

Riferimenti bibliografici

Diritto e legge nella crisi della modernità

PAOLO GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 742; IDEM, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 334.

I due tomi di quest'opera di Paolo Grossi possono essere letti in modo diverso: come un contributo alla storia intellettuale del diritto europeo nel Novecento, o come una narrazione sulla propria esperienza giuridica, sull'esplicitarsi e raffinarsi delle convinzioni personali in materia di pensiero giuridico e relativamente alla conoscenza della natura del diritto, intesa preliminarmente come estranea ad ogni «rigida impostazione legalistica» (I, 677).

Paolo Grossi è uno storico del diritto, inteso quest'ultimo innanzi tutto come espressione delle relazioni private quali nascono, si sviluppano e terminano nella società civile. Non a caso, come storico in particolare (ma non solo) degli istituti del diritto agrario egli sottolinea la spontaneità del formarsi del diritto, la sua resistenza alle intromissioni codicistiche, in generale statualistiche. Una posizione, questa, rafforzatasi negli ultimi anni in una critica sempre più aspra allo Stato e alle sue degenerazioni (reali o presunte), rispetto alle quali Grossi sottolinea con forza l'autonomia del diritto post-, sovra- e oltrestatuale (si veda per es. anche il recente libretto sul *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015).

Non è il caso, qui, di discutere la "filosofia" giuridica di Grossi, per molti aspetti diversa e anche contraria a quella nostra, più rispettosa certo del ruolo dello Stato e dei suoi principi, rispetto alla quale trovo delle consonanze proprio in uno degli autori trattati da Grossi, quel Francisco Tomás y Valiente tragicamente scomparso nel 1996 e per il quale, come ricorda il nostro Autore, lo Stato «es un artificio, un artefacto. Pero no un artificio caprichoso, sino necesario» (I, 408). Direi piuttosto che Grossi va raccontato proprio come teorico della spontaneità pre-statuale del diritto (con lo sguardo sempre fisso al suo amato Medioevo), rispetto alla quale i "medaglioni" qui raccolti costituiscono in gran parte una armatura dottrinale, ovvero una via parallela di esplicitazione delle sue posizioni.

Così Grossi, partendo da Edoardo Ruffini, ci accompagna nello studio di autori come Enrico Finzi (sia nel primo sia nel secondo tomo) per rafforzarsi nel suo anti-formalismo, ovvero nella scoperta delle dimensioni di effettività dei rapporti giuridici oltre la mera validità (cfr. I, 32), il che vuol dire, come argomenta nel saggio su Orestano, sottolineare la storicità intrinseca del diritto: «Non averne preso atto da parte della coscienza scientifica ha portato ad alcuni dei mali più sottili della cultura giuridica moderna: da un lato, uno storicismo scettico e relativista; dall'altro,

un esasperato formalismo immiserito spesso nella bassa corte del tecnicismo» (I, 90). Di contro, Grossi cerca nelle dottrine civilistiche tutti quei luoghi dove il formalismo cede alla "coscienza popolare" quale strumento per il congiungimento del giuridico con il metagiuridico (p. es. in Vittorio Polacco), nell'ambito della scienza giuridica come scienza pratica, attenta all'esperienza concreta dei singoli (ciò emerge p. es., tra gli altri, in Falzea), nella dialettica costante tra fatti e valori (norme), che costituisce il cristallo che costantemente il Nostro usa per indagare l'esperienza giuridica nella sua complessità: la dialettica legge-diritto (si veda il saggio su Filippo Vassalli [I, 415 ss.]) è il presupposto delle sue riflessioni, dove il pendolo grava sempre sul "diritto", ma nella consapevolezza, da storico appunto, che la legge è essa stessa, rispetto al diritto, un "fatto".

Grossi ricerca con perseveranza tutti gli autori e le opere dai quali può trovare conforto la sua critica al feticismo della legge (p. es. in Gény) e al mito dell'assolutismo legale alla ricerca di una risposta più efficace alla richiesta di scientificità che assilla il giurista europeo in particolare tra Otto e Novecento; risposta che trova nel metodo storico il suo luogo privilegiato, come s'evidenzia nel saggio dedicato a Raymond Saleilles. Emblematico questo passo riassuntivo delle posizioni del civilista francese: «L'importante è deporre il vecchio paraocchi normativistico per uno sguardo assai più comprensivo, l'importante è [...] "substituer à l'esprit de norme juridique l'esprit de discipline juridique", finirla di condensare il proprio sguardo sulla norma come isolata manifestazione d'una volontà suprema remota e in sé conchiusa, e spostarlo invece alle relazioni fra norma e vita sociale, al contesto in cui la norma convive coi fatti, anzi col progresso dei fatti, e da norma separata diventa disciplina, cioè regola immedesimata col sociale, ordinamento, di esso aspetto insopprimibile perché espressione della sua stessa natura» (I, 312-3). Il che non toglie che Saleilles si accorge a un certo punto dei rischi di arbitrio e di incertezza del diritto che possono scaturire da un abbandono troppo frettoloso della "volontà" del legislatore, contraddizioni che Grossi fa emergere nelle pagine dedicate al giurista francese, il quale si lascia alla fine prendere da timori che egli sottolinea con penna rammaricata: «Dietro le soluzioni coraggiose si profilano spettri sgradevoli: dietro l'equità giudiziale, l'arbitrio incontrollato del giudice; dietro la elasticizzazione della legge ai fatti, l'anarchia giuridica. E a ogni piè sospinto riaffiorano i valori della legalità e della certezza a turbare l'animo di chi pur aveva imboccato con convinzione la strada del nuovo» (I, 331).

Un "nuovo" visto in particolare nella coscienza della unità dell'esperienza e della cultura giuridiche, come gli appare in particolare nel percorso intellettuale e di vita di Tullio Ascarelli, una figura emblematica delle vicende della scienza giuridica italiana a cavallo degli anni della seconda guerra mondiale. Ascarelli serve a Grossi per evidenziare la dimensione della effettività non come qualcosa di estrinseco ed eventuale rispetto al "diritto", ma esattamente come una dimensione che «appartiene all'universo giuridico non meno della validità» (I, 465). Pluralità e unità si compongono in una

dialettica feconda propria dell'esperienza giuridica e la stessa interpretazione viene considerata come opera di una pluralità di attori (posizione, questa, che andrebbe proprio oggi ripensata e attualizzata).

In questa raccolta fondamentale appare Pugliatti (sul quale ritorna anche nel secondo volume [II, 7-32]), che cercando di saldare logica e storia nell'esperienza giuridica pone il problema cruciale della normatività dei fatti storici e dell'aspirazione ad una dimensione logica (che poi significa anche di valore) della norma. Citando Pugliatti: «sembra difficile, allo stato attuale degli studi, poter sostenere che l'ordinamento giuridico si risolva senza residuo nel sistema normativo... l'ordinamento giuridico costituisce una realtà assai complessa, e concreta, quindi originaria: quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore» (I, 552-3). Di qui anche l'attenzione di Grossi per i pratici del diritto, in particolare gli avvocati (cfr. II, 127 ss.): «Che l'avvocatura non costituisca una appendice estrinseca e occasionale ma una dimensione integrante della esperienza complessa di un giurista corrisponde a una tradizione tipicamente italiana, che troviamo già pienamente affermata nel momento sapienziale del nostro medioevo» (II, 131).

Altrettanto fondamentali sono però anche, su due piani differenti (quello del filosofo e quello del costituzionalista), Giuseppe Capograssi e Santi Romano, di cui si cercano poi gli edifici costruiti su quelle fondazioni, come per esempio quello di Orestano (cfr. II, 55 ss.). È in particolare quest'ultimo che elabora il discorso sulla fatticità del diritto, sulla necessità che è alle origini delle norme, sulla socialità del diritto ovvero, come scrive nel saggio su Carnelutti (II, 35), il fatto che «la nostra scienza giuridica non galleggia nell'empireo come una nuvola; è, al contrario, un sapere incarnato, nasce nella vita, nell'esperienza quotidiana». Di qui, ovviamente, la centralità non solo del giurista, ma del giudice, il cui ruolo Grossi esalta citando Calamandrei nelle pagine a lui dedicate: «Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore» (II, 52). Si tratta sempre di rompere la «rigidità legalistica», come scrive nel saggio su Luigi Mengoni (II, 162), ovvero di spostare il baricentro della giuridicità dal legislatore al giudice, semmai con l'ausilio delle clausole generali, le quali «sono incrinature del chiuso auto-referenziale positivismo legale con la implicita delega al giudice a ricercare entro il tessuto della morale e del costume» (II, 171).

L'ultimo saggio del secondo volume è dedicato a G. Zagrebelsky e al suo "diritto mite". Grossi concorda con il costituzionalista torinese nel «disvelarci il sostrato ideologico del cosiddetto Stato liberale coniato dalla modernità, dove l'aggettivo 'ideologico' ha il significato puntuale di una realtà politica che gabella quali valori di una intera comunità quelli che - in concreto - sono soltanto interessi del ceto borghese» (II, 319). Ma ora che non c'è più la borghesia cosa accade? È finita l'ideologia o quella

borghese è stata sostituita da un'altra ideologia, semmai quella globalista basata sui principi e sui "diritti dell'uomo" dilatati a dismisura e abbandonati al libero gioco delle corti? Non è forse ideologia anche questa, politicamente assai discutibile e certo deleteria del bene repubblicano? Lo "Stato costituzionale", che presuppone un testo comunque "rigido" anche se emendabile (perché le costituzioni devono sempre poter essere emendate), cede alla costituzione non in senso "esistenziale", come avrebbe detto de Bonald, ma in senso contingente: viviamo in una forma di Stato oramai post-costituzionale, che a mio avviso è indice di un'epoca di transizione, anche se non breve e tutta formata, contrariamente a quanto dice Grossi – secondo il quale «nel XX secolo riemerge un ideale di giustizia e si riafferma la centralità delle posizioni di dovere» (II, 327) – sull'esplosione incontrollata dei "diritti", di tutti a tutto (che poi vuol dire a niente). C'è una contraddizione evidente nella posizione di Zagrebelsky tra la giurisprudenza per principi – che inevitabilmente trova la sua unica giustificazione nella teologia dei diritti dell'uomo – e l'appello ad una società dei doveri.

In conclusione, questa raccolta di "medaglioni" si dipana secondo un progetto preciso, che è quello di argomentare al fine di sottrarre centralità alla legge e al legislatore per costruire un quadro complesso, vario e plurale di un diritto che si fa a partire dalla coscienza popolare e dalla società civile, nella convinzione che la dimensione autoritaria del diritto si contrappone alla dimensione sociale (I, 436): «Legalità, certezza sono vessilli sbandierati e venerati fin dai tempi dell'illuminismo, più oggetti di culto che strumenti di civiltà giuridica», scrive l'Autore a proposito di Capograssi (I, 653-4). Il diritto non è affare dello Stato, ma questione della vita concreta della gente e dei suoi interessi, rispetto alla quale l'attuazione e l'interpretazione del diritto svolgono un ruolo più importante della fissazione delle norme in codici o in leggi. La posizione di Grossi è tutta dal lato del "diritto vivente", quindi della funzione centrale e produttiva di diritto di chi applica e interpreta la legge, sicché, non a caso, il pur ben giudicato Saleilles non si sottrae al dubbio dell'Autore per quelle incertezze, se non «ipocrisie» (I, 330), cui è costretto dal voler comunque salvare il ruolo della legge formale rispetto alla prassi interpretativa. Ugualmente, nel saggio su Bobbio autore de *La consuetudine*, Grossi è felice di scavare nelle pagine bobbiane per estrarvi tutti i dubbi che quel Bobbio, ancora non convertito al positivismo kelseniano (dal quale comunque si allontanerà già negli anni Settanta), manifesta rispetto all'assolutismo della legge e dello Stato (cfr. II, 92 ss.).

Resta il fatto che non sempre il richiamo alla "concretezza" e alla vita si è tradotto in un progresso del diritto; la funzione creativa affidata ai giudici (visti come scienziati del diritto) è stata argomentata forse al meglio negli anni Trenta del Novecento in Germania, per esempio da quel Franz Wieacker (certo illustre giurista) cui Grossi dedica un saggio e per il quale alla base dell'attività del giudice, egli scriveva nel 1938, c'è «oggi la concezione per cui il diritto non si esaurisce nella decisione delle controver-

sie, ma ha compiti di formazione del reale» (I, 351). Di quale formazione si trattasse all'epoca credo sia noto a tutti. In quegli anni, forse, una certa cura della legalità non avrebbe nuociuto al popolo tedesco, semmai anche proprio quella «vecchia ottusa legalità» (I, 655) che Grossi non senza ragioni rifiuta, ma il cui superamento è possibile certo in nome di «un principio di giuridicità», che non può però non tradursi in una nuova, intelligente forma legale, quella forma legale che è stata sostituita dall'incertezza e dal pressapochismo, se non dall'arbitrio di una volontà che nella sua "antipoliticità" e nel suo disprezzo delle forme e delle regole esprime la peggiore politica oggi possibile, dove la necessità non si fa diritto, ma produce mostri, la socialità langue nel disgregarsi di ogni tessuto moralmente valido, i fatti sono antistorici, lo Stato, che dovrebbe mettere in forma necessità e bisogni sociali, diventa evanescente per la sua impotenza (spesso reale, talvolta indotta). Ciò di cui abbiamo oggi bisogno è certo una società matura, viva e fervida, ma anche uno Stato nuovo e una nuova, forte, legittima legalità. Il fastidio di Romano per le "carte dei diritti" può anzi ben essere l'inizio di una nuova teoria del diritto, che criticando le astrazioni "giuridiche" riporti al centro la politica, senza la quale il diritto è forma vuota e impotente. Se è vero che «la genesi della nozione di 'esperienza giuridica' si connette indissolubilmente alla crisi dello Stato moderno», come osservava Enrico Opocher (cfr. I, 634), è un fatto che questa crisi, lungi dal generare certezza e conoscenza, produce sempre più, nel contesto contemporaneo, incertezza e decadenza; incertezza morale e decadenza di civiltà.

Agostino Carrino

Schmittiana

Non v'è dubbio che la letteratura su Carl Schmitt si amplierà ancora per qualche tempo più o meno a dismisura, come già accade da qualche anno. Mentre l'interesse per Hans Kelsen si è andato infatti smorzando, anche perché Kelsen si è trasformato in strumento facile per scrivere libri con finalità concorsuali (come è accaduto per parecchi anni in Italia con il Titolo V della costituzione dopo il 2001: come commissario ai concorsi ho potuto constatarlo *de visu*). Se quindi Kelsen si è in qualche modo inflazionato da più punti di vista (naturalmente con le debite eccezioni, come ad esempio il libro di Ferrajoli su *La logica del diritto*, che discuterò nel prossimo numero di questa Rivista) – per Schmitt il discorso è diverso perché, a ben vedere, a tutt'oggi manca un libro che esponga e soprattutto *chiarisca* Schmitt in quanto teorico del diritto e della politica nel suo insieme e nella sua essenza. Anche un libro importante come quello di Hasso Hofmann non ha portato alla luce il nocciolo intellettuale e spirituale di Schmitt al di là (o al di qua) delle sue estrinsecazioni letterarie. Il rischio nel quale sono caduti molti studiosi del pensiero di Schmitt è stato infatti quello di esporre, di regola cronologicamente, i contenuti delle opere senza porsi il problema preliminare di una sintesi superiore, che di regola viene affi-

data a considerazioni finali. Forse l'unica eccezione – indipendentemente dall'assenso che si può dare all'interpretazione – resta ancora l'articolo di Karl Löwith degli anni Trenta sullo Schmitt "occasionalista".

Naturalmente non è facile arrivare al nocciolo di un pensiero che per molti aspetti si traveste e si maschera deliberatamente, anche a fini di occultamento di tratti della propria (ambigua) personalità. Schmitt resta ancora oggi quella «sfinge» di cui parlava Erich Schwinge negli anni Venti e ciò anche proprio perché non si è ancora svelato l'enigma che questa "sfinge" pone ai giuristi. Senza dubbio un ausilio importante a tal fine è ora costituito dal recente lavoro di Volker Neumann, già autore di un altro libro dedicato a Schmitt negli anni Ottanta e ciò anche perché si occupa specificamente del suo Autore in quanto giurista, come appunto egli stesso voleva essere considerato; si tratta di:

VOLKER NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 618.

Questo ponderoso saggio costituisce indubbiamente un passo avanti importante verso la comprensione approfondita di Schmitt, non solo perché dichiaratamente dedicato allo Schmitt *giurista*, ma perché la lettura che Neumann fa del suo Autore è quanto mai neutra, se così si può dire, cercando egli di capire il contributo che il giurista di Plettenberg può aver dato – oltre la dimensione politologica, teologica, letteraria, ecc. – alla dogmatica giuridica.

Il libro è diviso in una parte introduttiva, una dedicata ai "fondamenti", un'altra a "Stato, politica, diritto costituzionale", una quarta alla "teoria dello Stato forte", poi ai "tempi cupi", al "diritto internazionale e relazioni internazionali", per finire con lo Schmitt degli ultimi anni ed una conclusione. Il pregio del lavoro di Neumann risiede, a mio avviso, nel fatto che egli legge Schmitt sullo sfondo dei suoi antagonisti e in dialettica con loro, che è poi l'unico modo produttivo per studiare le tesi di questo autore; naturalmente, tra i suoi antagonisti, risalta, sotto molteplici e anche differenti punti di vista, Hans Kelsen, proprio in quanto teorico (sia pure critico) del positivismo giuridico, di cui Schmitt da questo lavoro, molto ricco e dettagliato, emerge come il grande nemico. Così conclude Neumann: «Certamente Schmitt appartiene alla storia della scienza del diritto pubblico e della teoria del diritto. Non si può però dire che egli abbia posto i fondamenti di queste discipline, anche se questo potrebbe essere stato il caso nella scienza politica» (564). Proprio Neumann, tuttavia, porta molte prove dei contributi, non sempre irrilevanti, che l'antipositivista Schmitt (nella linea di Laband perché a questi opposto) portò a diversi istituti della dogmatica giuridica. Per Neumann i contributi di Schmitt al diritto internazionale sarebbero invece stati di scarso rilievo, anche se si tratta di un punto che potrebbe essere discusso. Come che sia,

il libro di Neumann va ascritto ai contributi fondamentali sul pensiero di Carl Schmitt.

Accanto ai saggi sul pensiero di Schmitt va anche ricordata la pubblicazione dei carteggi del giurista di Plettenberg con vari esponenti della cultura del suo tempo. Spesso questi carteggi hanno un senso più per chi ha intenzione di lavorare e scrivere su Schmitt che in sé, ma non di rado essi servono anche a ricostruire la temperie culturale di quegli anni, specialmente quelli turbolenti di Weimar e del nazismo. Tra questi carteggi un particolare significato di testimonianza riveste quello con un suo allievo prediletto, Ernst Rudolf Huber:

CARL SCHMITT-ERNST RUDOLF HUBER, *Briefwechsel 1926-1981*, Mit ergänzenden Materialien, hrsg. von Ewald Grothe, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pp. 617.

Che Schmitt nutrisse per Huber un particolare interesse, sia dal punto di vista scientifico sia da quello umano, appare evidente da queste lettere. Entrambi i giuristi provenivano da quell'ambiente politico-intellettuale che si ricorda sotto il nome di "rivoluzione conservatrice": cristiani e conservatori, con un'attenzione al mondo del sociale e quindi anche, per certi aspetti, rivoluzionari. Sia Schmitt sia Huber aderiscono al partito nazionalsocialista il 1 maggio 1933 e le loro lettere, da un certo punto fino alla fine del 1940, si chiudono con il prammatico "Heil Hitler". È tuttavia significativo che di politica, in questo carteggio, si parli poco, anche quando l'oggetto è comunque, direttamente o indirettamente, politico. Altrettanto significativo, però, che dal 1939 l'attenzione si concentri su temi sostanzialmente scientifici e non più solo di forma, quella forma che nei primi anni del regime doveva limitarsi a racchiudere, più o meno, prese di posizione politiche indiscutibili. Da notare anche il fatto che i due giuristi prestano un'attenzione vigile alla letteratura giuridica italiana, segno di una simbiosi culturale che sarebbe poi andata svanendo nel dopoguerra, in particolare per quanto riguarda il versante tedesco.

Il curatore, prof. Grothe, ha avuto l'ottima intuizione di accompagnare il carteggio, da pagina 400 alla fine, con delle appendici che raccolgono le recensioni di Huber a lavori di Schmitt, abbozzi autobiografici e prese di posizione di Huber. In particolare le *Buchsprachungen* – spesso veri e propri saggi – rivestono una particolare importanza per gli studiosi del pensiero schmittiano. Segnalo tra l'altro la discussione di *Positionen und Begriffe*, un articolo del 1941, dove Huber ascrive il libro di Schmitt del 1912, *Gesetz und Urteil*, alla sua fase normativista (cfr. 453-4), mentre in una lettera del 4 febbraio 1940 Schmitt contesta questa tesi affermando che si tratta di un libro che a lui «appare già molto decisionista, non più normativista» (277).

Un altro volume di corrispondenze è quello relativo alla famiglia Sombart: Werner, Corina e Nicolaus:

MARTIN THIELE (Hrsg.), *Schmitt und Sombart. Der Briefwechsel von Carl Schmitt mit Nicolaus, Corina und Werner Sombart*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 263.

Carl Schmitt ebbe occasione di conoscere Werner Sombart, l'autore de *Il borghese* e dei lavori sugli ebrei e la vita economica, a Berlino; dal 1928 fino alla morte, nel 1941, ebbe una corrispondenza e una frequentazione assai più intensa con la moglie rumena, Corina, e il figlio Nicolaus. In sé questa corrispondenza non contribuisce più di tanto alla dimensione scientifica del pensiero di Schmitt, ma molto dice invece su quella struttura emotiva e intima di un signore che spesso non distingue tra le sue preferenze soggettive e la "verità" dottrinale. Schmitt fu senz'alto un gigantesco narcisista, il cui egocentrismo talvolta si rovescia sui suoi scritti. Nel *Glossario Wener Sombart* è definito un "pagliaccio", forse perché traboccava in Schmitt il risentimento per un uomo che aveva una bella e ricca moglie alla quale forse non era personalmente insensibile. E resta un fatto che anche il figlio di Werner e Corina, Nicolaus, col passare del tempo, trasforma i suoi sentimenti verso il "paterno" Schmitt in una forma di risentimento, come appare nella seconda edizione del suo *Jugend in Berlin* (1991). Come che sia, sui rapporti Schmitt-Sombart si diffonde nella sua brillante postfazione Martin Thiele, alla quale rimando.

Da ricordare tra le appendici solo il "ritratto improvvisato", una poesia della bella rumena Corina dedicata a Schmitt, dalla quale cito un brano: «La politique n'est pas son fort / Et si on sonde bien le secret / Cela s'explique par l'intérêt / Qu'il porte au monde de l'idée / En negligéant de l'appliquer / A notre réalité» (226).

Vanno qui però anche ricordati i primi tre volumi finora pubblicati di *Schmittiana*, la nuova serie di volumi sulla vita e l'opera di Carl Schmitt, che segue la prima serie curata dal compianto Piet Tommissen, il curatore del carteggio con Norberto Bobbio da me pubblicato nel 1995 e ristampato in questa Rivista:

SCHMITTIANA, Neue Folge, Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts, Band I, hrsg. von der Carl-Schmitt-Gesellschaft, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 343.

Innanzitutto, questo tomo raccoglie alcune recensioni di Schmitt a lavori pubblicati negli anni Venti, di Kjéllen, Anschütz ed altri, un'attività che Schmitt amava, ma che era stata finora tralasciata dagli studiosi, con alcune eccezioni relative specialmente al primo periodo della sua vita scientifica (le recensioni a Binder, Vaihinger e qualche altro). Non mancano carteggi (un'attività cui Schmitt si dedicava con passione), qui con Erwin Jaconi, Waldemar Gurian e Lily von Schnitzler. Da segnalare anche l'interessante saggio di Martin Tielke sulla biblioteca di Schmitt, che com'è noto fu sequestrata dagli americani nel 1945 e successivamente

restituita. Vengono qui anche riprodotte alcune pagine di libri letti e commentati da Schmitt, talvolta con pungenti ritrascrizioni dei titoli, come il *Saggio su Wagner* di Adorno, riscritto in "Morte a Wagner".

SCHMITTIANA, *Neue Folge, Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Band II, hrsg. von der Carl-Schmitt-Gesellschaft, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pp. 316.

Questo ricco volume contiene innanzitutto un interessante saggio di Schmitt, una conferenza risalente al febbraio 1933, su *Bund, Staat und Reich* (7-51). Si tratta di un tema classico nella dottrina dello Stato tedesca tra Otto e Novecento, alle prese con una realtà istituzionale complessa, tra le vecchie statualità, il nuovo, Il Reich di Bismarck e poi l'ordinamento di Weimar, con le sue tendenze federaliste. Concetti che Schmitt definisce sempre come forniti di una specifica realtà, sicché «distruggendo un concetto posso distruggere un Impero» (22). Le pagine qui stampate presentano un particolare interesse anche perché mostrano la passione di Schmitt per il nesso storia-dottrina, a partire almeno da Hegel (filosofo dello Stato prussiano), qui più volte citato in merito al suo famoso saggio sulla costituzione della Germania. Per Schmitt appare evidente che «il nocciolo dello Stato sta nel cd. esecutivo» (38), perché la natura dello Stato, che nella modernità ha dissolto le altre forme di organizzazione politica monopolizzando il Politico, è la sua capacità di decisione.

Seguono alcuni carteggi: le lettere di Kurt Wolzendorff a Schmitt (1920-1921), la corrispondenza con Walter Jellinek (1926-1933), con Spranger, Alois Dempf, Theodor Litt, Eric Voegelin. Viene riportata anche una lettera di Heidegger a Schmitt dell'agosto 1933. Il volume si accentra però sulla corrispondenza di Schmitt con Joachim Ritter, curata da Mark Schweda.

Il terzo e finora ultimo volume pubblicato è invece in gran parte dedicato alla corrispondenza di Schmitt:

SCHMITTIANA, *Neue Folge, Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Band III, hrsg. von der Carl-Schmitt-Gesellschaft, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, pp. 364.

La corrispondenza raccolta è quella di Schmitt con vari economisti e sociologi suoi contemporanei, tra i quali Lederer (l'autore de *Lo Stato delle masse*), Salomon e Tönnies; di particolare interesse, non solo contingente, sono le lettere di Tönnies, relative tra l'altro ad un congresso di sociologia cui partecipò, quale co-relatore sul tema della democrazia, anche Hans Kelsen, nel 1927. Ma anche le altre corrispondenze (con Brinkmann, Salin, von Beckerath), a parte com'è ovvio molte espressioni e formule di circostanza, servono a far capire come negli anni Venti del Novecento Schmitt avesse acquistato una posizione di tutto rispetto nel mondo scientifico tedesco.

Precedono i carteggi tre articoli praticamente inediti di Schmitt, perché finora mai ristampati: *Grundsätzliches zur Verfassung des deutschen Reiches* (1929); *Verfassungsrechtliche Fragen der Gegenwart* (1930) e *Öffentlichkeit* (1930). Nel primo saggio, dove si difende il ruolo del Presidente del Reich ex art. 48 RV, si conclude con un brano che merita di essere riportato, perché di sicura attualità: «Rappresenta però appunto l'essenza di ogni democrazia che il popolo stesso decida sul suo destino e assuma su di sé il rischio della propria decisione, per la sua fortuna, se possiede istinti politici forti e giusti, per la sua rovina, se i singoli cittadini e gruppo sociali non sono in grado di realizzare con l'azione l'idea di una unità del popolo superiore a tutti loro» (10). L'idea di unità è infatti il principio elementare della filosofia giuridica di Schmitt; oggi prevale l'idea di "pluralismo" e di pluralità, spacciata senz'altro per un progresso di civiltà, cosa che lo sarebbe effettivamente se la pluralità non andasse disgiunta dalla necessaria unità politica, almeno tutte le volte che è in gioco la salvezza di una nazione.

Chiude il volume un saggio di Reinhard Mehring sulla nuova edizione del *Hüter der Verfassung*, cui evidentemente Schmitt, anche nella Repubblica federale, attribuiva un'importanza centrale nella sua produzione e nella continuità della problematica.

Questi primi tre volumi sono stati curati dalla Carl-Schmitt-Gesellschaft, di recente fondazione e con sede presso la Casa editrice Duncker & Humblot di Berlino. Tra le attività della *Carl-Schmitt-Gesellschaft* segnaliamo anche le "Vorlesungen" e il suo primo titolo:

HORST BREDEKAMP, *Der Behemoth. Metamorphosen des Anti-Leviathan*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, pp. 117.

L'autore, H. Bredekamp, è professore di storia dell'arte alla Humboldt-Universität; in questo piacevole e istruttivo volumetto, riccamente illustrato, egli ripercorre le vicende della figura del mostro terrestre Behemoth, contrapposto a quello marino, il più noto Leviathan. Partendo dalle pagine bibliche arriva, attraverso Blake e altri, a quelle di Schmitt e di Neumann. Behemoth, scriveva Schmitt, è il simbolo della «forza anarchica e rivoluzionaria dello stato di natura», contrapposta all'immagine tipica dello Stato moderno a partire da Hobbes, criticato per aver invertito la simbologia terra-mare.

Segnaliamo infine un volume dei Taccuini o Diari di Schmitt:

CARL SCHMITT *Der Schatten Gottes Introspektionen. Tagebücher und Briefe 1921 bis 1924*, hrsg. von Gerd Giesler, Ernst Hüsmert und Wolfgang H. Spindler, Berlin, Duncker & Humblot, 2014 pp. 601.

Questo volume si ricollega ad altre pubblicazioni della Duncker & Humblot, ovvero i "Taccuini" degli anni 1912-1915, 1915-1919 e 1930-1934, tutti lavori frutto tra l'altro di una fatica non indifferente per quanto riguarda la decifrazione della stenografia che usava Schmitt. Si tratta

di appunti relativi ad aspetti della vita intima di Schmitt, che ovviamente possono suscitare perplessità sulla opportunità della loro pubblicazione. Da più parti si è già sollevato infatti il dubbio sull'utilità di queste pagine per la valutazione del significato scientifico dell'opera di Schmitt. I curatori sembrano rispondere anticipatamente a questi dubbi scrivendo: «Questo materiale aiuta a meglio comprendere il contesto di vita del suo [di CS] pensiero e delle sue ombre inserendolo nella interpretazione di questo pensiero». In effetti, Schmitt sembra vivere e pensare nel suo proprio contesto vitale, fatto di esperienze e di contatti personali, contesto dal quale trae alimento per le sue riflessioni.

Anche la sua vita intima può allora aiutare a comprendere meglio, pur nelle sue contraddizioni (molte pagine mostrano uno Schmitt intimamente romantico) e forse anche nelle sue ipocrisie e i suoi opportunismi, la complessa attività intellettuale di Schmitt, al fine di separare sempre più nettamente ciò che è vivo e ciò che è morto nel pensiero di questo testimone del Novecento, attento agli eventi della storia, ma anche - e molto - a come dormiva e a quanto e cosa mangiava, tra l'altro con una particolare attenzione al denaro, che non doveva abbondargli, essendo Schmitt amante dei viaggi, dei caffè e dei ristoranti, al punto che il lettore è spinto a pensare dove Schmitt trovasse il tempo per leggere, scrivere e insegnare. Premesso che si tratta di un contributo oggettivamente rilevante alla conoscenza della figura di Carl Schmitt, per il quale vanno ringraziati i curatori, va anche detto che se, da un lato, sarà utile leggere le note relative agli anni delle singole pubblicazioni di Schmitt, va anche però avvertito il lettore che l'uomo Schmitt, quale emerge da queste pagine, non si segnala certo per la simpatia che suscita.

Agostino Carrino

T.R.S. ALLAN, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 361.

Questo libro di Trevor Allan rappresenta una difesa del costituzionalismo di *Common law* che può essere di utilità e di interesse anche per il giurista continentale, dal momento che il riferimento "legale", ovvero di tipo positivista tradizionale, sembra sempre più cedere alla forza dei "principi" e dei "valori", che di fatto vengono collocati anche al di sopra delle costituzioni in nome dei diritti dell'uomo immaginati come una tavola di valori sovrastorica. Tuttavia, ciò che nel costituzionalismo britannico è la tradizione giurisprudenziale e consuetudinaria non è certo immediatamente confrontabile con la giurisprudenza costituzionale di *Civil law* fondata sui principi, secondo le tesi di Ronald Dworkin, che presuppongono una concezione sostanziale (egualitarista) della *rule of law* (cfr. 124 ss.).

Il fondamento morale cui si richiama Allan appare, alla luce delle sue complesse argomentazioni, un fondamento anche di morale positiva, mentre la morale di Dworkin è più ciò che appare "giustificato" da un

ragionamento puramente astratto, di tipo razionalistico. I principi di Allan che sono visti essere alla base della costituzione britannica sono piuttosto un insieme coerente di norme proprie della *rule of law*, della supremazia legislativa e della tecnica propria della separazione dei poteri, secondo la specifica tradizione dello Stato di diritto liberale, anche se in ultima analisi è pur sempre il giudice il punto finale di riferimento per la determinazione della "sovranità" del diritto nel suo insieme.

Allan parte dalla distinzione di Hart tra punto di vista interno e punto di vista esterno, scegliendo dichiaratamente quello interno, ovvero quello del giurista. Per Allan, come per Dworkin, si tratta di interpretare dall'interno delle norme giuridiche, le quali rispondono di fatto a criteri generalmente approvati dai membri dell'ordinamento, criteri che però vengono necessariamente "chiariti" dal ruolo interpretativo supremo che si deve ascrivere ai giudici: «Proprio come abbiamo bisogno di un parlamento per risolvere i nostri contrasti su molti aspetti della nostra vita politica e sociale, così dobbiamo affidarci ai tribunali per far valere il diritto così come essi lo intendono, anche quando dubitiamo della correttezza della loro interpretazione» (36).

La sovranità del diritto rischia allora anche in Allen di tradursi nella sovranità dei giudici; nel sistema costituzionale britannico, dove manca una costituzione rigida e quindi anche una Corte costituzionale nel senso europeo o americano, questa sovranità del diritto/dei giudici non presenta rischi eccessivi per una concezione democratica, anche se ogni sottrazione di materie "politiche" alla giustiziabilità viene esclusa in nome di una *rule of law* estesa al massimo. La responsabilità politica cede al principio della legalità, ovvero di una giustiziabilità ampia in nome di una assoluta "sovranità del diritto".

Non v'è dubbio che la prassi inglese di esclusione di una specifica "giurisdizione amministrativa" – di cui in Italia abbiamo una tutt'altro che positiva esperienza – in nome di una generalità della legge cui nessuno può e deve essere sottratto, è un principio che andrebbe quanto più possibile esteso ai paesi di *Civil law* in nome di una uguaglianza di trattamento dei singoli anche nei confronti dell'amministrazione. Resta il fatto che le differenze restano e che se tesi di estremo positivismo come quella di Griffith – per il quale la costituzione «non è altro che ciò che accade» – sono discutibili, altrettanto discutibili sono tutte le posizioni, sia nei paesi di *Civil law* sia in quelli di *Common law*, che riducono il diritto (e la politica) alla morale, cancellando le differenze tra i vari ambiti della vita. Per Allan devono essere le corti a decidere in ultima istanza, secondo una concezione "larga" della *rule of law*, che non la considera un limite esterno al diritto, ma una qualità intrinseca del diritto, specificamente della *Common law*: «The rule of law is an ideal that informs and characterizes our concept of law: we see the nature and point of law, as a form of systematic state regulation of persons and property, when we grasp the underlying idea of legality as a basic moral and political value. Law and liberty are closely connected values» (89).

Rule of law e libertà, per evitare ogni discrezionalità dei poteri (siano essi legislativo o esecutivo), implicano l'attività di un giudice imparziale e indipendente. Si tratta di una visione dello Stato di diritto o della *rule of law* fondata, nel caso di Allan, su una concezione – a parte il riferimento quasi d'obbligo a Kant – simile a quella di Hayek, che lega la legge alla libertà e distingue tra leggi in senso proprio e “cosiddette leggi”, ovvero quelle che noi chiameremmo leggi-provvedimento, o atti amministrativi illegittimi perché sottratti alla giustiziabilità di una corte. Anche se, indubbiamente, la visione liberale in senso hayekiano (ma qui forse anche in quello di Oakeshott) ha il vantaggio di garantire una pluralità di comportamenti etici differenti sotto la legge generale e astratta (di contro, quindi, ad ogni visione del politicamente corretto imposto da decisioni giudiziarie), questa concezione non fa i conti con le trasformazioni reali che nel frattempo si sono prodotte, con tutte le inevitabili fratture del tessuto morale delle nazioni. Allan sostiene giustamente che «è inerente all'ideale della *rule of law* che la gente possa vivere secondo i suoi propri valori etici, premesso che le loro azioni siano compatibili con altre persone aventi la stessa libertà». Ciò implica una limitazione strutturale di ogni potere, compreso, per esempio, quello dei parlamenti, ovvero una limitazione strutturale della sovranità. Il problema è che in questa limitazione il rischio è che possa andare perduta la sovranità in quanto tale, la quale non è mai assoluta, ma sempre relativa. In altri termini, la critica della sovranità assoluta implica in questo caso una perdita di sovranità, che non è nemmeno nelle intenzioni degli hayekiani. La sovranità dello Stato, all'interno e all'esterno, non implica che il suo esercizio violi i diritti costituzionali fondamentali, ma, esattamente al contrario, solo una sovranità effettiva, ovvero un'autorità reale del potere statale nelle sue articolazioni proprie dello Stato di diritto, garantisce quei diritti. Allan difende lo Stato di diritto e il principio di legalità in termini fondamentalmente kantiani che non prendono tuttavia conto della crisi oggettiva dello Stato di diritto e dell'idea di legge in generale; egli scorge il pericolo soprattutto nei poteri esecutivo e legislativo e tralascia, sulla scia di Hayek, il rischio della tirannia delle corti: «Intesa correttamente, scrive Allan altrove (*The Rule of Law*, in D. DYZENHAUD and M. THORBURN (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 215), la *rule of law* non è uno scudo contro l'abuso del diritto, come viene talvolta dipinta. Essa è l'ideale morale del governo secondo la legge nel suo significato primario – nel significato in cui essa fa rispettare uno schema di diritti e doveri che fornisce ad ogni singolo un ambito di libertà, garantito dalla minaccia del dominio o dei pubblici funzionari» (cfr. anche 93 ss.).

Questa concezione e la sua giustificazione dottrinale ha una logica, ma presuppone, anche per quanto riguarda la *Common law*, apparati per così dire “ligi al dovere”, ovvero che agiscono entro i limiti dei loro poteri per la realizzazione del bene pubblico (95). È il diritto che garantisce la nostra libertà, ma la domanda che sorge spontanea è questa: su quale for-

za questo diritto può contare per garantire libertà e diritti? E cosa dobbiamo intendere per libertà e diritti? Domande che non mettono in discussione il senso del ragionamento di Allan, ma vogliono storicizzarne il senso nella misura in cui, oggi, libertà e legalità sono valori radicalmente minacciati. La legalità «è un ideale prezioso del costituzionalismo» (105) e sta tutta dentro il diritto, sicché ogni limitazione “giuridica” di una sfera privata non è per l'appunto giuridica, ma solo arbitrio, per cui non il Parlamento (britannico) è sovrano, ma sempre e solo il diritto, ovvero le leggi squisitamente tali e non le “pseudo-leggi” cui si riferisce Hayek. «Al centro dell'ideale della legalità sta il concetto della giurisdizione secondo regole note e principi stabiliti» (107). Per Allan, come per Hayek, il giudice non ha discrezionalità (a differenza del legislatore e del governo), essendo un anello di una catena gerarchica. Di conseguenza, la stessa attività politica e amministrativa dovrebbe essere condotta da «principi determinati giudizialmente» (108). Hayek and Dicey vengono letti da Allan come sostenitori di un ideale di *rule of law* del tutto coerente con la costituzione britannica effettiva.

La *rule of law* è dunque la giustificazione ultima sia dell'autorità legittima di governo sia dell'obbligo del cittadino all'obbedienza in una visione generalmente kantiana tesa a dimostrare un'affermazione di Dicey: «If the sovereignty of Parliament gives the form, the supremacy of the law of the land determines the substance of our constitution» (207). Anche il giudice che controlla la costituzionalità degli *statutes* (la *High Court*) assolve al suo ruolo solo se resta nei confini posti dalla costituzione (scritta o meno qui non importa). Qui non possiamo ripetere le argomentazioni di Allan; osserviamo solo che la differenza tra il sistema britannico e quello continentale, ma anche americano, con una costituzione scritta e rigida e una Corte costituzionale deputata al vaglio della costituzionalità delle leggi, non ha impedito che il giudice delle leggi si ergesse al di sopra del testo (venendo meno al principio della *rule of law* quale enfatizzato da Allan sulla scorta del *Diritto amministrativo* di Wade: cfr. 213), attraverso la sua interpretazione basata su principi (proprio nell'ottica di Dworkin), determinando una rottura dell'equilibrio dei poteri che invece appare ad Allan fondamentale per la difesa della *rule of law*, intesa quest'ultima come una sostanziale democrazia costituzionale, che preliminarmente vieta ogni discrezionalità senza restrizioni (cfr. 212 ss.).

Non v'è dunque una sovranità assoluta del Parlamento né una discrezionalità amministrativa che si sottragga al giudizio delle corti. Il principio generale della sovranità del diritto si impone annullando ogni ipotesi di attività *ultra vires*. Ma l'originalità della posizione di Allan consiste nel cogliere, specificamente, anche le limitazioni che devono essere imposte al potere giudiziario, che pure, *prima facie*, sembrerebbe porsi come il custode assoluto della costituzione. Per Allan la natura della *Common law* consiste invece nell'essere «a continuing argument over fundamental questions of legality and legitimacy—an argument stimulated in practice by ever-

present threats to constitutionalism and good governance». Il diritto, continua Allan, «non può essere identificato con ciò che una maggioranza di giudici [...] attualmente accetta o afferma [...] Il diritto è piuttosto il prodotto di un *giudizio* ponderato nel quale il principio generale è utilizzato per i fatti distintivi di casi particolari, creando una conciliazione tra finalità di governo, da un lato, e limiti della legalità, dall'altro» (230).

Si tratta in definitiva di un libro che questa recensione non può restituire nella ricchezza delle sue argomentazioni, discutibili o meno che siano. Soprattutto, la tesi fondamentale, secondo cui la democrazia «deve essere intesa come consistente non solo nella deliberazione di assemblee legislative rappresentative, ma nel discorso morale che l'accompagna tra cittadini liberi ed eguali. Quel discorso abbraccia sia la deliberazione democratica sia l'interpretazione giuridica; ed è un processo argomentativo che può essere inteso solo dall'interno – da coloro i quali vi aderiscono in uno spirito di partecipazione, forgiando e riformando il suo contenuto e le conclusioni nell'atto stesso di cercare di articolare una comprensione» (331); soprattutto questa tesi, dicevo, può essere intesa come l'inizio di una nuova discussione, per la quale, a dire il vero, il punto di vista "esterno", che Allan ha pregiudizialmente messo da parte, forse tornerebbe nel dibattito con tutte le sue prerogative e la sua implicita conflittualità, secondo una prassi che lo stesso Allen ammette quando (cfr. 210) si richiama ai valori che sottendono il diritto pubblico come ciò che più conta.

Agostino Carrino

ANDREAS ANTER, *Max Weber und die Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 240.

Questo nuovo libro di Andreas Anter, fine conoscitore dell'opera di Max Weber, rappresenta un contributo assai rilevante alla letteratura su Weber e sulla sua sociologia dello Stato. Emerge da queste pagine la figura di uno studioso, Weber appunto, la cui disciplina, la sociologia, si palesa debitrice in aspetti non irrilevanti della metodologia giuridica; si può anzi dire che senza la dottrina dello Stato e la dottrina del diritto pubblico a lui contemporanee Weber non avrebbe potuto elaborare la sua specifica concezione dello Stato come fenomeno tipicamente moderno, ovvero come soggetto dotato del monopolio della forza.

Appare evidente, da questo lavoro, al tempo stesso l'influsso di Georg Jellinek e della sua concezione dei "due lati" dello Stato, ma anche il superamento, da parte di Weber, di alcune posizioni jellinekiane, in particolare per quanto concerne la questione della legittimità dell'agire "orientato allo Stato" e il rapporto tra diritto e politica.

Certo, i temi e gli autori trattati, compreso Weber, possono apparire lontani se le problematiche sul dominio (*Herrschaft*), sulla forza, sul rapporto governati-governanti vengono messe a confronto con lo Stato cosiddetto "aperto" e per di più in crisi qual è lo Stato contemporaneo; se ne

accorge lo stesso Anter, che in due capitoli tratta l'influsso della sociologia dello Stato di Weber sulla costituzione tedesca e la mette a confronto con le tematiche della "governance" europea dei nostri giorni, cioè con un'epoca nella quale il dominio e le relazioni di dominio (politico) in senso tradizionale sembrano appartenere ad una fase superata della vita associata. Già Luhmann aveva ammonito a non far uso del concetto di *Herrschaft*; ciò nonostante, sia pure ex negativo, di questa terminologia è difficile fare a meno, come è difficile fare a meno, ancora oggi, del concetto di Stato (cfr. 188 ss.). Anter è convinto che lo Stato non è morto e che proprio anche la concettualizzazione weberiana può essere ancora oggi di ausilio. E credo che si tratti di una posizione sulla quale si deve convenire e a partire dalla quale anche questo recensore è più volte intervenuto (rinvio per ultimo al mio A. CARRINO, *Dopo le costituzioni. Legalità e legittimità nella crisi dello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017).

Il libro si articola in più capitoli, dedicati ai maggiori giuristi e teorici dello Stato contemporanei di Weber: Georg Jellinek, innanzi tutto, poi Rudolph Sohm, Carl Schmitt. Hermann Heller, Rudolf Smend e Karl Löwenstein. Particolare significato riveste il contributo dedicato all'influsso di Sohm, finora non sufficientemente evidenziato nella letteratura weberiana.

Ogni capitolo mette in rilievo un particolare aspetto della tematica: con Sohm si tratta della modernità dello Stato quale evento posteriore alla Riforma protestante e quindi anche del concetto di *carisma*; con Heller, «weberiano esitante», che se da un lato imputava al neokantismo, quindi anche a Weber, la crisi dello Stato, dall'altro non poteva sottrarsi al fascino delle categorie weberiane e al metodo storicizzante, del concetto di Stato; con Schmitt del rapporto tra legalità e legittimità; con Smend della effettività dello Stato, che andava sottratta alla pura formalizzazione cui anche qui il neokantismo aveva confinato il fenomeno "Stato"; con Löwenstein di una teoria politica che si emancipa sempre più dalla tradizione weberiana, che cercava di comprendere scientificamente il rapporto tra monopolio statale della forza e ordinamento del moderno Stato di diritto.

Agostino Carrino

MATTHIAS ARMGARDT u. **TILMAN REPGEN** (Hrsgg.), *Naturrecht in Antike und früher Neuzeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 189.

Il volume raccoglie gli atti di un Simposio dedicato a Klaus Luig per il suo 75. compleanno. Si tratta di scritti che trattano questioni discusse dal Jubilar, esperto di storia del diritto naturale. Ma non solo il diritto naturale nell'antichità e nella modernità viene qui affrontato; il saggio di C. Becker, ad esempio, discute il concetto di sistema nella formazione dei codici, mentre il ruolo della ragione nel processo di formazione e di conoscenza del diritto è affrontato anche in altri contributi. Si segnalano in particolare il saggio di M. Armgardt sul diritto naturale nella Bibbia e nel Talmud,