

popolo: a torto o a ragione, il popolo, da noi, si è abituato a vedere nella propria assemblea parlamentare l'organo normale e per eccellenza qualificato della sovranità nazionale. Non è facile risalire una simile corrente e riuscire a capovolgere un passato la cui forza politica è consolidata da tali abitudini spirituali. E — per esprimerci in termini giuridici — non è impresa da poco quella di ricondurre, nel nostro sistema di diritto pubblico, il parlamento al rango di una *semplice autorità* che, al pari dell'esecutivo e del corpo giudiziario, esercita le proprie funzioni sotto l'impero di una legge costituzionale che rimarrebbe solo l'atto di volontà primitivo, fondamentale ed effettivamente limitativo del vero sovrano.

E, tuttavia, è questa la trasformazione — possiamo dire lo sconvolgimento — attraverso il quale dovrebbero passare i nostri concetti e le nostre istituzioni affinché sia possibile introdurre nel nostro regime organico un procedimento di controllo giurisdizionale che garantisca la subordinazione e la conformità delle leggi alla costituzione. Finché lo spirito pubblico resterà dominato dall'idea che il parlamento concentra in sé legittimamente il potere di esprimere la volontà generale e finché quest'idea si troverà implicitamente consacrata, sul piano legislativo, dalla nostra stessa costituzione, non si vede infatti, come, in pratica, un qualunque tribunale — fosse pure reclutato dal seno dei corpi politici più cospicui e rafforzato nel suo prestigio dalla partecipazione delle personalità più eminenti nel campo giuridico — possa discutere, sia pure in seguito a ricorso contenente censure d'incostituzionalità, e ancor meno tenere in iscacco deliberazioni legislative che, in ragione della qualità rappresentativa delle camere, vengono considerate come la manifestazione stessa della volontà legislativa in atto del popolo francese e che hanno pure, all'occorrenza, il valore d'interpretazione della volontà popolare quale si è manifestata in precedenza nella costituzione.

## CHI DEV'ESSERE IL CUSTODE DELLA COSTITUZIONE?

1. La richiesta, sul piano della *politica del diritto*, di garanzie della costituzione — cioè d'istituti che permettano di controllare la conformità alla costituzione di taluni atti del parlamento o del governo di grado immediatamente ad essa subordinato — risponde al principio, caratteristico dello stato di diritto, della massima legalità dell'azione statale. Sulla opportunità di tale richiesta — a seconda del punto di vista politico e in rapporto alle varie costituzioni — sono possibili opinioni assai differenti. Può anche accadere che, in determinate situazioni, la costituzione non possa essere attuata, magari in punti essenziali, di modo che tali garanzie, essendo destinate a rimanere inoperanti, perdono qualunque significato. E anche la questione *tecnico-giuridica* della migliore strutturazione di queste garanzie può avere risposte assai diverse, tenuto conto delle peculiarità di ciascuna costituzione e della ripartizione del potere politico in essa delineata: è, in particolare, da stabilire se si debbano preferire le garanzie repressive o quelle preventive, se si debba dare maggiore importanza all'annullamento dell'atto incostituzionale o invece alla responsabilità personale di chi lo ha posto in essere, etc.

Su tutto questo si può francamente discutere. Solo un punto sembrava sinora fuori questione, un dato così palmare che si è appena avvertito il bisogno di porlo in risalto nel dibattito approfondito che al problema della garanzia della costituzione è stato dedicato nel corso degli ultimi anni: il fatto cioè che, se dev'essere introdotto un istituto che permetta di controllare la conformità alla costituzione di taluni atti statali — in particolare, del parlamento e del governo — ad essa immediatamente subordinati, tale controllo non può essere affidato allo stesso organo i cui atti sono da control-

lare. La funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati. Ora, se una cosa è indubitabile è che nessun organo è meno idoneo a tale compito di quello cui la costituzione affida — in tutto o in parte — l'esercizio del potere e che ha a portata di mano le occasioni giuridiche e gli stimoli politici per violarla. Nessun altro principio tecnico-giuridico viene infatti tanto condiviso quanto il principio per il quale *nessuno può essere giudice in causa propria*.

Se quindi i rappresentanti della dottrina costituzionale del XIX secolo, orientati verso il cosiddetto « principio monarchico », avanzavano la tesi che naturale « custode della costituzione » fosse il monarca, questa altro non era (e chi ne potrebbe oggi dubitare?) che una fin troppo manifesta *ideologia*, una delle tante ideologie che formavano il sistema del c.d. costituzionalismo e mediante le quali si cercava di mascherare il reale obiettivo di bilanciare la perdita del potere che il capo dello stato aveva subito nel passaggio dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale <sup>(1)</sup>. Si voleva in effetti *impedire* — per motivi la cui validità politica non è qui in discussione — una efficace garanzia della costituzione, quanto meno a danno di chi maggiormente poteva metterla in pericolo, cioè il monarca insieme con i ministri che controfirmavano i suoi atti, giacché egli non poteva agire da solo. E anche questo appartiene al metodo dell'*ideologia* costituzionale, parlare cioè solo del monarca laddove in realtà agisce un organo collegiale di cui il monarca è parte non autonoma. Poiché non si può dichiarare il vero scopo politico, che è quello d'impedire efficaci garanzie della costituzione, lo si maschera con la dottrina per la quale la garanzia della costituzione è compito del capo dello stato.

(1) Nella mia *Allgemeine Staatslehre*, Berlino 1925, ho mostrato questo obiettivo del costituzionalismo in molte delle sue tesi (V. ora KELSSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1963).

La costituzione della monarchia costituzionale ha uno spiccato carattere dualistico. Essa ripartisce il potere politico tra due organi, parlamento e governo, dei quali il secondo ha, sin dall'inizio, una certa preponderanza rispetto al primo non solo *de facto* ma anche *de jure*. Che il governo e in particolare il monarca che ne sta al vertice, sia, tanto nella realtà politica quanto a norma della costituzione, organo che esercita il potere statale come il parlamento, ed anzi in misura maggiore, non può essere posto in dubbio; nè tantomeno si può dubitare che il potere ad esso attribuito stia in continua concorrenza con quello del parlamento. Per accreditare l'idea che proprio il governo ed esso *soltanto* sia il naturale « custode della costituzione » è quindi necessario mascherare la reale natura della sua funzione. A ciò serve la nota dottrina secondo la quale il monarca è — esclusivamente o anche — *una terza obiettiva istanza posta al di sopra del contrasto* (consapevolmente instaurato dalla costituzione) *tra i due organi del potere* e titolare di un potere *neutrale*. Solo su questo presupposto può reggersi la tesi che spetti a lui e *solo* a lui vigilare affinché l'esercizio del potere resti nei limiti stabiliti dalla costituzione.

Si tratta di una finzione di notevole audacia, se si pensa che nell'arsenale del costituzionalismo campeggia anche la dottrina secondo la quale il monarca è, in effetti, *l'unico*, perchè il supremo, organo che esercita il potere statale e, in particolare, è anche il titolare del potere legislativo; da lui, e non dal parlamento, proverrebbe il *comando* della legge mentre la rappresentanza popolare parteciperebbe solo alla determinazione del *contenuto* della legge. E allora, come potrebbe il monarca, titolare di una gran parte se non di tutto il potere statale, essere tuttavia istanza neutrale rispetto all'esercizio di tale potere, chiamata essa sola al controllo della sua costituzionalità? L'obiezione che questa sia una insostenibile contraddizione sarebbe del tutto fuori luogo, giacché in tal modo si applicherebbero le categorie *della conoscenza scientifica* (scienza giuridica o dottrina dello stato) a qualcosa

che può essere compreso solo in termini di *ideologia politica*. In un sistema spirituale la cui stretta parentela con la *teologia* non sfugge più a nessuno, il principio di contraddizione non ha cittadinanza. Ciò che importa è non che le tesi di una simile teoria costituzionale siano vere ma che raggiungano il loro *scopo* politico: e ciò si è verificato nella misura massima. Nell'atmosfera politica della monarchia, questa *dottrina del monarca* « custode della costituzione » era una mossa efficace contro la richiesta, che già allora di quando in quando affiorava, di un *tribunale costituzionale* <sup>(\*)</sup>.

2. Nella situazione politica in cui la costituzione democratico-parlamentare del Reich tedesco si è — ineluttabilmente — venuta a trovare, in un momento in cui essa — per la propria difesa, come sperano i suoi sostenitori — si è per così dire ritirata in uno solo dei suoi articoli, l'articolo 48, cioè in uno spazio giuridico palesemente troppo angusto perchè non corra il pericolo di esser fatta saltare, in un simile stato di cose sarebbe certamente comprensibile che la discussione del problema delle garanzie della costituzione venisse rimandata. È quindi sorprendente che una nuova serie di monografie di diritto pubblico, cioè i *Contributi al diritto pubblico odierno* <sup>(\*\*)</sup>, si apra con un lavoro che, con il titolo di *Il custode della costituzione*, è proprio dedicato al problema della garanzia della costituzione. Ma è ancor più sorprendente che in questo scritto si tiri fuori dai ripostigli del teatro costituzionale il pezzo di scenario più vecchio, cioè la tesi che il capo dello stato e nessun altro organo sia il qualificato custode della costituzione, allo scopo di rimettere in

(\*) Si resta naturalmente nell'ambito della stessa ideologia, questa volta al servizio del principio democratico, quando si proclama « custode della costituzione » il *parlamento*, poichè, come afferma BLUNTSCHLI, « il corpo legislativo » dà, per la sua formazione, le maggiori garanzie « di non esercitare le sue attribuzioni con spirito incostituzionale » (*Allgemeines Staatsrecht*, 4<sup>a</sup> ed., 1868, I, 561-562).

(\*\*) Editore J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1931.

uso, per la repubblica democratica in generale e per la costituzione di Weimar in particolare, un arnese giustamente abbandonato alla polvere. Ma soprattutto sorprende che questo scritto, che sostanzialmente vuole restaurare la dottrina di uno dei più vecchi e provati ideologi della monarchia — la dottrina del *pouvoir neutre* del monarca, di Benjamin Constant — ed applicarla di peso al capo dello stato repubblicano, abbia come autore proprio *Carl Schmitt*, professore di diritto pubblico alla Berliner Handelshochschule, la cui ambizione è quella di mostrarci « quante forme e quanti concetti tradizionali siano strettamente legati alle situazioni in cui nacquero e non siano oggi neppure otri vecchi per vino nuovo ma solo etichette false ed antiquate » <sup>(\*)</sup> e che non si stanca di ricordare « che la situazione della monarchia costituzionale del XIX secolo, con la sua separazione tra stato e società, politica ed economia, è ormai superata » <sup>(\*\*)</sup> e che pertanto le categorie della teoria dello stato costituzionale non sono applicabili alla costituzione di una democrazia parlamentare plebiscitaria qual'è la Germania di oggi. Da ciò egli deduce, per esempio, che il concetto di « legge formale », che risale al costituzionalismo del XIX secolo e che dovrebbe assicurare al parlamento in quanto *legislatore* il potere, nei confronti del monarca, di deliberare il bilancio, non potrebbe più avere nella costituzione di Weimar il suo originario significato; sicchè, nonostante le espresse disposizioni contenute negli artt. 85 e 87, per l'adozione del bilancio, l'autorizzazione di prestiti e l'assunzione di garanzie, la forma di legge del Reich non sarebbe richiesta « in modo assoluto e incondizionato », bastando la semplice ordinanza presidenziale a norma dell'art. 48 comma 2 (pp. 187-188). Analoghi tentativi di dissolvere o attenuare la c.d. riserva finanziaria della costituzione sono stati certamente compiuti dal costituzionalismo, cui pure il concetto di « legge formale » non

(\*) SCHMITT, *Verfassungslehre*, 9.

(\*\*) SCHMITT, *Il custode della costituzione*, a cura di Antonio CARACIOLO, 1981 (in questa Collana), 194; v. pure 169.

ha impedito di sostenere che il monarca potesse adottare il bilancio e autorizzare prestiti mediante regolamenti (ordinanze) di necessità: come in Austria è, per esempio, dimostrato dalla prassi e dalla teoria del famigerato § 14.

Ma la coscienza «storico-critica» che ci protegge dal «vuoto formalismo» d'intendere disposizioni costituzionali come «il bilancio è adottato con legge» e «tale acquisto (di mezzi finanziari mediante prestiti) e così pure l'assunzione di garanzie a carico del Reich possono aver luogo solo in forza di una legge del Reich» nel senso che il bilancio può essere adottato solo con legge e che l'autorizzazione di prestiti e l'assunzione di garanzie possono aver luogo solo in forza di una legge — questa «coscienza storico-critica» non c'impedisce tuttavia di ripescare una ideologia del costituzionalismo che, più chiaramente di qualunque altra, reca in fronte il suo carattere contingente, la sua nascita da una precisa situazione storico-politica: la dottrina del *pouvoir neutre* del capo dello stato! È proprio questa formula di Constant diviene, nelle mani di Schmitt, uno strumento fondamentale per interpretare la costituzione di Weimar. Solo con questo ausilio egli giunge a stabilire che «custode della costituzione» non è, per avventura, come dovrebbe risultare dall'art. 19, la corte costituzionale o un'altra corte di giustizia, ma solo il presidente del Reich; e ciò proprio in base alla costituzione vigente e non, poniamo, a seguito di una riforma costituzionale.

Quando Constant afferma che il monarca è titolare di un potere «neutrale», fonda quest'affermazione essenzialmente sull'assunto che l'esecutivo sia diviso in due distinti poteri — uno *passivo* e l'altro *attivo* — e che il monarca detenga soltanto quello passivo. Solo in quanto è passivo, è un potere «neutrale». È qui evidente la finzione di far apparire come meramente «passivo» il potere del monarca, cui la costituzione affida la rappresentanza dello stato verso l'esterno e, in particolare, la stipulazione dei trattati, la sanzione delle leggi, l'alto comando dell'esercito e della flotta,

la nomina dei funzionari e dei giudici e altro ancora, e di *contrapporlo* al resto dell'esecutivo, visto come potere attivo (\*). Il tentativo di applicare l'ideologia di Constant circa il *pouvoir neutre* del monarca al capo dello stato di una repubblica democratica appare tuttavia ancor più discutibile quando venga posto in relazione alla tendenza ad estendere, possibilmente, la competenza di quest'ultimo organo anche al di là dell'ambito delle attribuzioni costituzionali di un monarca. E invero, allo scopo di presentare il capo dello stato come idoneo «custode della costituzione», Schmitt caratterizza il *pouvoir neutre* non come un'istanza posta al di sopra «dei titolari di poteri decisori e d'influenza» o «un terzo più alto» potere e neppure come «un sovrano signore dello stato» ma come un «organo equiordinato», un potere «che sta non al di sopra ma sullo stesso piano degli altri organi costituzionali» (p. 204). Nello stesso tempo, però, attraverso una *interpretazione più che estensiva* dell'art. 48, egli cerca di ampliare le attribuzioni del presidente del Reich in modo che quest'ultimo non possa diventare altro che il sovrano signore dello stato e conseguire una posizione di

(\*) B. CONSTANT, inizialmente repubblicano moderato, dopo la Rivoluzione diviene monarchico e, caduto Napoleone, nel libro *De l'esprit de la conquête et de l'usurpation*, si schiera a favore delle dinastie legittime. Con questo scritto diviene anche uno dei fondatori dell'*ideologia legittimista*. Ciononostante, partecipa al tentativo di portare sul trono *Bernadotte* e, poichè questo fallisce, parteggia per i Borboni. Nel *Journal des débats* paragona Napoleone che torna dall'Elba ad un Attila o ad un Gengis Khan ma dopo alcune settimane diviene «membro del consiglio di stato e per incarico di Napoleone scrive gli atti aggiuntivi alle costituzioni dell'Impero. Dopo la seconda Restaurazione, Constant è di nuovo seguace della Charte e dei Borboni. Così, per esempio, nel 1820, egli dice alla camera dei deputati che 'Les Bourbons avec la charte sont un immense avantage, parce que c'est un immense avantage qu'une famille antique sur un trône incontesté'. Dopo la cacciata di Carlo X, lo troviamo di nuovo zelante difensore della legittimità di *Luigi Filippo*'. Cfr. A. M. DOLMATOWSKY, *Der Parlamentarismus in der Lehre Benjamin Constants*, in *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaften*, 63 Jahrg., 1907, 602.

potere cui nulla toglie il fatto che Schmitt si rifiuti di chiamarla « dittatura » e che, in ogni caso, secondo le espressioni sopra riportate, non è compatibile con la funzione di garante della costituzione.

Che Schmitt ritenga di poter senz'altro applicare la tesi ideologica del *pouvoir neutre* del monarca costituzionale al capo dello stato di una repubblica democratica eletto sotto la pressione dei partiti politici è assai strano anche perchè, all'occorrenza, egli vede chiaramente le circostanze reali che rendono trasparente il carattere ideologico della dottrina costituzionale del monarca custode della costituzione. Egli afferma così che, nella monarchia costituzionale, il pericolo di una violazione della costituzione veniva dal governo e quindi dalla sfera dell'« esecutivo », circostanza che avrebbe dovuto eliminare in radice l'idea di un potere « neutrale » del monarca che fosse capo del governo e dell'esecutivo e di una sua vocazione a fare il custode della costituzione. Senonchè Schmitt richiama il pericolo che nel XIX proveniva dal governo monarchico unicamente allo scopo di poter affermare che « oggi », vale a dire nel secolo XX ed in una repubblica democratica, il timore di una violazione sussiste « soprattutto nei riguardi del legislatore », non cioè nei riguardi del governo presidenziale ma del parlamento (p. 45). Come se, in Germania, il problema della costituzionalità dell'attività che il « governo », composto dal presidente e dai ministri, svolge in base all'art. 48 non fosse « oggi » un problema vitale! Certo, se si prescinde dalla possibilità di violazioni costituzionali da parte del governo, la formula che proclama il capo dello stato « custode della costituzione » non contiene alcun pericolo; e non si può più contestare l'esattezza di una formula con la quale la funzione di garanzia della costituzione viene rivendicata non solo — come potrebbe sembrare — per la persona del presidente ma anche per il collegio composto da lui e dai ministri che controfirmano i suoi atti. Ma sarà bene non perdere di vista che quest'argomentazione appartiene ad una teoria politica del « come se ».

3. Per sostenere la tesi che il presidente del Reich è il custode della costituzione, Schmitt deve schierarsi contro l'introduzione, spesso invocata e in molti stati anche realizzata, di una *giurisdizione costituzionale* (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), cioè contro l'affidamento della garanzia della costituzione ad un *tribunale indipendente*. Questo funziona come tribunale costituzionale centrale decidendo, attraverso un procedimento contenzioso, sulla costituzionalità di atti del parlamento (in particolare, leggi) o anche del governo (in particolare, regolamenti) che siano stati impugnati, cassando tali atti qualora li riconosca incostituzionali e giudicando, eventualmente, anche sulla responsabilità di determinati organi posti sotto accusa.

Sulla opportunità di un tale istituto si può certamente discutere e nessuno affermerà che sia una garanzia del tutto efficace in ogni circostanza. Ma, da qualunque punto di vista il problema politico-giuridico di un tribunale costituzionale venga dibattuto e quali che siano i suoi *pro* e i suoi *contra*, un punto è affatto privo d'importanza, se cioè quest'organo sia un « tribunale » e la sua funzione veramente « giurisdizionale » (*Justiz*). Sul piano della *teoria* del diritto, questo è senza dubbio un problema di classificazione assai importante. Dalla sua soluzione in un senso o nell'altro non deriva però nulla che impedisca di affidare l'indicata funzione ad un organo collegiale ai cui membri, comunque nominati, sia garantita la piena indipendenza: un'indipendenza nei riguardi del governo o del parlamento che si chiama « giudiziaria » per il fatto che nelle moderne costituzioni suole essere concessa ai tribunali (ma non soltanto ad essi). Dedurre da un qualunque concetto di « giurisdizione » che l'istituto qui indicato come « tribunale costituzionale » (« *Verfassungsgericht* ») sia impossibile o inattuabile, sarebbe un caso tipico di quella « giurisprudenza dei concetti » che è ormai da considerare superata.

È da supporre che neppure Schmitt voglia fare una simile argomentazione. Egli però lascia credere il contrario, dal mo-

mento che nella sua battaglia contro la giurisdizione costituzionale e in uno scritto condotto da cima a fondo sul piano della politica del diritto dà la massima importanza al problema di teoria giuridica se si tratti di una vera « giurisdizione », e anzi formula in radice il problema se « la custodia della costituzione » possa essere affidata « ad organi giurisdizionali ». Riesce certamente strano che egli, con un impiego di mezzi relativamente grande, ritenga di poter dimostrare che i tribunali civili, penali e amministrativi tedeschi, che esercitano un controllo materiale sulle leggi che devono applicare, « in senso esatto » non sono « custodi della costituzione » (p. 27). Egli però, per motivi poco comprensibili, non nega questo titolo alla corte suprema degli Stati Uniti, sebbene quel tribunale abbia sostanzialmente gli stessi compiti dei tribunali tedeschi, i quali esercitano il loro potere di controllo non applicando al caso concreto le leggi ritenute incostituzionali. Ora, da un tribunale costituzionale centrale con poteri di cassazione, cui Schmitt non vorrà negare la sussumibilità sotto il concetto di « custode della costituzione », anche quando non voglia considerarlo un « tribunale », da un simile effettivo « custode » i tribunali che dispongono di poteri di controllo si differenziano solo sul piano *quantitativo*, cioè per il fatto che quello toglie validità alla legge incostituzionale non per il solo caso concreto — come fanno questi — ma per tutti i casi. A che serve allora precisare, come fa Schmitt, che la funzione costituzionale del custode della costituzione è quella di « sostituire e rendere superfluo il generale e occasionale diritto di disobbedienza e resistenza » che sta nell'esercizio del potere di controllo materiale e che « solo allora siamo in presenza di un custode della costituzione in senso istituzionale »? (p. 40). Ciò in realtà non riesce a darci il « senso esatto » del concetto di « custode della costituzione »; basta solo per concludere che i tribunali, anche quando esercitano il potere di controllo, « non sono da considerarsi custodi della costituzione ». Affermazione puramente *terminologica*. Schmitt non può infatti mettere in dubbio che

un tribunale, quando rifiuta applicazione ad una legge incostituzionale, e quindi ne fa venir meno la validità nel caso concreto, funziona in realtà come garante della costituzione, anche se non lo si chiama col titolo altisonante di « custode della costituzione » e si rinuncia così ad una espressione il cui *pathos* è, già da solo, un monito contro le tendenze ideologiche con essa collegate. Ciò che importa è se sia opportuno affidare in questo modo ai tribunali la funzione di garanzia della costituzione e, in caso negativo, se sia necessario togliere loro il potere di controllo. Ma inutilmente si cercherebbe in Schmitt una chiara soluzione di tale questione.

Vi si trova invece, come si è detto, una gran quantità di argomenti con i quali — in modo tutt'altro che sistematico — si cerca continuamente di dimostrare che la decisione sulla costituzionalità delle leggi e l'annullamento delle leggi incostituzionali da parte di un collegio di giudici indipendenti in un procedimento contenzioso — Schmitt non prende affatto in considerazione la possibilità del controllo giudiziario di altri atti immediatamente subordinati alla costituzione — non sono « giurisdizione ». Gli argomenti addotti, però, non solo non provano nulla in ordine alla questione determinante, cioè *sul piano della politica del diritto*, ma sono anche inutilizzabili sotto il profilo *teorico-giuridico*.

4. Essi partono all'erroneo presupposto che tra funzioni giurisdizionali e funzioni « politiche » vi sia una sostanziale incompatibilità e che, in particolare, la decisione sulla costituzionalità delle leggi e l'annullamento delle leggi incostituzionali siano atti « politici », sicché una tale attività non sarebbe più giurisdizionale. Se al termine « politico » (*politisch*), polisenso e fin troppo abusato, si deve dare un significato piuttosto preciso in un contesto, come il presente, in cui esso è da porre in antitesi a « giurisdizionale » (*Justiz*), si può solo pensare che venga qui usato per esprimere qualcosa come l'esercizio *del potere* (contrapposto all'esercizio *del diritto*): « politica » dovrebbe essere la funzione del legi-

slatore che assoggetta gl'individui al proprio volere ed esercita un potere proprio per il fatto che li costringe a perseguire i loro interessi entro i limiti delle norme da lui poste, risolvendo così i conflitti d'interessi esistenti; mentre il giudice dovrebbe attuare l'ordinamento creato dal legislatore non come soggetto ma come strumento.

Una simile concezione è però errata, in quanto presuppone che l'esercizio del potere si esaurisca nel procedimento legislativo. Non si vede o non si vuole vedere che esso trova la sua sostanziale continuazione e talora perfino il suo effettivo inizio nella giurisdizione non meno che nell'altro ramo dell'esecutivo, l'amministrazione. Se si individua il « politico » nella risoluzione dei conflitti d'interessi, nella « decisione » (*Decision*) — per usare la terminologia di Schmitt —, in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la « vera » giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere « politico » che — sia pure in misura maggiore — ha la legislazione.

Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa. Se fosse nella natura della giurisdizione il non essere politica, sarebbe impossibile una giurisdizione internazionale; o meglio, la decisione, secondo le norme del diritto internazionale, delle controversie fra gli stati, che si distinguono dai conflitti

interni solo perchè appaiono più chiaramente come conflitti di potere, dovrebbe ricevere un'altra denominazione. Nella teoria del diritto internazionale si suole distinguere tra conflitti arbitrabili e non arbitrabili, conflitti giuridici e d'interessi (di potere), controversie giuridiche e politiche. Ma questo che cosa significa? Ogni conflitto giuridico è senz'altro un conflitto d'interessi o di potere, e pertanto ogni controversia giuridica è una controversia politica, e ogni conflitto che venga qualificato come conflitto d'interessi, di potere o politico può essere deciso come controversia giuridica, in quanto si risolve nella questione se la pretesa che uno stato avanza nei riguardi di un altro e che l'altro si rifiuta di soddisfare — in ciò consiste ogni conflitto — sia fondata sul diritto internazionale oppure no. E tale questione può sempre essere risolta secondo il diritto internazionale, cioè giuridicamente. Essa è infatti decisa secondo il diritto internazionale, positivamente, se la pretesa è accolta, negativamente se la pretesa è rigettata. *Tertium non datur*. Un conflitto è « non arbitrabile » (*nicht arbitabel*) o politico non perchè, per sua natura, non possa essere un conflitto giuridico e non possa essere deciso da un « tribunale » ma perchè una o entrambe le parti, per qualunque motivo, non vogliono deferirlo ad un'istanza obiettiva. A questi bisogni e alle tendenze da essi scaturenti e avverse allo sviluppo di una giurisdizione internazionale, la teoria del diritto internazionale, con i suoi concetti di conflitto « arbitrabile » e « non arbitrabile » e di controversia giuridica e politica, fornisce la necessaria ideologia. Schmitt non fa che trasferire tali concetti nel diritto interno quando — al pari di molti altri giuspubblicisti — distingue tra materie « oggetto di giurisdizione » (*justiziablen*) e materie « non oggetto di giurisdizione » (*nicht justiziablen*) per sconsigliare l'estensione a queste ultime della giurisdizione, la quale in tal modo « può solo ricevere un danno » (p. 41). Secondo Schmitt, le questioni « politiche » non sono oggetto di giurisdizione. Ora, tutto ciò che si può dire sul piano di un esame teorico è che la funzione di un tribunale costituzionale ha



un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali, e i fautori della sua istituzione non hanno mai misconosciuto o negato l'eminente significato politico delle sue sentenze; ma non già che non si tratti di un « tribunale », che la sua funzione non sia « giurisdizionale » e, tanto meno, che questa funzione non possa essere affidata ad un organo dotato dell'indipendenza giudiziaria. Ciò significherebbe dedurre elementi sulla forma dell'organizzazione statale direttamente da un qualsivoglia concetto, per esempio dal concetto di « giurisdizione ».

5. Dal momento che Schmitt attribuisce un peso così importante alla dimostrazione che la c.d. giurisdizione costituzionale non è in effetti giurisdizione, ci si attenderebbe da lui una definizione chiara e precisa di questo concetto. L'attesa viene però, sfortunatamente, delusa. Ciò che egli ci propina come essenza della giurisdizione è una ben misera cosa ed è un sostanziale ritorno a concezioni già da tempo riconosciute errate.

Se si mettono insieme le sue sparse osservazioni su questo punto, se ne ricava presso a poco la tesi che segue: la giurisdizione sarebbe per sua natura legata alle norme, ed anzi a norme che « consentano la sussunzione di una fattispecie » (*tatbestandsmäßige Subsumption*) e che inoltre non siano, riguardo al contenuto, « dubbie e controverse » (pp. 37, 62 ss.). Sicché, dato che nella decisione sulla costituzionalità di una legge non vi sarebbe mai « sussunzione di una fattispecie » ma, per lo più, « determinazione del contenuto di una legge costituzionale dubbia sotto questo aspetto », non vi sarebbe qui giurisdizione.

Per cominciare subito dal secondo dei caratteri che vengono attribuiti alla giurisdizione, si può solo restare meravigliati che Schmitt appaia dell'opinione che i tribunali civili, penali e amministrativi, il cui carattere giurisdizionale egli peraltro non mette in discussione, dovrebbero applicare

sempre e soltanto norme il cui contenuto non sia dubbio e controverso, e che la controversia giuridica sottoposta ad uno di questi tribunali sia sempre una questione *di fatto* e mai una c.d. questione *di diritto*, che sorge solo quando il contenuto della norma da applicare è dubbio e perciò controverso. Come esempio di caso in cui non c'è un « palese contrasto » tra una norma costituzionale ed una norma ordinaria ma esistono « dubbi e divergenze di opinione » sulla questione « se e in quale misura vi sia un contrasto », viene addotto quello che si verifica « allorché la norma costituzionale dispone il mantenimento delle facoltà teologiche e la norma ordinaria dispone la soppressione delle accademie teologiche » (p. 70). Il contenuto della norma costituzionale è qui, si dice, palesemente dubbio perchè non è certo che nelle « facoltà teologiche » siano da comprendere anche le « accademie teologiche ». È superflua ogni parola per dimostrare che il giudicato dei tribunali ordinari — del cui carattere giurisdizionale non si può dubitare e non si è mai dubitato — significa in numerosi casi determinazione del contenuto di una norma, che sotto questo profilo è, assolutamente allo stesso modo, dubbia. Quando Schmitt parla « della fondamentale differenza tra la decisione di una causa e la decisione di dubbi e divergenze circa il contenuto di una disposizione costituzionale » (p. 13), si può solo obiettare che la maggior parte delle decisioni di cause sono decisioni di dubbi e divergenze sul contenuto di una disposizione di legge. E, in effetti, sulla giurisdizione non era mai stata fatta, fino ad oggi, un'affermazione che ne disconoscesse la natura al pari di questa: « Ogni giurisdizione è legata alle norme e cessa quando le norme diventano dubbie e controverse nel loro contenuto » (p. 36): esattamente il contrario di quella verità, semplice e visibile da ognuno, per la quale la giurisdizione comincia di solito proprio nel momento in cui il contenuto delle norme diventa dubbio e controverso, giacché altrimenti vi sarebbero solo controversie su fatti e mai vere controversie *giuridiche*.

Si può dubitare sulla opportunità di affidare ad un tribunale indipendente la determinazione del contenuto di una legge costituzionale dubbia e controversa sotto questo profilo, e si può, per varie ragioni, preferire che di ciò si occupino il governo o il parlamento. Ma è impossibile ritenere che la funzione di un tribunale costituzionale non sia giurisdizione quando la norma che esso è chiamato ad applicare abbia un contenuto dubbio e la sua sentenza si risolva quindi nella determinazione di questo contenuto: è infatti impossibile ritenere che l'incertezza del contenuto normativo sia, in una legge costituzionale, qualcosa di diverso che in una legge ordinaria.

L'altro criterio — per il quale le norme da applicare in sede giurisdizionale devono consentire la sussunzione di una fattispecie — non è, in realtà, inesatto; ma tanto più è inesatta la tesi che la decisione sulla costituzionalità di una legge non implichi una tale sussunzione. Purtroppo, Schmitt tralascia di spiegare meglio che cosa intenda per « fattispecie » (*Tatbestand*). È possibile però che egli veda realizzato il procedimento di sussunzione della fattispecie, nei suoi termini più semplici e chiari, quando un tribunale penale deve decidere su un reato. Se il tribunale stabilisce che il comportamento dell'imputato è proprio quella fattispecie che la legge penale prevede come reato e cioè come condizione di una determinata pena, questo procedimento è assolutamente identico a quello che si svolge quando un tribunale costituzionale dichiara incostituzionale una legge da chiunque impugnata. La incostituzionalità di una legge può consistere non solo — come appare a prima vista — nel fatto che la legge non è stata adottata secondo il *procedimento* stabilito dalla costituzione ma anche nel fatto che essa ha un *contenuto* che secondo la costituzione non può avere; la costituzione infatti non solo regola il procedimento legislativo ma in qualche modo anche il contenuto delle leggi future, per esempio mediante la fissazione di direttive, principi, etc. Ma poichè un giudizio di costituzionalità in rapporto alle

leggi è possibile solo se le norme costituzionali *materiali* si presentano anche nella specifica *forma* costituzionale, cioè come leggi qualificate — ché, altrimenti, ogni legge costituzionale materiale sarebbe abrogata o modificata da una legge ordinaria con essa contrastante e non sarebbe quindi possibile una legge incostituzionale — il controllo di costituzionalità di una legge da parte di un tribunale costituzionale comporta *sempre* la soluzione della questione se la legge è *stata posta in essere costituzionalmente*. Anche quando, infatti, una legge è incostituzionale perchè ha un *contenuto* incostituzionale, essa è incostituzionale già per il solo fatto di *non essere stata adottata come legge di modifica della costituzione*. E anche nel caso in cui la costituzione escluda del tutto un determinato contenuto legislativo e non possa essere quindi costituzionalmente adottata alcuna legge che abbia un tale contenuto — per esempio, la legge di uno stato-membro che incida sulla competenza federale (e che è incostituzionale rispetto alla costituzione federale anche se adottata come legge costituzionale dello stato-membro) — anche allora l'incostituzionalità della legge sta nella sua *adozione*; non nel fatto che non è stata adottata nel modo dovuto ma nel solo fatto che è stata adottata.

La « fattispecie » che nella decisione sulla costituzionalità di una legge è da *sussumere* sotto la norma costituzionale non è una *norma* — fattispecie e norma sono concetti diversi — ma la *produzione di una norma*: è una vera « fattispecie », quella fattispecie che è regolata dalla norma costituzionale e che, in quanto e nella misura in cui è regolata dalla costituzione, può essere « *sussunta* » sotto la costituzione come qualunque altra fattispecie sotto qualunque altra norma. È infatti possibile « *sussumere* » una fattispecie sotto la norma solo in quanto la norma regola la fattispecie, la pone cioè come condizione o come conseguenza. Che un tribunale civile decida sulla validità di un testamento o di un contratto o dichiarì illegittimo un regolamento e lo disapplichi nel caso

concreto oppure che un tribunale costituzionale dichiari una legge incostituzionale, sono tutti casi in cui è la *fattispecie della produzione di una norma* che viene «sussunta» sotto la norma che la regola e che viene riconosciuta conforme o contraria a quest'ultima. Il tribunale costituzionale reagisce inoltre alla cognizione della incostituzionalità di una legge con un atto che corrisponde come *actus contrarius* alla fattispecie incostituzionale della *produzione* della norma, cioè con l'*annullamento (Aufhebung)* della norma incostituzionale, sia — puntualmente — nel caso concreto, sia — in termini generali — per tutti i casi.

Quando Schmitt caratterizza il controllo di costituzionalità di una legge nel senso che qui viene solo «posto a confronto il contenuto di una legge con quello di un'altra e vengono accertati un conflitto o una incongruenza» sicché «delle regole generali vengono confrontate fra loro ma non sussunte una sotto l'altra o applicate l'una all'altra» (p. 70), si preclude la comprensione della realtà delle cose al punto da non vedere la differenza tra la legge come *norma* e la produzione della legge come *fattispecie*. Egli è semplicemente vittima di un equivoco. Di conseguenza, procede con l'argomento, trattato in tutte le possibili variazioni, che non esiste «una giurisdizione della legge costituzionale sulla legge ordinaria», che non c'è «una giurisdizione di una norma sopra un'altra norma», che «una legge non può essere il custode di un'altra legge».

La giurisdizione costituzionale non consiste — come Schmitt rimprovera alla «teoria normativa» che analizza questa funzione — nel fatto che «una norma si deve normativamente tutelare da sé» o che una legge più debole viene tutelata da una più forte o viceversa, ma semplicemente nel fatto che una norma dev'essere annullata nel caso concreto o in linea generale perchè la fattispecie della sua produzione contrasta con la norma che regola questa fattispecie e che è quindi di grado più elevato.

6. Per evitare di configurare il controllo di costituzionalità come «giurisdizione», per poterlo caratterizzare come «legislazione», Schmitt si appoggia ad una concezione dei rapporti tra queste due funzioni, della quale si riteneva di poter affermare che fosse da tempo tramontata. Si tratta della concezione per la quale la decisione giudiziaria, già bell'e pronta nella legge, viene solo «dedotta» mediante un'operazione logica: la giurisdizione come automatismo giuridico! Schmitt ritiene cioè in tutta serietà che la «decisione» del giudice «viene dedotta nel suo contenuto da un'altra decisione, del tutto individuabile, già racchiusa nella legge» (p. 64). Anche questa dottrina discende dal sistema ideologico della monarchia costituzionale: il giudice divenuto indipendente dal monarca non dev'essere cosciente del potere che la legge gli conferisce e che — dato il suo carattere generale — gli deve conferire. Egli deve considerarsi un semplice automa che non crea il diritto ma lo «trova» già formato, che «trova» la decisione già pronta nella legge. Questa dottrina è stata già da tempo confutata<sup>(7)</sup>. Non è perciò tanto strano che Schmitt, dopo che questa teoria automatica gli è servita per distinguere in via di principio la giurisdizione come semplice applicazione dalla legislazione come creazione del diritto e dopo che gli ha assicurato il principale argomento teorico nella sua lotta al controllo di costituzionalità — che cioè «una legge non è una sentenza, una sentenza non è una legge» — la metta da parte e dichiari con enfasi: «In ogni decisione, persino in quella di un tribunale che decida una causa mediante la sussunzione di una fattispecie, c'è un elemento squisitamente decisorio, che non può essere dedotto dal contenuto della norma» (p. 75). Orbene, proprio da questa veduta discende che tra legge e sentenza giudiziaria non c'è differenza qualitativa, che questa produce diritto al pari di quella, che la sentenza di un tribunale co-

(7) Cfr. la mia *Allgemeine Staatslehre*, 231 ss., 301 (= *Teoria generale*, cit., 146 ss.).

stuzionale, per il fatto di essere un atto di legislazione, cioè di *produzione* del diritto, non cessa di essere un atto di giurisdizione, cioè di *applicazione* del diritto, e, non da ultimo, che, poichè l'elemento della « decisione » non è affatto limitato alla funzione legislativa ma è anche — e necessariamente — contenuto nella funzione giurisdizionale, questa deve avere carattere « politico » al pari di quella.

Viene così a cadere tutta l'argomentazione per la quale il controllo di costituzionalità non sarebbe giurisdizione a causa del suo carattere politico. Resta solo da stabilire perchè mai un autore dall'ingegno così straordinario come Schmitt si avvii in contraddizioni così evidenti al solo scopo di poter sostenere la tesi che il controllo di costituzionalità non è attività giurisdizionale ma legislativa, quando proprio dalle sue vedute si ricava che esso può e dev'essere le due cose. È difficile trovare una spiegazione diversa da questa: la tesi che il controllo di costituzionalità non è giurisdizione viene mantenuta da Schmitt perfino in contrasto con le proprie vedute teoriche perchè costituisce il presupposto di una richiesta di *politica del diritto*; infatti, posto che la decisione sulla costituzionalità di una legge e l'annullamento di una legge incostituzionale in un procedimento di tipo giudiziario non sono « giurisdizione », tale funzione non può essere affidata ad un collegio di giudici indipendenti ma dev'essere affidata ad un organo diverso.

È solo un'altra variante della stessa argomentazione di vedere gli stati, come fa Schmitt — a seconda della funzione di volta in volta in essi prevalente — in stati giurisdizionali e stati legislativi (p. 119) e dal fatto che uno stato — come oggi accade per il Reich tedesco — sia uno stato legislativo concludere che « in uno stato legislativo, invece, non può esservi, come idoneo custode della costituzione, un organo di giustizia o di giurisdizione costituzionale » (p. 121). Analogamente (a p. 48), si afferma: « In uno stato che non sia puramente giurisdizionale, esso (l'organo giurisdizionale) non può esercitare tale funzione ». Forse però sarebbe meglio dire

che uno stato, la cui costituzione preveda un tribunale costituzionale non è per nulla uno « stato legislativo » anzichè, dal fatto che esso non s'inserisce in questo schema teorico, concludere che qui non « può » esservi un tribunale costituzionale. È sempre la stessa tecnica di dedurre da un concetto giuridico presupposto una struttura giuridica desiderata: il tipico miscuglio di *teoria giuridica* e *politica* del diritto (\*).

(\*) La tesi della essenziale differenza esistente tra legge e decisione giudiziaria — che nessuno contrasta così energicamente come fa Schmitt quando afferma che entrambe hanno la stessa natura in quanto sono entrambe « decisioni » — costituisce stranamente, proprio per questo autore, anche la base di una polemica contro la *teoria gradualistica* da me sostenuta, che, riconoscendo la medesima natura alla legislazione e alla giurisdizione, va alla ricerca di una differenza quantitativa. Quando la teoria gradualistica vede, tanto nell'una quanto nell'altra, una *produzione di norme*, procede metodologicamente come Schmitt quando riconosce in entrambe un « elemento decisivo ». Si spiega così tutta la veemenza di una polemica che utilizza giudizi di valore emotivi come « astrazioni inconsistenti », « metafore fantasiose », « logica a zampa d'oca », piuttosto che argomenti obiettivi. Il risultato della teoria gradualistica, da me elaborata attraverso una critica metodologica radicale e con una lotta accanita contro ogni tipo di antropomorfismo, la mia « gerarchia delle norme », vengono sbrigativamente liquidati in una nota come « antropomorfismo della norma acritico e privo di metodo » e « allegoria improvvisata » (p. 64 ss.).

Nella recensione di un lavoro di politica del diritto avrebbe poco senso discutere con riferimento ad una teoria che non vuole offrire altro che un'analisi strutturale del diritto. Mi limito quindi ad affermare che la dottrina contro la quale Schmitt polemizza non ha quasi nulla a che fare con la teoria da me sostenuta. C'è qui un grosso malinteso. Schmitt ritiene di confutare questa teoria gradualistica scrivendo che: « Quando il procedimento di modifica di una norma è più complesso rispetto a quello di un'altra, ciò costituisce — sotto ogni possibile riguardo: logico, giuridico, sociologico — qualcosa di diverso da una gerarchia; una norma costituzionale attribuita di competenza non sta, rispetto agli atti che devono essere emanati dall'organo competente, nella posizione di un'autorità sovraordinata (una normazione non è infatti un'autorità), e la legge ordinaria non è certo subordinata alla legge più difficile da modificare ».

Ora, se io sostenessi che la costituzione sta « al di sopra » della

In una ricerca scientifica che ha come oggetto la possibilità di una giurisdizione costituzionale non si dovrebbe infine trascurare il fatto che già esiste uno stato — precisamente l'Austria — in cui da più di un decennio funziona un controllo centrale di costituzionalità, perfettamente organizzato. Analizzarne la reale efficienza sarebbe certamente più utile che indagare circa la sua compatibilità con il concetto di stato legislativo. Schmitt si limita a mettere la « soluzione austriaca » tra virgolette e ad osservare che « nella stanchezza del primo decennio dopo il crollo non è stata adeguatamente esaminata la reale portata di un tale allargamento della giurisdizione e ci si è accontentati di normativismi e formalismi astratti » (p. 15 s.). I « normativismi e formalismi » sarebbero quelli della *scuola di Vienna*; alla quale però le « astrazioni » non hanno impedito di portare a termine anche una concreta dose di lavoro creativo comprendente, fra l'altro, la corte costituzionale austriaca, la cui « reale portata » Schmitt, dall'alto delle *proprie astrazioni*, non è sceso, comunque, ad esaminare.

legge solo perchè è più difficile modificarla, la mia teoria sarebbe in effetti così assurda come Schmitt la espone. Senonchè, in questa esposizione viene trascurato un dettaglio: che cioè io distinguo con ogni cura tra costituzione in senso materiale e costituzione in senso *formale* e che motivo la sovraordinazione del grado della costituzione al grado della legge non con la *forma*, puramente accidentale e non essenziale, ma con il *contenuto* della costituzione. La costituzione rileva come norma che sta al di sopra della legislazione in quanto determina il procedimento legislativo e, in una certa misura, anche il contenuto delle leggi (da emanare in base alla costituzione); come la legislazione sta al di sopra della c.d. esecuzione (giurisdizione, amministrazione) in quanto regola la formazione e, in misura assai ampia, anche il contenuto dei relativi atti. Nel rapporto tra il grado della legislazione e quello dell'esecuzione, il problema della più facile o più difficile modificabilità non ha alcuna importanza. Anche se Schmitt, di tutti i miei scritti, avesse letto solo la relazione *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Essenza e sviluppo della giurisdizione costituzionale)*, in *Veröffentlichungen d. Deutschen Staatsrechtler*, Heft 5, 1928, o, quanto meno, la p. 36 di tale scritto, lo saprebbe. [V. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in questo volume, *retro*, 143 ss.].

L'impossibilità di questo metodo, le sue interne contraddizioni divengono manifeste anche quando Schmitt, a conclusione del suo scritto, giunge a dedurre, dalle sue premesse teoriche, il risultato desiderato sul piano della politica del diritto. Si afferma che « prima dunque d'introdurre, per le questioni e i conflitti eminentemente politici, un tribunale come custode della costituzione e di sovraccaricare e mettere in pericolo, con tale politicizzazione, la giurisdizione » (p. 240), ci si dovrebbe ricordare del contenuto positivo della costituzione di Weimar, la quale, a giudizio di Schmitt, erige a proprio custode il presidente del Reich. Ciò significa, nè più nè meno, che, per le questioni e i conflitti eminentemente politici, non si dovrebbe introdurre come custode della costituzione un tribunale perchè la giurisdizione potrebbe essere politicizzata, sovraccaricata e messa in pericolo dall'attività di un tale tribunale. La *giurisdizione*? Come potrebbe proprio la giurisdizione essere sovraccaricata e messa in pericolo dal controllo di costituzionalità quando quest'ultimo — come Schmitt ha cercato con ogni mezzo di dimostrare — non è « giurisdizione »?

Non si può tuttavia negare che il problema posto da Schmitt circa i « limiti » della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare è del tutto legittimo. In questo contesto però esso va posto non come problema del *concetto* di giurisdizione ma come problema della migliore organizzazione di una funzione, e questi problemi vanno tenuti nettamente separati. Se si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione — tendenza che risale in particolare alla monarchia costituzionale ma che si può osservare anche nella repubblica democratica — dev'essere il più possibile limitato l'ambito della *discrezionalità* che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future — come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili — non devono essere formu-

late in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come « libertà », « uguaglianza », « giustizia » etc. Altrimenti c'è il pericolo di uno *spostamento di potere* — non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno — dal parlamento ad un organo esterno ad esso « che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento » (\*). Ma questo

(\*) Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 70 (= *La garanzia giurisdizionale*, retro, 190). Queste frasi sono connesse con una esposizione che riporto per intero, per mostrare a coloro che hanno letto solo lo scritto del Schmitt quanto sia ingiustificato parlare, nei miei riguardi, come di uno « zelatore di un cieco normativismo » (p. 52) e di una « logica normativistica e formalistica » (p. 67) e affermare che « si vedono le devastazioni che questo tipo di logica ha portato nel concetto di legge » (p. 64): « S'incontra talora l'affermazione che, al di sopra della costituzione di ciascuno stato, vi sarebbero delle regole di diritto naturale che anche le autorità statali chiamate ad applicare il diritto sarebbero tenute a rispettare. Ora, se si tratta di principi incorporati nella costituzione o in un altro grado dell'ordinamento giuridico e che possono essere enucleati dal diritto positivo solo attraverso un procedimento di astrazione, la loro formulazione come norme giuridiche autonome è una questione piuttosto priva d'importanza. La loro applicazione ha luogo infatti con le norme giuridiche in cui sono incorporati, e solo con queste. Se però si tratta di norme che ancora non sono state concretamente introdotte ma che dovrebbero diventare diritto positivo solo perchè rappresentano la « giustizia » (anche se i sostenitori di questi principi li considerano già, più o meno chiaramente, « diritto »), siamo solo in presenza di postulati giuridicamente non vincolanti (che in realtà esprimono determinati interessi di gruppo) rivolti agli organi preposti alla produzione del diritto. Ma, in effetti, non solo agli organi legislativi, per i quali la possibilità di attuare questi postulati è pressochè illimitata, ma anche agli organi dei gradi più bassi della produzione giuridica, per i quali questa possibilità manca nella misura in cui la loro funzione è applicazione del diritto ma sussiste nella stessa misura in cui hanno un potere discrezionale; come accade, in sede giurisdizionale e amministrativa, quando si tratti di scegliere tra varie interpretazioni possibili. Orbene, proprio nel fatto che il richiamo o la realizzazione di questi principi — che finora, nonostante ogni sforzo, non hanno trovato una definizione anche solo approssimativamente univoca — non hanno nel processo di produzione del diritto e, per i motivi già indicati, non

non è un problema esclusivo della giurisdizione costituzionale; esso abbraccia anche i rapporti tra legge e tribunali civili, pe-

possono neppure avere, il carattere dell'applicazione del diritto in senso tecnico, proprio in questo fatto sta la risposta alla domanda se possano essere applicati da un tribunale costituzionale. E solo da un punto di vista formale, solo in apparenza, le cose stanno diversamente quando — come talora accade — è la stessa costituzione a contenere un rinvio a tali principi e a richiamare gli ideali della « giustizia », della « libertà », dell'« uguaglianza », dell'« equità », della « moralità », etc., senza indicare meglio di che cosa si tratti. In quanto dietro queste formule si debba trovare qualcosa di più della consueta ideologia politica con la quale ogni ordinamento cerca di ammantarsi, il rinvio alla giustizia, alla libertà, all'uguaglianza, all'equità, alla moralità etc., in mancanza di una precisazione di questi valori, significa solo che tanto il legislatore quanto l'esecutore della legge sono autorizzati a riempire con la discrezionalità lo spazio loro lasciato libero dalla costituzione e dalle leggi. Le concezioni intorno a ciò che è giusto, libero, uguale, morale etc., sono infatti, a seconda dei vari interessi, così diverse che — se nessuna di esse è accolta dal diritto positivo — qualsiasi contenuto giuridico desiderato può essere giustificato sulla base di una delle possibili concezioni. Il richiamo dei valori in questione non significa e non può tuttavia significare che gli organi legislativi ed esecutivi preposti alla produzione giuridica siano dispensati dall'applicare, com'è loro dovere, il diritto positivo che contrasti con la loro personale concezione dell'uguaglianza, etc. Le formule predette non hanno quindi, in generale, una grande importanza. Anche se si rinuncia ad esse, lo stato effettivo del diritto non cambia.

Senonchè, proprio nel campo della giurisdizione costituzionale, esse possono svolgere una funzione assai pericolosa, e precisamente quando si tratta di controllare la costituzionalità delle leggi. Se la costituzione rivolge al legislatore l'invito a svolgere la propria attività in armonia con la « giustizia », la « libertà », l'« equità », la « moralità » etc., si potrebbero scorgere in queste parole direttive per il contenuto delle leggi future. A torto però, poichè di direttive si può parlare solo quando la stessa costituzione contiene un indirizzo determinato, un qualche criterio obiettivo. Il limite tra simili formule, che servono solo come ornamento politico della costituzione, e la normale definizione del contenuto delle leggi future nel catalogo dei diritti fondamentali e di libertà, può tuttavia venir meno; sicchè non è affatto da escludere la possibilità che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla questione di costituzionalità di una determinata legge,

nali e amministrativi chiamati ad applicarla. È questo l'antichissimo dilemma platonico: *politeia* o *nomoi*, re-giudice o re-legislatore? Dal punto di vista teorico, la differenza tra un tribunale costituzionale competente a cassare le leggi e un ordinario tribunale civile, penale o amministrativo è che, pur applicando e producendo entrambi diritto, il secondo produce solo norme individuali mentre il primo, applicando la costituzione ad una fattispecie di produzione legislativa e pervenendo all'annullamento della norma incostituzionale, non produce ma annulla una norma generale, pone in essere l'*actus contrarius* corrispondente alla produzione giuridica, agisce cioè — secondo l'espressione che ho usato altrove — come « legislatore negativo » (20).

annullò questa legge per il motivo che sarebbe ingiusta essendo la « giustizia » un principio costituzionale che il tribunale sarebbe quindi tenuto ad applicare.

Ciò equivarrebbe però a conferire al tribunale costituzionale una pienezza di poteri da considerare assolutamente inammissibile. Ciò che la maggioranza dei giudici di questo tribunale considera giusto può essere in totale contrasto con ciò che ritiene giusto la maggioranza della popolazione e contrasta sicuramente con ciò che ha ritenuto giusto la maggioranza del parlamento che ha adottato appunto questa legge. È evidente che il senso della costituzione non può essere quello di far dipendere ogni legge votata dal parlamento dalla discrezionalità di un collegio la cui composizione politica è più o meno arbitraria, com'è il caso del tribunale costituzionale, mediante l'impiego di termini non meglio precisati ed equivoci come « giustizia » o simili. Se quindi si deve evitare tale spostamento di potere — certo non voluto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno — dal parlamento ad un organo che ne sta al di fuori e che può diventare espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione, quando istituisce un tribunale costituzionale, deve astenersi da una simile fraseologia e, se vuole stabilire principi, direttive e limiti al contenuto delle leggi da emanare, deve definirli nel modo più preciso possibile ».

(20) Cfr. la relazione *Wesen und Entwicklung*, cit., 54 (= *La garanzia giurisdizionale*, retro, 173). Prevedendo l'argomento principale contro l'introduzione del controllo di costituzionalità, e cioè la separazione tra giurisdizione e legislazione, scrivevo: « E non molto

Ma tra il tipo di funzione di un simile tribunale costituzionale e quello dei normali tribunali s'inserisce, con il

diversamente stanno le cose per ciò che riguarda la seconda obiezione che ci si deve aspettare quando si tratta di difendere l'istituto del controllo di costituzionalità, e cioè il richiamo al principio della separazione dei poteri. Bisogna anzitutto riconoscere che l'annullamento di un atto legislativo da parte di un organo diverso dallo stesso organo legislativo costituisce, come si usa dire generalmente, interferenza nel potere legislativo. Quanto sia discutibile l'intera argomentazione è però dimostrato dal fatto che l'organo cui è affidato l'annullamento delle leggi incostituzionali, anche se viene chiamato « tribunale » e, in forza della sua « indipendenza », è, dal punto di vista organizzativo, un tribunale, non agisce tuttavia, dal punto di vista della funzione, propriamente come un tribunale. Nella misura in cui, dal punto di vista funzionale, è possibile distinguere fra loro giurisdizione e legislazione, la differenza tra le due funzioni sta fondamentalmente nel fatto che con la seconda vengono prodotte norme generali mentre con la prima solo norme individuali. Che anche questa non sia una differenza di principio e che, in particolare, anche il legislatore (specie il parlamento) possa porre norme individuali, è cosa di cui qui non ci dobbiamo occupare. Se ad un « tribunale » viene affidato il compito di annullare una legge, esso viene autorizzato a porre una norma generale. L'annullamento di una legge ha infatti il medesimo carattere generale della sua emanazione. Annullamento equivale ad emanazione con segno negativo.

L'annullamento delle leggi è pertanto anch'esso una funzione legislativa ed il tribunale che può annullare le leggi è anch'esso organo del potere legislativo. Nell'annullamento di una legge da parte di un tribunale si potrebbe quindi vedere tanto una « interferenza » nel potere legislativo quanto l'affidamento del potere legislativo a due organi. E nel caso di affidamento del potere legislativo a due organi non sempre ci si sente portati a parlare di contrasto col principio della separazione dei poteri. Così accade, per esempio, quando, nella costituzione della monarchia costituzionale, la legislazione, cioè la produzione di norme giuridiche generali, è di regola affidata al parlamento insieme col monarca, ma in taluni casi eccezionali è riservata al monarca (insieme con i ministri) l'emanazione di ordinanze che sostituiscono o modificano la legge (ordinanze di necessità). Ci porterebbe troppo lontano indagare in questa sede sui motivi politici sui quali riposa l'intero principio della separazione dei poteri; e tuttavia, solo in questo modo apparirebbe chiaro il senso di questo principio che si fonda

suo potere di controllo su leggi e regolamenti, un notevolissimo tipo intermedio. Un tribunale che nel caso concreto disapplica una legge a causa della sua incostituzionalità o un regolamento a causa della sua illegittimità, annulla infatti una norma generale e agisce quindi anch'esso come « legislatore negativo » (nel significato materiale del termine « legge »). Solo che l'annullamento della norma generale è limitato ad un solo caso e — a differenza di quello pronunciato con la sentenza di un tribunale costituzionale — non ha luogo *in toto*, cioè per tutti i possibili casi.

7. È questione di politica del diritto se il procedimento con il quale un organo dotato d'indipendenza giudiziaria esamina la costituzionalità di una legge debba essere sostanzialmente configurato alla stregua di un processo civile, penale o amministrativo e, in particolare, se debba avere carattere contenzioso; se cioè lo si debba organizzare in modo tale che i *pro* e i *contra* della costituzionalità siano, ove possibile, discussi pubblicamente. Un simile procedimento non appartiene esclusivamente alla « giurisdizione »; anche il pro-

soprattutto sulla situazione del potere politico nella monarchia costituzionale. Ora, se esso deve avere un senso razionale anche nella repubblica democratica, dei suoi vari significati viene in considerazione solo quello che, meglio che col termine « separazione », è reso col termine « ripartizione » dei poteri. È il concetto della distribuzione del potere tra vari organi e non tanto al fine del loro reciproco isolamento quanto piuttosto al fine del loro reciproco controllo. E ciò non soltanto per impedire una eccessiva concentrazione di poteri in un solo organo, pericolosa per la democrazia, ma specialmente per garantire la legalità dell'azione dei vari organi. Ma allora l'introduzione del controllo di costituzionalità non solo non contrasta col principio della separazione dei poteri, ma ne rappresenta proprio la conferma.

*In queste condizioni, la questione se l'organo chiamato ad annullare le leggi incostituzionali sia un tribunale è affatto priva d'importanza. L'indipendenza di tale organo sia dal parlamento sia dal governo è una esigenza evidente: in quanto partecipano al procedimento legislativo, parlamento e governo sono infatti soggetti al controllo del tribunale costituzionale.*

cedimento amministrativo può avere infatti tale forma. Se a questo proposito si parla di « forma giudiziaria » (*Justizförmigkeit*) è perchè storicamente esso ha fatto la sua comparsa nei « tribunali » ed è oggi principalmente adottato da questi ultimi. Nell'antica Atene, in un certo periodo, perfino il procedimento legislativo ha avuto questa forma: quando una legge vecchia doveva essere sostituita con una nuova, la prima veniva processata da parte dei nomoteti. E Atene era certamente tutt'altro che « uno stato giurisdizionale » nel senso voluto da Schmitt. Il procedimento dialettico del moderno parlamento è — nella sostanza — qualcosa di completamente simile alla « forma giudiziaria » del processo davanti ad un tribunale. Esso serve per portare alla luce tutto ciò che sta a favore o contro una determinata soluzione, e l'esperienza dimostra che tale risultato è meglio garantito se la pretesa e la difesa sono affidati ad organi diversi. Ciò è senz'altro possibile se nella questione in esame vi sono anche due persone o due gruppi di persone con interessi diversificati. Ora, questo è indubbiamente il caso della questione di incostituzionalità di una legge. Vi sono contrasti d'interessi di natura nazionale, religiosa, economica, contrasti tra gruppi interessati all'accentramento o al decentramento, e molti altri: dar loro un'espressione adeguata sul piano tecnico-processuale è compito dell'ordinamento processuale. Il carattere contenzioso, la c.d. « forma giudiziaria » del procedimento, è senz'altro conveniente anche quando si tratta dell'applicazione di una norma costituzionale che lasci un largo margine alla discrezionalità. La controversia, allora, non verte, o meglio, non verte *solo* e non *solo direttamente* sulla questione di costituzionalità ma anche sull'opportunità dell'atto impugnato; è anche un dibattito sul modo migliore in cui la *creazione* — individuale o generale — *del diritto* debba svolgersi nel quadro delineato dalla costituzione. Qualora eventualmente si tratti della questione se una legge ordinaria violi la costituzione e il tenore di quest'ultima non rechi, sul punto, un preciso significato, sicchè la sentenza del tri-



bunale sia in realtà sviluppo della costituzione in una determinata direzione, proprio allora il contrasto d'interessi esistente è della massima importanza. E proprio qui è particolarmente importante che la volontà statale che si manifesta nella sentenza del tribunale costituzionale si formi in un procedimento che porti ad espressione il contrasto d'interessi esistente. In ogni processo civile, a seconda del potere discrezionale che la legge lascia al giudice, la « controversia » verte anche sulla opportunità della decisione e la forma giudiziaria si dimostra adatta all'attività « politica » di creazione del diritto svolta dal tribunale proprio nella misura in cui la sentenza realizza una « valutazione d'interessi ». Per non parlare del procedimento amministrativo, la cui forma giudiziaria non nuoce affatto alla discrezionalità riconosciuta in misura così ampia all'amministrazione. Anche se, con riguardo al potere discrezionale riconosciuto nell'applicazione del diritto e in senso politico e non teorico, si volesse parlare di norme più o meno « soggette alla giurisdizione » (*justizierbar*), sarebbe del tutto errata l'affermazione che « la base di una possibile forma giudiziaria » del procedimento venga a mancare « nella stessa misura della norma soggetta a giurisdizione » (p. 65).

Si travisa certamente il vero significato della c.d. « forma giudiziaria » e la sua utilizzabilità nel procedimento davanti ad un'autorità che agisca come « custode della costituzione », se non si guarda alla realtà sociologica da cui scaturisce il procedimento contenzioso: al fatto, cioè, che, come nelle altre figure giuridiche, così anche nella decisione di un tribunale, e in particolare di un « custode della costituzione », si contrappongono interessi *contrastanti* e che ogni « decisione » decide su contrasti d'interessi, cioè a favore di uno o dell'altro di essi o nel senso di una loro mediazione; sicché un procedimento contenzioso serve quanto meno a *portare alla luce l'effettiva situazione degli interessi*. Tutto questo però non si può vedere se il contrasto d'interessi viene mascherato con la finzione di un interesse comune o di una unità d'inte-

ressi, che è qualcosa di sostanzialmente diverso e di sostanzialmente maggiore di ciò che vi può essere nel migliore dei casi, vale a dire un compromesso d'interessi. È la tipica finzione cui si ricorre quando si opera con l'« unità » della « volontà » dello stato o con la « totalità » del collettivo in senso non meramente formale, allo scopo di giustificare una struttura dell'ordinamento statale che abbia un certo contenuto. Ad una simile raffigurazione conduce anche quella parte della trattazione in cui Schmitt sviluppa la categoria dello « stato totale », contrapponendola al sistema del « pluralismo ».

8. Entrambi i concetti vengono introdotti allo scopo di caratterizzare la concreta situazione costituzionale dell'attuale Reich tedesco. (I concetti di « policrazia » e di « federalismo », che Schmitt usa accanto a quello di « pluralismo », hanno una funzione piuttosto insignificante). Per « pluralismo » egli intende « una pluralità di complessi di forze sociali saldamente organizzati che attraversano lo stato, e cioè tanto i vari settori della vita statale quanto i confini territoriali dei Länder e degli autonomi enti locali e che, come tali, dominano la formazione della volontà dello stato, senza cessare di essere semplici formazioni sociali (cioè non-statali) » (p. 113). Riguardo a questi « complessi di forze sociali », la mente corre in primo luogo ai partiti politici e la realtà che Schmitt caratterizza con il termine « pluralismo » è soprattutto costituita dalla situazione finora definita come « stato di partiti ». Come risulta dalla definizione, presupposto decisivo affinché si possa parlare di una struttura politica « pluralistica » è l'esistenza di un *reale contrasto fra stato e società*. Il pluralismo consiste proprio nel fatto che la formazione della volontà statale è dominata da un complesso di forze caratterizzato come « meramente sociale », espressamente « non-statale ». Si può quindi parlare di pluralismo solo quando esista una sfera di vita sociale *libera dallo stato*, che influisca, sotto vari profili, sulla formazione della volontà dello stato. Il « trapasso allo stato totale »

(*Wendung zum totalen Staat*) si verifica invece, secondo Schmitt, quando scompare il contrasto tra stato e società: « La società divenuta stato, è uno stato economico, culturale, previdenziale, assistenziale, del benessere; lo stato divenuto autorganizzazione della società, e pertanto da questa non più separabile, abbraccia tutto il sociale, cioè tutto ciò che riguarda la convivenza degli uomini. Non c'è più alcun settore di quest'ultima rispetto al quale lo stato possa osservare una neutralità incondizionata nel senso di un non-intervento » (p. 124). In questo « poderoso trapasso » allo « stato totale », in questo superamento dello stato liberale, non interventista, che si limitava a poche funzioni sociali, che lasciava il più ampio spazio ad una società libera da esso e che quindi costituiva il concreto presupposto dell'opposizione concettuale tra stato e società, Schmitt coglie il tratto caratteristico del moderno « stato legislativo », tale considerando anche l'odierno Reich tedesco.

Che il concetto di « stato totale », com'è stato fin qui definito, non offra una visione nuova della realtà sociologica ma solo un termine nuovo per ciò che finora si usava chiamare azione statale espansiva — contrapposta ad azione statale limitata; che lo stato totale del sec. XX non sia affatto un fenomeno nuovo, come Schmitt mostra di credere, dal momento che già lo stato antico e così pure lo « stato assoluto », cioè lo stato di polizia del XVIII secolo, erano « stato totale », che quindi non è stato dialetticamente superato; che pertanto lo stato liberale del sec. XIX fosse una reazione contro lo stato totale — tutto questo non ha più importanza. Dare nuove denominazioni a realtà conosciute da tempo è oggi un metodo prediletto e diffuso nella letteratura politica. È invece notevole il tentativo di definire la concreta situazione costituzionale del Reich tedesco con due caratteri *che si escludono a vicenda*. Com'è possibile che questa situazione sia, per così dire, un punto culminante del « pluralismo » e, al tempo stesso, un « trapasso allo stato totale », se il pluralismo è possibile solo in quanto la formazione della volontà

statale sia influenzata da una sfera sociale, non-statale, nella cui soppressione e statizzazione consiste appunto il « trapasso allo stato totale »? Questa contraddizione prepara inoltre a Schmitt difficoltà non irrilevanti. A proposito dei partiti politici, che esistono anche nello stato totale, egli dice: « I partiti, nei quali si organizzano i vari interessi e le varie tendenze sociali, sono la stessa società divenuta stato di partiti ... » (p. 124). Dal momento che nello stato totale non c'è più una società, Schmitt la deve risolvere nello stato attraverso i partiti, presentare cioè i partiti come formazioni statali e non più sociali. In questo modo, però, la sua categoria del pluralismo diviene inutilizzabile. E a nulla serve cercare di rattoppare la contraddizione scrivendo: « L'esistenza di una *pluralità* di simili complessi che si fanno concorrenza e si mantengono reciprocamente entro limiti determinati, e quindi di uno *stato di partiti pluralistico*, impedisce che lo stato totale si affermi nel modo energico in cui ciò è già avvenuto nei c.d. stati a partito unico, cioè nella Russia sovietica e in Italia » (p. 131). Dato che, secondo la definizione originaria, lo stato pluralistico si distingue dallo stato totale per il fatto che questo assorbe la sfera sociale e quello no, a nulla può giovare neppure quest'altro tentativo di uscire dalla contraddizione: « Il trapasso allo stato totale non viene eliminato dalla pluralizzazione ma viene, per così dire, parcellizzato, in quanto ogni complesso organizzato di forze sociali — dall'associazione corale e dal club sportivo fino all'autodifesa armata — cerca di realizzare la totalità in sé e per sé » (p. 131). Ora questa *totalità parcellizzata* è semplicemente una *contradictio in adjecto*.

Il motivo più profondo della contraddizione sta nel fatto che Schmitt, con i termini « pluralismo » e « stato totale », unisce insieme due coppie di opposti che non hanno nulla in comune — l'opposizione tra stato e società e l'opposizione tra una formazione della volontà autocratico-accentrata e una formazione democratico-decentrata — e che nei concetti di « pluralismo » e « stato totale » viene in primo piano ora

l'una ora l'altra opposizione. Lo stato totale, come quello che assorbe completamente la società e che abbraccia tutte le funzioni sociali, può assumere tanto la forma di una democrazia nella quale il processo di formazione della volontà dello stato si sviluppa nella lotta dei partiti politici quanto la forma di una autocrazia, all'interno della quale è esclusa la formazione di partiti politici. Lo stato «totale» può essere anche uno «stato di partiti pluralistico» perchè una così spinta espansione degli scopi dello stato è compatibile con una ripartizione assai ampia del popolo in partiti politici. Un ampio decentramento sarebbe anch'esso compatibile con uno stato «totale» inteso in *questo* senso, non però con uno stato «totale» nel senso di comunità nella quale la formazione della volontà è accentrata, «unitaria» e quindi «forte»; il cui «impeto», del resto, in uno stato di partiti democratico, è spezzato.

Ma perchè mai Schmitt appesantisce la sua definizione del concetto di pluralismo con l'opposizione di stato e società, che — come dimostrano il suo stato totale pluralistico e la sua totalità parcellizzata — è del tutto irrilevante per la fattispecie da ricomprendere sotto il concetto di pluralismo e si sviluppa solo in forma contraddittoria? Ma, soprattutto, perchè mai l'opposizione di stato e società viene completamente superata nel concetto di «stato totale», in aperta contraddizione con la realtà sociale che dev'essere espressa da questo concetto? Non è necessario aderire alla concezione materialistica della storia per riconoscere che uno stato il cui ordinamento giuridico garantisca la proprietà privata dei mezzi di produzione, mantenga, fondamentalmente, la produzione economica e la distribuzione dei prodotti come funzioni non statali e lasci l'assolvimento di questo che è forse il più importante dei compiti ad un settore che può essere distinto dallo stato solo in quanto *società*, non può essere uno «stato totale» nel senso della definizione di Schmitt, uno stato, cioè, che «abbraccia tutto il sociale». In questo senso — in quello cioè di un ordinamento coerci-

tivo che assorbe completamente la società — *solo lo stato socialista può essere uno «stato totale»*. Se si qualifica «stato totale» lo *stato capitalistico* di oggi senza poter provare che il suo ordinamento ha già compiuto il passo decisivo verso il socialismo di stato — cosa in effetti impossibile e che Schmitt non tenta neppure — non ci si può difendere dall'obiezione che il «trapasso allo stato totale» è solo una ideologia borghese con la quale viene mascherata la situazione di violento contrasto in cui il proletariato o comunque una gran parte di esso si trova oggi rispetto allo stato legislativo della democrazia parlamentare, come già, all'inizio del XIX sec., la borghesia rispetto allo stato «totale» di polizia della monarchia assoluta. Questa ideologia afferma una *unità* di stato e società che non esiste, poichè la lotta di classe non si svolge come contrasto tra organi statali ma come lotta che una parte della società, che non sta nello stato, perchè non s'identifica con esso, conduce contro un'altra parte della stessa società che è lo stato perchè e in quanto il suo ordinamento garantisce gl'interessi di questa parte. Col «trapasso allo stato totale», il contrasto tra stato e società dovrebbe aver perduto il suo significato. Ma dal punto di vista del proletariato e di una teoria sociale proletaria, tale contrasto ha oggi esattamente la stessa importanza che aveva un tempo dal punto di vista della borghesia e di una dottrina borghese dello stato e della società, ed è quindi attuale oggi come lo era prima <sup>(11)</sup>.

(11) Se — come Schmitt sottolinea a p. 113 — l'essenza del «pluralismo» è caratterizzata dal «contrasto con una piena e compatta unità dello stato» e se in questo concetto — secondo la definizione modificata di p. 124 — rientra il contrasto tra stato e società (i partiti politici in lotta rappresentano un elemento pluralistico anche come formazioni statali), il federalismo di una organizzazione a *stato federale* è da considerare solo una pluralistica frantumazione dell'unità dello stato. Ciò vale anche per lo smembramento dello stato mediante una costituzione *corporativa*. Anche per ciò che riguarda la richiesta di una costituzione economica, di uno stato dei ceti, dei sindacati o dei con-

I concetti di pluralismo e di stato totale non potrebbero quindi resistere ad una *critica sociologica*. Il loro significato diviene chiaro non appena si ponga mente alla marcata *accentuazione* con la quale procedono. Il pluralismo è una situazione in cui la « società » sospinge indietro lo stato, in cui tendenze ostili minacciano l'esistenza dello stato in quanto ne minacciano l'unità; pluralismo significa « potere di più gruppi sociali *sulla* formazione della volontà dello stato » (p. 113), « dissoluzione » del concetto di stato (p. 107), « divisione dello stato » (p. 99), « disgregazione dell'unità dello stato e della costituzione » (p. 100). Il « trapasso allo stato totale » è invece uno sviluppo in direzione opposta, è la vittoria dello stato sulla società ad esso ostile, è la situazione

sigli, Schmitt ammette che « la sua attuazione non rafforzerebbe l'unità del volere statale ma la metterebbe solo in pericolo, i contrasti economici e sociali non sarebbero risolti e superati ma sarebbero ancora più aperti e più violenti, poichè i gruppi in lotta non sarebbero più costretti a seguire la via indiretta delle elezioni generali e della rappresentanza politica » (p. 153). Ciò significa esattamente che il sistema corporativo viene rifiutato in quanto pluralistico.

Del tutto diverso è però l'atteggiamento rispetto al *federalismo* dello stato federale. Qui Schmitt concede solo la « possibilità » che pluralismo e federalismo — che, secondo la definizione *modificata* di pluralismo, può essere in effetti solo un *caso particolare* di quest'ultimo e anzi un caso particolarmente pericoloso — « si alleino ». Egli tuttavia fa poi completamente rientrare questa possibilità e fa del federalismo « ciononostante, un contrappeso ancor sempre particolarmente forte alle formazioni di potere pluralistiche e ai metodi della loro politica di partito » (p. 148). In un altro contesto si accenna al fatto « che la costituzione tiene fede al carattere statale dei Länder » e « che il federalismo può essere un serbatoio di forze statali » (p. 165). Non c'è quindi da meravigliarsi se il federalismo viene poi *giustificato* proprio come « antidoto contro i metodi di un pluralismo partitico » (p. 148). Qui federalismo è qualcosa di ancora diverso; e, d'altra parte, questa « giustificazione » del federalismo ignora semplicemente che, con una moltiplicazione del sistema parlamentare come quella che la costituzione federale comporta, è connessa anche una moltiplicazione di quel « pluralismo » cui pertanto tutto può fare da contrappeso tranne che il federalismo!

di garantita unità dello stato. Contro le forze pluralistiche ostili allo stato e che ne minacciano l'unità si cercano « rimedi » (p. 149 ss.) e ci si pone la domanda se sia « legittimo ... richiamandosi eventualmente al principio associativo prettamente germanico, spingere ancora avanti questo sviluppo verso il pluralismo ». E Schmitt dà alla domanda una risposta recisamente *negativa*. Il suo giudizio di *valore* appare del tutto chiaro quando egli afferma che « il sistema pluralistico, con i suoi continui accordi di partiti e di gruppi parlamentari, riduce lo stato ad una giustapposizione di compromessi e di contratti mediante i quali i partiti che di volta in volta partecipano all'accordo di coalizione si dividono tutti gli uffici, le rendite e i vantaggi secondo la legge della proporzione, scambiando magari per giustizia la parità che osservano nel far questo » (p. 168). Proprio così: alla fine, il pluralismo viene dichiarato addirittura « incostituzionale » (p. 199). Sicchè la categoria del pluralismo può servire per accantonare quella soluzione del problema della garanzia della costituzione che consiste nell'introduzione del controllo di costituzionalità; e lo « stato totale » per dare un fondamento a quella soluzione che viene garantita come giusta in quanto assicura l'*unità dello stato* minacciata, anzi eliminata dal contrasto tipicamente pluralistico di stato e società.

9. Schmitt scorge il carattere pluralistico del controllo di costituzionalità nel fatto che questo si svolge nella forma di un processo nel quale vengono fatti valere « diritti soggettivi » alla costituzione o al potere statale (p. 109). Qualificare ciò come « dissoluzione del concetto di stato » è del tutto privo di fondamento. Se la costituzione di uno stato federale legittima tanto la federazione quanto gli stati-membri ad impugnare davanti ad un tribunale costituzionale centrale le leggi, sia degli uni che dell'altra, contrarie alle regole sulla competenza, se autorizza i tribunali o altre autorità a far valere l'incostituzionalità delle norme che son chiamati ad applicare, e perfino se introduce un'*actio popularis* per eli-

minare in radice atti incostituzionali, non vengono affatto creati « diritti soggettivi » nel senso di diritti rivolti contro lo stato perchè rivolti contro il diritto obiettivo; cioè nel senso *giusnaturalistico* di diritti innati, indipendenti dall'ordinamento obiettivo dello stato e del diritto, che questo sia tenuto a rispettare, e che non abbia attribuito e quindi non possa togliere. Il « diritto soggettivo », che non consiste se non nella legittimazione processuale, nella possibilità di attivare presso un'autorità centrale un procedimento che ha come scopo l'annullamento di un atto incostituzionale, la rimozione di un illecito, un tale diritto altro non è che un *espediente tecnico a garanzia dell'ordinamento statale* e quindi proprio l'*opposto* di ciò che si può chiamare la « dissoluzione pluralistica dello stato » (p. 107). Allo stesso modo si potrebbe parlare di « disgregazione pluralistica » dell'unità dello stato a proposito dell'avvocatura dello stato e della magistratura, dal momento che nel processo penale lo stato si scinde in accusatore e giudice.

Il « trapasso allo stato totale » influisce anzitutto sul controllo di costituzionalità nel senso che la richiesta di tale controllo viene intesa come tentativo d'impedire quel « trapasso » e quindi il processo di rafforzamento e consolidamento dello stato, la sua vittoria sulla società. « Non c'è da meravigliarsi che la difesa contro una tale espansione dello stato » — e si vuole qui indicare il « trapasso allo stato economico », che rappresenta la fase decisiva nel trapasso allo stato totale — « appaia anzitutto come difesa contro quell'attività statale che in un simile momento determina proprio il modo di essere dello stato, e pertanto come difesa contro lo stato legislativo. Vengono quindi richieste in primo luogo garanzie contro il legislatore. In questo modo si spiegano anche i primi non chiari tentativi di porre un riparo che ... si aggrappavano alla giurisdizione per trovare un contrappeso ad un legislatore che diveniva sempre più potente ed invadente. Essi dovevano risolversi in vuoti formalismi ... Il loro vero errore stava nel fatto che essi potevano opporre al po-

tere del moderno legislatore solo una giurisdizione che o era vincolata da precise norme emanate proprio da questo legislatore o poteva contrapporgli solo principi indeterminati e controversi, con il cui aiuto non era possibile creare un'autorità che stesse al di sopra del legislatore » (p. 128). Ma chi si è mai atteso che un tribunale costituzionale contrasti l'allargamento della competenza legislativa? Forse che l'espansione del potere legislativo si realizza solo attraverso violazioni della costituzione? Una più maliziosa interpretazione del controllo di costituzionalità difficilmente sarebbe possibile. E quando Schmitt prosegue: « In una situazione così modificata e in relazione ad un tale allargamento dei compiti e dei problemi dello stato, il rimedio può forse venire dal governo, non certo dalla giurisdizione », preparando in tal modo la richiesta che non un tribunale ma il governo sia il custode della costituzione, proprio qui non si possono chiudere gli occhi davanti al fatto che l'*espansione legislativa* si attua, in misura assai rilevante, anche attraverso il *potere di ordinanza del governo*; particolarmente quando, in base ad una interpretazione dell'art. 48 comma 2, vivamente patrocinata proprio da Schmitt, il *potere di ordinanza del governo subentra al potere legislativo del parlamento*. Un tribunale costituzionale, del resto, è strumento del tutto inutile per impedire il trapasso allo stato totale. Non si può tuttavia screditare una istituzione partendo da uno scopo che le è completamente estraneo e affermando poi che essa non è in grado di conseguirlo.

Un effetto non irrilevante della dottrina dello « stato totale » sta in ciò, che essa sminuisce fortemente la portata di un argomento fondamentale che milita per l'affidamento del controllo ad un tribunale indipendente e non già al governo. Poichè la costituzione ripartisce, in sostanza, il potere tra due organi *parlamento* e *governo* (dove per « governo » è da intendere l'organo composto dal capo dello stato e dai ministri che ne controfirmano gli atti), già per ciò solo esiste necessariamente tra parlamento e governo un antagonismo

permanente. E il pericolo che la costituzione sia violata nasce soprattutto dalla possibilità che uno dei due organi oltrepassi i limiti che la costituzione gli ha assegnato. Poiché, proprio nei casi più importanti di violazioni della costituzione, parlamento e governo sono parti in causa, è opportuno far decidere la controversia da un terzo organo *che stia al di fuori di questo contrasto* e che sia del tutto estraneo all'esercizio del potere che la costituzione ripartisce essenzialmente tra parlamento e governo. Che quest'organo abbia per ciò stesso un certo potere, è inevitabile. Una cosa è però affidare ad un organo *nient'altro* che il potere che deriva dalla funzione di controllo costituzionale e cosa ben diversa è rafforzare il potere di una delle due principali parti in causa con l'ulteriore attribuzione del controllo di costituzionalità. Il vantaggio fondamentale di un tribunale costituzionale sta in ciò, che esso, non partecipando sin dall'inizio all'esercizio del potere, non si pone in contrasto necessario col parlamento o col governo. Secondo la dottrina dello « stato totale », invece, non esiste alcun contrasto tra parlamento e governo; dal che deriva — senza che ciò debba essere detto espressamente e senza che Schmitt espressamente lo dica — che se il governo — cioè il capo dello stato insieme con i ministri — diviene custode della costituzione per difenderla dalle leggi incostituzionali, il controllo di costituzionalità non è affidato ad un organo che sia parte in causa.

L'eliminazione del contrasto tra governo e parlamento, decisivo per la soluzione del problema della garanzia della costituzione, risulta dal fatto che Schmitt indica tale contrasto solo come conseguenza o variante del *dualismo* di stato e società, destinato a sparire col trapasso allo « stato totale ». « Tutte le importanti istituzioni e normazioni di diritto pubblico che si sono sviluppate in Germania nel corso del XIX sec. e che costituiscono gran parte di tale diritto hanno alla base quella distinzione (tra stato e società). Che, in generale, lo stato della monarchia costituzionale tedesca, con le sue contrapposizioni di principe e popolo, corona e parlamento,

governo e rappresentanza popolare, sia stato costruito dualisticamente, è solo espressione del generale e fondamentale dualismo di stato e società. La rappresentanza popolare, il parlamento, il corpo legislativo, erano concepiti come lo scenario nel quale la società aveva come antagonista lo stato » (p. 116 s.). « Questo stato che, in senso liberale e non interventista era fundamentalmente neutrale nei riguardi della società ... si trasformava tuttavia dalla base, proprio nella stessa misura in cui quella costruzione dualistica di stato e società, governo e popolo, perdeva la sua tensione e si realizzava lo stato legislativo. Ora lo stato diviene infatti autororganizzazione della società. Cade pertanto, come si è accennato, la distinzione, già sempre presupposta, tra stato e società, governo e popolo, di modo che tutti i concetti e gli istituti (leggi, bilancio, autogoverno) costruiti su tale presupposto diventano nuovi problemi » (p. 123). Nello stato totale, che abbraccia tutto il sociale, non può esservi, in particolare, neppure un contrasto tra governo e parlamento, poichè tale contrasto deve sparire insieme con quello esistente tra stato e società. Schmitt però non trae espressamente questa conclusione, affermando solo, *apertis verbis*, che col trapasso allo stato totale viene meno la distinzione tra stato e società e quindi la distinzione tra « governo e popolo ». In sede di caratterizzazione dello stato totale, egli non parla del dualismo tra governo e parlamento, che nell'analisi della monarchia costituzionale del XIX sec. presenta come semplice variante del contrasto fra stato e società; e lascia al lettore di proseguire in questa direzione. Dice però abbastanza chiaramente che « tutte le usuali contrapposizioni, legate al presupposto dello stato neutrale, che compaiono in seguito alla distinzione tra stato e società sono soltanto casi di applicazione e ripetizione di questa distinzione. Separazioni antitetiche (*antithetische Trennungen*), come stato ed economia, stato e civiltà ... stato e diritto, politica e diritto ... perdono il loro significato e diventano inutili » (p. 124). A queste « separazioni antitetiche » appartiene tutta-

via, secondo le sue precedenti osservazioni, il contrasto tra governo e parlamento.

Non occorre un acume particolare per mostrare come, nello stato moderno, il contrasto tra governo e parlamento sia sparito tanto poco quanto quello tra stato e società, con il quale peraltro non s'identifica assolutamente. Esso non ha perduto il suo significato, lo ha solo modificato: non esprime più il contrasto tra i ceti popolari rappresentati dalla maggioranza parlamentare e i gruppi d'interesse che operano attraverso il monarca e il suo governo, ma il contrasto, *in seno al parlamento, tra una minoranza ed una maggioranza* che ha nel governo il proprio fiduciario. Questo però non è affatto l'unico significato che il contrasto tra parlamento e governo può oggi avere. Esso può assumere un altro significato quando siano in carica un governo di minoranza o un capo dello stato eletto solo da una minoranza del popolo e specialmente quando un governo, non avendo alle spalle una maggioranza parlamentare, governa incostituzionalmente *senza parlamento*. Nel momento in cui il governo del Reich si vede costretto a minacciare le proprie dimissioni per il caso che il parlamento o una sua commissione, corrispondendo al desiderio della maggioranza parlamentare, si riuniscano, riesce difficile accettare le ultime conseguenze della dottrina dello « stato totale » e ammettere che « governo e parlamento » siano una « separazione antitetica », che col trapasso allo stato legislativo ha perduto il suo significato ed è diventata inutile.

10. Le vie che dallo « stato totale » conducono al capo dello stato come « custode della costituzione » sono, del resto, anche per un lettore molto attento, non facili da trovare. Sembra che l'effettiva unità dello « stato totale » costituisca una sorta di *fondamento sociologico* per un'altra « unità », e cioè per quella che è presupposta dal *preambolo della costituzione di Weimar* e che — se dev'essere qualcosa di più dell'unità *giuridica* del popolo dello stato che ogni costituzione tiene a creare — è solo un'altra variante della medesima

ideologia. « La vigente costituzione del Reich si attiene al concetto democratico dell'omogenea, inscindibile unità di tutto il popolo tedesco che, in forza del proprio potere costituente e mediante una decisione politica positiva e quindi mediante un atto unilaterale, si è data questa costituzione. In questo modo tutte le interpretazioni ed applicazioni della costituzione di Weimar, con le quali si è cercato di fare di essa un contratto, un compromesso o qualcosa di simile, sono solennemente respinte come contrarie al suo spirito » (p. 98). Il legame intrinseco — da Schmitt mai *direttamente affermato* — che esiste tra la costruzione dello « stato totale » e l'« omogenea, inscindibile unità di tutto il popolo tedesco », risulta chiaro dal fatto che il « pluralismo » contrasta con questa unità quanto con quell'altra « unità » che esprime lo « stato totale ». Il pluralismo è espressamente caratterizzato dal « contrasto con una piena e compatta unità dello stato » (p. 113). E come il pluralismo, con il *contrasto di stato e società* che in esso si esprime, attenua l'« impeto » dello stato totale, « parcellizza » la totalità, così l'« elemento pluralistico » che entra « nella realtà della nostra odierna situazione costituzionale » (p. 98) mette in pericolo questa « omogenea, inscindibile unità » alla quale la costituzione di Weimar « si attiene ». Ed è su questa unità che Schmitt fonda principalmente la sua interpretazione costituzionale. Questa unità non è un semplice postulato etico-politico, come di solito viene presentata nei preamboli delle costituzioni, ma una *realtà sociale*: se è vero che il contrasto pluralistico tra stato e società, che la mette in pericolo, è in effetti eliminato e che lo « stato totale » che elimina tale contrasto è una realtà. La realtà è, invero, anche dipinta come scaduta in una disgregazione « pluralistica ». Ciò però non impedisce di rimproverare « a coloro che sono interessati a questo pluralismo » (o ai teorici che li appoggiano?) di « velare la realtà con il c.d. formalismo » (p. 101).

Questa « omogenea, inscindibile unità di tutto il popolo tedesco » cui si richiama il preambolo della costituzione, è

il supporto principale della tesi per la quale « custode della costituzione » è il presidente del Reich. Dal fatto « che la costituzione di Weimar è una decisione politica dell'unitario popolo tedesco in quanto titolare del potere costituente » — in realtà la costituzione è deliberazione di un parlamento, la cui identità con l'« unitario popolo tedesco » può essere affermata solo mediante la *finzione* della rappresentanza — Schmitt conclude infatti che « il problema del custode della costituzione richiede una soluzione diversa da quella che può offrire una fittizia forma giudiziaria » (p. 109). E la soluzione è che il presidente del Reich è il custode della costituzione perchè, eletto da tutto il popolo, è chiamato « a preservare l'unità del popolo come insieme politico » facendo da « contrappeso al pluralismo dei gruppi di potere sociali ed economici » e ha la possibilità, con l'indizione del *referendum* popolare, « di collegarsi direttamente con la volontà generale del popolo tedesco », « di agire come custode e garante dell'unità e integrità costituzionali del popolo tedesco » (p. 242). Più tardi dovremo tornare sul fatto che il presidente viene qui definito « custode della costituzione » in un senso che non si potrà mai applicare ad un tribunale costituzionale e che non è stato mai da nessuno adoperato, sicchè il contrapporre il presidente ad un tribunale costituzionale ha tanto poco senso quanto affermare che, poichè l'esercito è la migliore difesa dello stato, non abbiamo bisogno di ospedali. Qui basterà solo stabilire che quando la costituzione istituisce un tribunale costituzionale, questo non è una « fittizia forma giudiziaria » ma un organo effettivo; e che se qualcosa va qualificato come « fittizio » è proprio quella « unità del popolo » che Schmitt — su una presunta base costituzionale — « presuppone » come realmente esistente, dichiarandola però, in pari tempo, eliminata in concreto dal sistema pluralistico allo scopo di poter presentare il capo dello stato come rimedio per questa situazione e come restauratore di questa unità.

Quella di rendere visibile all'esterno l'unità dello stato è senza dubbio una funzione affidata al capo dello stato da tutte le costituzioni che prevedono un tale organo. Certamente, come dice Schmitt, « la posizione del capo dello stato è strettissimamente legata alla rappresentanza dell'*unità* politica nella sua *interessezza* » (p. 239). Ciò peraltro — in termini di conoscenza obiettiva, libera da ogni ideologia — significa solo che è funzione del capo dello stato esprimere *simbolicamente* l'esigenza irrinunciabile di una unità più che formale dello stato, di una sua unità materiale. E anzi è questa la funzione principale di quell'organo che le varie costituzioni chiamano capo dello stato. Questa funzione consiste non tanto nelle competenze materiali affidate a quest'organo e che esso deve comunque esercitare non da solo ma insieme con i ministri, come parte non indipendente di un organo composto (che non è l'organo supremo ma uno degli organi supremi dello stato), quanto nella sua denominazione di « capo » dello stato, « imperatore », « re », « presidente » e nei privilegi onorifici ad esso attribuiti. L'importanza politica di questa funzione non dev'essere affatto sottovalutata. Significa tuttavia scambiare l'ideologia con la realtà voler vedere — come fa Schmitt aderendo alla dottrina del costituzionalismo — nell'istituto del capo dello stato non soltanto il simbolo di una unità dello stato *postulata* sul piano etico-politico ma il prodotto o il fattore di una unità *reale*, nel senso di una *effettiva solidarietà d'interessi*. Il vero significato della dottrina del *pouvoir neutre* del monarca che Schmitt adatta al capo dello stato repubblicano, è infatti questo, che cioè deve mascherare il contrasto d'interessi, effettivo e radicale, che si esprime nella realtà dei partiti politici e nella realtà, ancor più importante, del conflitto di classe che vi sta dietro. In termini pseudo-democratici, la formula di questa funzione suona press'a poco così: il popolo che forma lo stato è un collettivo unitario omogeneo e ha quindi un interesse collettivo unitario che si esprime in una volontà collettiva unitaria. Questa volontà collettiva che sta al di là



dei contrasti d'interessi e quindi al di sopra dei partiti politici — è la « vera » volontà dello stato — non è creata dal parlamento, il quale è lo scenario dei contrasti d'interessi, dello smembramento partitico (Schmitt direbbe « pluralistico »). Ne è artefice e strumento il capo dello stato.

Orbene, il carattere ideologico di questa interpretazione è palese. Essa contraddice al fatto che la costituzione lega gli atti del capo dello stato alla collaborazione dei ministri responsabili verso il parlamento. Del resto, se anche esistessero atti autonomi del capo dello stato, resterebbe sempre un mistero come si possa realizzare in questi atti un'armonia d'interessi che altrimenti non esiste, l'« obiettivo » interesse dello stato, che non è l'interesse di questo o di quel gruppo particolare. Anche un *referendum* popolare — provocato dal capo dello stato — esprime, nella migliore delle ipotesi, la volontà di una maggioranza, che solo una tipica finzione democratica può presentare come « volontà generale del popolo ».

Che un capo dello stato, nella misura in cui è indipendente da gruppi d'interessi in conflitto, cercherà di adottare nei propri atti *una linea mediana*, cioè la linea del compromesso, si comprende facilmente. È questo infatti l'atteggiamento che di regola garantisce la sua posizione. Il suo potere « neutrale » dev'essere tuttavia ben più che la possibilità di comporre degli interessi. Ora, proprio questa possibilità è notevolmente limitata dal fatto, già accennato, che egli non può agire senza la collaborazione di ministri legati alla maggioranza parlamentare.

Se, in modo del tutto realistico e senza orpelli ideologici, si vede la « neutralità » del capo dello stato in questa possibilità, garantita dalla sua indipendenza dai partiti politici, d'influenzare la formazione della volontà dello stato nel senso di un compromesso, si deve ammettere che, a questo proposito, un monarca ereditario offre di più di un presidente eletto e rieleggibile. L'elezione del capo dello stato, che — inevitabilmente — si svolge sotto la pressione dei partiti

politici, è un metodo certamente democratico per nominarlo, ma non ne garantisce particolarmente l'indipendenza. Concludere, dal fatto che il capo dello stato è « eletto da tutto il popolo », cioè in realtà nominato da una maggioranza e talvolta persino da una minoranza del popolo in lotta con altri gruppi, che esso esprimerà la volontà collettiva dell'intero popolo, è quindi discutibile non solo perchè una siffatta volontà collettiva non esiste ma anche perchè proprio l'elezione non offre alcuna garanzia per una funzione di composizione d'interessi in conflitto. Se questa, in via di fatto, si fa di regola sentire, ciò accade *nonostante* tale metodo di nomina. Vedere nell'elezione, come fa Schmitt (p. 231), una garanzia d'indipendenza è possibile solo a patto di chiudere gli occhi davanti alla realtà. E non si devono neppure sopravvalutare gli altri mezzi che le costituzioni delle repubbliche democratiche approntano a garanzia dell'indipendenza del capo dello stato elettivo, quali una più lunga durata in carica e una revoca più difficile, tanto più che essi vengono, in parte, paralizzati dalla possibilità di rielezione prevista nella costituzione. E nemmeno la comminazione d'incompatibilità ha in effetti quella importanza che Schmitt le attribuisce, specie se è vietata l'appartenenza a corpi legislativi ma non ad organizzazioni politiche: divieto che ha anche scarso rilievo pratico.

Non vi sono, in particolare, motivi sufficienti per ritenere l'indipendenza del capo dello stato elettivo maggiore o meglio garantita di quella dei giudici o dei funzionari. Non è possibile, in ispecie, svalutare la neutralità del magistrato di carriera a favore di quella del capo dello stato con l'argomento che « i detentori effettivi del potere politico possono facilmente riuscire a influenzare l'assegnazione dell'ufficio di giudice e la nomina dei consulenti tecnici. Se questo avviene, la risoluzione in forma giudiziaria o tecnica delle controversie diventa un comodo strumento di politica, e ciò è proprio il contrario di quello che si voleva ottenere con la neutralizzazione » (p. 167). Ora, i giudici sono di regola no-

minati dal capo dello stato: non è costui un « effettivo » detentore del potere politico? E se lo sono soltanto i partiti politici, la mancanza di neutralità dei giudici non presuppone la mancanza di neutralità di quell'organo che nomina i giudici? « Dal punto di vista pratico — dice Schmitt — è sempre un freno notevole ai metodi partitici di assegnazione delle cariche consentire la nomina dei funzionari non direttamente al compagno di partito divenuto ministro ma ad un capo dello stato indipendente dal parlamento, cioè da un partito » (p. 229). Ma dov'è la garanzia che non venga eletto capo dello stato un « compagno di partito » e da quando in qua i partiti politici non hanno, anche fuori del parlamento, la possibilità d'influencare gli organi eletti da loro o col loro aiuto? Se la neutralità garantita dall'« indipendenza » è presupposto essenziale per la funzione di custode della costituzione, il capo dello stato non ha punti di vantaggio — *quanto meno* — rispetto a un tribunale indipendente; mentre è fuori questione un fatto, che non va certamente sopravvalutato ma che tuttavia depone a favore di una certa superiorità del tribunale: il fatto cioè che il giudice è spinto alla neutralità dalla sua stessa etica professionale.

Poichè Schmitt non può dimostrare che il capo dello stato è più indipendente e neutrale degli organi giurisdizionali e della burocrazia, dichiara alla fine: « La giurisdizione e la burocrazia di carriera vengono sovraccaricate se si addossano loro tutte le decisioni e i compiti politici per i quali si desidera indipendenza e neutralità rispetto ai partiti politici » (p. 235). Questo passaggio dalla qualità alla quantità è però del tutto inammissibile e non prova assolutamente nulla. Non si può paragonare la giurisdizione ad un cammello che stramazza a terra se viene caricato anche della soma del controllo di costituzionalità. Qui non è in discussione la giurisdizione come tale, ma un singolo tribunale. I suoi compiti non sovraccaricano la « giurisdizione » (*Justiz*), che non esiste come quantità ed è qualcosa di astratto e come tale non può venire sovraccaricato, ma solo quel concreto tribunale, del quale peraltro Schmitt

ha in precedenza dimostrato che non è autorità *giurisdizionale*. E si tratta di vedere solo se è più indipendente e neutrale un siffatto tribunale oppure il capo dello stato. Con l'immagine distorta di un sovraccarico della giurisdizione, Schmitt cerca invano di evitare l'ammissione che non è riuscito a provare che il capo dello stato è più idoneo di un tribunale al compito di custode della costituzione, in quanto possiede le qualità dell'indipendenza e quindi della neutralità in misura maggiore di quest'ultimo. Anzi, la stessa formula con la quale Schmitt definisce l'essenza della « neutralità », che dev'essere il presupposto dell'ufficio di custode della costituzione, si adatta proprio a un tribunale costituzionale e milita direttamente contro il capo dello stato. « In uno stato di diritto con poteri ripartiti — egli dice — non è logico affidare questa ulteriore funzione (quella di custode della costituzione) ad uno dei poteri esistenti, poichè altrimenti esso acquisterebbe preponderanza sugli altri e potrebbe sottrarsi al controllo divenendo in tal modo il signore della costituzione. È quindi necessario porre, accanto agli altri poteri, uno speciale potere neutrale e collegarlo e bilanciarlo con essi mediante specifiche attribuzioni » (p. 203). Orbene, non è il capo dello stato uno « dei poteri esistenti », specie in una costituzione che accoppia l'elemento parlamentare con quello plebiscitario e che ripartisce il potere politico tra parlamento e presidente del Reich (unitamente ai ministri)? E ciò proprio dal punto di vista di una interpretazione costituzionale che si è sforzata con ogni mezzo di spostare il centro di gravità del potere in direzione del capo dello stato! È di un tribunale chiamato solo ad esercitare un controllo di costituzionalità o è invece del capo dello stato che si può dire che è posto, come speciale potere neutrale, « accanto agli altri poteri »? È di questo tribunale o è invece del capo dello stato che si deve dire che — ove sia chiamato alla funzione di custode della costituzione — riceve questa funzione come « ulteriore » e acquista così una preponderanza rispetto

agli altri poteri istituiti dalla costituzione, di modo che « potrebbe sottrarsi al controllo »?

Neppure l'ideologia del *pouvoir neutre* del monarca, di Benjamin Constant, potrebbe velare questi interrogativi al punto da rendere seriamente dubbia la risposta.

II. Che il capo dello stato, nel quadro di una costituzione del tipo di quella di Weimar, non sia l'organo più adatto alla funzione di controllo della costituzione; che, in particolare, sotto il profilo della indipendenza e della neutralità, non presenti alcun vantaggio rispetto ad un tribunale costituzionale, viene confermato più che contraddetto dallo scritto di Schmitt. Ma Schmitt afferma non solo che il capo dello stato è l'organo più adatto al compito di custode della costituzione ma che, secondo la vigente costituzione, tale compito appartiene al presidente del Reich e solo a lui (p. 240 s.).

Ora nessuno negherà che egli sia anche questo, che funzioni da garante della costituzione accanto alla corte costituzionale istituita con l'art. 19 o all'altro tribunale ivi menzionato e accanto ai tribunali civili, penali e amministrativi che esercitano un potere di controllo sulle leggi, in quanto ha il compito di esaminare, accanto ad essi, la costituzionalità delle leggi e di altri atti. Ed egli lo svolge quando, ai sensi dell'art. 70, nega la promulgazione ad una deliberazione legislativa contrastante con la costituzione o quando, ai sensi dell'art. 48 comma 1, con l'aiuto delle forze armate, costringe all'adempimento dei propri doveri un Land che abbia violato la costituzione; nel presupposto che non si limiti ad eseguire una pronuncia di un tribunale che ha accertato la violazione della costituzione in un procedimento oggettivo e che quindi non agisca come semplice organo esecutivo di un custode della costituzione (come fa, per esempio, il presidente federale ai sensi dell'art. 146 della costituzione austriaca) <sup>(12)</sup>. Dichiarare *unico* custode della costi-

<sup>(12)</sup> Cfr., in proposito, Kelsen, *Die Bundesexekution*, 1927, 167 ss., (tradotto in questo volume col titolo *L'esecuzione federale*, retro, 72 ss.).

tuzione il presidente del Reich contraddice alle più chiare disposizioni costituzionali. Schmitt afferma incidentalmente: « Quando nelle costituzioni tedesche del XIX secolo, accanto ad altre garanzie, si prevede una speciale corte per la tutela giudiziaria della costituzione, trova espressione la verità elementare che tale tipo di tutela può costituire solo uno degli istituti posti a presidio e garanzia della costituzione e che sarebbe sbrigativa superficialità dimenticare, a questo proposito, i limiti assai stretti di ogni giurisdizione e i molti altri tipi e metodi di garanzia della costituzione » (p. 23). Ma poichè nessuno ha mai affermato che il tribunale costituzionale è l'unico custode della costituzione, si può dire a maggior ragione che quando nella costituzione di Weimar, accanto ad altre garanzie, si prevede, come garante della costituzione, il presidente del Reich, trova espressione la verità elementare che questa garanzia può costituire solo uno degli istituti posti a presidio della costituzione e che sarebbe sbrigativa superficialità dimenticare i limiti assai stretti di questo tipo di garanzia e i molti altri tipi e metodi di garanzia della costituzione!

La tesi che solo il presidente sia il custode della costituzione può acquistare un'apparente giustificazione solo in quanto al concetto di « custode della costituzione » — cioè di un organo che deve assicurare la costituzionalità di taluni atti dello stato reagendo in un certo modo alle violazioni della costituzione — si dia un significato che non ha mai avuto e non può avere alcun rapporto con le parole, se è vero che il presidente del Reich, come custode della costituzione, dev'essere contrapposto ad un *tribunale costituzionale* e se Schmitt può dire: « Prima quindi d'introdurre, per le questioni e i conflitti eminentemente politici, un custode della costituzione e di sovraccaricare e mettere in pericolo, con tale politicizzazione, la giurisdizione, ci si dovrebbe anzitutto ricordare del contenuto positivo della costituzione di Weimar e del suo sistema di legislazione costituzionale. Secondo l'attuale contenuto di quest'ultima, un custode della

costituzione esiste già ed è il presidente del Reich » (p. 240). Dovrebbe già colpire il fatto che fra i compiti del presidente nei quali si estrinseca la sua funzione di custode della costituzione, Schmitt annoveri anche quelli che con la garanzia della costituzione non hanno il benchè minimo rapporto. Egli scorge infatti l'esercizio di tale funzione pressochè in tutti i compiti che la costituzione affida al presidente. Così per le competenze previste dagli artt. 45 e ss., cioè per la rappresentanza nei rapporti internazionali, la dichiarazione di guerra, la conclusione della pace, la nomina dei funzionari, il comando supremo delle forze armate, etc., per lo scioglimento del Reichstag ai sensi dell'art. 25, per il *referendum* popolare ai sensi dell'art. 73 e, in particolare, per tutto ciò che il capo dello stato (insieme con i ministri) è autorizzato a fare dall'art. 48 (e non solo dal suo primo comma).

Ora, se il presidente « custodisce » la costituzione esercitando tutte queste funzioni che essa gli affida, « custode della costituzione » altro non significa se non *esecutore (Vollzieher)* della medesima. Ma, a questo punto, il Reichstag e gli altri organi costituzionali sono anch'essi « custodi della costituzione » quanto il presidente e, allo stesso modo, si potrebbero definire « custodi » delle leggi i tribunali e le autorità amministrative. Schmitt ritiene così di poter riscontrare la predetta funzione persino nella formula del giuramento contenuta nell'art. 42, dal momento che definisce il presidente custode della costituzione anche perché egli giura che « tutelerà » la costituzione. L'art. 42 non dice però — come cita Schmitt — « tutelare la costituzione » (*die Verfassung wahren*) ma « tutelare la costituzione e le leggi del Reich » (*die Verfassung und die Gesetze des Reiches wahren*) e ciò significa solo eseguire (*vollziehen*) la costituzione e le leggi, esercitare le proprie funzioni secondo la costituzione e le leggi. In questo senso, il presidente è tanto « custode » della costituzione quanto delle leggi. E, in realtà, l'argomentazione di Schmitt porta in fondo a contrassegnare la funzione di *uno solo* degli organi creati dalla costituzione per la propria

immediata esecuzione, la posizione di *uno solo* di questi organi portanti della costituzione, cioè la *competenza funzionale* del presidente — o meglio, del *governo* composto dal presidente e dai ministri — rispetto a quella di tutti gli altri organi costituzionali e in particolare del *Reichstag*, nel senso di qualificare come funzione di « custode della costituzione » solo la prima e non anche la seconda. In questo modo, egli non dice apertamente ma fa capire che un controllo di costituzionalità sugli atti di quest'organo — e un tale controllo, nella misura in cui la sua funzione non è essa stessa di controllo, è del tutto possibile — sarebbe quanto meno superfluo. « Custode della costituzione », nel senso originario della parola, significa garante della costituzione. Custodire il « custode » sarebbe il primo passo di un *regressus ad infinitum* privo di senso sul piano della politica del diritto. Solo che Schmitt, nel concetto di custode della costituzione da lui utilizzato, comprende funzioni del tutto diverse dal controllo di costituzionalità, anzi pone l'accento proprio su queste ultime.

Il significato vero che Schmitt collega al concetto di « custode della costituzione » da lui introdotto nella discussione sulla garanzia della costituzione, quello che soprattutto gli sta a cuore, appare nel modo più chiaro e preciso in quel punto del suo scritto in cui egli crede di avere assestato al concetto di controllo di costituzionalità il colpo di grazia, cioè laddove egli liquida questo istituto come *antidemocratico*. Egli chiarisce (p. 235) che « Si abusa dei concetti di forma giudiziaria e di giurisdizione e così pure della garanzia istituzionale dei pubblici dipendenti in Germania se in tutti i casi in cui, per motivi politici, appaiono opportune o necessarie l'indipendenza e la neutralità, si vuole subito creare un tribunale di giudici di carriera e una forma giudiziaria ». E dopo aver enunciato l'opinione già riferita in un precedente contesto, che cioè in tal modo la « giurisdizione » viene « sovraccaricata », vibra il colpo più duro che, dal punto di vista del principio democratico — da Schmitt accettato —, si possa

vibrare contro la richiesta politico-giuridica della creazione di un tribunale costituzionale: «la creazione di un simile custode della costituzione — si noti: anche un siffatto *tribunale costituzionale* sarebbe un «custode della costituzione», pur se molto peggiore del presidente, e Schmitt usa il concetto di custode della costituzione generalmente *anche in questo senso* — sarebbe anche in diretto contrasto con la coerenza politica del principio democratico». E perchè mai un tribunale costituzionale dovrebbe essere un custode antidemocratico della costituzione, meno democratico del capo dello stato? Il carattere democratico di un tribunale costituzionale, non diversamente da quello del capo dello stato, può solo dipendere dal modo della sua nomina e dalla sua posizione giuridica. Se si vuole dare a questo tribunale una struttura democratica, nulla vieta che venga eletto dal popolo, come il capo dello stato, e che i suoi membri occupino posti di ruolo tanto poco quanto il capo dello stato; anche se può restare aperta la questione se questo modo di creare e di qualificare l'organo sia poi il più opportuno in rapporto alla sua funzione. Ma considerazioni analoghe vanno fatte anche per il capo dello stato. Non si può, in ogni caso, affermare che un tribunale non possa essere strutturato altrettanto democraticamente quanto un altro organo. Quando Schmitt dice che «dal punto di vista democratico non sarebbe possibile affidare tali funzioni ad un'aristocrazia della toga», questa obiezione cade non appena si osservi che un tribunale costituzionale eletto dal popolo o anche dal parlamento — come, per esempio, quello istituito dalla costituzione austriaca del 1920 — è tutt'altro che un'«aristocrazia della toga». Ma, secondo le vedute di Schmitt, un tribunale costituzionale appare antidemocratico non solo perchè dev'essere presumibilmente organizzato in modo burocratico-aristocratico, ma anche per un altro motivo, che Schmitt non adduce espresamente a sostegno del suo carattere antidemocratico ma che fa valere quanto meno tacitamente in questo senso, dal momento che connette questo argomento direttamente con

la tesi che l'istituzione di un tribunale costituzionale è in contrasto col principio democratico. Nel quadro della democrazia parlamentare-plebiscitaria del XX sec. — così egli sostiene — un tribunale costituzionale non sarebbe, come nella monarchia costituzionale del XIX secolo, «rivolto contro un monarca ma contro il parlamento». Senonchè, mentre nei riguardi del monarca un organo giudiziario avrebbe potuto avere successo, come «contrappeso al parlamento» non può essere preso in seria considerazione. Ciò perchè «la necessità di istituzioni stabili e di un contrappeso al parlamento si configura oggi in Germania come problema del tutto diverso dal controllo del monarca di un tempo. E questo vale sia per un controllo giudiziario generale e diffuso sia per un controllo accentrato in un unico organo».

Siamo qui certamente in presenza di uno dei più strani ragionamenti di questo libro non povero di sorprese logiche. Che un tribunale costituzionale debba contrastare solo il parlamento e non anche il governo è una tesi chiaramente contraddetta dalla realtà. Se Schmitt avesse dedicato maggiore attenzione alla «soluzione austriaca», che onora solo di un ironico accenno, saprebbe che questo tribunale, con la sua giurisprudenza, si trova *proprio con il governo* in un conflitto che minaccia la sua stessa esistenza. Ma in tutto lo scritto di Schmitt si cerca di ignorare la possibilità di violazioni della costituzione da parte del capo dello stato o del governo, possibilità che esiste proprio in rapporto ad una costituzione che, tra le sue più importanti disposizioni, annovera l'art. 48. Senonchè Schmitt, nel sostenere la tesi indimostrata e indimostrabile che il tribunale costituzionale contrasterebbe solo il parlamento, modifica la funzione di questo «custode della costituzione» da controllo di costituzionalità degli atti dello stato, in particolare delle leggi (si noti: promulgate dal capo dello stato) in «contrappeso al parlamento». Ma se è vero che è questo il ruolo che la costituzione di Weimar assegna al *presidente del Reich*, o meglio, se si può qualificare *politicamente* in questi termini la

posizione giuspubblicistica che il presidente ha in base alla costituzione, non è certo questa la funzione di un tribunale costituzionale; non è cioè possibile sostenere che esso, secondo l'intenzione del costituente che lo ha creato, debba fungere da « contrappeso al parlamento ». Dal fatto che non può svolgere una funzione per essa mai immaginata nè immaginabile, non si può naturalmente trarre *nessuna* conseguenza a carico di questa istituzione, che perciò può esistere *accanto* ad un capo dello stato che funga da « contrappeso al parlamento » e che anzi, proprio a causa dell'esistenza di un tale « contrappeso », è doppiamente necessaria.

12. A questo punto, però, risulta anche chiaro che cosa Schmitt effettivamente intenda per « custode della costituzione ». Nulla, assolutamente nulla che possa giustificare la *contrapposizione* del presidente del Reich come « custode della costituzione » ad un tribunale costituzionale — che controlli anche tale « custode » — cioè l'idea che questo non possa essere « custode » della costituzione in quanto viene qualificato tale il presidente; *quasi si trattasse di una stessa funzione*, per la quale si cerchi e si trovi nel capo dello stato un più idoneo titolare, come fa Schmitt quando formula così il risultato della sua ricerca: prima di proporre un tribunale come custode della costituzione, compito al quale non è adatto, bisogna ricordarsi che la costituzione chiama già a tale compito il presidente del Reich (p. 240). Se il presidente — e ciò non può essere certamente negato — è concepito dalla costituzione come « contrappeso al parlamento », non è possibile qualificare questa funzione come « custode della costituzione » se contemporaneamente si denomina in questo modo la garanzia della costituzione approntata mediante un tribunale costituzionale. Non si tratta di una semplice precisazione terminologica, poichè da questo inammissibile equivoco Schmitt trae uno dei suoi argomenti principali contro l'istituzione di un controllo di costituzionalità. E questa argomentazione gli consente non solo di *sopravvalutare* la

competenza funzionale del presidente, cioè di uno dei due organi portanti della costituzione, ma anche di *sottovalutare* quella dell'altro, cioè del parlamento. Se, come si esprime Schmitt, il parlamento è lo « scenario del sistema pluralistico » (p. 115 ss.), in quanto è la sede in cui i contrasti d'interesse realmente esistenti si esprimono come tali attraverso i gruppi d'interesse organizzati in partiti politici per influire sulla formazione della volontà dello stato, questo è un fatto che, nonostante tutti i pericoli che comporta per una utile formazione della volontà dello stato, non può essere qualificato incostituzionale. La costituzione di Weimar ha creato infatti non solo un presidente del Reich « eletto da tutto il popolo » ma anche, e anzitutto, un Reichstag eletto dallo stesso popolo e pertanto quel sistema politico che Schmitt qualifica « pluralismo ». Se la costituzione fa del presidente un « contrappeso » al Reichstag, è solo perchè pone *quest'ultimo*, e quindi il sistema « pluralistico » che necessariamente vi fa capo, come « peso » nel gioco delle forze politiche.

Dal punto di vista di un qualche ideale politico, questo sistema può apparire pernicioso; ma chiamarlo *incostituzionale* per questo e solo per questo è un abuso giusnaturalistico di una categoria che ha senso solo per il diritto positivo. Il sistema in esame non sarebbe incostituzionale neppure se il parlamento, per mancanza di una stabile maggioranza o per l'ostruzionismo della minoranza, non fosse in grado di funzionare; tanto più se la costituzione, in questo caso, indica il capo dello stato come organo vicario (*Ersatzorgan*), ciò che, secondo l'interpretazione data da Schmitt alla costituzione di Weimar, dovrebbe essere possibile. Esattamente come non c'è una violazione della costituzione quando il monarca costituzionale non è più in grado di funzionare (vedi il caso di Luigi II di Baviera) e l'*organo che svolge la funzione vicaria* può fungere da custode della costituzione. Ma è proprio questo il significato che il concetto di « custode della costituzione » assume in Schmitt. E poichè il presidente, con il complesso delle competenze a lui attribuite dalla co-

stituzione e, in particolare, grazie al suo potere di *sostituirsi al Reichstag che non sia in grado di funzionare* è — solo lui e non anche il secondo (o meglio, il primo) organo portante della costituzione, cioè il Reichstag — dichiarato custode della costituzione, la funzione di questo Reichstag, «scenario del sistema pluralistico», che, in modo esclusivo ed unilaterale, viene contrapposta, come «centrifuga» (p. 226), a quella centripeta del presidente e presentata quindi come *contrastante con la tutela* della costituzione, deve apparire senz'altro *illegale*. Dal «sistema pluralistico», da una categoria *sociologica* inizialmente avalutativa, vengono all'improvviso dedotti i «metodi dissolvitori del pluralistico stato dei partiti» (pp. 236 s.), i «metodi del sistema pluralistico idonei a distruggere la costituzione» (p. 178) e infine «*il pluralismo incostituzionale*» (p. 199), dal quale il presidente ha il compito di «salvare» lo Stato. La «costituzione» non è fatta di norme che regolano gli organi e il procedimento legislativo come pure la posizione e la competenza degli organi esecutivi più elevati, non consiste in norme o «leggi». Essa è una «situazione» (*Zustand*), la situazione dell'«unità», del popolo tedesco. In che cosa consista questa «unità» che ha un carattere sostanziale e non meramente formale, non viene meglio precisato. Si può solo trattare di una situazione auspicata da un determinato punto di vista politico. Da concetto costituzionale *positivo*, questa «unità» diviene ideale *giusnaturalistico*. Sicchè, mediante questo ideale, è possibile concepire come violazione il sistema pluralistico di cui è scenario il parlamento — e quindi la funzione di *quest'organo* portante della costituzione, che distrugge o mette in pericolo l'«unità» subentrata alla costituzione — e, come custodia della costituzione, la funzione del capo dello stato che ripristina o difende tale «unità». Questa interpretazione della costituzione non può culminare se non in un'apotesi dell'art. 48. Essa conduce al risultato — tanto più paradossale, in quanto non previsto — che l'elemento che «nel Reich tedesco in misura notevole turba o mette in pericolo la si-

curezza e l'ordine pubblico» è il sistema pluralistico cioè, in chiare lettere, il Reichstag, la cui vera funzione appare, in sostanza, quella di rendere permanente la condizione cui la costituzione di Weimar collega l'applicazione dell'art. 48 comma 2 (18).

(18) Che il sistema parlamentare non sia *affatto* venuto meno al suo compito *dovunque*, lo mostra uno sguardo all'Austria, alla Francia, all'Inghilterra, agli Stati nordici. Ciononostante, Schmitt ritiene di dover pronunciare la sentenza di morte nei confronti del parlamentarismo *come tale*, indiscriminatamente. Il metodo di cui egli si giova a questo fine è quello di una dialettica decisamente mistica: «Il parlamento, il corpo legislativo, cardine e centro dello stato legislativo, nel momento stesso in cui la sua vittoria appariva completa, divenne una creazione in sé contraddittoria, che smentiva i propri presupposti e i presupposti della propria vittoria. La posizione e la preponderanza che aveva mantenuto, la sua forza espansiva rispetto al governo, il suo presentarsi in nome del popolo, tutto ciò presupponeva una distinzione tra stato e società che, dopo la sua vittoria, in ogni caso non continuò più in questa forma. La sua unità, anzi la sua identità con se stesso erano state determinate dal suo antagonista politico, lo stato militare e burocratico della vecchia monarchia. Quando questo venne meno, il parlamento andò, per così dire, in pezzi» (p. 129).

Se s'identifica il parlamento con la «società» rivolta contro lo stato e «stato totale» significa superamento di questo contrasto, nello stato totale, secondo la logica di questa filosofia sociale, non c'è posto per il parlamento. Per il caso però che si acceda all'idea che il superamento del contrasto fra stato e società, e quindi lo stato totale, potrebbero essere forse realizzati anche da parte di un parlamento che espandesse la propria competenza e mantenesse «la propria unità, anzi la propria identità con se stesso» ponendosi come massimo organo statale in cui fosse concentrato ogni potere — si osserva che «lo stato è attualmente, come si suole dire, autorganizzazione (*Selbstorganisation*) della società, ma c'è da chiedersi in qual modo la società che organizza se stessa pervenga all'unità e se l'unità sia in effetti il risultato dell'autorganizzazione. L'autorganizzazione è, infatti, in primo luogo, un postulato e un procedimento caratterizzato, in modo solo negativo e polemico, dal contrasto con precedenti metodi di formazione della volontà e dell'unità dello stato, oggi non più usati. L'identità espressa dal termine 'auto' (*selbst*) e che viene linguisticamente connessa con

Dei due organi portanti del potere statale creati dalla costituzione l'uno diviene nemico, l'altro amico dello stato; uno vuole distruggerlo, cioè distruggere la sua unità, l'altro vuole difenderlo da tale distruzione; l'uno viola, l'altro custodisce la costituzione. Tutto ciò non ha più nulla a che fare con una interpretazione della costituzione in termini di diritto positivo; si tratta ormai della *mitologia* di Ormuzd e Arimane in termini di diritto pubblico.

\* \* \*

Quest'analisi critica, naturalmente, non vuole e non può mettere in questione il *valore* politico che in determinate situazioni hanno la richiesta della *massima possibile espansione del potere del presidente del Reich*, cioè del governo, e il conseguente rifiuto del controllo di costituzionalità. Lo scritto di Schmitt è oggetto di questa critica non perchè serva a questo scopo, *che qui non viene affatto disprezzato come «partitico»*, ma solo perchè si serve, per tale scopo politico, di taluni metodi che si presentano come conoscenza sociologica e interpretazione costituzionale, in breve come

---

'organizzazione' (*Organisation*) non deve certo realizzarsi, nè come unità della società in se stessa nè come unità dello stato, sempre e comunque. Come abbiamo abbastanza spesso sperimentato, vi sono anche organizzazioni inutili e improduttive» (p. 129). L'unità dello stato totale non può, appunto, essere realizzata dal parlamento, ma solo dal capo dello stato! Ad una critica che muova da un punto di vista politico opposto, per esempio ad una critica marxista, non è difficile amascherare una simile argomentazione come ideologia. Questo parlamento, che nel momento stesso della sua vittoria, va misteriosamente in pezzi e diventa formazione che smentisce i propri presupposti solo perchè non deve più dividere il potere con un monarca, questo parlamento non dovrebbe essere solo la dimostrazione del fatto che, ovunque il parlamento, a causa della forma assunta dalla lotta di classe, ha cessato di essere uno strumento del dominio di classe, la borghesia modifica il proprio ideale politico e passa dalla democrazia alla dittatura?

«trattazione scientifica». Esso mostra, con un esempio particolarmente istruttivo e altamente sintomatico per l'attuale situazione della nostra dottrina dello stato e del nostro diritto pubblico, quanto sia giustificata la richiesta della più rigorosa separazione tra *conoscenza scientifica e giudizio politico*. La commistione, oggi così ricercata, che in generale si fa tra *scienza e politica*, è il tipico *metodo della moderna ideologia*. Dal punto di vista della conoscenza scientifica, essa dev'essere rifiutata anche quando — come accade il più delle volte e certamente anche nel nostro caso — è un fenomeno del tutto *inconsapevole*. Con l'acuita conoscenza critica del nostro tempo, questo metodo non può, alla lunga, giovare. Esso viene infatti fin troppo facilmente smascherato dai suoi avversari politici o usato per una ugualmente discutibile legittimazione di scopi ad esso opposti. Ma proprio per tale ragione può danneggiare la scienza sotto un profilo particolarmente delicato. Tutto il valore di quest'ultima — ed è perciò che la politica cerca sempre di legarsi ad essa, proprio per i *migliori motivi etici*, perchè nell'interesse di una *causa ritenuta buona* — questo valore, che è un *valore intrinseco*, del tutto distinto da quello etico-politico, resiste solo se la scienza, in questo conflitto per essa quasi tragico, trova la forza di sottrarsi ad una così allettante unione con la politica.