

Carl Schmitt

# Il custode della costituzione

a cura di  
ANTONIO CARACCIOLO

TITOLO ORIGINALE:

CARL SCHMITT

*Der Hitler der Verfassung*

Ristampa anastatica della prima edizione apparsa nel 1931.

Traduzione italiana di Antonio Caracciolo

© 1969, Duncker & Humblot, Berlin



GIUFFRÈ EDITORE  
MILANO - 1981

## PRESENTAZIONE

I. La biografia intellettuale di Carl Schmitt (1), ed anche la recezione del suo pensiero nel clima di questo dopoguerra, è segnata in modo cruciale dalla sua commissione con il regime nazista. È stato giustamente osservato che l'accettazione e l'interpretazione del nazismo da parte di Schmitt « presuppongono un sistema di idee che egli era venuto maturando anteriormente e che, come tale, non può dirsi nazista » (2); e non meno significativamente Julien Freund ha messo in evidenza l'aura di « sospetto » che circonda ogni presentazione delle opere di questo pensatore « maudit » (3) e sospetto ancora prima dell'anno fatale 1933.

(1) La principale biografia di Schmitt è quella di G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin, 1970; in traduzione italiana può utilmente vedersi il saggio di Piet TOMMISSEN, *Carl Schmitt e il 'renouveau' cattolico nella Germania degli anni venti*, in *Storia e politica*, 1975, 481-500. Sul « cattolicesimo » di Schmitt cfr. anche H. RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes*, Berlin, 1972, 17 ss., che nota come S. non possa propriamente dirsi « ein christ-katholischer Staatsphilosoph ».

(2) L'osservazione è di Francesco VALENTINI, nella *Introduzione* a Carl SCHMITT, *La dittatura*, trad. it. di Bruno LIVERANI, Bari, 1975, VII. Cfr. anche RUMPF, *op. cit.*, 33 ss.

(3) Julien FREUND, *Préface* a Carl SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, 1972, 8. Per una esatta collocazione di Schmitt all'interno del nazismo occorre però rifarsi alla classica opera del BONNARD, *Le droiti et l'état dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, 1939, dove è significativo come lo Schmitt venga citato una prima volta marginalmente a pag. 91 in nota dopo il Kuhn, il Richter, il Seydel, l'Hoehn e il Koellreuter, a proposito del *Führerprinzip*; ed

TUTTE LE COPIE DEVONO ESSERE TIMBRATE DALLA S.I.A.E.

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1981) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

In effetti, può genericamente dirsi autoritaria l'ispirazione fondamentale del pensiero schmittiano, ma deve anche dirsi che un regime autoritario può avere una latitudine assai vasta, ed in questo senso autoritaria può essere considerata la democrazia ateniese all'epoca del suo massimo splendore sotto Pericle, che sapeva esercitare un potere illimitato senza sacrificare la libertà dei cittadini, ed autoritario è un qualsiasi regime presidenziale, dove un forte accentramento del potere vale a scongiurare gli effetti disgreganti di una direzione politica affidata ad una «classe di scutidori» più propensa ad un continuo rinvio delle decisioni dirette e concrete che non ad assumersi chiare e nette responsabilità politiche. Quanto più la situazione storica di responsabilità politica è critica e quanto più urge una rapida e sicura soluzione dei problemi, tanto più si avverte l'esigenza di una direzione politica efficiente e si cercano tutti gli elementi unificanti che possono rinvenirsi nella vita di una collettività. Una situazione di questo genere presentava la Germania all'indomani del trattato di Versailles ed a queste sollecitazioni doveva ubbidire il pensiero del giurista e po-

una seconda volta nel testo a pag. 141 per «un article destiné à justifier ces sanglants événements», ossia gli eccidi del 30 giugno 1934, a cui Schmitt fece seguire l'articolo *Der Führer schätzt das Recht*, ove sostiene che «la Führung implique la juridiction», concezione peraltro hobbesiana. In ogni caso il Bonnard non attribuisce a Schmitt la qualifica di principale giurista del nazional-socialismo, ma allo Höhn: «Il résulte nettement des déclarations de certains personnages officiels que les propres idées de Höhn sont acceptées officiellement et approuvées de plus en plus comme constituant, à l'exclusion des idées adverses, la vraie doctrine officielle du national-socialisme» (p. 17). Il Bonnard non accetta l'impostazione del LAVAGNA, *La dottrina nazional-socialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938, che offre una panoromica delle dottrine che s'agitavano all'interno del nazional-socialismo, e concorda con il BISCARETTI DI RUFRÀ, *Il diritto costituzionale dell'impero germanico nei primi cinque anni di regime nazional-socialista* (Arch. dir. pubbl., III, 1, Padova, 1938), che sottolinea «la prépondérance des idées de Höhn dans l'élaboration de la doctrine nationale-socialiste» (p. 17, nt. 1).

litologo romano. Paradossalmente può dirsi che il nazismo fu schmittiano più di quanto Schmitt non sia stato nazista. I momenti iniziali e significativi della posizione di Schmitt possono cogliersi nelle dichiarazioni rese in un'intervista radiofonica il 10 febbraio 1933, due giorni dopo la nomina di Hitler a cancelliere del Reich. Egli dice di essere un «teorico», un puro «scienziato», «nient'altro che uno studioso», ma che l'oggetto della sua attività scientifica è «il diritto concreto e vivente» del popolo al quale egli appartiene. Ed all'intervistatore che lo interroga sul rapporto fra teoria e prassi, egli risponde, tracciando un vivido quadro della sua vita intellettuale: «La specie di diritto e di legge, con la quale ho a che fare, è — nel più alto significato spirituale — sempre attuale, ed appartiene così direttamente alla vita di ogni popolo come la sua lingua, la sua fede, il suo concreto destino politico». All'intervistatore che di nuovo lo incalza e gli chiede di chiarire la sua posizione di scienziato di fronte alla legislazione positiva della repubblica weimariana, Schmitt risponde in modo assai reciso: «Il mio lavoro acquista il suo significato nel fatto che io non sono nient'altro che un organo di questo diritto sostanziale del popolo concreto, al quale io appartengo» (4). Se rifiutasse il diritto sostanziale del popolo, egli non sarebbe altro che uno «strumento» di chi detiene la macchina per la fabbricazione positivista del diritto, ossia — si può aggiungere — delle potenze straniere che in quel momento condizionavano pesantemente la politica interna della Germania.

(4) Queste citazioni sono tratte da una serie di tre documenti inediti: 1. *Carl Schmitt im Gespräch mit Dieter Groh und Klaus Fegge* (6 febbraio 1972); 2. *Text der am Ludwig Kaas gerichteten Antwort Carl Schmitts* (30 gennaio 1933); 3. *Ein Rundfunkgespräch vom 1. Februar 1935*, pubblicati nel fascicolo monografico di *Eclectica* (nn. 21-22-23), con il titolo *Ober en in zake Carl Schmitt*, a cura di Piet TOMMSEN, Brussel, 1975, 89-124. I brani riportati sono esattamente a p. 114 e 115.

In queste affermazioni del 1° febbraio 1933 è già presente lo statuto teorico che porterà Schmitt a compromettersi con il regime nazista. Collabora alla redazione della Reichstatthaltergesetz, emanata il 7 aprile 1933, ed alla legge comunale prussiana (dicembre 1933): elabora il Führerprinzip e dà con lo scritto Stato, movimento e popolo una fondazione politico-filosofica del regime nazista; difende le leggi razziali (5).

Ripensando a quegli anni in una trasmissione radiofonica del 1972, Schmitt ricorda come al suo primo incontro con Hitler questi gli apparisse simile ad un « toro nella arena » (6), e dandosi ragione della collaborazione prestata egli rinvia con meschezza da ottantenne a quelle esperienze enigmatiche e travolgenti che possono segnare il destino di un uomo e che sono sapientemente espresse in una parola francese: « Engagement », « On s'engage, puis on voit » (7).

Al processo di Norimberga, dove fu sentito come testimone, Schmitt ebbe a dichiarare: « Se mi rendete responsabile per Hitler, dovete rendere responsabile Roussseau per i giacobini » (8). Dal 1947 Schmitt vive nella natia Plettenberg in una condizione di isolamento. Ma la sua ascensione dal mondo universitario tedesco è da ritenersi — a giudizio di un avversario — « assurda » e « vergognosa »: molti altri giuristi furono compromessi con il nazismo in modo eguale e spesso peggiore, ma non sono stati colpiti dal Berufsverbot. Schmitt ha tuttavia continuato a pensare e ad esercitare un vasto influsso: ciò dà la misura della sua statura intellettuale e mostra quanto possono essere vani gli ostracismi (9).

(5) Cfr. G. SCHWAB, *op. cit.*, 17, 112, 140 e ss., dove la situazione di Carl Schmitt nella Germania fra gli anni 1936-1945 è descritta come analoga a quella del Benito Cereno di Melville.

(6) *Ober en in zake Carl Schmitt*, cit., 108.

(7) *Ivi*, 109.

(8) *Ivi*, 109.

(9) Intervista a Jürgen SERFER, apparsa con il titolo *Un caro nemico*, in *Il Messaggero* del 5 gennaio 1980.

II. Il Custode della Costituzione tratta il problema delle garanzie costituzionali. Esso nella sua forma definitiva appare nel 1931, tre anni dopo la *Dottrina della Costituzione* (1928), della quale può considerarsi una parte speciale. Entrambi questi scritti sono dominati dall'idea della decisione, che — da un punto di vista storico-filosofico — va vista come un estremo tentativo per uscire in modo storicamente determinato da quell'occasionalismo romantico, dove — puntualizza il Pierandrei — « il soggetto non riconosce fuori di sé alcuna realtà normativa, diretta da una propria legge funzionale » (10) ed « il singolo, libero da ogni meccanismo causale, crea il mondo, che è soprattutto fantastico ed estetico » (11). Per contro, il decisionismo schmittiano — visto in questa prospettiva — è un atto storicamente determinato, posto da un soggetto universale, da una unità complessa e articolata quale può essere un « popolo », ma non per questo irreal, mitica, quasi che il reale dovesse coincidere con l'individuale.

A questa costruzione di Schmitt sono state mosse critiche. Löwith riconosce che « il romanticismo politico è soltanto pseudopolitico, perché è privo di serietà politica e di energia politica » (12), ma obietta a Schmitt che questo romanticismo caratterizza anche il suo decisionismo, che è, appunto, un decisionismo occasionalistico, perché ad esso mancano sia l'elemento « metafisico » (presente nel decisionismo marxiano) sia il fondamento « teologico » (presente nel decisionismo religioso del Kierkegaard), sia ancora il moralismo fiantropico illuministico; ma è invece fondato

(10) F. PIERANDREI, *Appendice*, a Carl SCHMITT, *Il concetto di impero nel diritto costituzionale. Ordinamento dei grandi spazi con esclusione delle potenze estranee*, a cura e con prefazione di L. VANNUTELLI REY, Roma, 1941, 102.

(11) *Ivi*.

(12) Karl LÖWITH, nel volume LÖWITH-VALLUTTI, *La politica come destino*, Roma (ed. Bulzoni), s.d. (ma 1978), 12. Trad. it. di Carlo BONOMO.

sulla « forza », sulla situazione eccezionale e sul sovrano che è il grado di deciderla: l'« eccezionale » diventa nella critica di Löwith l'« occasionale ».

Al giudizio critico di Löwith si oppone Cantimori, che vede il motivo di fondo del pensiero schmittiano nello sforzo di elaborare scientificamente e di conferire forma culturale alle esigenze ed ai problemi della « vita politica empirica della sua nazione » (13), e nega che si tratti di un « pensiero occasionalistico » — come vuole Löwith —, cioè « interiormente vuoto e atto a tutti i contenuti », ma si tratta, invece, della « risposta ad una esigenza politica e sentimentale ».

La replica di Cantimori è a sua volta influenzata dall'impostazione idealistica che deve necessariamente trovare una superiore sintesi ad ogni opposizione dualistica (14):

(13) Delio CANTIMORI, *La politica di Carl Schmitt*, in *Studi germanici*, 1935, p. 472, 481 e *passim*. È interessante notare l'evoluzione intellettuale del Cantimori, che in un articolo del 1927 (*L'Italia, la « decadenza europea » e l'europeismo*, in *Vita Nuova*, III, 1927, p. 320; ma la citazione è ripresa da M. CURBERO, *Intelletuali e fascismo. Saggio su Delio Cantimori*, Bari, 1977, 20) parla di un « scientifico agnosticismo in cui cade lo Schmitt per voler essere troppo scientifico e oggettivo ». È un Cantimori questo per il quale « il primato della politica coincide con il primato dell'eticità » (cfr. CURBERO, *op. cit.*, 25) ed il fascismo esprime una « sintesi dialettica » (p. 29), e per il quale — si noti — è estranea alla tradizione italiana il concetto tedesco di 'popolo'. Nel 1935 muta il giudizio su Schmitt, senza che ciò dipenda da un cambiamento delle posizioni schmittiane. Osserva Cliberto: « Ora, nel 1935, la posizione è precisamente rovesciata: il limite di Schmitt consiste nella sua incapacità a sollevarsi nell'orizzonte della filosofia, a causa della *politicità* dei suoi giudizi » (*op. cit.*, 49). Ed è qui che in Cantimori l'influenza crociana si sovrappone a quella gentiliana (cfr. CURBERO, *op. cit.*, 49 ss.).

(14) Cantimori, parlando delle radici del decisionismo schmittiano (Kierkegaard, Marx), osserva come queste « sono state confutate ormai esaurientemente nella cultura italiana, dalla filosofia idealistica » (*La politica*, cit., 480) e rinvia in nota ad un « saggio ultimo del Croce ». Ma a Cantimori non sfugge che « certo lo Schmitt rifuterebbe come 'liberale' ogni risoluzione in un terzo superiore della perenne anti-tesi *antikos-hostis*... » (p. 481).

concezione questa contro la quale Gramsci rivolse i suoi strali critici, denunciandone la ideologicità, subdolamente tesa ad assiomatizzare la sistemazione dottrinale della grande cultura borghese del tempo (15).

Al momento decisionistico è strettamente connessa la tipica contrapposizione schmittiana dell'amico-nemico, la cui scientificità costituisce uno dei punti di maggiore controversia nell'interpretazione del pensiero schmittiano (16). Oggi, nel mutato panorama culturale, non riesce difficile accogliere la tesi del primato e della irriducibilità del politico. L'indagine è invece rivolta all'individuazione del soggetto storico della decisione fondamentale destinata a porre il modello di civiltà (17). E come già fu per Hegel, anche per Schmitt

(15) Cfr. Antonio GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Torino, 1966, 188 e *passim*.

(16) Non ha dubbi sulla scientificità del criterio del politico il Miglio. *Presentazione a Carl Schmitt, Le categorie del 'politico'*, trad. di P. SCHIERA, Bologna, 1972, che ne parla come di una « scoperta veramente copernicana » (p. 8) e pone la « regolarità » della contrapposizione *antikos-hostis* in una serie di classiche regolarità, alle quali sono associati i nomi di Tuciddide, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Mosca e Pareto, Tönnies, Weber. Ma si vedano più diffusamente sul concetto del politico H. W. SCHMIDT, *Vom Göttesgrund und der Feindschaft im « Begriff des Politischen » bei Carl Schmitt*, in *Epirrhosis. Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1968, p. 651 e Piet TOMASSEN, *Über Carl Schmitts « Theorie des Partisanen »*, ivi, spec. pp. 719 ss. sul mutamento di significato del concetto di nemico nel quadro della guerra civile internazionale. Contrario al carattere di 'scoperta copernicana' è SARTORI, nell'intervista cit., ed anche P. PERRA, *Schmitt, Kelsen e il « casus della costituzione »*, in *Storia e politica*, 1977, 514 s.

(17) In un recente Convegno su Carl Schmitt (Padova, 22-23 aprile 1980), il Tronti, in una interessante relazione ha parlato, in modo arduo, di un possibile « innesto » del pensiero schmittiano sul tronco del comunismo. Questa linea di ricerca del Tronti affonda le sue radici già nel travaglio teorico dei *Quaderni rossi*, dove si esprime la preoccupazione di liberare la teoria marxiana « da tutte le incrostazioni ideologiche » (Q.R. n. 2: *La fabbrica e la società*, p. 12 s., 30 s.) e diventa più chiara nella conferenza-dibattito *Sull'autonomia del politico* (edita da Feltrinelli negli *Opuscoli marxisti* n. 16, Milano 1977).

*venne formandosi una destra, preoccupata a porre su un terreno sempre più remoto l'irriducibile opposizione esistenziale dell'amico-nemico* <sup>(19)</sup>, *ad una sinistra, incline a con-*

la conferenza risale però al '72, così come i Q.R. all'inizio degli anni '60). Mentre ricerche come quella del Tronti tentano di individuare nel proletariato (o nel partito) il soggetto della decisione politica fondamentale, altre correnti interpretative, invece, partendo da presupposti neokantiani, tentano di dissolvere il concetto di popolo — essenziale per Schmitt — tacchiandolo di «ingenuo» ontologismo (cfr. C. ROHRSEN, *Il ritorno all'ontologia nel costituzionalismo di Weimar*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, n. 2, 496, e *passim*). La critica del Rohrsen muove da una posizione neolibérale, avvertendo che «il problema fondamentale per i neokantiani consiste nello stabilire le condizioni per conoscere un oggetto; ma al di fuori di ciò non ha nessun rilievo postulare l'esistenza di un oggetto» (p. 496) (si pensi per antitesi alla I e alla XI glossa marxiana a Feuerbach) e disegnando la storia moderna come nient'altro che il progredire di un «razionalismo individualistico» che impone alla scienza giuridica di considerare «oggetto del proprio studio solamente gli individui» (p. 498), il Tronti invece tenta un'appropriazione del pensiero schmittiano distinguendo fra una «forma rivoluzionaria» ed un «contenuto reazionario» di questo pensiero (M. TRONTI, *Soggetti, crisi, potere*, Bologna, 1980, p. 77), e ravvisandone un limite di fondo «nel rapporto tra sviluppo politico e sviluppo economico» (p. 78). Si tratta in fondo di un'operazione analogica a quella che il marxismo ha compiuto nei confronti di Hegel. Ma torna qui estremamente interessante e chiarificatrice una dichiarazione dello stesso Schmitt: «Io sono marxista in quanto ho portato alla loro conclusione politica i concetti economici del marxismo; non sono marxista poiché ho riconosciuto il plusvalore economico come puro plusvalore politico anche dal punto di vista proletario» (*Lettera del 10 settembre 1979* a P. SCHERKA, pubblicata su *L'Espresso* dell'11 novembre 1979, 175, un ampio servizio con titolo *Un diritto un po' storico*, a cura di G. MIGLIO e T. M. (Telesio Malaspina), 168-183).

<sup>(19)</sup> In questo senso ci sembra si muova la linea interpretativa del FREUD, che tende, con ricchezza di sfumature, a porre una fondamentale distinzione, e quasi incommensurabilità, fra la sfera del privato e quella del politico (cfr. *L'essence du politique*, Paris, 1965, 280 ss.). Ma lo stesso Schmitt definisce «facili» e «comode» questo genere di distinzioni, ed «equivoca» ed «ingannevole» la parola «depolitizzazione» (cfr. *infra*, p. 169).

*fondere l'hostis con l'inimicus, con la conseguente legittimazione di una guerra civile permanente* <sup>(19)</sup>.

Ciò premesso, ci sembra di poter esattamente collocare nel contesto del pensiero schmittiano un'opera come *Il Custode della Costituzione*, che significativamente, se si pensa alla situazione politica spagnola di quegli anni, ebbe un'immediata traduzione in lingua spagnola con un sottotitolo estraneo all'originale e che suona: *Estudio acerca de las especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución, forzando ambigualmente le intenzioni di Schmitt, che — come molti altri tedeschi — non si sentiva affettivamente legato ad una costituzione come quella di Weimar nata dalla «sconfitta» bellica (non certo dalla «Resistenza»)*. In un conciso articolo Frosini pone in rilievo i caratteri di «angosciosa provvisorietà e di nevrotica insicurezza» della democrazia weimariana, richiamandosi alle analisi di Eschenburg («una democrazia improvvisata»), di Hoegner («la repubblica tradita»), e di un autorevole studioso italiano di cose tedesche, Rusconi, che parla di «democrazia contrattata» <sup>(20)</sup>.

Nell'impegno umano ed intellettuale di Schmitt il Custode ha, quindi, una posizione centrale, pur potendosi considerare un'opera «fortemente datata», per i continui riferimenti ad una situazione specifica <sup>(21)</sup>, ma non per questo di secondaria importanza, se si considerano i messi sostanziali — dove Schmitt scopre e svela se stesso — con la *Poetica romantica (problema del decisionismo)*, con *La Dittatura (concetto della dittatura sovrana)*, con *la Dottina*

<sup>(19)</sup> Non sfuggono al Miglio i pericoli ed il senso del «gigantesco esplodere, nell'ultimo decennio — a tutti i livelli e in tutti i paesi — della 'confittionalità', e della contestazione...» (*Presentazione*, cit. 13).

<sup>(20)</sup> V. FROSINI, *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*, 1979, 315 ss., e letteratura ivi indicata.

<sup>(21)</sup> Cfr. P. PERTA, *op. cit.*, 505.

della costituzione (nozione di costituzione e di legge costituzionale).

La dottrina costituzionale schmittiana è impostata su una netta distinzione tra costituzione in senso proprio e leggi costituzionali <sup>(23)</sup>, il cui compito è di tutelare una serie di determinati interessi cari alle parti sociali. La costituzione in senso proprio (assoluto e positivo) trascende gli interessi particolari ed è immodificabile. Essa conferisce autonomia e fisionomia ad un popolo che è già consapevole della sua unità politica <sup>(24)</sup>. Un mutamento della costituzione in senso proprio (abbia questa o non abbia forma scritta) non significa altro che una rivoluzione e la creazione di un nuovo assetto costituzionale privo di continuità con il precedente. Le leggi costituzionali sono invece innumerevoli e modificabili, sia pure con procedura speciale. Per Schmitt tutto il settore della giurisdizione è disciplinato da leggi costituzionali e questo spiega perché un custode della costituzione, quando questo si renda necessario, non possa essere ricercato in un supremo organo giurisdizionale. Ciò significherebbe conferire un potere sovrano ad un soggetto a cui non compete per diritto originario.

Considerando la natura monarchica del decisionismo, si può comprendere come Schmitt — pur mantenendosi nell'ambito dell'esegesi dell'art. 48 RV — debba identificare il custode della « vera » costituzione, dalla costituzione in senso proprio che il popolo tedesco si è data, in un organo monarchico, nel Presidente del Reich, atto a prendere le decisioni estreme nelle situazioni eccezionali, anziché in organi collegiali giurisdizionali, espressione del contingente quotidiano e di un frazionamento pluralistico dove una molteplicità di poteri costituzionali tendono a contrapporsi

<sup>(23)</sup> Cfr. *Verfassungsglehre*, 25 ss.

<sup>(24)</sup> Per gli svolgimenti analitici di questa affermazione e delle altre che seguono si rinvia principalmente al fondamentale § 3 della *Verfassungsglehre*.

l'un l'altro in modo paritario e perennemente conflittuale <sup>(25)</sup>. Conclusioni queste a cui Schmitt giunge non in forma assonomatica, ma dispiegando — come si esprime il Kelsen — un « inercabile armamentario » <sup>(26)</sup> di erudizione giuridica, storica e filosofica.

<sup>(25)</sup> Il Freund con riferimento a questa concreta situazione ed al problema teorico posto dalla ricerca di un « Custode » della costituzione osserva: « Si le problème est assez simple dans son principe, il ne l'est plus dans la réalité, parce qu'il peut y avoir plusieurs gardiens de la constitution qui revendiquent concurremment ce rôle » (*Vu d'ensemble sur l'oeuvre de Carl Schmitt*, in *Revue européenne des sciences sociales*, XVI, 1978, n. 44, fasc. spec.: *Miroir de Carl Schmitt*, p. 15). Purità di ruoli che in una situazione destinata a rimanere statica fa sorgere un ulteriore problema: quello della parità dei poteri costituzionali, circa il quale Luigi Rossi scriveva: « Esso significa che, dal punto di vista della costruzione giuridica, non vi è nessun istituto costituzionale subordinato all'altro. Nell'assenza dello Stato moderno nessun potere è inferiore, poiché tutti collaborano in funzioni sovrane » (*La parità giuridica dei poteri costituzionali nello Stato moderno*, in *Rivista di dir. pubbl.*, febbraio 1936, p. 2 dell'estratto). Di Rossi, autore attento alle correnti giuridiche straniere, apparve nel marzo 1935 sulla *Rivista di diritto pubblico* un interessante Saggio dal titolo *Un criterio di logica giuridica: la regola e l'eccezione particolarmente nel diritto pubblico*, dove si inizia affermando che « Non vi sono eccezioni nel diritto. Vi sono regole » (in *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, I), ma avvertendo che « l'ammettere che non esistano eccezioni come contrapposto alla regola, non significa livellare tutte le norme ad un comune denominatore... » (p. 19), e paradossalmente richiamandosi al motto ciceroniano *Salus populi suprema lex esto*, giunge ad una coincidenza di pensiero con le posizioni schmittiane sostenendo, con diversa terminologia, che « la necessità pubblica è tanto poco eccezionale, che non solo è legge, ma è anzi legge suprema » (p. 5). Conf. Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 92. Il pregio di queste notazioni di Rossi è — a nostro avviso — nel non aver perso di vista al di là della situazione « eccezionale » — indubbiamente più interessante — il problema della situazione « ordinaria », che forse sfugge ad un'attenta considerazione da parte di Schmitt.

<sup>(26)</sup> Questa citazione e le seguenti di Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1931, 576-628, sono tratte dalla traduzione, in corso di pubblicazione presso questa stessa Collana, in-

Fra le recensioni che apparvero del Custode, lo Schmitt attribuì particolare importanza a quella di Johannes Popitz<sup>(26)</sup>, il quale osserva acutamente che prima di rispondere all'importante questione su chi è il custode della costituzione, occorre rispondere ad un quesito preliminare: da chi deve essere difesa la costituzione? Il Popitz nota che la minaccia può venire dal popolo stesso: così è stato in tutti i tempi e ciò non può essere cambiato da nessuna forma immaginabile di costituzione. E per quanto riguarda i mezzi — nel quadro della costituzione di Weimar — il Popitz concorda con lo Schmitt che non ve n'è bisogno di nuovi: l'art. 48 dà al Presidente del Reich i poteri necessari.

Gli avvenimenti successivi al secondo conflitto mondiale videro nell'Europa devastata dalla guerra un forte risorgere di correnti giustiziaristiche, che affidarono ad uno speciale organo giurisdizionale la funzione di garante della costituzione, incuranti dei problemi di « politica in forma di giurisdizione » che così sorgono e che non sfuggivano invece alla vivida intelligenza di Schmitt, il quale però si astiene da una esaustiva trattazione del tema, che avrebbe comportato una parziale ripresa delle argomentazioni già svolte nel Custode, ma non senza un'osservazione che coglie una problematica assai attuale, avvertendo che « nessun cu-

sieme ad altri scritti di Kelsen, con il titolo complessivo *La giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo GERACI.

<sup>(26)</sup> Apparsa sul quotidiano *Germania* del 17 aprile 1931, e ripubblicata dallo stesso Schmitt nei suoi *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, 101-105. Altra recensione di rilievo, per altri aspetti, è quella di Karl Korsch, sulla *Zeitschrift für Sozialforschung*, Jahrgang I 1932 rist. anast. Kösel Verlag München, 1970), 204-205, che dando atto dell'acutezza delle analisi schmittiane tuttavvia conclude: « Und gerade dieser Widerspruch wird nicht überwunden, sondern nur noch einmal und sogar in verschärfter Form aktualisiert in jenem faschistischen « Totalstaat », von dessen endlicher Herrankunft S. heute ganz ebenso umhüllt wie einst die liberalen Bourgeois von ihrem « Rechtsstaat » die positive Lösung des von ihm behandelten Staatsproblems erwartet » (p. 205).

stade della costituzione in una comunità che si basi su una cura esistenziale delle masse può sfuggire al già menzionato trilemma keynesiano»: piena occupazione, economia di mercato e stabilità monetaria<sup>(27)</sup>.

<sup>(27)</sup> *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., 105-109, e p. 28. Questo richiamo alla tematica keynesiana fondamentale mitiga alquanto — sotto il profilo filologico — la « formula approssimativa » del Tronti, che parla di « incontro mancato » tra Schmitt e Keynes, anzi — osserva — i due « non hanno in fondo trovato un punto non dico d'incontro ma neanche di confronto in nessuna maniera » (TRONTI, *Soggetti*, cit., 80). Si tratta in effetti di un incontro mancato, ma non impossibile nel senso che schmittianamente il plusvalore economico si risolve in plusvalore politico (*supra*, nt. 17) ed il *Führerprinzip*, in conseguenza della indeterminata *intra* illustrata, avrebbe potuto — e può — assumere anche forme rooseveltiane.

Per quanto riguarda, invece, lo spinoso problema di una « politica, in forma di giurisdizione » esercitata da una corte costituzionale si pensi nella situazione italiana ai commenti, ai dibattiti, alle polemiche suscitata dalla recente sentenza 30 gennaio 1980, n. 5 (G.U. 6 febbraio 1980, n. 36) concernente l'incostituzionalità dei criteri per la determinazione dell'indennità di esproprio di terreni destinati a fini di edilizia abitativa (legge Bucalossi). Lo ZAGREBINSKY in un bilancio conclusivo del ruolo finora svolto dalla Corte costituzionale osserva come il problema che adesso si pone non è « quello di teorizzare l'espansione della funzione della giustizia costituzionale » (*La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 367 e *passim*), ma al contrario, quello di operare un ridimensionamento, che consenta all'Esecutivo ed al Legislativo di esercitare il loro ruolo, al riparo dall'incognita di una decisione « politica » della Corte. Sulla Corte come « organo che partecipa del potere politico », cfr. ZANGARA, *Prerogative costituzionali (Notazioni e spunti)*, Padova, 1972, 44, spec. nt. 48 e letteratura ivi indicata, e *adde* Rizza, *La Corte costituzionale fra diritto e politica*, in *Dir. e Soc.*, 1973, 315 ss., e PANUNZIO, *Lo sciopeo politico fra Costituzione e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, III, Milano, 1977, 944. Sull'attività svolta dalla Corte costituzionale e sulla sua caratterizzazione v. inoltre la Relazione di MODUGNO al Convegno di Como del 26 nov. 1978 su « *La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale* », la cui conclusione è così sinteticamente riassunta: « La giurisdizione costituzionale è, in definitiva, strettamente legata al funzionamento complessivo delle istituzioni » (in *Giur. cost.*, 1978, 1255).

III. La polemica fra Schmitt e Kelsen, che caratterizza gran parte del testo e che lo rende in tal senso « fortemente datato », è tipica di due modi antitetici di considerare i problemi del diritto e dello Stato. L'antitesi, e diremmo meglio l'incommunicabilità, fra i due pensatori è già nel modo di intendere la costituzione. Dice Kelsen: « La funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significativa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati »<sup>(29)</sup>. Kelsen è qui chiaramente ancorato ad un dualismo ottocentesco che vede Stato e società contrapposte l'una all'altra. Contro questo dualismo Schmitt non si stanca mai di volgere i suoi strali polemici ed oppone una costituzione che è intesa sostanzialmente come un atto di identificazione posto da un soggetto, a cui forse potranno essere attribuiti caratteri mitici, ma che poi risulta essere concretamente capace di determinazioni originarie.

La divergenza è totale e procede su linee parallele. Kelsen rigetta l'essenziale distinzione schmittiana fra « auctoritas » e « potestas », necessaria per risolvere schmittianamente il problema del custode della costituzione, definendola « una funzione di notevole audacia », sulla quale soltanto può reggersi la tesi che spetti solo al monarca (o al Presidente del Reich) la funzione di garante della costituzione. Questa « funzione » ha per Kelsen carattere « ideologico » e « teologico », non « scientifico », ed è in quanto tale inconferabile, risultando una « mossa efficace » contro la richiesta di un tribunale costituzionale. La polemica assume quindi toni sempre più aspri, anche scendendo sul piano personale, ed in verità, pure da parte dello Schmitt, i colpi sono poderosamente restituiti.

L'incomprensione è totale. Kelsen trova « poco comprensibile » che Schmitt « non neghi » alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America il titolo di custode della costituzione,

<sup>(29)</sup> Cf. *supra*, n. 25.

nonostante essa abbia formalmente le stesse funzioni degli organi giurisdizionali tedeschi. In realtà, occorre considerare che Schmitt assume una tipologia delle forme di Stato che si stacca da quella tradizionale (aristocratica) di democrazia, aristocrazia, oligarchia, ma distingue gli Stati a seconda del potere costituzionale prevalente (Stati di governo, di legislazione, di giurisdizione), assumendo il concetto dell'unità politica di un popolo ed escludendo la dottrina della separazione e della parità dei poteri costituzionali. Pertanto, se al mondo anglosassone Schmitt può attribuire la caratteristica degli Stati di giurisdizione, non può dire altrettanto per la situazione costituzionale tedesca, instabile, ma incline ad un concetto di « democrazia germanica », che negli anni della disfatta bellica aveva trovato un interprete acuto in Thomas Mann, per il quale — si ricordi — « la democrazia e la politica stessa sono estranee e venefiche al carattere tedesco »<sup>(30)</sup>, carattere al quale « il tanto deprecato ' stato dell'autorità costituzionale ' è e rimane la forma di stato che più gli è adeguata e congeniale, quella che in fondo lui stesso si è scelta »<sup>(30)</sup>. Ed in fondo, Schmitt non faceva che esprimere sul piano giuridico questa profonda esigenza del carattere e della cultura tedesca. Non sfuggiva all'intelligenza politica di Schmitt il fatto che l'attribuire alla magistratura tedesca la funzione di custode della costituzione avrebbe comportato nella concreta situazione della repubblica di Weimar un continuo e contraddittorio condizionamento ad opera dei partiti politici, che di fatto laceravano lo Stato ed il tessuto sociale.

All'osservazione schmittiana che ogni sentenza ha in sé un elemento decisivo, Kelsen obietta che è « erronea » l'opinione su cui si basa, che cioè solo la legislazione debba essere « politica », ossia creatrice del diritto, mentre la giu-

<sup>(29)</sup> T. MANN, *Considerazioni di un impolitico*, trad. it., Bari, 1967, 20.

<sup>(30)</sup> *Ivi*, 21.

risiduzione non ne sarebbe che una mera applicazione. Sul problema del movimento del diritto libero e della magistratura creatrice così posto, ma non propriamente attribuibile a Kelsen, Schmitt rileva che esso è « immanzitutto un problema di diritto costituzionale e che non può ignorare le connessioni istituzionali fra vincolo alla legge e indipendenza del giudice » (31). Ma l'argomentazione principale di Schmitt è che se deve essere posto il problema politico della difesa della costituzione, la tutela giurisdizionale giunge « politicamente » troppo tardi, assumendo il carattere repressivo e vendicativo di un fatto trascorso ed ormai politicamente « innocuo », laddove il vero problema della difesa dalla costituzione ha sempre un carattere « attuale », che richiede un intervento tempestivo. Ovverosia Kelsen contesta a Schmitt la teoria « adattativa » della giurisdizione, che però Schmitt considera come tale nella sua forma estrema e più coerente e che comunque si scontra con una concezione fondamentalmente monista della fenomenologia giuridica.

Oltre questi aspetti tecnico-giuridici Kelsen, individuando l'ispirazione di fondo del pensiero schmittiano, contesta l'originalità della nozione di « Stato totale », ravvisando in questo concetto una riproposizione del settecentesco « Stato di polizia », contro il quale il secolo XIX liberale aveva

(31) Qui lo Schmitt rinvia alle analisi del Radbruch, del Kaufmann, dello Jellinek, del Triepel, dello Junker, dello Schenner (v. *infra*, p. 38 e nt. 19). Per la dottrina italiana possono qui richiamarsi le lucide pagine del LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 81 ss., il quale presenta la dottrina della libera interpretazione fra « le correnti teoriche contro la certezza del diritto » ed osserva: « l'esigenza valida che era alla radice della scuola del diritto libero era già soddisfatta dall'equità intesa aristotelicamente come giustizia concreta del caso singolo, l'esigenza nuova in cui vuol consistere l'apporto della scuola, invece, non è valida » (p. 90). Sul « giusliberismo » tedesco si vedano gli ampi svolgimenti di Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 201 ss., specialmente pp. 362-66 nt. 502 sul rapporto fra Kelsen e il « giusliberismo ».

opposto la più accanita lotta e resistenza. Si tratta — dice Kelsen — di « denominazioni nuove » date a « realtà da tempo conosciute ». Sembra, invece, che proprio nella riscoperta del primato del politico si operi per merito di Schmitt una saldatura fra l'analisi socio-economica e la teoria del diritto, che era stata invece nettamente respinta teorica di Marx (32) e che era stata invece nettamente respinta dai teorici borghesi del diritto, preoccupati di dare carattere di universalità ad un assetto sociale sorto dalle macerie del mondo feudale distrutto e definitivamente scomparso.

La polemica fra Kelsen e Schmitt procede per nette antitesi ed esprime esemplarmente l'opposizione di due opposti universi assiologici. Osserva il Petta, quanto diverse fossero le loro opinioni sul ruolo dei partiti politici che caratterizzavano in modo imprescindibile la vita costituzionale degli Stati contemporanei: « il primo li considera fattori ineliminabili della moderna democrazia, il secondo elementi dissolutori di ogni sistema politico » (33). Si comprende facilmente come Schmitt, per il suo passato, per le sue tesi, sia un autore scomodo e pericoloso, a cui nessuno può negare poter dare la sua adesione, ma a cui nessuno può negare la massima importanza per le sorti della democrazia ai problemi da lui affrontati e che invece sfuggivano alle dottrine del Kelsen, ancora legate a schemi ideologici ottocenteschi (34).

IV. È stato osservato che il normativismo non è inconciliabile con il pluralismo, così come l'istituzionalismo non è necessariamente antitetico al monismo, proprio invece del

(32) Si veda l'interessante Piano di uno scritto sullo Stato, scritto probabilmente a Parigi nel gennaio 1845, e pubblicato nel 1932 dall'Istituto Marx-Engels-Lenin di Mosca, ora tradotto in MARX-ENGELS, *Opere complete*, IV, Roma 1972, in *Appendice I*, p. 658.

(33) PETTA, *op. cit.*, 509.

(34) *Ivi*, 545.

decisionismo schmittiano<sup>(35)</sup>. Non a caso la polemica schmittiana contro il normativismo è collaterale e contestuale alla denuncia delle conseguenze nefaste e distruttive del pluralismo weimariano all'interno della vita pubblica; anzi questo tema costituisce più propriamente il fulcro dello scritto schmittiano, dove nondimeno si ritrovano vari nodi teorici.

La critica al pluralismo si articola in momenti diversi. Schmitt considera il pluralismo dei gruppi economici e sociali come una cattiva conseguenza del venir meno della struttura dualistica bismarckiana (dinastica e democratica)<sup>(36)</sup>. Esso conduce ad un sistema di vincoli contrattuali fra Reich e Länder, tra gli stessi Länder, e fra Stato e società religiose<sup>(37)</sup>, che degrada la vita statale a condizioni medievali<sup>(38)</sup> e vanifica il sistema di legittimità dello Stato legislativo parlamentare<sup>(39)</sup>. La critica però non coinvolge necessariamente il federalismo, e soprattutto non significa

che Schmitt presupponga una società monarchica<sup>(40)</sup>. Di ciò è possibile trovare numerose tracce. Per esempio, in una riunione dei giuristi tedeschi tenuta nel 1924, a cui partecipò per noto che il federalismo non esclude la sua contrapposizione concettuale (Gegenbegriff), ossia l'unitarismo<sup>(41)</sup>, che è l'esigenza continuamente rappresentata da Schmitt. Questa posizione si ritrova nel 1931 nel testo del Custode, sostenendosi che il federalismo può anzi costituire « un mezzo per un giusto decentramento territoriale »<sup>(42)</sup> e persino un rimedio contro il pluralismo politico. Posizione riaffermata nel Concetto del politico, precisando che il termine « unità » riferito allo Stato non significa « che un sistema centralistico debba annullare ogni altra organizzazione »<sup>(43)</sup>. Il federalismo può essere corroso e distorto dal unitarismo, ma non ne è una necessaria manifestazione.

La critica, che verte principalmente sugli aspetti più deliranti della vita economica, trovava un riscontro particolarmente significativo in Johannes Popitz, dal quale Schmitt prese il termine « poliarazia » per indicare gli innumerevoli centri di potere economico che caratterizzavano la repubblica di Weimar. Il Popitz impersonava in modo esemplare l'antica tradizione prussiana con il suo fortissimo senso dello Stato, destinato a generare equivoci nell'iniziale valu-

<sup>(35)</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI DI RUFFIA, Milano, 1977, 25 ss.; e per una configurazione dell'odierno dibattito sul pluralismo (scientifico e politico) quale « principio egemone della democrazia liberale ricostruitasi dopo la degenerazione nazista in Germania » e per il suo caratterizzarsi come « dominio tollerante » in un « processo di ristrutturazione autoritaria della società » R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979, 92 ss., con letteratura tedesca ivi indicata. Per il dibattito politico italiano di questi ultimi anni v. *Il pluralismo*, a cura di G. ROSSINI, Roma, 1977, con articoli di BOBBIO, che mette in guardia dal valore poliseno del termine pluralismo, di INCAVO che parla di « crisi » dei principali filoni del pluralismo (p. 15), e di altri.

<sup>(36)</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Staatsrechtliche Bismarcks und Verfassungsgeschichte* (1929), in *Verfassungsgeschichtliche Aufsätze*, cit., 32.

<sup>(37)</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates* (1930), ivi, 53-54.

<sup>(38)</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *op. cit.*, 55.

<sup>(39)</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Legitimität und Legitimität* (1932), ivi, 337.

<sup>(40)</sup> Cfr. JOSEPH H. KAISER, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, 1956, 313.

<sup>(41)</sup> Gerhard ANSCHÜTZ, *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, in *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Publicationen der docent tedeschi di diritto pubblico (fasc. I), Berlin und Leipzig, 1924, II ss. Il « Referat » di SCHMITT è un commentario dell'art. 48: *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung* (pp. 61-103).

<sup>(42)</sup> V. *infra*, nel testo, 148.

<sup>(43)</sup> Il concetto di « politico » (Testo del 1932), in CARL SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, cit., 122.

tazione del nazismo, ma anche a scoprire tragicamente la diversità esistente tra le rispettive concezioni del potere (44).

La teoria dell'integrazione di Rudolf Smend, che descrive la penetrazione degli interessi organizzati nella struttura statale, offre il modello teorico per comprendere il ruolo costituzionale delle unioni economiche (45). Con la fine della separazione fra Stato ed economia i compiti dello Stato diventano sempre più finalizzati alla soddisfazione di esigenze economiche particolari.

I sindacati diventano più forti e in un contesto pluralistico si caratterizzano come il « prototipo dei gruppi extra ed ambistatali » (46). Ma al tempo stesso essi diventano titolari di funzioni statali (47). Il processo di integrazione del sindacato diventa processo di disintegrazione dello Stato. Questo, gravato dal perseguimento di obiettivi economici particolari, diventa più debole dal momento che non può avere un suo particolare interesse e deve scendere a patti con le forze sociali organizzate.

È il trionfo dello spirito borghese. La prevalenza degli interessi della società su quella dello Stato significa la costanzionizzazione dell'individualismo liberale, mentre la negazione di una dimensione autonoma del politico conduce ad una contraddittorietà della prassi politica borghese rilevata da osservatori acuti come Lorenz von Stein, Karl

(44) Sui rapporti fra Schmitt e Popitz si veda BENTIN, *Johannes Popitz und Carl Schmitt. Zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, München, 1972. In G. RITTER, *I cospiratori del 20 luglio 1944. Carl Goerdeler e l'opposizione antinazista*, trad. it., Torino, 1960, è descritto anche il ruolo di Popitz all'interno della Resistenza tedesca al nazismo. È suo un progetto costituzionale di ispirazione fortemente autocratica (pp. 349-351). In materia costituzionale la posizione schmittiana è distinta da quella di Popitz per una diversa apertura alla democrazia e al decentramento.

(45) Cfr. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 107-108; KAISER, *op. cit.*, 339.

(46) KAISER, *op. cit.*, 316.

(47) KAISER, *op. cit.*, 21 ss., spec. 25-26.

Marx, Fr. Julius Stahl, Donoso Cortés (48). Lo schema della rappresentanza volò a ricostruire l'unità statale e in realtà uno schema astratto, il cui effetto disintegrante si manifesta in « un movimento, che è indirizzato alla formazione di strutture dualistiche e pluralistiche » (49). Per Schmitt il pluralismo configurantesi in questo modo è il nemico dell'unità statale (50), che non ha un significato romantico e irrazionalistico, ma una funzione imprescindibile di certezza e consapevolezza dei valori politici essenziali. Si ha così una recezione di alcuni temi della filosofia hegeliana, se si pensa alle note concezioni secondo cui lo Stato è « volontà sostanziale » e « dovere supremo dell'individuo » l'esserne una componente (51).

Lo Stato borghese di diritto si esprime in un principio di divisione che vede da una parte una serie illimitata di libertà civili e dall'altra uno Stato che deve mantenersi in una sfera ben delimitata di competenze e mai attentare alla sicurezza e alla proprietà del cittadino (52). Per tale via il

(48) Cfr. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 156-157.

(49) KAISER, *Die dialektik der Repräsentation. Ein Entwurf*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, 78. Più precisamente Kaiser parla di una struttura dialettica, dove la rappresentanza è 'antitesi' in quanto « opposizione al potere diretto del Demos » (p. 72) e 'sintesi' in quanto espressione della « vera volontà » del popolo (p. 72). In ultima analisi, la struttura dialettica della rappresentanza produce una alternanza di processi di integrazione e di disintegrazione: « Rappresentanza significa logicamente e storicamente tanto integrazione quanto disintegrazione. In ciò si svela il nocciolo della sua struttura dialettica. Disintegrazione non significa distruzione, ma il dissolvimento di un ordinamento universalistico o totalitario a vantaggio di più grandi libertà; Rinascimento e Riforma sono esempi di ciò » (p. 78).

(50) Il termine « nemico » è stato felicemente usato da Mario ERNAUDI, *Recezione a Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung*, in *La Riforma Sociale*, 1931, 642.

(51) Sul rapporto Hegel-Schmitt cfr. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 146-148, e F. MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Milano, 1974, 135-137.

(52) *Verfassungstheorie*, 126-127.

pluralismo finisce per identificarsi con il regime delle libertà fondamentali. Esso coincide con un processo di disintegrazione crescente, dove l'unica unità indistruttibile è costituita dalla persona singola. Ma se questa è indistruttibile ed è anzi posta alla base dell'ideologia giuridica pluralista, è pure continuamente minacciata dalla forza dei poteri interni ed è in continua ricerca di un difensore (53).

Lo Stato è il termine necessario per una definizione pregnante del pluralismo. Nel Concetto del politico Schmitt è al riguardo assai esplicito: « una teoria pluralistica è o la teoria dello Stato propria di uno Stato giunto ad unità attraverso un federalismo di gruppi sociali minori oppure solo una teoria del superamento e della fine dello Stato » (54). Lo Stato non può essere schmittianamente definito altrimenti che in termini di unità decisiva: status nel senso di situazione per antonomasia, popolo e sintesi decisiva. Laski è il principale teorico del pluralismo inteso come superamento e fine dello Stato. Egli confonde lo Stato in una miriade indistinta di organizzazioni (55). Schmitt oppone alle teorie di Laski e di Cole la totale mancanza in esse di un concetto del politico. Allo Stato compete anche la determinazione del nemico interno. Suo compito è assicurare la pace interna, garantire una situazione normale, in cui le norme giuridiche possano aver vigore. In tal modo si profila la eventualità di un rapporto conflittuale fra lo Stato in quanto unità decisiva ed un pluralismo politico volto al « supera-

(53) Cf. KAISER, *Die Repräsentation*, cit., 319. L'autore osserva che nella teoria di Laski « non è visto » il problema del rapporto fra la persona singola e lo strapotere dei gruppi organizzati.

(54) C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 126.

(55) Con notevole efficacia così FREUND, *L'essence du politique*, cit., 210, descrive l'anarchia dei raggruppamenti pluralistici: « Il n'existe pas de hiérarchie entre ces divers groupements, de sorte que la fidélité et l'obéissance envers l'Etat n'est qu'un devoir parmi d'autres, sans aucune primauté spéciale, car par sa nature le groupement politique appelé Etat n'est pas essentiellement différent d'une association non politique ».

mento dello Stato come unità politica organizzata ». Il problema del custode della costituzione acquisita quindi il carattere di un estremo tentativo per rendere lo Stato unito all'interno e all'esterno impenetrabile ai nemici: venendo meno questa condizione, cessa anche l'esistenza politica di un popolo.

È nel ruolo dei partiti politici che si ha la principale manifestazione del pluralismo politico. Essi sono ad un tempo causa ed effetto di divisione. Arnata Popitz: « Nei partiti, che formano il parlamento, si rispecchia quel pluralismo, che caratterizza la forza dei gruppi sociali sopra la formazione della volontà statale » (56). È un intreccio diabolico che consente di servirsi del potere politico per conquistare posizioni nelle innumerevoli istituzioni del potere economico e consente altresì di utilizzare il potere economico degli enti pubblici per consolidare le posizioni del partito. Lo Stato si caratterizza quindi come « labile Stato delle coalizioni di partiti », ossia come uno Stato dalle maggiori garanzze imprevedibili, incapace di governare, irresponsabile. Di fronte ad un metodo siffatto di formazione della volontà statale si affaccia l'esigenza di una politica neutrale che sia indipendente dalle forze di un simile Stato dei partiti (57).

V. *Nell'Italia di questo dopoguerra* (58) Schmitt non trova ovviamente solo consensi, ma dimentica anche un intenso

(56) Johannes POPITZ, *Wer ist der Hüter der Verfassung?*, in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., 102. Schmitt si lamenta che uno studioso come Maw Weber non abbia visto questi intrecci fra economia e politica e si attenga nella sua definizione del partito come associazione « fondata sulla libera propaganda » (*Werbung*) ad una concezione ottocentesca (v. *infra*, nel testo, p. 131-132).

(57) SCHMITT, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität*, cit., 45. (58) Per l'accoglienza avuta da Schmitt durante il periodo fascista si vedano MERCADANTE, *op. cit.*, 70-71 e *passim*; G. MALGERI, *La reazione di Carl Schmitt in Italia*, in *Miroyir*, cit., 181 ss.; e per una trattazione generale Carlo GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana* (1924-

III.

IL PRESIDENTE DEL REICH  
COME CUSTODE DELLA COSTITUZIONE

### I. La teoria pubblicistica del potere neutrale (*puouvoir neutre*).

Le differenze e le divergenze di opinioni fra i titolari dei poteri di influenza o di decisione politica, se proprio non debbono essere punite delle aperte violazioni della costituzione, nella generalità dei casi non si possono decidere giurisdizionalmente. Esse o vengono rimosse dall'alto da un più forte potere politico che sta al di sopra delle opinioni divergenti, <sup>ossia</sup> da un terzo di grado più alto — ma questo non sarebbe allora il custode della costituzione, sibbene il signore sovrano dello Stato; oppure vengono accomodate o risolte per mezzo di un ufficio non sovra, ma coordinato, ossia da un terzo neutrale — è questo il senso di un potere neutrale, di un *puouvoir neutre et intermédiaire*, che sta non sopra, ma accanto agli altri poteri costituzionali, sebbene sia fornito di proprie funzioni e possibilità di azione. Deve esserci non un effetto secondario puramente accessorio di altre attività statali, ma deve essere organizzata una speciale istituzione ed istanza, il cui compito sia di assicurare il funzionamento costituzionale dei diversi poteri e di difendere la costituzione, cosicché appare coerente in uno Stato di diritto che tiene distinti i poteri non incaricare incidentalmente di ciò nessuno dei poteri esistenti, giacché un tale potere altrimenti assumerebbe una preponderanza rispetto agli altri e potrebbe esso stesso sottrarsi al controllo, diventando in tal modo il padrone della costituzione. È perciò necessario porre uno speciale potere neutrale accanto agli altri poteri e legarlo e bilanciarlo con essi tramite funzioni specifiche.

Nella storia costituzionale del XIX sec. si manifesta una speciale dottrina del *puouvoir neutre, intermédiaire e régula-*

teur con Benjamin Constant (1), nella lotta della borghesia francese per una costituzione liberale contro bonapartismo e restaurazione monarchica. Questa dottrina appartiene essenzialmente alla teoria costituzionale dello Stato borghese di diritto ed ha influito non soltanto sulle due costituzioni, in cui venne adottata alquanto letteralmente (2). Anzi ad essa

(1) Dapprima nelle *Reflexions sur les constitutions et les garanties*, pubblicate nella *Collection complete des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, p. 14 s., poi nel *Cours de politique constitutionnelle*, edizione del 1818, I, p. 13 s., edizione di Laboulaye, I, p. 18 s.; *Oeuvres politiques*, edizione di Charles Louandre, Paris, 1874, p. 18. Una trattazione monografica di questa importante questione manca finora. Questo si spiega per la Francia con il destino politico della monarchia francese e del Capo dello Stato, per la situazione sviluppatasi finora in Germania si spiega invece con la mancanza di una dottrina della costituzione. Constant stesso rinvia, senza ulteriore indicazione di tempo e luogo, alle idee di costituzione di Clermont-Tonnerre (p. 14, nota), ma si contenta di dire che si trovano là « i germi » della sua teoria (*on en trouve les germes*, ecc.). Questo era anche il solo fondamento per il rinvio a Clermont-Tonnerre nella *Allg. Staatslehre*, p. 590, di Georg Jellinek. E del resto, la connessione storica della teoria del *puouvoir neutre* con le costruzioni della costituzione di Clermont-Tonnerre non è stata ancora più dettagliatamente esaminata. Veramente la teoria di Constant corrisponde alla teoria moderatamente liberale di una monarchia che si basa sulla divisione dei poteri, quale si trova in Mounier e in Clermont-Tonnerre; inoltre Clermont-Tonnerre caratterizza la posizione del re come *puouvoir régulateur* (*Oeuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre*, t. IV, Paris, an III, p. 316), ma non ho potuto finora constatare nei dettagli, in che modo Constant è influenzato da Clermont-Tonnerre e se questo ha già usato l'importante e caratteristica formula del « *puouvoir neutre* ». Per quanto riguarda i rapporti biografici, non si trova né nel libro di RUDRER, *La jeunesse de Benjamin Constant* (1767-94), Paris, 1909, né dello stesso RUDRER nella dettagliata *Bibliographie critique des oeuvres de Benjamin Constant*, Paris, 1909, un rinvio a Clermont-Tonnerre. Neppure le due biografie di Léon e DUMONT-WILDEN, apparse nel 1930, contengono a questo riguardo ulteriori comunicazioni.

(2) Costituzione brasiliana del 25 marzo 1824, art. 98: « *Le pouvoir modérateur est la clef de toute l'organisation politique, il est délégué exclusivement à l'empereur comme chef suprême de la nation e de son*

si richiama il repertorio di prerogative e poteri del Capo dello Stato (monarca o presidente dello Stato), tipico in tutte le costituzioni del XIX sec., che sono globalmente intesi come strumenti e possibilità operative di un siffatto *puouvoir neutre*: inviolabilità o posizione per lo meno privilegiata del Capo dello Stato, redazione e promulgazione delle leggi, diritto di grazia, nomina dei ministri e degli impiegati, scioglimento della camera elettiva. In quasi tutte le costituzioni degli Stati più grandi, nella misura in cui corrispondono al tipo dello Stato borghese di diritto, nelle monarchie come nelle repubbliche, si può riconoscere in un modo o nell'altro questa costruzione, indipendentemente dal fatto se la situazione politica renda o meno possibile la loro applicazione. Questa dottrina della costituzione e dello Stato è della più grande importanza. Essa si basa su una intuizione politica, che riconosce chiaramente ed esprime in una formula precisa la posizione del re o del presidente dello Stato nello Stato costituzionale. Essa appartiene interamente alla dottrina classica dello Stato bor-

*premier représentant, pourvu qu'il veille incessamment sur la conservation de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres pouvoirs politiques* ». Eguualmente la costituzione portoghese del 29 aprile 1826, art. 71: « *Le pouvoir modérateur est la clef de toute l'organisation politique et appartient exclusivement au Roi* », etc. Anche in Italia e in Spagna l'influenza della teoria di Constant era molto grande, come potè constatare in conversazioni con colleghi italiani e spagnoli; manca però anche qui una ricerca monografica. Nel progetto di una nuova costituzione spagnola, che il governo del tempo rese pubblico nel luglio 1929, è ideato un *Consejo del Reino* come: « *instrumento del Poder ambónico, garantía de la independencia judicial, moderador de la Cámara legislativa; 'salva guarda de la constitución', frente al Gobierno o a las Cortes; posible órgano de soberanía en circunstancias calamitantes; clave y ornamento de todo el organismo político, al cual presta estabilidad y decoro* ». Questo è un tentativo interessante di collegare il re (il cui compito essenziale è definito nell'art. 43 come *funcion modérateur*) con l'autorità politicamente neutrale di un consiglio di Stato e della corona. Nelle più antiche costituzioni spagnole (1812, 1837, 1845, 1869, 1876) non sono ancora usate le locuzioni che qui interessano.

ghese di diritto e ad essa si riferisce pure ciò che Lorenz von Stein ha detto su questo periodo (1789-1848) decisivo non soltanto per la Francia, ma anche per tutta la storia costituzionale europea continentale: « In nessun altro luogo il mondo conosce una più profonda ed inesauribile sorgente delle più grandi verità sulla costituzione e sulla società » (3). L'autore merita pienamente per queste teorie la lode che Georg Jellinek gli ha concesso, quando elogia il suo « sguardo libero da pregiudizi dottrinari » e gli attribuisce l'innegabile merito « di aver per primo indicato allo sviluppo continentale la strada per la giusta posizione costituzionale dei ministri » (4). Barthélemy si meraviglia per la chiarezza del suo modo di pensare (*l'admirable lucidité du raisonnement*) e dice giustamente che Constant fu il vero precursore del parlamentarismo liberale, educando al parlamentarismo la borghesia francese (5). È un segno di notevole considerazione che il suo nome dopo una lunga dimenticanza adesso in Germania venga di nuovo menzionato ed entri più volte in evidenza in un documento così importante della scienza tedesca del diritto pubblico come la relazione di H. Triepel al V congresso dei docenti di diritto

(3) *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Bd. I, *Der Begriff der Gesellschaft*, edizione a cura di G. SALOMON, München, 1921, I, p. 502; Stein menziona espressamente la teoria di Constant del potere neutrale, *op. cit.*, II, p. 51, e dice che questo potere neutrale è apparso in Francia con la monarchia di luglio, che per lui rappresenta principalmente la forma classica del vero costituzionalismo.

(4) *Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie*, nella *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht* di GRÜNNUT, X (1883), p. 340, 342. Cfr. anche *Allgemeine Staatslehre*, p. 590. La sentenza che G. Jellinek in questa occasione pronunzia su Sieyès, io la ritengo ingiusta e non riconosce alcun merito allo straordinario creatore della costituzione.

(5) *L'introduction du régime parlementaire en France*, Paris, 1904, p. 184 s. Esattamente anche HENRY MICHEL, *L'idée de l'Etat*, Paris, 1896, p. 304: « On n'a jamais mieux défini, avec plus de délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel ».

pubblico (6). Per la storia dei concetti di teoria dello Stato mi sembra particolarmente interessante che la bipartizione di *autoritas* e *potestas*, che io ritengo una distinzione fondamentale del pensiero europeo sullo Stato, sia riconosciuta anche in questa dottrina di Constant (7).

Il valore pratico della teoria della posizione neutrale, mediatrice, regolatrice e di tutela del capo dello Stato consiste in primo luogo nel fatto che si può adesso rispondere alla questione su che cosa in uno Stato borghese di diritto, sia esso una monarchia costituzionale o una democrazia costituzionale, significhi ancora il capo dello Stato e qual è il senso dei suoi poteri, se la legislazione si trova tutta confinata nelle camere, i ministri nominati dal capo dello Stato dipendono totalmente dalla fiducia dei corpi legislativi, lo stesso capo dello Stato è in tutto vincolato alla controfirma dei ministri e si può quindi dire di lui: *il règne et ne gouverne pas* (8). In Germania la distinzione fra *règner* e *gouverner* non era compresa né teoricamente, poiché la distinzione fra *autoritas* e *potestas* era da tempo dimenticata, né praticamente, poiché il monarca della monarchia costituzionale di stile tedesco in effetti regnava e « governava ». Secondo la nota distinzione di F. J. Stahl proprio su ciò si basava la contrapposizione fra monarchia costituzionale (che governa, cioè, effettivamente) e parlamentare, un'antitesi che unisce abilmente un adattamento alle richieste ed alle espressioni dell'epoca con la loro neutralizzazione e deve essere intesa soltanto come una di-

(6) Fascicolo 5 delle *Veröffentlichungen*, cit., p. 10 e 19: « Si vede, Benjamin Constant ha giustamente ricordato: non importa tanto pure il ministro quanto renderlo innocuo ».

(7) Cfr. *infra*, nota 13, p. 209.

(8) La frase di Thiers dell'anno 1829 suona: « *Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent* » (dove *jugent* non è naturalmente inteso come « giurisdizione »). Sull'origine di questa famosa formula G. JELLINEK, nella *Zeitschrift* di GRÜNNUT, 1883, cit., p. 343; ESMERIN-NEZARD, *Éléments du droit constitutionnel*, VII ed., I, p. 231.

stinzione a scopo politico <sup>(9)</sup>. Contro la costruzione dei liberali francesi fin dall'inizio nella dottrina tedesca dello Stato del XIX sec. fu opposto che il re doveva agire ed operare effettivamente, altrimenti sarebbe stato una mera ombra <sup>(10)</sup>. Marx von Seydel ha trovato un'argomentazione convincente: il monarca in ogni caso dovrebbe effettivamente governare ed avere effettivamente il potere, giacché del *régnier* non rimarrebbe più niente se si toglie il *gouverner* <sup>(11)</sup>. Si citava spesso un motto assai grossolano di Napoleone <sup>(12)</sup> e si aveva ragione, poiché la monarchia costituzionale tedesca era in effetti fino al 1918 il potere più alto e più forte che giustificava la distinzione di Stato e società, e un terzo potere « nient'altro che neutrale ». Ma con ciò non è risolto né il problema di teoria generale dello Stato presente nella distinzione fra *autoritas* e *potestas* né il problema della neutralità politica dello Stato né il problema di teoria costituzionale del Capo dello Stato nello Stato costituzionale parlamentare né infine il problema

<sup>(9)</sup> *Rechts- und Staatsphilosophie*, II ed., § 97, s.; a chiarimento dell'opposizione di costituzionale e parlamentare C. SCHMIDT, *Verfassungstheorie*, p. 289. Le insolubili difficoltà si mostrano nel saggio di Binding sulla responsabilità dei ministri (*supra*, p. 50, nota 35), che senza la teoria della posizione neutrale del Capo dello Stato è incomprendibile e irrealizzabile.

<sup>(10)</sup> Così per esempio già C. v. ROTTECK, *Lehrbuch des Verfassungsrechts und der Staatswissenschaften*, II ed., vol. II, Stuttgart, 1840, p. 219: « senza vera sfera di potere, senza agire e portare a compimento, il re sarebbe una « mera ombra ».

<sup>(11)</sup> Max von SEYDEL, *Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung* (1887), nei *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg und Leipzig, 1893, p. 140; inoltre, per esempio SAMUELY, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit*, Berlin, 1869, p. 15; FRISCH, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, Berlin, 1894, p. 186; giustamente contrario I. C. DOMATOWSKY, *Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constant's*, in *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, Bd. 63 (1907), p. 608.

<sup>(12)</sup> Un simile uomo sarebbe soltanto un « *cochon engrassé* », citato per esempio in BRUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, I, p. 483; Georg JELLINEK, *op. cit.*, p. 341.

particolare della posizione del presidente del Reich nella vigente costituzione di Weimar. Alla domanda di Seydel, che cosa rimarrebbe se si togliesse il *gouverner* dal *régnier*, si può rispondere che il Capo dello Stato, oltre le competenze a lui attribuite, rappresenta la *continuità* e la *permanenza* dell'unità statale e del suo funzionamento unitario, e che per ragioni di continuità, di considerazione morale e di fiducia generale deve avere un genere speciale di autorità, che appartiene alla vita di ogni Stato quanto il potere e la potestà di comando quotidianamente attiva <sup>(13)</sup>. Per la teoria del potere

<sup>(13)</sup> Sulla contrapposizione fra *potestas* e *autoritas*: *Verfassungstheorie*, p. 75 nota; sulla configurazione difficile, ma corrispondente alla realtà politica e sociale, della posizione del Capo dello Stato nello Stato parlamentare che distingue i poteri: Lorenz von STEIN, *Begriff der Gesetzgebung*, cit., vol. I, p. 498; inoltre (sulla teoria di Constant) II, p. 51. È in questo contesto degno di nota che B. Constant nelle sue dissertazioni sul *puouvoir neutre* menzioni come esempio anche l'*ancoritas* del Senato romano (*Oeuvres*, I, p. 17 s.). Su questo senato come custode della costituzione, cfr. *supra*, p. 20. Che si parli di *puouvoir neutre* e di potere neutrale, si spiega con il fatto che la distinzione fra *ancoritas* e *potestas* è svanita dalla coscienza teoretica dello Stato e il *puouvoir* è diventato un concetto privo di colore. Constant stesso dice nel brano decisivo *autorité* e non *puouvoir*: « *Le Roi est au milieu de ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) 'autorité' neutre et intermédiaire* » (*Cours de politique constitutionnelle*, I, p. 15). Del resto, anche presso di lui la terminologia non è conseguente, cosa che non deve meravigliare, poiché la distinzione già nel XVIII sec. era ancora appena nota. Nella frase di Hobbes da me ripetutamente citata: *autoritas, non veritas facit legem* (*Leviathan*, edizione latina, cap. 26) si può ancora distinguere l'*autoritas* dalla *potestas*; ma Hobbes stesso riconduce infine questa *autoritas* alla *summa potestas*. Che Montesquieu in una massima assai discussa possa dichiarare la *puissance de juger* come « *en quelque façon nulle* » (*Esprit des lois*, XI, 6), sta egualmente in una connessione oggettiva con questa distinzione, giacché il giudice ha più *autoritas* che *potestas*; cosa che Montesquieu non ha più presente. Assai a lungo la tradizione presenta un senato con il concetto specifico di *autoritas*, dimodoché la contrapposizione che qui interessa si converte spesso nella contrapposizione fra *deliberare* e *agere*. Con la rappresentazione del senato si collegano diverse forme di autorità: dall'an-

neutrale ciò è di particolare interesse, giacché la vera funzione del terzo neutrale non consiste nell'attività continuativa di comando e di regolamentazione, ma è invece mediatrice, tutelatrice e regolatrice, e soltanto in caso di necessità attiva: giacché essa non deve concorrere con gli altri poteri nel senso di un'espansione del suo proprio potere e deve essere nella sua normale applicazione discreta e non assillante. Tuttavia essa esiste e almeno nel sistema di uno Stato di diritto che tenga distinti i poteri è ineliminabile. Qui essa è, come Constant già sapeva, anche se questa parte della sua teoria resta trascurata, un *pouvoir préservateur*, un « potere preservatore ». Certamente ad una simile posizione autoritaria spetta tanta discrezione quanta al suo riconoscimento ed alla sua formulazione è legata l'intuizione di Benjamin Constant, che con questa teoria ha egregiamente caratterizzato la posizione del Capo dello Stato ed ha mantenuto in vita un'antica saggezza, radicata nella tradizione della struttura statale romana. I più importanti Capi di Stato del XIX e XX sec. hanno compreso ciò, ponendosi dietro i loro ministri, senza con ciò perdere in autorità. Una legge costituzionale non può certamente prescrivere ed ottenere le qualità personali richieste per assolvere pienamente al ruolo di *pouvoir neutre*, come pure altrettanto poco può prescrivere che il cancelliere del Reich

ziano, dell'esperienza e della saggezza, dell'esperto che consiglia soltanto. BODINUS, *Six livres de la République*, III, cap. 7 (p. 365 s. della II ed. del 1580) conosce bene la differenza: « *et quoy qu'on dit de la puissance du Senat Romain, ce n'estoit que 'dignité', 'autorité', 'conseil' et 'pas-puissance'* ». Per lui la contrapposizione si muta in quella fra *conseil* e *commandement*. Proprio a partire dalla Rivoluzione francese io trovo esempi del fatto che ogni percezione della distinzione oggettiva è andata perduta; assai caratteristica è un'affermazione di GAUVRIER (1792) nel *Dictionnaire de la Constitution* alla voce *Autorité*: « *Ce mot signifie pouvoir, puissance, empire* ». Con ciò iniziano anche le comode alternative, in cui si rivela la mancanza di tradizione della moderna dottrina dello Stato: autorità e libertà, autorità e democrazia, ecc., finché in ultimo nella mischia degli *slogans* politici persino dittatura e autorità o autocrazia e autorità non sono più distinte.

sia un grande dirigente politico e stabilisca egli stesso le linee fondamentali della politica. Ma con ciò non è negata né l'importanza pratica né quella teorica di un concetto simile.

Secondo il diritto positivo della costituzione di Weimar la funzione di presidente del Reich eletto da tutto il popolo può essere costruita soltanto con l'aiuto di una dottrina ulteriormente elaborata del potere neutrale, mediatore, regolatore e preservatore. Il presidente del Reich è fornito di poteri, che lo rendono indipendente dagli uffici legislativi, anche se al tempo stesso è vincolato alla controfirma di ministri dipendenti dalla fiducia del parlamento. I poteri costituzionali a lui attribuiti (nomina degli impiegati secondo l'art. 46, diritto di grazia secondo l'art. 49, promulgazione delle leggi secondo l'art. 70) corrispondono tipicamente alla serie dei poteri del Capo dello Stato che B. Constant ha già formulato (14). Il peculiare ed assai discusso bilanciamento dell'elemento costituzionale plebiscitario con quello parlamentare, il collegamento di una indipendenza dal Reichstag in base a poteri autonomi con una dipendenza in base alla richiesta generale della controfirma ministeriale (art. 50 RV), l'esecuzione del Reich, cioè la difesa della costituzione del Reich di fronte ai Länder ed infine la difesa della costituzione (a differenza di una singola legge costituzionale) secondo l'art. 48 RV, tutto ciò sarebbe una mescolanza contraddittoria ed insensata, se non diventasse comprensibile con questa dottrina. Di ciò gli autori della costituzione di Weimar, per quanto intraprendessero la loro opera con coscienza sistematica, non erano consapevoli. Alla commissione costituzionale (Verb. P. 277) Ugo Preuss disse che formare un contrappeso al Reichstag era « soltanto una delle funzioni del presidente del Reich »: « Appresso c'è la più importante: formare un qualche centro, un polo tranquillante nella costituzione ». Preuss acclude a questa frase l'ulteriore seguente osservazione che presagisce il frazionamento e la dissoluzione di un sistema pluralistico

(14) *Oeuvres politiques*, cit., p. 18.

e la necessità di un rimedio effettivo: « Quanto più colleghi si avranno che cooperano, quanto più votazioni in massa con referendum, consiglio del Reich, consigli dei lavoratori, ecc., tanto più grande sarà il bisogno di avere accanto all'altro un punto fermo, nel quale almeno idealmente si raccolgano le fila ». In base a ciò F. Neumann dichiara (*Verh.* p. 277-78) che desidera « esprimersi in senso conforme sulla questione del presidente ». Egli prevede ancora più chiaramente di Preuss lo Stato pluralistico delle coalizioni partitiche e dice testualmente: « il sistema proporzionale vigente nella elezione al Reichstag e la molteplicità di partiti che ne risulta fanno sì che il cancelliere del Reich sia un ministro di coalizione. Proprio per questo motivo si fa sentire particolarmente forte il bisogno di una personalità che abbia di fronte agli occhi il tutto ». In questo contesto si trova tanto la caratterizzazione del presidente del Reich come « potere mediatore », *puissance intermédiaire*, quanto l'accanto alla possibilità nel frattempo diventata pratica, di un Reichstag incapace di esprimere una maggioranza: « la ragione per cui credo che abbiamo bisogno di un presidente si trova soprattutto nel fatto che in Germania per la molteplicità delle competenze senza il presidente non possiamo giungere alla completa unità. Noi dobbiamo anche avere qualcuno che adempia ai doveri di rappresentanza, che mantenga relazioni con tutte le parti del Paese, con tutti i partiti e (1) con gli Stati esteri e che rappresenti un potere mediatore fra il parlamento ed il governo. Esiste la possibilità che non si possa trovare nel Reichstag una maggioranza e che di conseguenza un governo non possa senz'altro essere formato. In tal caso il presidente deve essere energico... Tutta la questione del presidente non è una questione di partito, ma una questione di tecnica politica e di armonia ».

Ciò è stato confermato in ampia misura anche nella realtà pratica della vita statale. Una gran parte dell'attività sia del presidente del Reich Ebert che definì se stesso in un momento politicamente assai importante custode della costitu-

zione sia dell'attuale presidente del Reich Hindenburg si lascia caratterizzare come composizione neutrale e mediatrice di conflitti, e si dovrà riconoscere che questi due presidenti del Reich, ognuno a suo modo, hanno adempiuto ai loro difficili compiti meglio di un qualsiasi Capo di Stato che non fosse in grado di comprendere cosa rimaneva del *régner* se si toglieva il *gouverner*. Io posso ancora aggiungere alle argomentazioni della mia *Verfassungslahre* (p. 351-53) che sotto questo profilo si doveva anche giustificare il fatto che l'allora presidente del tribunale del Reich Simons nel suo conflitto con il governo del Reich nel dicembre 1928 si rivolgesse al presidente del Reich. Il presidente del Reich non era certamente competente a ricevere e decidere « ricorsi » formali del presidente della corte costituzionale contro il governo del Reich, se si volesse qui giudicare con il punto di vista di un giudice tavolare, non avrebbe potuto dare altra risposta che non è assolutamente ammesso né un ricorso né la sua chiamata in causa. Si sente dire occasionalmente che il presidente del Reich ha rinviato il ricorrente « alla via gerarchica ordinaria » attraverso il ministro della giustizia del Reich o il ministro degli interni del Reich e ha dovuto fare attenzione all'incostituzionalità della sua condotta. Persino nei giornali, che peraltro dimostravano una grande comprensione per la personalità e le preoccupazioni del presidente della Corte suprema del Reich Simons, si trova l'osservazione che « il ricorso al presidente del Reich da parte del presidente della Corte suprema del Reich non corrisponde affatto alla costituzione » (19).

(19) A. FEHLER, *Frankfurter Zeitung*, 10 gennaio 1929, n. 24. D'altronde è esatto, quando GRIESE, *DJZ* 34, 1929, Sp. 134, dice che al presidente della corte costituzionale « cioè di un organo supremo del Reich non si potrà contestare il diritto di rilasciare laggiunge informali su effettive o presunte violazioni della costituzione »; ma perché proprio al presidente del Reich, se questo non deve essere « custode della costituzione »? Il precedente presidente del tribunale del Reich SIMONS, nell'introduzione al II volume della raccolta « *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* » (p. 9 e 11), pubblicata da lui

Se ciononostante il presidente del Reich nella sua risposta, accanto alla dichiarazione che egli « per ragioni di diritto costituzionale non si ritiene competente ad una decisione formale dei ricorsi », prende tuttavia posizione nel merito e dà ragione al governo del Reich, ma contemporaneamente risponde in modo personalmente cortese, questo corrisponde ad una giusta concezione della posizione neutrale, mediatrice, regolatrice e tutelatrice del Capo dello Stato e si può capire e giustificare al di fuori di questa dottrina (19). Con ciò cade anche la critica,

e da H. LAMMERS, ha egli stesso preso posizione sulla questione. Le sue argomentazioni culminano nella frase seguente, assai giusta: « la posizione del presidente del Reich non è nella costituzione così rigida e pronunciata da essergli vietata con una norma giuridica l'attività di mediatore; al contrario, ex art. 42 e 48 RV, secondo cui il presidente del Reich è il più alto custode del diritto e della costituzione, essa avrebbe corrisposto interamente allo scopo ed al senso di questa posizione organica ». Con ciò e con i chiarimenti contenuti nel testo possono essere risolte anche le obiezioni di F. GRUM, *Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem « Konflikt » zwischen dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und der Reichsregierung*, in *Zeitschr. für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I (1929), p. 466. Per il resto GRUM indica pure in un suo saggio: *Parlamentskrise und Verfassungsstücke*, DJZ del 16 novembre 1930, p. 1417-18, il presidente del Reich come « custode della costituzione » e trae da ciò conseguenze pratiche così vaste che in confronto ad esse ogni attività mediatrice del presidente del Reich nel dicembre 1928 doveva sembrare di un'ovvietà addirittura anodina.

(19) H. PONI, *Hdb. d. deutsch. Staatsrechts*, I, p. 502. Come esempio del periodo di carica di Ebert cfr. la lettera al governo bavarese del 27 luglio 1922 (confitto fra Reich e Baviera nell'estate 1922); qui il presidente del Reich dice di se stesso: « dal mio compito di custode della costituzione e del concetto di Reich mi deriva perciò il dovere di agire, conformemente all'art. 48 della costituzione del Reich, per la eliminazione dell'ordinanza bavarese » (questo scritto come pure la risposta del presidente del consiglio dei ministri bavarese sono pubblicati in R. JOECKLE, *Bayern und die grosse politische Krise in Deutschland im Sommer 1922, Politische Zeitfragen*, Heft 7-11, p. 237. München, 1922). Anche qui è caratteristico della logica da vicolo cieco del formalismo dire che il presidente del Reich o ha dovuto dare torto alla

che è stata fatta, secondo cui il presidente del Reich con lettere personali, non controfirmate dal cancelliere del Reich, ed altre manifestazioni ha avuto influenza sull'andamento dei dibattimenti. In uno Stato dall'organizzazione complessa come il Reich tedesco e nell'attuale concreta situazione costituzionale — il Reich tedesco non è soltanto una formazione federale — la funzione mediatrice e regolatrice del *puvoir neutre* assume una importanza centrale, che non può essere giustificata né con un formalismo subalterno né con argomenti dell'epoca monarchica precedente alla guerra (17).

2. *Particolare importanza del « potere neutrale » nello Stato pluralistico dei partiti, spiegata con l'esempio della conciliazione statale delle controversie del lavoro.*

La funzione, che il presidente del Reich secondo l'attuale diritto positivo della costituzione di Weimar assume nel sistema complessivo dell'organizzazione del Reich tedesco, deve quindi essere spiegata con l'aiuto della dottrina del « potere neutrale, mediatore, regolatore e tutelatore ». Inoltre la formula del « potere neutrale », che è stata ideata soprattutto per il Capo dello Stato ed assume perciò il suo speciale signi-

Baviera ed allora doveva fare uso dei suoi poteri costituzionali secondo l'art. 48, o invece, se riteneva ammissibile il procedimento bavarese, doveva tralasciare un simile scritto.

(17) L'art. 50 RV (controfirma del Cancelliere del Reich o del ministro competente) a seconda della natura dell'oggetto non è per lo più applicato nell'esercizio del *puvoir intermédiaire*, poiché qui si tratta non di « ordinanze e disposizioni » del presidente del Reich, ma di una influenza personale, di impulsi e di mediazione; cfr. F. FREYER, *MARKSALL VON BIBBERSTEIN, Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. I, p. 531. Sarebbe illogico trarre dall'art. 50 la conclusione che il presidente del Reich in quanto tale possa da sé rilasciare soltanto dichiarazioni che sono « ordinanze e disposizioni ». Cfr. H. PONI, *op. cit.*, p. 484 e (confusamente) R. THOMA, *op. cit.*, 508.