

## **Schmitt contro Schmitt. Il neocostituzionalismo come eredità rovesciata**

*di Mario Pisano*

*avvocato del Foro di Napoli*

Il pensiero di Carl Schmitt è stato per lungo tempo letto attraverso il prisma quasi esclusivo del decisionismo: il diritto ridotto a manifestazione della volontà sovrana, l'eccezione come momento rivelatore dell'ordine. Se questa chiave interpretativa coglie un aspetto autentico della riflessione schmittiana, essa ne trascura però una dimensione teoricamente più feconda. Il presente contributo si propone di rileggere *Legalità e legittimità* (1932) come opera dotata di autonomia argomentativa, nella quale Schmitt sviluppa una serrata critica al formalismo legalista che prefigura, quanto meno sul piano diagnostico, questioni poi divenute centrali nel neocostituzionalismo.

Il saggio del 1932 porta alla luce un paradosso strutturale: un regime di legalità integralmente proceduralizzato (cieco rispetto ai contenuti, indifferente ai fini) genera le premesse della propria dissoluzione, offrendo a qualunque forza politica i mezzi giuridici per demolire dall'interno l'assetto costituzionale. Parallelamente, la differenziazione tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetz* formulata nella *Dottrina della costituzione* del 1928 anticipa la separazione tra principi inderogabili e disposizioni costituzionali suscettibili di revisione, che il costituzionalismo del secondo Novecento collocherà al centro del proprio edificio teorico e istituzionale.

La tesi che il contributo intende argomentare è che il neocostituzionalismo, nelle sue diverse articolazioni, da Alexy a Zagrebelsky, dalla *basic structure doctrine* elaborata dalla giurisprudenza indiana alla teoria dei principi supremi della Corte costituzionale italiana, abbia assorbito l'impalcatura concettuale schmittiana riconfigurandone radicalmente il lessico: i diritti della persona in luogo dell'unità organica del popolo, la convivenza tra differenze in luogo dell'omogeneità politica, il giudice delle leggi in luogo del decisore sovrano. Il momento diagnostico rimane di matrice schmittiana; il momento terapeutico si colloca agli antipodi. Portare alla luce questo paradosso non equivale a riabilitare Schmitt, bensì a riconoscere più nitidamente le ascendenze polemiche e le aporie non risolte del costituzionalismo dei nostri tempi.

### **Parte prima - Il “legislatore motorizzato” e la neutralizzazione della costituzione**

#### **1. Il contesto: Weimar nell'estate del 1932**

Occorre anzitutto restituire le circostanze materiali in cui *Legalità e legittimità* prende forma. Schmitt consegna il manoscritto a Duncker & Humblot nel luglio 1932, in una fase nella quale la Repubblica di Weimar ha ormai esaurito le proprie risorse di stabilità: il meccanismo parlamentare è bloccato, i gabinetti di Brüning e poi di von Papen operano per via di decretazione d'emergenza ai sensi dell'articolo 48, il Reichstag non riesce a coagulare maggioranze coerenti, la NSDAP registra progressi elettorali costanti. Il 20 luglio dello stesso anno, a pochi giorni dalla chiusura del testo, von Papen esautora il governo del Land di Prussia con il cosiddetto *Preußenschlag*, un provvedimento che lo stesso Schmitt sarà chiamato a difendere davanti allo *Staatsgerichtshof* in qualità di consulente giuridico del governo del Reich.

Non si tratta di uno sfondo estrinseco. L'opera di Schmitt non ambisce alla sistematicità del trattato accademico: si presenta come un intervento di teoria costituzionale dall'evidente intenzione pratica, mirato a dimostrare che l'impianto istituzionale weimariano racchiude al proprio interno le premesse del proprio disfacimento. Il punto di avvio è una constatazione pervasa dall'urgenza: il dispositivo di legalità parlamentare, nelle condizioni della Germania del 1932, ha cessato di garantire tanto l'ordine politico quanto la salvaguardia della norma fondamentale. L'aspetto teoricamente decisivo, però, sta altrove: il difetto non è circostanziale, non discende dalla fragilità dei partiti né dall'inasprimento del conflitto sociale, ma è inscritto nella logica interna del principio di legalità, ogniquale volta esso venga declinato in chiave interamente funzionale.

## **2. Il principio di legalità e la sua trasformazione funzionalista**

L'argomentazione schmittiana prende le mosse da un'antitesi che percorre l'intero saggio: quella fra una concezione sostanziale e una concezione funzionale della legalità.

Nella sua accezione originaria, che Schmitt riconduce al modello dello stato legislativo ottocentesco, il principio di legalità possiede un contenuto normativo non trascurabile. La legge è concepita come norma di carattere generale e astratto, elaborata da un'assemblea rappresentativa nel quadro di una procedura improntata alla pubblicità e alla discussione. Entro questo schema, la legalità trattiene un nucleo di legittimità: il destinatario della norma le presta osservanza non già perché essa sia espressione di una volontà imperativa, ma perché vi scorge il prodotto, almeno tendenziale, di una deliberazione ragionata. L'obbligatorietà della legge rinvia, in ultima istanza, alla sua generalità, alla sua pubblicità e alla razionalità del procedimento che l'ha generata.

Nella vicenda costituzionale weimariana tale nesso si è progressivamente dissolto. La legge ha perso i suoi connotati di generalità e astrattezza per trasformarsi in qualsiasi deliberazione adottata dall'organo legislativo nel rispetto dell'iter previsto, a prescindere dal suo contenuto. Il parlamento non opera più come legislatore in senso classico: produce provvedimenti a destinatario determinato, leggi di carattere provvedimentale, atti che rivestono la forma legislativa pur avendo la sostanza di misure amministrative. La legalità si contrae a dato meramente procedurale: è legge ciò che il legislatore designa come tale.

Per descrivere questa metamorfosi, Schmitt conia un'immagine destinata a larga fortuna: quella del "legislatore motorizzato". Il ricorso alla metafora meccanica è significativo: il processo legislativo non si configura più come deliberazione ma come fabbricazione. L'apparato legiferante funziona a regime, ma nessun criterio sostanziale ne orienta il moto: il motore può imprimere qualsiasi direzione, giacché la procedura resta agnostica rispetto agli esiti. Ne discende che qualunque prescrizione normativa, compresa quella che sopprime le libertà, che metta fuori legge l'opposizione, che ridisegni la forma di governo, riveste il crisma della legalità per il solo fatto di essere transitata attraverso il circuito formale previsto.

La conseguenza che Schmitt ne trae investe il fondamento stesso dell'obbedienza giuridica. Una legalità integralmente proceduralizzata non è più in condizione di esigere la conformità del destinatario in nome della ragionevolezza o della giustizia materiale: può farlo unicamente appellandosi al rispetto della forma. Ma un sistema legale che non incorpori alcun coefficiente di legittimità si trova nella posizione contraddittoria di chi pretende osservanza senza essere in grado di motivarla. Il formalismo giuridico, sospinto fino al suo esito estremo, si capovolge in ciò che potremmo definire un positivismo della forza travestito da positivismo della norma.

## **3. Il "premio al possesso legale del potere"**

All'interno di questo quadro Schmitt introduce una nozione di notevole acutezza analitica: il "premio politico straordinario al possesso legale del potere". Il concetto merita una ricostruzione accurata, giacché è su questo terreno che l'analisi schmittiana acquista la propria capacità predittiva e la propria pertinenza rispetto al dibattito odierno.

In un regime di legalità funzionale la conquista della maggioranza parlamentare non conferisce semplicemente la facoltà di legiferare. Essa attribuisce una prerogativa assai più estesa: la capacità di tracciare il confine fra lecito e illecito, di rivestire le proprie iniziative della qualifica di conformità al diritto e di marcare quelle dell'avversario come devianti. Chi esercita il potere legale gode di una "presunzione di conformità" che avvolge ogni suo atto, e che la controparte non può mettere in discussione senza porsi essa stessa al di fuori del perimetro della legalità, rendendo così illegittima la propria stessa contestazione.

Schmitt è consapevole della circolarità implicita in questo congegno. La legalità, in un siffatto assetto, cessa di operare come metro di giudizio esterno al potere e si trasforma in un predicato che il potere attribuisce a se stesso. Chi governa è legale in quanto si attiene alla procedura; chi gli si oppone rischia l'illegalità nella misura in cui la sua opposizione mette in pericolo l'ordine fissato da chi comanda. Il dispositivo legale non è equidistante: funziona come un meccanismo premiante per chi ne dispone e penalizzante per chi ne è privo.

L'aspetto più penetrante dell'analisi tocca però le ricadute dinamiche di questo schema. Schmitt rileva che il "premio" non opera esclusivamente nella sfera della legislazione ordinaria. La forza politica che raggiunge la soglia qualificata (i due terzi prescritti dall'articolo 76 della Carta weimariana per le modifiche costituzionali) ottiene anche la facoltà di intervenire sul testo della costituzione medesima. E poiché la Carta di Weimar non contempla barriere materiali alla revisione, non traccia alcuna demarcazione fra disposizioni costituzionali ordinarie e disposizioni intangibili, il potere di emendamento è illimitato nella forma: una maggioranza di due terzi può, attraverso i canali legali, sopprimere le garanzie fondamentali, abolire il regime parlamentare, instaurare un governo autocratico.

L'argomentazione raggiunge qui il suo culmine. Schmitt dimostra che il postulato di neutralità funzionale della legalità ossia la pretesa che la procedura legislativa sia un involucro vuoto, ricettivo di qualsiasi contenuto, genera un paradosso autodistruttivo: un ordinamento che si proclama indifferente alle finalità politiche si priva dei mezzi per fronteggiare chi utilizza gli strumenti legali allo scopo di liquidare l'ordinamento stesso. L'agnosticità della legalità nei confronti dei propri contenuti coincide, in definitiva, con l'indifferenza verso la propria sopravvivenza.

#### **4. Il "terzo legislatore straordinario" e la frantumazione dell'unità costituzionale**

La riflessione schmittiana non si esaurisce nel rapporto fra maggioranza e opposizione. Fra gli aspetti meno frequentati ma più inventivi di *Legalità e legittimità* vi è la messa in luce di quella che Schmitt definisce come una tripartizione interna del potere legislativo nella Carta weimariana.

Il testo costituzionale del 1919, sostiene Schmitt, non si presenta come un impianto unitario. Al suo interno coesistono tre distinti regimi normativi, ciascuno retto da una logica propria e produttivo di una diversa forma di legittimazione: il legislatore parlamentare ordinario, che delibera a maggioranza semplice; il legislatore costituzionale qualificato, che opera con la maggioranza dei due terzi ai sensi dell'articolo 76; il legislatore plebiscitario, che interviene attraverso gli istituti referendari previsti dalla Carta.

Ognuno di questi "legislatori" genera norme collocate su piani gerarchici differenti, ma la Costituzione non fissa con chiarezza le relazioni di preminenza fra i tre e non sottrae alcun contenuto alla portata dell'uno o dell'altro. L'esito è un'architettura normativa percorsa da tensioni interne: la seconda parte della Carta, il catalogo dei diritti fondamentali, elenca un complesso di garanzie materiali (proprietà, libertà di coscienza, autonomia dell'insegnamento, tutela del pubblico impiego) che risultano integralmente esposte all'azione del legislatore costituzionale dei due terzi. Le previsioni sui diritti non operano come argini al potere di revisione: sono disposizioni del medesimo rango delle altre, emendabili con la procedura dell'articolo 76.

Per caratterizzare questa condizione Schmitt ricorre a una formula icastica: la seconda parte della Carta si configura come un "sistema di garanzie differite", un patto che non scioglie i nodi ma li rinvia. Le diverse componenti della coalizione weimariana hanno inciso nel testo costituzionale i propri valori (i socialdemocratici la tutela sociale, i cattolici l'autonomia scolastica confessionale, i liberali le libertà individuali) senza che alcuna di queste opzioni venisse messa al riparo dalle future dinamiche della maggioranza. La Carta non opera una scelta fra programmi politici alternativi: li affianca, delegando la soluzione al futuro gioco delle forze.

Nella lettura di Schmitt, questa configurazione non produce un equilibrio durevole, ma una stabilità precaria che si dissolve non appena una delle forze in campo raggiunge la massa critica necessaria a imporre il proprio disegno a scapito degli altri. Il compromesso dilatorio regge fino a quando nessun attore dispone della forza per infrangerlo; quando quella forza si materializza, il compromesso si rivela per quello che è: un aggiornamento della decisione, non una decisione.

#### **5. La legalità come arma: neutralità apparente e parzialità strutturale**

Da questa analisi scaturisce quella che si può considerare la tesi più radicale dell'opera: la presunta neutralità del dispositivo legale è solo apparente. Schmitt sostiene che un impianto formalmente imparziale, aperto a ogni esito, refrattario a ogni contenuto, non è affatto imparziale nella pratica,

perché avvantaggia sistematicamente chi è nella posizione di azionare la procedura e svantaggia chi ne rimane escluso.

La neutralità procedurale, detto altrimenti, non è equidistanza: è un'asimmetria dissimulata a beneficio dello *status quo* e di chi lo presidia. Chi detiene le leve del potere legale può mobilitare l'intero apparato statale (forze dell'ordine, burocrazia, organi di giurisdizione) per arginare l'opposizione nel nome della legalità. All'oppositore non resta che una doppia alternativa, entrambe penalizzanti: restare nel recinto delle regole (accettando la presunzione di conformità di chi governa) oppure oltrepassarlo (esponendosi alla qualifica di sovversivo). Non si dà una terza opzione.

La portata di questo argomento trascende largamente la congiuntura weimariana. Schmitt sta portando alla luce un tratto ricorrente dei sistemi di legalità formale: la propensione del dispositivo legale a convertirsi, nelle mani di chi lo controlla, da presidio delle libertà a strumento di egemonia. La formula *auctoritas, non veritas facit legem*, che nella *Teologia politica* individua il fondamento volontaristico del diritto, acquista qui un significato più sfaccettato: non già che il diritto sia puro arbitrio del sovrano, bensì che un edificio legale privo di un sostrato di legittimità è fatalmente destinato a risolversi nel dominio di chi lo tiene in mano.

## 6. Oltre il decisionismo: la legalità come problema, non come soluzione

Giunti a questo punto dell'analisi, diviene possibile apprezzare la distanza che separa l'impianto argomentativo di *Legalità e legittimità* dalla posizione decisionistica assunta nella *Teologia politica* dieci anni prima.

Nel testo del 1922, il nodo centrale è la genesi del diritto: chi dispone quando l'ordinamento è sospeso, chi pronuncia la parola ultima nello stato di eccezione. La risposta, il sovrano, ha un carattere schiettamente decisionistico: il diritto scaturisce da un atto di volontà che non si lascia ricondurre ad alcuna norma previgente. Nel saggio del 1932, l'interrogativo muta registro: non verte più sull'origine del diritto, ma sulla sua tenuta. Non si tratta più di individuare chi decide nel momento eccezionale, bensì di comprendere per quale ragione un ordinamento eretto sulla sola legalità formale non riesce a preservare se stesso nella normalità del proprio funzionamento.

Lo scarto è rilevante. Nel primo caso Schmitt oppone la decisione alla norma e accorda il primato alla decisione. Nel secondo contrappone la legalità meramente procedurale alla legittimità di ordine sostanziale e rileva che la prima, senza la seconda, si condanna all'autodistruzione. La struttura dell'argomento non è: "il diritto è decisione, e la norma non conta nulla". È piuttosto: "un complesso normativo che abdicò a qualsiasi fondamento materiale di legittimità cessa di poter operare come complesso normativo". La norma non è irrilevante; è però insufficiente quando si riduce a involucro senza sostanza.

Questa articolazione interna è cruciale per l'architettura complessiva della nostra riflessione. Se Schmitt si esaurisse nel ruolo di teorico del decisionismo (il pensatore per il quale il diritto non è che proiezione della volontà sovrana) il suo rapporto con il neocostituzionalismo sarebbe di pura contrapposizione, ma lo Schmitt del 1932 non è il cantore del diritto come comando, è piuttosto il diagnostico di un ordinamento che, avendo rinunciato a ogni fondamento di legittimità, si trova ridotto a comando. La sfumatura è sottile, ma decisiva: il primo Schmitt esalta la decisione; il secondo registra il collasso di un sistema che ha espulso da sé tutto ciò che eccede la procedura.

Sarà esattamente questo rilievo diagnostico che il costituzionalismo del secondo dopoguerra farà proprio, senza riconoscerne apertamente l'ascendenza schmittiana, quando edificherà il dispositivo della rigidità costituzionale, dei principi inderogabili e delle barriere materiali alla revisione. La risposta sarà altra, per molti aspetti antitetica. Ma l'interrogativo, in che modo un ordinamento giuridico può salvaguardare il proprio nucleo sostanziale senza ricorrere alla nuda decisione sovrana, è l'interrogativo posto da Schmitt. Il fatto che il neocostituzionalismo lo abbia ereditato senza averne piena coscienza, o senza volerlo dichiarare, è il paradosso generativo attorno al quale si articola l'intera analisi che condurremo nei paragrafi seguenti.

## **Parte seconda - La profezia realizzata: la legalità che si autodistrugge**

### **1. Il 30 gennaio 1933 come verifica teorica**

La forza argomentativa di *Legalità e legittimità* non si fonda soltanto sulla coerenza interna dell'analisi, ma sulla sua capacità di descrivere un meccanismo che troverà riscontro empirico con precisione impressionante nel volgere di pochi mesi. Il 30 gennaio 1933 Hitler accede alla cancelleria del Reich per effetto di una nomina presidenziale ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione: non un atto insurrezionale, non una violazione dell'ordine formale, ma un conferimento di incarico perfettamente inscritto nei binari della legalità vigente. La transizione dal regime parlamentare al governo autoritario si compie, nella sua prima fase, senza soluzione di continuità giuridica.

La legge di delegazione del 23 marzo 1933, con la quale il Reichstag trasferisce al gabinetto la facoltà di emanare norme anche in deroga alla Costituzione, ivi comprese le garanzie individuali, viene approvata con il quorum di due terzi richiesto dall'articolo 76. Il voto è inficiato dall'estromissione dei parlamentari comunisti e dall'intimidazione fisica rivolta ai socialdemocratici, ma l'iter formale risulta osservato. Si realizza così, punto per punto, lo schema individuato da Schmitt: il "premio" connesso alla disponibilità degli strumenti legali consente a chi raggiunga la soglia qualificata di servirsi del meccanismo di revisione per svuotare la Carta nella sostanza conservandone la vigenza nella forma.

La Carta weimariana, del resto, non verrà mai formalmente revocata: resterà nominalmente in vigore fino al 1945, ormai ridotta a simulacro. Non si tratta di un'anomalia, bensì della conseguenza coerente del congegno messo in luce da Schmitt: un dispositivo di legalità che non presidi alcun contenuto materiale non ha bisogno di essere infranto per essere annientato, è sufficiente farne uso.

### **2. L'ironia del diagnostico: Schmitt davanti alla propria profezia**

La collocazione personale di Schmitt rispetto a questi sviluppi costituisce un nodo che non può essere eluso, benché il presente contributo non persegua finalità di ordine biografico. Schmitt aderisce formalmente al regime nel maggio 1933, ricopre incarichi accademici e istituzionali di primo piano e produce scritti di legittimazione del nuovo assetto, fra i quali spicca l'articolo *Der Führer schützt das Recht* (1934), nel quale le esecuzioni sommarie della cosiddetta "notte dei lunghi coltelli" vengono qualificate come atto di giustizia sovrana. Chi aveva diagnosticato l'autodistruzione della legalità si fa teorico dell'ordine eretto su quella distruzione.

Sul piano metodologico, la questione va posta con nettezza. La compromissione politica di Schmitt non invalida la diagnosi formulata nel 1932: il rilievo sul deficit di protezione strutturale di un sistema puramente procedurale conserva la propria validità a prescindere dall'impiego che l'autore ne ha successivamente fatto. Ma non è nemmeno un elemento isolabile a piacere dal contesto intellettuale in cui Schmitt si muove. L'analisi non è formulata da una posizione neutrale: chi la conduce reputa il parlamentarismo liberale costitutivamente inadeguato e ne cerca il superamento, non l'emendamento.

A rendere ciononostante praticabile il ricorso alla diagnosi schmittiana è il fatto che essa intercetta un problema effettivo, un vizio di costruzione del positivismo legalista che non dipende dall'orientamento ideologico di chi lo segnala. L'impianto weimariano presentava *di fatto* una lacuna di tutela sostanziale della Carta. La ricetta propugnata da Schmitt (il presidio presidenziale, l'unità organica del popolo) si è rivelata erronea e politicamente rovinosa ma il problema era reale e l'architettura del costituzionalismo rigido del dopoguerra ne costituisce la risposta istituzionale più eloquente.

### **3. Il meccanismo oltre Weimar: il legalismo autocratico nella scena contemporanea**

Se la diagnosi schmittiana fosse circoscrivibile alla vicenda weimariana, il suo rilievo resterebbe confinato alla storia. Ma il congegno portato alla luce nel 1932 possiede una portata che oltrepassa quel contesto, e le vicende politiche degli ultimi decenni ne hanno offerto riscontri reiterati.

Kim Lane Scheppele ha proposto la categoria di *autocratic legalism* per designare una strategia di potere che ricalca con notevole aderenza la dinamica descritta da Schmitt: l'impiego metodico degli strumenti offerti dalla legalità democratica ai fini della concentrazione del comando, dello smantellamento dei contrappesi istituzionali, della cristallizzazione del predominio di un partito o di un leader. Non si è in presenza di rotture violente dell'ordine, ma di trasformazioni incrementali che si dispiegano all'interno della cornice legale o, più precisamente, che ridefiniscono quella cornice a mano a mano che procedono.

La parabola ungherese ne offre un'illustrazione paradigmatica. Dopo aver ottenuto la maggioranza qualificata nel 2010, Viktor Orbán ha fatto leva sulle prerogative di revisione per ridisegnare la Legge fondamentale, rimodellare la geografia elettorale, alterare gli equilibri della Corte costituzionale, sottoporre a pressione il sistema dell'informazione e comprimere gli spazi dell'opposizione. Ciascuno di questi interventi, considerato isolatamente, è stato adottato nel rispetto delle procedure vigenti. L'esito aggregato è un regime che conserva l'involucro formale della democrazia costituzionale avendone svuotato il contenuto, quello che lo stesso Orbán ha designato, con una formula rivelatrice, come "democrazia illiberale".

Il caso polacco presenta una variante istruttiva. Il partito Diritto e Giustizia (PiS), non disponendo della maggioranza di due terzi, non ha potuto riscrivere il testo costituzionale. Ha però operato un aggiramento del Tribunale costituzionale, rifiutandone la pubblicazione delle pronunce, modificandone le regole procedurali e collocando magistrati fiduciari nei ruoli chiave. La legalità non è stata impiegata per alterare la Carta, ma per disattivare il presidio preposto alla sua salvaguardia, una declinazione del meccanismo schmittiano che interviene non sul testo della norma fondamentale ma sul suo organo di garanzia.

Il tratto ricorrente, in entrambi i casi, corrisponde a ciò che Schmitt aveva messo a fuoco: il "premio" connesso alla disponibilità degli strumenti legali mette chi controlla la maggioranza nella condizione di ripulmare le regole del confronto a proprio vantaggio, convertendo la legalità da limite del potere a fattore di consolidamento del potere. La neutralità della procedura si rivela, una volta di più, come un'asimmetria strutturale dissimulata a beneficio di chi la governa.

#### **4. La lezione di Weimar e la nascita del costituzionalismo rigido**

La risposta istituzionale al problema diagnosticato da Schmitt non proviene da Schmitt le cui proposte, come si è visto, muovono verso il potenziamento della figura presidenziale e verso l'omogeneità politica del corpo sociale, bensì dalla generazione di giuristi e costituenti che, dopo il 1945, si trova a ricostruire gli ordinamenti sulle rovine prodotte dalla legalità autodistruttiva.

La Legge fondamentale tedesca del 1949 rappresenta il caso paradigmatico. L'architettura del Grundgesetz è concepita, in modo deliberato e organico, come reazione ai difetti strutturali della Carta weimariana individuati, tra gli altri, proprio da Schmitt. L'articolo 79, terzo comma, istituisce la cosiddetta *Ewigkeitsklausel* (clausola di perennità): i principi sanciti dagli articoli 1 (dignità della persona) e 20 (stato democratico e sociale di diritto, sovranità popolare, separazione dei poteri) sono collocati al di là della portata di qualsiasi procedimento di revisione. Non v'è maggioranza, per quanto ampia, legittimata a modificarli per via legale.

L'impianto concettuale di questa soluzione è significativo. Essa recepisce esattamente la premessa che Schmitt aveva formulato nel saggio del 1932 e nella *Dottrina della Costituzione*: che vi siano contenuti della Carta sottratti alla disponibilità del legislatore, ivi compreso il legislatore investito del potere di revisione; che la costituzione non sia compendiabile nella somma delle sue singole prescrizioni, ma racchiuda un nucleo materiale inattingibile dalla procedura emendativa. La coppia concettuale *Costituzione/Legge costituzionale* (la costituzione intesa come decisione fondativa, le singole leggi costituzionali come sue articolazioni modificabili) trova in questa sede la propria traduzione istituzionale.

La traduzione, però, comporta una trasformazione profonda. Il nucleo protetto non coincide più con la "decisione sulla forma dell'esistenza politica", nozione carica di implicazioni esistenzialistiche e potenzialmente autoritarie. Si identifica, invece, con un catalogo di principi normativi: dignità della persona, assetto democratico, stato di diritto. Il contenuto materiale sottratto alla procedura non è

l'identità politica del popolo, ma il complesso dei diritti fondamentali e delle garanzie istituzionali posti a freno del potere maggioritario. L'ossatura è di ascendenza schmittiana ma la sostanza è collocata agli antipodi.

## 5. Oltre la Germania: la diffusione del modello

Il paradigma tedesco non resta un caso isolato. La seconda metà del Novecento registra una progressiva diffusione di clausole di intangibilità e di vincoli materiali al potere di revisione che replicano, con varianti locali, il medesimo schema concettuale.

L'ordinamento italiano del 1948 contempla, all'articolo 139, un solo limite espresso alla revisione: l'irreversibilità della forma repubblicana. La giurisprudenza costituzionale ha tuttavia progressivamente dilatato questo nucleo. Con la pronuncia n. 1146 del 1988, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di "principi supremi dell'ordinamento" non suscettibili di alterazione nemmeno per il tramite di leggi di rango costituzionale. Tali principi, fra i quali la Corte include le libertà inviolabili della persona, delineano un nocciolo duro della Carta che sfugge al raggio d'azione della revisione: una sorta di *Costituzione* dentro la Costituzione, se si vuole tradurre in registro schmittiano.

L'applicazione più radicale del modello si ritrova nell'esperienza indiana. Nel 1973, con la decisione *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, la Corte Suprema dell'India ha elaborato la cosiddetta *basic structure doctrine*: il Parlamento, pur disponendo della facoltà di emendare la Carta, non può intaccarne l'ossatura fondamentale, nella quale rientrano la supremazia del testo costituzionale, l'organizzazione democratica e repubblicana dello stato, il principio di laicità, la divisione dei poteri, l'assetto federale. Questa costruzione giurisprudenziale, maturata senza alcun rinvio espresso all'opera di Schmitt, riproduce con notevole puntualità la separazione schmittiana fra la Carta intesa come totalità e le singole prescrizioni costituzionali intese come sue componenti emendabili.

In ciascuno di questi ordinamenti, la replica istituzionale al rischio della legalità autodissolutiva segue una medesima traiettoria: si introduce una segmentazione interna alla costituzione, isolando un nucleo inattuabile da una periferia suscettibile di revisione. Il procedimento emendativo conserva il proprio campo d'azione, ma incontra confini materiali invalicabili. Il dispositivo di legalità cessa di essere funzionalmente agnostico: incorpora un vincolo di contenuto che ne preclude l'impiego autodistruttivo.

È questa la replica al problema posto da Schmitt ma si tratta di una replica che Schmitt non ha offerto e non avrebbe potuto offrire, giacché essa presuppone ciò che Schmitt negava: che un ordinamento giuridico sia in grado di presidiare il proprio fondamento materiale attraverso dispositivi interni all'ordinamento stesso, senza ricorrere alla decisione politica sovrana. Il neocostituzionalismo rappresenta, in questo senso rigoroso, la soluzione giuridica di un problema che Schmitt reputava risolvibile soltanto in chiave politica. Ne accoglie la diagnosi e la risolve in senso anti-schmittiano: affidando la custodia della Carta non al sovrano ma al giudice, non alla decisione ma al principio. Su questa inversione, e sulle sue ambivalenze interne, si concentrerà il paragrafo che segue.

## Parte terza - Costituzione come decisione sostanziale: la Dottrina della Costituzione e il problema del fondamento

### 1. Oltre Legalità e legittimità: la questione del fondamento nell'opera di Schmitt

I paragrafi precedenti hanno messo in evidenza come il saggio del 1932 contenga una diagnosi della crisi del positivismo legalista che prefigura, nella struttura anche se non nel contenuto, questioni centrali del neocostituzionalismo. Sarebbe però riduttivo limitare a quel solo testo il rilievo della riflessione schmittiana per il costituzionalismo dei nostri tempi. L'analisi del 1932 rinvia a un impianto concettuale più vasto, che Schmitt ha elaborato lungo un'intera stagione del suo percorso teorico, dalla *Dottrina della costituzione* del 1928 al confronto con Kelsen sulla garanzia della norma fondamentale (1928-1931), e che investe questioni di teoria generale del diritto costituzionale la cui portata oltrepassa di gran lunga la congiuntura weimariana.

Il nodo teorico fondamentale è il rapporto tra dimensione formale e dimensione materiale nel diritto costituzionale: se la norma fondamentale sia riconducibile a un apparato di regole procedurali,

oppure se essa postuli un sostrato sostanziale che le regole procedurali non sono in grado di saturare. Tale nodo, che nella filosofia del diritto odierna si manifesta come questione del rapporto tra regole e principi, tra positivismo normativo e costituzionalismo materiale, riceve nella *Dottrina della Costituzione* di Schmitt una formulazione di rara incisività, che conviene ricostruire nella sua articolazione interna.

## **2. Verfassung e Verfassungsgesetz: anatomia di una distinzione**

Il cardine della *Dottrina della Costituzione* è una differenziazione che Schmitt pone con insistenza programmatica fin dall'esordio dell'opera: la differenziazione tra la costituzione in senso proprio, intesa come decisione politica fondativa circa la forma e la modalità dell'unità politica e le singole previsioni normative ospitate nel testo costituzionale. La prima rappresenta il tutto, le seconde ne sono le parti e il tutto non si risolve nella somma delle parti.

La distinzione si articola su più piani, che vanno mantenuti analiticamente distinti.

Su un primo piano, si tratta di una distinzione di natura ontologica: costituzione e leggi costituzionali sono entità qualitativamente diverse. La costituzione non appartiene al genere della norma, appartiene al genere della decisione. Non è il prodotto di un procedimento normativo, ma di un atto di volizione politica del potere costituente che precede l'ordinamento giuridico e ne pone le condizioni. Le leggi costituzionali, per converso, sono norme in senso proprio: nascono all'interno dell'ordinamento, lungo itinerari procedurali prestabiliti, e sono suscettibili di modifica lungo i medesimi itinerari. La costituzione fonda le leggi costituzionali, le leggi costituzionali presuppongono la costituzione.

Su un secondo piano, si tratta di una distinzione gerarchica: la costituzione sovrasta le leggi costituzionali, non in forza di una metanorma che stabilisca la scala dei gradi (giacché una simile metanorma sarebbe essa stessa una legge costituzionale), ma in forza della propria natura fondativa. Le leggi costituzionali ammettono la revisione; la costituzione no, perché il potere di revisione è un potere costituito, che agisce entro l'ordinamento e non può dissolverne il fondamento. Alterare la costituzione in senso proprio non equivale a revisionare, equivale a instaurare un ordinamento nuovo, è atto costituente, non atto di revisione.

Su un terzo piano, si tratta di una distinzione contenutistica: la costituzione ha per oggetto opzioni fondamentali, la forma di governo, la struttura dell'organizzazione statale, le direttrici dell'ordinamento, mentre le leggi costituzionali disciplinano materie particolari che sono state collocate nel testo fondamentale per ragioni contingenti (stabilizzazione, compromesso fra forze politiche) senza partecipare della natura propria della decisione originaria.

## **3. La portata della distinzione: ciò che Schmitt coglie e che il positivismo non può cogliere**

Per apprezzare la portata di questa differenziazione occorre situarla nel paesaggio della teoria giuridica coeva. Il positivismo giuridico nella formulazione kelseniana che ne costituisce l'elaborazione più stringente, non contempla alcuna distinzione tra la costituzione e le leggi costituzionali. Per Kelsen, la costituzione coincide con lo strato normativo di grado più elevato, quello che regola la produzione di tutte le altre norme. Non vi è una "costituzione al di là della costituzione": vi è soltanto la Grundnorm, norma fondamentale ipotetica che suggella il sistema senza essere essa stessa una norma posta da un atto di volontà.

L'implicazione di questo assunto è che tutte le previsioni costituzionali occupano il medesimo rango. Nel quadro kelseniano non esiste gerarchia interna al testo fondamentale: la clausola sulla dignità della persona e la clausola sulle insegne dello stato si trovano nella medesima posizione entro il sistema delle fonti. Il potere di revisione, ove previsto dalla carta, può investire qualsivoglia disposizione costituzionale, comprese quelle attinenti ai diritti, salvo che una specifica clausola di intangibilità non lo impedisca, nel qual caso tale clausola è a sua volta una norma costituzionale, soggetta a eventuale modifica se non presidiata da un'ulteriore clausola protettiva, in un regresso che Kelsen scioglie per via pragmatica.

Schmitt percepisce ciò che il quadro kelseniano non è strutturato per percepire: che le diverse disposizioni di una carta costituzionale non rivestono tutte il medesimo peso, che alcune di esse cristallizzano opzioni fondamentali sull'identità dell'ordinamento, e che esporle al meccanismo revisionale significa privare l'ordinamento della capacità di preservare se stesso. Si tratta di una tesi sulla struttura del diritto costituzionale la cui rilevanza oltrepassa sia la congiuntura weimariana sia il perimetro ideologico del suo autore.

Quando il Tribunale costituzionale federale tedesco, nella celebre decisione *Lüth* del 1958, afferma che i diritti fondamentali non esauriscono la propria funzione nel garantire sfere di libertà individuale ma istituiscono un "ordine valoriale obiettivo" che permea l'intero tessuto giuridico, esso opera con un'architettura concettuale che, nella sua struttura profonda, è di matrice schmittiana: introduce all'interno della Carta una stratificazione fra un nucleo dotato di valenza fondativa e un insieme di previsioni particolari che di quel nucleo sono derivazioni. Sta tracciando, in altri termini, la demarcazione tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetz*, senza adoperare quella terminologia, e pur attribuendo al nucleo un contenuto (i diritti come valori) nettamente difforme da quello schmittiano (la decisione sull'unità politica).

#### 4. Il custode della costituzione: Schmitt contro Kelsen

La distinzione fra costituzione e leggi costituzionali suscita immediatamente un quesito istituzionale: a chi spetta la custodia della norma fondamentale? Chi è chiamato a stabilire se un atto del legislatore — compreso il legislatore della revisione — oltrepassi il perimetro del nucleo intangibile? Il confronto fra Schmitt e Kelsen su questo terreno, svoltosi fra il 1928 e il 1931, rappresenta uno degli snodi più fecondi della riflessione costituzionalistica novecentesca, e le sue implicazioni continuano a operare nel diritto costituzionale dei nostri giorni.

Le tesi sono conosciute. Kelsen, nel saggio *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929), reputa che la garanzia della Carta debba essere affidata a un organo giurisdizionale autonomo, incaricato di vagliare la conformità della legislazione alla norma fondamentale secondo la stessa logica con cui il giudice ordinario verifica la conformità dell'azione amministrativa alla legge. Il sindacato di costituzionalità costituisce, nella prospettiva kelseniana, un'operazione di natura logico-deduttiva: si verifica la compatibilità di una norma inferiore con una norma superiore. Nulla di "politico" in questa operazione: si applica il diritto, non lo si produce.

Schmitt, nel saggio *Der Hüter der Verfassung* (1931), obietta con un argomento che investe un punto nevralgico. Se la costituzione fosse un apparato chiuso di prescrizioni univoche, il controllo di costituzionalità potrebbe effettivamente configurarsi come operazione logica. Ma la carta fondamentale non è un sistema chiuso: ospita principi a maglie larghe, clausole aperte, formule il cui significato non può essere fissato per via di esegesi testuale. Accertare se una legge comprometta la "dignità della persona" o il "principio democratico" o il "contenuto essenziale" di un diritto non è operazione di sussunzione: è scelta di valore. Un organo che eserciti un simile sindacato non sta applicando norme: sta compiendo politica costituzionale in veste giurisdizionale.

Dalla premessa Schmitt trae una conclusione istituzionale: il presidio della costituzione non può essere affidato a un tribunale, giacché un tribunale che adotta decisioni di valore cessa di essere giudice e diviene organo politico sotto mentite spoglie. Il custode dev'essere un soggetto apertamente politico, che risponda delle proprie scelte di fronte al corpo sociale: nella proposta schmittiana, il Capo dello Stato.

La conclusione istituzionale di Schmitt si è rivelata sbagliata — la vicenda storica lo ha attestato senza margini di equivoco. Ma la premessa analitica che la sorregge merita un'attenzione assai maggiore di quella che la storiografia prevalente le ha concesso. Schmitt individua, con un anticipo di quattro decenni, esattamente il nodo che il neocostituzionalismo affronterà sotto il nome di "difficoltà contromaioritaria" (*countermajoritarian difficulty*): su quale base si giustifica la prerogativa di un organo privo di investitura elettiva di caducare le deliberazioni del legislatore democraticamente legittimato? E anticipa, con non minore lucidità, la risposta implicita del neocostituzionalismo: quella prerogativa si giustifica unicamente ove si ammetta che la Carta racchiude principi materiali che il legislatore non è abilitato a infrangere — ossia, unicamente ove si abbandoni il positivismo procedurale in favore di un costituzionalismo a vocazione sostanziale.

## 5. L'ironia della storia: il giudice che Schmitt non avrebbe voluto

La traiettoria costituzionale del secondo dopoguerra ha dato ragione a Kelsen quanto alla forma istituzionale e a Schmitt quanto alla natura dell'operazione. I tribunali costituzionali si sono imposti come custodi della Carta nella quasi totalità delle democrazie contemporanee — la soluzione kelseniana ha prevalso sul piano della formula organizzativa. Ma il modo in cui tali organi concretamente operano assomiglia assai più a ciò che Schmitt prefigurava che a ciò che Kelsen immaginava.

Il Tribunale costituzionale tedesco, la Corte costituzionale italiana, il Tribunal Constitucional spagnolo, la Corte Suprema statunitense nella sua funzione di *judicial review* — nessuno di questi organi, quando sindacava la legittimità costituzionale di una legge, compie un'operazione di sussunzione nel senso proprio del termine. Essi applicano principi, bilanciano diritti configgenti, valutano la proporzionalità delle misure legislative, scrutinano la ragionevolezza delle opzioni del legislatore. Svolgono, in altri termini, precisamente ciò che Schmitt assegnava al custode della Carta: adottano scelte di ordine sostanziale su questioni di valore non risolvibili mediante il puro riscontro di conformità fra norme.

Robert Alexy, nella *Theorie der Grundrechte* (1985), ha fornito la sistemazione teorica più influente di questa prassi, distinguendo regole e principi come due categorie strutturalmente diverse di norme. Le regole si applicano attraverso la sussunzione: la fattispecie concreta ricade oppure non ricade nel perimetro della regola. I principi si applicano attraverso il bilanciamento (*Abwägung*): quando due principi entrano in tensione, il giudice è chiamato a stabilire quale debba prevalere nel caso specifico, per il tramite di un giudizio di proporzionalità che non è riconducibile a un'operazione logica. La proposta di Alexy si colloca dichiaratamente oltre i confini del positivismo: riconosce che il maneggio dei principi costituzionali implica valutazioni di ordine materiale che trascendono la deduzione normativa.

Se ciò è vero, allora la premessa di Schmitt era fondata: il sindacato di costituzionalità non rientra nello schema logico-deduttivo prospettato da Kelsen, ma investe scelte sostanziali che coinvolgono opzioni di valore. Il neocostituzionalismo ha accolto l'intuizione schmittiana sul piano analitico — la qualificazione del giudizio costituzionale — respingendone la conclusione istituzionale: il custode non è il capo dello stato ma il giudice, non un organo apertamente politico ma un organo giurisdizionale che esercita una funzione irriducibilmente sostanziale.

## 6. Zagrebelsky e il diritto mite: una affinità taciuta

Il caso di Gustavo Zagrebelsky riveste un interesse peculiare per la nostra tesi, giacché in *Il diritto mite* (1992) — uno dei testi fondativi del neocostituzionalismo nell'area italiana ed europea — la consonanza strutturale con le posizioni schmittiane è tanto marcata quanto non tematizzata.

Zagrebelsky argomenta che il transito dallo stato legislativo ottocentesco allo stato costituzionale della contemporaneità produce un mutamento profondo nell'architettura del diritto. Nello stato legislativo il diritto si identifica con la legge, la legge traduce la volontà sovrana del legislatore, il giudice funge da semplice tramite applicativo della volontà legislativa. Nello stato costituzionale il diritto eccede la legge: al di sopra di essa si collocano i principi della Carta, che il legislatore non è abilitato a violare e che il giudice è chiamato a presidiare anche contro il legislatore.

L'ossatura di questo argomento ricalca, con un lessico differente, la distinzione schmittiana tra legalità e legittimità. Lo stato legislativo di Zagrebelsky corrisponde al *Gesetzgebungsstaat* di Schmitt; lo stato costituzionale corrisponde a un ordinamento che ha internalizzato un fondamento materiale di legittimità eccedente la legalità procedurale. Zagrebelsky, come Schmitt, contesta al positivismo legalista l'incapacità di dare conto della dimensione materiale della norma fondamentale. Come Schmitt, ammette che il maneggio dei principi costituzionali non configura una sussunzione ma una ponderazione. Come Schmitt, distingue fra il contenuto fondativo della Carta e le sue previsioni particolari.

La differenza qualificante, e non è certo una differenza di poco conto, investe il contenuto di quel fondamento materiale e il soggetto preposto alla sua custodia. Per Schmitt il fondamento è la decisione politica del popolo come unità; per Zagrebelsky è la compresenza irriducibile di valori e

principi plurali. Per Schmitt il custode è il decisore politico sovrano; per Zagrebelsky è il giudice costituzionale, che opera con la “mitezza” di chi non impone un dogma ma ricerca l’equilibrio tra principi in tensione. Il diritto “mite” di Zagrebelsky si colloca all’opposto esatto del diritto schmittiano: rinuncia alla sovranità, all’ultima parola, all’uniformità, a vantaggio della complessità, del bilanciamento, della mediazione.

Nondimeno, ed è questo il punto su cui il presente saggio insiste, l’impalcatura concettuale di cui Zagrebelsky si avvale per erigere il proprio edificio teorico è un’impalcatura alla cui costruzione Schmitt ha contribuito in misura significativa. La critica del formalismo legalista, la distinzione fra legge e diritto, il riconoscimento della dimensione materiale del sindacato costituzionale, la consapevolezza che la Carta non è riducibile a procedura: tutto ciò rappresenta un patrimonio che il neocostituzionalismo condivide con Schmitt, anche quando — in special modo quando — ne disconosce la provenienza.

## 7. Dworkin e il problema dei principi: una convergenza transatlantica

La prossimità strutturale con tematiche schmittiane non si circoscrive all’area continentale europea. Ronald Dworkin, operando all’interno della tradizione giuridica anglosassone, sviluppa a partire dagli anni Settanta una critica del positivismo di Hart che presenta convergenze degne di nota con la critica schmittiana al positivismo kelseniano, tanto più significative in quanto maturate in completa indipendenza sul piano delle filiazioni intellettuali.

In *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin sostiene che il positivismo giuridico non riesce a rendere conto della funzione che i principi svolgono nel ragionamento del giurista. I principi non sono regole: non operano secondo la logica del tutto-o-niente, ma possiedono un peso specifico che il giudice è tenuto a soppesare di volta in volta. Quando un giudice richiama il principio di eguaglianza o il principio di dignità della persona per invalidare una norma legislativa, non sta effettuando una sussunzione: sta argomentando sulla scorta di un principio il cui contenuto e la cui estensione vanno determinati attraverso un giudizio di carattere sostanziale.

Questa tesi (l’irriducibilità dei principi alle regole e la conseguente necessità di un giudizio materiale nella loro applicazione) riproduce il medesimo argomento opposto da Schmitt a Kelsen: il sindacato di costituzionalità non si lascia comprimere in un’operazione logico-deduttiva, giacché la Carta ospita principi il cui significato non è predeterminato dal testo e deve essere individuato attraverso un’interpretazione che implica opzioni valoriali.

Dworkin, naturalmente, non perviene alle conclusioni istituzionali di Schmitt. Non propone di rimettere la custodia dei principi a un decisore politico: tratteggia la figura del giudice Ercole (*Judge Hercules*), un idealtipo giurisdizionale in grado di individuare, in ogni caso controverso, la “risposta corretta” attraverso un’interpretazione capace di dare coerenza al sistema giuridico nel suo complesso alla luce dei suoi principi portanti. La proposta è speculare a quella schmittiana: là dove Schmitt scorge decisione, Dworkin scorge interpretazione; là dove Schmitt scorge atto di volontà politica, Dworkin scorge esercizio di ragione giuridica; là dove Schmitt scorge il sovrano, Dworkin scorge il giudice.

Eppure il problema di partenza è il medesimo: il positivismo giuridico, nella sua versione rigorosa, non dispone degli strumenti per dare conto della dimensione materiale della norma fondamentale. E la replica, nella sua ossatura, è la medesima: il diritto costituzionale non si lascia comprimere in un reticolo di regole procedurali, ma accoglie principi dotati di sostanza la cui applicazione domanda un giudizio che trascende la deduzione logica. Schmitt, Alexy, Zagrebelsky e Dworkin convergono su questa constatazione e divergono drasticamente sulla terapia ma è la constatazione, non la terapia, a fondare il neocostituzionalismo come progetto teorico e quella constatazione vanta una genealogia che include Schmitt, anche quando i neocostituzionalisti preferiscono non rammentarlo.

## **Parte quarta - Il residuo: ciò che il neocostituzionalismo non può ereditare**

### **1. Il problema della separabilità**

I paragrafi precedenti hanno costruito un argomento che si può condensare in una formula: il neocostituzionalismo è, nella propria impalcatura concettuale, più schmittiano di quanto sia disposto a riconoscere. La critica al positivismo procedurale, la segmentazione della Carta in un nucleo materiale e una periferia normativa, il riconoscimento del carattere sostanziale del sindacato costituzionale, la teoria dei principi come norme irriducibili alle regole: tutto ciò rientra in un'eredità intellettuale che annovera Schmitt fra i propri autori, per quanto i beneficiari abbiano spesso preferito non consultare il testamento.

Un'operazione di questo genere (separare gli attrezzi concettuali di un pensatore dal suo orizzonte politico, servirsi dell'impalcatura scartando il lessico) esige però una verifica rigorosa. Non tutto il pensiero di Schmitt tollera la separazione dalle proprie premesse politiche. Taluni concetti schmittiani sono così saldamente intrecciati a un'ontologia politica inconciliabile con il costituzionalismo democratico da rendere l'appropriazione impraticabile senza snaturamento. Questo paragrafo è dedicato a quel residuo non appropriabile: non per scrupolo enciclopedico, ma perché soltanto circoscrivendolo con precisione si possono misurare la portata e i confini dell'eredità schmittiana nel neocostituzionalismo.

### **2. Il concetto del politico: l'amico e il nemico**

Il primo e più appariscente limite all'appropriazione investe il concetto schmittiano del politico. Nel *Begriff des Politischen* (1927, riedito nel 1932), Schmitt identifica il politico con il criterio della distinzione amico-nemico: il contrassegno specifico della sfera politica, ciò che la distingue da ogni altro ambito dell'esperienza umana (l'estetica col bello e il brutto, l'etica col bene e il male, l'economia col vantaggioso e lo svantaggioso), risiede nella possibilità di tracciare una linea di demarcazione tra il sodale e l'avversario, inteso come "nemico pubblico" (*hostis*, non *inimicus*), ossia colui nei confronti del quale sussiste l'eventualità concreta del confronto estremo.

Non si tratta di una constatazione empirica sulla frequenza dei conflitti. È una tesi di ordine ontologico sulla natura stessa della politicità: il politico si dà nella misura in cui si dà la possibilità dello scontro radicale, della contestazione esistenziale dell'altro. Un orizzonte privo di nemici sarebbe un orizzonte privo di politica — e Schmitt reputa che un simile orizzonte sia non solo improbabile, ma concettualmente impensabile, perché la condizione umana reca in sé, in modo ineliminabile, il sigillo della conflittualità.

Tale concetto del politico funge da fondamento per la teoria schmittiana della costituzione. La *Costituzione*, decisione politica fondativa, è l'atto con cui il popolo, in quanto unità politica, ossia in quanto collettività capace di tracciare il confine tra amico e nemico, delibera circa la propria forma di esistenza. Il potere costituente non è una procedurale: è l'atto con cui un'unità politica si pronuncia sulla propria identità, su chi vi appartiene e chi ne è escluso.

Il neocostituzionalismo non è nelle condizioni di recepire questa premessa. Non perché ignori la realtà del conflitto politico, ma perché edifica il proprio impianto su un presupposto speculare: che i diritti fondamentali ineriscano alla persona in quanto persona, non in quanto membro di una comunità politica; che la Carta tuteli anche e in primo luogo chi è estraneo alla maggioranza; che la categoria del nemico politico non trovi cittadinanza nel lessico giuridico. Il costituzionalismo dei diritti ha vocazione universalistica; il concetto schmittiano del politico ha vocazione particolaristica. La polarità amico-nemico è l'assunto che preclude il passaggio dalla diagnosi schmittiana alla terapia neocostituzionale.

### **3. L'omogeneità del popolo: democrazia senza pluralismo**

In stretta connessione con il concetto del politico si colloca la nozione schmittiana di democrazia. Schmitt non intende la democrazia come meccanismo decisionale fondato sulla regola di maggioranza, bensì come coincidenza tra governanti e governati. La democrazia postula un *demos*

internamente omogeneo: una comunità accomunata da un sostrato condiviso (di natura culturale, etnica, politica) tale da consentire l'identificazione della volontà popolare con la volontà dello stato.

Nella *Dottrina della costituzione* e ne *La crisi della democrazia parlamentare*(1923), Schmitt sostiene che democrazia e liberalismo non sono soltanto principi distinti, ma principi potenzialmente antinomici. Il liberalismo fonda la propria ragion d'essere sulla protezione dell'individuo e delle minoranze di fronte alla maggioranza; la democrazia fonda la propria sulla volontà unitaria del popolo. Il parlamentarismo liberale, con la sua fede nella discussione pubblica, nella pluralità delle opinioni, nella tutela del dissenso, configura, nella visione schmittiana, un ibrido storicamente determinato e teoricamente precario: prima o poi la logica della democrazia (omogeneità, identità, decisione) entrerà in rotta di collisione con la logica del liberalismo (pluralità, discussione, mediazione), e l'una dovrà cedere il passo all'altra.

Ne discende che la democrazia nella versione schmittiana non solo non contempla il pluralismo, ma lo esclude. L'omogeneità del popolo comporta che chi non partecipa del sostrato comune del *demos* possa essere legittimamente estromesso dalla comunità politica. Schmitt lo enuncia con franchezza nella *Dottrina della Costituzione*: qualsiasi democrazia effettiva poggia sulla circostanza che l'uguale venga trattato da uguale e, come corollario inevitabile, il disuguale venga trattato da disuguale. L'eguaglianza democratica non ha portata universale: è l'eguaglianza fra coloro che appartengono al popolo, e implica l'ineguaglianza ossia l'esclusione di chi non vi appartiene.

Su questo terreno il neocostituzionalismo occupa una posizione diametralmente opposta. Per Zagrebelsky, per Habermas, per Ferrajoli, la carta democratica si regge precisamente sul pluralismo come dato irriducibile: la costituzione non traduce il volere omogeneo di un popolo, bensì il patto fra soggetti diversi che accettano di condividere principi comuni senza rinunciare alle proprie differenze. I diritti fondamentali sono il dispositivo che rende possibile questa coesistenza: non tutelano l'identità collettiva del popolo, ma la dignità della singola persona, ivi compresa la persona che dissente, che è in minoranza, che non si riconosce nel gruppo egemone.

La distanza non potrebbe essere più netta. L'omogeneità schmittiana e il pluralismo neocostituzionale non rappresentano due soluzioni alternative al medesimo quesito: rispondono a quesiti differenti. Schmitt domanda: chi costituisce il popolo che decide? Il neocostituzionalismo domanda: come possono coesistere soggetti che non condividono una medesima concezione del bene? Il primo interrogativo presuppone l'unità; il secondo presuppone la differenza. Fare propria l'impalcatura schmittiana, la segmentazione tra costituzione e legge costituzionale, tra legalità e legittimità, esige al contempo l'abbandono dell'ontologia politica che la sorregge.

#### **4. La teologia politica: sovranità, eccezione e trascendenza secolarizzata**

Il terzo elemento non appropriabile è la teologia politica schmittiana. La nota tesi formulata in *Teologia politica* (1922) secondo la quale le categorie portanti della dottrina moderna dello stato sarebbero concetti teologici sottoposti a un processo di secolarizzazione, non si propone come asserzione di storia delle idee. È un'asserzione sulla struttura del diritto: il diritto, analogamente alla teologia, necessita di un momento di trascendenza, di un punto che ecceda il reticolo normativo e lo istituisca dall'esterno. Quel punto è la decisione sovrana, che sta al diritto come il miracolo sta alla natura: la sospensione dell'ordine che ne svela il fondamento.

Il neocostituzionalismo è un progetto radicalmente anti-teologico nell'accezione schmittiana. Non ricerca la trascendenza del diritto in un atto sovrano che istituisca l'ordine dal di fuori: persegue l'autosufficienza del giuridico, la capacità dell'ordinamento di fondarsi per il tramite dei propri principi. I diritti fondamentali non vengono "decisi" da un sovrano: vengono "riconosciuti" come inerenti alla dignità della persona, preesistenti al diritto positivo. L'articolo 2 della Costituzione italiana dispone che la Repubblica "riconosce e garantisce" i diritti inviolabili dell'uomo: il verbo "riconoscere" presuppone che quei diritti sussistano anteriormente e indipendentemente rispetto all'atto costituzionale che li recepisce.

L'anti-schmittianità di questa struttura è profonda. Schmitt asserisce che ogni ordinamento giuridico poggia, in ultima istanza, su una decisione, un atto di volontà non derivabile da alcuna norma anteriore. Il neocostituzionalismo asserisce che l'ordinamento poggia su principi, contenuti

normativi che si impongono per la propria intrinseca ragionevolezza, non per la volontà di chi li ha posti. Lo scarto è tra una fondazione volontaristica e una fondazione razionalistica del giuridico: dove Schmitt ravvisa il primato della volontà, il neocostituzionalismo ravvisa il primato della ragione.

Eppure l'idea stessa che i principi della Carta siano "sovraordinati" alla legislazione, che il legislatore non possa intaccarli, che essi istituiscano un vincolo insuperabile da qualsiasi maggioranza, riproduce sul piano strutturale il gesto schmittiano di sottrarre qualcosa alla presa della procedura. Il neocostituzionalismo secolarizza la teologia politica schmittiana: subentra il principio razionale alla decisione sovrana, la ragionevolezza al miracolo, il giudice al sovrano ma il gesto e cioè collocare un fondamento oltre la portata della procedura, resta il medesimo. È, se si vuole, una teologia politica depurata di teologia e di politica: una teologia giuridica, nella quale la funzione del trascendente è assolta dai principi.

## 5. L'ordinamento concreto: un'eredità compromessa

Un ultimo segmento della riflessione schmittiana merita considerazione, benché la sua recuperabilità sia più problematica rispetto ai precedenti: il pensiero dell'ordine concreto, sviluppato da Schmitt a partire dai primi anni Trenta e sistematizzato in *I tre tipi di pensiero giuridico* (1934).

In quello scritto Schmitt delinea una tripartizione dei modi di intendere il giuridico: il normativismo (il diritto come reticolo di norme astratte, la linea Kelsen), il decisionismo (il diritto come atto del sovrano, la linea dello Schmitt giovanile) e il pensiero dell'ordine concreto (il diritto come emanazione di assetti istituzionali viventi, la linea dello Schmitt maturo). Il pensiero dell'ordine concreto postula che il diritto non scaturisca dalla norma astratta né dalla decisione pura, bensì dalle istituzioni operanti, la famiglia, la Chiesa, le forze armate, la corporazione professionale, che secernono il proprio diritto attraverso la propria prassi effettiva. La norma esprime un ordine preesistente, non è l'ordine a scaturire dall'applicazione della norma.

Questa curvatura presenta affinità palesi con il neoinstituzionalismo giuridico di MacCormick e Weinberger e con la teoria istituzionale del diritto di Santi Romano, che Schmitt leggeva con attenzione. L'idea che il giuridico non sia riducibile a un apparato di norme ma sia radicato in pratiche istituzionali concrete, che le istituzioni producano diritto prima e al di fuori della legislazione, che il formalismo normativo non sia in grado di afferrare la realtà del diritto: questi motivi percorrono una porzione significativa della filosofia del diritto novecentesca e riecheggiano in talune formulazioni del neocostituzionalismo, segnatamente nella sua insistenza sulla dimensione pratica e contestuale dell'interpretazione della Carta.

Tuttavia il pensiero dell'ordine concreto è gravato da una compromissione storica severa. La sua elaborazione coincide con l'adesione al nazionalsocialismo, e Schmitt lo impiega esplicitamente a fini di legittimazione del nuovo regime: gli "ordini concreti" della Germania hitleriana, il popolo, la razza, il partito unico, il Führer, vengono qualificati come fonti giuridiche autonome che sopravanzano il normativismo astratto dello stato liberale. Il pensiero dell'ordine concreto diviene lo strumento attraverso il quale Schmitt giustifica la demolizione dello stato di diritto nel nome di un diritto presentato come "più vitale" e "più aderente alla realtà" rispetto a quello delle norme.

Questa circostanza rende il recupero del *konkretes Ordnungsdenken* assai più rischioso rispetto al recupero della critica al positivismo legalista o della coppia *Verfassung/Verfassungsgesetz*. In questi ultimi casi il contesto politico risulta separabile dallo strumento concettuale: la diagnosi relativa alla crisi della legalità procedurale conserva la propria tenuta a prescindere dall'uso che l'autore ne ha fatto. Nel caso del pensiero dell'ordine concreto, lo strumento concettuale è stato modellato in funzione dell'uso, la legittimazione del regime, e porta impressa la traccia di quell'uso in modo assai più arduo da neutralizzare.

Non impossibile, tuttavia. Un'operazione di appropriazione selettiva è concepibile, a patto di isolare il nucleo analitico dell'argomento (il diritto non si esaurisce in un reticolo di norme astratte, ma affonda le proprie radici in pratiche istituzionali) dalla sua applicazione ideologica. È un'operazione che richiede cautela filologica e onestà intellettuale, e che il presente contributo può soltanto indicare come pista di ricerca, senza pretendere di percorrerla compiutamente.

## 6. La linea di demarcazione: impalcatura e lessico

Tirando le fila. L'eredità schmittiana nel neocostituzionalismo è effettiva ma circoscritta, e il confine tra ciò che può essere ereditato e ciò che non può esserlo ammette una tracciatura ragionevolmente precisa.

Ereditabile è l'impalcatura: la critica al positivismo procedurale, la segmentazione della Carta in nucleo materiale e periferia normativa, il riconoscimento del carattere sostanziale del sindacato costituzionale, la denuncia del potenziale autodistruttivo della legalità funzionale. Questi strumenti concettuali si lasciano separare dall'orizzonte politico schmittiano perché identificano problemi strutturali della norma fondamentale che si pongono a prescindere dalla soluzione che si intenda adottare.

Non ereditabile è il lessico: la qualificazione del politico come polarità amico-nemico, l'omogeneità del popolo come prerequisito della democrazia, la teologia politica come ossatura del giuridico, la decisione sovrana come fondamento ultimo dell'ordine normativo. Non si tratta di strumenti neutri applicabili a qualsivoglia contenuto: sono articolazioni di un'ontologia politica che postula il primato dell'unità sulla pluralità, della volizione sulla ragione, dell'identità sulla differenza.

Il neocostituzionalismo assume l'impalcatura e sostituisce il lessico. Dove Schmitt dice "popolo", il neocostituzionalismo dice "persona". Dove Schmitt dice "decisione", il neocostituzionalismo dice "principio". Dove Schmitt dice "sovrano", il neocostituzionalismo dice "giudice". Dove Schmitt dice "omogeneità", il neocostituzionalismo dice "pluralismo". L'architettura dell'argomento resta leggibile; il contenuto risulta invertito. È questa duplice operazione, conservazione dell'architettura, rovesciamento del contenuto, a qualificare il rapporto tra Schmitt e il neocostituzionalismo come un rapporto di eredità dialettica: non mera continuità, non pura frattura, bensì trasformazione.

### Conclusioni - Pensare con Schmitt contro Schmitt

Il percorso compiuto in queste pagine si lascia ricondurre a una tesi e a un paradosso. La tesi: la filosofia del diritto di Carl Schmitt non è compendiabile nel decisionismo. Il paradosso: il neocostituzionalismo, che per molti aspetti ne rappresenta l'antitesi, ne è al contempo un erede che non si riconosce come tale.

La contrazione di Schmitt alla figura del decisionista, il teorico dell'eccezione, dell'*auctoritas non veritas*, della decisione come scaturigine del diritto, è una semplificazione le cui ragioni storiche sono comprensibili. La *Teologia politica* del 1922 rimane lo scritto schmittiano più citato, più tradotto, più dibattuto, e il suo incipit possiede una forza icastica che nessun altro passaggio dell'opera schmittiana eguaglia. Ma la *Teologia politica* non esaurisce Schmitt, così come il *Manifesto* non esaurisce Marx. Schmitt è un pensatore che si corregge, che si riformula, che nel corso di un ventennio edifica un impianto teorico la cui tessitura interna non si lascia comprimere in un'unica formula.

Nella *Dottrina della Costituzione* del 1928 Schmitt elabora una teoria della norma fondamentale che discrimina con rigore fra il nucleo materiale dell'ordinamento e le sue articolazioni particolari, fra potere costituente e potere di revisione, fra ciò che la procedura può attingere e ciò che le resta precluso. Nel saggio del 1932 porta alla luce l'incapacità di un regime di legalità interamente proceduralizzato di preservare il proprio fondamento, e la conseguente esposizione al rischio della dissoluzione dall'interno. Nel confronto con Kelsen anticipa di quattro decenni la questione della natura sostanziale del sindacato di costituzionalità. In ciascuno di questi momenti, Schmitt articola interrogativi che il positivismo giuridico non sa formulare e che il neocostituzionalismo farà propri.

Li farà propri, però, rovesciandone le risposte. Al custode presidenziale propugnato da Schmitt il neocostituzionalismo sostituisce il tribunale costituzionale. Alla fondazione della Carta sulla decisione del popolo come unità organica omogenea sostituisce la fondazione sui diritti della persona e sul principio di pluralismo. Alla ricerca della trascendenza del giuridico nell'atto sovrano sostituisce il ricorso ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. L'architettura argomentativa viene conservata ma il contenuto viene sistematicamente capovolto.

Questa operazione, che abbiamo denominato eredità dialettica, non è un espediente storiografico. Produce conseguenze teoriche precise, che il neocostituzionalismo dovrebbe assumere con consapevolezza maggiore di quanto non faccia.

La prima conseguenza investe il rapporto tra diritto e politica. Se la diagnosi schmittiana coglie nel segno, se il sindacato di costituzionalità è irriducibilmente sostanziale, se il maneggio dei principi reclama opzioni di valore, se il custode della Carta esercita una funzione che oltrepassa la deduzione normativa, allora il neocostituzionalismo deve riconoscere che il giudice costituzionale svolge una funzione politica in senso lato, ancorché la svolga in forma giurisdizionale. La difficoltà contromaioritaria non è un accidente di percorso: è una conseguenza strutturale dell'opzione di affidare la custodia dei principi a un organo sottratto all'investitura elettorale. Schmitt ne era avvertito e il neocostituzionalismo non sempre lo rammenta, trovando rifugio nella finzione che il bilanciamento dei principi sia un'operazione tecnica anziché una scelta valoriale.

La seconda conseguenza investe la fragilità del modello. L'intero edificio del costituzionalismo rigido (clausole di perennità, barriere alla revisione, sindacato sostanziale di costituzionalità) è concepito come replica al problema schmittiano della legalità autodistruttiva ma la replica opera soltanto fintanto che le istituzioni che la incarnano conservano autonomia e autorità. Le vicende ungheresi e polacche, esaminate nel secondo paragrafo, attestano che il congegno descritto da Schmitt non è stato disinnescato in via definitiva: può riattivarsi ogni volta che una forza politica accumuli la massa critica necessaria a riplasmare le regole del gioco, ivi comprese le regole che proteggono i custodi della Carta. Il neocostituzionalismo ha risposto a Schmitt, ma non lo ha confutato: ha innalzato argini, non ha prosciugato il fiume.

La terza conseguenza investe il fondamento stesso dei diritti. Il neocostituzionalismo tratta i principi della Carta come dati, come contenuti normativi che si impongono in virtù della propria intrinseca ragionevolezza. Ma l'interrogativo schmittiano e cioè chi ha stabilito che questi principi, e non altri, debbano costituire il fondamento dell'ordinamento, non ammette un'elusione indefinita. Anche un sistema fondato su principi presuppone un atto fondativo, un momento nel quale qualcuno ha collocato quei principi nella posizione di fondamenti. La Carta italiana non è piovuta dal cielo: è stata redatta da un'Assemblea costituente in una congiuntura storica determinata, attraverso deliberazioni politiche sulle quali si sono registrate maggioranze e minoranze. I principi sono il contenuto della norma fondamentale ma la circostanza che quei principi, e non altri, figurino nella Carta è il risultato di una decisione. In questo senso residuale ma non eliminabile, l'interrogativo schmittiano sul fondamento decisionistico del diritto resta aperto anche nel perimetro del neocostituzionalismo.

Pensare con Schmitt contro Schmitt significa, in definitiva, tre cose. Significa riconoscere che il neocostituzionalismo ha assorbito da Schmitt strumenti concettuali di cui non potrebbe fare a meno: la critica al positivismo procedurale, la struttura nucleo-periferia della norma fondamentale, la coscienza della dimensione materiale del giudizio costituzionale. Significa riconoscere che questa assunzione è inseparabile dal rigetto delle premesse politiche schmittiane: la qualificazione del politico come contrapposizione amico-nemico, l'omogeneità del *demos*, la teologia politica della sovranità. E significa riconoscere che gli interrogativi posti da Schmitt non sono stati risolti in via definitiva dal neocostituzionalismo, bensì riformulati entro una cornice differente: il nodo del rapporto tra diritto e politica nel sindacato costituzionale, il nodo della salvaguardia della Carta di fronte alla legalità autodissolutiva, il nodo del fondamento ultimo dei principi restano aperti, e restano schmittiani nella loro ossatura, anche quando le soluzioni che proponiamo si collocano agli antipodi di quelle che Schmitt avrebbe prospettato.

Il filosofo del diritto che ingaggia un confronto con Schmitt si trova, in definitiva, nella posizione che Hegel assegnava al rapporto con la tradizione: non è dato collocarsi al di qua di ciò che ci ha preceduto. Il neocostituzionalismo non è nelle condizioni di procedere come se Schmitt non fosse esistito, giacché molti degli interrogativi ai quali tenta di rispondere sono stati articolati, per la prima volta e con una lucidità non eguagliata, da Schmitt. Ma non è nemmeno nelle condizioni di accogliere le risposte schmittiane, giacché quelle risposte conducono a esiti inconciliabili con il costituzionalismo democratico. La postura più onesta e più feconda è quella di chi riconosce il debito senza occultare la distanza: mettere a frutto gli strumenti di Schmitt per edificare ciò che Schmitt non avrebbe mai voluto veder costruito.

È questa, forse, la condizione di ogni eredità intellettuale autentica. Non si ereditano soltanto le risposte: si ereditano soprattutto le domande. E le domande di Schmitt sono domande che il costituzionalismo dei nostri tempi non può permettersi di eludere, nemmeno quando le risposte che offre si collocano all'esatto opposto di quelle che Schmitt avrebbe formulato.

## Bibliografia

### Opere di Carl Schmitt

- Schmitt C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin 1922; trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972.
- Schmitt C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1923; trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit.
- Schmitt C., *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin 1927 (riedito 1932); trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit.
- Schmitt C., *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928; trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984.
- Schmitt C., *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1931; trad. it. *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano 1981.
- Schmitt C., *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin 1932; trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit.
- Schmitt C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.

### Altre opere citate

- Alexy R., *Theorie der Grundrechte [Teoria dei diritti fondamentali]*, Nomos, Baden-Baden 1985.
- Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics [Il ramo meno pericoloso. La Corte Suprema al banco della politica]*, Yale University Press, New Haven 1962.
- Böckenförde E.-W., *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano 2006.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982.
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001.
- Galli C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996.
- Grimm D., *Constitutionalism: Past, Present, and Future [Costituzionalismo: passato, presente e futuro]*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Habermas J., *Faktizität und Geltung [Fatti e norme]*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1992.
- Halmai G., *A Coup Against Constitutional Government. The Case of Hungary [Un colpo di stato contro il governo costituzionale. Il caso dell'Ungheria]*, in M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford 2018, pp. 243-256.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952.
- Kelsen H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit [Essenza e sviluppo della giurisdizione costituzionale]*, in *VVDStRL*, 5 (1929), pp. 30-88.

- Krishnaswamy S., *Democracy and Constitutionalism in India* [Democrazia e costituzionalismo in India], Oxford University Press, New Delhi 2009.
- Loughlin M., *The Concept of Constituent Power* [Il concetto di potere costituente], in *European Journal of Political Theory*, 13 (2014), pp. 218-237.
- MacCormick N., Weinberger O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* [Una teoria istituzionale del diritto. Nuovi approcci al positivismo giuridico], Reidel, Dordrecht 1986.
- Mommsen H., *The Rise and Fall of Weimar Democracy* [Ascesa e caduta della democrazia di Weimar], The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1996.
- Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946 (ed. or. 1918).
- Sadurski W., *Poland's Constitutional Breakdown* [Il crollo costituzionale della Polonia], Oxford University Press, Oxford 2019.
- Scheppele K.L., *Autocratic Legalism* [Legalismo autocratico], in *The University of Chicago Law Review*, 85 (2018), pp. 545-583.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992.