concludersi successivamente.

⁴⁹ Nel suo saggio *The issue of judicial review in Germany*, cit., 192, 194, l'allora giovane studioso tedesco-americano C. J. FRIEDRICH aveva anzi ben potuto annoverare il giurista di Plettemberg fra i sostenitori del *judicial review of legislation*. Anche nel Custode Schmitt non si dice del tutto contrario a un limitato controllo di costituzionalità da parte delle corti ordinarie, cosa che, del resto, a Weimar esse avevano già rivendicato. Si tornerà ad analizzare le corti tedesche a Weimar più avanti. A fronte delle aperture di Schmitt e di altri giuristi conservatori a un controllo delle corti ordinarie sulla base della Costituzione, l'ammissibilità della giurisdizione di una corte 'politica' nelle controversie federali sembra trovare margini di ammissibilità nel *Custode* del 1931 (in armonia con l'idea del federalismo come decisione fondamentale espressa in Costituzione), sebbene questi siano poi assenti nelle tesi schmittiane formulate in occasione del caso concreto del 1932. Sullo *Staatsgerichtsbarkeit*, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 166 e ss.

⁵⁰ Si veda C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 26-58. Nel contesto weimariano il dibattito circa la completa modificabilità del testo costituzionale era reso più acceso dalla presenza dell'art. 76 della Costituzione del 1919, che non poneva limiti assoluti alla revisione costituzionale. In merito C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 32-33. Circa il ruolo, e la dimensione quasi teologica, che il popolo ha nella teoria schmittiana, il tema è troppo complesso per essere qua trattato. Circa il popolo come potere costituente 'permanente' si veda comunque C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 109-125 e 130; essenziale è inoltre la dottrina della democrazia esposta ivi, 293-331.

⁵¹ Ivi, 77-78.

⁵² Una corte, per Schmitt, mancherebbe di legittimazione in quanto non si configura come rappresentante di un'istanza trascendente o sovra-positiva né dell'unità immanente del popolo. Circa il concetto di rappresentanza o rappresentazione nel

Sotto questo punto di vista, è interessante come Schmitt si preoccupi di rimarcare la differenza fra la giurisdizione continentale e la Corte Suprema degli Stati Uniti, organismo che – in un modello di *common law* che Schmitt definisce come vicino all’idealtipo dello Stato giurisdizionale [*Jurisdiktionstaat*], opposto allo Stato legislativo [*Gesetzgebungsstaat*] continentale – è chiamato esplicitamente a cogestire il diritto alla pari degli altri poteri⁵³. Nel contesto continentale del primo dopoguerra, una corte costituzionale attiva, più che prefigurare un governo dei giudici, e anche al di là della forma scelta per il modello, sarebbe per l’autore votata all’inefficacia. Ciò non tanto nei casi ‘facili’ – nei quali, per Schmitt, si può lasciare la decisione del solo caso singolo anche alle corti ordinarie e anche in base al parametro costituzionale – quanto in quelli veramente decisivi.

Se nella concezione classica euro-continentale i giudici derivano la loro legittimazione proprio dall’impoliticità attribuita alle loro decisioni, l’introduzione a Weimar di una giurisdizione che compia scelte politiche non porterebbe che all’esasperazione del già presente elemento pluralistico, aggravato dal kelseniano accesso partitico alla giurisdizione costituzionale. Nello Stato pluralistico prefigurato dall’autore, le forze politiche e gli interessi sociali organizzati cercheranno di accordarsi tramite “negoziati bilaterali” sull’interpretazione delle singole disposizioni costituzionali, intese alla pari delle clausole di un contratto a loro disposizione, e, non riuscendovi, potrebbero sempre decidere di ricorrere a una corte ‘speciale’, rifuggendo con ciò il “rischio del ‘politico’”⁵⁴. È per questa compatibilità o vicinanza strutturale col pluralismo sociale e politico che Schmitt respinge *in concreto* il sindacato di costituzionalità delle leggi e, con esso, il metodo processuale applicato alla risoluzione delle controversie politiche⁵⁵. La corte che Kelsen prefigura cercherebbe invano di risolvere tramite mezzi processuali i problemi sollevati da un pluralismo di cui è a un tempo conseguenza e fattore aggravante.

A fronte di queste considerazioni, che giustificherebbero la proposta di un custode politico della costituzione e dell’unità statale, Schmitt però non rinuncia a criticare la giurisdizione costituzionale su di un piano che vorrebbe essere esclusivamente giuridico, per mostrare in particolare come il modello di Kelsen condurrebbe a un sovvertimento della stessa categoria di giurisdizione.

L’ambiguità della nota critica schmittiana risiede appunto in questo: Schmitt usa le stesse argomentazioni

pensiero di Schmitt, si veda ID., *ivi*, 270-286. Sul tema utili sono anche le osservazioni di A. SCALONE, *L’ordine precario*, cit., 144-146, 168-170 e G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 34-35

⁵³ Tanto più che la Corte Suprema “si pone davanti allo Stato come custode di un ordine economico e sociale in linea di principio non contestato”, ossia quello dei “diritti fondamentali borghesi”, che vanno protetti dai tribunali proprio contro lo Stato, in quanto intesi come ad esso preesistenti. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 29-30. Per Schmitt la Corte Suprema americana si pone come un potere trascendente lo Stato. Schmitt evidentemente esaspera volutamente la funzione di tutela dei classici diritti ‘borghesi’ della concorrenza e della proprietà da parte della Corte Suprema, si tenga però conto che la Corte Suprema a cui pensava l’autore aveva ostacolato la legislazione di tutela dei lavoratori fragili all’inizio del secolo e che, ancora pochi anni dopo avrebbe cercato di ostacolare l’interventismo dello Stato rooseveltiano. La visione di Schmitt rispetto al ruolo della Corte Suprema americana può essere stata influenzata dal libro di E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921, trad. it. a cura di R. D’Orazio, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L’esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996. Richiamando Lambert, anche Volpe definiva nel 1977 quello del governo dei giudici come una “questione che eternamente ritorna”. G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., X. Ancora, in anni anche più recenti si è tornato a discutere criticamente di ‘governo dei giudici’, anche in Italia. Il tema è uno degli oggetti principali degli scritti più recenti di Agostino Carrino fin qui citati, ma si vedano già L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2016 e il dibattito su *Giudici e legislatori* in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2016, 483-624; più di recente S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022. Per una discussione al di fuori dell’Italia, B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, 2016, trad. it. a cura di G. Stella, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi*, Modena, 2018 e R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004.

⁵⁴ *Ivi*, 98-99 e, per le espressioni citate, 100-101.

⁵⁵ Per l’autore la “composizione processuale della controversia conduce sempre facilmente ad un coordinamento delle parti, specialmente quando i caratteri del processo civile diventano prevalenti”, rendendo questa forma congeniale a partiti e gruppi d’interesse, *ivi*, 105. Da notare come anche per Kelsen una forma dialettico-contraddittoria paragonabile a quella tipicamente processuale sia la più adatta a permettere il raggiungimento di un compromesso (o “risultante”) fra le posizioni espresse dalle diverse forze partitiche, H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit., 105. Emerge qui chiaramente come i due autori diano un giudizio opposto, dal punto di vista normativo, del medesimo fenomeno.

rimproverate ai giuspositivisti, tentando di squalificare le tesi nemiche come logicamente inconciliabili con una concezione corretta dello Stato di diritto in senso ‘classico’ o liberale (Schmitt lo definisce *Bürgerliche Rechtsstaat* o “Stato borghese di diritto”, quasi a sottolinearne il legame con un mondo ideale storicamente determinato)⁵⁶.

Per Schmitt l’essenza della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto è quella di operare una *sussunzione* conforme alla fattispecie [*tatbestandsmäßige Subsumption*] del caso concreto, caso da decidersi sotto disposizioni legislative, dotate di un sufficiente margine di determinatezza e chiarezza⁵⁷. Deve, insomma, esistere un nucleo non controverso dell’enunciato normativo, rispetto al quale il giudice si limita con la sua sentenza a dedurre logicamente la volontà già espressa dalla legge, senza aggiungervi la propria. Il risultato di questa operazione sussuntiva sarà, sempre nell’ottica schmittiana, una sentenza il cui contenuto potrà essere predeterminato, è cioè, appunto, in quanto la giurisdizione si caratterizza per essere un’attività prevalentemente conoscitiva e razionale. Essa è controllabile razionalmente, proprio nella misura in cui è affermata un’essenza propria del concetto di giurisdizione, che vada aldilà dei soli aspetti procedurali tipici della forma giudiziale, quali le modalità di formazione dell’organo e le sue procedure deliberative, per toccare invece il *contenuto* della sentenza e dell’attività stessa del giudice. Il giudice non crea il diritto, se non in una forma che Schmitt presenta come del tutto marginale, pena la perdita della sua indipendenza, che non può essere legata ad altro che all’applicazione della legge, libera da influenze provenienti da altre branche dello Stato⁵⁸.

Il contenuto della decisione, a sua volta, è qualificato dal suo essere ricavabile dalla legge tramite passaggi logici; è cioè predeterminato e vincolato, in modo senz’altro ‘forte’, dalle disposizioni che il giudice interpreta.

Il concetto di legge proprio dello Stato di diritto, per Schmitt, è legato a un determinato orizzonte storico-ideale illuministico, non può cioè essere ridotto alla costruzione formale della *Stufenbau* kelseniana. Ogni astratta gerarchia fra norme dell’ordinamento non sarebbe che “un’antropomorfizzazione della ‘norma’” e un’allegoria errata, sia perché è possibile stabilire una gerarchia solo fra “enti concretamente esistenti”, sia perché Schmitt respinge la riduzione formale a grado intermedio della *Stufenbau* dell’idea di legge⁵⁹. L’autore rigetta le tesi ‘formaliste’, della giurisdizione come della teoria generale delle norme, proprio in quanto non da ogni norma è possibile per il giudice dedurre contenutisticamente la propria sentenza. Al contempo, la sussunzione, che il giudice fa “sulla base di una legge”, può avere ad oggetto solo un concreto caso della vita, mentre “non esiste nessuna giurisdizione di una norma su di un’altra norma”⁶⁰.

Se queste sono le obiezioni mosse alla sostenibilità giuridica della proposta kelseniana, si può intanto notare come l’ambiguità a cui si è inizialmente fatto riferimento è tanto maggiore tenendo conto delle posizioni precedenti dell’autore stesso. Quanto scritto da Schmitt nel 1931 in merito all’interpretazione giudiziale è infatti in contraddizione con gli argomenti giusrealistici avanzati nello scritto giovanile su *Legge e giudizio*, almeno se li si consideri sul solo piano del ragionamento teorico-giuridico, e non anche su quello della politica

⁵⁶ Per quanto riguarda la polemica contro i giuspositivisti e la loro pretesa di scientificità, nel *Custode della costituzione*, cit., 11, Schmitt vi si riferisce nei termini di un “artificio specificamente politico della rappresentazione della propria concezione come non politica, e dei problemi e delle opinioni dell’avversario come politici”.

Per i riferimenti allo Stato borghese di diritto, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 171-189.

⁵⁷ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 31, 37, 71.

⁵⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 232. Schmitt ammette una certa libertà creativa del giudice civile (legata all’esistenza di concetti indeterminati afferenti a realtà concrete della vita economica e sociale) e finanche del giudice amministrativo, almeno finché le norme da applicare presentano sufficienti margini di chiarezza, ma non può tollerare un incisivo controllo giudiziale sulle questioni decisive legate alla costituzione.

Il negare da parte di Schmitt che la giurisdizione si possa ricondurre a concetti formali rimanda naturalmente a Kelsen e a quello che si è presentato come ‘concetto formale di giurisdizione’, mentre quello di Schmitt è, usando sempre la terminologia presa da Giovanni Bisogni un ‘concetto sostanziale di giurisdizione’. Si rimanda a *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit.

⁵⁹ Per le citazioni si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 67, nota, 58. Circa le obiezioni all’idea della legge come grado intermedio della *Stufenbau*, Schmitt scrive che “Con questa sorta di concetti formali [...] tutto può diventare giurisdizione, ma altrettanto bene può diventare ‘norma’ e normazione ed infine anche costituzione”. Ivi, 64.

⁶⁰ Ivi, 63, 65 e 68-69. Volendo salvare la possibilità di un controllo diffuso in base al parametro di costituzionalità della legge, Schmitt si preoccupa di precisare che, nei casi ‘facili’ di *judicial review* da lui ammessi, “Non si sussume affatto, ma si constata soltanto una contraddizione e dopo si decide quale fra le due norme contrastanti debba aver validità e quale debba rimanere ‘senza applicazione’”. Ivi, 71.

del diritto⁶¹.

Schmitt sceglie di non recuperare il decisionismo giudiziario temperato delle posizioni precedenti, dal quale pure sarebbe stato possibile avanzare delle critiche ai poteri attribuiti ai giudici costituzionali, perché vuole presentare la sua prospettiva come del tutto interna all'idea di giurisdizione propria dello Stato liberale di diritto⁶². Così facendo, tuttavia, finisce per ripetere gli errori tipici della giurisprudenza dei concetti [*Begriffsjurisprudenz*] dell'epoca precedente, una critica che Kelsen non mancherà di fare nella propria replica⁶³.

Schmitt elabora cioè un proprio concetto ideale di giurisdizione a cui attribuisce alcune caratteristiche selezionate in modo in realtà arbitrario, dalle quali fa discendere importanti conseguenze normative. Nel farlo, compie quella che si può definire come una creazione di norme implicite, ricavate tramite ragionamenti deduttivi le cui premesse non sono norme positive esplicite ma piuttosto costruzioni dottrinali dello stesso Schmitt. Il problema è che il modello proposto non corrisponde, né ha mai corrisposto, alla realtà effettiva della giurisdizione, che certo non può dirsi limitata a operazioni meccaniche di sussunzione, come anche Schmitt ben riconosceva nel 1912⁶⁴.

La ricostruzione schmittiana, peraltro, non offre mai una definizione davvero esauriente dei concetti di cui fa uso, primi fra tutti quelli di “sussunzione” e di “fattispecie”, come notato da un antidogmatico quale Kelsen⁶⁵. La stessa critica si può muovere del resto alla rappresentazione della legge e del parlamento: offrendone un'immagine idealizzata per quanto riguarda il passato, per Schmitt è facile denunciarne l'evoluzione nella società di massa come una degenerazione⁶⁶.

5. Emergenza e custodia politica della costituzione

Tra le obiezioni scopertamente estranee al ragionamento giuridico mosse da Schmitt alla tutela giurisdizionale della costituzione, ve n'è una particolarmente efficace, svolta sul piano dell'effettività: la decisione giudiziaria sulle materie politicamente decisive giungerebbe inevitabilmente troppo tardi, e questo

⁶¹ Si veda C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912 (2ª ed., München, 1969), trad. it. di E. Castrucci, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, 2016. Nel saggio del 1912 su *Legge e Giudizio*, Schmitt aveva sostenuto posizioni definibili come un decisionismo giudiziale giusrealista, influenzato dalla Scuola del diritto libero tedesca e moderato dal parametro dell'aderenza convenzionale dei giudici alla prassi collettiva, come da essi stessi autorappresentata. Ivi, 93.

⁶² In effetti, rappresentano problemi reali per la giustizia costituzionale, assai più che per l'ordinaria: il ruolo di vera e propria creazione di diritto che nel libro del 1912 Schmitt ammetteva svolgesse la prassi, la difficoltà a individuare per una corte costituzionale (specie se accentrata e a composizione mista) un idealtipo giudiziale di riferimento a cui applicare il metodo dell'adesione a una pratica collettiva, la presenza di “norme culturali” e “dinamiche” operanti accanto alla legge (ivi, 113) o le stesse proposizioni indeterminate inserite in una costituzione.

⁶³ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 244.

⁶⁴ Per la definizione teorica del modo di operare che attribuisco a Schmitt, R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 65.

Per quanto riguarda le critiche di Kelsen, si veda H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 245. Peraltro, per Kelsen anche quelle che sono usualmente definite come questioni di fatto sono comunque riconducibili al problema della qualificazione giuridica del fatto e sono in realtà questioni di diritto. Contraddizioni interne al modo d'intendere la giurisdizione vi sono anche ne *Il custode della costituzione*, cit., 75, dove, dopo che si è sostenuta la teoria della sussunzione, si dice però che “in ogni decisione, perfino in quella di un tribunale che decide processualmente sussumendo in modo conforme alla fattispecie, c'è un elemento di pura decisione, che non può essere derivato dal contenuto della norma.”

⁶⁵ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 244, 246, dove Kelsen accusa direttamente Schmitt di non offrire un'esauriente descrizione del proprio concetto di giurisdizione, che non sarebbe che un “sostanziale ritorno a concezioni già da tempo ritenute errate” (ivi, 244). Appunto per questo si può però vedere in quella di Schmitt un'efficace sintesi della concezione ‘classica’ euro-continentale di giurisdizione, questa la lettura di G. BISOGNI, *La politicità del giudizio della leggi*, cit., 18 e ss.

⁶⁶ È una tecnica argomentativa che Paolo Petta definisce tipica di Schmitt, il quale “[...] muovendo dalla ricostruzione della teoria avversaria sulla base della “communis opinio”, o di formulazioni di maniera fatte proprie dagli avversari, ne dimostra poi la non conciliabilità con la realtà dei fatti, per concludere trionfalmente col rifiuto e della teoria tradizionale, definita anacronistica e astratta, e della realtà presente, definita degenerata perché diversa da quella esperienza”. P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 549.

avverrebbe in misura direttamente proporzionale allo sforzo di rendere quella costituzionale una ‘vera’ giurisdizione dal punto di vista processuale. A partire da questa posizione, si può meglio comprendere perché Schmitt proponga un potere dotato di una forte legittimazione politica e di ampi mezzi esecutivi, ossia il Presidente del *Reich*, come vero custode dalla costituzione. Tuttavia, la riflessione schmittiana del 1931 sul Presidente, nel suo tentare di tenere insieme gli elementi della terzietà e della politicità in una medesima figura, riprende e sviluppa anche quanto precedentemente scritto dall’autore in merito al concetto di dittatura e all’interpretazione del ‘famigerato’ art. 48 della Costituzione di Weimar sullo stato costituzionale d’emergenza e sui poteri presidenziali⁶⁷.

Non vi è qua lo spazio per ricostruire in modo esauriente l’evoluzione dei celebri concetti schmittiani di dittatura commissaria e sovrana, a partire dallo scritto su *La dittatura* del 1921 e fino alla proposta del Presidente del *Reich* come custode della costituzione avanzata in parallelo alla critica della giurisdizione costituzionale. Si può però tentare di rendere un quadro generale della proposta di *custodia politica* della costituzione che Schmitt riteneva così necessaria nella fase terminale di Weimar, davanti alle fortissime pressioni a cui era effettivamente sottoposta la Repubblica. Per farlo, occorre necessariamente mettere in rilievo alcuni aspetti delle costruzioni dottrinarie precedenti, visto che, nel riproporle nel 1931, Schmitt vi imprime alcuni ‘coperti’ ma importanti cambiamenti. Del resto, è qua appena il caso di notare come la categoria di una garanzia politica ma, al contempo, neutrale della costituzione, nonché la stessa formula d’origine schmittiana di un “custode della costituzione”, rappresentativo o meno di un’unità presupposta, abbiano avuto ampia fortuna anche dopo la caduta in disgrazia del futuro *Kronjurist* del Terzo *Reich*⁶⁸.

Nel libro del 1921 su *La dittatura*, Schmitt ricostruisce la storia del concetto, distinguendone due tipologie: la dittatura *commissaria* e la dittatura *sovrana*. Fra queste, la prima consisterebbe nel significato originario e più antico del termine, rimandando alla figura del *dictator* della Roma repubblicana, al quale veniva affidato dal senato un potere svincolato dai limiti legali, allo scopo di salvare l’ordinamento in momenti eccezionali di crisi.

Il ‘tipo’ rappresentato dal dittatore romano, dunque, agisce per porre fine a una specifica emergenza che minaccia esistenzialmente la collettività, adottando tutti i mezzi concretamente necessari per farvi fronte, al di fuori dell’ordine legale ‘normale’, ma con il solo scopo di salvare proprio tale ordine, essendogli precluso il potere di mutarne in maniera permanente i caratteri tramite modifiche della costituzione. Il mandato del dittatore, rigorosamente temporaneo, gli viene conferito con una procedura prestabilita dagli organi costituiti e, finché è in carica, la legittimità di questa figura rispecchia la legittimità dell’ordine costituzionale esistente, che egli è chiamato a difendere. Si tratta perciò di una legittimazione che origina dall’alto, non dal basso: se il commissario agisce effettivamente fuori al diritto, non può però in nessun caso abolirlo⁶⁹.

A questa tipologia ‘originaria’ di dittatura, che, pur conoscendo un’evoluzione interna da Roma all’*Ancien*

⁶⁷ Circa la scarsa efficacia di una decisione di tipo giudiziario sulle materia politicamente decisive, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56.

I riferimenti in merito all’art. 48 e all’idea di dittatura in Schmitt sono C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, Berlin, 1921 (4ª ed., 1978), trad. it. a cura di A. Caracciolo, *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 2006 e C. SCHMITT, *Die Diktatur des Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 1, 1924 (2ª ed. 1927), 146, trad. it. di A. Caracciolo, *La dittatura del Presidente del Reich secondo l’articolo 48 della Costituzione di Weimar* (d’ora in poi cit. *La dittatura del Presidente del Reich*), in appendice a *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 2006. Nella vasta letteratura sul tema, M. LUCIANI, *Carl Schmitt e il concetto di dittatura*, in *Diritto e società*, an. 1, 1975, 545-559; C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.; J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, in D. Dyzenhaus (cur.), *Law as Politics*, cit.

⁶⁸ Una concezione del Capo dello Stato come custode della Costituzione, in cui riecheggiano alcuni aspetti schmittiani, è quella a suo tempo espressa da C. ESPOSITO *Capo dello Stato* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, VI, 1960, 237 e ss. Per una storia concettuale della categoria della custodia costituzionale da parte di un potere neutrale, anche aldilà della dimensione esclusivamente giuridica, si rimanda a P. P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. Gozzi (cur.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997.

⁶⁹ Circa il concetto di dittatura commissaria, si veda C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 21 e ss. Non è qui possibile soffermarsi sui cambiamenti subiti dal concetto, basti dire che Schmitt compie un’accurata analisi di come i pensatori ‘classici’ europei dei secoli XV-XVII abbiano ripreso e riutilizzato l’idea romanistica, integrandola nel funzionamento dello Stato moderno, ivi, 47-59.

Régime, mantiene il carattere di specifico mezzo ‘tecnico’ emergenziale, viene progressivamente affiancarsene una seconda, ossia la dittatura che Schmitt qualifica come *sovrana*. Tale dittatura è sovrana in quanto mira alla distruzione immediata dell’ordine costituito, allo scopo di crearne uno nuovo, e proprio da questo nuovo ordine ancora da costruire deriva la propria legittimazione, che è dunque una legittimazione rivoluzionaria e che mira al contempo a essere democratica, in quanto basata sul richiamo al popolo⁷⁰.

Seguendo l’elaborazione della teoria del “*pouvoir constituant*”, durante la Rivoluzione francese, la ‘nuova’ dittatura mantiene il proprio carattere ‘mandatario’, ma il mandante diventa il potere costituente popolare, inteso come svincolato da qualsiasi norma e sempre legittimato a darsi una nuova costituzione, essendone l’unico fondamento. Se, dunque, opera ancora l’idea che il dittatore rappresenti qualcun altro, è chiaro, che, nella misura in cui il rappresentato diventa una grandezza non istituzionalizzabile come il popolo, nella sua veste di potere costituente, il potere concreto del dittatore diventa realmente illimitato e sovrano, in quanto instaura il nuovo ordinamento conforme alla volontà di un soggetto che resta però incapace di esprimersi in modo diretto⁷¹.

Negli anni seguenti, l’orizzonte concettuale evocato dall’analisi dell’idea di dittatura tornerà a essere impiegato in rapporto all’art. 48 della Costituzione di Weimar, che stabiliva i poteri emergenziali conferiti al Presidente e i loro limiti. In assenza di una disciplina legislativa, e viste le ricorrenti crisi della Repubblica, le ordinanze presidenziali ex art. 48 si erano andate a trasformare in un metodo ricorrente non soltanto dell’azione emergenziale dei governi sostenuti dal Presidente, ma anche in un mezzo di autentica legislazione. Una situazione che doveva aggravarsi in modo irreversibile dopo il 1930 ed essere al centro dello stesso processo del 1932, visto che il *Reich* avrebbe agito contro la Prussia proprio tramite i poteri previsti dai co. 1 e 2 dell’art. 48⁷².

Nel 1924, Schmitt dedica uno studio esclusivamente all’art. 48, ma la disposizione diventa ancora più importante nella proposta presidenzialista nel 1931. Già nello scritto del ‘24, Schmitt svolge un’analisi

⁷⁰ Per Schmitt il carattere di immediata opposizione ad una minaccia concreta (un nemico) è essenziale a ogni tipo di dittatura, ma nel tipo commissario ci si rivolge contro una minaccia rivolta *verso* l’ordinamento, nel tipo sovrano di dittatura il nemico da abbattere diventa l’ordine costituito stesso, in nome di una legittimità posta altrove.

⁷¹ Ivi, 180-183, dove Schmitt specifica che “la volontà riguarda soltanto la persona del rappresentante e la decisione se debba verificarsi o meno la rappresentanza”, ivi, 181. Il potere costituente è cioè una grandezza dipendente dal rappresentato per quanto riguarda la propria espressione. Schmitt si richiama in particolare alla teoria di Sieyès (ivi, 176-177), ma fra i pensatori illuministi che pone alla base del mutamento del concetto della dittatura vi sono Mably e Rousseau, visti come la logica anticipazione della dittatura giacobina, ivi, 146-157. Tuttavia, se il prototipo della dittatura sovrana è rappresentato, per Schmitt, dal Terrore giacobino, è chiaro che la preoccupazione assai concreta dell’autore va alla rivoluzione bolscevica del 1917 e al rischio di una rivoluzione analoga in Germania. Si può concordare con John McCormick quando scrive che, nel 1921, Schmitt traccia una distinzione concettuale fra i due tipi storico-ideali di dittatura appunto per mettere in guardia contro l’evoluzione rappresentata dal secondo tipo, a fronte del giudizio positivo dato dall’autore sulla dittatura commissaria. J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 219-220.

⁷² Sull’art. 48, la norma più discussa della Costituzione di Weimar, si tornerà. L’importanza dell’articolo invita tuttavia a riportarlo già adesso per intero, nella traduzione italiana di Costantino Mortati.

Art. 48 della Costituzione tedesca del 1919:

«Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l’aiuto della forza armata.

Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell’ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 [libertà personale], 115 [inviolabilità del domicilio], 117 [segreto epistolare e postale], 118 [libertà di stampa e dalla censura], 123 [diritto di riunione], 124 [diritto d’associazione] e 153 [proprietà privata].

Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda.

Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare pel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag».

Norme più particolari saranno date con legge del Reich”. C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946 (parentesi al testo dell’articolo mie). Per uno studio critico sulla genesi e l’evoluzione dell’art. 48 si veda V. FROSINI, *La democrazia pericolante. Note storiche sull’articolo 48 della Costituzione di Weimar*, in *Diritto e società*, 1979, 315-328.

⁷² C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 265-267.

dettagliata del testo costituzionale, secondo due diverse direttrici: da un lato l'autore espande la portata dell'art. 48, co. 2, considerando come disposizione generale e legittimante ogni necessario intervento emergenziale la prima parte del secondo comma, dall'altra cerca di porre dei limiti al potere emergenziale del Presidente, benché 'esterni' rispetto alla lettera del dettato costituzionale⁷³.

È chiaro già in quest'occasione come l'interpretazione estensiva dell'art. 48 miri a recuperare il concetto fondamentale della dittatura commissaria: ossia che il dittatore debba disporre di tutti i mezzi necessari per porre fine alla specifica minaccia che è chiamato ad affrontare. Ciò riflette la costante schmittiana per cui ogni costituzione statuisce la propria "situazione normale" o il proprio "ordine", che vale, fintato che esiste realmente, come condizione per la vigenza di tutte le specifiche disposizioni costituzionali. È la situazione fattuale concreta a determinare gli strumenti giuridici che si renderanno necessari alla sua risoluzione, mentre l'emergenza reale non può essere imbrigliata a priori da specifiche norme procedurali⁷⁴. Non a caso, non hanno natura procedurale i limiti che Schmitt pur pone ai poteri d'emergenza; fra questi, il più importante, derivato dalla stessa nozione di dittatura commissaria, è il fatto che il Presidente non possa utilizzare i propri poteri eccezionali per modificare la costituzione o abolire gli altri organi costituzionali, un chiaro rimando al carattere funzionale del commissario e alla temporaneità del suo incarico⁷⁵. Tuttavia, pur attenuando lo stesso rigetto dell'equiparazione fra i decreti presidenziali e la legge, lo Schmitt del 1924 appare come ancora desideroso di porsi da un punto di vista interno allo Stato di diritto, sebbene il giudizio dato sulla coerenza dell'art. 48 appaia nel complesso meno critico che nel 1921, se non addirittura positivo⁷⁶.

Invece, l'interpretazione e il ruolo dell'art. 48 della Costituzione entro il sistema schmittiano presentano significativi cambiamenti nello scritto su *Il custode della costituzione* del 1931. Qui il potere d'emergenza diventa parte integrante della proposta presidenziale avanzata dall'autore, fino a diventare esso stesso un metodo di funzionamento *normale* dello Stato. Un passo rilevante, in tal senso, è la delineazione dello stato di necessità e d'eccezione economico finanziario, inteso come naturale conseguenza della centralità che l'economia viene ad acquisire nello Stato 'post-liberale' novecentesco. La seconda innovazione introdotta dall'autore è l'ammissibilità di un potere *legislativo* d'emergenza in capo al Presidente, a partire dall'ambito economico, ma in realtà in forma molto più generale, fino a delineare nell'art. 48 la vera e propria fonte di una 'legislazione di riserva'⁷⁷.

⁷³ C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit. e ID., *Il custode della costituzione*, cit., 176-199.

Circa l'espansione dei poteri presidenziali, l'autore distingue un potere d'intervento provvedimentale e concreto, inteso come mai generale, da un ulteriore facoltà presidenziale di porre in atto sospensioni generalizzate su tutto il territorio nazionale dei soli diritti di libertà menzionati dall'art. 48, co. 2. Si badi che per SCHMITT il potere d'intervento provvedimentale non è invece limitato a suddetti diritti. C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 265-267, 288-291. Del resto, è vero che fin dai primi anni della Repubblica, la prassi aveva portato a estendere l'uso dell'art. 48 anche oltre i diritti previsti. Gli (scarsi) limiti espliciti forniti dal testo dell'art. 48 consistevano nell'obbligo di controfirma ministeriale alle ordinanze d'emergenza e nel diritto parlamentare d'annullamento. Sulla dottrina tedesca in merito ai limiti dell'art. 48, si veda anche G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 203-217.

⁷⁴ Si vedano le espressioni citate ivi, 283-284, 294. La dipendenza dalle circostanze di fatto esterne appare del resto limitata alla sola dittatura commissaria. Nella sistematica decisionista schmittiana la dittatura sovrana si ricollega al *pouvoir constituant* popolare, ma non necessita affatto della pressione esterna per tentare di imporsi.

⁷⁵ C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 296 e 285-287.

⁷⁶ Schmitt, ne *La dittatura* del 1921, aveva scritto che le misure ex art. 48 co. 2 "[...] dovranno essere sempre misure di fatto, altrimenti quest'autorizzazione illimitata significherebbe dissolvere lo Stato di diritto esistente e attribuire la sovranità al Presidente del Reich; non potranno mai essere quindi [le misure ex art 48] atti legislativi o giurisdizionali", ivi, 244.

Nel 1921 Schmitt aveva anche fatto riferimento a "contraddizioni" nel fraseggio dell'art. 48 della Costituzione di Weimar che "[...] hanno la loro radice in una combinazione di dittatura sovrana e dittatura commissaria e sono perciò perfettamente coerenti con uno sviluppo storico nel quale questa confusione è tutt'altro che risolta", C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 246. Nel 1924 Schmitt sembra invece negare che il testo costituzionale dia adito a confusioni, in quanto le due forme di dittatura non possono coesistere né in uno Stato di diritto può darsi una dittatura sovrana ("O dittatura sovrana o costituzione: l'una esclude l'altra", ivi, 278). Ciò trova la sua spiegazione se si tiene conto che il proposito di Schmitt nel 1921 appare appunto quello di chiarire la "contraddizione" rinvenuta nell'art. 48 ripercorrendo l'origine storica del concetto di dittatura, mentre nel 1924 egli pare piuttosto volere risolvere nelle circostanze presenti i problemi nati dalla dittatura del Presidente, offrendo una ricostruzione che si propone di rendere coerente con l'ordinamento l'art. 48.

⁷⁷ Circa la nuova centralità dell'economia, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 182. Chiaro il legame con la situazione sociale tedesca dopo il 1929.

Tuttavia, se Schmitt lega l'istanza della difesa della costituzione nel caso critico di minaccia alla figura del *Reichspräsident*, buona parte de *Il custode della costituzione* è invece occupata dal recupero e dallo sviluppo della teoria del potere neutrale e pacificatore del Capo dello Stato.

Sembrano cioè dipanarsi dal pensiero di Schmitt due filoni: l'uno 'emergenziale' e volto a riflettere su come l'ordinamento debba rispondere alla propria messa in discussione, l'altro orientato alla costruzione del modello del Presidente come 'garante' neutrale della costituzione e rappresentante di un'unità presupposta. Il giurista tedesco fa riferimento alla necessità di "un ufficio non sovra, ma coordinato" rispetto agli altri organi dello Stato, che svolga il ruolo di "terzo neutrale"⁷⁸.

La figura istituzionale di questo terzo neutrale viene ricostruita da Schmitt a partire dalla teoria del "*pouvoir neutre, intermédiaire, régulateur e preservateur*" di Benjamin Constant, configurandosi perciò come interna al costituzionalismo borghese, e conservandone la caratteristica tipica della ricerca di un (ri)equilibrio fra i poteri. L'istanza "preservatrice" del Capo dello Stato (che rimanda chiaramente al ruolo del monarca in una forma di governo parlamentare) verrebbe a rappresentare "la continuità e la permanenza dell'unità statale" [corsivi dell'autore], rappresentando dunque un "genere speciale di autorità" dotata di ampia "considerazione morale"⁷⁹.

Nella temperie dei primi anni '30, il *pouvoir neutre* è per Schmitt un potere che recupera gli aspetti propri dell'idea di autorità, ma con una speciale attenzione al ruolo di mediatore, appunto per far fronte alla divisione pluralistica della società e di una politica ormai da questa compenetrata. Al contempo, proprio a partire dalla descrizione schmittiana del funzionamento di questo nuovo "Stato conciliatore" – dove il ruolo di intermediario neutrale, nel senso di sottratto alle influenze di partito, è rivestito dal Presidente e da una burocrazia tecnicamente informata e centralizzata – è possibile vedere i segni delle contraddizioni interne alla proposta schmittiana⁸⁰. Lo Stato "conciliatore", rappresentato dal Presidente, opererebbe infatti in stadi consecutivi, proporzionali ai gradi di difficoltà della ricomposizione a unità della spaccatura pluralistica e all'evolversi del pluralismo stesso. Solo nel caso estremo e irreparabile di spaccatura sociale il Presidente-conciliatore è tenuto a compiere un'autentica "decisione aperta", unilaterale e indipendente dalla volontà espressa dalle parti, con un chiaro rimando alla teoria decisionista dell'autore⁸¹.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di un potere assimilabile a quello legislativo in capo al Presidente ivi, 181, 183, 185, 191. Schmitt scrive ormai di un potere di emanazione di ordinanze sostitutive della legge e a essa equiparate (ivi, 183) o di decreti-legge (ivi, 181). Rispetto alle posizioni espresse dallo stesso Schmitt nel 1924, e ancora nel 1928, si tratta di un cambiamento notevole e, infatti, l'autore si preoccupa di giustificarlo. Nel farlo, si richiama alla forza della prassi costituzionale, della giurisprudenza e della stessa dottrina dominante, che mostrano una compiuta accettazione del potere legislativo del Presidente, o, più correttamente, dei governi basati esclusivamente sulla fiducia del Presidente. Ivi, 184-185, 191.

⁷⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 203 e ss., dove Schmitt precisa che le divergenze tra gli organi dello Stato potrebbero sì essere "rimosse dall'alto da un più forte potere politico", configurando dunque un rapporto di gerarchia, ma "questo non sarebbe allora il custode della costituzione, sibbene il signore sovrano dello Stato".

⁷⁹ Schmitt fa riferimento a B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, in *Collection complete des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, 14 e ss., e ID., *Cours de politique constitutionnelle*, 1818, Vol. I, 13 e ss., citato in C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 204. Circa il legame fra Stato di diritto, distinzione dei poteri e "potere mediatore" e neutrale, si veda ivi, 210.

Per le citazioni, ivi, 209. Proprio nel richiamare la dimensione dell'autorità, Schmitt propone un recupero del dualismo romano e medievale fra auctoritas e potestas, laddove, se costitutivi di ogni forma di potere effettivo sono concetti quali sovranità e maestà, l'autorità rimanda invece a una dimensione "etico-sociale", un aspetto che "contiene un riferimento alla tradizione e alla durata". Anche *Dottrina della costituzione*, cit., 109, nota n. 1. Lo stesso Schmitt è consapevole di quanto poco il monarca costituzionale tedesco si fosse limitato a regnare, nel Secondo Reich, svolgendo invece, tramite i suoi ministri, un autentico ruolo di governo (del gouverner più che del régner). Per questo si premura di precisare che la dottrina da lui proposta si richiama alla concezione monarchico-liberale francese, in opposizione alla dottrina tedesca del XIX secolo. Questo tuttavia non toglie che, come noterà Kelsen, nel concreto la figura del *Reichspräsident*, per i poteri che gli assegna Schmitt, risulti più simile a quella della monarchia dualistica guglielmina che del modello di Constant. Si veda H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 232-233.

⁸⁰ Circa il ruolo della burocrazia in uno Stato democratico e il tipo di indipendenza da essa rappresentato, si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 229-230 e 170-178. Sull'argomento dei rapporti fra burocrazia tecnicizzata e leader carismatico (ossia il Presidente), il dialogo di Carl Schmitt con il pensiero di Max Weber è costante, si veda, oltre alle pagine de *Il custode della costituzione* sopra citate, C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 220-221.

⁸¹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 224. Per il caso estremo in cui il Presidente decide autoritativamente, ivi, 212 e 226, dove si rimarca come il momento decisorio sia possibile solo "fino a che il sistema pluralistico non abbia ancora occupato

Il problema è che, a ben vedere, l'ultimo e più grave stadio, anziché essere l'eccezione, diventa facilmente la regola. Esso è, in altre parole, non solo l'unico ritenuto in realtà decisivo da Schmitt, ma anche l'unico che è presentato come possibile in uno scenario di estrema conflittualità pluralistica. A questo proposito, è evidente che Schmitt costruisce il suo modello a partire dalla propria interpretazione della realtà tedesca, ma lo fa in modo che gli stadi intermedi, quelli della conciliazione e della ricomposizione vigilata dalla rottura sociale, appaiano ormai inattuabili. La realtà descritta dall'autore corrisponde indubbiamente alla situazione in cui allo Stato si presenta l'ineludibile alternativa fra il "cessare di esistere come unità" e il "produrre una decisione"⁸².

Lo stesso vale per la ricostruzione dei rapporti fra gli organi politici, in particolare fra Parlamento e Governo del *Reich*, in merito Schmitt costruisce sì il sistema del potere neutrale come distinto da un esecutivo che sia espressione di una maggioranza parlamentare, ma lo fa in un momento nel quale questa situazione risulta ormai superata dall'emergere dei governi basati sulla sola fiducia del Presidente. Inoltre, se si tiene conto dei poteri emergenziali ex art. 48, uniti alla possibilità di sciogliere il *Reichstag* (art. 25) e di indire un referendum (art. 73.) e se si considera che ogni intervento presidenziale, finanche la decisione sulla 'dittatura commissaria' ex art. 48, era unilateralmente deciso dal Presidente stesso, allora appare evidente l'impossibilità della pura neutralità di questa figura, anche volendo immaginare una neutralità solo partitica e non politica. Peraltro, questa forma di neutralità è una categoria che proprio Kelsen rileverà essere impossibile, in una moderna società di massa, in quanto la stessa elezione diretta del Presidente-custode, in realtà, mostra come siano pur sempre i partiti a concorrere con i propri candidati alla carica⁸³.

Il punto, in verità, è che proprio dalla trasformazione del *Reichstag* nel teatro del pluralismo sociale, con conseguente disfacimento del concetto liberale della legge, Schmitt ricava la necessità di superare il parlamento quando incapace di decidere in favore dell'istanza presidenziale. Si tenga inoltre presente che, considerando che Schmitt già attribuiva al Presidente una facoltà di intervento provvedimento pressoché illimitato, il fatto che, nel 1931, gli riconosca anche una potestà legislativa, che si *aggiunge* ai preesistenti poteri, rende la figura del *Reichspräsident* il *dominus*, più che il custode, dell'ordinamento. Schmitt, nel 1931, è cioè disposto ad abbandonare non solo il già criticato parlamentarismo, ma anche lo stesso Stato di diritto, in favore di uno Stato amministrativo con forti elementi cesaristici⁸⁴. Eppure, egli non rinuncia a presentare comunque la propria teoria come ancora 'interna' al *Rechtsstaat* e dunque come una forma di dittatura commissaria, mentre in realtà vi sono già molti tratti di una dittatura sovrana.

Esaminando *La dittatura* del 1921, si è visto come la dittatura sovrana non corrisponda alla semplice instaurazione unilaterale di un potere per via rivoluzionaria, ma venga invece configurata da Schmitt come il frutto di una determinata concezione moderna del potere costituente, sulla base della quale il dittatore opera come agente del popolo sovrano, inteso come grandezza extra-legale e non istituzionalizzabile.

Tuttavia, considerando che per Schmitt corrisponde all'ideale democratico che il popolo mantenga sempre la funzione di titolare di ultima istanza di un potere costituente *permanente*, e che il Presidente del Reich era eletto direttamente dall'intero corpo elettorale, sembra possibile intendere anche il *Reichspräsident* come 'commissario' del *popolo unito* e, di conseguenza, come molto più vicino alla stessa originaria definizione schmittiana di dittatore sovrano che a quella del dittatore commissario⁸⁵. Schmitt può anche non attribuire esplicitamente a tale *leader* carismatico un mandato per riscrivere legittimamente la costituzione, ma ciò non

tutte le parti del complesso statuale", confermando plasticamente come nel pensiero schmittiano sia sempre presupposta l'esistenza di un'autonoma sfera statale.

⁸² Ivi, 225. È il pluralismo stesso ad essere definito da Schmitt come "anticostituzionale", ivi, 199.

⁸³ Così H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 237-238. Le vicende tedesche, sotto questo punto di vista, non mostrano eccezioni. Nelle elezioni della primavera 1932, il Presidente Hindenburg a cui Schmitt pensava come capo apartitico nello scrivere il saggio del '31, sarebbe stato rieletto contro Hitler con il supporto dei social-democratici, certo non congeniali a un vecchio generale prussiano conservatore. Nel postulare un rapporto diretto e immediato fra le masse e il *leader*, Schmitt si pone in un orizzonte pre-moderno, come rilevato già ai tempi da Otto Kirchheimer, ma, al contempo, prefigura suo malgrado alcuni tratti del regime di Hitler, capo carismatico in un senso ben più temibile di Hindenburg e delle cerchie conservatrici tedesche a cui Schmitt rivolgeva il suo sostegno.

⁸⁴ Ivi, 242, dove si sostiene che al Presidente sia data la possibilità di unirsi direttamente con la volontà politica generale del popolo tedesco.

⁸⁵ Un ragionamento simile è formulato da J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 234. Sul potere costituente del popolo e di come non possa mai 'esaurirsi' una volta per tutte, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 130-132.

toglie che egli la possa quantomeno ignorare, in nome di una ‘costituzione parallela’ incentrata sull’art. 48 e sulla ‘sostanza politica’ della seconda parte della Costituzione di Weimar⁸⁶.

Ugualmente, una volta inquadrati i compromessi dilatori come decisioni sulle quali l’Assemblea costituente (nella sua veste di autentico dittatore sovrano) non si è espressa, ma la cui inevitabile risoluzione ha demandato a una successiva determinazione del popolo, Schmitt può ben lasciare intendere che è il Presidente, in quanto mandatario eletto da tutto il popolo, a essere legittimato a risolverli⁸⁷.

6. La parabola della Repubblica di Weimar: dai primi anni alla crisi

Per comprendere il contesto nel quale si svolse il dibattito sulla difesa della costituzione e del suo guardiano, è bene tenere a mente le circostanze storiche del tutto particolari che caratterizzarono la Repubblica di Weimar fin dalla sua nascita e poi nei suoi primi anni di vita.

La giovane democrazia apparve dover fronteggiare subito numerosissime sfide, rese particolarmente evidenti dalla sua stessa origine rivoluzionaria. Proclamata la Repubblica dopo l’abdicazione e la fuga del kaiser Guglielmo II nel novembre 1918, mentre sul fronte occidentale già si era verificato il crollo militare e l’esercito si ritirava verso la Germania, il nuovo regime repubblicano e i partiti che lo sostenevano dovettero subito fronteggiare l’ostilità dei radicali di destra e di sinistra.

Gli anni che vanno dal 1919 al 1923 videro susseguirsi, in rapida successione, tentativi d’instaurare repubbliche su modello sovietico, sollevazioni operaie, falliti putsch controrivoluzionari e omicidi politici. La repressione di questi moti fu violenta e, quando vi furono da fronteggiare sollevazioni di ispirazione bolscevica, fu spesso affidata dal governo socialdemocratico a forze paramilitari nazionaliste [*Freikorps*], non inquadrati nell’esercito regolare [*Reichswehr*]. A questa situazione politica esplosiva si accompagnarono le dure condizioni di pace dettate dagli Alleati dell’Intesa alla Germania sconfitta col trattato di Versailles e la crisi economica post-bellica, culminata nell’inflazione del 1923-1924⁸⁸. In effetti, proprio questi eventi drammatici permettono di comprendere come mai il tema della dittatura e della rottura dell’ordine costituzionale o della sua difesa venissero ad assumere importanza già dall’inizio degli anni ’20. Ugualmente, il nuovo clima politico e la continua mutevolezza della situazione istituzionale dovettero esercitare il proprio influsso su tutti i giuristi tedeschi, soprattutto se si considera la differenza rispetto al clima di continuità ed evoluzione entro le strutture viste come predeterminate e immutabili del vecchio *Rechtsstaat* guglielmino. Non a caso, non è solo il tema della *conservazione* dell’ordine politico-costituzionale a essere posto al centro della riflessione weimariana, ma anche quello della sua (ri)fondazione su basi nuove, che differiscono a seconda degli orientamenti politici e dottrinari degli autori, eredi di una tradizione giuridica illustre com’era quella germanica⁸⁹.

Dopo i primi anni travagliati, la Repubblica parve finalmente aver raggiunto la stabilità politica ed

⁸⁶ Jean-François Kervégan fa riferimento a una “seconda costituzione” e a dei “legislatori straordinari” (il popolo, il Presidente), J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit., Capitolo V. *Legittimità*.

⁸⁷ Così D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 79-80.

⁸⁸ Gli studi storici sul periodo di Weimar e sulla sua fine sono moltissimi; solo per citarne alcuni, W. L. SHIRER, *The Rise and Fall of the Third Reich*, New York, 1960, trad. it. di G. Glaesser, *Storia del Terzo Reich*, Torino, 1962; M. L. SALVADORI, *Storia dell’età contemporanea*, Torino, 1976; E. KOLB, *Die Weimarer Republik*, München-Wien, 1984, trad. ing. di P. S. Falla and R. J. Park, *The Weimar Republic*, Abingdon (UK), 1988 (2ª ed. 2005); H. MOMMSEN, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar*, Berlin, 1989, trad. ing. di E. Forster, L. E. Jones, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, 1996; G. E. Rusconi, H. A. Winkler (curr.), *L’eredità di Weimar*, Roma, 1999; E. D. WEITZ, *Weimar Germany: promise and tragedy*, Princeton, 2007; J. CHAPOUTOT, *Le meurtre de Weimar*, Paris, 2015, trad. it. di L. Falaschi, *L’affaire Potempa. Come Hitler assassinò Weimar*, Roma-Bari, 2017; B. C. HETT, *The Death of Democracy. Hitler’s Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*, New York, 2018; B. RÜDIGER, F. HAUKE, *Die Totengräber. Der letzte Winter der Weimarer Republik*, 2018, Frankfurt am Main, trad. it. di F. Peri, *I becchini. L’ultimo inverno della Repubblica di Weimar*, Milano, 2019.

⁸⁹ Peralto, non sempre si riscontra una coincidenza fra le posizioni dottrinarie e metodologiche innovative proposte da un autore del periodo e il suo personale credo politico conservatore. Nel campo della dottrina dello Stato e del diritto pubblico, gli eredi del pensiero positivista del periodo precedente (e dunque di Georg Jellinek e Paul Laband) erano perlopiù di orientamento liberale, come, ad esempio, Gerhard Anschütz e Richard Thoma. Rispetto a questi autori, un giurista politicamente conservatore quale Rudolf

economica. Dalle elezioni del maggio 1928 emerse una maggioranza parlamentare formata da una coalizione di partiti ‘costituzionali’, che fu in grado di formare un governo, affidato al socialdemocratico Hermann Müller. La stabilità doveva tuttavia durare poco. La crisi economica del 1929 si abbatté su di una Germania ancora pesantemente dipendente dai prestiti americani, portando al collasso dell’economia e a una crescita esponenziale dei disoccupati. Le tensioni sulla politica economica da intraprendere, e su quale strato sociale dovesse sopportare maggiormente il peso della crisi, portarono alla spaccatura della grande coalizione e a una situazione di stasi. Quando il Cancelliere Müller si dimise, nel marzo 1930, la rottura fra i partiti democratici era già avvenuta e appariva difficile formare un nuovo governo che ottenesse la fiducia del *Reichstag*. Poche speranze in tal senso pareva avere anche Heinrich Brüning, esponente del partito cattolico del *Zentrum* ed esperto di materie economiche, insediato dal Presidente a capo di un fragile gabinetto di minoranza.

È in tale scenario che, nei circoli burocratici e militari vicini al presidente Hindenburg, maturò l’idea di un esecutivo Brüning sostenuto dall’esclusiva fiducia del Presidente, che governasse tramite le ordinanze emergenziali previste dall’articolo 48 co. 2 della Costituzione. Tale governo avrebbe tentato di appoggiarsi alle forze centriste in Parlamento, usando però il potere di sciogliere il *Reichstag*, che l’art. 25 conferiva al *Reichspräsident*, nel caso la maggioranza dei partiti avesse votato per il ritiro delle misure emergenziali, facoltà prevista dal co. 3 dello stesso art. 48⁹⁰. Se si fosse arrivati ad un voto di sfiducia, il Presidente avrebbe sciolto il Parlamento e nei sessanta giorni massimi costituzionalmente previsti per le nuove elezioni si sarebbe provveduto a governare tramite ordinanze emergenziali. Il fatto che il Governo potesse rimanere in carica dopo un voto di sfiducia e che, perdipiù, nel periodo ad interim avesse facoltà di emanare provvedimenti ex art. 48, era un’interpretazione di certo discutibile della costituzione, ma già giuristi quali Carl Schmitt e Walter Jellinek venivano citati, in ambiente governativo, come possibili voci dottrinarie a sostegno del progetto⁹¹.

Carl Schmitt, professore a Bonn e poco più che quarantenne, era stato da poco chiamato a Berlino, a occupare la cattedra di Hugo Preuss, il padre della Costituzione di Weimar, inoltre, la preferenza di Schmitt per un forte governo presidenziale, capace di agire nella temperie della crisi economica, era già stata espressa in scritti e interventi precedenti al 1930⁹². Tuttavia, sembra da escludersi un’influenza diretta di Schmitt sulla scelta del governo Brüning di sciogliere il *Reichstag* (18 luglio 1930), a seguito del respingimento parlamentare delle ordinanze emergenziali emesse dal Governo in ambito economico. Schmitt scrisse sì un parere giuridico sulla questione, su richiesta dalla Cancelleria del Reich, ma questo avvenne *dopo* lo scioglimento del Parlamento e l’indizione di nuove elezioni⁹³. L’influenza di Schmitt sul governo Brüning era

Smend è altrettanto innovativo, dal punto di vista della teoria del diritto, del social-democratico Hermann Heller. Per alcuni studi generali sulla dottrina weimariana, A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002, nonché la lunga *Introduzione* dell’autore a O. KIRCHHEIMER, *Saggi di teoria e politica costituzionale*, Bari, 1982; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit.; il recente A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione. Diritti, politica e filosofia tra individuo e comunità*, Milano-Udine, 2020; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit.; A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit.; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.; infine G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit.

⁹⁰ Art. 25 della Costituzione tedesca del 1919:

«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 60° giorno dopo lo scioglimento». Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit.

⁹¹ Joseph Bendersky riporta un parere di Herbert Dorn, direttore delle finanze del *Reich*, che cita favorevolmente le opinioni dottrinarie di Schmitt, *Guatachen Dorn zu Punkt 1 der heutigen Ministerbesprechung (3.4.1930): Zur Frage der Anwendung des Artikels 48 der Reichsverfassung und der Auflösung des Reichstags*, *Reichskanzlei, R-43-I, 1870, BA, 107-110*, in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 155-156.

⁹² C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161-237. Sul tema anche O. BEAUD, *Carl Schmitt face à Weimar de la Verfassungslehre au Hüter der Verfassung (1928-1931)*, *Nomos*, n. 3, 2015, 5-8, ultimo accesso il 28/5/2022. Si rimanda del resto a quanto già scritto su Schmitt nei paragrafi precedenti.

⁹³ C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Gutachten über die Frage, ob der Reichspräsident befugt ist, auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RV. Finanzgesetzvertretende Verordnungen zu erlassen (28.7.1930)*, *Reichskanzlei, R-43-I, 1870, BA, in J. W. BENDERSKY, Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 156.

Per quanto riguarda la crisi politica del 1930 e l’emergere dei governi presidenziali, si è dubitato che prima della strada della rottura fra esecutivo e legislativo vi sia stato un sincero tentativo di compromesso, M. L. SALVADORI, *Storia dell’età contemporanea*, 700. Di certo trovare un accordo fra le forze partitiche era un’impresa difficile, considerando che la scelta era quella di decidere su

dunque ridotta, la sua esposizione pubblica a sostegno del governo presidenziale anche e, almeno in questa fase, può semmai essere vista come un'opera di giustificazione *ex post facto*.

Il risultato delle elezioni del settembre 1930 avrebbe peraltro rappresentato un duro colpo sia per Brüning che per i partiti costituzionali, visto il grande successo elettorale conseguito dai comunisti e dai nazionalisti ma, soprattutto, dai nazisti del NSDAP⁹⁴. Posti di fronte al rischio di un'ascesa nazista, la SPD e i partiti democratici si adattarono a non votare la sfiducia al governo Brüning e a non respingerne le ordinanze d'emergenza, senza essere d'altra parte in grado di dar vita ad una coalizione maggioritaria in Parlamento.

Davanti alla situazione di crisi e al rischio rappresentato dagli estremisti, non mancarono gli intellettuali democratici disposti, loro malgrado, a individuare nel governo presidenziale l'unica strada percorribile, fra questi vi furono nomi illustri e lontani dall'autoritarismo come Richard Thoma, Carl Friedrich e perfino Ernst Fraenkel, che in seguito, ormai esule in America, doveva divenire un grande studioso dello Stato totalitario⁹⁵.

La tacita e precaria intesa di 'non belligeranza' fra le forze costituzionali e il Governo cadde nel giugno 1932, appena dopo aver conseguito il successo di sventare la vittoria di Adolf Hitler alle elezioni presidenziali in aprile, a cui si era accompagnata la messa al bando delle Squadre d'assalto naziste (SA) in tutta la Germania. Nonostante questi successi, Brüning non seppe (o non poté) risollevare l'economia e cadde vittima degli intrighi del generale Kurt von Schleicher, rappresentante della *Reichswehr* presso il Ministero della Guerra e vera eminenza grigia della Repubblica⁹⁶. Il vecchio Hindenburg, appena rieletto Presidente contro Hitler, gli tolse la propria fiducia e nominò al suo posto Franz von Papen, proveniente dalla destra cattolica del *Zentrum* ma vicino alla vecchia aristocrazia guglielmina. Politico spregiudicato ma privo di una base popolare di massa che lo sostenesse, Papen tentò di coinvolgere i nazisti a sostegno del suo governo, ma offrì loro un ruolo di minoranza, che Hitler non ebbe mai davvero intenzione di accettare. Nell'ambito di questi tentativi di conquistarsi un certo appoggio nel NSDAP, in vista delle elezioni parlamentari del 31 luglio 1932, Papen sciolse il bando delle SA e, davanti ai disordini che ne seguirono, diede il via al cosiddetto *Preussenschlag*, il colpo di Stato contro la Prussia⁹⁷.

In Prussia, *Land* che comprendeva i due terzi della popolazione tedesca (lascito dell'impero guglielmino), la coalizione fra partiti democratici aveva retto più a lungo, ma alle elezioni regionali tenutesi pochi mesi prima i nazisti erano risultati il partito di maggioranza relativa, mentre la SPD e i suoi alleati non potevano più sperare di esprimere il governo dello Stato. Appena prima delle elezioni, però, era stata appositamente votata dal parlamento prussiano una legge, che prevedeva la possibilità per il governo uscente di rimanere in carica finché il nuovo *Landtag* non fosse stato in grado a sua volta di esprimere una maggioranza⁹⁸.

quale classe o gruppo sociale dovesse maggiormente gravare il peso del collasso economico, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 518-519. Già all'epoca questo aspetto era consapevolmente sottolineato dal giurista socialdemocratico O. KIRCHHEIMER, *Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems*, in *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* [1930], Frankfurt am Main, 1976, trad. it. a cura di A. Bolaffi, *L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, Bari, 1982, 96-98.

⁹⁴ E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit., 121; J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 162; L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 2 e W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., 150-151.

⁹⁵ E. FRAENKEL, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Die Gesellschaft*, n. IX, 1932, 494, citato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 218 e in P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 523. Circa l'opinione favorevole di Friedrich verso il potere presidenziale d'emergenza in Germania, C. J. FRIEDRICH, *Dictatorship in Germany?* in *Foreign Affairs*, n. 9, 1930, 129 e 132. Lo stesso Friedrich, studioso tedesco ma trasferitosi negli USA nel 1922, nel proprio articolo citava favorevolmente quanto scritto da Schmitt in merito all'art. 48 della Costituzione, *ibid.*

⁹⁶ Bendersky, nel suo libro, cerca in ogni modo di presentare il generale Schleicher sotto una luce positiva, si veda J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 150 e ss. Tuttavia, il tentativo di giustificare i complotti del generale, figura vicina ad un autoritarismo di stampo prussiano, non pare convincente. Si veda a questo proposito W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., 150 e 165-171, si vedano anche B. RÜDIGER, F. HAUKE, *I becchini*, cit.

⁹⁷ Negli scontri che seguirono immediatamente il ritiro del bando delle SA vi furono 99 morti e 1125 feriti, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 193. Rende un'idea della violenza dell'estate del 1932 e del clima di semi guerra civile del tempo, J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit. Fra l'altro anche il 'caso Potempa' descritto dall'autore ruota intorno a un processo che diventò suo malgrado 'politico', in seguito al brutale assassinio di un militante comunista da parte delle SA.

⁹⁸ Per una descrizione della riforma elettorale, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 190 e L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 3.

L'esecutivo a guida socialdemocratica continuò perciò a governare per mezzo di decreti d'emergenza – come consentito anche agli Stati federati dal co. 4 dell'art. 48 – rinnovando, di fatto, il bando delle SA, dopo che il governo Papen lo aveva rimosso, e utilizzando il controllo sulla numerosa polizia del *Land* contro i nazisti.

Queste misure si ponevano senz'altro al limite delle legalità costituzionale, sia di quella prussiana che di quella federale, ma di per sé potevano dirsi giustificate dalla necessità di non permettere ai partiti eversivi di strumentalizzare le procedure legali per prendere il potere. Da questo punto di vista l'atteggiamento del governo prussiano era in teoria del tutto in linea con quanto Carl Schmitt scriveva nel lungo saggio *Legalità e legittimità*, nel quale il giurista tedesco sviluppava il concetto di “plusvalore politico derivante dalla presa del potere con mezzi legali” e ammoniva esplicitamente dal rischio che un partito ostile alla democrazia si chiudesse alle spalle “la porta della legalità”, una volta andato al potere⁹⁹.

Tuttavia, proprio questo ‘caso critico’ doveva dimostrare l'inadeguatezza della classe dirigente tedesca, raccolta intorno alla senescente figura di Hindenburg, oltre che l'ambiguità dello stesso Schmitt. Il Governo del *Reich*, infatti, preferì sacrificare la democrazia prussiana al tentativo di arrivare a una intesa coi nazisti, procedendo, il 20 luglio 1932, a commissariare *manu militari* il *Land* più grande della Germania per mezzo di un'ordinanza ex art. 48, emessa invocando i commi 1 e 2 del medesimo articolo¹⁰⁰.

Carl Schmitt difese l'azione del governo pubblicamente, ma è assai difficile pensare che abbia svolto qualche parte nella fase di decisione ed esecuzione del *Preussenschlag*. Il suo ruolo principale, in quanto giurista, fu semmai di giustificare come conforme alla Costituzione l'operazione e, per quel che più interessa, di difendere il Governo del *Reich* nel processo che si sarebbe celebrato davanti alla *Staatsgerichtshof* (Corte di Stato) pochi mesi dopo¹⁰¹.

⁹⁹ Per una giustificazione coeva della nuova legge elettorale prussiana, O. KIRCHHEIMER, *Die Verfassungslehre des Preussen-Konflikts* [1932], in ID., *Funktionen des Staates und der Verfassung*, 1972, Frankfurt am Main, 1972, trad. it. a cura di A. Bolaffi, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit. Kirchheimer coglieva nel segno quando scriveva che lo stesso governo del Reich non era in verità un governo di maggioranza, ma di minoranza, ivi, 152.

Per le tesi di Schmitt si rimanda a C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, 1932, trad. it. di P. Schiera, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del “politico”*, Bologna, 1972, 234-244, in particolare 237. Si tenga conto che la prima traduzione italiana del lungo saggio di Schmitt non è completa, includendo solo l'introduzione e il primo dei due capitoli. I capitoli maggiormente legati alla situazione del tempo, certamente i più ambigui, sono invece presenti nella nuova edizione italiana del 2018, curata da Carlo Galli. Si tenga conto che la prima edizione del saggio è dell'agosto 1932, ma Schmitt l'aveva già concluso in giugno, dunque prima del *Preussenschlag*. L'ambiguità è data dal fatto che Schmitt individua una rottura del principio dell'eguaglianza delle chance politiche anche nell'operato dello stesso governo prussiano, che si sarebbe già per primo chiuso alle spalle la porta della legalità, con la propria strumentale riforma elettorale. D'altra parte, estratti del manoscritto furono pubblicati su alcune riviste, con il consenso dell'autore, appena prima delle elezioni del 31 luglio 1932, e in essi le tesi del saggio sono usate in chiave antinazista. Ad esempio, Bendersky riporta la seguente nota editoriale di Schmitt, uscita insieme all'articolo e che aiuta a ricostruire la posizione che l'autore aveva allora verso il nazismo: “Dal punto di vista pratico: chiunque contribuisce a dare il 31 luglio la maggioranza ai nazionalsocialisti si comporta come un folle [...] dà infatti a questo movimento politico e ideologico ancora immaturo la possibilità di modificare la costituzione, di fondare una chiesa di Stato, di sciogliere i sindacati, ecc. ecc.... Si finirebbe per offrire completamente la Germania a questo gruppo [...] e tutto ciò sarebbe estremamente pericoloso [...] perché il 51 % dato alla NSDAP è un premio politico di significato incalcolabile”. C. SCHMITT, *Der Missbrauch der Legalität*, in *Tägliche Rundschau*, 19 luglio 1932, riportato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 189-190. La nota è citata anche da R. MEHRING, insieme ad altri articoli coevi, ID., *Carl Schmitt*, cit., 261-262. Circa le vicende editoriali di *Legalità e legittimità*, ivi, 257-258.

¹⁰⁰ Probabilmente il fatto che il governo prussiano si reggesse sul tacito accordo di astenersi dal voto di sfiducia da parte dei comunisti del KPD, alimentò le paure del Governo di un'alleanza coi comunisti da parte della SPD. In realtà questa eventualità non appare plausibile per quanto riguarda il 1932 e ancora il 1933. Un altro motivo per il golpe contro la Prussia era la forza delle strutture statali prussiane, di cui gli ambienti governativi, specie Schleicher, volevano servirsi direttamente, evitando al contempo che cadessero in mani a loro ostili. I ministri del Governo prussiano, specie quelli della SPD, dovettero essere destituiti *manu militari*, ma il partito rinunciò a una resistenza armata o a uno sciopero generale, il *golpe* di svolse dunque in maniera incruenta, talvolta perfino teatrale. Molti dettagli sulla vicenda sono riferiti da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 180 e ss., il quale cita anche i verbali dell'incontro fra i ministri prussiani e il Cancelliere Papen, durante il quale fu comunicata ai primi la loro destituzione.

¹⁰¹ Circa il mancato coinvolgimento iniziale di Schmitt nella fase di preparazione ed esecuzione del *golpe*, si tenga conto che l'articolo in cui il giurista difese l'operato di Papen uscì il 1° agosto 1932. C. SCHMITT, *Die Verfassungsmässigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preussen*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. XXXVII, 1932, 953-958, citato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 193. Nella sua biografia di Schmitt, Reinhard Mehring scrive che questi avrebbe appreso del *golpe* soltanto a fatto compiuto e dai giornali, come emerge dai diari privati del giurista. R. MEHRING, *Carl Schmitt*,

La Prussia, i partiti costituzionali nel *Reichstag*, quali SPD e *Zentrum*, e gli esecutivi dei *Land* di Baviera e Baden, avevano infatti deciso di ricorrere alle vie legali, per lamentare l'incostituzionalità dei fatti del 20 luglio, senza opporre resistenza diretta. La *Staatsgerichtshof*, tuttavia, respinta la richiesta ingiuntiva del governo prussiano di impedire l'immediato insediamento dei commissari del *Reich*, si sarebbe riunita per discutere del caso soltanto il 10 ottobre¹⁰². L'ambigua sentenza del 25 dello stesso mese avrebbe finito per mantenere immutato il controllo di Papen e della sua cerchia sul solo *Land* che avrebbe forse potuto rappresentare un ostacolo alla successiva presa del potere da parte di Adolf Hitler. Il processo *Prussia contro Reich* e le opposte dottrine giuridiche che vi si confrontarono saranno proprio i temi che si andranno ad approfondire nel prosieguo dell'articolo, in quanto rappresenta il confluire in un caso pratico delle teorie di Kelsen e di Schmitt sulla difesa della costituzione e i margini d'azione del potere giurisdizionale davanti al caso critico.

Il destino degli ultimi governi del *Reich* e dei loro cancellieri non doveva comunque rivelarsi migliore di quello della Prussia. Le elezioni del 31 luglio 1932 furono un successo per i nazisti, che arrivarono ad essere il primo partito nel *Reichstag*, sancendo il fallimento della strategia di contenimento di Papen.

Nei mesi seguenti, caratterizzati dall'ennesimo scioglimento del Parlamento, il 12 settembre e dalle nuove elezioni del 6 novembre 1932, si sarebbe assistito al susseguirsi dei tentativi, da parte di Papen prima e di Schleicher poi, di creare un sostegno parlamentare al proprio governo. Essi cercarono o di isolare i nazisti o (più spesso) di scendere a patti con loro, offrendogli posizioni di secondo piano all'interno del Governo o puntando a dividere il NSDAP. Nessuna di queste strategie ebbe successo e, del resto, con il *Preussenschlag* le fazioni che si muovevano all'ombra del Presidente Hindenburg si erano alienate definitivamente l'appoggio dei partiti costituzionali.

Nel gennaio del 1933 le uniche alternative che parevano possibili erano la nomina, da parte del Presidente, di un esecutivo che includesse i nazisti, oppure la strada di quella che Schmitt aveva definito come "dittatura sovrana"¹⁰³. Questa, nella concreta situazione politica del gennaio 1933, avrebbe potuto prendere le forme di uno scioglimento del Parlamento a cui avrebbe fatto seguito una fase di riforme costituzionali di impronta autoritaria, approvate tramite il solo art. 48 e volte a reprimere il NSDAP (e probabilmente non solo esso) e a stabilizzare l'economia e il sistema politico. Aldilà di quanto scritto da autori quali Joseph Bendersky ed Ellen Kennedy, molto indulgenti verso Schmitt e i suoi referenti politici, questa seconda strada appariva, ormai, difficilmente attuabile nel gennaio 1933, non da ultimo proprio per le colpe degli ultimi 'governi del Presidente'¹⁰⁴. In ogni caso Hindenburg non la volle perseguire e, dimessosi Schleicher, nominò Hitler come nuovo Cancelliere il 30 gennaio 1933, decretando così la fine della Repubblica¹⁰⁵.

7. Giudici, politica e controllo di costituzionalità a Weimar

La Costituzione tedesca del 1919, a differenza di quella austriaca, non prevedeva un controllo accentrato di costituzionalità sulle leggi e sugli atti governativi indipendenti. Da questo punto di vista il modello kelseniano non avrebbe potuto essere applicato in Germania senza un emendamento costituzionale, emanato

cit., 260. Più in generale, nonostante i suoi sforzi per avvicinarsi ai protagonisti dell'ultimo periodo della Repubblica, Schmitt sarebbe riuscito a raggiungere solo l'«anticamera» del potere. Ivi, 253

¹⁰² Per la data del processo, di conseguenza, il controllo di Papen e Schleicher sulla polizia prussiana poteva dirsi ormai completo. Già si era dunque fatto un passo in avanti nel sottomettere quello che avrebbe potuto rivelarsi un potente contro-potere per uno Stato centrale ormai nelle mani del partito nazista. A questo proposito, Joseph Goebbels, futuro ministro del Reich, avrebbe affermato che von Papen aveva purgato lo Stato prussiano dai repubblicani e dai democratici in maniera così attenta che non era rimasto più nulla da fare ai nazisti, in merito, L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 4. Per alcuni dati quantitativi in merito, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 193, nota n. 56.

¹⁰³ C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 23 e 165-190.

¹⁰⁴ Lo stesso carattere delle alternative fra le quali ci si era ridotti a dover scegliere, peraltro, dimostra quanto fosse ormai disperata la situazione della Repubblica. In tal senso si esprime anche P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 524.

¹⁰⁵ Per un'analisi dettagliata degli ultimi mesi di Weimar, B. RÜDIGER, F. HAUKE, *I becchini*, cit.

secondo la procedura prescritta dall'art. 76 della Costituzione¹⁰⁶. Al contempo, più incerta era l'ammissibilità o meno di un controllo diffuso di costituzionalità, sul modello del *judicial review* americano.

Il problema era emerso già durante i lavori della Costituente, con la proposizione di un emendamento volto a proibire esplicitamente il *judicial review*, da una parte, mentre dall'altra Hugo Preuss, favorevole al controllo diffuso, aveva sostenuto che quest'ultimo si sarebbe spontaneamente affermato, senza la necessità di previsioni costituzionali. La linea di Preuss, il più influente fra i giuristi che parteciparono alla Costituente, ebbe la meglio e la questione rimase aperta, il dibattito riprese però subito fra i giuristi tedeschi e fra i partiti politici, con le forze di sinistra poco inclini a conferire al ceto dei giudici, tradizionalmente legato alla monarchia, il controllo sugli atti del Parlamento¹⁰⁷.

In dottrina le voci più influenti a favore dell'applicazione del controllo giudiziale di costituzionalità in Germania furono, in effetti, quelle di giuristi politicamente conservatori, in particolare Franz Kaufmann e Heinrich Triepel, in opposizione ai sostenitori del positivismo 'classico' tedesco, quali Gerhard Anschütz e Hans Thoma¹⁰⁸.

Tra i favorevoli, Triepel legava la necessità del *judicial review* alla propria interpretazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 109 co. 1 della Costituzione, che egli leggeva come una statuizione del principio generale dell'eguaglianza sostanziale *della legge o nella legge*, e non solo come una tutela dell'eguaglianza formale di determinate categorie di cittadini *davanti alla legge* di volta in volta emanata secondo le procedure corrette¹⁰⁹. Tramite questa interpretazione, il giurista tedesco introduceva nella propria teoria una

¹⁰⁶ Art. 76 della Costituzione tedesca del 1919:

«La costituzione può essere mutata in via legislativa. 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 presenti. Anche le decisioni del *Reichsrat* dirette al mutamento della costituzione richiedono la maggioranza dei due terzi dei voti. Se per iniziativa popolare un mutamento costituzionale deve aver luogo con referendum è necessario che si raggiunga il consenso della maggioranza degli elettori.

Se il *Reichstag* abbia approvato una legge modificativa della costituzione contro l'opposizione del *Reichsrat* il presidente non potrà procedere alla sua pubblicazione se il *Reichsrat* entro due settimane richieda la decisione popolare su di essa». Trad. it di C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹⁰⁷ L'emendamento limitativo in questione fu proposto da Wilhelm Kahl e venne respinto per un solo voto di scarto, cosa che fa intuire quanto l'incertezza degli anni successivi sulla materia fosse già ampiamente prefigurata dalla divisione degli stessi costituenti tedeschi. Carl Friedrich, il cui articolo sul problema offre una visione interessante, proprio perché scritto nel 1928, riteneva che un esame degli argomenti avanzati in seno all'Assemblea costituente rivelasse che “[...] there existed no very clear idea as to just what was to be understood by *judicial review*. There is little doubt that the epochal significance of the question was realized by only a few in the committee”. C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 190-191.

Per gli sviluppi successive all'entrata in vigore della Costituzione, C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 199-200.

¹⁰⁸ Ivi, 192 e 194. Friedrich, nel suo articolo, cita come esempi di giuristi favorevoli al controllo diffuso di costituzionalità anche Hans Nawiasky, Walter Simons (Presidente della *Reichsgericht* o Corte Suprema) e, cosa notevole, Carl Schmitt. Il fatto che Schmitt venisse annoverato fra i sostenitori del *judicial review of legislation* (seppur egli credesse in una forma 'minimalista' dello stesso) è sintomatico di come la negazione alle corti di un autentico ruolo di vera (o 'utile') garanzia della costituzione, da parte di questo autore, sia posteriore al 1928. Si veda ivi, 194. Per un'antologia degli autori citati nel testo, A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit.

¹⁰⁹ Art. 109 della Costituzione tedesca del 1919:

«Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge.

Uomini e donne hanno di regola gli stessi diritti e doveri civici.

Sono aboliti i privilegi o le incapacità di diritto pubblico, collegati con la nascita o l'appartenenza a ceti. I titoli nobiliari sono utilizzabili solo come parte del nome e non possono essere ulteriormente concessi». Trad. it di Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit.

Sul tema della 'scoperta' e dell'uso del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale da parte dei giudici tedeschi, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 100 e ss., in particolare 108. Volpe, del resto, dedica la sua ricerca proprio alla comprensione del legame fra evoluzione e presupposti dei modelli continentali di giustizia costituzionale e uso del principio di eguaglianza sostanziale da parte delle corti, fino alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Circa le posizioni di Triepel e della dottrina a lui vicina, P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 149-150. Per citare Triepel, nella traduzione inglese che ne fornisce Caldwell: “All subjective arbitrariness is a sin against the holy spirit of the law [*Recht*]. The basic principle of equality before the law signifies the demand that individual legal norms are to treat everything as equal, [and] to treat some- thing unequally would signify arbitrariness, that is, be based on the lack of a serious consideration. The principle of equality before the law is injured by distinctions for which no reason, or at least none but one that would confuse [*veifangen*] a reasonably and justly [*gerecht*] thinking person, can be cited”. Da *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, de

dimensione di giustizia materiale immanente alla Costituzione, che i giudici avevano il dovere di tutelare anche di fronte a interventi del legislatore che stabilissero discriminazioni irragionevoli fra i gruppi sociali¹¹⁰. Nella Germania lacerata dal conflitto di classe, Triepel aveva in mente quelle leggi del *Reichstag* volte a differenziare la legislazione sulla base dell'appartenenza sociale, come già era accaduto nell'Unione Sovietica. Non a caso, la sua dottrina dell'eguaglianza diverrà particolarmente rilevante davanti ai tentativi di varare leggi e regolamenti volti a espropriare senza riparazioni gli appartenenti alla vecchia aristocrazia. Alla teoria del requisito costituzionale di eguaglianza e generalità della legge, Triepel univa anche una visione molto estensiva della tutela della proprietà sancita dall'art. 153 della Costituzione. Il tema era di importanza centrale, non stupisce, dunque, che proprio la questione della tutela del diritto di proprietà, inteso secondo questa teoria, venisse ad essere l'oggetto delle prime sentenze in cui le corti tedesche si espressero circa la loro facoltà di giudicare della costituzionalità di una legge¹¹¹.

Fra le corti tedesche degli anni '20, due erano nelle condizioni di esercitare un *judicial review* davvero efficace, la *Reichsgericht* e la *Staatsgerichtshof*. La prima, che Carl Friedrich, nel 1928, traduceva in inglese come “*National Judicial Court*” e a cui ci si potrebbe riferire anche come Corte Suprema, era composta da circa cento giudici, suddivisi in tredici senati, tutti situati nella città di Lipsia¹¹².

La seconda, la Corte di Stato creata con la nuova Costituzione, era pensata specificamente allo scopo di dirimere le controversie fra i vari organi previsti dalla Costituzione stessa, in particolare fra i *Länder* e lo Stato centrale. Quando si riuniva, nei casi di rilevanza costituzionale, la *Staatsgerichtshof* era composta dal Presidente della *Reichsgericht* e da sette giudici, fra cui i Presidenti delle supreme corti amministrative di Baviera, Prussia e Sassonia. Sarebbe stata proprio la *Staatsgerichtshof* a esprimersi sui ricorsi contro gli interventi presidenziali d'emergenza, compreso quello del governo Papen contro la Prussia. L'art. 19 della Costituzione, che lasciava aperta la questione se la *Staatsgerichtshof* avesse o meno competenza a decidere sulla costituzionalità delle leggi del *Reich*, prevedeva esplicitamente che spettasse al Presidente del *Reich* l'esecuzione delle decisioni della Corte¹¹³.

Gruyter, Berlin, 1924, 30, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, 149, parentesi del traduttore. Sempre sul principio di eguaglianza in Triepel, inteso come principio di giustizia vincolante il legislatore, R. POSCHER, *Heinrich Triepel, Introduction*, in A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., 173. Di orientamento simili a Triepel anche E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 des Reichsverfassung [1927]*, traduzione di A. CARRINO, *L'uguaglianza davanti alla legge ai sensi dell'articolo 109 della Costituzione del Reich*, in *Appendice a A. Carrino, Weimar*, cit.

Circa la differenza fra l'eguaglianza *davanti* alla legge e l'eguaglianza *nella* legge, benché con riguardo alla nostra Costituzione Repubblicana e al precedente Statuto albertino, si veda M. DOGLIANI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017, 48-50. Dogliani chiarisce molto bene il problema quando scrive “che – nell'ottica dello Statuto e di un formalismo rigoroso – altro è che la forza (cioè la validità, l'applicabilità, l'efficacia) della legge sia uguale per tutti; altro è che il trattamento disposto dalla legge sia uguale per tutti”.

¹¹⁰ I limiti che Triepel poneva alla legge erano ulteriormente accentuati da Kaufmann, il quale introduceva una vera e propria nozione di diritto sovrapositivo, il *Recht* proprio della comunità nazionale, contrapposto alle leggi del *Reichstag* pluralistico. P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 150. Da notare come Kaufmann fosse stato fra i maestri di Schmitt, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 517.

¹¹¹ Nella Germania di Weimar il binomio dell'eguaglianza della legge – intesa come divieto di emanare leggi rivolte solo a specifici individui o gruppi – e della proprietà come ‘fascio’ di diritti, conduceva, nel concreto caso giudiziale, a esiti socialmente conservatori. Un caso esemplare, oggetto di forte polemica politica nel contesto del tempo, fu proprio quello della sentenza sulla progettata espropriazione dei nobili della Westfalia, nel dicembre 1929. Si veda P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154. Il legame che proprietà, non generalità della legge e ragionevolezza di quest'ultima avevano con il controllo giudiziale di costituzionalità era già notato da C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 195, nota n. 1.

¹¹² Ivi, 196.

¹¹³ Art. 19 della Costituzione tedesca del 1919:

«Il tribunale costituzionale del *Reich*, 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 che sorgano nell'interno di un *Land*, per la cui soluzione non esista 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». Trad. it. di Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit. Alla luce delle considerazioni che formuliamo, la traduzione italiana del termine *Staatsgerichtshof* come “tribunale costituzionale” non pare del tutto corretta.

In sintesi, entrambe le Corti erano pensate come organo di ‘chiusura’ del sistema giudiziario, in un contesto reso più complicato dalla natura federale dello Stato. Proprio rispetto a un altro Stato federale, quale gli Stati Uniti d’America, emergeva però, piuttosto evidentemente, il diverso carattere delle Corti tedesche del tempo¹¹⁴.

Le critiche degli studiosi di cultura anglosassone si sono rivolte contro il fatto che, sia entro la *Staatsgerichtshof* che entro la *Reichsgericht*, le decisioni venivano prese ed erano espresse collettivamente, senza opinioni difformi e senza che fosse reso pubblico il nome del giudice estensore, secondo una tradizione tipicamente continentale¹¹⁵. Da una prospettiva a noi culturalmente più vicina rispetto alla dottrina anglosassone, Giuseppe Volpe ha rilevato come quella della *Staatsgerichtshof* fosse una costruzione propria del modo austro-germanico d’intendere l’aggiudicazione fra poteri apicali dello Stato (*Organstreit*), per come andata evolvendosi nel XIX secolo, soprattutto nell’ambito di uno Stato federale peculiare come il *Kaiserreich*¹¹⁶. Nell’ambito delle controversie fra gli organi tramite i quali si esprimeva la volontà statale, sia sul piano della federazione che su quello dei poteri pubblici federali, tale giurisdizione era tradizionalmente intesa sia come ‘politica’, in quanto attinente agli interessi generali di uno Stato inteso in senso organicistico, sia, al contempo, come ancora amministrata da giudici-funzionari¹¹⁷.

Quest’ultimo aspetto non doveva risultare contraddittorio entro le solide strutture di classe, se non di casta, dell’ordine guglielmino, dove il giudice si ergeva a rappresentante di uno Stato monolitico, rispetto al quale era ancora possibile legare l’idea di valori o scopi supremi, unitari e spesso impliciti, dunque, in una certa misura, extra-costituzionali. Ma la contraddizione diventava evidente a Weimar, una volta che, caduto il vecchio ordine e in una situazione di forte pluralismo, emergeva il contrasto fra i magistrati-funzionari e le nuove istanze parlamentari, portatrici di rivendicazioni verso diritti ai quali il ceto dei giudici tedeschi era forse estraneo prima ancora che ostile¹¹⁸.

Ritornando ai caratteri tipici del modello dello *Staatsgerichtsbarkeit*, il tipo di controversie sulle quali giudicava la *Staatsgerichtshof* si sviluppava al contempo a partire da una controversia concreta e dall’essere le parti di tale controversia organi politici dello Stato. Il carattere concreto della controversia allontanava questo tipo di giurisdizione dal modello di confronto logico astratto tra disposizioni prescrittivamente rappresentato dal modello kelseniano, mentre, al contempo, il fatto che il contenzioso concreto si sviluppasse idealmente solo dal contrasto fra poteri pubblici e non dai diritti individuali richiamati in Costituzione lo distaccava anche dal modello statunitense¹¹⁹.

Per una dettagliata descrizione della composizione e del modo di funzionamento della Corte di Stato tedesca, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 171 e ss. La *Staatsgerichtshof*, prevista dall’art. 108 della Costituzione, iniziò a operare nel 1921, tuttavia le disposizioni che la disciplinavano non mancarono di dare adito a dubbi circa le competenze della Corte. Per una panoramica delle soluzioni raggiunte dalla dottrina dominante, *ivi*, 172, nota n. 12.

¹¹⁴ Circa la nascita della *judicial review* negli Stati Uniti a partire dalla sentenza *Marbury vs. Madison* del 1803 e sulle conseguenze e i presupposti di quella celebre sentenza della Corte Suprema americana, si vedano G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 330-338 e O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 17-41. I due autori citati offrono due visioni diverse sulla stessa questione, sia dal punto di vista della teoria della giustizia costituzionale sia della ‘naturalità’ o meno del *judicial review*, ossia sulla consequenzialità logica del giudizio di costituzionalità delle leggi dalla costituzione scritta. Sul tema anche M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, 2011, 139 e ss.

¹¹⁵ Questa notazione è formulata in particolare da Peter Caldwell, che esprime una sensibilità, in punto di opinione dissidente e idea di giurisdizione, tipicamente americana.

¹¹⁶ G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 165 e ss. Per una bibliografia della dottrina tedesca precedente agli anni ’30, si veda *ibid.* la nota n. 1. Per Volpe l’origine storica di questa concezione andrebbe rintracciata nell’idea cetuale di Costituzione, dove persistono possibilità di controversie giuridiche tra le parti del patto costituzionale. Tale concezione si riverbera tanto nelle tesi dei positivisti tedeschi che in quello dei loro avversari (*ibid.*, 171), portando il controllo di costituzionalità ricollegabile al vecchio modo germanico d’intendere l’aggiudicazione fra poteri dello Stato ad essere molto distante sia dal modello americano che da quello elaborato in seguito da Kelsen.

¹¹⁷ *Ivi*, 168.

¹¹⁸ L’analisi del retroterra culturale dei giudici tedeschi e quella del loro orientamento politico saranno svolte nelle pagine seguenti, alle quali si rimanda anche per i riferimenti bibliografici.

¹¹⁹ Quest’ultimo elemento spiega, fra l’altro, la distanza di autori anglosassoni come Caldwell dal modello. Circa il carattere concreto della controversia, lontana dal giudizio di compatibilità logica fra norme, Volpe ricorda come fra i conflitti fra organi costituzionali deferibili alla Corte di Stato vi fossero i conflitti fra *Reich* e *Länder* sorti per contrasto tra i due organi nell’*esecuzione*

Nel complesso, si può affermare che sia la *Reichsgericht* che la *Staatsgerichtshof* fossero innanzitutto pensate coerentemente alla concezione ‘continentale’ della giurisdizione e, più nello specifico, della variante tipicamente tedesca della *Staatsgerichtsbarkeit*. Organi integralmente giudiziari e composti da funzionari di carriera, sebbene, almeno per quanto riguarda la Corte di Stato, inevitabilmente attratti da controversie fra poteri di ordine politico, esse erano molto lontane dall’aver proprio quel tipo di legittimazione politica della Corte Suprema americana, ma anche delle stesse odierne corti costituzionali accentrate europee¹²⁰.

L’affermazione della propria legittimità a giudicare del contenuto delle leggi del *Reichstag* sulla base dei parametri costituzionali venne gradualmente formulata dalla *Reichsgericht* nel corso degli anni ‘20. La decisione fondamentale venne espressa dalla Corte nel 1925, con una sentenza riguardante un diritto di credito antecedente alla grande inflazione e il modo con cui le leggi sulla rivalutazione del marco andavano a creare differenti classi di debiti (e dunque di debitori), secondo tassi di rivalutazione ineguali. In questa occasione i giudici della *Reichsgericht* evitarono di dichiarare incostituzionale la legge, giudicando ragionevole, sulla base dell’art. 109 co. 1, la differenziazione da questa stabilita. Tuttavia, nelle motivazioni della sentenza, veniva enunciato il principio della prerogativa e del dovere dei giudici di esaminare le leggi e gli atti ad esse parificati, sulla base del parametro di costituzionalità¹²¹. Ugualmente la Corte si comportò in un altro caso, nel 1929, evitando di dichiarare incostituzionale la legge in esame, emanata dal *Landtag* della Westfalia, ma riservandosi, in astratto, il controllo sulla ragionevolezza dell’atto. Essa, peraltro, evitò di formulare chiari parametri in base ai quali distinguere fra discrezionalità del legislatore e sua arbitrarietà, alla luce dell’art. 109 co. 1 della Costituzione federale¹²².

Più incisiva fu l’azione della *Reichsgericht* in tema di diritti di proprietà, offrendone un’interpretazione estensiva alla luce dell’art. 153, co. 1 e 2, della Costituzione¹²³. La Corte estese l’obbligo costituzionale di congruo indennizzo per le espropriazioni, portate avanti con legge statale o federale, anche alla lesione di diritti soggettivi di mera rilevanza economica [*Forderungsrechte*], estranei però alla tradizionale concezione

di leggi del *Reich* (caso collegato spesso all’art. 48, co.1), ma che l’unico caso di confronto logico fra le leggi del *Reich* e degli Stati, rappresentato dall’art. 13, co. 2 della Costituzione, fosse deferito invece alla giurisdizione della *Reichsgericht*. Del resto, le considerazioni sopra esposte rispetto al *Staatsgerichtshof* sono in parte estendibili anche al *Reichsgericht*, in quanto legate più in generale al carattere proprio dei giudici tedeschi del periodo. Il testo dell’art. 13 della Costituzione disponeva:

«Il diritto del *Reich* prevale su quello dei *Länder*.

Ove sorgano dubbi o contestazioni 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 da una legge del *Reich*, la decisione di un supremo tribunale del *Reich* [*Reichsgericht*]». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹²⁰ Circa l’impossibilità di definire *Reichsgericht* e *Staatsgerichtshof* come corti costituzionali in senso moderno, A. CARRINO, *Weimar*, cit., 238.

¹²¹ *Reichsgericht*, sent. del 4 novembre 1925, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) (1880-1945)*, Berlin, de Gruyter, 111: 323, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154 e 242.

Sulla giurisprudenza della *Reichsgericht*, si vedano P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 153-160; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, 149-151 e C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 195-197, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 108 e ss. Antefatto della sentenza ‘costituzionale’ del 1925 era stata una dichiarazione ufficiale dell’Associazione dei giudici tedeschi, che nel 1924 avevano minacciato di non applicare eventuali leggi o decreti presidenziali che ponessero un limite legale alla rivalutazione degli interessi sui crediti, invocando la forza sopralegale del principio di buona fede. Nella spirale inflazionistica del tempo, il tema era di enorme sensibilità sociale e politica. A. CARRINO, *Weimar*, cit., 277. Per delle considerazioni coeve sulle conseguenze potenziali della decisione della *Reichsgericht*, C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 197. Con questa sentenza il controllo (diffuso) di costituzionalità poteva dirsi formalmente introdotto in Germania, ma resta emblematico che le affermazioni della Corte non avessero alcuna influenza sul dispositivo della sentenza.

¹²² *Reichsgericht*, sent. del 3 dicembre 1929. In *RGZ*, 128: 170, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154-155 e 242.

¹²³ *Reichsgericht*, sent. del 18 novembre 1921 (*RGZ*, 103: 200-202); sent. del 13 dicembre 1924 (*RGZ*, 109: 310-23) e sent. del 11 marzo 1927 (*RGZ*, II6: 268-74). Riportate in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 155-158 e 244. Peraltro, l’art. 153 era nel complesso innovativo, stabilendo anche, al co. 3, che «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit. Proprio il fatto che la giurisprudenza ignorasse sostanzialmente il comma 3, per concentrare la propria attenzione sul comma 2, è indice di quanto l’interpretazione della Costituzione da parte dei giudici tedeschi del periodo non fosse slegata dalle loro posizioni politiche e dalla loro estrazione sociale.

civilistica di proprietà. Anche semplici diminuzioni del valore d'uso di un bene immobile, dovute alle regolamentazioni locali e alle leggi dei *Länder*, dovevano essere adeguatamente indennizzate¹²⁴.

Dall'altra parte, invece, le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali circa la possibilità di revisione giudiziale delle ordinanze emergenziali del Presidente erano perlopiù negative. Più in generale, si rendeva necessario formulare dei limiti, sostanziali o procedurali, ai vari poteri eccezionali che l'art. 48 stabiliva in capo al Presidente del *Reich* (il co. 2 sullo stato d'eccezione, ma anche il co. 1 sull'attuazione forzata della Costituzione o di una legge federale) e in capo ai governi dei *Länder* (co. 4 dell'art. 48). In dottrina, il solo Triepel, di cui si è vista la tendenza favorevole al *judicial review*, riteneva che l'esecuzione federale nei confronti di un *Land*, ex art. 48 co. 1 Cost., fosse subordinata a una decisione della *Staatsgerichtshof*. Lo stesso autore, peraltro, negava questa necessità quando il Governo agisse in base al secondo comma dell'art. 48, in nome dell'alta intensità politica di quest'azione e dell'autorità del Presidente¹²⁵.

La giurisprudenza – questa volta della *Staatsgerichtshof*, competente a giudicare su ogni contrasto fra *Reich* e *Länder* – aveva già elaborato una serie di parametri secondo i quali giudicare della legittimità delle ordinanze emergenziali emanate dai *Länder*, ex co. 4 art. 48. La Corte si riteneva investita del potere di verificare i presupposti della necessità e dell'urgenza, stabiliti dall'art. 48, e, al contempo, affermava la necessità di un nesso teleologico fra il contenuto dell'ordinanza e il suo fine specifico. Nel 1929 essa si era riferita a quest'ultimo punto per rimarcare il carattere necessariamente temporaneo delle ordinanze emergenziali dei governi locali¹²⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza della *Staatsgerichtshof* cambiava completamente davanti alle ordinanze presidenziali previste dall'art. 48. In tutti i casi concreti che le furono sottoposti, la Corte respinse i ricorsi degli Stati federati o dei partiti dei *Landtag*, ritenendo che i poteri emergenziali conferiti al Presidente, con riferimento al co. 2 dell'art. 48, derivassero da una vera e propria norma indipendente di competenza o autorità [*selbständige Zuständigkeitsvorschrift*].

La Corte interpretava cioè i poteri emergenziali del Presidente come originari, non derivati dalle altre competenze costituzionali caratterizzanti la sua figura ed esorbitanti dalle normali funzioni dell'organo. Era una lettura non troppo distante dalla più estrema affermazione schmittiana secondo la quale nell'articolo 48 sarebbe sopravvissuta una parte del potere costituente dell'Assemblea Nazionale: una tesi che rischiava di fare del Presidente il centro di una vera e propria costituzione parallela o 'di riserva'¹²⁷.

Nel 1931, una sentenza della *Staatsgerichtshof*, statuì che la verifica delle condizioni che giustificavano l'uso dell'art. 48 co. 2 andava lasciata, in linea di massima, alla discrezionalità del Presidente, così come la scelta dei mezzi per raggiungere i fini dell'ordinanza emergenziale. Si andava così a rimarcare la differenza rispetto a quanto stabilito dalla stessa Corte riguardo ai *Länder*¹²⁸. Nello stesso 1931, mentre si svolgeva la polemica fra Schmitt e Kelsen, la Corte si trovò ad affrontare un altro ricorso, da parte di un partito minore, contro l'applicazione del co. 2 dell'art. 48. Si trattava di un caso particolarmente rilevante in quanto collegato

¹²⁴ *Reichsgericht*, sent. del 11 marzo 1927 (*RGZ*, II6: 268-74). La giurisprudenza successiva a questa sentenza doveva avere effetti molto gravosi sui comuni e sui governi dei *Länder* tedeschi, fino al 1931 quando fu approvato dal governo Brüning un decreto, basato sull'art. 48, che proibiva ogni compensazione per le espropriazioni basate sui codici urbanistici. La stessa *Reichsgericht* mutò il proprio orientamento, evitando di dichiarare incostituzionale il decreto (sent. del 5 giugno 1931, in *RGZ*, 137: 183-89). Da notare come proprio la giurisprudenza della *Reichsgericht* sui diritti di proprietà incontrasse l'appoggio di Carl Schmitt, P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 158-159 e 246. Fortemente critico verso l'orientamento della corte era invece un allievo di Schmitt, il giovane giurista della sinistra socialdemocratica O. KIRCHHEIMER, si vedano gli scritti raccolti in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit.

¹²⁵ Per le posizioni di Triepel, si veda P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 153.

¹²⁶ *Staatsgerichtshof*, sent. del 23 marzo 1929 (*RGZ*, II2: appendice 8-9), in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 161 e 245. Su Triepel si veda anche quanto scritto da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 168.

¹²⁷ Circa l'elaborazione della tesi della "costituzione di riserva" da parte di Schmitt, oltre a quanto scritto nei paragrafi precedenti, si vedano J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 229-234 e J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit., *Capitolo V. Legittimità*.

¹²⁸ *Staatsgerichtshof*, sent. del 24 agosto 1931 (*RGZ*, 134: appendice 22), citata in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 162 e 246.

ai decreti economici emanati dal governo Brüning tramite i poteri emergenziali¹²⁹. La Corte respinse il ricorso ma, rispetto alla sentenza precedente, cercò di formulare in astratto possibili limiti alle ordinanze. Queste dovevano essere adottate davanti a un significativo turbamento o a una minaccia all'ordine pubblico, dovevano essere appropriate allo scopo di riportare l'ordine e temporanee. A sottolineare la larghezza di questi parametri, tuttavia, è bene precisare che i giudici considerarono la crisi economica come minaccia sufficiente a giustificare il primo parametro, e l'adeguatezza *in astratto* delle misure come sufficiente a integrare il secondo. D'altra parte, nel caso precedente (24 agosto 1931), la Corte aveva sostanzialmente ignorato il requisito della temporaneità dell'azione governativa. Infine, la teoria dell'autonomia dei poteri presidenziali ex co. 2 dell'art. 48 permetteva interventi del Governo anche nelle competenze costituzionalmente riservate ai *Länder*.

La giurisprudenza delle Corti superiori del *Reich*, insomma, non offriva punti fermi, mentre la loro stessa struttura duplice rendeva difficile un efficace *judicial review*, a maggior ragione in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sul punto. I giudici della *Reichsgericht* e della *Staatsgerichtshof*, da un lato si erano proposti esplicitamente come custodi della costituzione, dall'altro si erano mossi con molta cautela nella pratica. Quel che peggio, gli interventi delle giurisdizioni superiori erano più decisi nella tutela dei diritti di proprietà di quanto non lo fossero davanti alle azioni del potere esecutivo e all'autorità del Presidente. Così facendo, pur non conducendo in realtà un'azione veramente incisiva, essi sollevavano però il problema della 'politicità' della giurisdizione. Un problema che – se non era sconosciuto alla riflessione giuridica del periodo precedente, che lo intendeva come questione della discrezionalità giudiziale¹³⁰ – si ripresentava però con molta più forza nel giudizio sulla costituzionalità delle leggi.

Ma, più in generale, che giudici erano quelli della Germania weimariana, aldilà delle sole corti superiori? Alcune considerazioni su questo particolare ceto di funzionari possono ricavarsi dagli esempi descritti da Otto Kirchheimer nel suo *Political Justice*, libro scritto dall'autore quando ormai si trovava negli Stati Uniti, anni dopo la sua militanza politica nella SPD dei primi anni '30¹³¹.

Kirchheimer riporta il caso emblematico del duplice processo per diffamazione avviato da niente di meno che il predecessore di Hindenburg alla Presidenza del *Reich*, il socialdemocratico Ebert. Questi era stato pubblicamente definito traditore da un agitatore nazionalsocialista, durante una visita ufficiale a Monaco nel 1922. L'accusa era legata al ruolo svolto da Ebert e dalla SPD negli scioperi spontanei di inizio 1918 e venne subito ripresa da un giornale nazionalista, dando luogo a una vicenda processuale che la locale corte di giustizia avrebbe contribuito a trasformare in un tentativo di screditare l'immagine del Presidente e del suo partito. Tramite un ampio ricorso a testimoni interessati e dichiarazioni di membri delle istituzioni poliziesche del precedente regime monarchico, il processo si era trasformato in un palcoscenico dove veniva rappresentata la narrazione della 'pugnalata alle spalle' che la socialdemocrazia avrebbe inferto allo sforzo bellico tedesco, causando la sconfitta militare del 1918. I giudici confermarono questa versione nella loro sentenza, dichiarando che l'attuale Presidente si era effettivamente macchiato di tradimento con le proprie azioni durante gli scioperi, e, di conseguenza, ritennero fondata l'accusa di diffamazione solo per il linguaggio insultante usato, ma non per la sostanza dei fatti adottati. È interessante che i giudici, di cui in seguito sarebbero emersi i legami coi partiti nazionalisti, ritenessero di non poter prendere in considerazione la circostanza che nel frattempo fossero avvenuti una rivoluzione e un cambio di regime, dimostrando con ciò un atteggiamento ricorrente delle corti tedesche del tempo, abili nell'usare l'argomento di una fedeltà 'stretta' al diritto vigente come schermo argomentativo dietro cui ritrarsi a scopo difensivo, a fronte delle tendenze in realtà tutt'altro che positiviste della loro giurisprudenza. L'impatto della decisione sull'imminente rielezione di Ebert è incerto, in quanto la sua morte seguì la fine del processo, ma è notevole come lui stesso, che pur aveva avviato

¹²⁹ *Staatsgerichtshof*, sent. del 5 dicembre 1931 (RGZ, 134: appendice, 42-46), citata *ivi*, 163-246.

¹³⁰ Si fa riferimento in particolare alla scuola tedesca del diritto libero, si veda A. CARRINO, *La costituzione come decisione*, cit., *Capitolo quinto. Legge e potere del giudice: Guizot, Kantorowicz, Schmitt e Kelsen*; anche G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 22 e ss.

¹³¹ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, 1961. Kirchheimer era uno dei giovani giuristi socialdemocratici attivi a Berlino durante gli anni terminali della Repubblica, insieme a Ernst Fraenkel e Franz L. Neumann, nel cui studio legale i tre lavoravano. Interessante come tutti, ma specialmente Kirchheimer, avesse incrociato personalmente Carl Schmitt nella loro formazione intellettuale. Si veda l'*Introduzione* di A. BOLAFFI, a O. KIRCHHEIMER, *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit.

la causa, finisse per trovarsi a rivestire il ruolo dell'accusato, insieme al suo partito¹³².

Del resto, nel 1930, fu la stessa *Reichsgericht* a consentire a Hitler di comparire come testimone in un giudizio contro due ufficiali dell'esercito repubblicano, accusati di aver complottato coi nazisti. Fu in questa occasione che il futuro dittatore formulò il suo 'giuramento di legalità' [*Legalitätseid*]. Il messaggio poté godere della diffusione e della legittimazione derivanti dall'essere stato pronunciato dal palcoscenico rappresentato dalla massima corte dello Stato, la quale lo aveva accettato. Questo nonostante Hitler non avesse allora nascosto che, alla presa per vie legali del potere, avrebbero fatto seguito il completo stravolgimento della costituzione e l'eliminazione violenta dell'opposizione¹³³.

Ma vi è un capitolo anche più violento che fa dubitare delle disponibilità della classe giudiziaria del tempo a difendere la Costituzione. Infatti, se si guarda ai fatti di sangue che costantemente percorsero la Repubblica, in particolare nei suoi primi e ultimi anni, appare chiaro come le corti dimostrassero un favore perfino sfacciato verso gli assassini commessi da nazionalisti e *Freikorps*, in larga parte lasciati impuniti. Lo statistico Emil Gumbel, in una ricerca del 1922, conteggiava in totale 354 omicidi di natura politica dal 1919; ma, se nei 22 casi attribuibili alle forze di sinistra vi erano state 17 condanne, 8 delle quali a morte, per i 332 casi restanti e attribuibili alla destra furono condannate solo 27 persone, alle quali venne di norma risparmiata la vita, a fronte di pene spesso irrisorie¹³⁴. Kirchheimer cita il caso di uno dei procuratori presso la stessa *Reichsgericht* di Lipsia, trovato da due corti berlinesi colpevole di aver prestato attiva assistenza legale agli assassini dei *leader* spartachisti Karl Liebknecht e Rosa Luxemburg, pur nel momento in cui era lui stesso il magistrato incaricato d'istruire il caso contro gli omicidi. Nel 1930 la Corte Suprema di Lipsia, pronunciandosi in appello, rinviò la causa a un altro tribunale rispetto a quello rimettente, con dettagliate indicazioni su come assolvere il magistrato in questione, il quale, esonerato dal servizio, sarebbe poco dopo diventato il primo presidente del Tribunale del Popolo [*Volkgerichtshof*] creato da Hitler¹³⁵.

Davanti a episodi così gravi, può forse passare perfino in secondo piano la critica che anche un altro giurista socialdemocratico, Franz Neumann, muoveva alla giurisprudenza civilistica weimariana, quando l'accusava di aver elaborato strumentalmente un nuovo diritto naturale, basato sulla dilatazione di concetti giuridici indeterminati, quali la buona fede [*Treu und Glauben*], e sull'uso diretto di (alcuni) principi di giustizia dedotti discrezionalmente dalla Costituzione. Neumann, da marxista, individuava la minaccia di tutto ciò proprio nel fatto che le corti utilizzassero questi mezzi in primo luogo *contro il legislatore*. In un momento in cui le forze del proletariato entravano in Parlamento, i tribunali si erano trasformati per lui in una ridotta della borghesia più conservatrice, mentre l'ampio uso dei principi generali, tratti dall'ordinamento o direttamente dalla stessa 'coscienza del popolo', era funzionale agli interessi del nuovo "capitalismo monopolistico" del primo dopoguerra, economicamente abbastanza forte da trarre vantaggio dal venire meno dell'elemento di calcolabilità rappresentato dal "diritto razionale" ottocentesco¹³⁶.

Si può non condividere l'analisi marxista di Neumann, che lo pone peraltro in un orizzonte precedente a quello del costituzionalismo contemporaneo, ma egli coglieva nel segno quando, scrivendo nel 1939 e pensando a Weimar, tracciava un collegamento fra l'uso giudiziario di concetti indeterminati, radicati in una dimensione inconoscibile che si pretendeva materiale ma che era in realtà massimamente discrezionale, e alcuni fra i successivi sviluppi che ne sarebbero seguiti nel diritto nazista. In quest'ultimo, il richiamo alla decisione del caso concreto, che va risolto in sintonia con lo spirito del popolo, diventa un *refrain* costante. Il principio del Capo o *Führerprinzip* si legittima, appunto, sull'idea del *Führer* come interprete immediato del

¹³² La vicenda è riportata in dettaglio da O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 79 e ss.

¹³³ Riportato in J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit., Capitolo V, *L'impasse legalitaria e l'impazienza della base*.

¹³⁴ E. GUMBEL, *Vier fahre politischer Mord*, Berlin, 1922, trad. ing. parziale in A. Kaes, M. Jay, E. Dimendberg (curr.), *The Weimar Republic Sourcebook*, Berkeley, 1994, 100 e ss. Nello specifico, per i condannati vicini alla destra tedesca, lo statistico calcolava un totale di 31 anni e 3 mesi di pena detentiva inflitta dalle corti, contro i 176 anni e 10 mesi per i molto meno numerosi condannati di sinistra. Per gli anni successivi, si può prendere come esempio l'esito del 'Processo Potempa', descritto da Chapoutot.

¹³⁵ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 214.

¹³⁶ F. L. NEUMANN, *The Change in Function of Law in Modern Society*, in *Selected Readings. Second Year Course in the Study of Contemporary Society*, University of Chicago, Chicago, 1939, 128 e ss. Si tenga conto che se il richiamo ai principi generali diveniva spesso un richiamo alla coscienza del popolo, per come interpretata dal giudice, la strada era stata aperta anche da molte dottrine giuridiche conservatrici tedesche, come quelle di Triepel e Kaufmann.

popolo tedesco e dunque fonte del diritto, sebbene in realtà non sia che un criterio di ubbidienza alla volontà discrezionale del *leader*¹³⁷.

Peraltro, non si deve per questo credere che il giudiziario tedesco fosse composto da militanti nazisti. Nel suo nucleo duro si trattava semmai di una casta di funzionari, eredi dell'epoca guglielmina, cioè di un periodo in cui all'autoritarismo politico si era però unito il culto verso l'idea dello Stato di diritto, inteso come applicazione del monopolio della forza in modo calcolabile.

Può forse aiutarci a capire le ragioni del cambiamento quanto argomentava Kirchheimer, scrivendo che in una società che ancora mantiene un minimo di unità politica il ruolo del giudice è di tradurre il flusso grezzo di dati della coscienza sociale in una forma ragionata di coscienza giuridica, mentre, se la società è divisa oltre un certo segno, ciò non accade, né ha più senso la nozione di imparzialità, che solo un substrato sociale comune sorregge. L'imparzialità presuppone cioè una proposizione di partenza comunemente accettata, fosse anche solo un modo procedurale di gestire il conflitto. Se manca, anche il giudice è schierato¹³⁸.

Se prima della Guerra poteva ancora capitare che un giudice tedesco comminasse una pena decisamente più lieve di quanto richiesto dall'accusa verso un nemico dell'ordine costituito come il rivoluzionario Karl Liebknecht, dopo il 1919 i giudici tollerarono, o facilitarono, la sua esecuzione extragiudiziale¹³⁹. L'ordine si era spezzato, il livello di conflittualità era ormai troppo elevato, e il ceto giudiziario, ancora molto coeso al suo interno, si era schierato con una determinata area politica, quella della destra più conservatrice, se non reazionaria. Questo non vuol dire che i giudici fossero nazisti, anzi, essi non lo furono con sincerità neanche dopo il 1933, ma la magistratura tedesca, nel suo complesso, non ebbe difficoltà a scendere a patti con il nuovo regime. Se ancora nel febbraio del 1933, dopo l'ascesa al potere di Hitler ma prima dell'incendio del *Reichstag*, la *Reichsgericht* annullò alcuni dei decreti che censuravano i giornali d'opposizione in Prussia, dopo il 27 febbraio essa cessò di rappresentare un vero ostacolo. Da quel momento le relazioni fra giudici, ministero della giustizia e capi del partito nazista seguono un itinerario di rapporti instabili, spesso anche conflittuali, ma di una forma di conflitto legata più alla continua competizione interna agli apparati e alle gerarchie di partito che a una difesa di principio dei residui dello Stato di diritto¹⁴⁰.

Nelle prime fasi del regime, la magistratura si schierò accanto all'esercito e alla burocrazia contro le SA, ritenendo forse di poter davvero moderare gli eccessi nazisti, ma già dopo breve si delineò quel "doppio Stato", descritto da Ernst Freankel, in cui parte crescente dei procedimenti penali venivano sottratti alle corti ordinarie

¹³⁷ Per queste considerazioni, ivi, 133. Dello stesso autore anche il celebre *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, New York, 1942 (3ª ed., Chicago, 2009). Circa la figura del *Führer* nel diritto nazista e il suo legame col l'idea organicistica del popolo, Volpe definisce questo tipo di potere come originario, personale e assoluto. Il *Führer* è un compagno del popolo (*Volksgenosse*) ma esercita un potere che non è da quest'ultimo delegato; invece il potere gli deriva dal possedere egli la massima misura possibile di *Volksgiest* (spirito del popolo), tramite una conoscenza intuitiva e irrazionale. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 81. Sulla dottrina del diritto nazista, più diffusamente M. STOLLEIS, *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, trad. ing. di by T. Dunlap, *The Law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany*, Chicago, 1998. Una bibliografia delle principali opere dei giuristi hitleriani, nonché degli studi sul diritto nazista, compresi scritti italiani e francesi degli anni '30, era già in G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 77, nota n. 53. Fra i nomi più importanti dei giuristi di Hitler, oltre alla tormentata vicenda di Schmitt (a cui si potrebbe aggiungere il caso di Forsthoff), vi erano l'allievo di quest'ultimo, Huber, nonché i giuristi Hoehn, Jerusalem, Larenz, Franck e Koellreuter. Volpe nel suo libro traccia un collegamento fra le concezioni idealistiche del diritto sviluppatesi in Germania a partire dall'inizio del XIX secolo e le successive correnti organicistiche proprie della Rivoluzione Conservatrice (*Konservative Revolution*) del periodo weimariano, fino alla concezione nazista del diritto vero e propria. Ivi, soprattutto 71-88. Per le differenze comunque esistenti fra il concetto 'conservatore' di spirito collettivo del gruppo della Scuola Storica tedesca, che lo intendeva come un'entità oggettivamente esistente al di sopra degli individui, incarnantesi entro le istituzioni sociali consacrate dalla tradizione, rispetto all'idea 'rivoluzionaria' e nazista del sentimento spirituale collettivo come prodotto della coscienza individuale del soggetto razzialmente predisposto, si veda ivi, 83, nota n. 64. Più diffusamente sulla Scuola Storica tedesca, ivi, 51 e ss. La tesi di Volpe circa l'esistenza di un chiaro legame fra il nazismo e lo sviluppo organicistica o comunque comunitarista e antividualista (spesso direttamente antiliberal) di una parte maggioritaria del pensiero tedesco del secolo precedente non pare invece condivisa dal più recente studio di A. CARRINO, *Weimar*, cit.

¹³⁸ Queste idee sono espresse in O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 215.

¹³⁹ Ivi, 218.

¹⁴⁰ Per i riferimenti agli sviluppi delle istituzioni giudiziarie sotto i nazisti, si è seguito Martin Broszat, *Der Staat Hitlers*, Taschenbuch, 1969, trad. ing. di J. W. Hidden, *The Hitler state. The foundation and development of the internal structure of the Third Reich*, Boston, 1981.

per essere trattati prima da corti speciali e, in seguito, direttamente dalla Gestapo, tramite detenzioni amministrative extragiudiziarie¹⁴¹. I giudici tedeschi, già davanti ai primi di questi sviluppi, scelsero la strada di accettare che un certo numero dei principi del diritto venissero spazzati via, purché l'autorità della magistratura venisse preservata in altri ambiti. A queste condizioni, essi mantennero, almeno fino alla guerra, alcuni autonomi spazi di manovra nella competizione con i mille apparati e poteri dello Stato nazista, tanto che il nucleo della magistratura non fu mai sostituito da membri 'duri e puri' del partito e gli venne a lungo lasciata la gestione ordinaria del diritto civile e degli assetti proprietari previgenti¹⁴².

Ci si è voluti soffermare sul 'carattere' della magistratura tedesca non per fare un mero *excursus* storico, ma perché proprio tale analisi riporta in primo piano come ogni discorso giuridico sulla difesa della costituzione in tempi di crisi (ma anche della sua applicazione in tempi di pace) non possa prescindere da una sociologia della magistratura o, in senso più ampio, dei funzionari a cui spetta il compito di applicare il diritto nella prassi. Una simile indagine contribuisce a farci capire meglio quali risorse una società può mobilitare nella difesa del proprio ordine costituzionale, in particolare in una fase antecedente alla sua conclamata rottura. In Germania, forse, tale fase preliminare fu il *Preussenschlag*, con la sua continuazione giuridica nel processo del 1932. Un'altra ragione per cui è opportuno dedicare dello spazio alla magistratura tedesca del tempo è l'affermazione, spesso ricorrente, che, nella propria ascesa al potere, Hitler sarebbe stato facilitato dal positivismo giuridico, inteso come *forma mentis* dei giuristi tedeschi. Come lamentava Kirchheimer, in opposizione a Lon Fuller e al dibattito americano del dopoguerra, questa credenza è storicamente infondata¹⁴³. Tralasciando il fatto che il positivismo era allora fortemente contestato anche da dietro le cattedre universitarie tedesche, si è visto come a Weimar i giudici fossero lontani dal non cogliere, a causa dei loro limiti dottrinari, le innovazioni portate dalla nuova costituzione. Tali innovazioni essi le coglievano anche, pure se in modo selettivo, ma, semplicemente, erano ostili alla costituzione e alle forze politiche che più la rappresentavano¹⁴⁴.

Tornando a quella che era la situazione della 'giustizia costituzionale' tedesca al principio degli anni '30, si può d'altra parte notare che anche i partiti del *Reichstag* si erano rivelati incapaci di raggiungere un accordo su di una riforma costituzionale che esprimesse chiaramente le nuove competenze della *Staatsgerichtshof* e le procedure che si sarebbero dovute adottare davanti a essa¹⁴⁵. Allo stesso modo, si è visto come la dottrina pubblicistica tedesca non fosse riuscita a esprimere una visione comune fra i favorevoli e i contrari al controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi. Essa era anzi spaccata, con una parte consistente dei giuristi, molti ancora legati a un orizzonte giusteorico ottocentesco, che la rigettava, mentre, per quanto riguarda i favorevoli, le argomentazioni a sostegno del controllo diffuso apparivano strettamente legate alla difesa dei diritti di proprietà, minacciati dal pluralismo politico e sociale del nuovo Stato. Anche da un punto di vista esclusivamente teorico, del resto, le posizioni di un Kaufmann o di un Triepel (le cui intuizioni sull'eguaglianza erano pur di per sé innovative), spesso finivano col coincidere o col rimandare, più meno esplicitamente, a forme di giusnaturalismo da tempo superate. All'opposto, il sostegno per una proposta

¹⁴¹ E. FRAENKEL, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, New York, 1941 (2^a ed., 2017).

¹⁴² Sui vantaggi che una parte della magistratura scorgeva in un mutuo accordo con il regime, O. KIRCHHEIMER, in *Political Justice*, cit., 301.

¹⁴³ Ivi, 212, nota n. 78. Fuller aveva sviluppato la sua critica in polemica contro il positivismo di Hart, ma, come rileva Kirchheimer, questa posizione rischia di prendere un po' troppo sul serio le difese strumentali degli stessi giudici tedeschi, sviluppate per scampare alla denazificazione del secondo dopoguerra, cosa che, peraltro, spesso gli riuscì.

¹⁴⁴ Il consapevole distacco dei giudici tedeschi dalla fedeltà alla legge, avviato ben prima di Hitler, è dimostrato da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 99 e ss. Nello stesso libro l'autore evidenzia come la libertà interpretativa del giudice, rispetto a una legge recessiva davanti a una concezione organicistica e finalistica del popolo, fosse sostenuta a gran voce anche dai teorici del diritto nazisti, Ivi, 95-99. Alle stesse conclusioni giunge di recente anche A. CARRINO in *Weimar*, cit.

In merito al menzionato orientamento conservatore della giurisprudenza tedesca del tempo, si ricorda che tratti in comune, sotto questo profilo, possono in parte scorgersi nella situazione italiana fra il 1948 e il 1956. Com'è noto, nelle more dell'effettiva operatività di una Corte costituzionale accentrata, si ebbe di fatto un modello diffuso di controllo, con al vertice la Corte di Cassazione, le sentenze della quale espressero nel complesso un orientamento restio ad accogliere le novità della Costituzione Repubblicana e caratterizzato da tendenze politicamente conservatrici.

¹⁴⁵ C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 199. Mentre Friedrich scriveva era stato appena presentato il terzo progetto di riforma, travolto poco dopo dalla fine della grande coalizione fra la SPD e i partiti democratici.

intermedia come quella kelseniana – che avrebbe peraltro richiesto una riforma costituzionale difficilmente attuabile – era in verità del tutto minoritario fra i giuristi tedeschi.

La dottrina, le forze politiche in Parlamento e la giurisprudenza non offrivano, dunque, una soluzione chiara al problema della garanzia della costituzione, né un argine saldo davanti all'esecutivo. In merito ai poteri del Presidente la giurisprudenza delle Corti tedesche non aveva infatti posto veri limiti, o, quando aveva tentato di farlo, aveva agito esprimendoli in maniera solamente ipotetica e sempre evitando di prendere decisioni radicali o di rottura. Anzi, proprio l'accento a una legittimazione a sé del potere d'emergenza presidenziale, finiva col sanzionare la legittimità di soluzioni plebiscitarie, quale quella infine fatta propria da Carl Schmitt¹⁴⁶.

8. Il Processo del 1932 e il suo significato storico-costituzionale

Nei paragrafi successivi dell'articolo, si tratterà del conflitto costituzionale prussiano, inteso quale caso concreto nel quale le tesi di Schmitt e Kelsen ebbero la possibilità di influire concretamente sulla realtà del loro tempo. Come si è mostrato nei paragrafi storici, si trattava di una realtà drammatica, vicina alla guerra civile, nella quale è lecito chiedersi quale forza potesse ancora avere il diritto, lo si voglia considerare dal punto di vista della dottrina o delle corti. In ogni caso, proprio a una corte, la *Staatsgerichtshof*, spettò la decisione in merito alla legittimità dell'operato del Governo del *Reich*, nell'aver esso proceduto manu militari a sostituire il Governo provvisoriamente in carica nel *Land* di Prussia, tramite un'ordinanza ex art. 48 della Costituzione.

È bene osservare che una reale possibilità di porre un freno giudiziario all'operare del Governo Papen sfumò già poco dopo la decisione delle autorità prussiane di ricorrere alla *Staatsgerichtshof*, e cioè quando la Corte negò una qualsivoglia forma di tutela provvisoria ai *Länder* ricorrenti, rimandando la decisione del caso all'ottobre seguente, mese in cui ormai, dopo il successo elettorale nazista dell'estate e le epurazioni (per ora incruente) portate avanti dal commissario del *Reich* entro l'amministrazione statale prussiana, scarse apparivano le possibilità di un effettivo ritorno alla situazione precedente¹⁴⁷.

Quando poi, il 10 ottobre 1932, la *Staatsgerichtshof* si riunì, il processo vide direttamente coinvolti i principali giuristi del tempo, fra i quali i nomi oggi più importanti sono quelli di Carl Schmitt – naturalmente in rappresentanza del governo centrale – ed Hermann Heller, in rappresentanza dei social-democratici prussiani. Hans Kelsen, che insegnava a Colonia dopo la svolta autoritaria in Austria, scrisse un commento alla decisione della Corte, sulla rivista "Die Justiz", che utilizzeremo in special modo per 'leggere' la sentenza del 25 ottobre dalla prospettiva di Kelsen stesso¹⁴⁸.

Il dibattito davanti alla *Staatsgerichtshof* durò dal 10 al 17 ottobre, mentre la decisione della Corte fu resa nota il 25 dello stesso mese¹⁴⁹. Per quanto riguarda l'intervento personale di Schmitt durante la discussione in

¹⁴⁶ Come scrive Caldwell: "As the Weimar Republic entered into its final year of existence, the State Court's jurisprudence of presidential emergency decrees remained vague. It had not stated clearly whether it had the power to review; nor had it indicated limits to the president's 'independent jurisdiction' by Article 48, paragraph 2; nor was it clear where 'discretionary judgment' ended and illegal activity or arbitrariness began". Ivi, 163.

¹⁴⁷ Sosteneva la scarsa utilità della sentenza, in quanto comunque posteriore al fatto compiuto, O. KIRCHHEIMER, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, 153.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932*, in *Die Justiz*, n. 8, 1932, 65–91, trad. ing. di L. VINX, *Kelsen on the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, in ID., *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015.

¹⁴⁹ Per una dettagliata ricostruzione della partecipazione di Schmitt, basata sui suoi diari personali, R. MEHRING, *Carl Schmitt*, cit., 263-265. Per un altrettanto dettagliata ricostruzione del processo, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 187 e ss., che si basa sul resoconto pubblicato a cura di Arnold Brecht, direttore ministeriale prussiano della SPD direttamente implicato nel processo, A. BRECHT, *Preussen c. Reich*, Berlin, 1933. Per il governo prussiano, i gruppi parlamentari della SPD e del *Zentrum* e gli Stati intervenienti di Baviera e Baden, la difesa era rappresentata, rispettivamente, dallo stesso Brecht, dai professori Giese, Anschütz, Peters, Heller e Nawiasky. Per la Prussia, vi erano i direttori ministeriali Gottheiner e Hoche e i professori Schmitt, Jacobi e Bilfinger. Peculiarmente, il processo si svolse nella totale assenza di avvocati di professione, le parti scelsero entrambe di farsi rappresentare da funzionari o professori, cosa che rivelava anche al vasto pubblico la profonda spaccatura della dottrina tedesca.

aula del 10 ottobre 1932, esso riprende i punti salienti delle tesi dell'autore. Sebbene egli non neghi un ruolo alle giurisdizioni superiori, rimarca l'esistenza di una dimensione specificatamente politica della difesa della costituzione. Tale difesa non può che spettare al Presidente nei casi di emergenza, ma a esso è anche riservata la decisione sulla presenza o meno dei *presupposti* per l'attivazione dell'art. 48, sia per quanto riguarda lo stato di necessità (co. 2), che per quanto riguarda l'esecuzione federale, ossia l'aver mancato un *Land* di conformarsi ai propri obblighi verso il *Reich* (co. 1)¹⁵⁰.

Schmitt sostiene un'interpretazione oltremodo estensiva del co. 1 dell'art. 48: superando la lettera dell'articolo, si pretende cioè che l'aver un *Land* (o il minacciare di avere) un indirizzo politico di governo (cioè una coalizione di governo) di segno incompatibile a quello del Governo centrale, già da sé giustifichi un intervento federale ai sensi di co.1, anche senza considerare l'emergenza. La coalizione 'potenzialmente eversiva' a cui si riferiva Schmitt era quella fra social-democratici e comunisti, del resto mai avvenuta, ma quello che rileva è piuttosto notare come, ancora una volta, sia la rappresentazione del Governo del *Reich* come *potere unitario* il carattere in nome del quale Schmitt lo eleva qualitativamente sopra il Governo della Prussia, visto che, come fu ricordato in sede processuale da Heller, lo stesso Gabinetto Papen non aveva certo maggiore legittimità democratica dei ministri prussiani, sebbene questi, come si è visto, non rispecchiassero più i reali rapporti di forze nel *Landtag* locale¹⁵¹.

Come giustamente avrebbe notato Kelsen, l'interpretazione dell'esecuzione federale che emergeva nel decreto – e che Schmitt avallava – rappresentava in verità la fine del federalismo in Germania, in quanto nessun limite veniva più posto alla discrezionalità del Governo (sotto l'autorità del Presidente) qualora avesse voluto sostituirsi agli apparati degli Stati federati. Tale conclusione fa capire a quale radicalità fosse giunto anche l'imperativo schmittiano all'unità del corpo politico, dal momento che ancora nel 1928 l'autore aveva posto il federalismo fra le decisioni fondamentali e imm modificabili contenute nella Costituzione di Weimar¹⁵². Questo aspetto della vicenda – nella quale non è un caso che le tensioni politiche sorte intorno al pluralismo e all'attacco alla democrazia trovassero poi manifestazione nello scontro fra il potere centrale e quelli locali – rimanda del resto ai problemi propri dei sistemi federali e alla debolezza della Costituzione tedesca nell'indicare un mezzo di risoluzione dei conflitti fra *Reich* e *Länder*, ossia l'art. 48, che avvantaggiava enormemente il primo sui secondi¹⁵³.

Davanti a questa situazione, la *Staatsgerichtshof* cercò di mantenersi su una posizione che si voleva intermedia fra le opposte pretese, con un esito che apparve però a tutti insoddisfacente e che finì, di fatto, per legittimare l'operato del Governo centrale.

Le questioni sollevate col ricorso erano molteplici, in quanto volte a contestare una molteplicità di atti che

¹⁵⁰ C. SCHMITT, *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin, 1933. L'autore, notevolmente prostrato dopo il processo, lasciò al suo allievo prediletto Rudolf Huber il commento critico della decisione. R. HUBER, *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, München, 1932. Il proprio intervento al processo fu in seguito pubblicato dallo stesso Schmitt, non a caso, sotto il potere nazista. Una traduzione inglese, basata su questa seconda versione, è stata curata di recente da Lars Vinx e ad essa si è fatto riferimento, come anche per la traduzione del commento di Kelsen, pubblicato nella medesima raccolta. C. SCHMITT, *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozeß Preußen contra Reich*, in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*, Berlin, 1994, 205-10, trad. ing. di L. Vinx, *Prussia contra Reich: Schmitt's closing statement in Leipzig*, in *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015.

¹⁵¹ Coincidenti con le argomentazioni di Heller, anche in merito alla negazione di un'alleanza fra SPD e KPD, quelle di O. KIRCHHEIMER, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, cit., 153.

¹⁵² Schmitt aveva definito il federalismo come parte fondamentale della Costituzione nel capitolo conclusivo della sua *Dottrina della costituzione*, cit. Invece, rilevava come l'interpretazione filogovernativa rappresentasse la fine del federalismo H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 230.

¹⁵³ Kelsen aveva già mostrato come il sistema austriaco, con la presenza di un organo accentrato di giustizia costituzionale, offrisse uno strumento superiore all'intervento diretto del Presidente del *Reich* tedesco, intervento che il giurista austriaco aveva paragonato ad un metodo 'internazionalistico' (cioè basato sulla mera coazione) di risoluzione delle controversie fra i due sistemi rappresentati dalla federazione e dai singoli Stati, da lui intesi come distinti ma entrambi sottoposti alla medesima fonte sovraordinata, cioè la costituzione. H. KELSEN, *L'esecuzione federale*, cit. Sulla centralità del tema delle controversie federali nel disegno della giustizia costituzionale di Kelsen – definito come la principale preoccupazione dell'autore sul tema almeno fino allo scritto del 1928 – si veda M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, cit. Si può peraltro notare una chiara tendenza, fra le costituzioni del secondo dopoguerra, a preferire un modello kelseniano di risoluzione delle controversie fra poteri locali e governo centrale.

il *Reich* aveva intrapreso al fine di sostituire il Governo prussiano: le azioni rispetto alla legittimità delle quali la Corte doveva pronunciarsi spaziavano dalla destituzione dei funzionari e alla loro sostituzione con uomini inviati dal Governo centrale, agli oneri finanziari intrapresi dalle nuove autorità a nome del *Land*.

Rispetto alle supposte inadempienze della Prussia ex art. 48 co. 1, la questione era se tali potessero essere definite una serie di azioni delle quali Papen accusava i socialdemocratici prussiani, tutte volte in un modo o nell'altro a facilitare attivamente i comunisti a scapito della sicurezza pubblica (vi si aggiungeva anche una violazione del supposto dovere del *Landtag* di darsi un nuovo Governo dopo le recenti elezioni). La Corte ripartì comunque le domande delle parti nel modo seguente, ossia quali dovessero essere i limiti astratti da porre all'art. 48, se le concrete violazioni degli obblighi ex art. 48, co.1 si fossero verificate e se l'ordinanza del Presidente fosse fondata e, in subordine, come la si dovesse eseguire¹⁵⁴.

A monte delle domande delle parti e della loro sistematizzazione da parte della Corte, è comunque evidente che le questioni sulle quali la Corte era chiamata a decidere erano in realtà tutte riconducibili al seguente punto fondamentale: ossia se correttamente si fosse fatto ricorso al primo e al secondo fra i commi dell'art. 48 e, solo di conseguenza, se il decreto del Presidente potesse dirsi sotto ogni aspetto costituzionale. Sul primo punto, se cioè la Prussia avesse mancato nei suoi obblighi verso il *Reich*, la Corte si espresse a prima vista negando la legittimità dell'applicazione del co. 1 dell'art. 48¹⁵⁵. Tuttavia, come doveva notare Kelsen nel suo commento alla sentenza, anche tale punto, agevolmente ricavabile dalle motivazioni, non ritornava poi chiaramente nel dispositivo della sentenza, dando adito a una di quelle difficoltà d'applicazione della decisione da lui poi imputate a una scarsa perizia o consapevolezza tecnica tanto dei giudici quanto del costituente tedesco.

Andando però con ordine, fu piuttosto il co. 2 a essere, ancora una volta, il centro della decisione. La *Staatsgerichtshof*, infatti, mantenne sull'esistenza o meno dei presupposti di fatto per l'attivazione dei poteri d'emergenza un comportamento contraddittorio. Da un lato, si affermava che non era necessario per la Corte valutare *nel caso concreto* l'esistenza e la concorde gravità dei fatti materiali, cioè dei turbamenti all'ordine pubblico, posti alla base del decreto impugnato (sebbene non si negasse *in astratto* la titolarità della Corte a farlo). Sotto questo punto di vista la Corte si rimetteva dunque implicitamente alla primazia del giudizio del Presidente sulla situazione d'emergenza, almeno per quanto riguardava il caso specifico. Dall'altro lato, però, i giudici della *Staatsgerichtshof* notavano, in maniera sommaria, che era ovvio che il decreto del 20 luglio fosse stato emanato in un periodo di gravi disordini e che, dunque, le precondizioni per la sua emanazione – che i giudici avevano appena dichiarato di non voler esaminare – erano comunque “chiaramente presenti”¹⁵⁶.

Insomma, l'aver preventivamente rinunciato, da parte della Corte, all'esprimersi sui presupposti di cui al co. 2 finiva poi per permettere alla stessa di dichiararli comunque incidentalmente presenti e di trattarli come tali, senza però doversi addentrare in una vera indagine circa i fatti materiali alla base dei tumulti avvenuti nella cruenta estate del 1932¹⁵⁷. Questo passaggio argomentativo avveniva nonostante non si potessero dedurre, né dall'art. 19 della Costituzione, né dalle altre norme disciplinate la Corte, motivi per negare il diritto della *Staatsgerichtshof* di decidere senza restrizioni su ogni aspetto, in fatto e in diritto, della disputa, e nonostante lo stesso art. 48 non giustificasse una differenziazione dei poteri di controllo esercitabili dai giudici,

¹⁵⁴ G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 193, 195-196.

¹⁵⁵ Per il testo dell'art. 48, si veda la nota n. 88.

¹⁵⁶ Citato in H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 232. La micidiale coesistenza del farsi scuso da parte della Corte da un lato dell'elemento del 'fatto notorio', in relazione all'esistenza dei tumulti ad Altona, e dall'altro di una presunzione di buona fede a favore del Presidente sulla valutazione della gravità del fatto, è messa in luce da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 220-221. Lo stesso autore rileva la contraddizione di un'analisi che i giudici vollero compiere in modo meramente astratto e ipotetico, entro un giudizio strutturalmente ideato, nonostante le sue deficienze, per esaminare fatti concreti, in conformità alle stesse dichiarazioni della *Staatsgerichtshof*. Ivi, 227.

¹⁵⁷ I fatti addotti dal Governo per giustificare il proprio intervento erano stati i tumulti avvenuti a causa del ritiro del bando verso le SA naziste, in specie gli scontri verificatisi nel sobborgo operaio di Altona, presso Amburgo, nei quali erano morte 18 persone e ne erano rimaste ferite più di 200. In generale, del resto, nell'estate del 1932 erano stati cento i morti e migliaia i feriti negli scontri in tutto il paese, motivo per il quale appariva pretestuoso voler considerare i soli fatti di Altona come così gravi da giustificare la rimozione di un governo statale. Sulle violenze dell'estate 1932, si rimanda alla bibliografia storica già citata nella prima parte. Le violenze non sarebbero peraltro cessate con il golpe prussiano, si veda ad esempio il caso di Potempa, di cui J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit.

alla luce delle disposizioni in esso contenute.

Se il decreto era dunque dichiarato legittimo dalla Corte, sebbene solo in base al co. 2, restava da chiarire con quale estensione il *Reich* potesse sostituirsi al governo di un *Land* nel controllo degli apparati statali (in primis quelli di polizia). È proprio a questo riguardo che la *Staatsgerichtshof* tentava un'operazione interpretativa alquanto tortuosa, che pure si prefiggeva di non lasciare del tutto spogliato del proprio potere il governo prussiano, il quale godeva pur sempre di un mandato democratico ai sensi dell'art. 17 Cost.¹⁵⁸.

I giudici della Corte tentavano cioè di dividere la sfera costituzionale di governo in due parti fondamentali, la prima consisteva nei mezzi o "strumenti di potere" a disposizione dell'esecutivo di ogni *Land*, che ne ricomprendeva tutti gli apparati amministrativi, dall'istruzione alla polizia, e che veniva a essere disciplinata da quelle che la Corte definiva come norme contenenti una "delimitazione di competenza" fra *Reich* e *Länder*. L'altra parte veniva individuata nella struttura costituzionale dei *Länder* e nelle disposizioni della Costituzione riguardanti la posizione garantita agli Stati federati all'interno del *Reich*, in particolare gli art. 17, 60 e 63 della Costituzione¹⁵⁹.

Lungi dal permettere interventi del governo solo nei diritti ivi elencati, l'art. 48 co. 2 (la cui interpretazione estensiva era del resto già da tempo dominante) diventava dunque un mezzo con il quale si poteva intervenire a mutare le delimitazioni di competenza fra gli organi dello Stato federale. Ciò equivaleva ad affermare che il Governo del *Reich* poteva sostituirsi, in caso d'emergenza e provvisoriamente, ai governi locali nel controllo degli apparati a questi sottoposti, salvo il non poter cambiare le prerogative costituzionali dei governi stessi, in particolare il diritto a rappresentare il proprio *Land* entro il *Reichsrat*, o davanti al *Reichstag* e agli altri *Länder*¹⁶⁰.

In un certo senso, la Corte pareva ritenere che vi fosse un nucleo di disposizioni riguardanti gli organi costituzionali sulle quali neanche il Presidente, nella veste del dittatore schmittiano, poteva intervenire, e tale nucleo pareva indentificarsi con le funzioni attinenti alla rappresentanza politica del governo del *Land*, ormai 'spogliato' del controllo sui propri apparati. Tuttavia, restava da chiedersi cosa rimanesse in concreto a un governo locale ormai privo di ogni potere effettivo, in particolare se si considera che il non aver circoscritto in alcun modo il potere di commissariamento per quanto riguardava la ripartizione di potere rendeva quest'ultima una vera e propria 'pienezza di potere', che il *Reich* poteva sottrarre discrezionalmente agli Stati membri. Del resto, neanche si poteva ricavare dalla lettera dell'art. 48 un qualche criterio utile a impedire che anche le competenze legislative dei parlamenti locali venissero a loro volta soppresse in questo modo¹⁶¹.

Proprio agli occhi di un sostenitore, come Kelsen, di una teoria politica realista e di un'ideale giuridico che vuole essere scientifico, non può che risultare evidente l'arbitrarietà della separazione di una sfera di mera delimitazione delle competenze entro gli organi costituzionali, opposta a un'immagine della sfera della rappresentanza esterna degli stessi in realtà priva di sostanza e che certo doveva apparire al giurista austriaco come uno di quegli 'spettri' della dogmatica giuridica che la sua teoria si era proposta di eliminare¹⁶².

Più realisticamente, Kelsen notava, nel suo commento, come dalla sentenza emergesse un Governo prussiano in realtà del tutto spogliato dai propri poteri, appunto in quanto gli si negava anche formalmente il controllo dei mezzi (coercitivi) dell'ordinamento statale, e si mostrava di ignorare come quelle sulla distribuzione delle competenze fossero "di gran lunga le più importanti disposizioni della costituzione dello

¹⁵⁸ Il co. 1 dell'art. 17 statuiva:

«Ogni Land deve avere una costituzione di Stato libero. Gli organi rappresentativi devono essere formati mediante voto generale, uguale, immediato e segreto, reso da tutti i cittadini di ambo i sessi, secondo i principî fondamentali della rappresentanza proporzionale. Il governo del Land deve godere della fiducia della rappresentanza popolare». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹⁵⁹ Per una ricostruzione critica di questi passaggi argomentativi H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 237. Traduzione dei termini in virgolette mia. Gli articoli 60 e 63 della Costituzione disciplinavano il funzionamento del *Reichsrat* e la rappresentanza dei *Länder*.

¹⁶⁰ La Corte non parlava però di "sostituzione" del Reich al Land, ma si esprimeva, più ambiguamente, con il termine "unificazione degli strumenti di potere del Reich e del Land", cit. Ivi, 240, traduzione mia.

¹⁶¹ Ivi, 235.

¹⁶² A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit.

Stato federale”¹⁶³.

Fin qui, dunque, è evidente il parere negativo di Kelsen sulla decisione e sul ragionamento della *Staatsgerichtshof*, che comunque, seppure in maniera insufficiente, aveva pur tentato di ‘concedere’ qualcosa a entrambi i ricorrenti, tentando di salvare uno spazio in cui anche i poteri emergenziali del Presidente non potessero agire arbitrariamente. La Corte aveva cioè cercato di riservarsi un qualche controllo per i casi futuri. In merito, si può solo dire che esso doveva risultare di scarsa efficacia, in primo luogo per il precipitare degli eventi, ma anche per l’arrendevolezza che i giudici della *Staatsgerichtshof* dovevano in seguito dimostrare davanti alle pretese di Hitler¹⁶⁴.

Tuttavia, è la parte finale dell’analisi di Kelsen a presentare dei caratteri per certi versi più sorprendenti. La critica dell’autore parte da un dato prettamente testuale e di ‘analisi positiva’ della sentenza: si nota cioè una discrasia fra quanto argomentato nelle motivazioni e quanto concretante deciso nel dispositivo, il che aumenta in modo sensibile l’oscurità di quest’ultimo e ne pregiudica le possibilità di applicazione¹⁶⁵.

Più precisamente, la Corte fa riferimento solo nelle motivazioni, ma non nel dispositivo, a una (parziale) incostituzionalità del decreto, per quanto riguarda la non applicabilità del co. 1 dell’art. 48 e la non completa appropriabilità da parte del *Reich* delle funzioni rappresentative costituzionalmente garantite ai *Länder*.

Il Presidente del *Reich* è però vincolato dall’art. 19 ad applicare solo quest’ultima parte della sentenza, per cui Kelsen afferma che la decisione della corte enuncia un’incostituzionalità in realtà inapplicabile. In merito proprio al dispositivo, l’accusa kelseniana è che esso – invece di rispondere alla semplice ma decisiva domanda sulla conformità o meno dello specifico decreto alla Costituzione, a cui dovrebbe seguire una secca alternativa fra annullamento dell’atto per intero o sua legittimità¹⁶⁶ – si ponga in chiave ipotetica in rapporto a un decreto da essa solo ‘immaginato’ come presente, anziché pronunciarsi su quello reale¹⁶⁷.

La tecnica in questione, che intenderebbe indicare (‘politicamente’) dei limiti per il futuro, risulta però inefficace di fronte al problema attuale, considerando che, se è dubbio che la Costituzione assegni, per Kelsen, un potere di annullamento immediato alla *Staatsgerichtshof*, è sicuramente insostenibile immaginare che conferisca a essa un potere sostitutivo di decretazione d’urgenza, decretazione che l’art. 48 statuisce spettare in termini esclusivi al Presidente¹⁶⁸.

¹⁶³H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit. 239, traduzione in italiano mia.

¹⁶⁴ Una volta salito al potere, Hitler destituì subito anche i rappresentanti del Governo prussiano nel *Reichsrat*, sostituendoli con inviati del commissario del *Reich* per la Prussia. La decisione era in palese violazione della sentenza del 25 ottobre, e contro di essa agirono in giudizio i socialdemocratici, in modo tale che la *Staatsgerichtshof* si esprimesse prima delle elezioni convocate per il 5 marzo 1933 (e preludio dei pieni poteri a Hitler). L’11 febbraio Hitler incontrò personalmente il Presidente della Corte Bumke. Poco dopo la *Staatsgerichtshof* comunicò la sua impossibilità di decidere sul caso prima della data delle elezioni, vista la particolare complessità della disputa. Dopo il conferimento dei pieni poteri non si ebbe ovviamente alcun prosieguo della causa. Martin Broszat, *The Hitler state*, 63, nota n. 5. Avendo citato il caso di Bumke, si può aggiungere che gli unici giudici contrari al dispositivo della sentenza dell’ottobre 1932 erano stati due fra i tre in rappresentanza dei vertici delle magistrature amministrative dei *Länder*, mentre Bumke parrebbe aver preventivamente assicurato a Papen il buon esito del processo. G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 190.

¹⁶⁵ Ivi, 245 e ss. Per citare le parole di Kelsen, nella traduzione inglese di Lars Vinx: “For the most part, the *Staatsgerichtshof* expresses its legal opinion on the decree of the president of the Reich of 20 July and on the measures that are permissible, in general as well as in particular, under article 48 paragraph 1 and paragraph 2 only in the opinion justifying its judgment, but not in the judgment itself [corsivo mio]”, ivi, 245.

¹⁶⁶ Il che rimanda a un’evidente ostilità di Kelsen nei confronti di quelle che oggi definiremmo come sentenze manipolative, seppure egli non le escluda del tutto. Si noti come per Kelsen “[...] if the statute or the decree in question cannot be divided into constituent parts that are open to differing legal evaluation, if it is unconstitutional in its entirety, because it goes farther in a particular direction than the constitution permits, and if it thus would have to be given a completely different wording, one that would restrict its material scope, in order to become constitutional. In this case, the constitutional court is not permitted to declare the statute or the decree in question to be one part constitutional and one part unconstitutional.” Ivi, 247. Per cui per Kelsen, semmai, “[...] the judgment of the *Staatsgerichtshof* must declare the decree as a whole to be unconstitutional, so that the president will annul it as a whole, or so that he replaces it with another decree.” Ivi, 249.

¹⁶⁷ Dal dispositivo si ricaverebbe cioè che “[...] the decree of 20 July is ‘null’ in its entirety, and that some other decree is valid, a decree the content of which is described in the judgment of the *Staatsgerichtshof*, but that has not, so far, been enacted by the president of the Reich”. Ivi, 250.

¹⁶⁸ “Since neither the constitution of the Reich nor the statute concerning the *Staatsgerichtshof* endow the judgments of this tribunal, judgments which decide constitutional disputes under article 19 of the constitution of the *Reich*, with an immediate power to annul general legal norms [...] one would have to assume that a decree that is held to be unconstitutional by the *Staatsgerichtshof*

Per Kelsen la Corte avrebbe cioè dichiarato il decreto “in parte costituzionale, in parte non costituzionale”, ma in una situazione, e rispetto a un atto giuridico, in cui è impossibile la scomposizione in due aree della questione di costituzionalità e, soprattutto, in cui l’applicazione della decisione spetta unicamente, secondo il diritto vigente, allo stesso organo che ha emanato il decreto, ossia al Presidente del *Reich*. Quest’ultimo, pur essendo vincolato a sottostare alla decisione giudiziale, necessita che essa sia chiara nella propria statuizione. La sentenza del caso è invece, questo Kelsen lo dice esplicitamente, di fatto inapplicabile pur da un Presidente immaginato come rispettoso dei propri obblighi¹⁶⁹.

Già a questo punto, può sorprendere che un autore che certo sarebbe stato personalmente favorevole ad una decisione di segno diverso, sembri però propendere per un’interpretazione che, sotto certi aspetti, minimizza o annulla del tutto le pur modeste concessioni a favore della parte ricorrente che la Corte era stata disposta a concedere, in particolare l’incostituzionalità del decreto rispetto agli standard del co. 1 dell’art. 48 (dal momento che Kelsen mette in dubbio che essa resti un punto fermo anche nel dispositivo della sentenza)¹⁷⁰.

Ciò che però è più sorprendente è che, nella conclusione del suo commento, Kelsen risolve l’intero problema dell’indeterminatezza della decisione e della sua impossibile applicazione in una questione di *drafting* costituzionale, o di scarsa avvedutezza dei costituenti del 1919 nel non aver previsto un autentico organo giurisdizionale preposto al controllo di costituzionalità, accentrato e dotato di un potere diretto di annullamento¹⁷¹. Così facendo la Costituzione di Weimar, pur prevedendo come fondamentale il principio federale, lo lascerebbe però in balia della volontà degli organi centrali del *Reich*.

Possiamo cogliere alcuni punti problematici della posizione del giurista austriaco – per come emerge dall’intervento del 1932, ma anche in base a considerazioni più generali – sulla base delle critiche mosse dal filosofo del diritto David Dyzenhaus. Lasciando per il momento in secondo piano la distinzione fra diritto e politica che Kelsen tiene ferma anche nel frangente del *Preussenschlag*, per Dyzenhaus a essere problematiche sarebbero già le posizioni dell’autore in merito al ruolo delle corti superiori e alla nullità dell’atto incostituzionale¹⁷².

Nel 1932 Kelsen dichiara infatti esplicitamente che in nessun caso sarebbe stato possibile considerare come nullo a priori il decreto presidenziale, in quanto emanato e poi eseguito dalle autorità competenti in conformità con l’art. 48, articolo che assegna in effetti al solo Presidente la decisione iniziale sulla ricorrenza dei presupposti per la propria applicazione. Ciò fatta salva la possibilità per un altro organo, la *Staatsgerichtshof* secondo l’art. 19, di annullare *ex post* il decreto, peraltro con i già menzionati problemi circa l’applicazione diretta o meno della decisione¹⁷³.

In generale, per Kelsen non si dà un atto giuridicamente nullo – anche per violazione del parametro di

is not immediately annulled by the court’s judgment itself, but that its annulment requires a subsequent act of the president of the Reich who, according to article 19, is responsible for the execution of the judgment.” Ivi, 247-248, anche ivi, 251.

¹⁶⁹ Ivi, 250.

¹⁷⁰ Ivi, 245.

¹⁷¹ Ivi, 251 e ss.

¹⁷² D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 126-127. Filosofo del diritto di origine sudafricana e cultura anglosassone, ma di ascendenza ebraica, Dyzenhaus si è occupato fin dai suoi primi studi dell’applicazione del diritto in contesti politicamente difficili o ‘immorali’, come il Sudafrica dell’apartheid. Fra gli anni ’90 e i primi anni ’2000 si è occupato della dottrina weimariana, in particolare di Heller, Kelsen e Schmitt, assumendo un approccio decisamente critico verso il giuspositivismo. In seguito, naturalizzato canadese, si è occupato della risposta giuridica alla minaccia terroristica e di come porre un limite legale all’emergenza (D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, New York, 2006). Da diversi anni insegna presso la Facoltà di Diritto dell’Università di Toronto.

¹⁷³ “After all, one clearly cannot regard as a priori null a decree, such as the decree of 20 July, that the president of the Reich enacted within the apparent limits of his competence, on the basis of article 48 paragraph 2, and that was executed by the administrative organs of the Reich and of the Länder in numerous particular legal acts. If the decree is unconstitutional, i.e. if it is claimed, by some party or other, that the decree is unconstitutional, for the alleged reason that it incorrectly applies article 48 paragraph 2, one will have to keep in mind that the constitution appoints the president of the Reich, in the first place, to apply and thus to interpret article 48 paragraph 2; and that the president’s legal opinion, insofar as it is expressed in his decree, remains binding until it is declared to be unconstitutional by some other institution that is authorized by the constitution to apply and to interpret article 48 paragraph 2, namely by the *Staatsgerichtshof*, whose judgments, and not those of just anyone, can alone overturn the presumption of the legality of the president’s actions. [corsivi miei]”. H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 248.

costituzionalità – fino a quando l’organo preposto dalla costituzione stessa non si sia pronunciato sulla materia. Si tratta, insomma, sempre di annullabilità e non di nullità dell’atto. Secondo Kelsen, che il sistema preveda un controllo accentrato o diffuso, fino a quando il giudice abilitato a farlo dall’ordinamento non sana il contrasto con la costituzione, la legge incostituzionale va considerata valida e applicabile¹⁷⁴.

La critica di Dyzenhaus si concentra proprio su questo punto, tenendo in conto le circostanze concrete e gravissime del caso di specie, nonché ‘usando’ alcune tesi dei contemporanei contro Kelsen. Essa presenta, a parere di chi scrive, particolare interesse proprio per il fatto di non voler tanto criticare le teorie kelseniane dell’interpretazione e della giurisdizione su di un piano di teoria generale del diritto, quanto piuttosto muovendo dall’accusa di non aver offerto, davanti al caso critico, delle ‘riserve di resistenza’ sufficienti per la difesa della democrazia davanti alle forze che la minacciavano (di cui Dyzenhaus rende Schmitt il rappresentante) e, anzi, di finire involontariamente con l’offrire delle giustificazioni all’azione del Presidente¹⁷⁵.

Posizioni critiche erano state espresse già nel 1932 sulla stessa rivista “Die Justiz”, sotto lo pseudonimo di “Civis”. Nell’intervento pubblicato sotto questa firma si accusavano le idee scientifiche di Kelsen, in merito alla validità e all’esecutività del decreto fino alla pronuncia giudiziale d’annullamento, di condurre a esiti paradossali. In particolare, si poneva la pressante domanda del come si dovesse reagire di fronte a comportamenti e atti chiaramente eversivi da parte del Governo, in attesa della pronuncia della corte preposta al loro (eventuale) annullamento¹⁷⁶. Ci si chiedeva, al riguardo, se Kelsen si aspettava davvero che in tali situazioni di manifesta incostituzionalità si dovesse attendere il giudizio della *Staatsgerichtshof*, ritenendo nel frattempo validi atti materialmente eversivi e, ancora, si poneva provocatoriamente il caso in cui proprio tramite un decreto d’emergenza ex art. 48 venissero sospese le attività delle stesse corti superiori¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Salvo casi del tutto residuali, come l’esempio di scuola, ma ricorrente nella dottrina tedesca del tempo, del “Capitano del Köpernick”, ossia un millantatore che, fattosi passare per un pubblico ufficiale, aveva in effetti preso a emanare atti che si volevano dotati di forza giuridica. Ivi, 247. Si tratta del resto di posizioni coerenti con le premesse teoriche in merito alla categoria della nullità fatte proprie da Kelsen e sostenute anche negli scritti successivi. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952 (6ª ed. it., Milano, 1994), 157 e ID., *Dottrina pura del diritto*, cit., 305, dove si afferma che “[...] le prescrizioni costituzionali concernenti l’annullamento di leggi che non siano conformi alle dirette disposizioni regolanti la legislazione e contenute nella costituzione, hanno questo senso: anche le leggi non conformi a queste disposizioni devono considerarsi valide nella misura e fino al momento in cui non sono annullate nel modo prescritto dalla costituzione. Le cosiddette leggi ‘incostituzionali’ sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento”. Si deve naturalmente ricordare che la dottrina tedesca dei primi anni ’30, considerava ormai parificate sotto ogni aspetto alle leggi le ordinanze presidenziali, e tale era del resto la prassi. Si veda poi anche quanto scritto su Kelsen e l’interpretazione (costituzionale) autentica da G. BISOGNI, *Kelsen e l’interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, cit.; ID., *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: “auctoritas” o “veritas” facit iudicium?* in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 1, 2018, 371-383, ma specie 372-374. Sempre sulle teorie kelseniane sull’interpretazione, si veda anche M. LOSANO, *Il problema dell’interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3 - 4, 1968, 524-545. Da una prospettiva tesa in realtà a superare le tesi di Kelsen, ma a partire da quelle che pur si ritengono essere le logiche conseguenze delle sue posizioni su interpretazione e giurisdizione, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, 1994, trad. it. a cura di A. Carrino, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 94-95, 98-108. Per una critica alla tesi kelseniana dell’equiparazione funzionale e dei suoi rischi si veda invece L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 154 e ss e 221-222.

¹⁷⁵ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 131-133, si vedano però anche le pagine subito precedenti.

¹⁷⁶ Kelsen aveva invero scritto che il decreto era valido fintanto che emanato dal Presidente “entro i limiti della sua autorità”, rimaneva però aperto il problema di quali limiti si potesse effettivamente porre, giunti a quel punto, all’art. 48 e, soprattutto, a chi spettasse di porli (nonché, si può aggiungere, cosa si dovesse fare laddove essi non venissero posti dall’autorità competente al controllo). Per la citazione, si veda H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 248. Il tema della resistenza attiva alle decisioni anticostituzionali del Governo veniva già adombrato in O. KIRCHHEIMER, *Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung [1932]*, in ID., *Funktionen des Staates und der Verfassung*, cit., trad. it. a cura di A. Bolaffi, *I problemi di diritto pubblico dello scioglimento del Reichstag*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit., 134.

¹⁷⁷ CIVIS, *Ein Nachwort zu Professor Kelsens Kritik am Urteil des Staatsgerichtshof*, in *Die Justiz*, n. 8, 1932, 92-93, 96-98 citato in D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 129. Il medesimo “Civis” poneva poi come ulteriore provocazione il caso in cui un ipotetico governo privo di fiducia parlamentare rimandasse a tempo indeterminato le elezioni parlamentari, il che era, come si è visto nella parte storica, esattamente ciò che il generale Schleicher si poneva in mente di fare fra il dicembre 1932 e il gennaio 1933, con il parere giuridico favorevole di Carl Schmitt. Per una bibliografia di altri articoli dell’epoca che trattarono la vicenda da un punto di vista giuridico, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 189, nota n. 51. Si può notare una certa assonanza tra le critiche

La critica – che, come non sfuggirà, voleva essere un attacco all’analisi svolta in base a una logica esclusivamente giuridica compiuta da Kelsen – riprendeva l’argomento portante della difesa prussiana (esposto da Hermann Heller), ossia che il decreto fosse incostituzionale e nullo *ab initio*, in quanto emanato con uno *scopo anticostituzionale* ed eversivo: cioè eliminare il dualismo fra la Prussia e il *Reich*, anziché ristabilire l’ordine pubblico¹⁷⁸. È evidente che Kelsen non avrebbe mai potuto ritenere una valida argomentazione sul piano scientifico quella basata sullo scopo materiale a monte dell’atto impugnato, essa sarebbe stata da considerarsi tutt’al più un’osservazione politica, alla luce della Teoria pura. Né la tesi helleriana poteva essere facilmente fatta coesistere con la teoria della necessità dell’“interpretazione autentica” da parte delle sole corti poste a ‘chiusura’ del sistema per considerare invalido l’atto, posizione, quest’ultima, che trovava del resto la propria ragion d’essere nella costruzione della “clausola alternativa tacita” elaborata da Kelsen per risolvere l’apparente ossimoro fra esistenza e validità di una norma¹⁷⁹.

Certo, è vero che Kelsen faceva rientrare un controllo indiretto sulle motivazioni politiche o reali del decreto nel vaglio dei presupposti di fatto necessari alla sua approvazione, controllo da lui inteso come senz’altro penetrante, e infatti si è vista la critica dell’autore al ‘*self-restraint*’ della *Staatsgerichtshof*. Tuttavia, è altrettanto vero che, a prescindere dal come venisse portato avanti dai giudici un tale controllo, la scienza legale avrebbe dovuto per Kelsen qualificarne comunque come giuridicamente validi gli esiti¹⁸⁰. Riguardo al caso concreto, si è peraltro visto come la Corte avesse comunque ritenuto esistenti i presupposti di gravità richiesti, sebbene, come fatto notare da Kelsen stesso, non avesse invece ritenuto di doverli indagare a fondo.

Dietro questa ambigua posizione, si celavano anche le simpatie politiche dei giudici tedeschi, ed è bene ricordare che il Presidente della *Staatsgerichtshof* nel 1932, Erwin Bumke, di orientamento fortemente conservatore, avrebbe finito per aderire attivamente al nazismo nel 1937 (cioè comunque quattro anni dopo di Schmitt), morendo suicida nel 1945. Del pari, i componenti la Corte nel caso *Prussia contro Reich* avrebbero poi mantenuto le loro funzioni sotto Hitler, scendendo a patti col nuovo regime. Davanti a ciò, si può ben consentire con Peter Caldwell nel dire che sarebbe stato sorprendente aspettarsi che la Corte, sia per la sua deferenza all’esecutivo sia per le simpatie ideologiche dei suoi membri, compisse un vero atto di eroismo sostenendo la socialdemocrazia della “Prussia Rossa”¹⁸¹. Proprio la considerazione, all’epoca del tutto realistica, del carattere politicamente conservatore del ceto giudiziario, è del resto uno dei motivi per cui Kelsen aveva proposto un organo indipendente dalla giurisdizione ordinaria e legittimato, almeno in parte, per vie parlamentari. In quest’ottica può dunque venir interpretato anche il fatto che il giurista austriaco si risolveva infine a criticare le deficienze alla base della Costituzione di Weimar, piuttosto che la scelta ‘irrisoluta’ di giudici che difficilmente avrebbero agito altrimenti.

mosse da “Civis” nel 1932 e le obiezioni formulate in A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit., 131-132.

¹⁷⁸ La tesi si rifaceva alle costruzioni dottrinarie precedenti circa l’illegittimità dei decreti del Presidente sotto il profilo dell’abuso di potere (*Ermessensmissbrauch*) rispetto ai fini perseguiti, oltre che per eccesso di potere in rapporto ai mezzi e ai presupposti di fatto. Ivi, 204.

¹⁷⁹ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, cit., 305. Si vedano però anche le posizioni già espresse nella prima *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952 (2ª ed., 2000), nonché ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 159.

Giovanni Bisogni sintetizza il problema nei termini per cui “Per Kelsen non può darsi una norma esistente ma invalida: esistenza è validità e, pertanto, se una norma esiste ma è contraria alle norme superiori che ne regolano la produzione, essa non è invalida, ma valida proprio in virtù della ‘clausola alternativa tacita’, fino a quando non sarà annullata dall’organo a ciò preposto”. G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 188. Sul problema anche l’opinione critica espressa in L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 75-79.

¹⁸⁰ Nel 1945 Kelsen avrebbe rimarcato che “[...] non appena il caso è diventato res iudicata, l’opinione che la norma individuale rappresentata dalla sentenza non corrisponda alla norma generale che la prima ha da applicare è priva di importanza giuridica”, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 157.

¹⁸¹ P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 167. Sulle vicende biografiche del Presidente della Corte Bumke D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 35, nota n. 86. La drammatica vicenda di Bumke riassume la strada senza vie d’uscita in cui l’intero ceto giudiziario tedesco finì per ritrovarsi, ma è bene non dimenticare che esso aveva consapevolmente scelto di intraprendere questa strada sposando una linea politica reazionaria e ostile alla Repubblica fin dagli ‘20.

I difetti scorti da Kelsen nella Carta del 1919 erano del resto senz'altro veri, tuttavia è lecito chiedersi, sempre seguendo le obiezioni di Dyzenhaus, quale fosse l' 'utilità' per la difesa della democrazia di criticare la già moribonda Costituzione e, soprattutto, se questa scelta non finisse per avvalorare in un certo senso la tesi di Schmitt, secondo cui la decisione delle questioni autenticamente politiche contenute in Costituzione (i "compromessi dilatori" lasciati aperti nel 1919) non poteva che essere posposta sine die da un organo giudiziario, fino all'immane decisione da parte di un'istanza diversa. La mancanza di capacità di esprimere un'autentica decisione della *Staatsgerichtshof* – a cui si aggiungeva la già criticata intempestività di ogni sentenza nei casi d'emergenza – doveva del resto essere rimarcata da uno Schmitt trionfante due anni più tardi, in un articolo del 1934, nel quale si osservava, a commento degli eventi del 1932, che si era evitata la "[...] sottomissione politica alla neutralità di giudici apolitici che non solo non pretendevano di dirigere o di governare politicamente, ma al contrario appoggiavano la loro competenza e il loro diritto di decidere proprio su questo punto"¹⁸².

Se l'enfasi decisionista in un autore come Schmitt non sorprende, vi è però un passo del commento di Kelsen alla sentenza del 25 ottobre che sembra rivelare una certa ambiguità anche in quest'ultimo. Vi si scrive, infatti, che se l'interpretazione dell'art. 48 offerta dal Presidente non è alla fin fine meno plausibile di quella offerta dalla *Staatsgerichtshof* essa ha però almeno il pregio della chiarezza, seppure nell'esprimere un indirizzo centralistico che di certo l'autore personalmente avversava¹⁸³. Sebbene si possa leggere come semplice sarcasmo (o disillusione) l'osservazione con cui Kelsen sceglie di chiudere il suo articolo, è vero che vi si può anche cogliere, come fa Dyzenhaus, una certa preferenza per l'ordine (di una situazione intesa come "tecnicamente", o "amministrativamente", meglio gestibile) e, se vogliamo usare un linguaggio che però a Kelsen non appartiene, la preferenza per la determinatezza di un'autentica *decisione*¹⁸⁴.

L'osservazione di Dyzenhaus non va ovviamente intesa come un'accusa di vicinanza di Kelsen alle posizioni favorevoli alla torsione autoritaria di Papen o Hindenburg. Una simile tesi sarebbe semplicemente assurda, oltre che per la biografia dell'autore, anche per le posizioni da lui esplicitamente sostenute circa l'inopportunità (o l'impossibilità) di salvare la democrazia con mezzi autoritari, nonché rispetto all'orientamento liberal-democratico che emerge dalle opere del Kelsen 'politico'¹⁸⁵. E anche fuor di dubbio che la critica di Dyzenhaus – nel suo muovere contro le posizioni *teoriche* di Kelsen a partire dal loro non poter offrire *praticamente* 'strumenti di resistenza' contro l'avvento dell'autoritarismo – sconti l'essere l'autore attento al problema della legittimità o giustificazione del diritto prima che a quello della sua validità e, forse perché di cultura giuridica anglo-sassone, meno propenso a vedere come un valore il concetto dell'applicazione giudiziale conforme alla legge, tradizionalmente caro alla giurisprudenza continentale. Ciò però non toglie che alcune delle osservazioni critiche di Dyzenhaus siano fondate, e lo sono in particolare

¹⁸² C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del secondo Impero tedesco*, cit., 166, citato in P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 542, dove Schmitt aggiungeva che "Così il costituzionalismo borghese conseguente fino in fondo trovò il suo punto culminante appunto là dove era il punto zero della volontà di direzione politica". Circa la mancata tempestività tipica dell'intervento giudiziario nei casi emergenziali, già C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56.

¹⁸³ "The interpretation that comes to expression in the decree of 20 July is no less plausible, within the wide frame of article 48 paragraph 2, than the interpretation put forward by the *Staatsgerichtshof*. No person thinking reasonably will be able to deny that the former clearly merits preference to the latter from a legal-political point of view, since it creates a situation that, while being radically centralistic, is at least feasible from the point of view of administrative technique. The *Staatsgerichtshof*, however, in its humanly understandable desire to forge a compromise between the two extremes of an extensive interpretation of the sort that grounds the decree of 20 July, and of a restrictive one, as it was advocated by the government of the Land of Prussia, managed only to increase the confusion of the legal situation [corsivo mio]". H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 253.

¹⁸⁴ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 129. I termini che rimandano a una maggiore gestibilità tecnico-amministrativa sono sempre di DYZENHAUS, tradotti qui dall'inglese.

¹⁸⁵ Per quanto riguarda la contrarietà di Kelsen alla difesa autoritaria della democrazia tramite una sua sospensione, H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, 1932, citato in M. BARBERIS, *Introduzione a H. KELSEN, La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, 27. Prova della profonda democraticità relativista di Kelsen resta poi il vero e proprio exemplum di Pilato e Cristo, formulato da Kelsen più volte, in particolare ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., 151-152. Si veda anche D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 159, dove però l'autore non risparmia dure critiche alla visione della politica e del mondo morale della Teoria pura, tacciata di vedere nella prima il regno irrazionale della forza e di ridurre il secondo ad un soggettivismo ugualmente non conoscibile razionalmente.

nella misura in cui permettono di cogliere il rischio di una certa *indifferenza contenutistica* o scarsa attenzione ai profili di razionalità o giustificazione interna delle decisioni, insito nel concetto formale di giurisdizione kelseniano (e che presenterebbe ripercussioni non indifferenti nella giustizia costituzionale)¹⁸⁶.

Per quanto riguarda invece la critica alla resistenza che le teorie giuridiche del tempo potevano offrire alla difesa della Repubblica, le accuse che Dyzenhaus muove a Kelsen paiono ingenerose¹⁸⁷. Come è stato messo in luce da più parti, nel momento in cui la *Staatsgerichtshof* pronunciava la propria sentenza la sorte della Repubblica era probabilmente già segnata e, se è vero che una sentenza di segno diverso (che avrebbe comunque richiesto anche giudici diversi) avrebbe forse impedito ai nemici della democrazia di ammantare di legalità le proprie azioni, è del pari vero che, sotto questo punto di vista, Kelsen aveva già contribuito a mostrare l'insostenibilità delle posizioni di Schmitt proprio sul piano della legalità e del ragionamento giuridico, smascherandone, dunque, la natura politica. In questo senso, le obiezioni espresse da Kelsen in *Chi dev'essere il custode della costituzione?* conservano la loro carica antiideologica, mentre, per quanto riguarda le effettive possibilità di azione dopo gli eventi del *Preussenschlag*, non solo quest'ultime erano in realtà molto limitate, ma è lecito domandarsi quale compito potesse ancora richiedersi alla dottrina, dopo che la massima autorità giudiziaria esistente nel paese aveva di fatto avvallato la rottura della Costituzione, ormai abbandonata da tutti i suoi custodi istituzionali.

Comprendere la posizione di Kelsen appena prima della caduta di Weimar, implicherebbe probabilmente tenere in maggior conto la radicalità del suo estremo rifiuto di adottare mezzi non democratici a difesa della democrazia, tuttavia si può anche osservare che ad essere mossa in primo luogo da un grande realismo era la considerazione, a cui non giunse mai invece Schmitt, che è impossibile mantenere un regime democratico quando una gran parte dei suoi stessi cittadini gli hanno voltato le spalle o sostengono attivamente le forze che si propongono di distruggerlo. Tale è il senso profondo dell'*exemplum* su Pilato e la scelta fra Gesù e Barabba, che Kelsen così spesso ripete e che acquista a posteriori un valore quasi profetico, rispetto alla situazione tedesca¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Si potrebbe forse meglio parlare di una secondarietà della razionalità interna alla decisione, entro una concezione volta a inquadrare prevalentemente in termini volontaristici l'attività giurisdizionale (e sotto questo profilo è dato forse riscontare dei punti in comune più che delle radicali differenze fra le posizioni del Kelsen maturo in merito alla giurisdizione e quelle del giovane Schmitt di *Legge e giudizio*). Vi sarebbe cioè una certa tendenza a tralasciare la seconda fra le due funzioni che Habermas individua come costanti dell'attività giurisprudenziale, ossia la certezza del diritto e la funzione dell'accettabilità razionale delle decisioni giudiziarie. Il testo di riferimento è ovviamente J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992 (4ª ed. 1994), trad. it. di Leonardo Ceppa, *Fatti e norme. Contributi per una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996 (2ª ed. ampliata, Laterza, Roma-Bari, 2013). Sui medesi problemi in Kelsen, si veda anche L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., in particolare *Capitoli VII. § 7.2 e IX. § 9.2*.

¹⁸⁷ Mentre tali non paiono le stesse considerazioni di condanna rispetto all'inattività della SPD, che disponeva di centinaia di migliaia di militanti (anche entro i corpi di polizia della Prussia) e avrebbe potuto tentare quantomeno una resistenza di massa non violenta o passiva. Si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. 185.

¹⁸⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 151-152. Riprendendo il racconto di come il popolo scegliesse di salvare il ladro Barabba anziché il Redentore, posta ai voti la questione dal magistrato romano, Kelsen scrive: “[...] forse i credenti, i credenti politici, obietteranno che quest'esempio parla piuttosto a sfavore che a favore della democrazia. E bisogna riconoscere il valore di tale obiezione; a condizione però che i credenti siano tanto sicuri della loro verità politica – che se necessario dovrà venire realizzata anche per vie cruente – quanto il figlio di Dio”.

Come scrive Lars Vinx “Constitutional guardianship for a democracy becomes irrelevant if democracy has already failed, by losing the support of the majority of the people. What is to be done in that case, as Kelsen acknowledged, is a purely political question, not one of democratic constitutional law”. L. VINX, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, cit., *Introduction*, 23. Si esprime, nuovamente, nel senso della necessità di non sovrastimare il ruolo dei soli attori e testi giuridici nella salvezza (o nella ‘dannazione’) di una costituzione, nel caso di crisi estrema, anche V. FROSINI, *La democrazia pericolante. Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar*, cit., 322-323. Circa la situazione tedesca del tempo, si ricorda comunque come il NSDAP, fintanto che non giunse a controllare dall'interno la macchina coercitiva dello Stato, rimase comunque sotto il 40 % dei voti alle elezioni nazionali. Anche sommando a questi voti quelli di altri partiti reazionari (ma in senso ‘tradizionale’), non si può dire che la maggioranza assoluta dei tedeschi abbia votato per mandare Hitler al governo, non prima che chi occupava i posti di comando nelle istituzioni conferisse al *Führer* il Cancellierato, al principio del 1933. Questo dovrebbe portare a riflettere sul come a condannare la democrazia basti in realtà che le volti le spalle – ma lo faccia radicalmente e attivamente – una parte molto consistente, ma non numericamente prevalente dei suoi cittadini, e, soprattutto, della

9. Il *Preussenschlag* e il contributo dei due modelli

9.1. Carl Schmitt: l'emergenza, il diritto e la rottura dell'ordine

Se si vuole ripercorre sinteticamente la traiettoria personale di Schmitt, dall'adesione alla Repubblica al presidenzialismo autoritario, fino al sostegno al nazismo, può essere utile leggere quanto egli stesso scriveva nel 1931, riferendosi all'incipiente evoluzione dello Stato pluralistico e ai suoi possibili esiti:

Ciò [il pluralismo disgregatore] è veramente possibile solo finché da una qualche parte non si assume una decisione: sia da parte delle forze della totalità statale ciononostante ancora esistenti sia attraverso il passaggio allo Stato a partito unico, che impone ad un partito il rischio del politico¹⁸⁹.

In queste poche righe pare essere già tracciato l'ordine di priorità e preferenze, nonché di scelte concrete dell'autore. Tuttavia, se si vuole andare aldilà degli aspetti biografici, per comprendere i tratti teorici della custodia politica schmittiana, sarà bene piuttosto ripercorrere i passaggi che conducono Schmitt a fare del presidente un dittatore sovrano in una prospettiva più generale, come traiettoria o 'rischio' oggettivamente presente nella costruzione di una neutralità politica a cui si accompagnano determinati presupposti e caratteri. In tale prospettiva, si ripercorreranno i punti salienti della proposta schmittiana per come sviluppati in base alla sua logica interna, tralasciando, dunque, le motivazioni o gli intenti strettamente personali dello Schmitt storico. Ciò che si sostiene è che se Schmitt giunge a delineare una costruzione autoritaria ne *Il custode della costituzione* non è perché parta già *ab initio* con il proporre teoricamente una nuova figura politica (sempre lasciando da parte le intenzioni concrete dello 'Schmitt biografico'), ma perché a questo esito arriva: è ciò anche perché non c'è nulla di più realmente politico che la costruzione di un potere qualificato espressamente come tale, *ma al contempo* definito *a priori* neutrale.

Il percorso si sviluppa in una serie di passaggi. Fra i primi vi è la negazione dell'applicabilità del modello giurisdizionale a una vera custodia. Qua non rilevano tanto le obiezioni formulate da Schmitt a Kelsen, ma conta piuttosto l'esito. Ossia che si rinunci effettivamente a usare le forme tipiche della giurisdizione, seppur unite a poteri incisivi, e dunque si rinunci a quei limiti procedurali, ma anche a quel 'ritegno' o ethos, che la giurisdizione di norma comporta, per un 'custode' che ne adotti le forme e i metodi.

Nel sistema di Schmitt forte è poi il presupposto – di natura tanto politica che giuridica, ma, soprattutto, con effetti tanto politici che giuridici – dell'effettiva unità *materiale* dell'ordinamento e dei suoi protagonisti (Stato, popolo)¹⁹⁰. Questo presupposto rileva perché l'ossimoro di un potere politico *ma neutrale* regge solo

sua classe dirigente. Una volta che il movimento autoritario sia insediato dentro ai palazzi del potere, valgono poi le considerazioni acutamente sviluppate da Schmitt nel saggio del 1932 su *Legalità e Legittimità*.

¹⁸⁹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 225, nota n. 25. Non è difficile individuare nelle "forze della totalità statale ciononostante ancora esistenti" di cui scrive Schmitt non altri che esercito e burocrazia, Hindenburg e Schleicher; mentre nel "passaggio allo Stato a partito unico, che impone ad un partito il rischio del politico" si può già intravedere il sostegno dato dall'autore a uno Stato fascista, a Hitler e al NSDAP, almeno dopo l'aprile del 1933.

¹⁹⁰ L'affermazione che Schmitt postuli una reale unità materiale dell'ordinamento e del popolo necessita di una precisazione. Infatti, ha senz'altro ragione Carlo Galli, nell'osservare che Schmitt piuttosto che in un'unità materiale pre-data concepisce la continua necessità di una decisione sovranamente politica proprio come modo di sostituire l'assenza di questa, ricreandola (C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.). Ciò non toglie, però, che l'unità che il 'politico' crea sia però materiale e non formale, una volta venuta in essere: essa può essere originata a partire da qualsiasi aspetto della società e nascere cioè letteralmente dal nulla. A voler essere più precisi, si può dunque dire che nella teoria schmittiana esiste un'unità materiale di popolo, Stato e ordinamento, di cui la costituzione è espressione, *ma* che questa unità *non preesiste* alla decisione sovrana, bensì ne è conseguenza, in sostanziale discontinuità con le tradizionali forme di nazionalismo e conservatorismo del tempo. Questo ovviamente non vale per il successivo pensiero dello Schmitt delle 'istituzioni concrete' e in specie per l'adattamento che questi fa delle sue teorie al sostanzialismo biologistico nazista. Si tratta però di un'evoluzione ulteriore, successiva alla fase decisionista, seppure le prima avvisaglie si possano già cogliere nell'insistenza con la quale l'omogeneità sostanziale del popolo inizia ad essere richiamata nella dottrina schmittiana della democrazia. Tuttavia, nella *Dottrina della costituzione* del 1928 e negli scritti del 1931-1932 si fa ancora riferimento a un tipo d'omogeneità dovuta primariamente alla scelta politica esistenziale, a partire da una preesistente base non necessariamente nazionale, ma eventualmente anche economica, confessionale, perfino morale. Semplicemente, per Schmitt sarà poi facile invertire i termini: dal politico che crea l'omogeneità del popolo all'omogeneità del popolo come sostanza pre-data da cui emana il politico.

se si prevede che rappresenti ‘il Tutto’ o l’unità, polemicamente contrapposta alla rappresentanza delle singole parti, ossia degli altri organi e soggetti definiti come politici. È questo il motivo per il quale il *pouvoir neutre* può in realtà dirsi anche politico, ma la sua neutralità non ne appare scossa: essa permane, perché è vista come quella dell’insieme, ossia di un interesse comune inteso come effettivamente sovraordinato agli interessi singoli o ‘egoistici’ delle parti. A questo punto, se si postula che il carattere necessariamente unitario della funzione determini la necessaria *unicità* del custode – il cui ruolo non potrebbe essere ripartito fra più organi, almeno non nel caso d’eccezione – si pongono le premesse per lo scivolamento di quel *pouvoir neutre*, ormai diventato *pouvoir preservateur*, verso esiti autoritari, specie davanti all’occasione critica, tanto più una volta che gli si assegni l’autorità di decidere da sé sulla ricorrenza dei presupposti di questa situazione. L’ultimo fattore discriminante pare allora l’incisività dei poteri conferiti alla figura neutrale del guardiano, poteri che senz’altro, come si è visto, al Presidente del *Reich* erano dati con particolare larghezza dalla Costituzione del 1919 ed estesi ancora ad opera delle interpretazioni successive.

Si concorda, tuttavia, con quanti osservano che sarebbe scorretto individuare nel solo art. 48 il *vulnus* istituzionale della democrazia tedesca, così come sarebbe scorretto ignorare che, per quanto ampi, non sarebbero bastati i soli poteri conferiti al Presidente a fare di questi un dittatore (ed è del resto non privo d’importanza che anche il progetto autoritario che mirava a questo scopo dovesse naufragare davanti alle dinamiche reali della mobilitazione politica di massa e al nazismo, il quale dell’art. 48 poi si servì, ma che nel gennaio 1933 non giunse al potere grazie a esso). Ugualmente, non sembrano convincenti le ricostruzioni volte a individuare nell’art. 76 – che prevedeva la piena modificabilità della Costituzione –, o nel fatto che quest’ultima sancisse la libera ammissione di tutti i partiti alla vita politica, la radice giuridica dei mali di Weimar, come suggerito a posteriori dallo stesso Schmitt¹⁹¹.

Fu il sistema intero a collassare, e le forze materiali che si confrontavano su ciò che restava dell’agonizzante Costituzione – fossero esse economiche, politiche o burocratico-militari – ebbero probabilmente un peso maggiore della Carta in sé stessa nel determinare l’esito degli eventi. Con ciò non si vuole del resto negare che la configurazione giuridica del sistema avesse delle debolezze congenite e che queste risiedessero nel combinato disposto delle disposizioni costituzionali prima elencate, piuttosto che in una sola fra di esse¹⁹².

Non è poi al solo carattere testuale degli articoli della Costituzione che va addebitato il loro uso, le posizioni (o talvolta l’assenza di posizioni) fatte proprie dalla maggioranza dei giuristi e dei giudici tedeschi non facilitarono una possibilità di reazione¹⁹³. Anzi, alcune interpretazioni, come quella di Schmitt nei riguardi dei poteri presidenziali, andavano nella direzione opposta, anche contro i disegni degli stessi costituenti del 1919. Per questa ragione, si è voluto evidenziare come l’estensione dei poteri conferiti dall’art. 48 non fosse che l’ultimo elemento di una catena più ampia di presupposti teorici, rilevanti in quanto propri non del solo Schmitt, ma di ampi settori della comunità giuridica tedesca.

Per quanto riguarda invece le debolezze oggettive della Costituzione e le responsabilità di coloro che la scrissero, si può ricordare che sia Hugo Preuss che Max Weber avevano inteso creare nel Presidente del *Reich* una figura istituzionale forte; tuttavia, la costruzione del custode schmittiano è in realtà lontana (e sostanzialmente incompatibile) rispetto all’orizzonte weberiano, anche tenendo conto della valorizzazione del

Il carattere, comunque, fortemente materiale e politicamente omogeneo (e perciò anti-pluralistico) dell’unità resta ciò che la rende inconciliabile con una visione soltanto *formale* della stessa, come quella di Kelsen. Una volta venuto in essere, il corpo politico schmittiano rappresenta cioè un’unità reale ed effettiva e non soltanto postulata eticamente o ricostruita scientificamente a partire dal ragionamento giuridico.

¹⁹¹ Circa la prima delle interpretazioni prospettate, che ridimensiona il ruolo dell’art. 48 nella caduta della Repubblica, V. FROSINI, *La democrazia pericolante*, cit., 321-322 e di recente anche A. CARRINO nel suo studio *Weimar*, cit. Per la seconda interpretazione, imperniata sulla critica alla completa revisionabilità della Costituzione e fatta propria anche da Schmitt dopo la guerra, E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.

¹⁹² Così anche G. E. RUSCONI, *Lezioni da Weimar*, in G. E. Rusconi, H. A. Winkler (curr.), *L’eredità di Weimar*, cit.

¹⁹³ Come scrive David Dyzenhaus, rifacendosi però ad Antonio Gramsci, non si dà di per sé un rapporto causale diretto fra teorie e responsabilità politiche, ma, al contempo, avere una teoria è condizione necessaria, anche se non sufficiente, per ogni prassi politica. Per questo motivo le idee restano un elemento importante per spiegare gli eventi storici, in un rapporto non deterministico ma di con-causalità necessaria. È a partire da questi presupposti che per l’autore acquista un senso ‘testare’ quale teoria dell’epoca si sarebbe meglio prestata a catalizzare una resistenza alle forze eversive o, al contrario, quale si prestasse a una strumentalizzazione di segno opposto. D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 6.

carisma personale del *leader* operata dall'ultimo Weber¹⁹⁴.

Per quanto riguarda invece la critica schmittiana alla *custodia giurisdizionale* della costituzione, termine che appare in questo caso più adeguato della sola giurisdizione costituzionale, si possono individuare alcuni elementi di perdurante attualità.

Fra questi vi è la debolezza delle corti costituzionali a far fronte alla custodia emergenziale della costituzione. Schmitt notava nel libro del 1931 che “È proprio inevitabile che la giurisdizione, finché rimane giurisdizione, giunga politicamente sempre troppo tardi, tanto più tardi quanto più il processo si svolge in modo preciso e accurato” e legava a questa incapacità l'alternativa fra l'“utilità” o meno di una corte costituzionale da una parte e il suo scivolamento nella sfera della politicità dall'altra¹⁹⁵.

Ebbene, la questione di quale possa essere il peso reale dell'organo di controllo nei casi gravi di rottura del sistema non pare avere smesso di interrogare la dottrina. Limitandosi ad alcuni fra gli autori che si sono citati nel corso di questa ricerca, e, in particolare, a chi si è occupato della disputa fra Kelsen e Schmitt, la sfiducia circa la possibilità di una reazione decisiva della sola giustizia costituzionale rispetto a un movimento eversivo di massa appare comune. Giovanni Bisogni definisce questa posizione come una “regolarità”, del dibattito contemporaneo tanto quanto di quello avvenuto in seno all'Assemblea costituente italiana, mentre anche Omar Chessa – per il quale, pure, l'opera delle corti costituzionali può “contribuire, assieme ad altri soggetti, a bloccare sul nascere la de-democratizzazione” – afferma però che una volta che la spinta autoritaria abbia conquistato “il consenso trasversale di più strati sociali [...] allora la giurisdizione costituzionale potrà fare ben poco, se non nulla” e “sarà travolta assieme alle istituzioni democratiche”¹⁹⁶. Ugualmente, riferimenti all'esito in ultima istanza negativo degli sforzi di una corte che cerchi di svolgere fino in fondo il ruolo di ‘ultimo bastione della democrazia’, sono presenti anche negli autori che più pongono questo sforzo come doveroso: così Gustavo Zagrebelsky e David Dyzenhaus, il quale, nel riaffermare il senso di una resistenza dei giudici tedeschi al *Preussenschlag*, non nasconde di vederlo proprio nell'obbligare le forze eversive ad un uso scoperto della forza extra-legale, il cui esito sarebbe stato tuttavia scontato per quanto riguarda il destino immediato della *Staatsgerichtshof* e della Prussia¹⁹⁷.

Dunque, la questione dell'effettiva funzione emergenziale dell'organo giurisdizionale di controllo pare porsi sempre in relazione a quei casi attinenti alle sole ‘cose penultime’, laddove le ‘cose ultime’ comportano la rottura dell'ordine sociale e, di conseguenza, dell'ordine costituzionale¹⁹⁸. Ciò non significa, peraltro,

¹⁹⁴ Sul contributo di Max Weber alla stesura dell'art. 48 della costituzione, si veda ivi, 12-14. L'opera di riferimento, anche se antecedente alla Rivoluzione del 1918, è M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Bureaucratismus und Parteiwesens*, München-Leipzig, 1918, trad. it. di F. Fusillo, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, 2002. In realtà, non vi è nel grande sociologo tedesco una contrapposizione completa fra legalità e legittimità, come invece si verifica infine nello Schmitt del 1932, né Weber giunse mai a svuotare completamente il ruolo delle assemblee parlamentari. A ben vedere, Schmitt compie dunque una rielaborazione o una strumentalizzazione delle categorie weberiane, non si limita a rifarsi a esse.

¹⁹⁵ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56, dove Schmitt aggiunge che “[...] il giudice viene a trovarsi nella situazione di dover prendere misure politiche o di doverle impedire e diventare politicante attivo in un modo che lo rende un potente fattore della politica statale interna ed eventualmente anche di quella estera; la sua indipendenza giudiziaria non lo può allora preservare più davanti alla responsabilità politica [...]”.

¹⁹⁶ G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 20; O. CHESSE, *I giudici del diritto*, cit., 258. In senso conforme anche J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, 2004, 210 e ss.

¹⁹⁷ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 32. Per quanto riguarda G. ZAGREBELSKY si veda invece ID., *Principi e voti*, cit., 125-126, dove l'autore scrive che “[...] se i politici agiscono non democraticamente ma demagogicamente, agitando l'opinione pubblica e aizzandola direttamente contro i suoi giudici [...] violando il diritto [...] ai giudici che intendono mantenersi fedeli alla loro funzione non si aprirebbe altra scelta che quella di accettare una sfida” ma, aggiunge l'autore, essi “ne uscirebbero presumibilmente sconfitti”. A questo si aggiunga peraltro che, secondo Zagrebelsky, è la stessa possibilità operativa della giustizia costituzionale a non potersi dare alla radice, nel caso i conflitti si pongano come esistenziali o insanabili tra soggetti irrimediabilmente ‘diversi’ e non disposti a riconoscere nulla all'avversario, ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 275.

¹⁹⁸ Si riprende qua il modo d'impostare il problema utilizzato da Giovanni Bisogni, nello scrivere che “[...] se c'è un contributo ‘politico’ della Corte, se c'è qualcosa di schmittianamente ‘utile’ che può offrire sta proprio nel gestire le ‘cose penultime’, in modo da evitare di arrivare a quelle ‘ultime’ che – come sappiamo – esulano dal campo di un'istituzione giurisdizionale o para-giurisdizionale che sia”. G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 240, nota n. 34. In particolare, con ‘cose ultime’

negare necessariamente alle corti il diritto all'ultima parola, ma piuttosto notare che è proprio l'autorità collettivamente riconosciuta *alla parola e al diritto* a venire meno nei casi assolutamente critici; che sono per fortuna rari, ma rispetto ai quali gli eventi descritti in questi capitoli continuano a interrogarci. Se si riconosce una delle funzioni degli organi di custodia nel contribuire ad *anticipare* i fattori che possono condurre alla rottura, proprio per evitare di giungere a doversi pronunciare su di essa, il caso *Prussia contra Reich* rappresenta dopotutto un esempio problematico, nella misura in cui appare incerto se collocarlo prima o invece già aldilà dell'avvenuta rottura dell'ordine. Senza voler per questo assolvere i giudici tedeschi dalla loro responsabilità storiche, si può tuttavia ritenere che i margini allora rimasti per una risoluzione – o anche solo una gestione – giuridico-giurisdizionale del conflitto politico-sociale fossero ormai assai scarsi.

9.2. Hans Kelsen: sulla duttilità delle forme processuali costituzionali

Volendo esaminare da un punto di vista teorico alcuni fra gli aspetti più interessanti del modello di giurisdizione costituzionale offertoci da Kelsen, può essere un buon punto di partenza prendere seriamente in considerazione e inquadrare in un contesto più ampio la critica di Dyzenhaus all'accettazione incondizionata di una sentenza ingiusta – o che semplicemente convalida una situazione ingiusta, intesa però nel senso di 'rischiosa' per la tenuta del sistema – a cui porterebbero le teorie di Kelsen sulla giurisdizione, e di cui i fatti del 1932 sarebbero riprova. Ci pare fra l'altro che una simile obiezione renda evidente come la disputa del 1931-1932 sia lungi dal riguardare solo, o anche in via prevalente, il tema della forma di governo, specie se con ciò se ne vuole indicare l'estraneità a una sfera di problemi considerati come invece propriamente giuridici.

Tornando all'obiezione di Dyzenhaus, essa è fondata, ma forse anche incompleta. Sotto il primo aspetto, è vero infatti che la concezione formale e autoritativa della giurisdizione – che individua il ruolo delle corti superiori nell'offrire l'unica interpretazione autentica, con un atto che è essenzialmente di volontà e non di ragione – indebolisce la prospettiva di una critica dal punto di vista della razionalità interna alle sentenze, o, almeno, se una tale critica resta possibile, diventa però priva di rilevanza proprio da un punto di vista strettamente giuridico, una volta che la corte si sia pronunciata e non residuino ulteriori possibilità d'impugnazione. Se poi si conferiscono al controllo sulla costituzionalità delle leggi effetti generali d'annullamento, è evidente che non si può più dire che l'interpretazione autentica sia creatrice di sole norme individuali, e infatti Kelsen si esprime apertamente nei termini di un 'legislatore negativo'. Un'ipotesi, peraltro, teoricamente ammissibile proprio alla luce dell'equiparazione funzionale fra legislazione e giurisdizione consentita dalla *Stufenbaulehre*. Inoltre, anche la 'cornice' di possibilità entro la quale il giudice opera la propria scelta interpretativa risulta enormemente ampliata – fino ad offrire di per sé ben pochi limiti – per una giurisdizione che operi sulla base della massima fonte gerarchica dell'ordinamento¹⁹⁹.

l'autore fa riferimento alla "lotta per la sovranità", richiamata da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 343 e ss. Un riferimento alle 'cose ultime', in questa accezione, è anche in G. PRETEROSSO, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011, 33.

¹⁹⁹ G. BISOGNI, *Kelsen e l'interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, cit. Peraltro, anche Volpe è consapevole che la teoria dell'interpretazione giudiziale di Kelsen e gli esiti radicalmente giusrealistici che è possibile ricavare da essa (come fatto ad esempio da Michel Troper) rappresentano un problema per la teoria della giustizia costituzionale. Tuttavia, l'autore nega in definitiva che a tale esito conduca il modello kelseniano, in virtù del limite rappresentato proprio dalla sua astrattezza, ossia dall'essere precluso alla corte costituzionale ogni accertamento circa il fatto concreto alla base del giudizio, che si risolve così in un mero raffronto di compatibilità logica fra norme di gradi diversi dell'ordinamento. Pur non negando il carattere insieme costitutivo e anche creativo di tale accertamento, Volpe, nel 1977, vi ricollegava un limite preciso – rispetto all'ingresso nel giudizio dei valori personali del giudice in rapporto all'adeguatezza (e non alla sola validità) della norma – un limite rappresentato dal puro confronto della proposizione linguistica normativa rispetto al parametro costituzionale. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 136, 145, 150. Le conclusioni formulate da Bisogni in merito ai reali limiti interpretativi in capo al giudice kelseniano paiono invece più radicali, ma anche, agli occhi di chi scrive, più condivisibili, in quanto tengono conto della consapevolezza nel frattempo acquisita in merito all'inevitabile incertezza che contraddistingue proprio ogni ragionamento che voglia poggiare la propria solidità logica sulla proposizione linguistica. Di recente P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham (Switzerland), 2019; ma si vedano, ad esempio, già i saggi raccolti in U. Scarpelli (cur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

D'altra parte, però, tanto più il sistema kelseniano della giustizia costituzionale tende, in 'negativo', verso l'indifferenza contenutistica, tanto più fortemente esso necessita, 'in positivo', di un organo di garanzia giurisdizionale *ad hoc*, specificamente organizzato e attrezzato per far fronte ai propri compiti e ai problemi sollevati proprio dalla potenziale 'indifferenza' insita nel modello. Kelsen ne è consapevole, per questo elabora una forma *accentrata* di giustizia costituzionale, un modello la cui esistenza, come è stato giustamente osservato, si configura (anche) nei termini di un "privilegio del legislatore" e, almeno a livello teorico, stenta invece a trovare una giustificazione secondo i criteri propri di un concetto rigidamente sostanziale di giurisdizione, che, come già notava Schmitt, non si presta facilmente a una 'specialità dei fori'²⁰⁰.

La *diversità* dell'organo di giustizia costituzionale, in Kelsen, trova dunque le sue precondizioni di possibilità nello stesso concetto formale di giurisdizione (in virtù della naturale duttilità di quest'ultimo), e consiste evidentemente proprio in una *diversità della corte costituzionale dai tribunali ordinari*. Questa diversità dipende in primo luogo dalla nomina parlamentare dei membri della *Verfassungsgerichtshof* – che richiama una parziale differenziazione anche in termini di legittimazione – e, in secondo luogo, dal fatto che Kelsen disegni in realtà un modello di corte volutamente dotata di ampi poteri²⁰¹.

Fra i due caratteri richiamati, il primo può essere inteso come un elemento che limiti 'a valle' la discrezionalità della corte, ma è anche (soprattutto) uno strumento teso ad assicurarne una speciale sensibilità, che non pare improprio definire 'politica', legata a sua volta al carattere inevitabilmente politico – perché inserito in una dinamica di reciproco controllo dei poteri – delle questioni che Kelsen prevede essa dovrà affrontare²⁰².

L'incidenza dei poteri della corte, la sua 'utilità', è invece da ricercarsi non solo in una "garanzia di regolarità" degli atti giuridici, ma in una più ampia funzione di difesa della democrazia parlamentare pluralistica e, di conseguenza, di quella libertà che rimarrà sempre per l'autore *il valore fondamentale*, che solo un sistema politico democratico può assicurare nel maggior grado possibile²⁰³. Il senso di una tale

²⁰⁰ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 48 e ss., si veda anche ID., *Dottrina della costituzione*, cit., 256, dove l'autore afferma che uno Stato di diritto integrale e conseguente dovrebbe escludere l'esistenza di speciali tribunali amministrativi. Come osserva Giovanni Bisogni "una giurisdizione speciale è una compressione del principio secondo cui il giudice offre una mediazione minimale, se non nulla; la sentenza del giudice speciale inizia a valere non solo per il suo contenuto e conseguentemente la legittimazione inizia ad essere anche procedurale". G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 38.

L'espressione "privilegio del legislatore", riferita al modello accentrato di giustizia costituzionale, sarebbe stata usata per la prima volta nel 1952, in una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG, I senato, 20 marzo 1952) citata in G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, 2005, Torino, 54.

Del resto, è da notare come un'ampia configurazione dei poteri della corte ideata dall'autore discenda già di per sé dalle stesse concezioni kelseniane di giurisdizione e interpretazione, come si è cercato di evidenziare; concezioni che l'autore intende come propriamente 'scientifiche' o descrittive dell'esistente (di ogni realtà giuridica evoluta). Diverso è il caso della preferenza per un modello accentrato, che Kelsen stesso concepisce nei termini di una proposta non avalutativa ma prescrittiva, tanto più che in Germania un controllo accentrato era lontano da qualsiasi orizzonte di diritto positivo.

²⁰² Del resto, è da notare come un'ampia configurazione dei poteri della corte ideata dall'autore discenda già di per sé dalle stesse concezioni kelseniane di giurisdizione e interpretazione, come si è cercato di evidenziare; concezioni che l'autore intende come propriamente 'scientifiche' o descrittive dell'esistente (di ogni realtà giuridica evoluta). Diverso è il caso della preferenza per un modello accentrato, che Kelsen stesso concepisce nei termini di una proposta non avalutativa ma prescrittiva, tanto più che in Germania un controllo accentrato era lontano da qualsiasi orizzonte di diritto positivo.

Circa la legittimazione della corte costituzionale ideale kelseniana, come si è scritto nella prima parte dell'articolo, è vero che la nomina parlamentare non è, a rigore, un requisito essenziale. È però un fatto che, nelle diverse combinazioni che l'autore giunge a proporre negli scritti del '28 e del '31, ritorni sempre una nomina almeno parziale dei giudici da parte della rappresentanza parlamentare; è inoltre noto che la *Verfassungsgerichtshof* austriaca era allora eletta dal Parlamento (prima del 1929, da allora vige un sistema misto di nomine presidenziali-parlamentari e federali) e che Kelsen abbia contribuito in modo determinante alla stesura degli articoli della Costituzione che la prevedevano. È importante soprattutto precisare che, dal momento che si sostiene che la proposta kelseniana è da intendersi in senso prevalentemente normativo, ne consegue la necessità di ricostruire il modello dell'autore come da lui previsto operare. Ciò non toglie, beninteso, che un punto caro a Kelsen, e a cui egli non può facilmente rinunciare (sempre, però, *prescrittivamente*), resta comunque la preparazione specialistica e giuridica dei membri della corte (oltre all'incompatibilità con la funzione di parlamentare), ma questo proprio perché per l'autore la ricchezza del contributo che il nuovo organo può offrire dipende proprio dall'applicare il metodo di ragionamento specificamente giuridico (e dialettico) a questioni politiche, ossia, sulla base della definizione kelseniana di politica, a conflitti d'interesse fra agenti sociali, perlopiù collettivi.

²⁰³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*., cit.

garanzia si pone qui aldilà del solo controllo sulla corretta formazione dell'atto parlamentare, perché è sotteso alla concezione procedurale della democrazia di Kelsen che proprio nella dialettica fra maggioranza e opposizione si realizza la volontà non della sola maggioranza numerica, ma di quella “*maior et sanior pars*” che, sola, può rendere accettabile l'eterodirezione connaturata a ogni sistema coercitivo²⁰⁴. Tale garanzia – che è il fine generale a cui contribuisce l'*ulteriore* dialettica che si istituisce fra il parlamento e l'organo di giustizia costituzionale, tra controllore e controllato – è una forma di ‘*sanior pars*’ da raggiungersi comunque tramite strumenti procedurali formali, ed è per questo che appare svincolata il più possibile, nelle intenzioni dell'autore, dall'influenza di contenuti pre-dati di giustizia materiale: essa trova il suo ideale nel buon compromesso.

Seppure l'assenza di considerazione dell'autore per valori e principi appaia oggi uno dei tratti più caduchi della sua teoria, si sbaglierebbe però a considerare come ‘debole’ il tipo kelseniano di corte costituzionale sulla sola base dell'ostilità all'uso giudiziario dei principi. Kelsen non vuole affatto una corte ‘debole’. Proprio il compito che le assegna entro la forma di governo – ma anche gli effetti che derivano dalle teorie dell'equiparazione funzionale e dell'interpretazione autentica, intese, queste sì, come descrittive – modellano al contrario una corte ‘forte’. Questo perché il giurista austriaco non immagina il suo modello come avulso dalla crisi del proprio tempo, ma volto concretamente a puntellare (e migliorare) la democrazia parlamentare e pluralista, come concretamente esistente in Austria e Germania. Se si comprende questo carattere immediatamente prescrittivo del modello kelseniano, almeno nella sua forma più ‘matura’ del 1928-1931, si ha chiaro anche il perché le funzioni che l'autore assegna a un organo speciale e accentrato non potessero (o dovessero) invece essere svolte in forma diffusa. Proprio un caso eclatante come il *Preussenschlag* – ma, più in generale, l'intera analisi della giurisprudenza delle corti del *Reich* – rivela infatti in maniera evidente come l'orientamento politico e l'appartenenza di classe del ceto giudiziario abbia giocato un ruolo importante nelle vicende politico-giuridiche della Repubblica di Weimar. Di questo carattere fondamentalmente conservatore dei giudici tedeschi (e austriaci), Kelsen si dimostra consapevole, così com'è consapevole della rilevanza che esso può avere davanti al caso critico da decidersi sulla base del parametro di costituzionalità, come concretamente avvenne nel 1932. È a partire da queste considerazioni che va interpretato anche il fatto che l'autore concluda il proprio commento alla sentenza della *Staatsgerichtshof* con una proposta di *lex ferenda*, o, più esattamente, con un invito a una revisione costituzionale che appare davvero difficile immaginare come realizzabile in quel frangente. Il senso di quell'ultima proposta stava appunto nell'indicare la necessità di sopperire alla mancanza di potere e volontà di reazione di cui avevano dato prova i tribunali tedeschi, senza però rinunciare a un tipo di garanzia che si esprimesse in forme giurisdizionali.

Ancora una volta emerge dunque l'evidenza di un nucleo *normativo* della proposta kelseniana, e, se tale evidenza è potuta passare in secondo piano, ciò si deve al fatto che il testo del 1931, a cui l'autore affida la propria difesa dalle accuse di Schmitt, sia volto proprio per questa ragione a rimarcare in via principale l'immaginabilità scientifica di un organo di controllo sulla costituzionalità delle leggi. Il carattere oggettivo impresso da Kelsen alla sua replica non deve del resto fare dimenticare come, proprio dal punto di vista *scientifico*, egli non dubitasse che, in assenza di un controllo accentrato e nel silenzio della costituzione, si avesse comunque una forma di legittimazione *diffusa* dei tribunali a giudicare sulla base del parametro di costituzionalità²⁰⁵.

Se l'autore non dedica la propria attenzione a questa seconda eventualità, di cui pure in astratto riconosce la validità scientifica pari alla prima, è perché non è questa l'opzione che egli desidera sul piano prescrittivo, in quanto la ritiene non adatta al proprio scopo. Scopo che, come scritto, resta quello di una difesa del parlamentarismo – ma sarebbe forse meglio dire del pluralismo ‘regolato’ che il sistema parlamentare è funzionalmente preposto a mantenere, in quanto per Kelsen tecnicamente più adatto – che in Germania le corti e i giudici di carriera non erano nelle condizioni di garantire.

²⁰⁴ Sulla storia dell'idea di “*maior et sanior pars*”, E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927 (3^a ed., Milano, 1976).

²⁰⁵ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, cit., 303, ma questa posizione si deduce già chiaramente nell'interpretazione data dall'autore all'art. 19 della Costituzione di Weimar e alla piena legittimazione delle corti superiori tedesche a giudicare sulla base di tutte le norme costituzionali.

L'altro volto di quella che si è definita come 'diversità' del modello di corte costituzionale kelseniano è la costruibilità di barriere procedurali volte a contenere l'organo deputato al controllo. Se i caratteri esposti finora si estrinsecano in un conferimento di poteri incisivi e rendono perciò la corte un organismo utile a controbilanciare gli altri poteri, proprio per questo si rende necessario stabilire degli elementi limitativi alla sua discrezionalità, principalmente a tutela di quello che per Kelsen resta il centro del sistema, ossia il parlamento. Tali strumenti, alla luce del concetto formale di giurisdizione, non possono che essere in primo luogo procedurali, e, infatti, oltre alla già citata nomina parlamentare parziale o totale dei giudici, Kelsen indica fra i possibili correttivi la mancanza di un potere autonomo d'iniziativa della corte e la possibilità di vincolare a un termine massimo la proposizione della questione d'incostituzionalità²⁰⁶. Si tratta, del resto, di un ventaglio di soluzioni da intendersi come aperto ed è comunque sintomatico che, aldilà delle procedure, si insista così tanto sulla necessità che le disposizioni costituzionali siano scritte nel modo più determinato e preciso possibile. Emerge qua chiaramente la percezione dei limiti delle regole procedurali 'a valle', rispetto all'organo ultimo preposto alla loro interpretazione.

Ciò che preme però di evidenziare è come quelle stesse regole procedurali, intese a limitare la corte a vantaggio del parlamento, possano anche svolgere la funzione contraria. È cioè proprio la flessibilità sottesa al concetto formale di giurisdizione a far sì che quelle stesse regole possano essere cambiate sulla base del procedimento conforme alle loro fonti di produzione, ma senza incontrare insormontabili difficoltà teoriche, e ciò appunto perché per Kelsen la corte (come ogni istituzione) non è altra cosa che le regole che la disciplinano²⁰⁷. La funzione svolta da quest'ultime potrebbe, in astratto, ben passare dall'essere limitativa all'agire invece come un *potenziatore* dell'attività della corte, tale da renderla in grado di far fronte anche alle situazioni di emergenza. Proprio quelle situazioni, insomma, che gli organi giurisdizionali, e quelli costituzionali in specie, sono meno adatti ad affrontare. In particolare, si tratta di un'emergenza che le corti tedesche non apparvero evidentemente in grado di affrontare nel caso del 1932, per loro colpa, ma anche per la scarsità di rimedi messi loro a disposizione dall'ordinamento.

Si tenga conto che l'accusa di non essere in grado di far fronte a un'autentica emergenza – seppur la gradazione con cui quest'ultima viene contraddistinta possa variare e non sempre riguardi il caso dell'autentica 'minaccia esistenziale' – è uno degli argomenti forti di Schmitt e del decisionismo. Essa ha del resto una sua ricorrenza in autori successivi, peraltro anche lontani dal nutrire ostilità verso la giustizia costituzionale in sé stessa; l'accusa, a parere di chi scrive, meriterebbe dunque di essere presa attentamente in considerazione. Riferendo al modello di Kelsen una capacità adattiva alle emergenze, non si vuole peraltro da parte nostra indicare che ciò fosse o sia mai stato *ab initio* il proposito principale dell'autore, si tratta però di una possibilità, quella di un attivo potere di custodia emergenziale, a cui la duttilità del modello kelseniano, concentrato sulle forme della giustizia costituzionale, parrebbe adattarsi con relativa facilità²⁰⁸.

²⁰⁶ Sono tutti suggerimenti che Kelsen formula del saggio del 1928, ma, circa il potere d'iniziativa della corte, è indicativo che il giurista austriaco proponga nello stesso scritto di istituire la figura di un difensore della costituzione istituzionalmente preposto a ricorrere con legittimazione autonoma. È una riprova del ruolo tutt'altro che impotente che egli vuole dare alla corte nel caso critico per la tenuta del sistema.

²⁰⁷ Il procedimento cambierà dunque a seconda che si debba ricorrere a una revisione costituzionale o a una modifica delle fonti legislative o, addirittura, che a cambiare siano solo i regolamenti che disciplinano l'attività dell'organo. In alcuni casi si potrebbe anche verificare l'eventualità di un'auto-riforma, così ad esempio Gustavo Zagrebelsky ritiene possa in astratto accadere per quanto riguarda l'adozione dell'opinione dissenziente da parte della Corte costituzionale italiana, pur non esprimendo l'autore parere favorevole all'ipotesi (G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., 70). È noto che di recente la Corte costituzionale ha introdotto motu proprio importanti novità – specie per quanto riguarda l'ammissibilità dell'ascolto delle formazioni sociali dinanzi alla Corte – tramite modifica delle *Norme integrative per giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Non mancano poi, in generale, casi di innovazioni procedurali, anche rilevanti nei loro effetti, dovute a un cambiamento della prassi della Corte, spesso influenzato dalla dottrina, e che dunque s'inseriscono dapprincipio più sul piano delle regolarità che su quello delle regole.

²⁰⁸ Nel parlare di una 'gradazione dell'emergenza' ritorna il fondamentale problema di quelle che sono già state indicate come 'questioni ultime' dell'ordinamento, di quali esse siano, nonché del se e del come possa attribuirsi a delle autorità giurisdizionali la loro risoluzione. A questo proposito, si può suggerire che se Kelsen intendeva creare un organo in grado di correggere e anche anticipare i pericoli corsi dall'ordinamento parlamentare, lo faceva avendo in mente qualcosa di più simile alle cosiddette questioni 'penultime' che alle 'ultime'. Naturalmente resta da chiarire dove si collochi il confine fra 'cose ultime' e 'penultime', e, a questo proposito, domandarsi dove si collocasse nel caso *Prussia contro Reich* ci sembra una questione che esula dalla mera rilevanza storiografica per acquistare oggi una sua sempre maggiore attualità.

Più in generale, molti dei presupposti e dei problemi giuridici e politico-teorici qua richiamati in riferimento al contesto weimariano, trovano inevitabilmente eco nel momento in cui si discute sulle regole secondo le quali l'attività delle giurisdizioni costituzionali effettivamente si svolge o *dovrebbe* invece svolgersi, in una prospettiva di riforma o di semplice critica all'esistente. Non pare dunque un caso che alcune delle tematiche esposte fin qui e alcune delle conseguenze potenziali del sistema di garanzia kelseniano abbiano trovato il loro naturale sviluppo nel dibattito posteriore intorno al diritto processuale costituzionale²⁰⁹.

Se si riprendono, ad esempio, le osservazioni a suo tempo formulate da Carlo Mezzanotte, si noteranno alcune assonanze che una concezione procedurale-oggettiva dell'agire effettivo di una Corte costituzionale (in quel caso quella italiana) condivide con l'impostazione kelseniana.

Per Mezzanotte, la valutazione sottesa a ognuna delle più importanti questioni (processuali) costituzionali riguarda sempre, in ultima analisi, l'innesto ragionevole della giustizia costituzionale in una forma di governo contraddistinta per la sua generale fluidità. Soprattutto, per questo autore, la *razionalità* che sorregge quelli che rimangono nella sua descrizione 'meri nomi' di categorie processuali, *non è a sua volta processuale*, ma esprime piuttosto l'attenzione dell'organo a un interesse sistemico, emancipato dal caso concreto (o rispetto al quale si potrebbe dire, con Kelsen, che il giudizio a quo e il diritto soggettivo a esso sotteso non hanno che una mera rilevanza strumentale)²¹⁰.

A partire dall'osservazione dell'uso concreto delle categorie processuali fatto dall'organo di giustizia costituzionale, Mezzanotte giunge a dire, non senza sfumature valutative, che tali categorie non hanno rilievo di per sé, ma in quanto per loro tramite si raggiunga un equilibrato funzionamento della forma di governo²¹¹. Si tratta di una concezione che molto condivide con la giurisdizione formale kelseniana, non tanto nella parte descrittiva, quanto nella formulazione di quale debba essere lo *scopo* dell'organo di giustizia costituzionale entro l'ordinamento. Tale scopo è legato a preoccupazioni di tenuta del sistema politico (inteso in senso ampio), e, per l'autore, ciò non è evidentemente privo d'implicazioni in termini di legittimazione e 'diversità' del giudice delle leggi, specie se quest'ultimo deve, per parafrasare le parole di Mezzanotte, aver presente il ruolo dei "political departments" e gli indirizzi espressi o in via d'elaborazione da parte di Parlamento e Governo, nonché le posizioni dei partiti, dei gruppi e delle forze sociali, e il coinvolgimento e l'aspettativa dell'opinione pubblica²¹². Tutte qualità che, evidentemente, conferiscono al richiamo alla "ragionevolezza"

²⁰⁹ Fra i numerosissimi contributi italiani sul tema, se ne elencano di seguito solo alcuni, utilizzati per il loro toccare da un punto di vista teorico, pur con consistenti differenze, le questioni fin qui trattate. Senza, dunque, alcuna pretesa di esaustività, si vedano soprattutto C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, 63-69 e, dall'altra parte, G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., 105-137. Inoltre, G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988 (2^a ed. 1992); M. DOGLIANI, *La Corte habermasiana di D'Orazio*, in *Nomos*, n. 1, 2017, 1-7, ultimo accesso il 28/5/2022; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna* (6/4/2009), ultimo accesso il 28/5/2022. Per un confronto con i progressi nello studio del processo costituzionale, ma anche con il perdurare di alcuni problemi di fondo, si rimanda al recente Seminario sul *Processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa e svoltosi presso l'Università Statale di Milano il 12 novembre 2021, ultimo accesso il 28/5/2022.

²¹⁰ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 65-67. Circa la "completa autonomia" del rapporto fra processo principale e giudizio incidentale di costituzionalità, si veda ivi, 69. Per la distinzione dei fondamenti dei concetti (idealtipici) di processo e procedura si fa però riferimento a quanto scritto da Gustavo Zagrebelsky nella sua replica a Mezzanotte, si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 108 e ss.

²¹¹ Le osservazioni di Mezzanotte sono naturalmente datate per quanto riguarda i singoli istituti processuali esaminati, si noti, a mero titolo di esempio, il cambiamento intervenuto nella considerazione degli indirizzi giurisprudenziali consolidati (il cosiddetto diritto vivente) da parte della nostra Corte costituzionale, nel caso di sentenze interpretative di rigetto. In questo senso, autorevolmente, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 1, 2020, 112 e ss. Se qua si fa riferimento al confronto Mezzanotte Zagrebelsky non è per l'attualità dell'esame dei singoli istituti, ma perché vi si affrontano con molta nettezza, da una parte e dall'altra, alcuni problemi teorici che restano rilevanti, oltre a richiamare, sul piano della storia dei concetti giuridici, alcune formulazioni del precedente dibattito fra Kelsen e Schmitt.

²¹² Scrive Mezzanotte: "È giunto forse il momento di proporre una diversa collocazione scientifica del problema delle categorie del processo costituzionale, ossia il passaggio dallo studio del processo costituzionale alla luce del diritto processuale allo studio del processo costituzionale come vicenda che riguarda principalmente il *sistema di governo* italiano [corsivo mio]". C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 65, si veda anche ivi 68-69. Nelle pagine citate sono anche presenti diversi richiami a Costantino Mortati. Peraltro, lo stesso Zagrebelsky, nel notare come la concezione di Mezzanotte implicasse che

fatto dall'autore un'accezione non esattamente (o non solamente) giuridica, ma che non pare invece troppo lontana dall'"etica della responsabilità" del politico weberiano²¹³.

Da questo punto di vista non è un caso che il dibattito Mezzanotte-Zagrebel'sky sia stato richiamato, in Italia, da chi ripercorre in una prospettiva non esclusivamente storica la disputa fra Kelsen e Schmitt²¹⁴. Per quanto non si possano naturalmente sovrapporre i presupposti teorici dei primi due autori su quelli dei secondi, si può però osservare che, nell'uno come nell'altro caso, si (ri)presenta il confronto fra chi aderisce a un concetto formale di giurisdizione e chi invece a un concetto sostanziale. Si tratta evidentemente di una contrapposizione che ha radici profonde²¹⁵. Non è un caso, poi, che, nel fare Zagrebel'sky riferimento a un'idea di "amministrativizzazione del controllo di costituzionalità" sottesa alla visione di Mezzanotte, essa venga indicata come un modo di concepire il controllo come sola "esecuzione" della costituzione²¹⁶. Proprio quello dell'esecuzione della costituzione era indicato da Kelsen come lo scopo della corte costituzionale, al pari di ogni altro organo dell'ordinamento (fra cui il capo dello Stato).²¹⁷

Resta però da chiedersi in che cosa differisse la prospettiva kelseniana da quelle andatesi a formare posteriormente, anche fra le dottrine continuatrici o comunque compatibili rispetto a essa, dopo che i traumatici eventi degli anni '30 e '40 europei hanno portato alla progressiva adozione della giustizia costituzionale, di cui Kelsen è talvolta definito come il 'padre', su tutto il continente²¹⁸.

Si crede di cogliere una differenza importante, teorica ma di forte rilevanza pratica, nella supremazia 'di ultima istanza' ancora data da Kelsen al parlamento. Kelsen poteva cioè, nella sua dottrina, lasciare in secondo piano il problema dei limiti 'interni' di razionalità che l'organo giurisdizionale di controllo o "custodia" deve rispettare nelle sue decisioni (ossia nel suo modo concreto di operare), proprio perché concepiva un sempre

“[...] un vero e proprio diritto processuale, funzionale alla protezione di posizioni soggettive, non esiste perché non può reggere al confronto col superiore interesse alla 'giusta collocazione' dell'organo di garanzia costituzionale nell'ambito politico che gli è proprio”, pure teneva fermo che se non sarebbe del tutto adeguato definire questa concezione come 'politica', in contrapposizione a una visione propriamente giudiziaria della giustizia costituzionale e dell'organo che vi è preposto. Per Zagrebel'sky, infatti, tale strada sarebbe un'indebita riduzione della complessità delle categorie usate nel dibattito scientifico, in particolare rispetto alla non coincidenza fra i significati di forma di governo, *government* e 'politica'. G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 118, specie nota n. 17. La considerazione di Zagrebel'sky è senz'altro vera e si è già sottolineata l'insufficienza del termine polisenso di 'politico', ma si reputa nondimeno che resti necessario utilizzarlo, seppure con cautela, per indicare la specifica area di problemi che questo termine è subito in grado di evocare.

²¹³ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 68.

²¹⁴ Così G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi*, cit., 218, nota n. 9 e O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 260, dove l'autore inserisce la polemica entro il tema più ampio della "difficoltà contromaggioritaria", peraltro aderendo alle posizioni espresse da Zagrebel'sky nel 1990, in virtù della valorizzazione da parte di Chessa stesso del carattere concreto e *post eventum* del controllo di costituzionalità.

²¹⁵ Per utilizzare alcuni termini contenuti nel saggio di Zagrebel'sky, si può anche leggere questa contrapposizione come incentrata sul dualismo fra *processo* – inteso come trascrizione in termini processuali di una questione sostanziale che verte sulla difesa di posizioni soggettive – e *procedura* – ossia trascrizione in termini di procedura della questione del buon esercizio della funzione affidata all'organo procedente rispetto ai suoi scopi generali. Si veda G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 108, anche per le ulteriori distinzioni fatte discendere dai due concetti idealtipici (dal momento che la realtà non sarebbe, nelle parole dell'autore, che "unione", più che "somma", di questi due elementi, *ibid.*). Il medesimo autore osserva comunque, giustamente, che alla base di questo genere di contrapposizioni sul piano processuale o applicativo vi sono in realtà sempre delle diversità d'idee in ordine alla teoria e al concetto di costituzione, così *ibid.*, 106, 127; del medesimo avviso anche A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, cit., 22, nota n. 80. Sulla permanenza dei problemi teorici legati al processo costituzionale e alle categorie di processo e procedura in tale ambito del diritto, a fronte però dei grandi mutamenti a cui processo e procedura sono nel frattempo andati incontro nella realtà giuridica generale degli ultimi trent'anni, si rimanda all'intervento di M. BIGNAMI al Seminario sul *Processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, cit., ora pubblicato dall'autore con il titolo *Trent'anni dopo: il processo costituzionale nella nebulosa*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* n. 1, 2022, ultimo accesso il 28/5/2022. Bignami afferma che nella realtà giuridica generale il processo è andato nel tempo proceduralizzandosi e la procedura processualizzandosi.

²¹⁶ G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 132, 134.

²¹⁷ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 282.

²¹⁸ Ad esempio, nella dottrina italiana, compatibili con l'impostazione data da Kelsen alla giustizia costituzionale paiono le posizioni di G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, cit. e ID., *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi (prolegomeni ad una soluzione italiana)*, Milano, 1996; nonché M. DOGLIANI, *La Corte habermasiana di D'Orazio*, cit.

possibile superamento di queste decisioni, in sede di libera revisione o legislazione costituzionale. Una possibilità, quella dell'integrale revisionabilità della costituzione, che tanto più appare (prescrittivamente) necessaria al suo sistema.

Dal secondo dopoguerra ciò non è più possibile nella maggior parte degli Stati dotati di organi di giustizia costituzionale, in virtù della presenza di un nucleo di senso immodificabile della costituzione, espresso – a seconda dei periodi, degli ordinamenti, anche delle specifiche evenienze – nei diversi termini di “forma Repubblicana”, “clausole di eternità”, “principi supremi” o “controlimiti”²¹⁹. Naturalmente fra i diversi tipi elencati non mancano le differenze, anche perché spesso elaborati in ordinamenti differenti, per quanto non manchino esempi di trapianti giuridici. Ai sensi del discorso qua sviluppato basta però individuare nella funzione di barriera rispetto alle modifiche della costituzione il minimo comun denominatore delle diverse costruzioni. Inoltre, quello che rileva è che gli elementi di immodificabilità assoluta non sono solo concepiti come tali dalla dottrina dei paesi nei quali sono presenti, ma sono sovente anche espressamente statuiti nelle costituzioni del dopoguerra, e sono dunque diritto vigente, oltre che, più spesso, affermato o ampliato per via giurisprudenziale dalle corti costituzionali. Più in generale, aldilà di ciò che è scritto nelle costituzioni, il nucleo di immodificabilità appare ormai normativamente *percepito* come presente dalla coscienza giuridica euro-continentale attuale.

In questo fenomeno si può individuare uno dei possibili motivi del perché si sia progressivamente sentito come necessario prevedere paradigmi teorici e interpretativi che, invece, consentano un limite ‘interno’ o razionale alle decisioni delle corti costituzionali, tale da limitarne, se non annullarne, la discrezionalità ‘politica’. Ciò è necessario proprio nella misura in cui si dà un nucleo materiale di immodificabilità completa, la cui custodia è attribuita ai soli organi giurisdizionali di vertice del sistema, e che resta però di per sé estraneo al disegno (prescrittivo) kelseniano.

10. Tentativi di raccordo: linee di faglia e possibili percorsi fra passato e presente

Il tentativo di ricercare ed esporre gli elementi di continuità fra i temi del dibattito weimariano sulla custodia della costituzione e quelli caratterizzanti il tempo attuale rende necessario chiarire in via preliminare quelle che sono invece le discontinuità, sia a livello teorico che storico, fra i due momenti della storia costituzionale europea. A questo proposito, è doveroso precisare che le differenze fra ‘noi’ e ‘loro’ non solo sono presenti, ma possono a un primo sguardo apparire anche prevalenti.

Sul piano della teoria del diritto si è già più volte accennato alla mancanza di una considerazione propriamente scientifica rispetto ai principi giuridici che racchiudono valori da parte sia di Schmitt che di Kelsen, se non per indicarne la sostanziale pericolosità, in quanto concetti indeterminati atti ad aumentare a dismisura la già ampia discrezionalità interpretativa dell'interprete costituzionale. Una preoccupazione di fondo che è in realtà comune in entrambi gli autori, sebbene con esiti diversi circa la valutazione di opportunità di un controllo giurisdizionale sulle leggi, che Kelsen progetta con ogni attenzione al fine di evitare ‘spostamenti di potere’ rispetto alla centralità parlamentare. Con riguardo a Schmitt, si può aggiungere che l'idea di una decisione fondamentale racchiusa entro la costituzione di un popolo non può convivere facilmente con una comprensione pluralistica della stessa. Ciò significa che vi è in questo autore un netto sfavore nei confronti del concetto stesso di un armistizio costituzionale, così come rispetto alla possibilità di una gestione pacifica della coesistenza di valori radicalmente diversi²²⁰.

²¹⁹ Considerazione a parte merita poi la categoria dei controlimiti (a volte qualificati con l'attributo “esterni”), per il suo legarsi ai rapporti fra ordinamenti nazionali e, rispettivamente, sovranazionale-europeo e internazionale. Un'approfondita bibliografia sul tema si troverà in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione, Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

²²⁰ Nel dire ciò s'intende che manca un'autonoma considerazione dei valori nel pensiero schmittiano precedente alla Seconda Guerra Mondiale, come si ricava anche dalla *Dottrina della costituzione* del 1928, dove è presente tutt'al più una trattazione dei diritti fondamentali, intesi però nel senso ‘classico’ dello Stato borghese di diritto (e inoltre ricondotti ad un'origine specificamente teologica-calvinista, seguendo l'interpretazione di Weber e Jellinek). Quando Schmitt s'interrogherà sui valori e sulla loro costituzionalizzazione in forma di principi (ma si tenga presente che la distinzione fra valori e principi non è da lui formulata), egli esprimerà poi una critica radicale, si veda C. SCHMITT, *Die Tyraneien der Werte*, Berlin, 1969, trad. it. a cura di G. Giurisatti, *La*

Insomma, ciò a cui si fa riferimento è il mutamento del contesto costituzionale intercorso nel (quasi) secolo che ci separa dagli eventi e dalle dottrine dei primi anni '30. Due grandi aspetti risaltano in modo particolare, ossia l'avvento del costituzionalismo post-bellico – dunque un dato storico in primo luogo – e, sul piano della teoria del diritto, il progressivo sviluppo di compiute teorie dei principî costituzionali. Quest'ultime variano nei loro caratteri, ma sono senz'altro diverse sia dal pensiero di Kelsen che da quello da Schmitt, nel tracciare un forte legame fra morale e diritto, prima ancora che nel recupero di una dimensione dello *ius* ulteriore rispetto alla *lex* statale²²¹.

Si tratta di fenomeni ben noti e di vastissima portata, fortemente correlati fra loro. Si può peraltro rilevare come, proprio in rapporto alle costituzioni del secondo dopoguerra, quella di Weimar rappresentasse già uno stadio intermedio e un tentativo di costituzionalizzare il pluralismo politico e sociale: dal punto di vista strutturale si trattava di una costituzione *rigida*, con un'ampia enunciazione di diritti (molti dei quali innovativi) e di principî generali. Già vi erano, insomma, sia i caratteri del compromesso che quelli dell'individuazione di una pluralità di fini che l'ordinamento si proponeva di raggiungere, superando il costituzionalismo ottocentesco.

È appunto questo aspetto di apparente somiglianza che ci permette di comprendere, da un lato, il ruolo decisivo svolto dagli eventi traumatici degli anni '30 e '40 nell'evoluzione della coscienza giuridica europea, e, dall'altro, quanto proprio l'aspetto culturale-teorico, aldilà del testo costituzionale, influisca sul modo di rapportarsi a una costituzione. Come si è visto, non solo una componente delle forze politiche e sociali tedesche, ma anche parte della dottrina giuridica del periodo non accettò mai l'idea di un armistizio costituzionale (fra questi Schmitt, non, ovviamente, Kelsen). Ancora, la riflessione sull'autonomo ruolo dei principî astratti inseriti in costituzione – se fossero da considerarsi norme programmatiche o immediatamente prescrittive e a chi spettasse di applicarli – doveva giungere a maturazione soltanto più tardi e non influire che secondariamente nel dibattito weimariano sulla giustizia costituzionale, salvo le ben note preoccupazioni su un'eccessiva discrezionalità giudiziale, motivate anche dalla giurisprudenza politica dei tribunali tedeschi.

Insomma, anche scrivendo in vigenza di una costituzione 'di transizione', rimane estranea a Kelsen come a Schmitt l'attribuzione di un'autonoma valenza nomologica alla categoria dei principî (e dunque anche a quelli considerati come 'fondamentali', e, del pari, ai diritti così qualificati), qualora li si intenda come di per sé distinti dalle regole e dalle decisioni²²². Del resto, non potrebbe essere altrimenti, già solo per il collocarsi della più parte delle riflessioni dei due autori, comprese tutte quelle in tema di giustizia costituzionale, in un periodo precedente allo spartiacque rappresentato dal 1945.

Tuttavia, sottolineare le differenze in termini di teoria del diritto non basta. Se si vuole chiarire in modo esaustivo il diverso orizzonte storico-concettuale in cui si muovevano Carl Schmitt e Hans Kelsen rispetto a quello di noi contemporanei, ci si deve anche domandare se lo stesso *pluralismo*, per come descritto da Schmitt ne *Il custode della costituzione* (ma anche come realtà oggetto delle analisi kelseniane), non sia in verità

tirannia dei valori, Milano, 2008 (3ª ed. 2013). Se la decisione fondamentale di Schmitt mantiene un elemento di immodificabilità che l'accomuna alle costruzioni dei principî fondamentali come controlimiti interni allo stesso potere di revisione costituzionale, essa tuttavia non può in realtà essere fatta coincidere con la struttura stessa dei principî per come elaborata nel dopoguerra, soprattutto perché non si presta né a bilanciamenti né a quel concetto di pluralismo a cui invece anche i principî fondamentali sono considerati fortemente legati. Peraltro, se è vero che nella dottrina di Schmitt il potere di revisione costituzionale è limitato, è il potere costituente che, invece, finisce per non poter mai essere del tutto 'disattivato'. Questo rappresenta appunto uno degli aspetti più problematici della teoria del giurista tedesco.

²²¹ In merito al passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto post-bellico, la bibliografia sarebbe di gran lunga troppo vasta per poterla riportare. Lo stesso si può dire per quanto riguarda le teorie dei principî costituzionali di autori quali Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e Gustavo Zagrebelsky. Quali testi generali di riferimento, pur consapevoli del carattere sommario della bibliografia, si rimanda a M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit.; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, 2018; ID., *Stato costituzionale: una genealogia concettuale*, in *Lo Stato*, n. 1, 2020, 11-26, nonché alla bibliografia riportata nei testi citati. Per la distinzione fra *lex* e *ius*, autorevolmente, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

²²² Rileva, comunque, come ancora oggi non si sia giunti a un'univoca definizione dei principî nella teoria giuridica R. GUASTINI, *Applicare principî costituzionali*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 92.

cambiato. A questo proposito, si deve distinguere l'accezione propriamente giuridico-costituzionalistica del termine pluralismo (rispetto alla quale è ad esempio possibile indicare la Costituzione italiana come una costituzione pluralista), rispetto al contesto politico e sociale in divenire (e che influisce a sua volta sulla 'situazione costituzionale' complessiva).

Rispetto alla prima accezione, com'è noto, si fa riferimento alle costituzioni storicamente nate a seguito di un compromesso o armistizio costituzionale fra portatori di interessi e valori, intesi come programmi complessivi di società, diversi tra loro. Una diversità rispecchiata dalla compresenza e pluralità di principi costituzionali necessariamente non assoluti e dunque non gerarchicamente ordinabili in modo definitivo, a riflettere la stessa rinuncia a una verità assoluta (ossia a una *prevalenza* assoluta) da parte di uno degli attori costituzionali iniziali²²³. Generalmente, si ammette che il compromesso possa dare origine, sul lungo periodo e a seconda dei contesti (e degli interpreti), a un autentico *consenso* costituzionale, ossia a un nucleo di valori comuni e diffusi, che giungono cioè a caratterizzare la collettività in quanto tale, e non più soltanto i portatori collettivi originari²²⁴.

È evidente che, in riferimento alla Costituzione di Weimar, si può già parlare di una costituzione pluralista nel senso primario di compromissoria o armistiziale, benché appaia altrettanto evidente che proprio l'armistizio in questione entrò in crisi e fu rotto molto presto, anche a limitarsi a considerarlo in una prospettiva – tipicamente kelseniana – di mero accordo procedurale sulle regole del conflitto²²⁵.

Però, nel corso di questo lavoro, si è fatto riferimento anche a una seconda accezione del termine *pluralismo*, inteso, per usare le parole di Schmitt, come “Stato pluralistico” e, ricorrentemente, “Stato pluralistico dei partiti”²²⁶.

Queste definizioni intendono cogliere un'immagine della realtà dotata di una valenza definibile a prima vista come sociologica, in quanto vi è in esse effettivamente una dimensione di analisi sociale. Peraltro, in Schmitt tale analisi rileva solo in quanto contribuisce a una teoria filosofico-politica delle forme di governo e delle loro degenerazioni, dalla quale l'autore fa poi discendere importanti conseguenze di ordine giuridico-costituzionale. Il punto, però, è che Schmitt e Kelsen sono entrambi pensatori fortemente influenzati – per

²²³ Come scrive Omar Chessa: “Che le attuali costituzioni democratiche ‘di principi’ siano originate da convenzioni concluse tra forze partitiche concorrenti in una condizione di equilibrio, quasi una sorta di ‘armistizio’ o ‘trattato di pace’, è un’acquisizione definitiva della scienza costituzionale”. O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, cit., 880. Da parte sua, Pietro Faraguna, citando il filosofo Nicola Abbagnano ricollega il pluralismo costituzionale moderno al “riconoscimento della possibilità di soluzioni diverse per uno stesso problema, o interpretazioni diverse di una stessa realtà o concetto”, N. ABBAGNANO, *Pluralismo* (voce), in *Dizionario di Filosofia*, Torino, 2ª ed., 1995, citato in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 181, nota n. 75. Si badi che è a sua volta da distinguersi il pluralismo costituzionale (‘interno’) dalle contemporanee teorie del pluralismo sistemico, fra cui, ad esempio, quelle di autori importanti come N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010 e, su un piano internazionalistico, E. Benvenisti e G. W. Downs, *Between Fragmentation and Democracy. The Role of National and International Courts*, Cambridge, 2017. Si vedano anche i presupposti teorici elaborati da G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main 2012, trad. ing. di G. Norbury, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012.

²²⁴ Anche in questo caso una bibliografia esauriente sarebbe pressoché impossibile a darsi, si fa dunque riferimento (pur nella loro diversità) ad alcuni fra i saggi e i libri che più si sono utilizzati in questo lavoro, fra i quali G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit. e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale. Volume I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., specie 41-49; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, cit., M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit. e M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015. Proprio il passaggio dall'armistizio (o, se si vuole, compromesso) al consenso è l'aspetto che pare di più difficile individuazione e rispetto al quale si compie un superamento della concezione kelseniana della politica. Per quanto riguarda la filosofia politica, implicita in questo superamento imprescindibile resta la nozione di “consenso per intersezione” (“*overlapping consensus*”), elaborata da J. RAWLS, *Political liberalism*, New York, 1993, trad. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Milano, 1994. Per una prospettiva che nega si possa formare un accordo sostanziale, e rimane perciò ancorata a una visione fortemente conflittuale *interna* alla società, si veda, ad esempio, J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, n. 1, 1979, 1-21.

²²⁵ Analizza criticamente la rottura dell'ordine weimariano e la stessa categoria della ‘costituzione armistiziale’ G. ZAGREBELSKY in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale*, cit., 49-58. Critico di una forma istituzionale democratica sottoposta dalle parti sociali contraenti a una ‘clausola risolutiva’ tacita o a una sottoscrizione con riserva mentale è anche G. E. RUSCONI, *Lezioni di Weimar*, cit., 34-35.

²²⁶ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit.

quanto riguarda la loro idea di ordine politico e di conseguenza le loro dottrine giuridiche – dalle trasformazioni della forma-Stato del loro tempo e dai sommovimenti sociali che ne sono la causa.

Sotto questo aspetto la realtà riflessa ne *Il custode della costituzione* (così come in *Essenza e valore della democrazia* per Kelsen) è quella dell'emergere di una molteplicità di corpi intermedi dalla società in via di compiuta industrializzazione, strutture organizzate che conferiscono una nuova appartenenza all'individuo entro una collettività e che, pur rimanendo formalmente 'private' (in quanto non statali), agiscono però entro la sfera pubblica, a prescindere dalla qualificazione di questo fenomeno in chiave di un progresso inevitabile (Kelsen) o di una degenerazione pericolosa (Schmitt)²²⁷. La forma del partito politico è stata senz'altro l'esempio di corpo intermedio più importante e visibile del XX secolo, ma non certo l'unico: cooperative, sindacati di lavoratori e unioni padronali, associazioni di carattere religioso (giacché anche le chiese e le strutture pre-pluralistiche nel contesto novecentesco devono farsi partito) o più genericamente culturale, l'elenco sarebbe lungo, e del resto la stessa forma del partito politico – dotato di una propria organizzazione burocratica e capace di mobilitare le masse – ha mostrato di potersi adattare alle più diverse istanze e ideologie, che esse ponessero al centro la classe, l'appartenenza religiosa o quella nazionale²²⁸.

Il fenomeno pluralistico che si trovano di fronte, e a partire dal quale ragionano, anche giuristi come Kelsen e Schmitt va inquadrato entro l'orizzonte storico che sopra si è sommariamente ricostruito. Tale ricostruzione pare molto più adeguata rispetto a quella incentrata su di un generico pluralismo fra gli individui, che peraltro entrambi gli autori ben riconoscevano²²⁹. Ora, se raffrontiamo la loro epoca con la nostra, parlare di crisi dei partiti è diventato quasi scontato: è la stessa realtà del partito di massa novecentesco a essere messa in discussione e, dunque, un pluralismo inteso principalmente come Stato dei partiti difficilmente può ancora dirsi esistente. Più in generale, è evidente la crisi di tutti i moderni corpi intermedi sovra-individuali che hanno contraddistinto il periodo precedente, il loro tendere a rarefarsi ed estinguersi, non più a moltiplicarsi, ed è infatti proprio nei termini di un processo di rottura dei legami sociali e di forte atomizzazione o individualizzazione della società che può leggersi la realtà contemporanea. Per molti versi espressioni quali "anomia", "società liquida" o "società orizzontale" paiono, pur nella loro varietà, meglio prestarsi di quella di pluralismo a spiegare il tempo presente²³⁰.

²²⁷ Si può definire concettualmente questo fenomeno nei termini di un superamento dello Stato liberale ottocentesco e del suo volersi porre direttamente in rapporto col singolo cittadino, senza intermediazioni. Un tentativo, quello dello Stato liberale monoclasse, che scontava però ancora l'esistenza residuale (specie in contesti come quello italiano, ma anche tedesco) di ampie sacche di popolazione contadina, ancora legate a modi di vivere associato pre-moderni, spiegabili nei termini di appartenenza a una comunità particolare più che a una società in senso moderno.

²²⁸ Su questi temi M. DOGLIANI, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in *Democrazia e Diritto*, n. 1-2, 2011, 491-503, ora anche in ID. *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015.

²²⁹ L'attenzione per l'individuo e per la conflittualità anche inter-individuale in Kelsen è ben nota, e si è del resto parlato di influenze psicoanalitiche dovute all'ambiente viennese di inizio secolo, Agostino Carrino scrive in merito di un'idea di 'asocialità' dell'uomo in Kelsen, A. CARRINO, *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984 (3ª ed. ampliata, 1992), 13. Tuttavia, anche Schmitt non ha mai inteso come davvero materialmente omogenei i singoli componenti di una collettività politica: l'unità materiale per il giurista tedesco è sì reale, ma è data dall'opposizione fondamentale al nemico, forza politica che è in grado di superare le singole partizioni sociali e anche le differenze individuali, almeno nel caso critico. In seguito, l'attenzione verso l'omogeneità diventerà prevalente, fino a giungere al biologismo del periodo nazista (un sostanzialismo naturalistico che è assente nel pensiero precedente). Ma, ancora nel confrontarsi con le teorie pluraliste di Harold Laski, nel 1927, è piuttosto evidente come Schmitt non neghi la generica diversità fra gli individui, per quanto immagini il 'politico' come forza in grado di creare unità, si veda C. SCHMITT, *Il concetto di "politico": testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, 122 e ss. Per quanto riguarda il contesto di prima formazione del pensiero kelseniano, infine, non si può non notare che la potenziale differenza fra le diverse etnie che componevano l'impero austro-ungarico (ma lo stesso valeva per gli altri due grandi imperi di inizio secolo, lo zarista e l'ottomano) era tale da rendere queste realtà multi-etniche a un grado difficilmente superabile dalle moderne società europee, pur caratterizzate da importanti flussi migratori.

²³⁰ Usa il termine di "età dell'anomia" I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in Costituzionalismo.it, n. 1, 2016, ultimo accesso il 28/5/2022. L'espressione "società orizzontale" (in sostituzione della società "verticale" e gerarchica) è invece di L. M. FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven, 1999 ed è poi fatta propria da A. CARRINO in *La costituzione come decisione*, cit.; la celebre teorizzazione della società liquida è in Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000, trad. it., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002. In tema di individualizzazione della società, si vedano anche U. BECK, E. BECK-GERNSHEIM, *Individualization. Institutionalized individualism and its social and political consequences*, Los

Se la distanza fra il presente e il dibattito del 1931 non può essere negata, vi sono però anche degli elementi ancora ‘utilizzabili’ che emergono dalle idee (e dagli eventi stessi) del tempo, così come alcuni possibili spunti di ricerca e collegamenti con i problemi attuali.

Un primo raccordo è naturalmente rappresentato dalla necessaria difesa della Repubblica come ordinamento costituzionale democratico. Un aspetto rispetto al quale ogni teoria di un potere di controllo appare in modo più o meno accentuato inevitabilmente funzionale²³¹. Il tema della rottura dell’ordine e, di conseguenza, dell’emergenza, è dunque fortemente legato a quello della custodia della costituzione, forse ancor di più se lo si intende come *rischio*, minaccia o *vulnus* anche solo potenziale rispetto all’ordine costituzionale, prima che come una concreta e reale rottura, sulla quale un organo giurisdizionale avrebbe probabilmente poco da dire, posto davanti al caso critico, salvo forse convalidarne la consumazione.

L’elemento più importante è però rinvenibile nell’importanza assunta dall’organo di ‘chiusura’ del sistema e dei suoi modi di funzionamento, che porta a considerare con attenzione gli spunti offerti da posizioni come quelle di Kelsen sulla ‘scomponibilità’ procedurale e funzionale sottesa a istituzioni come le corti costituzionali.

Se, come ci suggeriscono queste riflessioni, si colloca lo studio della giurisdizione entro il più ampio contesto della forma di governo, allora perdurante rilevanza assumono anche i profili di *diversità* della giustizia costituzionale, specie nei modelli accentrati di controllo sulle leggi²³². Proprio questa diversità, declinabile anche nei termini di una ‘politicità’ degli organi di giustizia costituzionale, e le questioni a essa ricollegate, sono stati tutti aspetti di primaria importanza nel dibattito fra Kelsen e Schmitt e paiono ancora rilevanti anche rispetto allo studio della giustizia costituzionale contemporanea. A maggior ragione proprio nella misura in cui oggi essa si colloca, per ragioni teoriche e storiche, come organo di ‘chiusura’ del sistema giuridico e di difesa di dei principi supremi materialmente intesi e interpretabili con ampia discrezionalità da parte del loro custode²³³.

Angeles, 2001. Sulla crisi dei partiti, si vedano invece M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013; P. MAIR, *Ruling The Void: The Hollowing Of Western Democracy*, New York and London, 2013, trad. it. di S. Mannelli, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Catanzaro, 2016. La consapevolezza della crisi è però risalente, si veda già D. ZOLO, *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*, Milano, 1992, specie 142-154.

²³¹ Su questa primaria funzione della giustizia costituzionale, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, cit., 626-632.

²³² Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE scrive di una natura particolare della giustizia costituzionale, che si manifesta in una significativa diversità dalla giurisdizione ordinaria, in quanto compete alla giustizia costituzionale regolarizzare e stabilizzare il processo politico, cosa che però non può che attrarla entro il “campo gravitazionale” del politico, schmittianamente inteso come il campo delle associazioni e delle dissociazioni. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, cit., 633-637, 642-643. Non sarà inutile ricordare l’influenza del pensiero di Carl Schmitt su Böckenforde (pur se declinata in termini di sicura adesione allo Stato costituzionale di diritto), pensatore che ha contribuito alla diffusione di alcuni assunti schmittiani, pur se attenuati, nella Germania post-bellica.

²³³ Al riguardo, Böckenforde si mostra ad esempio particolarmente sensibile al rischio che il custode della costituzione divenga il “padrone della costituzione”, Ivi, 641, 659 e nega nettamente l’esistenza di canoni condivisi d’interpretazione costituzionale, ivi, 638-641. Interessante anche che proprio questo autore, fra l’altro ex giudice costituzionale, dedichi notevole attenzione ai problemi dell’organizzazione e della scelta dei giudici costituzionali, anche in un’ottica comparata e ricollegando il tema a quello della legittimazione della giustizia costituzionale, ivi, 196-200, ma anche *Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel*, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Suhrkamp, Berlin, 2011, trad. ing. parziale a cura di M. Künkler e T. Stein, *Biographical Interview with Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in ID., *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, Vol. I, New York, 2017, 396 (sulla nomina parlamentare-partitica dei giudici in Germania), 400 (sul confronto fra Germania e USA, visti come un modello più procedurale ed esplicitamente politico di giustizia costituzionale). In Italia, fra gli altri, la preoccupazione circa il diventare le corti costituzionali una specie di potere costituente permanente emerge anche, sebbene da una prospettiva molto diversa da quella di Böckenförde, in A. RUGGERI, *Alla ricerca*, cit., 20 e ss.