

STATO DI DIRITTO E NAZIONALSOCIALISMO:  
L'ANALISI DI ERNST FRAENKEL  
(60 ANNI DOPO *THE DUAL STATE*)

Stefano Carloni

La fine di quello che è stato chiamato «il secolo breve» (secondo la definizione di E. Hobsbawm) induce a una riflessione sull'evento che ne ha costituito senza dubbio il cuore oscuro: l'instaurazione in Germania di un regime che – senza voler sottovalutare la durezza del suo omologo sovietico – ha assunto la violenza, il disprezzo dell'uomo e della sua dignità a metodo e fine della propria azione politica e sociale. Questo bilancio è tanto più necessario ora, in considerazione del perdurare in molti Stati (a partire dalla Cina continentale, dall'Iraq e Iran) di analoghe situazioni di violazione più o meno palese di quei principi e regole di libertà, uguaglianza e rispetto del diritto che costituiscono patrimonio comune dell'Occidente dall'epoca delle rivoluzioni inglesi, e che siamo abituati a riassumere sotto la formula dello “Stato di diritto”; come pure al fine di superare i contrasti d'opinione esistenti intorno al concetto, di recente acquisizione nell'ambito della dottrina giuridico-politica, di “ingerenza umanitaria”: concetto volto appunto a giustificare il ricorso a strumenti di pressione economica e militare nei confronti dei governi autori di tali violazioni (come è avvenuto di recente, in occasione dell'appoggio dato dal nostro Paese alla guerra combattuta dalla NATO contro la Serbia di Milosevic per fermare la “pulizia etnica” nella regione del Kosovo). Una retta intelligenza della distinzione tra uno Stato di diritto e uno Stato autoritario, dittatoriale o apertamente totalitario – nei loro presupposti antropologico-filosofici, al di là delle eventuali analogie formalistico-istituzionali – è necessaria per rispondere consapevolmente, in un senso o nell'altro, alla domanda: *morire per Danzica?*

In questo sforzo, arduo ma indifferibile, di chiarificazione concettuale può esserci d'aiuto l'elaborazione compiuta dal politologo Ernst Fraenkel nel suo saggio *The Dual State*, del quale quest'anno ricorre il sessantesimo anniversario della pubblicazione. In questa sede non si tenterà di render conto esaurientemente di tutti i profili che emergono dall'analisi fraenkaliana (ad esempio, il rapporto fra la dimensione giuridica della coesistenza e l'economia di mercato; o la dicotomia fra diritto naturale “comunitario” e diritto naturale “societario”); si cercherà piuttosto di porre in evidenza i caratteri essenziali dello Stato di diritto così come emergono, quasi per contrappunto, dalla arbitrarietà che costituisce uno dei lati della “doppiezza” da cui fu segnato il Terzo Reich.

### Genesi del saggio

Ernst Fraenkel nasce a Colonia nel 1898 da famiglia ebraica. Dopo aver partecipato alla prima guerra mondiale (dal 1916 al 1918) compie i propri studi giuridici presso l'università di Francoforte ove è allievo di Hugo Sinzheimer (che egli definirà in seguito «padre del diritto del lavoro tedesco»), sotto la direzione del quale si laurea nel 1923 (con una tesi sulla nullità dei contratti di lavoro) e di cui è assistente dal 1922 al 1924. Divenuto membro della SPD (il partito socialdemocratico tedesco) nel 1921, si impegna nell'organizzazione dei sindacati liberi e dal 1925 insegna presso la Scuola di economia dell'Associazione tedesca dei metallurgici; dalle sue esperienze di docente e impiegato nasce l'opuscolo *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927)<sup>1</sup> ove stigmatizza la prassi giurisprudenziale ostile ai ceti inferiori, e insieme inizia un processo di avvicinamento agli ideali di un diritto naturale «razionale» che assicuri un giusto ordine sociale.

Nel 1927 Fraenkel inizia a lavorare in uno studio legale insieme al suo compagno di studi Franz Neumann, e dal 1931 è consulente del suo partito. Durante il crepuscolo di Weimar (il primo «Stato sociale di diritto», secondo la definizione di Hermann Heller) diviene uno dei protagonisti dell'acceso dibattito sulle riforme istituzionali, proposte da varie parti nel tentativo di porre rimedio alla gravissima crisi sociale e politica che culminerà nella presa del potere da parte del nazionalsocialismo. In tale contesto egli è un ardente difensore dei principi e degli istituti sanciti dalla costituzione del 1919: i diritti fondamentali dell'uomo, lo Stato di diritto, l'opzione per il parlamentarismo e la democrazia. Le sue posizioni teoriche vengono da lui esposte in cinque articoli sul periodico della SPD «Die Gesellschaft»<sup>2</sup>. Alla concezione schmittiana di una «democrazia autoritaria» mirante a legittimare la instaurazione della dittatura mediante il ricorso all'articolo 48, Fraenkel oppone il modello di una democrazia «dialettica» o «collettiva»<sup>3</sup>, nella quale la volontà dello Stato – all'interno della cornice dello Stato di diritto e del parlamentarismo – si forma attraverso una serie continua di discussioni e compromessi tra i partiti e i gruppi sociali portatori di interessi divergenti; un modello il cui presupposto è il rispetto dei diritti di libertà di matrice liberale, «un'opera di civilizzazione politica dal valore eterno»<sup>4</sup>. In contrasto con il *Verfassungsfetischismus* e il «pessimismo dell'indifferenza» che animava i costituzionalisti socialdemocratici (si pensi ad es. a Kirchheimer), egli si fa promotore di una riforma della costituzione weimariana volta a «salvarne i principi fondamentali»: e in tale prospettiva propone una limitazione della libertà del Parlamento mediante l'istituto della cd. «sfiducia costruttiva», al fine di

---

<sup>1</sup> Ora in *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> *Kollektive Demokratie* (1929); *Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz* (1931); *Abschied von Weimar?, Um die Verfassung e Verfassungsreform und Sozialdemokratie* (1932).

<sup>3</sup> *Kollektive Demokratie*, in *Reformismus und Pluralismus*, cit., pp. 82-87.

<sup>4</sup> *Abschied von Weimar?*, in *Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 69.

salvaguardarne il potere (istituto che venne effettivamente recepito dall'articolo 67 del *Grundgesetz* di Bonn nel 1949)<sup>5</sup>.

Dopo la nomina di Hitler a Cancelliere, Fraenkel può continuare ad esercitare la professione di avvocato grazie al servizio prestato in guerra come volontario. Pur nelle condizioni restrittive ed umilianti impostegli a causa della sua origine ebraica, egli si prodiga nell'assistenza alle vittime del regime nazista; partecipa inoltre alle attività di resistenza dell'*Internationaler Sozialistischer Kampfbund* (ISK) per la cui rivista parigina «*Sozialistische Warte*» compone sei articoli che sono distribuiti in Germania sotto forma di fogli clandestini<sup>6</sup>. Nella sua attività professionale, ricorderà in seguito, egli rimane «colpito dal disinvolto cinismo con cui Stato e partito mettevano in discussione la validità dell'ordinamento giuridico in diversi ambiti sociali, per poi contemporaneamente applicare con burocratica pedanteria le stesse norme in situazioni considerate differenti».

Da qui nasce il progetto di analizzare criticamente il sistema di potere del III Reich secondo la chiave della coesistenza in esso di uno «Stato discrezionale» (*Maßnahmenstaat*) e dello Stato di diritto classico, ribattezzato «Stato normativo» (*Normenstaat*). Progetto sul quale esercita un influsso determinante il rapporto di amicizia stretto con Martin Gauger, consulente legale del Consiglio luterano (che sarà assassinato a Buchenwald nel 1941): le loro conversazioni notturne su tematiche sociologiche, filosofiche e teorico-giuridiche conducono Fraenkel ad un profondo riesame delle proprie convinzioni marxiste e alla «conversione» esplicita al giusnaturalismo. La ricerca gli consente altresì di confrontarsi criticamente con l'ormai vasto *corpus* dottrinale schmittiano, nelle cui componenti (la teoria della dittatura, il concetto del "politico", il decisionismo, il *konkretes Ordnungsdenken*) giungerà a evidenziare – con accenti talvolta durissimi – altrettante dirette fonti ideali del pensiero nazionalsocialista.

Il suo lavoro si concretizza dapprima con la stesura, nel 1937, di un articolo intitolato *Das Dritte Reich als Doppelstaat*<sup>7</sup>, il cui manoscritto viene portato fuori della Germania nella valigia diplomatica di un funzionario dell'ambasciata francese. L'anno seguente, a causa della minaccia crescente alla propria vita, Fraenkel è costretto ad emigrare negli Stati Uniti, ove studierà Diritto americano presso la Law School dell'Università di Chicago; qui rielabora e traduce in inglese il saggio, che viene pubblicato a New York nel 1940-41 col titolo *The Dual State*<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, tr. *Riforma della costituzione e socialdemocrazia* (a cura di A. Bolaffi) in «Micromega», Editrice Periodici Culturali, Roma 1990, n. 4, pp. 61-81.

<sup>6</sup> Alcuni di essi sono stati inseriti nell'antologia degli scritti di Fraenkel curata da F. Esche e F. Grube *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, Hoffmann u. Campe, Hamburg 1973: vedi ad es. *In der Maschine der politischen Strafjustiz des III. Reiches*, pp. 214-224 e *Der Sinn illegaler Arbeit*, pp. 240-247.

<sup>7</sup> Pubblicato in più puntate in «*Sozialistische Warte*», XII, pp. 41-44, 53-56, 87-90, sotto lo pseudonimo di Conrad Jürgens; ripubblicato in *Reformismus und Pluralismus* cit., pp. 225-239.

<sup>8</sup> Presso la casa editrice Oxford University Press. L'opera verrà poi ritradotta in tedesco e pubblicata nel 1974 in Germania, col titolo *Der Doppelstaat*, in una nuova edizione, dalla quale è stata tratta la traduzione italiana *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* a cura di P. P. Portinaro (introduzione di N. Bobbio), Einaudi, Torino 1983.

### 1. Dittatura sovrana e governo *sub lege*

Il punto di partenza dell'analisi di Fraenkel è la netta opposizione, nel fondamento e nei metodi, tra il regime nazista e lo Stato di diritto; ossia quella forma istituzionale in cui il potere politico trae la propria legittimazione dal rispetto di norme giuridiche delimitanti le competenze dei vari organi (governo *sub lege*) e viene esercitato mediante l'emaneazione previa di norme generali ed astratte, la cui applicazione ai casi particolari è affidata agli organi amministrativi (governo *per leges*), e che è tradizionalmente riassunto nella formula del *Rule of Law*.

Quanto al primo profilo (quello del *fondamento*) la tesi fraenkiana, esposta fin dall'apertura del saggio, è che la conquista del potere da parte del nazionalsocialismo sia stata giustificata in base al principio dello «stato d'eccezione» (*Ausnahmezustand*) o «stato d'assedio» (*Belagerungszustand*), vale a dire in forza del diritto, proprio di ogni governante, di sospendere in tutto o in parte l'ordinamento giuridico allorché ricorrano situazioni tali (invasione nemica, rivolte interne, catastrofi ambientali) da mettere in pericolo l'integrità dello Stato: «La Costituzione del Terzo Reich è lo stato d'assedio. La sua carta costituzionale è il decreto d'emergenza per la difesa del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933»<sup>9</sup>, il cui preambolo faceva appunto riferimento al pericolo derivante da «atti di violenza comunisti». L'origine di questa tesi risale all'indagine svolta da Carl Schmitt sulla dittatura, da lui definita una «eccezione concreta»<sup>10</sup> al diritto strumentale al conseguimento di uno scopo – scopo, che egli già allora indicava nella eliminazione di un «avversario concreto»<sup>11</sup> –; proprio il fatto di trovarsi in un «caso di necessità» e non in una situazione normale autorizzerebbe il dittatore a disattendere le norme generali per compiere «tutto quanto le circostanze richiedono»<sup>12</sup>. A Schmitt si deve anche la distinzione fra «dittatura *commissaria*» e «dittatura *sovrana*»; mentre la prima è autorizzata da un *pouvoir constitué* sulla base di un mandato ben delimitato e ha come fine la protezione dell'ordinamento vigente, la seconda «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione» e pertanto non si limita a sospendere la costituzione, bensì «mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una [nuova] costituzione»<sup>13</sup>.

Fraenkel accoglie queste affermazioni schmittiane, ma ne capovolge le implicazioni: se la dittatura commissaria può essere ritenuta compatibile con lo Stato di diritto – nella misura in cui si veda nella causa che ha condotto alla proclamazione dello stato d'assedio una negazione del suo ordine, sì che il ricorso

---

<sup>9</sup> *Il doppio Stato* cit., p. 21.

<sup>10</sup> *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, Berlin 1921; trad. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* a cura di B. Liverani (prefazione di F. Valentini), Laterza, Roma-Bari 1975, p. 10.

<sup>11</sup> *Op. ult. cit.*, p. 147.

<sup>12</sup> *La dittatura*, cit., p. 23.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 149.

ad esso appare una «negazione della negazione»<sup>14</sup> – il colpo di Stato nazista non mirava a ristabilire l'ordine costituzionale, bensì ad annientarlo; gli stessi esponenti del nazionalsocialismo ammisero che «la lotta al comunismo può essere considerata soltanto come l'occasione... per infrangere quelle barriere rivelatesi inutili e pericolose per l'esistenza dello Stato» (secondo le parole di Walther Hamel, esperto di diritto di polizia e professore di diritto costituzionale all'università di Colonia)<sup>15</sup>. Ma si può dire di più: quand'anche si affermasse che la legittimità della presa del potere da parte di Hitler si sia fondata sulla «forza normativa del fattuale»<sup>16</sup>, resta comunque indiscutibile che per Schmitt l'agire del dittatore trova la sua giustificazione nella funzionalità allo scopo che persegue, sta e cade con esso. Ma se la nota essenziale della dittatura (anche di quella «sovrana») è quindi la sua *temporaneità*<sup>17</sup>, non è forse una contraddizione in termini parlare di una dittatura *permanente*? Eppure – fa notare Fraenkel – è proprio quanto i nazisti hanno realizzato: uno «stato d'emergenza permanente», alimentato dallo «spauracchio» di sempre nuovi nemici in agguato (prima i comunisti, poi gli ebrei)<sup>18</sup>, il tutto per giustificare la loro permanenza al potere e, soprattutto, le misure da essi adottate, dalla *Gleichschaltung* di tutte le organizzazioni sociali (comprese le Chiese e le associazioni religiose) fino alla guerra e all'Olocausto.

Inoltre laddove Schmitt, paragonando lo stato di necessità a quello di legittima difesa, affermava l'impossibilità di sottoporre a sindacato giurisdizionale l'applicazione della *martial law* – dal momento che «chi compie l'intervento non può essere distinto da chi giudica se si tratti effettivamente di uno stato di necessità»<sup>19</sup> –, Fraenkel ha buon gioco nel citare quegli illustri precedenti giudiziari inglesi (come ad es. la sentenza *Garde v. Strickland* del 1921) da sempre concordi nel rivendicare ai tribunali civili il potere-dovere di decidere sull'esistenza di uno stato di guerra<sup>20</sup> e nel ricordare come i tentativi della monarchia Stuart di instaurare un regime assolutistico aumentando gli stanziamenti militari col pretesto di proteggere la tranquillità pubblica avessero condotto il mondo anglosassone ad un'estrema diffidenza verso i tentativi di sospendere il diritto sulla base di *«fancied*

---

<sup>14</sup> *Il doppio Stato*, cit., p. 28.

<sup>15</sup> *Op. ult. cit.*, p. 32. A p. 82, nt. 33 Fraenkel riferisce anche di una sentenza emessa dal tribunale del Land di Berlino il 1° novembre 1933, la quale aveva stabilito che «il decreto del 28 febbraio... aveva provocato deliberatamente, [mediante l'abrogazione dei diritti fondamentali], una situazione d'emergenza, per far sì che lo Stato nazionalsocialista diventasse realtà».

<sup>16</sup> Di una «*Normative Kraft des Faktischen*» parla G. JELLINEK nella sua *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer, Berlin 1921<sup>3</sup>, I, II, cap. 11, pp. 337-344.

<sup>17</sup> *La dittatura* cit., p. 158: «Questo potere dittatoriale è sì sovrano, ma soltanto in via transitoria e in un senso completamente diverso da un monarca assoluto o da un'aristocrazia sovrana, essendo totalmente dipendente da un compito da assolvere».

<sup>18</sup> *Il doppio Stato* cit., pp. 246-247.

<sup>19</sup> *La dittatura*, cit., p. 188.

<sup>20</sup> *Il doppio Stato*, cit., p. 24.

*emergencies*»<sup>21</sup>. Fraenkel mostra così fin dall'inizio l'illegittimità del Terzo Reich non soltanto dal punto di vista sostanziale, ma anche da quello formale.

In verità, dietro la polemica tra Fraenkel e Schmitt sulla dittatura nazista emerge la contrapposizione, antica quanto la storia della filosofia, fra due concezioni antitetiche intorno all'essenza del potere politico, e che si riassume nella tradizionale domanda: devono essere le *leggi* oppure gli *uomini* a governare? Chiaramente, Schmitt è favorevole al governo degli uomini, anzi di *un solo* uomo, colui che «decide sullo stato di eccezione»<sup>22</sup>: le sue argomentazioni tendono a dimostrare come a questa condizione pertenga «una competenza illimitata in via di principio, cioè la sospensione dell'intero ordinamento vigente» e come lo stesso sistema normativo di uno Stato riposi *de facto* su una «decisione» assoluta<sup>23</sup>, in quanto la validità di norme generali richiederebbe una «strutturazione normale dei rapporti di vita... una situazione media omogenea» che sarebbe appunto compito del sovrano *creare* preventivamente<sup>24</sup>. Qui egli si rifà esplicitamente a Hobbes nell'affermare che «tutto il diritto, tutte le norme e le leggi, tutte le interpretazioni di leggi, tutti gli ordinamenti sono sostanzialmente... decisioni del sovrano, e sovrano [è] *colui che decide da sovrano*»<sup>25</sup>; il filosofo inglese, nel suo contrapporre la pace e l'ordine dello *status civilis* al caos della «guerra di tutti contro tutti», aveva infatti già esaltato il ruolo dell'uomo o dell'assemblea depositario di tutti i poteri degli individui riuniti al punto da identificare la legge nel comando che è manifestazione della sua volontà («*Auctoritas, non veritas facit legem*»)<sup>26</sup> e da sostenere che questi debba avere potere di decidere «che cosa si debba intendere come proprio e altrui, giusto e ingiusto, onesto e disonesto, buono e cattivo»<sup>27</sup>; cosicché Schmitt può ragionevolmente affermare che «lo Stato di Hobbes è per costituzione una dittatura»<sup>28</sup>.

Questa dottrina politica, a sua volta, discende da una concezione relativistica della morale e del diritto che nega la possibilità di discernere in modo obiettivo bene e male, giusto ed ingiusto, facendone dei meri *flatus vocis* dietro cui si

---

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 30; v. pure a p. 81, nt. 21 quanto affermato dal giudice Breese nel caso *Johnson v. Jones*, il quale aveva designato l'emergenza come qualcosa che «mette i più sacri diritti del cittadino alla mercé di un partito dominante che ha soltanto da dichiarare quell'"emergenza" che può senza difficoltà produrre. Uomini malvagi possono facilmente trovare e sfruttare un pretesto».

<sup>22</sup> *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1934<sup>2</sup>; trad. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* in C. SCHMITT, *Le categorie del politico* a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, p. 33.

<sup>23</sup> *Teologia politica* cit., p. 37: «Anche l'ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione». V. pure il saggio del 1934 *Ueber die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg (trad. parziale *I tre tipi di pensiero giuridico* in *Le categorie del politico* cit., p. 264): «Per il decisionista è solo la decisione a fondare tanto la norma che l'ordinamento».

<sup>24</sup> *Teologia politica* cit., p. 39-40; e ancora: "Ogni diritto è «diritto applicabile ad una situazione». Il sovrano crea e garantisce la situazione come un tutto nella sua totalità.. In ciò sta l'essenza della sovranità statale" (*ibidem*).

<sup>25</sup> *I tre tipi di pensiero giuridico* cit., p. 263 (corsivo mio).

<sup>26</sup> *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1666), cap. I.

<sup>27</sup> *Elementorum philosophiae sectio tertia de cive* (1642), trad. *Elementi filosofici sul cittadino* in TH. HOBBS, *Opere politiche* a cura di N. Bobbio, UTET, Torino 1988<sup>4</sup>, vol. I, cap. VI, § 9, p. 166.

<sup>28</sup> *La dittatura* cit., p. 33.

celerebbe la superiorità materiale di un soggetto divino o umano: così il sofista Callicle ritiene le leggi un «incantesimo» gettato dalla moltitudine dei deboli sui forti per asservirli, mentre, egli afferma, «la natura stessa... dimostra che è giusto che il migliore abbia più del peggiore e il più potente del meno potente»<sup>29</sup>; e Trasimaco (che Platone ci presenta simile ad un «animale selvaggio») sostiene in modo ancor più deciso che «la giustizia non è altro che l'utile del più forte» e che «ciascun governo legifera per il proprio utile, la democrazia con leggi democratiche, la tirannide con leggi tiranniche... E una volta che hanno fatto le leggi, eccoli proclamare che il giusto per i sudditi si identifica con ciò che è invece il loro utile»<sup>30</sup>. La medesima concezione può essere rintracciata in volontaristi come Duns Scoto e Guglielmo da Ockham che identificano il diritto naturale con la volontà divina<sup>31</sup>, arrivando a sostenere che il furto e l'omicidio potrebbero divenire leciti se Dio così stabilisse<sup>32</sup>; e anche nel pensiero calvinista, allorché affida la salvezza o la dannazione di ogni anima ad una decisione sovrana e assolutamente imprevedibile presa da Dio *ab aeterno*<sup>33</sup>. Non a caso dal loro volontarismo teologico tali autori deducono, sul piano temporale, un rigido positivismo statualistico.

A questo relativismo etico-giuridico si è opposta la migliore filosofia dell'Occidente, ad iniziare da Platone che definisce la legge «il filo d'oro, il sacro filo della ragione»<sup>34</sup> da cui ogni uomo deve lasciarsi guidare per ottenere il massimo bene per sé e per lo Stato, e attribuisce ai governanti il titolo di «servitori delle leggi», affermando: «là dove... la legge sia asservita e senza autorità, in quello Stato io vedo prossima la rovina; là dove invece essa regna sovrana sui governanti, là io vedo fiorir la salvezza e tutti quei beni che gli dèi concedono agli Stati»<sup>35</sup>; egli sembra anzi adombrare l'esistenza di una legge universale, quando scrive che «il cielo e la terra, gli dèi e gli uomini sono legati tra loro dalla comunicazione, dall'amicizia, dal *buon ordine*, dalla temperanza e dalla *giustizia*», e che è tale legge a fare dell'universo un *kosmós*, un'unità ordinata<sup>36</sup>. Anche gli stoici hanno affermato il carattere supremo della legge come «regina di tutte le cose divine e umane... misura delle cose giuste e ingiuste» e indicatrice agli uomini delle azioni

---

<sup>29</sup> PLATONE, *Gorgia*, 483d-e.

<sup>30</sup> PLATONE, *Repubblica*, I, I, cap. 12, 338c, 338e.

<sup>31</sup> J. DUNS, *Opus oxoniense*, I, d. 44, q. un., n. 2: «*Leges aliquae generales rectae de operabilibus dictantes prefixae sunt a voluntate divina, et non quidem ab intellectu divino ut procedit actum voluntatis divinae...; quia non invenitur in illis legibus necessitas ex terminis*».

<sup>32</sup> OCKHAM, *Sententiae*, II, q. 19 O: «*Ista nomina (furtum, adulterium, odium, etc.) significant tales actus non absolute, sed connotando vel dando intelligere, quod faciens tales actus per praeceptum divinum obligatur ad oppositum... Si autem caderent sub praecepto divino, tunc faciens tales actus non obligaretur ad oppositum et per consequens tunc non nominaretur furtum, adulterium, etc.*».

<sup>33</sup> CALVINO, *Institutio christianae religionis* (1536), I, III, cap. 23, § 2: «*Adeo enim dumma est justitiae regula Dei voluntas, ut quidquid eo ipso vult justum habendum est*».

<sup>34</sup> *Leggi*, I, I, 645a.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, I, IV, 715d.

<sup>36</sup> *Gorgia*, 508a (corsivo mio).

da compiere e da evitare<sup>37</sup>, e Tommaso d'Aquino, fondendo la tradizione classica con la fede cristiana, ha visto nella *lex aeterna* il piano della sapienza divina che governa ogni azione e movimento e dalla quale, in quanto conformi alla *recta ratio*, derivano tutte le altre leggi<sup>38</sup>. È dalla fede nell'esistenza di una legge eterna che deriva la dottrina tomista della *lex naturalis* come «*participatio legis aeternae in rationali creatura*»<sup>39</sup>; e dal giusnaturalismo così delineato nasce la formula del Bracton «*lex facit regem*»<sup>40</sup>. Solo una legge che si fondi sulla stessa costituzione ontologica dell'essere umano in quanto ente *relazionale*, e sia pertanto indipendente dalla statuizione di un *Imperator* – nelle molteplici epifanie storiche in cui questo si presenta –, può infatti costituire un criterio di giudizio sulla legittimità di un soggetto a detenere il potere in uno Stato (si tratti di un monarca o di un'assemblea).

La distinzione tra un monarca e un tiranno *absque titulo* è stata sempre vista nel fatto che quest'ultimo si impadronisce del potere con la violenza, rendendo così lecita la ribellione dei sudditi; su questo punto concordano autori pur lontani per epoca e mentalità come Tommaso d'Aquino<sup>41</sup> e Locke<sup>42</sup>. Per il regime democratico, poi, non è accettabile quanto affermato da Schmitt – in polemica con Weber, per il quale «la forma oggi più corrente di legittimità è la credenza nella legalità»<sup>43</sup> –, cioè che «la maggioranza non potrebbe mai essere naturalmente "tiranno senza titolo giuridico", dal momento che la maggioranza è divenuta l'unico titolo giuridico del possesso legale del potere»<sup>44</sup>; l'ascesa del nazionalsocialismo, al contrario, dimostra che un partito può attuare facilmente una strategia terroristica al fine di conquistare il potere mediante un risultato elettorale formalmente "legale", ma sostanzialmente incompatibile con il principio dell'uguale libertà di partecipazione politica che caratterizza uno Stato fondato sulla legge.

Anche il principio della divisione dei poteri, uno dei caratteri essenziali dello Stato di diritto – e uno dei primi ad essere travolti dal regime nazista, che nella sua

---

<sup>37</sup> CRISIPPO, *Sulla legge*, in *Digesta*, I, 3, 2. V. pure CICERONE, *De re publica*, I, III, cap. 22, § 33: «*Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat... Huic legi nec derogari fas est neque derogari aliquid ex hac licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus*».

<sup>38</sup> *Op. ult. cit.*, a. 3.

<sup>39</sup> *Ibidem*, q. 91, a. 2.

<sup>40</sup> *De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, I, cap. 8, § 5 (fol. 5b).

<sup>41</sup> «*Qui enim per violentiam dominium surripit non efficitur vere praelatus vel dominus et ideo cum facultas adest, potest aliquis tale dominium repellere*»: *Commentum in quatuor libros Sententiarum magistri Petri Lombardi* (1253-1255), I, II, d. XLIV, q. II, a. 2.

<sup>42</sup> «Chiunque giunga a esercitare una parte qualsivoglia del potere per altre vie da quello che non quelle che le leggi della comunità hanno prescritto non ha alcun diritto di ricevere obbedienza, anche se mantiene intatta la forma dello Stato. Egli non è infatti la persona che le leggi hanno designato e, dunque, non è la persona cui il popolo ha dato il suo consenso»: *The Second Treatise of civil Government* (London 1690), trad. *Trattato sul governo* a cura di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma 2000<sup>3</sup>, cap. XVII, § 198, p. 143.

<sup>43</sup> *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922; trad. *Economia e società* a cura di P. Rossi, Comunità, Milano 1981, vol. I (*Teoria delle categorie sociologiche*), p. 35.

<sup>44</sup> *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932; trad. parziale *Legalità e legittimità* in *Le categorie del politico* cit., p.237.

opera di smantellamento della democrazia weimariana affidò alle autorità di polizia e agli organi di partito il compito di emendare le norme costituzionali e legislative ad esso invise – deriva dal primato della legge che spezza la monoliticità del potere formalizzandolo in una pluralità di *competenze* che devono controllarsi reciprocamente, secondo la massima di Montesquieu «*le pouvoir arrête le pouvoir*»<sup>45</sup>; e su questo punto anche Schmitt concorda con Fraenkel, riconoscendo che «come Stato di diritto è considerato solo uno Stato, la cui attività sia complessivamente racchiusa in una somma di competenze esattamente circoscritte»: infatti «la divisione e distinzione dei poteri contiene il principio fondamentale di questa generale *misurabilità* di tutte le manifestazioni statali di potere»<sup>46</sup>.

Quanto poi all'affermazione schmittiana che il diritto richieda una «strutturazione normale dei rapporti di vita» per essere applicato, è certamente vero che «non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos»<sup>47</sup>, ma è discutibile l'opinione che il mondo sociale degli uomini sia un *pluriverso* caotico; la teoria dello Stato di diritto presuppone invece, come è stato detto, che la società umana sia parte di un cosmo ordinato e possieda pertanto una sua *misura intrinseca* che non dipende dall'arbitrio del sovrano, ma che è compito del sovrano *riconoscere* e *promulgare* per dare ad essa certezza pubblica, secondo la massima tomista *ius est ipsa res iusta*<sup>48</sup>. Inoltre l'identificazione della sovranità con il potere sullo stato d'eccezione trascura di analizzare la situazione "normale", nonostante lo stesso Schmitt abbia sottolineato che «non ogni competenza inconsueta, non ogni misura o ordinanza poliziesca di emergenza è già una situazione d'eccezione»<sup>49</sup>. La vita sociale non è riducibile ad una serie di "stati d'emergenza"; essa è essenzialmente *coesistenza*, intreccio di attività *strutturalmente ordinate* sotto la protezione dello Stato; ebbene, la definizione schmittiana «non è in grado di dire nulla su chi dovrebbe essere il sovrano nello stato di normalità»<sup>50</sup>.

In verità, se si dà alla parola "sovranità" il senso di un «potere supremo *separato e trascendente*»<sup>51</sup> – se la si intende cioè in senso *politico e moderno* –, si può concordare con il politologo renano che «una giurisprudenza orientata alle questioni della vita di ogni giorno e degli affari ordinari non ha alcun interesse al

---

<sup>45</sup> «Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»: *De l'esprit du lois* (1748), trad. *Lo spirito delle leggi* a cura di B. Boffito Serra, Rizzoli, Milano 1999<sup>4</sup>, vol. I, l. XI, cap. 4, p. 309.

<sup>46</sup> *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928, trad. *Dottrina della Costituzione* a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 178-179 (corsivo mio).

<sup>47</sup> *Teologia politica* cit., p. 39.

<sup>48</sup> *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 1.

<sup>49</sup> *Teologia politica* cit., p. 38.

<sup>50</sup> Come recentemente ha fatto notare R. SCHNUR, *Individualismus und Absolutismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1963; trad. *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)* a cura di E. Castrucci e G. Orrù, Giuffrè, Milano 1979, p. 49.

<sup>51</sup> Secondo la definizione di J. MARITAIN, *Man and the State*, University of Chicago Press, Chicago 1951, trad. *L'uomo e lo Stato* a cura di L. Frattini (introduzione di V. Possenti), Massimo-Vita e Pensiero, Milano 1982, p. 41.

concetto di sovranità»<sup>52</sup>; ma la sovranità può essere intesa anche in senso *giuridico*, come articolazione di competenze che valga a specificare «chi sia chiamato di volta in volta ad impedire la violazione delle norme – violazione perpetrata nei confronti dell'ordine stesso»<sup>53</sup>; e in questo senso si può ben affermare che nello Stato di diritto la sovranità non è annullata, ma raggiunge la propria pienezza come *sovranità di servizio* al diritto nel suo essere *attività-per*: «per un rapporto intersoggettivo e inter-gruppi di convivenza pacifica» fondato sulla giustizia<sup>54</sup>.

## 2. Stato discrezionale e governo per *leges*

Il secondo profilo del regime nazista – e *per oppositionem* dello Stato di diritto – strettamente connesso al primo, sul quale Fraenkel concentra l'attenzione è quello relativo ai *mezzi di esercizio* del potere: nel Terzo Reich si era formato infatti un settore politico disciplinato non da norme generali ed astratte, bensì da provvedimenti concreti adottati in base a meri giudizi di opportunità, da lui chiamato appunto «Stato di provvedimenti» o *discrezionale (Maßnahmenstaat)*<sup>55</sup>. Fraenkel corrobora questa sua tesi con una vasta documentazione giurisprudenziale dalla quale risulta, non soltanto la sistematica disapplicazione di norme costituzionali (ad es. quelle sui diritti fondamentali la cui sospensione non era prevista dall'articolo 48, e che pertanto erano definiti «a prova di dittatura») e legislative (si pensi al principio della *res iudicata* o a quello dell'irretroattività della legge penale), ma anche la revisione di sentenze di tribunali "non allineati" da parte delle autorità amministrative, in ogni caso in cui fosse in questione un principio ideologico dello Stato nazionalsocialista; insomma, per usare le sue parole, «nello Stato di diritto i tribunali controllano l'amministrazione dal punto di vista della legalità; nel Terzo Reich le autorità di polizia controlla[va]no i tribunali dal punto di vista dell'opportunità»<sup>56</sup>.

Anche sotto questo aspetto è palese il contrasto tra Fraenkel e Schmitt: fin dal 1921 quest'ultimo aveva posto a fondamento del diritto pubblico la clausola *rebus sic stantibus*, affermando che «dove prevale l'ottica dettata dalle circostanze di fatto e dalla necessità di conseguire un risultato concreto, la distinzione tra diritto e torto è una inutile formalità»<sup>57</sup>, e individuando la distinzione tra sentenza e provvedimento nel fatto che «la sentenza giudiziaria deve essere giusta, improntata all'idea del diritto. La specificità del provvedimento consiste invece nel suo

<sup>52</sup> *Teologia politica* cit., p. 38.

<sup>53</sup> R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo* cit., p. 50.

<sup>54</sup> Cfr. S. COTTA, *Perché la violenza?*, Japadre, L'Aquila 1978, p. 95, e F. D'AGOSTINO, *Lo Stato di diritto: dimensioni e problemi*, in *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000<sup>3</sup>, p. 196.

<sup>55</sup> *Il doppio Stato* cit., p. 21.

<sup>56</sup> *Op. ult. cit.*, p. 62.

<sup>57</sup> *La dittatura* cit., p. 30. V. pure *Teologia politica*, cit., p.56: «Il fatto che la decisione sia stata presa nel luogo opportuno rende la decisione stessa relativamente – ma in certe circostanze anche assolutamente – indipendente dalla giustezza del suo contenuto».

perseguire uno scopo dettato dalla situazione concreta»<sup>58</sup>. Alla base c'è anche qui il rilievo centrale attribuito alla decisione come momento creatore di una situazione di "normalità" e dei connessi criteri normativi<sup>59</sup>, a prescindere dalla razionalità del *decisum* e dalle modalità procedurali della sua adozione: «proprio nelle cose più importanti conta più che si decida che non come si decide»<sup>60</sup>, egli aveva scritto richiamandosi a De Maistre. Il pensiero di Schmitt è riassunto nel detto che egli, in *Legalität und Legitimität* del 1932, pone ad insegna dello Stato governativo-burocratico: «Il meglio al mondo è un comando»<sup>61</sup>.

La critica di Fraenkel allo Stato discrezionale si fonda invece su una tradizione millenaria, che fin dalle leggi delle XII Tavole (*privilegia ne inroganto*) aveva sottolineato il valore positivo di norme scritte e previamente rese note, che regolassero classi di azioni (*astrattezza*) e fossero indirizzate a categorie di persone e non a singoli destinatari (*generalità*): perché si è sempre ritenuto che solo in tal modo si potesse salvaguardare il valore della *certezza del diritto* dall'arbitrio di chi detiene momentaneamente il potere. Per questo già Euripide nelle *Supplici* faceva dire a Teseo: «quando un popolo ha leggi scritte, il povero e il ricco hanno gli stessi diritti», e nel Medioevo Bracton e Fortescue distinguevano il *gubernaculum* – ossia la sfera del potere politico affidata alla discrezionalità del sovrano – dalla *iurisdictio* che lo controlla e lo orienta al rispetto della legge di Dio e delle antiche consuetudini, affermando che «*ipse autem Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege*»<sup>62</sup>; dottrina nella quale Fraenkel (riprendendo su questo punto McIlwain<sup>63</sup>) vede il paradigma dello Stato di diritto<sup>64</sup>.

Lo stesso principio è stato condiviso nel XVII secolo da Locke quando scriveva che «l'autorità legislativa, o autorità suprema, non può arrogarsi il potere di governare per mezzo di estemporanei arbitrari decreti, ma è tenuta a dispensare la giustizia e stabilire i diritti dei sudditi con leggi *promulgate e stabili*»<sup>65</sup>, e nel

---

<sup>58</sup> *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, conferenza tenuta davanti all'associazione dei giuristi tedeschi nel 1924 (pubblicata nel 1928 in appendice a *Die Diktatur*, cit., p. 247).

<sup>59</sup> *Teologia politica*, cit., p. 56.

<sup>60</sup> *Op. ult. cit.*, p. 77.

<sup>61</sup> In *Le categorie del politico*, cit., p. 217. Va ricordato che questo motto ha assunto valenze molto differenti nell'itinerario speculativo schmittiano: vedi ad es. *Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung* (in «Summa; eine Vierteljahresschrift», J. Hegner, Hellerau 1917-1918, n. 2, pp. 71-80; trad. di C. Sandrelli *La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica* in C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica* a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano 1986, p. 75): «Rifugiarsi in Dio non significa fuggire dal mondo, o addirittura... abbandonare il mondo a se stesso... e trarre da quello la sua legalità (*allora, il meglio al mondo sarebbe un comando*) anziché apprenderla dalla bocca di Dio» (corsivo mio).

<sup>62</sup> H. DE BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, loc. cit. Cfr. J. FORTESCUE, *The governance of England* (1471-1476), cap. I, il quale definisce la monarchia limitata inglese del suo tempo un «*regimen politicum et regale*».

<sup>63</sup> *The growth of political thought in the West: from the Greeks to the end of the Middle Ages*, MacMillan, New York 1932; trad. *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo* a cura di G. Ferrara, Neri Pozza, Venezia 1959, pp. 433-442.

<sup>64</sup> *Il doppio Stato*, cit., pp. 149-150.

<sup>65</sup> *Secondo trattato*, cit., cap. XI, § 136, p. 99 (corsivo mio).

'700 da Montesquieu – per il quale «quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente»<sup>66</sup> –; e nel progetto di costituzione elaborato dai girondini nel 1793 (Titolo VII, sezione II, art. 4) si legge: «*les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinie*». Anche a Hegel era chiara la distinzione fra il potere *legislativo* di «determinare e stabilire l'universale» e il potere *governativo* che attua «la sussunzione delle sfere *particolari* e dei casi singoli sotto l'universale»<sup>67</sup>, e Robert von Mohl definiva lo Stato di diritto una formazione sociale nella quale i consociati avevano diritto «innanzitutto all'eguaglianza davanti alla legge, cioè al rispetto delle esigenze vitali di tutti, senza differenza di rapporti personali ed all'applicazione oggettiva della norma generale senza considerare il rango, il ceto etc., del singolo»<sup>68</sup>. Il *proprium* dello Stato di diritto consiste precisamente nell'assoggettare l'attività di governo alle leggi, facendo di essa semplice "amministrazione"; lo stesso Schmitt, in questo senso, definisce lo "Stato legislativo" «un sistema statale dominato da norme, di contenuto misurabile e determinabile, impersonali e perciò generali, prestabilite e perciò pensate per durare; un sistema in cui legge e applicazione della legge, legislatore e organi esecutivi sono separati fra loro»<sup>69</sup>.

Né ha molto valore la constatazione ironica di questi, che «una legge non può applicarsi, attuarsi o eseguirsi da sola; né può interpretarsi, definirsi o sanzionarsi da sola»<sup>70</sup>. Che una regola giuridica non sia autoapplicativa discende dalla sua essenza di proposizione deontica, che ha per oggetto non un *Sein* ma un *Sollen*; essa non descrive una regolarità del mondo fisico-deterministico, ma *prescrive* un «dovere-di-essere» il quale, a causa della apertura alla *possibilità* che caratterizza la libertà dell'uomo, richiede da esso una collaborazione attiva e sapiente per tradursi dal piano della *essenza* a quello della *esistenza*, secondo quanto diceva S. Bonaventura: «*ordo iustitiae est non solum factus, sed etiam factivus*»<sup>71</sup>. In questa attività ermeneutica – che pertiene in modo eminente al giudice nella risoluzione delle controversie – la funzione della norma scritta è quella di allestire una definizione e qualificazione previa di rapporti sociali complessi (per i quali la consuetudine è divenuta una fonte di cognizione insufficiente) al fine di conferire ad essi una maggiore *riconoscibilità* e di impedire che considerazioni extra-giuridiche (affettive, utilitaristiche o ideologiche) pervertano il giudizio allontanandolo dal suo fine di salvare la coesistenza nella situazione particolare. Si comprende quindi perché Aristotele affermi che «è preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino», aggiungendo che «chi

<sup>66</sup> *Lo spirito delle leggi*, cit., vol. I, l. XI, cap. 6, p. 310.

<sup>67</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821); trad. *Lineamenti di Filosofia del diritto* a cura di V. Cicero, Rusconi, Milano 1996, § 273, pp. 463-465.

<sup>68</sup> *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Mohr, Freiburg I. B.-Tübingen 1859, p. 328.

<sup>69</sup> *Legalità e legittimità*, cit., p. 212.

<sup>70</sup> *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 255.

<sup>71</sup> *Breviloquium*, l. III, cap. X. Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991<sup>2</sup>, pp. 91 e 96.

raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di Dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori», mentre la legge è «ragione senza passione»<sup>72</sup>.

Quanto finora detto non implica necessariamente adesione un'adesione di Fraenkel a quelle concezioni positivistiche, affermatesi in Germania dalla seconda metà del XIX secolo, che avevano ridotto il diritto a pura forma capace di rivestire qualsivoglia contenuto sostanziale, e nelle quali Schmitt vedeva l'espressione di un autentico *dispotismo legale*, che avrebbe tolto di mezzo anche "la possibilità del non-diritto, del «tiranno»... grazie ad un artificio formale, al fatto cioè che il non-diritto non è più chiamato non-diritto e il tiranno – tiranno"<sup>73</sup>; fino a generare "l'illusione che si potesse apprestare a tutti i movimenti, gli scopi e le tendenze possibili, anche ai più radicali e rivoluzionari, una via e uno svolgimento legale... che funzionasse contemporaneamente nel senso di fondare un nuovo ordine, restando però del tutto «neutrale»"<sup>74</sup>. La teoria dello Stato di diritto, infatti, non considera la legge valida per il sol fatto di essere generale ed astratta; piuttosto, in questi caratteri esteriori essa vede un *signum prognosticum* della sua "giustizia", della sua corrispondenza alle esigenze strutturali della coesistenza colte da una *recta ratio*, come il principio di *simmetria* (che impone di trattare in ugual modo tutti i soggetti che si trovano nella medesima situazione); cosicché, ad esempio, una legge che neghi la titolarità dei diritti civili a determinate categorie di esseri umani per motivi razziali – come avvenne nei confronti degli ebrei – pur possedendo le qualità formali della generalità e dell'astrattezza, è per essa da considerare ingiusta e perciò, più che legge, una *corruptio legis*. Del resto, Hermann Heller aveva ricordato ancora nel 1930 l'importanza di una legge razionale, dedotta dall'essere della natura e della società, come fondamento della libertà dell'uomo di fronte ai propri governanti<sup>75</sup>.

Ma non è tutto: si può con ragionevole certezza affermare una diretta responsabilità del positivismo giuridico nella presa del potere da parte del fascismo in Italia e del nazionalsocialismo in Germania. Come ha messo in luce di recente Giovanni Sartori, "quando il *jus* si risolve sempre più in un *jussum* e perde ogni necessario legame con il *justum*, e perciò quando l'imperio della legge non è altro che l'imperio della volontà dei legislatori... la via è spianata per il più insidioso e assoluto esercizio del potere «in nome della legge»; vale a dire senza che i destinatari delle norme avvertano una rottura tra le leggi di prima e quelle di dopo,

---

<sup>72</sup> *Politica*, I, III, 1287a 20-30. V. pure *Etica Nicomachea*, I, V, 1134a 35-1134b 2: «Per questo non permettiamo che abbia autorità un uomo, ma la legge, perché un uomo la eserciterebbe solo per il proprio interesse e diventerebbe un tiranno. Ma chi esercita l'autorità è custode della giustizia».

<sup>73</sup> *Legalità e legittimità*, cit., p. 236.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>75</sup> *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Mohr, Tübingen 1930; trad. *Stato di diritto o dittatura?*, in H. HELLER, *L'Europa e il fascismo* a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1987, p. 210.

tra la legge di un parlamento o di un despota"<sup>76</sup>. Avvezzi a considerar "legge" ogni statuizione emanata da certi organi in conformità a determinate procedure (per altro stabilite dai medesimi organi legislativi), i giuristi hanno relegato le considerazioni sulla *giustificabilità* del prescritto nell'ambito di una morale identificata asfitticamente con la coscienza individuale – destinata, a causa del *politeismo etico* indicato da Weber come la novità dell'epoca moderna, a cedere necessariamente di fronte al potere coattivo dello Stato – ed hanno ridotto se stessi al ruolo di *Krönjuristen*, pronti a servire qualunque governante, saggio o tirannico. In tali circostanze anche il sacrificio dei requisiti formali della generalità ed astrattezza alla onnipotenza della volontà del Parlamento – sancito con la distinzione tra legge in senso *formale* e legge in senso *materiale*<sup>77</sup> – ha preparato il passaggio allo Stato discrezionale, allorché la «legalità normativistica» dello Stato legislativo, tramutatasi nel «vuoto funzionalismo di qualsivoglia deliberazione presa a maggioranza», si è collegata con «il funzionalismo impersonale di un'esigenza burocratica di regolamentazione»<sup>78</sup>.

Anche qui si può riscontrare un aspetto dell'eterna lotta fra gli opposti principi del «governo della legge» secondo ragione e del «governo degli uomini» fondato sull'arbitrio; e come nel XVI secolo la dottrina hobbesiana, che recideva il legame fra verità e diritto ancorando quest'ultimo alla forza di un monarca "assoluto", generò come suo necessario antidoto le teorie di Locke e Montesquieu della divisione dei poteri e del primato della *volonté générale* (espressa dal popolo per mezzo dei suoi rappresentanti), così nel Novecento la proclamazione enfatica dell'onnipotenza del Parlamento – una volta ridotta la legge a mero atto formale

---

<sup>76</sup> *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 186. V. per converso quanto scriveva Hegel in *Lineamenti di Filosofia del diritto* cit., § 212 (p. 369); dopo aver stabilito l'identità del diritto *in sé* (*Recht*) e del diritto *posto* (*Gesetz*), egli precisava: «poiché l'essere-posto costituisce il lato dell'esistenza [*Dasein*], e poiché in esso può entrare anche l'*accidentalità del capriccio e di qualsiasi altra particolarità*, ecco allora che la legge, nel proprio *contenuto*, può essere anche diversa da ciò che è diritto *in sé*» (corsivo mio).

<sup>77</sup> Cfr. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Mohr, Tübingen 1911<sup>5</sup>, vol. II, pp. 62-63: "Sotto questo concetto formale di legge cadono tutti quegli atti di volontà dello Stato, per i quali è necessaria l'approvazione della rappresentanza popolare, anche quando non contengano alcuna prescrizione di norme giuridiche... Per mezzo di una «legge» può essere stabilito il progetto economico per il bilancio pubblico o la previsione di spesa per un'iniziativa, riconosciuta la correttezza di un rendiconto, confiscato il patrimonio della dinastia scacciata e allo stesso modo restituito, ordinata l'erezione o la distruzione di un monumento nazionale, proclamata la concessione di una rendita, della cittadinanza onoraria o di un titolo, come pure l'esilio o la perdita della cittadinanza. Per mezzo di una legge può egualmente essere decisa una controversia giuridica incerta, dichiarata la validità o invalidità di un atto di governo, riconosciuta o annullata un'elezione, concessa una grazia o un'amnistia... Non c'è in una parola nessun oggetto dell'intera vita statale, anzi si può dire, nessuna idea che non possa essere assunta a contenuto di una legge»".

<sup>78</sup> C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 222. A ulteriore conferma di quanto detto nel testo si può citare un saggio di Schmitt del 1950, *Das Problem der Legalität* (trad. in *Le categorie del politico* cit., pp. 277-292) nel quale egli, tentando di giustificare l'acquiescenza della burocrazia tedesca a Hitler (e la sua stessa adesione intellettuale al nazismo), chiosa l'affermazione di Weber «la burocrazia è il nostro destino» aggiungendo che «la legalità è il modo di funzionamento di questa burocrazia» (p. 284). Nella stessa opera Schmitt ricorda che «il positivismo giuridico non significa altro che la trasformazione del diritto in un insieme di ordini... il riconoscimento del principio che *vale il diritto di chi riesce di fatto ad affermarsi*» (p. 286; corsivo mio).

*bonne à tout faire* – che caratterizzò la repubblica di Weimar suscita nel pensiero di Fraenkel la consapevolezza delle valenze garantistiche di una costituzione “rigida”, sottratta a modifiche da parte di maggioranze estemporanee e pertanto idonea a costituire un criterio per la sindacabilità giurisdizionale delle stesse leggi “ordinarie”, una superiore tutela della razionalità e certezza del diritto contro gli arbitri di un legislatore che intenda soddisfare interessi “di parte”, politico-ideologici o affaristici<sup>79</sup>.

Fraenkel mostra inoltre come lo Stato discrezionale nasca da una *iperpoliticizzazione* della vita pubblica tedesca, ossia dal fatto che «nel Terzo Reich ogni attività può essere considerata e trattata come politica»<sup>80</sup>. Questa ipertrofia deriva direttamente dalla teoria schmittiana del "politico" come dimensione esistenziale fondata sulla distinzione *amico/nemico* (*Freund/Feind*), indicante l'estremo «grado di intensità di un'associazione o di una dissociazione di uomini» e come tale trascendente in sé ogni altro criterio di valore, per cui «ogni contrasto religioso, morale, economico, etnico o di altro tipo si trasforma in un contrasto politico, se è abbastanza forte da raggruppare effettivamente gli uomini in amici e nemici»<sup>81</sup>; principio che l'Alta Corte amministrativa prussiana così sintetizzava in una sentenza del 28 gennaio 1937: «Nella lotta per l'autoaffermazione che il popolo tedesco oggi è chiamato a condurre, non esiste più come in passato un ambito di vita non politico»<sup>82</sup>. Lo Stato di diritto, invece, riconosce la distinzione fra le due forme coesistenziali del *diritto*, fondato sul primato della persona umana e sulla sua *libertà* originaria, e della *politica*, che al contrario postula una fusione totalizzante di tutti i cittadini in un Noi collettivo sotto l'egida di un Sovrano che «*par cela seul qu'il est, est toujours qu'il doit être*»<sup>83</sup>, e proclama il primato del primo sulla seconda<sup>84</sup>; esso è veramente «uno Stato situato completamente sotto il segno del diritto e la cui volontà suprema si chiama *lex* e non *rex*; una comunità in cui le relazioni dei singoli, non solo fra loro ma soprattutto nei confronti del potere statale sono determinate da norme giuridiche, in cui perciò governati e governanti si comportano secondo il diritto e non secondo il 'tel est notre plaisir' delle persone al governo»<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> L'opinione espressa nel testo implica ovviamente una netta divergenza rispetto a quanti ritengono di scorgere una soluzione di continuità fra lo Stato «di diritto» dell'800 e lo Stato «costituzionale» contemporaneo: vedi ad es. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, cap. II *passim*. In verità questo Autore sembra porre l'accento sulle differenti modalità *tecniche* elaborate per la difesa del diritto nei due modelli istituzionali – trascurando peraltro il fatto che il principio di legalità «costituzionale» si è aggiunto, senza sostituirlo, a quello riguardante gli atti amministrativi – senza vedere l'identica *ratio* che li sottende.

<sup>80</sup> *Il doppio Stato*, cit., p. 67.

<sup>81</sup> *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932<sup>3</sup>; trad. *Il concetto del politico* in C. SCHMITT, *Le categorie del politico* cit., pp. 120-121.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>83</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762), I, I, cap. 7.

<sup>84</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *Lo Stato di diritto: dimensioni e problemi*, cit., p. 177.

<sup>85</sup> G. ANSCHÜTZ, *Deutsches Staatsrecht*, in *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* a cura di F. von Holtzendorff e J. Kohler, Duncker & Humblot, Berlin-Leipzig 1904, vol. II, p. 593.

### 3. Giustizia «materiale» e giustizia «formal-strutturale»

Per Fraenkel il contrasto fra il regime nazista e lo Stato di diritto si manifesta anche nel rifiuto di un concetto *formale* di giustizia a favore di una sua declinazione in senso *materiale*: «l'essenza dello Stato discrezionale va individuata nella rinuncia a quei vincoli formali garantiti giuridicamente, da cui possono derivare restrizioni nell'esercizio delle prerogative di sovranità»<sup>86</sup>. La prova è fornita dalle numerose decisioni giudiziarie citate nel saggio, tutte concordi nel mostrare il disprezzo del nazionalsocialismo nei confronti del principio di legalità dell'amministrazione e l'abolizione pressoché totale del controllo dei tribunali nelle materie di pertinenza della Gestapo, ed è avvalorata dalle affermazioni di numerosi teorici del regime: così ad esempio Ernst Forsthoff aveva definito lo Stato di diritto orientato alla forma «una comunità priva di onore e di dignità»<sup>87</sup> ed Ernst Rudolf Huber nel 1937 scriveva che «le autorità amministrative non sono soltanto autorizzate ad agire laddove la legge lo prevede espressamente, ma anche laddove i principi non scritti della vita della comunità popolare... lo esigono»<sup>88</sup>.

La distinzione tra "giustizia formale" e "giustizia materiale" è chiaramente di ascendenza weberiana e deriva da quella, altrettanto nota, fra una razionalità *formale* dell'agire economico quale «misura del *calcolo* tecnicamente possibile e realmente applicato da esso» e una «razionalità *materiale* [che] fa invece valere esigenze etiche, politiche, utilitarie, edonistiche, di ceto, di eguaglianza o di qualsiasi altra specie»<sup>89</sup>; in particolare Weber chiama «formale» il diritto che prende in considerazione, sul piano sostanziale e processuale, «esclusivamente le caratteristiche generali univoche delle fattispecie», mentre in una giurisdizione «materialmente» razionale la decisione delle controversie sarebbe influenzata da «imperativi etici o regole di opportunità utilitaristica e di altra specie, o massime politiche»<sup>90</sup>. La preferenza del sociologo andava naturalmente alla concezione formalistica allora dominante in Germania, la quale vedeva nella giurisdizione «una macchina tecnicamente razionale» e nel giudice un «distributore automatico di diritto... nel quale si introduce da una parte il fatto insieme alle spese, per estrarne dall'altra la sentenza con i motivi»<sup>91</sup> – una immagine che richiama quella montesquiviana della *bouche de la loi* –; ne dà una dimostrazione *a contrario* la dura critica da lui rivolta alla "dottrina del diritto libero", bollata come sintomo di un «irrazionalismo dei valori» per la sua pretesa di dimostrare l'insufficienza di principio delle norme di fronte all'irrazionalità dei fatti e la necessità, per il giudice,

<sup>86</sup> *Il doppio Stato*, cit., p. 69.

<sup>87</sup> *Der totale Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933, p. 16.

<sup>88</sup> *Die Verwirkung der rechtsgenössischen Rechtsstellung im Verwaltungsrecht*, in «Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht», p. 368; v. pure i principi direttivi per la riforma dell'ufficio giuridico centrale della NSDAP pubblicati sul «Völkischer Beobachter» del 5 luglio 1935: «Nel diritto penale nazionalsocialista non può sussistere un diritto o un torto in senso formale, bensì soltanto l'idea della giustizia in senso materiale» (entrambi cit. in *Il doppio Stato*, p. 87 nt. 149).

<sup>89</sup> *Economia e società*, cit., vol. I, pp. 80-81.

<sup>90</sup> *Op. ult. cit.*, vol. III (*Sociologia del diritto*), p. 16.

<sup>91</sup> *Economia e società*, cit., pp. 133 e 192.

di decidere in base a valutazioni concrete<sup>92</sup>. Quasi una condanna anticipata per quell'uso strumentale che i nazisti fecero della "creatività" giurisprudenziale all'inizio della loro dominazione, al fine di aggirare i limiti garantistici presenti nella legislazione ancora vigente.

Senza dubbio il motivo principale della preferenza di Fraenkel per un concetto «formale» di diritto è, come per Weber, il fatto che esso garantisce ai detentori di interessi politici ed economici «la massima libertà di far valere i loro interessi formalmente legali»<sup>93</sup>. Egli sembra qui prendere le distanze dalle aspirazioni ad un diritto sociale, fondato su quelli che Weber definiva "postulati etici di intonazione patetica – come la «giustizia» e la «dignità umana»", sollevate in origine dal movimento operaio, che nel clima di Weimar avevano trovato espressione nei concetti di «sfruttamento dello stato di bisogno» (nella legge contro l'usura) e della nullità contrattuale per «sproporzione tra le prestazioni»; aspirazioni poi fatte proprie demagogicamente dal nazionalsocialismo in nome di un'etica "comunitaristica", come è provato ad esempio da una sentenza della corte disciplinare del Reich del 15 giugno 1937 che, nel condannare un funzionario per aver rifiutato di prestare contributi "volontari" ad un'opera di assistenza del regime, rimproverava all'imputato di avere «un'idea della propria libertà che coincide con la concezione del più crasso liberalismo... Libertà significa per lui *facoltà di sottrarsi a proprio piacimento a tutti gli obblighi che non hanno trovato esplicita formulazione in norme di legge*»<sup>94</sup>. E certamente ha influito su di lui anche la connessione, istituita sempre da Weber, tra le concezioni giuridiche «materiali» e i regimi teocratici sorti in varie zone d'Europa dopo la Riforma luterana<sup>95</sup>, connessione che si riflette nel parallelo che traccia fra il Terzo Reich e la «tirannia personale» esercitata dall'arcivescovo Laud in Inghilterra fra il 1629 e il 1640<sup>96</sup>; del resto è sempre Fraenkel a ricordare che già nel 1930 Heller aveva definito il nazionalismo radicale allora in ascesa «cattolicesimo senza cristianesimo»<sup>97</sup>.

Ciò premesso, tuttavia, non ne consegue necessariamente che il concetto di diritto accettato da Fraenkel coincida *sic et simpliciter* con quello weberiano di «un apparato... trasformabile a piacimento in senso razionale rispetto allo scopo»<sup>98</sup>;

<sup>92</sup> *Economia e società*, cit., p. 192.

<sup>93</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 134-135.

<sup>94</sup> In *Il doppio Stato*, cit., p. 70 (corsivo mio). Va qui segnalata un'evoluzione del pensiero di Fraenkel: nella *Soziologie der Klassenjustiz* del 1927 il suo rifiuto delle tendenze *freirechtliche* era stato motivato dalla influenza esercitata, a suo parere, sul potere giudiziario dai ceti capitalistici (*Kreise der Wirtschaft*) dominanti nella società, e dal fatto che «nella situazione sociale e politica [degli anni '20] il proletariato [aveva] più influenza sulla formazione delle leggi da parte del Parlamento che sulla loro interpretazione da parte della giustizia» (il saggio è stato ripubblicato in E. FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968; vedi pp. 27 e 31).

<sup>95</sup> Cfr. M. WEBER, *Wirtschaftsgeschichte. Abriss der universalen Sozial- und Wirtschafts-geschichte*, nachgelassenen Vorlesungen von S. Hellmann e M. Palyi, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1923; trad. *Storia economica: linee di una storia universale dell'economia e della società* a cura di S. Barbera (introduzione di C. Trigilia), Donzelli, Roma 1997<sup>2</sup>, p. 244.

<sup>96</sup> *Il doppio Stato*, cit., *ibidem*.

<sup>97</sup> *Stato di diritto o dittatura?*, cit., p. 216.

<sup>98</sup> *Economia e società*, cit., p. 201.

sembra anzi ragionevole affermare che egli non condividesse affatto la semplicistica distinzione tra una *forma* "giuridica" autoreferenziale delle norme (come il giudizio ipotetico *wenn A, soll B sein*) e un *contenuto* "politico" – variabile secondo la «puntuale» volontà del legislatore storico e irrilevante dal punto di vista scientifico – per l'ottima ragione che tale distinzione lo avrebbe condotto ad accettare il decisionismo schmittiano – così caustico nel sottolineare l'impersonalità della forma *à la Kelsen* rispetto alla «concretezza» del comando di un *basileus*<sup>99</sup> – e avrebbe svuotato dall'interno la sua condanna dello Stato discrezionale. In altre parole: l'accusa che egli rivolge al nazionalsocialismo di voler «rimpiazzare lo Stato di diritto tradizionale con un sistema nel quale il diritto *non possiede alcun valore autonomo*»<sup>100</sup> esclude in radice una visione del diritto come «tecnica di controllo sociale» e rinvia ad un *au-delà* della «scorza policroma»<sup>101</sup> cui il diritto positivo sembra troppo spesso ridursi, ad una «essenza» del giuridico.

In verità, i princìpi tradizionali del *Rule of Law* cui fa riferimento Fraenkel – dal vincolo del legislatore al rispetto delle proprie leggi al *nulla poena sine praevia lege*, dalla proporzionalità fra illecito e sanzione al *ne bis in idem* – implicano tutti l'esistenza, oltre la forma come mera tipizzazione estrinseca e oltre il mutevole contenuto degli atti di volontà dei detentori del potere statale, di una «forma-struttura» (*Gestalt*)<sup>102</sup> intrinseca alla norma giuridica in quanto *regola* obiettiva e «terza» rispetto a governanti e governati: ad esempio l'inviolabilità della legge, separando la prescrizione dalla *attualità* del volere di chi la pone, le conferisce la dimensione della *durata* che è il presupposto della sua obbligatorietà nei confronti dei destinatari (obbligatorietà, che è cosa ben diversa dalla mera *osservanza*: questa riposa sul timore della sanzione ed è inversamente proporzionale alla *forza* del sovrano, quella nasce dal riconoscimento della funzione di *iuris tuitio* svolta dal prescritto) e ristabilisce così una *parità* fra le parti<sup>103</sup>; l'immodificabilità della *res iudicata* soddisfa l'esigenza umana di accertare la verità, sia pure non una verità fattuale, ma una verità *sociale* riconoscibile obiettivamente da tutti i consociati in virtù delle procedure di assunzione e verifica delle fonti probatorie<sup>104</sup>. Più in generale tutte queste massime costituiscono, ciascuna nel proprio ambito, applicazioni particolari del principio strutturale della coesistenza: *l'uguaglianza ontologica di tutti gli esseri umani, al di qua delle loro determinazioni esistenziali*<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., pp. 252-253.

<sup>100</sup> *Il doppio Stato*, cit., p. 69 (corsivo mio).

<sup>101</sup> Per la definizione della dimensione irrazionale dell'esistente come «scorza policroma» (*bunte Rinde*) che circonda l'autentica Realtà v. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del diritto*, cit., Prefazione, p. 59.

<sup>102</sup> Sulla forma come «medio» necessario alla comprensione e comunicazione della essenza propria del diritto v. le preziose considerazioni di B. MONTANARI, *Itinerario di Filosofia del Diritto. Per una lettura critica dell'esperienza giuridica*, CEDAM, Padova 1995, pp. 87-105.

<sup>103</sup> Cfr. *op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>104</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *La norma assoluta: è sempre vietato dire il falso*, in *Il diritto come problema teologico e altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino 1997<sup>3</sup>, pp. 255-256.

<sup>105</sup> Sulla uguaglianza ontologica quale elemento strutturale della giustizia v. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza* cit., p. 212 e *passim*.

Da questo principio supremo discende anche il carattere di principio *generale* e *astratto* dell'atto pubblico per antonomasia nello Stato moderno, la *legge*: infatti tale atto normativo ha per suo fine la regolazione della coesistenza all'interno di un popolo quale *unità sintetica* e non mera somma di individui, e pertanto richiede un contenuto che non esprima una disciplina contingente legata alle qualità personali dei soggetti da esso coinvolti, ma si strutturi in senso *trans-individualistico* e *continuo* sotto il profilo spaziale (sebbene entro i limiti territoriali dello Stato), temporale e personale<sup>106</sup>. È quanto ha ben compreso Hegel quando, a proposito dell'identità di diritto e legge, affermava che «nella rappresentazione del legiferare non si deve avere davanti agli occhi soltanto il momento per cui, mediante tale atto, Qualcosa viene enunciato come la regola di comportamento valida per Tutti; ma il momento interno essenziale, anteriore a quest'ultimo, è la *conoscenza del contenuto nella sua universalità determinata*»<sup>107</sup>; conoscenza che solo un pensiero razionale può assicurare, dal momento che «*pensare* significa porre [*setzen, Gesetz*] qualcosa come *universale*, cioè portarlo come *universale* alla coscienza»<sup>108</sup>. Ed è in fondo questo il motivo del disprezzo del nazismo verso il carattere «formal-strutturale» del diritto: esso non è altro se non la manifestazione estrema di quell'*odio contro la legge* (*Haß gegen das Gesetz*) che per Hegel era il marchio della *cattiva coscienza* (*übelnes Gewissen*) di colui che «colloca il Giusto nella convinzione soggettiva», e che pertanto non può che percepire la regolarità oggettiva del diritto come una *catena*, qualcosa che «non consente al sentimento di infiammarsi per la propria particolarità»<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> B. MONTANARI, *Itinerario di Filosofia del Diritto*, cit., pp. 83-84.

<sup>107</sup> *Lineamenti di Filosofia del diritto*, cit., § 211 add., p. 365.

<sup>108</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>109</sup> *Lineamenti*, cit., Prefazione, pp. 51-53.