

ISSN 2283-6527

Estratto

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO DIRETTA DA ALIS VIGNUDELLI

LO STATO

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

ANNO IX - NUMERO 16 (GENNAIO 2021 - GIUGNO 2021)



Mucchi Editore

COMITATO DI REDAZIONE

FEDERICO PEDRINI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

LUCA VESPIGNANI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

TOMMASO BARBIERI

(Università di Parma)

VALERIA BORTOLOTTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

MATTEO CALDIRONI

(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ELENA CAPPELLINI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

VALENTINA CAVANI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

ILARIA DRAGHETTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

GIULIA MINA

(Università di Parma)

FEDERICA VERSARI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SILVIO ROBERTO VINCETI

(Università di Parma)

COMITATO SCIENTIFICO

ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)

GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)

ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)

MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)

SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)

CESARE MASSIMO BIANCA† (Sapienza Università di Roma - Italia)

SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)

JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)

PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)

AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)

ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Pres. em. AIC - Italia)

BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)

MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)

HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VDStRL - Germania)

GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)

TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)

LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)

ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)
RICCARDO GUASTINI (Università di Genova - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)
CARLOS-MIGUEL HERRERA (Université de Cergy-Pontoise - Francia)
HASSO HOFMANN† (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
MARIO JORI (Università degli Studi di Milano)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
CHARLES LEBEN† (Université Panthéon-Assas - Francia)
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
ANDREA MANZELLA (Luiss Guido Carli di Roma - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)
GIORGIO PINO (Università degli Studi Roma Tre)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice Cedu - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
PIERANGELO SCHIERA (Università di Trento - Italia)
FRANCO GAETANO COCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
EMANUELE SEVERINO† (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIUSEPPE TESAURO† (Università di Napoli Federico II, Pres. em. Corte Cost. - Italia)
KENDALL THOMAS (Columbia Law School New York - USA)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

Con il patrocinio di



Accademia di Scienze Lettere e Arti
di Modena

ABI



Accademia degli Incamminati
Modigliana

Con il contributo di

BPER:
Banca

 **comer industries**


HOLDING

GENERAL FITTINGS


La Pres Company S.r.l.


MAZZUCCHI
IMPRESA
CO/TRUZIONI
BREGCIA


SR
STUDIO RIGAMONTI

Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - presidente@seminarimutiniensi.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore Srl - 2020 (sede: Via Jugoslavia, 14 - 41122 - Modena)

info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it [facebook.com/mucchieditore](https://www.facebook.com/mucchieditore) twitter.com/MucchiEditore [instagram.com/mucchi_editore/](https://www.instagram.com/mucchi_editore/)

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Tipografia STEM Mucchi (MO), stampa Modulgrafica (FC). Finito di stampare nel mese di luglio 2021.

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa):

Formato cartaceo Italia € 60,00; formato cartaceo Estero € 85,00; numero singolo € 35,00 (più spese di spedizione)

Formato digitale (con login) € 47,00; formato digitale (con ip) € 56,00; numero singolo digitale € 28,00

Cartaceo e digitale Italia (con login) € 71,00; cartaceo e digitale (con ip) € 80,00

Cartaceo e digitale estero (con login) € 96,00; cartaceo e digitale (con ip) € 105,00

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *online* all'indirizzo www.mucchieditore.it). Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, o tramite posta elettronica certificata (info@pec.mucchieditore.it), entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

INDICE

Saggi

FULVIO CORTESE, <i>Che cos'è la democrazia? Appunti per l'interpretazione di una forma di Stato</i>	11
HORST DREIER, <i>Caricature del giuspositivismo</i>	37
ANDREA GRATTERI, <i>I lavori parlamentari in presenza e a distanza</i>	75
SERGIO LARICCIA, <i>130 anni dalla nascita e 40 anni dalla morte di Arturo Carlo Jemolo. Parte prima</i>	97

Materiali

RICCARDO GUASTINI, <i>Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"</i>	127
GIOVANNI TARELLO, <i>Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua</i>	137
MARIO JORI, <i>Scarpelli e il positivismo giuridico rivisitato</i>	147
UBERTO SCARPELLI, <i>Il positivismo giuridico rivisitato</i>	171
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)</i>	183

Interventi, Note e Discussioni

GIORGIA BERRINO, <i>E i marò? Brevi considerazioni critiche sulla sentenza del Tribunale arbitrale internazionale del 21 maggio 2020 anche in relazione alla sua esecuzione da parte di Italia ed India</i>	227
ALFONSO CONTALDO, <i>L'integrazione della comunicazione pubblica nell'organizzazione dell'Open Government</i>	251
FABIO CORIGLIANO, <i>La rivincita di Protagora. Ideologia della trasparenza e recenti trasformazioni dell'ordinamento italiano</i>	263
LUIGI FERRAJOLI, <i>Ciò che ha insegnato la pandemia. Il valore della sfera pubblica e la necessità di un costituzionalismo oltre lo Stato</i>	283
GIAMPIETRO FERRI, <i>Associazione giudiziario e Consiglio Superiore della Magistratura: il problema del sistema elettorale</i>	297
MARCO GESTRI, <i>Le grandi navi nella laguna di Venezia e la Convenzione Unesco del 1972</i>	313
FEDERICO SORRENTINO, <i>Diritto europeo e diritto interno. Riflessioni costituzionali</i>	329

Maestri del Novecento

ALJS VIGNUDELLI, <i>Era un aristocratico napoletano dalla statura internazionale</i>	343
EDITORIALE, <i>Ricordando Franco Cordero</i>	345
ALJS VIGNUDELLI, <i>Il Misanthropo di Bruegel il Vecchio</i>	349
RENZO ORLANDI, <i>Franco Cordero e le dottrine del processo penale</i>	353
GIORGIO PINO, <i>Franco Cordero, filosofo del diritto</i>	369
ITALO BIROCCHI, <i>Quale storia nel diritto di Cordero?</i>	379
FULVIO CORTESE, <i>Franco Cordero, romanziere</i>	395
EZIO MAURO, <i>Cordero pubblicita</i>	411

Nel cortile del banano

Recensioni

FRANCESCO BELVISI, <i>Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania</i>	417
PAOLO COMANDUCCI, <i>“Facciamo a capirci”. Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica</i>	429
ANDREA GATTI, <i>Tutela dell’interesse finanziario e arretramento della sovranità. Problemi e prospettive costituzionali (anche alla luce della crisi pandemica Covid-19)</i>	441
GLADIO GEMMA, <i>Sussidiarietà quale fattore basilare della democrazia. La proposta di un costituzionalista</i>	457
► LUCA VESPIGNANI, <i>Il punto di vista della storia. Non solo (e non tanto) Deutschland über alles. Le radici e la modernità del pensiero di Carl Schmitt</i>	469
Schede bibliografiche.....	479

Il punto di vista della storia

Non solo (e non tanto) Deutschland über alles. Le radici e la modernità del pensiero di Carl Schmitt

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. – Le “ragioni” del libro. § 2. – Dallo Stato al “grande spazio”. § 3. – Il richiamo all’omogeneità come risposta alla crisi della Repubblica di Weimar. § 4. – Il dialogo con Hobbes e la teologia politica. § 5. – Il concetto di ‘limite’ come categoria fondamentale del ragionamento scientifico.

ANTONINO SCALONE, *Percorsi schmittiani*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, pp. 247.

§ 1. – *Le “ragioni” del libro*

Le “ragioni” del libro¹ sono chiarite da Scalone nell’introduzione, dove si sottolinea l’attualità del pensiero di Carl Schmitt, il quale – a prescindere dal suo orientamento politico e specialmente dalla sua vicinanza al regime nazista – ha posto «con insuperata radicalità alcuni problemi che attengono alla dimensione politico-giuridica che tuttora ci è propria: essi, solo per indicare i principali, riguardano le aporie della forma politica moderna, in particolare della democrazia, i temi della partecipazione, del rapporto complesso fra unità e pluralità, della crisi e del superamento della forma-Stato, della struttura e dello sviluppo dell’ordinamento internazionale»².

Si tratta di una produzione che attraversa oltre mezzo secolo di storia confrontandosi con le due guerre mondiali del secolo scorso e muovendosi in uno spettro ampissimo di discipline, dal diritto positivo (Schmitt si considerava innanzitutto un giurista), alla sociologia, alla filosofia, alla letteratura, senza una precisa intenzione sistematica e non di rado con un certo grado di ambiguità ed indeterminatezza dovute sia a ragioni di prudenza rispetto alla temperie del momento storico, sia alla natura intrinse-

* Università degli Studi Modena e Reggio Emilia.

¹ In questa e nelle note successive indicherò per semplicità l’opera oggetto di questo contributo solo con *PS*.

² *PS*, 7.

ca della materia trattata, atteso che «ciò di cui egli principalmente si occupa – il potere politico e la sua genesi all’inizio dell’età moderna – non si presta per sua essenza ad essere *detto* in modo esauriente e inequivoco»³. Di modo che l’Autore rinuncia a ricercarne una matrice unitaria, scegliendo «di limitarsi a proporre una serie di possibili percorsi all’interno del pensiero di Carl Schmitt, suggeriti sia dalla rilevanza che determinati temi a nostro avviso assumono per delinearne la fisionomia scientifica, sia per l’importanza e la perdurante validità dei problemi teorici che pongono»⁴.

In una prospettiva del genere, si procede all’analisi degli scritti di Schmitt, compresi alcuni lavori minori ritenuti però significativi per la ricostruzione del suo apparato concettuale, non di rado ricorrendo alla tecnica di confrontarne le argomentazioni con quelle espresse da altri studiosi e *in primis* dal suo antagonista per eccellenza Hans Kelsen⁵, a cominciare dalle divergenze emerse tra i due circa il rapporto dell’esperienza giuridica col principio di effettività. Rapporto nel quale si riconosce l’unica costante della parabola scientifica di Schmitt, sempre radicalmente contrario alla «riduzione del fenomeno complesso del diritto alla *mera legge*, alla norma vigente in ragione del rispetto formale delle procedure di approvazione»⁶ propugnata viceversa da Kelsen nella sua dottrina pura del diritto. Qui di seguito si cercherà quindi di dare conto delle principali linee di ragionamento svolte nel volume, che – stanti le premesse – andranno a comporre una scena variegata e nondimeno in certa misura resa uniforme dalla *Weltanschauung* di uno degli intellettuali (qualunque sia il giudizio sull’uomo) più acuti del XX secolo.

§ 2. – *Dallo Stato al “grande spazio”*

Nella cornice così delineata conviene partire dalla linea di indagine riguardante il concetto di ‘Stato’, relativamente al quale si evidenzia l’atteggiamento bivalente di Schmitt. Da un lato, infatti, esso, specialmente negli scritti giovanili, viene ricollegato ad una nozione tradizionale di ‘sovranità’ e «sembra dunque all’opera una logica di tipo statocentrico, con gli Stati europei protagonisti della scena internazionale e collocati [...] in uno stato di natura giudicato, in implicita polemica con Kelsen, non ulteriormente ‘giuridificabile’. Accanto a questo, però, è presente la consapevolezza della radicale novità della situazione presente»⁷, nella quale, dopo la Prima guerra mondiale, le singole realtà nazionali non sarebbero più idonee a svolgere la funzione ad esse assegnata nello *Jus publicum europaeum* ottocentesco.

³ PS, 9.

⁴ PS, 9.

⁵ A Kelsen è peraltro dedicato un precedente studio di Scalone: *Stato, scienza e società in Hans Kelsen*, Modena, Mucchi, 2016.

⁶ PS, 13.

⁷ PS, 34.

In proposito, Scalone ricostruisce innanzitutto le posizioni espresse da Schmitt negli anni Venti in materia di diritto internazionale, a cominciare da quella secondo la quale «il fatto nuovo, l'elemento di radicale discontinuità rappresentato dal primo conflitto mondiale è che non si è trattato di un conflitto politico fra Stati sovrani, legittimamente titolari, in quanto tali, dello *jus belli*. Si è trattato piuttosto di un conflitto che le potenze poi risultate vittoriose hanno condotto in nome di principi etici»⁸, in relazione ai quali la Germania, nella sua qualità di Paese soccombente, sarebbe stata sottoposta ad una punizione, consistente nella separazione della Renania dal resto del suo territorio, incompatibile con lo schema classico dello *ius belli*. Ma la circostanza che ad una simile conseguenza si sia arrivati sulla scorta di formule indeterminate come 'riparazione', 'sanzione', 'investigazione' e 'occupazione' introdurrebbe un fattore di indeterminazione al quale potrebbero corrispondere azioni arbitrarie da parte dei vincitori. Ed una polemica analoga viene indirizzata anche nei confronti della Società delle Nazioni, dalla quale un membro debole potrebbe essere condannato «tramite un vero e proprio procedimento giudiziario»⁹ qualora convenisse a quelli più forti, con un utilizzo politico delle forme giurisdizionali.

Quello che si prospetta non è tuttavia un ritorno al passato, bensì la creazione di raggruppamenti di Stati riconducibili allo schema del "grande spazio", costruito sul modello della dottrina Monroe elaborata da John Quincy Adams circa un secolo prima, il cui nucleo originario era quello di affermare la supremazia degli USA nel continente americano nonostante fosse in seguito divenuta la base dell'espansionismo statunitense. «Ciò che interessa a Schmitt è il legame che, almeno nella sua prima formulazione, la dottrina Monroe stabilisce fra spazio e politica, o meglio, idea politica, e fra questa e la concreta esistenza di un popolo. Nella lotta fra gli Stati Uniti e "il principio di legittimità monarchico-dinastico", il principio del grande spazio si fa autentica idea politica, in quanto capace di delineare una divisione fra amici e nemici e di indicare un ambito nel quale esercita il suo potere un'organizzazione politico-giuridica determinata, espressione, a sua volta, di "un popolo politicamente ridestato"»¹⁰. Dopodiché, ciascuna delle aree territoriali in questione fa capo ad una potenza egemone assumendo le vesti di un impero, in un significato però completamente diverso da quello di '*Imperium*', stante la circostanza che essi non si riconducono ad alcuna pretesa di universalità ma se ne sottolinea viceversa la matrice nazional-popolare, sebbene ci si possa poi chiedere in che misura «questo pluriverso di grandi spazi differisca, se non sotto il profilo delle dimensioni, dal vecchio sistema degli Stati. Che cos'è, per fare un solo esempio, il diritto al non intervento se non una riproposizione del principio di sovranità interna? E in che cosa il "popolo", che secondo Sch-

⁸ PS, 31.

⁹ PS, 32.

¹⁰ PS, 42.

mitt sostiene e sostanzia il “*volkhaften Großraumordnung*”, si differenzia da quello statale?»¹¹.

Si tratta di posizioni riprese, ormai prive della valenza politica derivante dal riferimento al *Deutsches Reich*, nel Secondo dopoguerra ne *Il nomos della terra*, dove, tra l'altro, si legge che «fintantoché nella coscienza giuridica si manterrà – in forma più o meno consapevole – l'originario legame del *nomos* con la terra – ovvero con un territorio concreto e determinato, chiaramente distinguibile da altri – sarà possibile istituire un ordine, per così dire, sovraterritoriale e garantire con ciò la regolamentazione dei conflitti e la relativizzazione della conflittualità fra gli uomini»¹², mentre un simile risultato sarebbe completamente precluso da una prospettiva mondialista contraddistinta dalla ibridazione tra diritto e morale, con la conseguente pretesa di «applicare i propri principi astratti all'intera umanità rivendicando, in nome della loro difesa, il diritto a intervenire in ogni parte del globo»¹³. Ed al riguardo Scalone pone l'accento sulla distanza delle posizioni schmittiane da quelle di Kelsen, che, viceversa, a partire dal riconoscimento del primato dell'ordinamento internazionale, aderisce alla teoria del *bellum justum*, considerato lo strumento per sanzionare chi non ne abbia rispettato le norme. Teoria che nella sua prospettiva «costituisce un importante passo in avanti nella giuridificazione dei rapporti internazionali, facendo della guerra medesima un'eccezione, piuttosto che, come in Schmitt, il contenuto di un preciso diritto posto in capo agli Stati sovrani, lo *jus belli*. Essa inoltre prelude ad un ulteriore sviluppo e rafforzamento dei legami giuridici in direzione del modello statale»¹⁴.

§ 3. – Il richiamo all'omogeneità come risposta alla crisi della Repubblica di Weimar

Come si è accennato, se da un lato Schmitt prende atto della crisi irreversibile della figura statale, dall'altro compie un estremo tentativo di recuperarne le ragioni profonde ponendo l'accento sul valore dell'omogeneità quale condizione necessaria per la tenuta di una determinata comunità e pervenendo ad una concezione identitaria della democrazia, nella misura in cui «senza “una sostanziale omogeneità di tutto il popolo” non solo non potrebbe darsi democrazia, ma non troverebbe giustificazione la pretesa che la minoranza si sottometta alle decisioni della maggioranza, anche nel caso in cui lo scarto fra l'una e l'altra sia minimo»¹⁵. Con un approccio di cui Scalone evidenzia la valenza trasversale, affrancandolo dall'esclusivo riferimento all'ambiente conservatore e sottolineando la sua consonanza rispetto all'impostazione sostenuta, sul fronte socialde-

¹¹ PS, 45.

¹² PS, 50.

¹³ PS, 45.

¹⁴ PS, 58.

¹⁵ PS, 72.

mocratico, da Herman Heller. Salvo poi rimarcare – ancora una volta – la contrapposizione al punto di vista di Kelsen, fondato sulla convinzione che «solo una forma giuridica pura sia in grado di garantire il rispetto dei concreti rapporti di forza»¹⁶, i quali continuano ad operare al di sotto di essa. Sicché, «tutti i tentativi di nascondere questa realtà tramite il riferimento a enti collettivi quali lo Stato inteso in senso sostanziale, il bene comune o l'interesse generale sono criticati in quanto produttivi di entità fittizie, "spettri" o "fantasmi" che meritano di essere dissolti e smascherati nella loro unica, vera funzione: quella, eminentemente politica, di dissimulare i rapporti di sovra- e sottordinazione fra i differenti strati sociali e, più in generale, fra i governanti e i governati»¹⁷.

In tale prospettiva, Scalone prende in esame una serie di saggi collocati sullo sfondo della vicenda di Weimar¹⁸, soprattutto nella sua fase conclusiva, in cui l'eccessiva frammentazione della scena partitica viene indicata da Schmitt quale elemento determinante dell'affermarsi di uno Stato totale, a fronte dell'esigenza di dare riscontro ai molteplici interessi in campo con una diffusa presenza nella vita sociale ed economica, e contemporaneamente debole, poiché dipendente da fragili maggioranze parlamentari di coalizione. Pertanto, si prospetta una netta riaffermazione del primato della politica, da raggiungere non tanto percorrendo la strada delle riforme, ritenute molto difficili principalmente per la mancanza di forze in grado di imprimere ad esse la spinta necessaria, ma piuttosto con la valorizzazione delle previsioni della Costituzione vigente funzionali a favorire la capacità decisionale all'interno della sfera pubblica, individuando nel Presidente del *Reich* il principale attore di un simile processo in virtù di un'interpretazione estensiva dei poteri eccezionali ad esso conferiti dall'art. 48. Al punto che «Schmitt reputa del tutto conforme alla Costituzione che i governi si reggano non (più) su maggioranze parlamentari, ma semplicemente sulla fiducia del Presidente del *Reich*, anzi, considera questa circostanza una delle ultime barriere legali frapposte alla dissoluzione dell'unità politica»¹⁹.

Sempre con riferimento all'esperienza weimariana, in *Legalität und Legitimität* viene poi ripreso il tema del nesso inscindibile tra omogeneità esistenziale e tenuta dell'ordine politico, segnalando il venir meno dell'ultimo «principio contenutistico che ancora renderebbe possibile il funzionamento del sistema: quello della garanzia per tutti gli attori politici dell'eguaglianza delle *chance* di raggiungere il potere»²⁰, nella misura in cui risultano attivi tre diversi legislatori straordinari in virtù della previ-

¹⁶ PS, 78.

¹⁷ PS, 79.

¹⁸ L'esperienza di Weimar costituisce uno dei passaggi fondamentali del costituzionalismo contemporaneo ed è oggetto di una continua attenzione da parte della dottrina. Da ultimo, si veda A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione*, Milano - Udine, Mimesis, 2020.

¹⁹ PS, 112.

²⁰ PS, 122.

sione di maggioranze qualificate, dell'istituto del referendum e dei poteri normativi presidenziali. Di modo che, sotto il profilo degli equilibri istituzionali, si perviene ad un giudizio di inadeguatezza dell'assetto legislativo-parlamentare rispetto allo *status quo*, ribadendo la proposta di utilizzare qualunque mezzo a disposizione per rafforzare il ruolo del Capo dello Stato, non senza qualche punto di contatto con gli sviluppi che di lì a poco condussero all'avvento del regime nazista, benché nel dopoguerra Schmitt abbia prospettato una lettura delle proprie tesi nei termini di un «tentativo di offrire all'agonizzante repubblica un'ultima *chance*»²¹. Lettura messa però quantomeno in dubbio da Scalone osservando che ciò sarebbe comunque avvenuto «solo al prezzo della trasformazione dell'ordinamento repubblicano in qualcosa di sostanzialmente diverso»²².

Inoltre, per chiarire ulteriormente il posizionamento culturale di Schmitt nell'ultimo tratto della fase repubblicana esso viene posto a confronto con quello del suo allievo Otto Kirchheimer²³, il quale, dopo un'iniziale adesione – sia pure sulla scorta di un orientamento diretto a sinistra – ai suoi assunti teorici, se ne distingue radicalmente su alcuni punti fondamentali. Infatti, in contrasto con l'enfasi posta dal Maestro sul versante della legittimità, egli riconosce il valore della legalità formale e differenzia nettamente le deliberazioni del Parlamento dalle decisioni del Presidente del *Reich*, sviluppando una ricostruzione della democrazia focalizzata non tanto sull'omogeneità ma piuttosto sulla libertà e perciò compatibile con il permanere del pluralismo. Segnatamente, Scalone reputa plausibili gli argomenti coi quali Kirchheimer attesta l'ipotesi «di una sostanziale consonanza fra la *Verfassungsrevolution* di fatto avanzata da Schmitt in *Legalität und Legitimität* e le proposte reazionarie e autoritarie di Gayl e altri. Il fine sarebbe comune: il rafforzamento del potere centrale, della capacità di governo e lo svuotamento del potere (residuo) del parlamento e dei partiti, nonché dei *Länder*. Diversi, invece, sarebbero i metodi: per Schmitt l'utilizzo integrale e, per molti versi, spregiudicato degli strumenti offerti dalla Costituzione vigente, per gli altri una riforma della Costituzione anche in senso formale»²⁴.

Da ultimo, nella medesima linea di indagine si inserisce pure il “percorso” dedicato alla problematica del federalismo, a sua volta condotto utilizzando la tecnica della contrapposizione, nella specie con riferimento alle teorie kelseniane. Al riguardo, nell'ottica di Schmitt, improntata alla ricerca della coesione, «tutte le articolazioni sociali, politiche e territoriali sembrano rappresentare sostanzialmente un ostacolo»²⁵, ma la centralità riconosciuta nel suo impianto concettuale alla volontà costituente

²¹ PS, 127.

²² *Ibidem*

²³ Sulle posizioni di Kirchheimer cfr. O. KIRCHHEIMER, *Potere e conflitto. Saggi sulla costituzione di Weimar*, a cura di A. Scalone, Modena, Mucchi, 2017.

²⁴ PS, 149.

²⁵ PS, 152.

gli impone di prendere atto della circostanza che «la forma costituzionale riconducibile alla decisione esistenziale del popolo tedesco inteso nella sua unità è quella federale»²⁶. E la via per superare le antinomie ascrivibili alla difficoltà di far convivere l'autonomia e le prerogative riconosciute all'autorità centrale viene individuata nuovamente nel ricorso al fattore dell'omogeneità, declinata nell'accezione di «una affinità sostanziale, che fonda un accordo concreto, effettivo degli Stati membri e fa sì che il caso estremo di conflitto non abbia luogo all'interno della federazione»²⁷. In particolare, si parla di Stato federale senza fondamento federativo quando l'integrazione riguarda sistemi democratici e si arriva al punto di dar luogo ad un unico popolo, col risultato che esso «semberebbe essere una variante (organizzativa) dello Stato unitario democratico»²⁸.

Per contro, Kelsen, rifiutando una visione assoluta della sovranità in favore di un assetto plurale e multilivello, afferma che federazione e Stato federale sono soltanto «due gradi successivi di un medesimo ordine logico-giuridico, caratterizzati rispettivamente da un maggiore e da un minore grado di decentramento»²⁹. Più nello specifico, coerentemente con una nozione tripartita dell'ordinamento, al vertice viene collocata la Costituzione, dove si disegnano «le competenze dei due ordinamenti subordinati e parziali che, in quanto *egualmente* sotto ordinati ad essa, fra loro risultano essere posti su un piano di totale *eguaglianza*»³⁰. Vale a dire, l'unificazione si raggiunge esclusivamente sul piano giuridico-costituzionale senza implicare il prevalere del livello centrale sulle varie componenti territoriali e Scalone valuta un simile schema di ragionamento certamente più congeniale ad un inquadramento del federalismo della soluzione di Schmitt, ancora una volta giudicato non estraneo al rischio di derive autoritarie, atteso che finì per «ritenere risolto il problema dell'alternativa fra Stato federale e *Reich* statalizzato in conseguenza del semplice fatto dell'avvenuta assunzione del potere da parte di Hitler»³¹.

§ 4. - *Il dialogo con Hobbes e la teologia politica*

Largo spazio viene dedicato nel libro all'attenzione che, nell'arco della sua produzione, Schmitt dedicò all'opera di Hobbes³², a cui si riteneva affine anche sotto il profilo della concreta esperienza di vita, tenuto conto che entrambi si dovettero confrontare con contingenze storiche caratterizzate da una accesa conflittualità. Per cui «l'interpretazione schmittiana di

²⁶ PS, 153.

²⁷ PS, 156.

²⁸ PS, 158.

²⁹ PS, 167.

³⁰ PS, 168.

³¹ PS, 174.

³² Di recente, dell'opera di Hobbes si è occupato con un ampio studio monografico O. CHESSA, *Dentro il Leviatano, Stato, Sovranità e Rappresentanza*, Milano-Udine, Mimesis, 2019.

Hobbes, a prescindere dalla sua forza e dalla sua plausibilità, non è mossa da finalità filosofiche o ricostruttive del pensiero di quest'autore: piuttosto Schmitt, a partire da alcune urgenze di tipo teorico, riferite ai temi dell'obbligazione politica, della forma giuridica, del principio rappresentativo, del rapporto fra unità e pluralità e fra sfera pubblica e sfera privata, si rivolge a Hobbes come a un interlocutore privilegiato per profondità e chiarezza di pensiero, affine per sensibilità politica e simile per destino personale»³³.

In proposito, Scalone articola la propria analisi in tre periodi, nel primo dei quali Hobbes viene in considerazione principalmente per il fatto di aver posto al centro della sua riflessione la categoria della decisione, estendendone la portata «da momento essenziale dell'attività giudiziale [...] in direzione della più ampia e più comprensiva nozione di realizzazione del diritto»³⁴ e facendone – in accordo alla formula *autoritas non veritas facit legem* – la componente essenziale della sovranità. E se in una simile prospettiva il decisionismo realizza l'unità politica e crea le condizioni per l'avvento del normativismo in un legame di implicazione reciproca, si segnala che Schmitt parrebbe optare per un differente scenario, là dove scorge in Hegel «il tentativo di superare la concezione semplicemente dualistica di Stato e società, cui corrisponde, sul piano giuridico, “il rapporto tra decisionismo e normativismo, che rappresenta il positivismo legale dominante a partire dal XIX secolo”. Il percorso, inaugurato da Hegel e che affonda le sue radici nella concreta esperienza storica del *Reich* tedesco, trova infine il suo compimento nello “Stato del presente”, ovvero nel nuovo ordinamento nazionalsocialista»³⁵.

Il nucleo fondamentale della seconda direttrice è invece individuato nel saggio sul Leviatano del 1938, da alcuni considerato la sede per un ripensamento rispetto alle conclusioni raggiunte in precedenza da Schmitt, che, a seguito del pesante attacco subito sulla rivista delle SS nel 1936, avrebbe posto l'accento sulla relazione stabilita da Hobbes tra protezione ed obbedienza nei confronti dello Stato e non più sulla paura quale fattore determinante della nascita delle strutture politiche moderne. Nonostante Scalone – coerentemente coi rilievi di cui si è dato conto sopra circa la logica del *Großraum* – osservi che egli «fra gli anni Venti e Trenta, pur con tentennamenti, ripiegamenti e contraddizioni, sembra andare più in direzione di un superamento dello Stato tradizionalmente inteso che in quella di una sua riproposizione, magari in criptica contrapposizione al modello nazista»³⁶ e dia conto, a supporto di tale rilievo, della svalutazione del riferimento al Leviatano, non più collegato alla personificazione dell'entità oggetto del “contratto sociale” ma piuttosto ad una sua ricostruzione nei termini di una macchina. Tant'è che, da un lato, «già si annunciano le successive trasformazioni di tipo funzionalistico proprie dell'epoca della

³³ PS, 221.

³⁴ PS, 178.

³⁵ PS, 191.

³⁶ PS, 197.

tecnica" a venire»³⁷ e, dall'altro lato, emerge una componente individualistica «che mina dalle fondamenta l'intero edificio» ponendo le premesse per «il dilagare delle parti nello Stato pluralistico del XX secolo»³⁸.

L'ultimo blocco di scritti presi in esame si colloca nel Secondo dopoguerra e nel commentarlo Scalone si sofferma sulle riflessioni dedicate all'affermazione di Hobbes «Gesù è il Cristo», collocata al vertice del c.d. "cristallo" e cioè del modello nel quale Schmitt – nell'introduzione all'edizione del 1963 di *Der Begriff des Politischen* – schematizza il pensiero di Hobbes, riconoscendovi il segnale di un'apertura verso la trascendenza reputata essenziale per la chiusura del sistema. Infatti, «solo in un ordine non neutrale rispetto ai contenuti di fede i singoli possono trovare protezione e sicurezza (in cambio di obbedienza) e la pace può essere garantita. Certo, il cristallo "contiene manifestamente una neutralizzazione dei contrasti propri della guerra di religione fra cristiani", ma ciò non significa affatto che il principio "Gesù è il Cristo" possa essere sostituito con qualsiasi altro contenuto, di fede (ad es. "Allah è grande") o di valore»³⁹ e neppure che tutte le diverse Chiese confluiscono in modo indistinto nell'alveo del Cristianesimo, aprendo «la porta ad una secolarizzazione e ad una neutralizzazione senza limiti [...] fino a giungere "alla neutralità apparentemente assoluta della tecnica scatenata"»⁴⁰.

Al di là dei rilievi appena riportati sul pensiero di Hobbes, il tema delle connessioni tra religione e politica ha peraltro accompagnato Schmitt dagli inizi fino alla *Politische Theologie II*, uno dei suoi ultimi lavori pubblicato nel 1970, e ad esso Scalone dedica il tratto conclusivo della propria analisi, indicando il punto di partenza della relativa riflessione nella convinzione che i capisaldi della dottrina dello Stato derivino dal campo religioso nella misura in cui «solo la secolarizzazione della teologia cristiana, mediata dalla ultramillenaria cultura giuridica della Chiesa ha potuto produrre questo risultato che, dunque, non può essere inteso se non attraverso il riferimento alla teologia cristiana»⁴¹. Il che apre un ulteriore fronte di contrapposizione rispetto a Kelsen, che, pur riconoscendo i legami fra i due mondi, si muove nell'ottica di affrancarsi da qualunque ascendenza metafisica allo scopo di concentrare il discorso esclusivamente sulla forma normativa, mentre Schmitt vuole «mostrare che il diritto, per esser tale, non può obliare una qualche istanza ulteriore e trascendente, né farne a meno sotto il profilo logico-sistematico; diversamente, l'intero edificio giuridico si risolverebbe in mera fatticità, in un insieme di norme suscettibili di essere modificate a piacimento – secondo un processo ampiamente analizzato e criticato in *Legalität und Legitimität* – da qualsivoglia maggioranza parlamentare»⁴².

³⁷ PS, 199.

³⁸ PS, 200.

³⁹ PS, 209-210.

⁴⁰ PS, 217.

⁴¹ PS, 228.

⁴² PS, 226.

§ 5. – *Il concetto di 'limite' come categoria fondamentale del ragionamento scientifico*

In chiusura, Scalone riserva un ultimo approfondimento al concetto di 'limite' riconoscendolo, nelle sue differenti declinazioni, alla base di molti dei "percorsi schmittiani" tracciati in precedenza. Ad esempio, la contrapposizione tra amico e nemico è un fattore essenziale tra le categorie del politico ma la medesima logica risulta sottesa pure alla configurazione dello *jus publicum europeum*, la cui radice viene individuata nella sua rigida separazione rispetto all'esterno e nella altrettanto netta distinzione tra gli Stati che ne fanno parte. Più in generale, poi, è l'ancoraggio del *nomos* allo spazio come sintesi di *Ortung* e *Ordnung* a giustificare l'avversione per le proposte volte a creare un unico ordine mondiale, che «renderebbe impossibile un pensiero autenticamente giuridico, un pensiero, cioè, capace di distinguere e separare in modo efficace»⁴³ finendo non per neutralizzare bensì per nascondere i reali rapporti di forza.

Nel complesso, tuttavia, un'impostazione del genere riconduce il diritto ad «una forma di razionalità strutturalmente incapace di autoconsistenza: esso necessita del riferimento ad un principio esterno che vanamente tenta di condurre al proprio interno tramite la decisione (sovrana). Così la legalità ha bisogno di una legittimità esterna e sovraordinata; l'unità politica si costituisce in opposizione al nemico, interno o esterno che sia, e trova il suo fondamento e la sua ragione in un principio trascendente che solo parzialmente e solo provvisoriamente può essere reso presente; l'ordinamento non è tale senza un radicamento terrestre, senza un'ulteriorità pre-politica e pre-giuridica che lo condiziona e, letteralmente, lo limita»⁴⁴. E da tale constatazione Scalone ricava un'indicazione circa il ruolo del giurista, assegnandogli «la funzione di *Träger*, di tramite, col rischio di trovarsi pesantemente esposto e concettualmente indifeso, proprio in quanto giurista, rispetto al condizionamento dell'extragiuridico»⁴⁵, perdendo quell'indipendenza di giudizio di cui gode finché rimane nel perimetro della propria disciplina. Cosicché il libro si conclude offrendo una chiave di lettura più complessa e scientificamente connotata della vicenda umana di Schmitt e rafforzando la convinzione che la sua opera, pur controversa, costituisca un punto di riferimento ineludibile per gli studiosi contemporanei.

Abstract

The contribution comments on an essay by Antonino Scalone on Carl Schmitt highlighting, on the one hand, the influence on the German scholar of the historical events contemporary to him and, on the other hand, the theoretical constants and the persistent relevance of his thought.

⁴³ *PS*, 245.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*

Saggi

- FULVIO CORTESE, *Che cos'è la democrazia? Appunti per l'interpretazione di una forma di Stato*
HORST DREIER, *Caricature del giuspositivismo*
ANDREA GRATTERI, *I lavori parlamentari in presenza e a distanza*
SERGIO LARICCIA, *130 anni dalla nascita e 40 anni dalla morte di Arturo Carlo Jemolo. Parte prima*

Materiali

- RICCARDO GUASTINI, *Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"*
GIOVANNI TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*
MARIO JORI, *Scarpelli e il positivismo giuridico rivisitato*
UBERTO SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*
FEDERICO PEDRINI, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale.*
Intervista al prof. Giuseppe Tesaurò (Napoli, 20 giugno 2021)

Interventi, Note e Discussioni

- GIORGIA BERRINO, *E i marò? Brevi considerazioni critiche sulla sentenza del Tribunale arbitrale internazionale del 21 maggio 2020 anche in relazione alla sua esecuzione da parte di Italia ed India*
ALFONSO CONTALDO, *L'integrazione della comunicazione pubblica nell'organizzazione dell'Open Government*
FABIO CORIGLIANO, *La rivincita di Protagora. Ideologia della trasparenza e recenti trasformazioni dell'ordinamento italiano*
LUIGI FERRAJOLI, *Ciò che ha insegnato la pandemia. Il valore della sfera pubblica e la necessità di un costituzionalismo oltre lo Stato*
GIAMPIETRO FERRI, *Associazionismo giudiziario e Consiglio Superiore della Magistratura: il problema del sistema elettorale*
MARCO GESTRI, *Le grandi navi nella laguna di Venezia e la Convenzione Unesco del 1972*
FEDERICO SORRENTINO, *Diritto europeo e diritto interno. Riflessioni costituzionali*

Maestri del Novecento

- ALIS VIGNUDELLI, *Era un aristocratico napoletano dalla statura internazionale*
EDITORIALE, *Ricordando Franco Cordero*
ALIS VIGNUDELLI, *Il Misanthropo di Bruegel il Vecchio*
RENZO ORLANDI, *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*
GIORGIO PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*
ITALO BIROCCHI, *Quale storia nel diritto di Cordero?*
FULVIO CORTESE, *Franco Cordero, romanziere*
EZIO MAURO, *Cordero pubblicitista*

Nel cortile del banano

Recensioni

- FRANCESCO BELVISI, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*
PAOLO COMANDUCCI, *"Facciamo a capirci". Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica*
ANDREA GATTI, *Tutela dell'interesse finanziario e arretramento della sovranità.*
Problemi e prospettive costituzionali (anche alla luce della crisi pandemica Covid-19)
GLADIO GEMMA, *Sussidiarietà quale fattore basilare della democrazia.*
La proposta di un costituzionalista
LUCA VESPIGNANI, *Il punto di vista della storia. Non solo (e non tanto) Deutschland über alles.*
Le radici e la modernità del pensiero di Carl Schmitt

Schede bibliografiche