

Primo piano: Carl Schmitt

Legalità e legittimità

a cura di C. Galli, traduzione di G. Zanotti, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 148

ANTONINO SCALONE

1. Se è vero, come afferma Hasso Hofmann in una monografia che conserva intatta la sua attualità (*Legalità contro legittimità* [1964], tr. it. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999), che il problema fondamentale di Schmitt, nelle varie fasi del suo pensiero, è la legittimazione dell'ordine politico al di là della dimensione meramente giuspositiva, allora un testo come *Legalità e legittimità* – ora accessibile al lettore italiano in versione integrale – costituisce uno snodo ineludibile della vicenda intellettuale del giurista di Plettemberg.

Già nel giovanile *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914, tr. it. Bologna, il Mulino, 2013) il tema risulta al centro della riflessione schmittiana. In quest'opera, infatti, lo Stato trova il suo significato più au-

tentico e la ragione della sua superiorità nei confronti del singolo nel fatto di essere la *Rechtsverwirklichung*, la realizzazione dell'idea trascendente di diritto.

Un ordine purchessia, svincolato da un fondamento sovraindividuale non è dotato di sufficiente legittimazione: in *Legalität und Legitimität* Schmitt parla a questo proposito di «funzionalismo senza freni» (p. 44) e nella *Verfassungslehre* sottopone a critica radicale la pretesa del positivismo giuridico di fondarsi su se stesso. Si tratta, scrive, della «tautologia di una cruda effettività: qualcosa vige, se vige e perché vige» (C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* [1928], tr. it. Milano, Giuffrè, 1984, p. 22). Peraltro, un sistema sifatto non è nemmeno in grado di assolvere al proprio compito, ovvero garantire stabil-

mente pace e sicurezza: per un ordine politico la capacità di *durare* è direttamente dipendente, scrive in *Römischer Katholizismus und politische Form* (1923, tr. it. Bologna, il Mulino, 2010), dal suo riferimento ad un principio ideale. In questa tesi, piuttosto che nell'affermazione dell'analogia fra concetti teologici e concetti politici, sembra consistere il significato più autentico della nozione schmittiana di teologia politica.

2. Per poter sussistere e tradurre efficacemente l'idea del diritto in un ordine costituito, l'unità politica necessita di una *decisione*. Essa non può però essere l'esito di un accordo compromissorio fra gruppi e nemmeno fra individui: la

sostanziale diffidenza nei confronti del meccanismo contrattualistico è una delle principali differenze con Hobbes, nonostante questi sia considerato da Schmitt un riferimento teorico costante. L'unità politica dev'essere piuttosto la proiezione – per dir così – sul piano giuridico-politico di un legame esistenziale o ideale preesistente. Diversamente, la legittimità si riduce a mera legalità, semplice garanzia degli accordi presi e il sistema politico risulta attraversato da tensioni progressivamente sempre meno governabili: è questa precisamente la situazione della Repubblica di Weimar che costituisce il riferimento costante delle riflessioni di *Legalität und Legitimität*. È significativo che in questo saggio egli, analizzando lo Stato giurisdizionale, lo caratterizzi come «custode e garante di un diritto che rispetto allo Stato è distinto, precedente e sovraordinato» (p. 41) e, parlando dello Stato legislativo, ne enfatizzi lo specifico *ethos*, radicato nelle nozioni di «*législateur* saggio e incorruttibile» e di «*volonté générale* sempre buona e incorruttibile» (p. 43). Venendo a mancare tale specifico *ethos*, lo Stato legislativo vira verso il già ricordato funzionalismo e "legale" diventa sinonimo di (meramente) "formale".

Anche la rinuncia al diritto di resistenza da parte degli associati trova la sua ragione ultima e la sua giustificazione

non tanto, come ci si potrebbe aspettare in un quadro hobbesiano, nella garanzia della pace e della sicurezza, vale a dire sulla base dello scambio *obedientia-protectio*, ma piuttosto nella *fiducia* nella «congruenza [...] fra diritto e legge, giustizia e legalità» (p. 53). Di nuovo, la legittimità di un ordine dato non riposa su se stessa, ma dipende dal collegamento con un principio di ordine superiore e dall'esistenza di un diffuso sentimento di fiducia nella razionalità delle scelte del legislatore, tale da unificare in una comunità esistenziale una pluralità di individui. In assenza di questo la legalità trapassa nel semplice «*sic volo, sic iubeo*» e il «formalismo incondizionato», ad onta della sua pretesa avalutatività, si traduce in «una pretesa puramente politica di sottomissione» (p. 56).

3. Come già in *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus* che, scrive Carlo Galli nell'*Introduzione*, di *Legalität und Legitimität* costituisce «il prologo in cielo» (p. 9), la parola chiave sembra essere omogeneità: la ragionevolezza del principio di maggioranza, la sua pacifica accettazione riposano sull'idea di «una sostanziale omogeneità di tutto il popolo». Essa è il «presupposto» di «ogni democrazia» (p. 61); senza

di essa la pretesa che il 49% dei cittadini si sottometta alla volontà del 51% appare semplicemente insensata. Ma ciò comporta un'ulteriore conseguenza: l'impossibilità logica per Schmitt di concepire la minoranza e le parti organizzate se non come una patologia del sistema: la democrazia si basa su una serie di *identificazioni* e in questo contesto per le articolazioni sociali, politiche, d'interesse o altro letteralmente non c'è spazio: la democrazia «non conosce propriamente, nei fatti e nella sostanza, alcuna minoranza e tanto meno una pluralità di minoranze stabili e costanti» (p. 61).

Tuttavia, anche nella più funzionalistica e formale delle democrazie parlamentari deve valere comunque *ancora* un principio contenutistico: quello dell'eguaglianza delle *chance* di raggiungere il potere per tutti gli attori politici. Ma è precisamente ciò che nella Costituzione della Repubblica di Weimar manca giacché essa è caratterizzata da tre diverse dissimmetrie che corrispondono a tre diversi legislatori straordinari: *ratione materiae*, *ratione suprematatis* e *ratione necessitatis*. Esse sembrano collocare l'assetto costituzionale weimariano definitivamente al di là del sistema parlamentare classico.

La prima riguarda il fatto che talune materie sono sottratte alle decisioni della

maggioranza parlamentare semplice e la loro modifica richiede maggioranze variamente qualificate. Se — come dovrebbe essere e come nella Repubblica di Weimar non è — sussiste un'omogeneità sostanziale il vincolo della maggioranza qualificata risulta, a giudizio di Schmitt, superfluo e ingiustificato: non vi possono infatti essere «interessi durevolmente degni e bisognosi di tutela nei confronti della maggioranza». La votazione parlamentare non è che «un modo per stabilire quell'unanimità che ad uno strato più profondo dev'essere sempre già data, se la democrazia non deve cessare» (p. 74). Schmitt non discute la ragionevolezza delle tutele accordate nella seconda parte della Costituzione, relativa ai «diritti e doveri dei tedeschi», ma il fatto che sono «in contraddizione strutturale con la neutralità di valore dello Stato legislativo parlamentare» (p. 78) così come risulta delineato nella prima parte della Costituzione.

Se «il primo colpo allo Stato legislativo-parlamentare» (p. 92) è rappresentato dall'introduzione di principi e interessi dotati di particolari tutele, il secondo è dato dall'affermazione della legittimità di tipo plebiscitario attraverso le varie forme di *referendum* previste dalla Costituzione. In particolare Schmitt punta la sua attenzione sull'art 73 che prevede al terzo comma

una sorta di potere legislativo diretto del corpo elettorale da esercitarsi tramite *referendum*: ciò rende il corpo elettorale «un legislatore straordinario nei confronti e anche al di sopra del Parlamento» (p. 93) che, in questo modo, subisce un vero e proprio declassamento poiché perde la sua centralità come organo legislativo e «diventa semplicemente un pezzo del sistema plebiscitario» (p. 95).

Il terzo legislatore straordinario è il presidente del *Reich* titolare, fra gli altri poteri straordinari attribuitigli dall'art. 48, anche di quello di «emanare decreti con valore di legge» (p. 100). Ciò significa che esso è non soltanto una fonte concorrente rispetto al legislatore ordinario, ma anche opposta, oltre che sovrordinata, a questo. Potendo «realizzare direttamente le norme da lui stesso poste» (p. 105) il *Reichspräsident* supera la distinzione fra legislazione ed esecuzione e riunisce in sé ambedue le funzioni. Inoltre ha il potere, in caso di necessità, di sospendere ben sette diritti fondamentali che costituiscono «il cuore dello Stato di diritto borghese» (*ibidem*), disponendo così «della sostanza stessa dello Stato di diritto borghese» (p. 106). Si giunge in questo modo al paradosso per cui, mentre diritti fondamentali quali libertà e proprietà sono esplicitamente limitabili, lo stesso non può

dirsi per quelli garantiti dalla seconda parte della Costituzione e frutto dell'accordo compromissorio fra parti organizzate. Emblematico a tal proposito, nota sarcasticamente Schmitt, «il diritto dell'impiegato a prendere visione del proprio fascicolo personale» (p. 114).

Tale situazione ha una causa contingente ed una strutturale. La prima riguarda la "precipitazione" con cui si operò alla definizione della seconda parte della Costituzione, senza avvedersi della sua incompatibilità tanto «con il sistema organizzativo dello Stato legislativo parlamentare», quanto «con la disciplina dello stato d'eccezione» (p. 113). La seconda riguarda invece la progressiva incapacità della dottrina di intendere e tener ferma la distinzione fra legge e provvedimento, cosicché quella perde la propria tipica aspirazione a "durare" e questo il proprio carattere contingente. Ma ciò significa compiere il passaggio dallo Stato legislativo a quello amministrativo cui, però, «è più adeguato e conforme il 'dittatore' che non un Parlamento separato dall'esecutivo e preposto a deliberare norme generali, predeterminate e durevoli» (p. 118).

4. Nello sviluppo del suo ragionamento, Schmitt sembra talora prendere le difese di

quello Stato legislativo parlamentare di cui registra e documenta la crisi. Nelle conclusioni, in particolare, afferma che la Costituzione di Weimar, ad onta delle sue contraddizioni e oscillazioni, assegna chiaramente il primato al Parlamento che, se solo ne avesse la forza politica, potrebbe ancora recuperare il proprio ruolo. Le "deviazioni" dal modello dello Stato parlamentare, infatti, «perdono subito gran parte del loro significato pratico ogniqualvolta il Parlamento, con volontà solida e unitaria, si rammenti del proprio potere» (p. 120). Ma le cose stanno così solo in apparenza: in realtà per Schmitt si è compiuto ormai un mutamento strutturale e definitivo in direzione dello Stato pluralistico dei partiti e della «frammentazione pluralistica» (p. 121) che rende le prese di posizione del Parlamento episodiche e contingenti. È questo – lo Stato pluralistico dei partiti – il vero obiettivo polemico di Schmitt. Esso è, scrive riprendendo temi già trattati in scritti precedenti, «totale non per forza, ma per debolezza» giacché è costretto a interessarsi di ogni ambito della vita associata non sulla base di un piano specifico o di una volontà politica determinata, ma perché spinto a ciò dai gruppi d'interesse che di volta in volta vogliono conseguire per sé e per i propri associati qualche vantaggio (p. 126).

Posta l'irrevocabilità di questa situazione, occorre allora una «riconfigurazione della Costituzione» che sappia riconoscere e rappresentare «contenuti e forze sostanziali del popolo tedesco», vale a dire esprimere «un ordine sostanziale», oppure rassegnarsi alle spinte disgregatrici di tipo neutrale e funzionalistico. Assunto che vi sono due Costituzioni, la prima organizzativa e la seconda dotata di un «abbozzo di ordine sostanziale», occorre decidersi risolutamente per la seconda (pp. 127-8). Ma degradando la prima parte, relativa fra l'altro al principio di sovranità popolare e alla divisione dei poteri, alla mera dimensione organizzativa di un potere la cui sostanza sta altrove Schmitt, ben lungi dall'offrire alla Costituzione di Weimar l'"ultima chance", come scriverà anni dopo, sembra piuttosto intonarne il *De profundis*.

5. Nelle prime pagine Schmitt cita, condividendola, un'affermazione contenuta in un saggio apparso con lo stesso titolo pochi mesi prima ad opera del suo allievo Otto Kirchheimer. Questi scrive che, ormai, la legittimità della democrazia parlamentare appare coincidere con la sua legalità. Si tratta tuttavia di una citazione alquanto tendenziosa giacché proprio in quel saggio Kirchheimer per

la prima volta prende le distanze dal proprio maestro, mentre in quelli precedenti aveva utilizzato molte tesi schmittiane, sia pure sulla base di opzioni politiche del tutto diverse. In particolare, proprio poco dopo il passo citato con favore da Schmitt egli avanza una nozione di legge ben diversa da quella schmittiana: a suo avviso, infatti, la legge, lungi dall'essere un prodotto razionale, frutto a sua volta di un'omogeneità politica, appare piuttosto, con un rimando implicito a Kelsen, «la sintesi formalizzata della battaglia sociale per il potere» (O. Kirchheimer, *Legalità e legittimità* [1932], tr. it. in Id., *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, Modena, Mucchi, 2017, p. 97). Essa cioè, proprio nella democrazia parlamentare, traduce in termini formali il compromesso fra i gruppi che si contendono il potere. Sono invece l'abuso della decretazione d'urgenza e la crescente discrezionalità amministrativa che svuotano la legge della sua funzione equilibratrice fra interessi diversi (egli parla di «autonomo bilanciamento realizzato dai gruppi di potere nella forma della legge parlamentare», ivi, p. 107), introducendo fra le parti discriminazioni fondate su considerazioni di legittimità sostanziale, ovvero sulla bontà delle finalità perseguite dai vari partiti. Lo stesso succede, sul piano del diritto del lavoro, quando si tratta di in-

dicare i sindacati legittimati o meno a concludere contratti collettivi o a sedere nei consigli di fabbrica.

Ma è nelle *Osservazioni su 'Legalità e legittimità' di Carl Schmitt* (tr. it. in Id., *Potere e conflitto*, cit., pp. 109-141), scritto insieme a Nathan Leites, che la critica a Schmitt si fa articolata e puntuale. Qui egli rifiuta la pretesa di fondare la democrazia sul solo principio di eguaglianza – di cui l'omogeneità è una conseguenza – trascurando quello di libertà, ridotto all'ambito meramente privato. A suo avviso la democrazia è invece il risultato dell'incrocio fra libertà (anche privata) e democrazia. Ciò comporta però, di necessità, la presenza politica degli «interessi particolari» e questo, a sua volta, rende vana ogni pretesa di omogeneità (ivi, p. 112). In secondo luogo egli ritiene, diversamente da Schmitt, che l'adesione alla democrazia possa essere anche di tipo meramente strumentale, senza che questo comporti necessariamente un pericolo per la stabilità del sistema: è tipico delle democrazie moderne essere caratterizzate da una crescita del «*trend* dell'eterogeneità» e l'omogeneità si riduce spesso a «falsa coscienza» (pp. 115-116). La Costituzione di Weimar ha il merito di registrare ed esprimere questa situazione e il modello democratico-parlamentare che la caratterizza è, nonostante i

suoi limiti, quello «ottimale» per garantire parità di *chance* fra i vari attori politici (cfr. pp. 117 e 127 ss.). Infine non esiste un'incompatibilità assoluta fra parlamentarismo e democrazia; al contrario il parlamentarismo può benissimo avere un fondamento plebiscitario e giustificarsi – dice Kirchheimer riferendosi in modo implicito a Kelsen – sulla base del principio meramente tecnico della divisione del lavoro. Ma se le cose stanno così, allora la divaricazione assoluta fra legalità e legittimità di matrice schmittiana è superata e quelle che al giurista di Plettemberg appaiono patologie incurabili diventano in Kirchheimer le modalità tipiche di funzionamento delle istituzioni in una società complessa.

Come crediamo risulti dal rapido confronto con le tesi del suo allievo, il limite di Schmitt, in quest'opera come in altre, consiste, per dirla con Carlo Galli, nel fare del «pluralismo radicale» delle democrazie di massa, pur colto con grande lucidità, unicamente un «sintomo mortale» (p. 29) dell'unità politica. Ciò gli permette di intendere nell'immediato la drammaticità della situazione weimariana, ma non risulterà di grande utilità per interpretare le democrazie pluralistiche del secondo dopoguerra. All'opposto le posizioni di Kirchheimer risultano certo caratterizzate da un eccesso di ottimismo nei confronti delle

capacità di resistenza dei sistemi parlamentari negli anni trenta ma, proprio grazie alla radicale assunzione della disomogeneità, del conflitto e del compromesso come ingredienti ineliminabili della democrazia di massa, appaiono più adeguate – e dunque più utili – a dar conto del profilo degli assetti politici attualmente vigenti.