

JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

Vol. IX, n. 2, Anno 2012



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. IX, n. 2, Anno 2012

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vice direttore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

Indice

SAGGI	5
<hr/>	
HABERMAS SUI DIRITTI UMANI	7
LEONARDO MARCHETTONI	
POLARITÀ O DIALETTICA?	20
FILIPPO RUSCHI	
LAVORO E DIRITTI SOCIALI	40
ILARIA POSSENTI	
ORDINAMENTO GIURIDICO E <i>KONKRETE ORDNUNG</i>	49
STEFANO PIETROPAOLI	
IL MATRIMONIO 'URFĪ IN EGITTO	64
COSTANTINO PAONESSA	
LETTURE	80
<hr/>	
SOGLIE DELLA MODERNITÀ	81
LORENZO COCCOLI	
STORIA DEI PALESTINESI IN ISRAELE	84
GIULIA DANIELE	
PERVASIVE PREVENTION	87
MARIACHIARA BOSSI	

Ordinamento giuridico e *konkrete Ordnung*

Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e
Carl Schmitt

Stefano Pietropaoli

Abstract: Many investigations devoted to Carl Schmitt's legal philosophy focus on his doctrine of public and constitutional law and underestimate Schmitt's international theory. These interpretations crushed on the perspective of schmittian "decisionistic theory". If decisionism enabled Schmitt to elaborate a shrewd critique of the political and legal system of the early Twentieth century, it was instead largely unsuited to explain the relations between States. In this perspective, in the mid-thirties Schmitt's theoretical path finds a clear shift towards an "institutionalist" approach. The aim in this essay is to focus on the first moments of this "turning point", trying to highlight the points of contact and the differences between Santi Romano's "official" institutionalism and his "illegitimate" version set down by Carl Schmitt. Facing the collapse of natural law and the rise of legal positivism, Romano and Schmitt sought a third way to legal science. Even with different weights, so much for Romano as for Schmitt, the concept of institution complied itself perfectly to the difficult task of weaving a new order in a period of deep transformations.

[Keywords: ordinamento giuridico, Santi Romano, Carl Schmitt, ordinamento concreto, decisionismo]

Gli studi dedicati da Carl Schmitt a temi di interesse giusinternazionalistico sono stati spesso interpretati come il rifugio di un intellettuale, caduto ormai in disgrazia agli occhi del regime nazista, in una disciplina meno incandescente e politicamente sensibile rispetto alla dottrina del diritto pubblico e costituzionale. A mio parere questa tesi ricostruttiva è priva di fondamento e svolge l'unica funzione di alimentare la perenne questione della nazificazione o de-nazificazione del pensiero schmittiano. Questo per due ordini di motivi. In primo luogo, che il diritto internazionale sia un ambito della scienza giuridica meno esposto al "politico" rispetto al diritto pubblico e al diritto costituzionale è una tesi che contraddice la storia stessa di tale disciplina, che al contrario è stata ed è ancora oggi il punto di sublimazione del pensiero giuridico nella riflessione politica. In secondo luogo, sostenere che Carl Schmitt si sia dedicato allo studio del diritto internazionale soltanto dopo la scomunica subita da parte degli organi dell'ortodossia nazista significa ignorare completamente vasta parte della produzione di Schmitt, che a temi internazionalistici aveva dedicato una lunga serie di saggi già negli anni venti.

Ben più interessante mi sembra invece un'altra questione teorica. Se è indiscutibile che i temi principali della produzione giusinternazionalistica schmittiana sono già presenti negli scritti degli anni venti — all'insegna della "lotta contro i sistemi di Ginevra e di Versailles" —, è però vero che soltanto intorno alla metà del terzo decennio del Novecento Schmitt ha tentato di costruire una autonoma dottrina del diritto internazionale.

Per tentare di dare unitarietà e sistematicità alle proprie riflessioni, che fino ad allora aveva affidato a scritti in cui la vena polemica metteva spesso in secondo piano la speculazione teorico-giuridica, Schmitt doveva superare un ostacolo formidabile: contraddirsi. Chi conosce anche vagamente la figura di Schmitt può immaginare con quali sforzi egli deve essere giunto ad ammettere che l'impianto teorico che ne aveva decretato la fortuna sul piano scientifico — il decisionismo — era del tutto inadeguato a costruire una teoria dell'ordinamento giuridico internazionale.



Se l'approccio decisionista aveva consentito a Schmitt di elaborare un'analisi penetrante e una serrata critica dell'ordinamento giuridico su base statale dei primi del Novecento, esso era invece sostanzialmente inadatto a spiegare i rapporti interstatuali. E se è vero che già nell'edificazione dell'impianto teorico del decisionismo Schmitt aveva sostenuto che lo Stato è un "prodotto" del diritto e non viceversa ("il diritto è creatore dello Stato: il diritto precede lo Stato"¹), sottraendosi così alla ristrettezza di un orizzonte in cui lo Stato era il detentore del monopolio della produzione normativa, è anche vero che la prospettiva decisionista poteva essere applicata alla dimensione internazionale o sovranazionale esclusivamente al prezzo dell'adesione a un paradigma cosmopolitico in cui uno "Stato mondiale" avrebbe potuto svolgere le medesime funzioni esplicate dallo Stato moderno europeo. Un prezzo, questo, che Schmitt non poteva pagare a meno di rinnegare completamente le proprie posizioni anti-universaliste. È in questa prospettiva che, a mio parere, il superamento del decisionismo compiuto da Schmitt intorno alla metà degli anni Trenta può e deve essere interpretato nel senso di un ripensamento in sostanziale continuità con il suo itinerario teorico, piuttosto che come momento di frattura con la sua precedente prestazione intellettuale.

Questa "svolta" nel percorso teorico schmittiano si è esplicitata nell'adesione di Schmitt a un modello "istituzionalista". Si tratta di un mutamento di paradigma chiarissimo, rivendicato più volte dallo stesso Schmitt, e che pure a mio avviso non è stato analizzato come avrebbe meritato dai numerosissimi studi a lui dedicati, troppo spesso schiacciati sulla critica della prospettiva decisionistica². E questo nonostante che quello che viene comunemente individuato come l'*opus magnum* di Schmitt — *Der Nomos der Erde* — sia la più compiuta espressione di una teoria fondata su di un modello istituzionalistico³.

Nelle prossime pagine non intendo seguire dettagliatamente lo svolgersi del percorso teorico schmittiano all'insegna dell'istituzionalismo. Cercherò invece di concentrarmi sui primi momenti di questa "svolta", tentando di mettere in evidenza i punti di contatto e le divergenze tra l'istituzionalismo "ufficiale" di Santi Romano e la versione "illegittima" formulata da Carl Schmitt⁴.

Innanzitutto, occorre chiarire che con il termine istituzionalismo vengono in generale indicate quelle dottrine giuridiche elaborate in Europa tra fine Ottocento e inizio Novecento — e in particolare quelle formulate da Maurice Hauriou e da Santi Romano — che condividono la definizione del diritto in termini di "organizzazione". Tra gli elementi comuni a queste elaborazioni teoriche si possono individuare la critica al normativismo e la sovrapposizione o coincidenza tra l'organizzazione sociale e l'ordinamento giuridico.

Come ha sostenuto Norberto Bobbio, "la teoria istituzionale del diritto è nata, almeno in Italia, da quell'aureo libretto che è *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano"⁵.

¹ C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr, 1914, p. 46.

² È soltanto apparentemente paradossale che, in Italia, tra i pochi a esaminare con attenzione questo punto sia stato un dichiarato sostenitore del kelsenismo quale Alfonso Catania: cfr. A. Catania, "Carl Schmitt e Santi Romano", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 64 (1987), pp. 546-575.

³ Sul punto cfr. G. Itzcovich, "Il Nomos della terra e la polemica con il positivismo giuridico", in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, III (2007), consultabile all'indirizzo <http://www.juragentium.org/topics/thil/it/itzcovic.htm>.

⁴ Così la definisce M. La Torre in "Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico", in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, p. 1.

⁵ N. Bobbio, "Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto", in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, p. 135.



Apparso originariamente in due fascicoli degli “Annali delle università toscane” del 1917-18 e successivamente pubblicato in volume nel 1918, *L’ordinamento giuridico* di Santi Romano può essere considerato uno dei più lucidi contributi novecenteschi dedicati alla crisi dello Stato.

Com’è noto, nella sua opera Santi Romano conduce una serrata critica della definizione del diritto come norma o regola di condotta⁶. Agli occhi di Romano simile approccio, che anche in Italia si stava largamente diffondendo, era se non del tutto inesatto sicuramente insufficiente. Le dottrine prevalenti in Italia ai primi del Novecento condividevano un’impostazione in cui al diritto erano riconosciuti due caratteri formali: l’obiettività e la sanzione giuridica. In base al primo, il diritto era visto come un insieme di norme separate dalla coscienza del produttore e del destinatario, dotate quindi di “vita propria”. In quanto incarnazione astratta dell’*io* sociale, il diritto era dunque visto come “il regno dell’obiettività”. Per quanto riguardava il secondo aspetto, invece, il diritto veniva ridotto a una somma di precetti sanzionati, in sostanziale conformità con la tradizionale concezione coercitiva del diritto.

Romano contesta decisamente entrambi i punti. Sul piano della presunta obiettività del diritto, egli nota come il “processo di obbiettivazione” da cui origina il fenomeno giuridico non è attivato dall’emanazione di una norma, ma da qualcosa di anteriore. A godere di un grado di “obiettività” non è la regola di condotta in sé, ma è il contesto giuridico in cui questa si innesta. Le norme altro non sono che una manifestazione di questo contesto, il “mezzo con cui si fa valere il potere di quell’*io* sociale”⁷ di cui parlavano le dottrine giuridiche prevalenti. Per quanto riguarda invece la sanzione, Romano sostiene che questa possa rimanere formalmente inespressa, in quanto “forza operante” anche in modo indiretto, “garanzia pratica” che non ha bisogno di far sorgere alcun diritto soggettivo di coazione. Secondo Santi Romano, in una concezione che veda il diritto come norma la sanzione può dunque essere coerentemente esclusa. Se davvero si vuol considerare rilevanti i due caratteri della sanzione e dell’obiettività del diritto, occorre riferirsi a un momento che precede le norme. Ambedue i concetti “eccedono” quello di norma, cui non sono riducibili.

È in questa prospettiva che entra in scena il concetto chiave della dottrina romaniana, quello di “ordinamento giuridico”. L’inesattezza di qualsiasi definizione del diritto come norma è, secondo Romano, riscontrabile non appena si consideri l’ordinamento complessivo di un ente. Per Santi Romano, intendere il diritto come complesso di norme è soltanto un espediente. Per comprendere che cosa davvero sia un ordinamento giuridico occorre coglierne la “nota caratteristica”, la “natura di questo insieme o di questo tutto”, il *quid* che permette di riconoscerlo nella propria unità. Perché l’ordinamento non può essere la mera somma delle parti che lo compongono, ma è una unità. Unità che per Romano non è artificiale ma è invece spontanea, effettiva, “concreta”. L’ordinamento giuridico di uno Stato non è dunque la somma delle norme prodotte dall’organo legislativo competente, rappresentata dalle raccolte ufficiali delle leggi e degli altri atti normativi. L’ordinamento in senso romaniano è qualcosa “di ben più vivo ed animato”. Esso è

la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono,

⁶ Al fine di evitare fraintendimenti, ricordo che Romano usa indistintamente le due espressioni.

⁷ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, Sansoni, 1945, p. 19.



modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse⁸.

L'ordinamento giuridico è, certo, anche un'entità che si muove secondo le norme, ma soprattutto esso è qualcosa che "muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime"⁹. Le norme sono dunque l'oggetto e il mezzo della sua attività, e non un elemento della sua struttura.

Esclusa la correttezza di una definizione del diritto come norma, Romano individua alcuni elementi essenziali del diritto. Il primo di questi elementi è la riconducibilità, in un duplice senso, del concetto di diritto al concetto di "società", dove con tale espressione Romano intende "un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono"¹⁰. Innanzi tutto, non vi è società dove non vi sia diritto: *ubi societas, ibi ius*. Ma è altrettanto vero che non si ha diritto senza società: *ubi ius, ibi societas*. In secondo luogo, il concetto di diritto deve contenere l'idea di "ordine sociale". Romano esclude così che possa far rientrare nel fenomeno giuridico ogni elemento riconducibile al puro arbitrio o alla "forza materiale", in altre parole non ordinata. Infine, il diritto è tale se, prima di essere norma, è "organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità"¹¹.

Romano arriva in tal modo a introdurre il concetto di "istituzione" quale concetto sufficiente e necessario a esprimere quello di diritto: "ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta"¹². Il diritto dunque è sia la somma di precetti, disposizioni, la cui giuridicità può essere definita solo in riferimento all'ordinamento giuridico, sia l'istituzione, l'ordinamento inteso nella sua unità e complessità.

Anche grazie a questo concetto Santi Romano, com'è noto, formula nella seconda parte del suo testo la cosiddetta teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Pur essendo questa dottrina di assoluto rilievo, tanto da essere considerata da molti la parte più interessante del pensiero romaniano, una sua trattazione esula dal contesto di questo saggio. Osservo qui soltanto che la teoria dell'istituzione e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, pur profondamente connesse in Romano, non sono necessariamente correlate, e che mentre la prima è contrapposta al normativismo, la seconda può essere considerata una risposta alle teorie monistiche o statualistiche.

Come ha rilevato Norberto Bobbio¹³, Carl Schmitt fu tra i primi a cogliere l'importanza della teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano. La ricostruzione teorica dell'istituzionalismo "illegittimo" di Carl Schmitt presenta però alcune difficoltà: la sua teoria della *konkrete Ordnung* fu indubbiamente esposta in maniera assai meno precisa e sistematica rispetto a quella formulata da Romano; inoltre, come ho già accennato, Schmitt approdò a un orientamento "istituzionalistico" soltanto in funzione di un superamento della prospettiva decisionistica da lui elaborata negli anni Venti. Per queste ragioni mi pare necessario svolgere alcuni cenni preliminari.

⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 15.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ivi*, p. 26.

¹¹ *Ivi*, p. 27.

¹² *Ivi*, p. 27.

¹³ N. Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977.



Nel marzo del 1922 Schmitt aveva pubblicato la prima edizione di *Politische Theologie*¹⁴, che può essere considerata il manifesto del decisionismo schmittiano. Due erano i modelli teorici antitetici che Schmitt poneva a confronto: il decisionismo e il normativismo.¹⁵ Schmitt considerava il normativismo, in particolare nella versione kelseniana, come una forma di “positivismo degenerato”. La durissima requisitoria schmittiana assumeva in alcuni tratti la connotazione di un personale regolamento di conti con Kelsen piuttosto che quella di una critica scientifica. In *Politische Theologie* Schmitt contestava la distinzione kantiana tra *Sein* e *Sollen*, che in Kelsen si manifestava come sovrapposizione dei concetti di normalità e norma. La “grande dicotomia modale”¹⁶ proposta da Schmitt era un’altra: quella tra “normalità” ed “eccezione”. Di fronte a questa, la coppia *Sein/Sollen* cessava di apparire omogenea¹⁷: mentre la dimensione dell’essere comprendeva tanto il caso normale quanto quello eccezionale, il dover essere era ridotto a “*modus* di rango secondario della normalità”¹⁸. Schmitt sostituiva così il *Sollen* kelseniano con il *Wollen*, il principio esistenziale della volontà:

La volontà è esistenzialmente presente, il suo potere o autorità riposa sul suo essere. Una *norma* può valere perché giusta: allora la coerenza sistematica conduce al diritto naturale e non alla costituzione positiva; oppure una norma vale perché è stabilita positivamente, cioè in forma di una volontà esistente¹⁹.

Per Schmitt *tertium non datur*: o si immagina l’ordinamento come espressione di una decisione (*voluntas/auctoritas*), oppure occorre recuperare il paradigma giusnaturalistico in cui la norma è indipendente dalla volontà che la pone (*ratio/veritas*). Kelsen invece non aveva scelto nessuna di queste due strade, basando la propria teoria sul concetto di norma fondamentale. Ma la finzione della *Grundnorm* kelseniana risultava, a parere di Schmitt, del tutto inadatta sia a risolvere il problema dell’individuazione della fonte dell’ordinamento, sia a fondare un ordinamento giuridico che pretendeva di essere positivo.

L’accusa di Schmitt era chiara: la costruzione teorica di Kelsen, paradossalmente, non era altro che un nuovo modello giusnaturalistico incapace di riconoscersi come tale. Soltanto il razionalismo del diritto naturale avrebbe potuto dare coerenza a un impianto normativista, postulando la validità di norme giuste e razionali pur al di fuori dello Stato. Ma se si scartava l’ipotesi giusnaturalista, l’unità dell’ordinamento poteva essere cercata solo nello Stato.

La *reine Rechtslehre* rimuoveva la decisione ultima, il conflitto, l’eccezione. Ma soprattutto si sbarazzava della sovranità. A un simile quadro teorico Schmitt rispondeva in *Politische Theologie* con l’esaltazione dell’eccezione, della decisione e della sovranità, che egli aveva riunito in uno dei più celebri *incipit* della letteratura giuridica:

¹⁴ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, trad. it. “Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità”, in *Le categorie del politico*, a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 29-86.

¹⁵ Ma saranno tre nella seconda edizione dell’opera, come verrà chiarito più avanti.

¹⁶ P. P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982, pp. 57-58.

¹⁷ Ivi, p. 58.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 9.



“Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”²⁰. Una tale definizione comportava la conseguenza di considerare che è l’eccezione, non la normalità, a produrre la norma:

L’eccezione è più interessante del caso normale. Quest’ultimo non prova nulla, l’eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell’eccezione²¹.

Si può dunque concludere che la prima edizione della *Politische Theologie* vedeva contrapposti due tipi di scientificità giuridica — decisionismo e normativismo — definiti in base alla maggiore o minore “consapevolezza scientifica della peculiarità normativa della decisione giuridica”²².

Nel 1933, nella premessa alla seconda edizione di *Politische Theologie*, Schmitt imprime però una netta svolta a questo orientamento:

Oggi distinguerei non più fra due, ma fra tre tipi di pensiero giuridico: cioè, oltre al tipo normativistico e a quello decisionistico, anche quello istituzionale. Questa consapevolezza è il frutto dello sviluppo della mia teoria delle “garanzie istituzionali” e dell’approfondimento dell’importante teoria dell’istituzione di Maurice Hauriou.²³

Ciò che nel 1933 è un accenno minimo ma significativo, l’anno seguente diventa oggetto specifico di un saggio: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*²⁴. Nella ricostruzione schmittiana a ognuno di questi tre modelli — normativismo, decisionismo, istituzionalismo — è legata una diversa concezione del diritto, che può dunque essere inteso ora come norma, ora come decisione, ora, infine, come ordinamento.

Rispetto alla premessa alla seconda edizione di *Politische Theologie*, in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* al nome di Hauriou Schmitt affianca quello di Santi Romano²⁵. Di quest’ultimo Schmitt cita il passo che abbiamo già avuto modo di ricordare:

L’ordinamento giuridico è un’entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l’oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura.

La citazione viene così glossata da Schmitt: “Giustamente, Santi Romano osserva che un mutamento della norma è più conseguenza che non causa di un mutamento dell’ordinamento”²⁶. Il percorso teorico di Romano parte dall’ordinamento, e all’interno di questo spiega il diritto anche come norma, ma soprattutto come organizzazione. L’elemento della teoria romaniana che fece breccia in Schmitt fu sicuramente il concetto di ordinamento, di cui egli dovette avvertire immediatamente il potenziale antinormativista. La comune avversione nei confronti dello schema teorico kelseniano si

²⁰ C. Schmitt, *Politische Theologie*. cit, trad. it. p. 33.

²¹ Ivi p. 41.

²² Ivi, p. 57.

²³ Ivi, p. 30.

²⁴ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, trad. it. parz. “I tre tipi di pensiero giuridico”, in *Le categorie del politico*, cit., pp. 247-275.

²⁵ I due autori verranno ricordati da Schmitt come “maestri e predecessori” in una delle sue ultime interviste, resa a Fulco Lanchester: cfr. “Un giurista davanti a se stesso”, in *Quaderni costituzionali*, III, 1 (1983), p. 19.

²⁶ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. cit., p. 260.



manifesta, in Romano come nello Schmitt di *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, nell'affermazione che il diritto non è norma ma è ordinamento: ordinamento giuridico, per Romano; *konkrete Ordnung*, per Schmitt.

Se il pensiero normativistico pretende di essere impersonale e il decisionismo non può che essere personale, la teoria dell'ordinamento concreto è sovraperonale. Il diritto per Schmitt può essere sia norma, sia decisione, sia ordinamento concreto. Ma in una determinata fase storica, uno dei tre elementi è destinato a prevalere sugli altri. È grazie alla lezione romaniana che Schmitt supera l'originaria concezione decisionista. Ed è attraverso il concetto di ordinamento che Schmitt può interpretare esperienze giuridiche che sfuggivano all'ottica decisionistica, come ad esempio il pluralismo medievale²⁷. La genesi della teoria decisionistica era stata infatti ispirata dalla riflessione sull'esperienza giuridica europea del Seicento e sul pensiero di Thomas Hobbes in particolare. Fu quella l'epoca del superamento delle "concezioni antiche e cristiane riguardo all'ordine del mondo"²⁸, in cui l'ordine era presupposto della decisione. Per lo Schmitt degli anni Venti, infatti, la decisione era ben altro che l'espressione di un ordine presupposto, essendo invece questa l'atto che tramuta in legge e ordine ciò che prima è puro disordine, caos, in altre parole quello stato di natura hobbesiano che nella descrizione di Schmitt è

uno stato di assenza di pace, [...] disordine e insicurezza profondissima e disperata, è una guerra di tutti contro tutti, senza regola e senz'ordine, è il *bellum omnium contra omnes* dell'*homo homini lupus*²⁹.

Prima della svolta istituzionalistica per Schmitt non vi era nessun ordine preesistente, ma vi era l'insicurezza anarchica di uno stato di natura pre- e sub-statale: tutto era retto dalla decisione del sovrano, dittatura statale creatrice di leggi e di ordinamento.

Schmitt non rinnega la teoria decisionista. Ma, con la stessa forza con cui ne rivendica la validità, ne sottolinea la contingenza. Il decisionismo è legato indissolubilmente al concetto di Stato. Con la crisi del dogma statale un approccio meramente decisionista, se pure vede esaltato il proprio ruolo in funzione di un'analisi del passato, non è più capace di imporsi come lettura del presente. La crisi dello Stato è crisi di concetti. Essa rende inservibile l'apparato teorico faticosamente costruito "da Hobbes a Hegel". Nella premessa a *Der Begriff des Politischen*³⁰ Schmitt ripeterà che "vi fu realmente un tempo in cui era corretto identificare i concetti di 'statale' e di 'politico'³¹ ma quel tempo è finito:

La porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca i cui concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statalità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa vien meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto dello Stato e internazionale eurocentrica, nel corso di un lavoro concettuale durato quattro secoli³².

²⁷ Ivi, p. 252.

²⁸ Ivi, p. 261.

²⁹ Ivi, p. 264.

³⁰ C. Schmitt, "Der Begriff des Politischen", in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LVIII (1927), n. 1, pp. 1-39, trad. it. "Il concetto di politico", in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., pp. 101-166.

³¹ Ivi, p. 90.

³² *Ibid.*



Il problema di Schmitt era quello di comprendere se la teoria dell'ordinamento concreto, così come offriva una valida chiave di lettura di "ciò che era prima dello Stato", poteva riproporsi negli stessi termini come interpretazione di "ciò che verrà dopo lo Stato". La reazione di Schmitt di fronte ai limiti del decisionismo non consiste nel rimuoverlo. Inadeguato a rispondere alle esigenze del nuovo contesto storico, questo non viene cancellato ma superato, rielaborato attraverso la mediazione della teoria della *konkrete Ordnung*.

Come ha notato Giuseppe Zaccaria,

Il "pensiero fondato sull'ordinamento concreto", superando in senso oggettivistico ed anti-individuale il soggettivismo decisionistico, tende a vedere nell'ordinamento giuridico l'espressione di un'unità e di un ordine etico-giuridico della struttura sociale, di una *Gemeinschaft* più che di una *Gesellschaft*, sulla quale già si è stesa l'impronta disciplinatrice e "pacificatrice" della decisione³³.

La decisione, certo, *ex nihilo oritur*, ma pur sempre esplica la propria forza in un sistema già strutturato in ordinamenti. In un'epoca di profondi sconvolgimenti Schmitt recupera l'elemento dell'istituzione per dare stabilità al sistema:

il concreto ordinamento interno, la disciplina e il rigore di ogni istituzione si oppone, finché l'istituzione stessa perdura, ad ogni tentativo di normazione e regolamentazione integrale³⁴.

Ogni ordinamento è legato a concreti concetti di "normalità" che derivano non da norme generali ma dall'ordinamento stesso, in sua funzione e per garantirne la sussistenza³⁵. Il diritto non è somma di norme ma — per usare l'espressione di Romano — "organizzazione complessa delle innumerevoli istanze e connessioni dell'autorità o del potere statale che producono, modificano, attuano e garantiscono le norme giuridiche pur non identificandosi con esse".

La *konkrete Ordnung* offre così una forte resistenza ai mutamenti radicali che ne mettono in pericolo l'esistenza. Come ha osservato George Schwab, il concetto di giustizia istituzionale così affermato sarebbe stato capace, secondo Schmitt, di "reggere ai più grandi sconvolgimenti, perché le consuetudini degli ordini non possono essere rovesciate con la stessa facilità di un sistema politico"³⁶. In tal modo Schmitt riesce a recuperare l'elemento della tradizione sulla scia di un interesse che lo porterà a occuparsi di autori quali de Maistre, Bonald e, soprattutto, Donoso Cortés³⁷.

La combinazione di decisionismo e istituzionalismo nel percorso teorico schmittiano avrebbe successivamente avuto due esiti teorici fondamentali: la formulazione della *Großraumtheorie* in risposta alla crisi della sovranità statale, e la riflessione sulla fine dello *jus publicum europaeum* e il conseguente approdo alla teoria del *Nomos*.

Svolti questi rapidi e generalissimi cenni, credo sia possibile tentare di individuare i punti di contatto e le divergenze tra le versioni "istituzionalistiche" di Romano e di Schmitt.

³³ G. Zaccaria, "La critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt", in G. Duso (a cura di), *La politica oltre il diritto: Carl Schmitt*, Venezia, Arsenale Cooperativa Editrice, 1981, p. 144.

³⁴ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. cit., p. 258.

³⁵ Ivi, p. 259.

³⁶ G. Schwab, *The Challenge of the Exception*, Berlin 1970, trad. it. *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 180.

³⁷ Sul tema rinvio a C. Schmitt, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*, Greven Verlag, Köln 1950, trad. it., *Donoso Cortés, interpretato in una prospettiva paneuropea*, Adelphi, Milano 1996.



In primo luogo, ritengo importante ricordare che tanto Romano quanto Schmitt amavano definirsi “giuristi”. Ma non ci si inganni: a ciò che i due autori indicavano con lo stesso termine — “giurista”, *Jurist* — non corrisponde il medesimo concetto.

“Mi sento al cento per cento giurista e niente altro. E non voglio essere altro. Io sono giurista e lo rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta”³⁸. Un “giurista”: così Schmitt ha ostinatamente risposto a chi ha cercato di definirlo in qualsiasi altro modo, ribadendo un’intima scelta esistenziale. Nonostante la precisa indicazione — posizione non più suscettibile di ripensamenti perché espressa da uno Schmitt ormai prossimo al secolo di vita — molti sono stati e sono ancor oggi gli argomenti di chi non riconosce a Schmitt lo *status* di giurista. Tra questi almeno uno potrebbe sembrare incontestabile. Bisogna infatti ammettere che le teorie di Schmitt hanno toccato e spesso sconvolto temi che fuoriescono dal campo d’azione tipico del giurista, e quindi dall’ambito “normale” del diritto. Se si può riconoscere l’oggettività di questo dato, non per questo è necessario dividerne la conclusione che molti ne traggono, ovvero che Schmitt sia stato “altro” da un giurista. Il problema sta nel comprendere che quello che tanto spesso viene percepito come l’ambito normale del diritto è per lo più frutto dell’imporsi — più o meno cosciente, più o meno profondo che sia — del paradigma normativista. Ecco dunque spiegato il problema: per Schmitt il campo di azione del diritto era diverso da quello che la dottrina pura del diritto indicava. Anzi, si potrebbe dire che proprio la “impurità” del diritto è per Schmitt il vero oggetto della scienza giuridica. La scienza giuridica è scienza impura perché umana, calata nel reale, concreta. L’ordinamento giuridico è *konkrete Ordnung*.

Una definizione di “giurista” come quella che abbiamo cercato di tratteggiare in riferimento a Carl Schmitt è quanto di più lontano si possa immaginare dalla concezione di Santi Romano. Per usare le espressioni del giurista siciliano, Schmitt chiama giurista quello che per Romano è un “falso giurista” o, al più, un “giurista coltivato”. Romano non accetta infatti che la scienza giuridica sia contaminata da elementi meta-giuridici. Il diritto è altro dalla filosofia e dalla politica. Il diritto vuole una scienza a sé, che pur rispettando le altre discipline non tolleri attentati al proprio statuto epistemologico. Ma si badi bene: come non vi rientra Schmitt, nella concezione romaniana di giurista non c’è posto neanche per chi propugna, come Kelsen, una sedicente dottrina pura del diritto. Il diritto è qualcosa di vivo, calato nel reale, e chi lo voglia intendere come sistema di norme astratto, cristallo che non muta mai forma, senza coglierne la complessità, non rende alcun contributo alla scienza giuridica. Come ha notato Alfonso Catania³⁹, Romano incarnava una figura di giurista che non poteva ammettere accanto a sé altri tipi.

Data la distanza di vedute su temi tanto importanti, ci si chiede quale possa essere stato dunque il terreno comune su cui i due giuristi possono essersi incontrati. La prima risposta è a mio avviso da rinvenirsi nella “scelta del diritto pubblico” che accomuna i due autori. Ambedue cercano infatti di elaborare un concetto di diritto che possa garantire al diritto pubblico quell’autonomia che si è sempre visto negata dal continuo imporsi nel proprio campo di termini, concetti, strumenti di genesi specificamente privatistica. Si noti l’affinità tra i due passi, il primo di Romano, l’altro di Schmitt:

[...] il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico. [...]. [Il diritto privato] è, senza dubbio, una semplice

³⁸ Cfr. la già citata intervista di Fulco Lanchester a Carl Schmitt, pubblicata col titolo “Un giurista davanti a se stesso”, in *Quaderni costituzionali*, III (1983), 1, pp. 5-34.

³⁹ Mi riferisco al discorso pronunciato da Alfonso Catania il 2 ottobre 2003 in occasione di un convegno organizzato dall’Università di Salerno e dedicato al tema della effettività.



JURA GENTIUM



specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto a volte silenziosamente, dominato⁴⁰.

Altro problema sarebbe stabilire se si può far risalire ad un determinato tipo di pensiero o di un uomo il pensiero giuridico scientifico nel suo complesso o quello proprio di campi e discipline particolari; se ad esempio, come io presumo, il pensiero giuridico genuino si realizza concettualmente solo nel diritto pubblico, mentre un nominalismo conseguente compromette o distrugge la buona giurisprudenza e può avere un certo spazio al più nel diritto commerciale⁴¹.

Santi Romano, pur dando atto ai pubblicisti suoi contemporanei di aver finalmente dato inizio al “faticoso ma importantissimo procedimento di integrazione e correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici”⁴², invoca l’ulteriore esigenza di una rielaborazione della stessa definizione del diritto, che “il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato”⁴³. In particolare, Romano contesta la ricostruzione privatistica del concetto di istituzione in termini di persona giuridica. Perentoriamente, egli afferma che “la teoria del diritto come istituzione non poteva nascere se non con lo sviluppo della dottrina del diritto pubblico che avvenne alla fine del XIX secolo”⁴⁴.

Schmitt, dal canto suo, riprendendo Hegel, afferma il primato del diritto pubblico sul diritto privato⁴⁵ attraverso la critica del contrattualismo e pertanto dell’idea che alla base dello Stato vi sia un istituto di diritto privato quale il patto sociale.

Il comune tentativo di liberare la giuspubblicistica dal suo giogo rivela però anche un’ulteriore differenza tra i due giuristi. Mentre quello di Schmitt è un antinormativismo intransigente, non così è quello di Romano che, se considera del tutto inadeguata sul versante pubblicistico la definizione del diritto come norma, mostra delle riserve a ripetersi negli stessi termini sul versante privatistico, riconoscendo a tale indirizzo di non essere, “almeno in un certo senso e per certi fini, inesatto”⁴⁶. Anzi, che il diritto si presenti anche come norma, e che anche sotto tale aspetto esso debba essere valutato, è per Romano incontestabile⁴⁷.

Il formalismo normativistico viene invece rifiutato da Schmitt per la coincidenza che pone tra i concetti di Stato e di ordinamento giuridico, per il rifiuto della concezione del diritto personale al comando, in definitiva per la rimozione dello stesso problema della sovranità⁴⁸. Ma respingere il formalismo è ben altra cosa dal rifiutare l’idea di una teoria formale del diritto:

Dal punto di vista del decisionismo non è la concezione del diritto come forma ad essere messa in questione, quanto piuttosto lo specifico formalismo della dottrina *pura* del diritto, che prescinde da ogni considerazione metagiuridica, vale a dire ideologica,

⁴⁰ Ivi, p. 8-9.

⁴¹ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. cit., p. 248.

⁴² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 7.

⁴³ Ivi, p. 8.

⁴⁴ Cfr. N. Bobbio, “Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto”, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 134.

⁴⁵ “Il pensiero giuridico genuino si realizza concettualmente solo nel diritto pubblico”. Così Schmitt in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. cit., p. 248.

⁴⁶ Ivi, p. 5.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Il che non basta: Schmitt rigettava le stesse basi neokantiane da cui partiva Kelsen.



economica, politica o d'altro genere, e fa anzi di questa purezza da elementi estranei il suo principio metodologico fondamentale⁴⁹.

Tanto Romano quanto Schmitt possono essere letti, in una accezione specifica e non banale dell'espressione, come "formalisti". In Romano alla contrapposizione tra normativismo e istituzionalismo non corrisponde infatti in alcun modo la contrapposizione tra formalismo e realismo giuridico. Egli può essere definito formalista perché considera il diritto la forma dei rapporti sociali. Il diritto, egli dice, non è che forma. Il suo contenuto non cambia il concetto: "non c'è nessun elemento, nessuna forza, nessuna norma sociale che si ponga necessariamente e assolutamente antitetica al diritto, o anche solo distinta da esso". Contrario al diritto è solo ciò che non può che essere anti-sociale: l'individualità. Né Romano né Schmitt sono però "formalisti" ove questo termine rinvii a un'accezione per la quale un atto è giusto soltanto se conforme alla legge. Ma più che di formalismo giuridico in tal caso bisognerebbe parlare di formalismo etico. Qualora invece per formalismo giuridico si intenda una concezione per cui il "diritto è forma", istituzionalismo e normativismo possono condividere almeno questa categoria.

Allo stesso modo, anche la teoria di Schmitt può avere un'interpretazione formalista, nel senso che non viene messa in discussione la concezione del diritto come forma, quanto la formalizzazione della scienza giuridica e la relativa eliminazione da questa di qualsiasi elemento meta-giuridico che la dottrina pura del diritto kelseniana propugnava. Come ho già ricordato, la critica del formalismo positivisticò nella sua versione normativistica aveva portato Schmitt alla formulazione della teoria nota come "decisionismo". Come mostra il saggio del 1921 sulla dittatura, Schmitt era partito dall'analisi di due distinte teorie giusnaturalistiche. L'una, in cui il diritto naturale è *Gerechtigkeitsnaturrecht*, rappresentata da Grozio, postula l'esistenza del diritto prima e al di fuori dello Stato. L'altra, per la quale il diritto naturale è *wissenschaftliches Naturrecht*, rappresentata da Hobbes, postula l'inesistenza di qualsiasi forma di diritto o di giustizia al di fuori dello Stato. L'originalità della lettura schmittiana è nell'affermare che ambedue queste concezioni sono forme di decisionismo, con la differenza che mentre la prima si sofferma sul contenuto della decisione, la seconda concentra il proprio interesse sul fatto stesso della decisione⁵⁰. Il modello prediletto da Schmitt è quest'ultimo, hobbesiano⁵¹, in cui non solo il contenuto ma anche le modalità di formazione della decisione sono irrilevanti. Il decisionismo puro presuppone il caos, il disordine. Solo la decisione può trasformare il disordine in ordine. Ma non basta. In quest'ottica anche il positivismo può essere ridotto a decisionismo, dal momento che si sottomette

alla *decisione* del legislatore che si trova in possesso del potere statale, poiché solo quest'ultimo può assicurare la reale coercibilità della norma; ma il positivista pretende nello stesso tempo che questa decisione continui a valere stabilmente e ininterrottamente come *norma*, cioè che anche lo stesso legislatore statale si assoggetti alla legge da lui posta in essere⁵².

⁴⁹ P. P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 65.

⁵⁰ C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928, trad. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, Laterza, 1975, p. 33.

⁵¹ Si intende: hobbesiano secondo il punto di vista di Schmitt. In realtà tale lettura del pensiero di Hobbes, è parsa a molti studiosi quanto meno forzata.

⁵² C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, trad. it. cit., p. 269.



L'errore del positivismo, secondo Schmitt, è in questo suo rifugiarsi nella norma, limitando in tal modo il campo di azione della decisione. Viene occultata la natura di "decisione" della norma, cui vengono fatte indossare le vesti del "giudizio". Le conseguenze di una simile 'degenerazione' sono, come ha notato Pier Paolo Portinaro, clamorose:

Nel corso del XIX secolo la crisi del diritto naturale e la fioritura del positivismo sono caratterizzate da un processo di progressiva limitazione e restrizione della sfera di autonomia decisionale del potere delle istanze sovrane. L'affermazione del principio di legalità e dello Stato di diritto porta con sé la progressiva trasposizione di accento dalla volontà del legislatore a quella della legge ed infine alla legge stessa nella sua formulazione di norma astratta. Il punto di arrivo di questo sviluppo è un normativismo puro⁵³.

Ma se possiamo così comprendere in che cosa consistesse l'antipositivismo schmittiano, dobbiamo anche ricordare che Romano non può essere certo definito un antipositivista. A suo parere, infatti, il giurista deve comunque partire dal dato del diritto positivo⁵⁴. Soltanto così si può comprendere la critica che questi rivolge a chi, come Benedetto Croce, non distingue o confonde il concetto di istituto giuridico con quello di istituzione nel senso di corpo sociale, dando appunto al termine "istituto" una connotazione latissima, tanto da ricomprendervi i più disparati atteggiamenti pratici degli individui che al giurista non interessano⁵⁵. Romano rifugge dagli atteggiamenti eclettici e contrassegnati da forti elementi metagiuridici, quale era quello di Schmitt, e propende invece per un pensiero depurato da tali componenti e perciò — almeno nelle intenzioni dell'autore — squisitamente giuridico.

Nonostante la diversità di atteggiamenti nei confronti del positivismo, Romano e Schmitt potevano però trovarsi d'accordo su un punto essenziale: la non coincidenza del diritto con lo Stato. Nel 1914, in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Schmitt così si esprimeva:

[Ogni Stato] è tributario della sua dignità ad una legalità che non è da esso originata, ma dalla quale al contrario deriva la sua autorità. Ciò vuol dire che una tale legalità può essere rinvenuta soltanto nel diritto, che il diritto non deve essere definito a partire dallo Stato ma lo Stato a partire dal diritto, che lo Stato non è il creatore del diritto ma il diritto creatore dello Stato: il diritto precede lo Stato⁵⁶.

Schmitt insiste quindi sulla tradizionale contrapposizione tra Stato e diritto, quando invece Kelsen la supera formulando l'ipotesi di una coincidenza tra i due elementi. Pur se calata in una riflessione sulla civiltà giuridica medievale, ci pare utile ricordare un passo di Paolo Grossi sull'ipotesi teorica di Santi Romano :

Il diritto, in quanto "organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità", veniva, nella sua essenza, scardinato dal potere politico e dalla sua proiezione storica più ingombrante, lo Stato; il diritto poteva, in questa immagine, fare a meno del potere e dello Stato; risaltava l'ipotesi suggestiva di

⁵³ P. P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 52.

⁵⁴ Non coincidendo, come già detto, il dato positivo con la mera norma.

⁵⁵ Si veda in proposito *L'ordinamento giuridico*, cit., nota 30, pp. 36-37.

⁵⁶ C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, Mohr, 1914, p. 49.



un diritto senza lo Stato, essendo quest'ultimo null'altro che uno dei mille ordinamenti manifestatisi nel corso della storia umana⁵⁷.

La differenza rispetto a Romano, certo, appare in un certo senso ancor più marcata: il diritto di Schmitt era tutt'altro che "scardinato dal potere politico"⁵⁸. Ma, ed è questo che qui interessa, l'argomento romaniano dell'ordinamento giuridico forniva a Schmitt uno strumento di interpretazione e di proposta teorica in una fase storica in cui lo Stato sembrava ormai avviarsi a concludere il proprio tempo. Quali fossero i segni di una simile crisi nella lettura schmittiana sono stati ben sintetizzati da Pietro Costa:

La 'vecchia' mediazione, il nesso ottocentesco fra soggetto e Stato, fra diritti e ordine è ormai irrecuperabile in un contesto di cui Schmitt elenca lucidamente le sensazionali novità: la *Massendemokratie*, il predominio dei partiti 'totali' e dei gruppi di interessi, la crescente indistinzione fra Stato e società⁵⁹.

Schmitt sottolinea l'assoluta novità del pensiero romaniano proprio nella sua formulazione in coincidenza della epocale crisi della statualità che egli, come Romano⁶⁰, percepisce. Se in riferimento al "tempo dello Stato" Schmitt non cancella le valutazioni espresse dieci anni prima in *Politische Theologie*, a livello di teoria generale introduce il concetto di "ordinamento concreto". Ora che lo Stato moderno pare affrontare una crisi senza uscite "l'ipotesi suggestiva di un diritto senza Stato" offre a Schmitt l'occasione di ripensare il modello decisionista precedentemente proposto.

Lo Stato per Schmitt è una realtà "finita". In una lettera a Norberto Bobbio questa convinzione verrà così incisivamente descritta:

Sento sempre più che il termine 'Stato' è un termine apparentato ad un periodo storico; vale solo da Hobbes a Hegel. Tutto il resto non è più 'Stato'. Ritengo che si induca la gente in errore parlando dello Stato medievale o dello Stato di Gengis Khan⁶¹.

Ecco dunque che la concezione dell'ordinamento giuridico di Santi Romano consente a Schmitt di interpretare "ciò che era prima dello Stato" in termini di ordinamento concreto. Né l'ipotesi normativistica né quella decisionistica possono essere applicabili, ad esempio, al pensiero medievale germanico, in quanto questo "era decisamente un pensiero concretamente orientato all'ordine"⁶². La crisi dello Stato moderno, come osserva Santi Romano, coincide con il risorgere di tendenze corporative che rispondono al bisogno di una salda e più organica compagine sociale: "l'odierna organizzazione statale, pel fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente"⁶³.

⁵⁷ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 30.

⁵⁸ Anche se bisognerebbe ben capire cosa i due autori intendessero per "politico". Ma tale indagine risulta impossibile in questa sede.

⁵⁹ P. Costa, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa*, cit., vol. IV, p. 77.

⁶⁰ Sul punto si rinvia a S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969. Occorre peraltro sottolineare come Santi Romano sia più fiducioso di Schmitt, riponendo egli non poca speranza nella ripresa dello Stato grazie al movimento corporativo.

⁶¹ La lettera in questione, datata 3 luglio 1949, è citata da Piet Tommissen nella sua introduzione all'edizione italiana di *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*: C. Schmitt, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, Settimo sigillo, Roma 1996, p. 6.

⁶² C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, cit., trad. it. p. 249. Sull'applicazione dell'idea romaniana al pensiero giuridico medievale, si rinvia al già citato testo di Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*.

⁶³ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, cit., p. 12 ss.



La conclusione che possiamo dunque trarre è che l'anti-normativismo dei due giuristi non si tramuta mai in anti-statalismo. Tutt'altro: pur con accenti diversi, sia in Schmitt sia in Romano l'analisi della fine dell'epoca della statualità è guardata con preoccupazione. Con la fine dello Stato cadeva quello che era stato in Europa per tre secoli il fondamento e la garanzia dell'ordine. Il problema che entrambi avevano di fronte era quello di trovare una nuova base su cui ricostruire l'ordine.

Tanto per Romano quanto per Schmitt il concetto di istituzione si prestava perfettamente alla difficile opera di tessitura di un nuovo ordine. Di fronte al crollo del giusnaturalismo e alla vulnerabilità del positivismo, anche nelle sue versioni meno estreme, i due giuristi cercarono una terza via per la scienza giuridica. In un periodo di profonde trasformazioni, se questa nuova strada non fosse stata trovata, il pensiero giuridico avrebbe corso un pericolo gravissimo: venire messo da parte, scavalcato, se non addirittura rimosso, da una nuova disciplina. Normativismo, decisionismo e istituzionalismo non sono infatti altro che tentativi, seppur tanto diversi fra loro, di fronteggiare l'invasione di campo della sociologia. Per usare una efficace immagine di Pier Paolo Portinaro, questi tre tipi di pensiero giuridico furono "le strategie di difesa della cittadella dei giuristi assediata dai sociologi, quando ormai le armi giusnaturalistiche non servono più ed il formalismo positivistico ha sollevato i ponti e si è rinchiuso nella torre"⁶⁴.

Normativismo, decisionismo e istituzionalismo volevano in fondo la stessa cosa: definire un concetto giuridico — e non sociologico — di diritto. Ma se per raggiungere questo scopo il normativismo percorse la strada del *Sollen*, il decisionismo e l'istituzionalismo si ancorarono al *Sein*. Schmitt e Romano si occupano dell'essere, in altre parole della realtà sociale su cui si è già impresso il segno distintivo del diritto: una realtà mediata, pacificata, giuridicamente strutturata. Vale la pena riportare uno dei passi più celebri dell'opera romaniana:

L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante⁶⁵.

Si capisce così come per parlare di una teoria giuridica dell'istituzione occorre tenerla ben distinta dalle derive sociologiche che se ne potrebbero trarre. Su questo punto occorre peraltro ricordare che ispiratore di Romano e di Schmitt fu, come si è già accennato, Maurice Hauriou. Sulle tracce delle teorie antiformalistiche di Duguit e di Gierke, questi era giunto agli inizi del Novecento a formulare una dottrina di orientamento sociologico il cui centro era rappresentato dal concetto di "istituzione". Con tale termine egli indicava "l'organizzazione sociale oggettiva" in cui si possono rintracciare contemporaneamente i tre elementi della sovranità del potere, dell'organizzazione costituzionale e dell'autonomia giuridica. All'interno di ogni istituzione, organi dotati di un potere dominante "sono posti al servizio di fini che interessano il gruppo per mezzo di un'attività coordinata a quella dell'insieme del

⁶⁴ P. P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 46.

⁶⁵ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.



gruppo”.⁶⁶ La conseguenza di tale orientamento è di assoluto rilievo: “Non soltanto lo Stato quindi, ma tutte le istituzioni creano diritto, anzi lo incarnano per il fatto stesso della loro esistenza come tali”.⁶⁷ In questo senso la teoria di Hauriou non può essere intesa come una teoria giuridica. Egli ritiene infatti l’istituzione un’organizzazione sociale in un senso diverso da quello di Romano e Schmitt, riferendo tale concetto tanto a istituzioni corporative umane, quanto a cose inerti, come ad esempio a un fondo agricolo.

Il merito che i due giuristi attribuiscono a Hauriou è l’aver adottato un concetto di istituzione ampio e di averlo applicato al mondo giuridico. In particolare, Romano ritiene che grande merito del francese sia stato quello di liberare il concetto di istituzione da quello di persona giuridica. D’altro canto, il giurista siciliano critica Hauriou nel momento in cui questi riconosce lo status di istituzione soltanto alle organizzazioni sociali che avrebbero raggiunto “un certo grado di sviluppo e perfezione”. Secondo Hauriou, infatti, istituzioni possono essere solo gli enti organizzati in forma costituzionale e rappresentativa. Quasi a dire che le istituzioni “minori” sono forgiate a immagine e somiglianza della “grande istituzione”: lo Stato.

Hauriou non vuole definire il fenomeno giuridico. Ciò che gli interessa è mostrare che un ordinamento giuridico nasce da un fatto sociale e non da una volontà. Romano e Schmitt non hanno invece alcun interesse a scendere sul piano sociologico. Quando un giurista come Romano parla di diritto come istituzione, ciò non vuol dire che esso si risolva in qualsiasi raggruppamento sociale, ma in quel tipo di società in cui le attività dei membri sono ordinate attraverso una rete di norme che organizzano la società.

Le letture sociologiche di Romano e Schmitt, nonostante ciò, sono sempre risultate numerose.⁶⁸ Tuttavia, il contributo dei due autori alla teoria giuridica non può essere negato né sminuito, e meriterebbe invece indagarne le connessioni con i più recenti tentativi di superare la classica dicotomia tra giusnaturalismo e positivismo giuridico.

⁶⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris 1916, p. 111, citato in G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 210.

⁶⁷ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 210.

⁶⁸ Solo per fare un esempio autorevole in Italia, rinvio alla lettura sociologica di Santi Romano in R. Treves, “Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano”, in *Sociologia del diritto*, 1976, 1, p. 142 ss.