

## CARL SCHMITT E LA «WISSENSCHAFT DES RÖMISCHEN RECHTS». SAGGIO SU UN CANTORE DELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

**Luigi Garofalo**

*Catedrático de Derecho Romano de la Facultad de Jurisprudencia.  
Universidad de Padova*

### RESUMEN:

*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* s'intitola una delle conferenze che Carl Schmitt, acclamato Kronjurist del Terzo Reich almeno sino al 1936, tiene in varie città del vecchio continente fra il 1941 e il 1944. Pubblicata in ungherese nel 1944 e in tedesco solo nel 1950, essa, considerata come una delle più alte apologie della tradizione giuridica, costituisce un documento di straordinaria rilevanza per chi voglia accostarsi alla problematica figura dello studioso tedesco e in particolare al suo complesso e travagliato pensiero nel campo del diritto, rivelandosi nel contempo di sorprendente attualità. Protagonista ne è la scienza giuridica europea. Quella scienza che per secoli è stata capace di elaborare da sé il diritto, riuscendo a riportare nel suo alveo pure le statuizioni normative a carattere autoritativo provenienti dal suo esterno: e quindi, anzitutto, la scienza dei giureconsulti romani, trasmessa da Giustiniano; e poi anche la scienza dei giureconsulti che si sono avvicinati dall'età dei glossatori a Savigny, in misura variabile dipendente dalla prima. Grazie agli uni e agli altri, invero, a essere vigente in Europa è stato essenzialmente un diritto, qual è quello romano latamente inteso, individuato da un ceto di esperti secondo metodiche razionali, ma non prodotto, più o meno artificialmente, da questo: piuttosto, secondo un'acuta interpretazione della riflessione di Schmitt, da questo «pensato e con-saputo». Un diritto, per giunta, che, per il suo stesso modo di formarsi e affiorare, non porta con sé obiettivi predeterminati, tranne quello di essere ciò che è. Diversamente dal diritto visto in chiave positivista, quale risultato di un'incessante attività legislativa di monopolio statale volta a scopi specifici, che, a iniziare dal XIX secolo, tende ad azzerare quello delineato dalla scienza giuridica. Consapevole che un ritorno a Savigny e alla centralità delle fonti giuridiche dell'antichità non sarebbe comunque possibile, perché «una verità storica è vera solo 'una' volta», ciò che Schmitt caldeggia invece con forza è una profonda rimediazione sul ruolo che ancora la scienza del diritto è chiamata a esercitare: che è quello di tutelare l'unità e la coerenza del diritto stesso, di cui rappresenta «l'ultimo asilo», costantemente vulnerate dall'eccesso di produzione normativa.

**Palabras clave:** C. Schmitt – scienza giuridica europea – scienza del diritto romano – F.C. von Savigny – positivismo.

**ABSTRACT:**

Between the years 1941 and 1944 Carl Schmitt, celebrated Kronjurist in the Third Reich at least till 1936, lectured on *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* in several cities of the Old Continent. Such a seminar, issued in Hungarian in 1944 and in German just in 1950, is considered one of the strongest apologies of the legal tradition and, besides being astonishingly of great interest, it represents a very important document for whoever's interested in approaching the problematic figure of this scholar and above all, his complicated and troubled thought concerning law. The leading character of this work is the European legal science: this one was able for ages both to elaborate, on its own, the rules of law and to lead outer legal orders coming from an authority back to its core: and so did it, above all, as regards both Roman legal science (handed down by Justinian) and that legal science which, placed in dependence of the first one, beginning from Glossators' age, reached Savigny's. Thanks to both of them, indeed, Europe was ruled, essentially, by a law developed by a class made up of experts, on the ground of rational methods, and not by a law created, more or less artificially, by such a class. But, in a smart interpretation of Carl Schmitt's thought, law was «pensato e con-saputo» by those experts. Moreover, this law, given both its origins and its surfacing, pursues no aim, but to be what it is. And so it did differently from law which, deemed in a positivistic way (*i.e.* as an effect of a no-ending state-legislation turned to specific aims), has been inclined, since XIX century, to delete law regarded as result of legal science. Schmitt is aware that it is not possible to come back to Savigny and to the central role of ancient legal sources, since «the historical truth is true just once» and, consequently, he supports very warmly a new reflection about the main role the legal science is supposed to play: *i.e.* to protect unity and coherence of law, such as last shelter, qualities, these ones, hurt in a constant way by excessive legislation.

**Keywords:** C. Schmitt – European legal science – Roman legal science – F.C. von Savigny – positivism.

**Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Rechts». Saggio su un cantore della scienza giuridica europea \***

1. Prigioniero delle forze d'occupazione americane di stanza a Berlino dal 26 settembre 1945 al 10 ottobre 1946, Carl Schmitt è nuovamente arrestato il 19 marzo 1947, probabilmente su iniziativa di Robert W. Kempner, uno dei quattro rappresentanti di Telford Taylor, il capo della pubblica accusa nei vari processi di Norimberga, e di lì a poco trasferito nel penitenziario di questa città, in quanto sospettato di partecipazione diretta o indiretta alla pianificazione di guerre di aggressione, crimini di guerra e crimini contro l'umanità<sup>1</sup>.

Nel corso di cinque settimane trascorse in una cella d'isolamento Schmitt viene interrogato per tre volte da Kempner e poi rilasciato, per mancanza di indizi sufficienti a giustificare una formale imputazione<sup>2</sup>. Nel primo incontro, risalente al 3 aprile, dal suo inquisitore gli è, tra l'altro, contestato di aver contribuito all'elaborazione della «base teorica della politica hitleriana del grande spazio» e di aver tenuto – a scopo di proselitismo, sembrerebbe di potersi sottintendere – «conferenze finanziate dal Reich nazista a Budapest, Bucarest, Salamanca, Barcellona e al 'Deutsches Institut' di Parigi, un famigerato istituto di spionaggio e di propaganda, e in altri posti ancora»<sup>3</sup>. Addebiti che il giurista di Plettenberg, ordinario di diritto pubblico dal 1921 al 1945<sup>4</sup>, respinge: e non solo oralmente.

Concessagli la facoltà di chiarire per iscritto la sua posizione, il 21 aprile, durante la seconda seduta con Kempner, Schmitt presenta infatti una densa memoria<sup>5</sup>, nella quale nega di aver mai scambiato una parola con Hitler, Himmler e «con la maggior parte degli altri uomini importanti del regime», ammettendo qualche contatto con Göring e Ribbentrop anteriormente al 1936, anno in cui l'organo delle SS, *Das Schwarze Korps*, lo aveva pubblicamente dileggiato<sup>6</sup>; esclude di essere stato richiesto di «pareri» da qualsivoglia persona o ente, fosse questo il Ministero degli affari esteri, una diramazione del partito o la 'Wehrmacht'; esclude inoltre di aver dato «consigli» che potessero risultare «anche lontanamente in rapporto alla politica hitleriana di conquista e di occupazione» e di aver assunto ruoli di un qualche rilievo, come «consigliere del tribunale di guerra» o «consigliere dell'amministrazione militare nei territori occupati» o «membro di un tribunale delle prede o di qualcosa di analogo», fatta

---

\* Dedicato al professor Luigi Labruna, esso comparirà anche in una silloge di scritti in suo onore, di prossima pubblicazione.

1 Cfr. C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, cur. H. QUARITSCH, trad. it. (Roma-Bari 2006) 3 ss.

2 Cfr. C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 11 nt. 24, 19 e 32.

3 Cfr. C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 66 s.

4 Incardinato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Berlino dal 1933, come si trae dalla voce «Schmitt Carl», in *Noviss. dig. it.* XVI (Torino 1969) 690.

5 Leggibile in C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 79 ss.

6 In effetti, nel 1936, a distanza di sei anni da quando Schmitt aveva dichiarato che il destino degli intellettuali e dell'Università tedesca sarebbe stato identico a quello della Costituzione di Weimar, il settimanale delle SS lo aveva pesantemente attaccato, scrivendo: «disgraziatamente Carl Schmitt non ha condiviso il destino che aveva profetizzato per la borghesia intellettuale. ... Al contrario, nel 1933 è divenuto professore di diritto pubblico nell'Università di Berlino». A rievocare l'episodio è F. MERCADANTE, *Carl Schmitt tra 'i vinti che scrivono la storia'*, in C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, trad. it. (Milano 1987) 110, il quale, a p. 116, nota che quindi «dura solo un triennio il contagio tra le 'regolarità' del filosofo e le 'regolarità' del regime. Poi entrambe le parti giungono alla conclusione di ripristinare la profalassi, il regime non accetta lezioni, così come il filosofo non accetta indottrinamenti».

eccezione per la carica di consigliere di Stato prussiano<sup>7</sup>; rileva che nessuna onorificenza gli era mai stata attribuita dal governo hitleriano o da altro governo straniero e che il suo patrimonio mai era andato oltre la propria biblioteca; sottolinea che la «fondazione teorica della politica hitleriana di conquista» consisteva di «tre diversi elementi» che nulla mostravano di comune con l'analisi scientifica connotante la sua produzione, ossia la «dottrina di partito», basata sul *Mein Kampf* di Hitler e sul concetto biologico dello «spazio vitale» e della «razza» di Rosenberg e di altri, «le trattazioni di carattere più difensivo e apologetico-internazionalistico apparse in riviste e opuscoli che prendevano posizione dal punto di vista giuridico su singoli eventi e questioni», riproducendo l'indirizzo ufficiale del governo tedesco, «la linea adottata da un gruppo di SS», quale emergeva, a partire dal 1941, dalla rivista *Reich, Volksordnung, Lebensraum*. Quanto, poi, ai suoi spostamenti fuori della Germania, nella stessa memoria Schmitt scrive: «dopo la diffamazione pubblica cui ero stato sottoposto (dicembre 1936) ebbi la possibilità di tenere conferenze all'estero solo nel 1942, quando Himmler e il suo «entourage» cominciarono a sentirsi insicuri di fronte all'estero e ritennero più opportuno non limitarsi a ignorare, come avevano fatto fino a quel momento, i pressanti inviti provenienti da facoltà e accademie giuridiche straniere desiderose di potermi avere come conferenziere. Tutti i miei viaggi all'estero per tenere conferenze ebbero carattere scientifico e da questo punto di vista non si distinguono dai viaggi all'estero di altri studiosi tedeschi, come per esempio lo studioso di lingue e letterature romanze Karl Vossler, che all'incirca nel mio stesso periodo, primavera del 1944, tenne conferenze in Spagna e Portogallo. Riconosciuti studiosi stranieri che hanno ascoltato le mie conferenze nei vari luoghi in cui sono stato lo testimonierebbero di buon grado. Per questi viaggi non ho ricevuto istruzioni o commissioni particolari. In considerazione dei controlli severi e zelanti del Servizio di Sicurezza ho adottato un atteggiamento prudente, come del resto hanno fatto tutti i miei colleghi».

In effetti, non solo nel 1942, ma lungo un arco di tempo più ampio, che va dal 1941 al 1944, Schmitt aveva tenuto relazioni in più città situate oltre i confini della Germania. E precisamente: su *La mer contre la terre: la contradiction fondamentale dans le droit international* a Parigi nell'ottobre del 1941; su un tema attinente al diritto amministrativo a Budapest nel maggio del 1942; su *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* a Bucarest nel febbraio del 1943, a Budapest nel novembre dello stesso anno, a Madrid e Coimbra nel maggio del 1944, sempre a seguito di invito delle Facoltà di Giurisprudenza delle locali Università, nonché a Barcellona nel giugno del 1944, davanti al Collegio degli avvocati<sup>8</sup>; su *Cambio de estructura del derecho internacional* a Madrid e Salamanca nel giugno del 1943; su Donoso Cortés a Madrid nel giugno del 1944; su Francisco de Vitoria a Salamanca nel giugno del 1943, a Madrid, Granada e Lisbona nel maggio e giugno del 1944<sup>9</sup>.

Quella in cui Schmitt più si rispecchiava era comunque la terza conferenza, sulla situazione della scienza giuridica europea: tanto che egli, durante il secondo interroga-

7 Carica coperta da Schmitt dal 1933 al 1945, ma potremmo dire inutilmente a decorrere dal 1936, posto che l'organo di cui egli era membro, unitamente all'amico Johannes Popitz, a Wilhelm Furtwängler, direttore dei Berliner Philharmoniker dal 1922 al 1945 e dal 1949 al 1954, e ad altri ancora, non sarebbe stato più convocato dal suo presidente, Göring, a partire da quell'anno, come precisa lo stesso Schmitt in una seconda memoria – riportata in C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 98 ss. – consegnata a Kempner il 29 aprile, in occasione del terzo interrogatorio. Da questa stessa memoria si ricava peraltro che Schmitt fu «capo del raggruppamento disciplinare dei professori universitari nella Lega dei giuristi nazionalsocialisti dall'autunno del 1933 all'autunno del 1936 e nel 1935 direttore per un anno dell'Ufficio scientifico della Lega dei giuristi nazionalsocialisti».

8 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, trad. it. (Roma 1996) 89.

9 Cfr. C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 22 s. nt. 45.

torio, quello del 21 aprile, chiede a Kempner di essere autorizzato a procurarsi, per il tramite della moglie, il relativo manoscritto – che ancora giaceva presso l'editore per l'addietto incaricato della pubblicazione di una raccolta di saggi in onore di Johannes Popitz (nel frattempo giustiziato, in quanto coinvolto nell'attentato a Hitler del 20 luglio 1944), per la quale era stato concepito<sup>10</sup>, evidentemente allo scopo di poterglielo poi esibire a riprova della sua autentica tempra di studioso del diritto.

2. Apparso a stampa, in forma autonoma e in lingua tedesca, solo nel 1950 a Tubinga, quando già circolava nella traduzione ungherese leggibile nel volume del 1944 della rivista *Gazdasagi Jog*<sup>11</sup>, il testo di questa conferenza costituisce dunque, come non si è mancato di osservare, un documento di «straordinaria rilevanza» per chi voglia accostarsi alla problematica figura di Carl Schmitt<sup>12</sup> e in particolare al suo «complesso e travagliato» pensiero nel campo del diritto<sup>13</sup>. Che non è l'unico da lui coltivato<sup>14</sup>: ma è comunque quello dal quale muove e al quale ritorna la sua riflessione, anche quando, come non di rado accade, si estende ai meandri della politica<sup>15</sup>.

Non a caso, in replica a coloro che tendevano a etichettarlo quale indagatore di questa, Schmitt, ancora nel 1982, rispondendo a una domanda postagli da Fulco Lanchester in chiusura di un'intervista<sup>16</sup>, dirà: «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». In uno dei suoi capolavori, *Der Nomos der Erde*, uscito nel 1950, aveva del resto esordito così: «depongo questo libro, frutto inerme di dure esperienze, sull'altare della scienza giuridica, una scienza che ho servito per oltre quarant'anni»<sup>17</sup>. Da giurista, peraltro, dall'ampio respiro, mai prigioniero del dettaglio normativo e perennemente in contatto strettissimo con la politica, com'egli aveva riconosciuto in *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, concepito «nelle desolate vastità di un'angusta cella»<sup>18</sup>. In questo scritto, invero, Schmitt annota: «come docente e come studioso mi sono familiari due ambiti della scienza giuridica, il diritto internazionale e il diritto costituzionale. L'una e l'altra disciplina fanno parte del diritto pubblico. Il lavoro in questi ambiti è di carattere pubblicistico nel senso più forte del termine. Concerne questioni la cui portata investe la politica interna e la politica internazionale. Di conseguenza è esposto direttamente al pericolo del Politico. A questo pericolo il giurista di tali discipline non può sfuggire, neppure scappando nel nirvana del puro positivismo. Egli può tutt'al più attenuare tale pericolo o insediandosi in remoti ambiti di confine, mimetizzandosi da storico o da filo-

10 Cfr. C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga* cit. 70.

11 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 89.

12 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Scritti per M. Nigro* I (Milano 1991) 343.

13 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, in C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 7; v. anche G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna* (Roma-Bari 1996) 135.

14 Cfr. G. MIGLIO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. MIGLIO e P. SCHIERA, trad. it. (Bologna 2003) 7 s.

15 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 30.

16 Apparsa, sotto il titolo *Un giurista davanti a se stesso*, in *Quaderni costituzionali* 3, 1 (1983) 5 ss., essa è stata ripubblicata in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, cur. G. AGAMBEN, trad. it. (Vicenza 2005) 151 ss.

17 Cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it. (Milano 2003) 13.

18 Cfr. C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47* cit. 81.

sofo, oppure portando a perfezione estrema l'arte della riserva e del camuffamento. ... Il lavoro scientifico di uno studioso di diritto pubblico, la sua opera stessa lo situano in un paese determinato, presso determinati gruppi e forze e in una determinata collocazione temporale. La materia dalla quale egli forma i suoi concetti e dalla quale necessariamente dipende per il suo lavoro scientifico lo vincola a situazioni politiche, il cui favore o sfavore, le cui fortune e sfortune, le cui vittorie o sconfitte finiscono con il coinvolgere anche lo studioso e il docente, e col decidere del suo personale destino».

Ma torniamo al testo della conferenza di Schmitt sulla situazione della scienza giuridica europea. Definito da Maurizio Fioravanti come «una delle più alte apologie della tradizione giuridica» scritte nel secolo scorso<sup>19</sup>, esso è di notevole interesse anche per i cultori del diritto romano: perché restituisce loro l'immagine che di tale diritto ovvero della «Wissenschaft des römischen Rechts», nella quale egli si mostra incline a risolverlo – ravvisando dunque tra l'uno e l'altra un rapporto di tendenziale identificazione –, aveva il Carl Schmitt maturo.

Non che da altre opere non traspaia il ruolo che questi riconosceva al diritto romano, nelle sue varie vite. In *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, per esempio, Schmitt osserva: «siamo consapevoli che la scienza giuridica è un fenomeno specificamente europeo. Essa non è solo saggezza pratica, né unicamente tecnica. È profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale. In quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato. La nuova dimora era principesca, un palazzo rinascimentale o barocco. Grande fu il senso d'orgoglio dei giuristi e parimenti il loro senso di superiorità sui teologi. Nacque così, dalle guerre civili di religione del XVI e del XVII secolo, lo *ius publicum Europaeum*. Ai suoi inizi sta una parola d'ordine ostile ai teologi, un'ingiunzione a tacere che uno dei fondatori del diritto internazionale moderno rivolse loro: *Silete, theologi, in munere alieno!* La gridò loro in faccia Alberico Gentile, nel contesto della discussione sulla guerra giusta. Ancor oggi io sento echeggiare quel suo grido. ... Ora tocca ai giuristi ricevere l'ingiunzione di tacere. A loro – se ancor ci fosse tanto latino – i tecnici al servizio dei potenti e dei prepotenti potrebbero gridare in faccia: *Silete iurisconsulti!* Ecco due singolari ordini di tacere, all'inizio e alla fine di un'epoca. All'inizio vi è un'ingiunzione di tacere che viene dai giuristi ed è indirizzata ai teologi della guerra giusta. Alla fine vi è l'ingiunzione, rivolta ai giuristi, di attenersi a una tecnicità pura, cioè totalmente profana. Non intendiamo qui discutere il nesso che intercorre tra questi due ordini di tacere. Cosa buona e salutare è però rammentarsi che la situazione all'inizio dell'epoca non fu meno orribile di quanto non lo sia alla sua fine. Ogni situazione ha il suo segreto, e ogni scienza reca in sé il suo *arcanum*. Io sono l'ultimo, consapevole rappresentante dello *ius publicum Europaeum*, l'ultimo ad averlo insegnato e indagato in senso esistenziale, e ne vivo la fine così come Benito Cereno [il protagonista di un racconto di Melville che da lui prende il titolo] visse il viaggio della nave pirata»<sup>20</sup>.

Ma se si voglia andar oltre la valutazione di sintesi circa l'incidenza del diritto romano sull'evolversi della nostra civiltà giuridica prospettata da Schmitt in questo brano, come in altri luoghi della sua più tarda bibliografia, è al testo della conferenza più volte citata che bisogna rivolgersi: è solo qui, infatti, che l'autore riflette a fondo sulla «Wissenschaft des römischen Rechts als Trägerin europäischer

19 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 343.

20 Cfr. C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47* cit. 71 ss.

Rechtswissenschaft», ossia sulla «scienza del diritto romano come pilastro della scienza del diritto europea», chiarendo fin dall'inizio che interrogarsi sul «significato europeo della rinascita del diritto romano nel Medioevo» e sull'«influsso della scienza del diritto romano nei diversi paesi e nelle diverse epoche» è cosa ben diversa dal domandarsi «se le proposizioni ed i concetti trovati nel *Corpus Juris Justiniani* 'valgano positivamente'». Ed è anzi resa possibile proprio da ciò, che «l'angoscia per la validità pratica e positiva delle Pandette, fortunatamente, non grava più su di noi», mentre non desta preoccupazione «quello che potremmo chiamare il sotterraneo perdurare («Weitergelten») del diritto romano nelle codificazioni del XIX secolo»<sup>21</sup>.

In quel testo conviene allora addentrarsi. Tanto più che esso rivela una sorprendente attualità, inserendosi a pieno titolo nel dibattito, che oggi più che mai pervade la letteratura giuridica, sul senso da attribuire allo studio del diritto romano. Un dibattito sul quale è di recente intervenuto anche il Maestro cui questo scritto è dedicato, con parole di grande equilibrio, nel più delle quali si sarebbe probabilmente riconosciuto lo stesso Schmitt, che meritano di essere ricordate. «Per secoli», egli afferma, «il diritto romano è stato al centro della produzione, dell'interpretazione, dell'educazione giuridica in tutti i Paesi d'Europa e dell'America Latina (anche quando, non poche volte, è stato criticato). Determinando problemi e linguaggi, visioni del mondo e, perché no, illusioni di razionalità che fanno parte della nostra storia. Questa storia non possiamo negarla. Abbiamo il compito di comprenderla. Allo stesso tempo non possiamo mortificare la nostra essenza di studiosi alla ricerca di linee rette tra l'ordinamento privatistico di Roma (ce ne sono stati più d'uno), le diverse fasi della tradizione romanistica, i codici contemporanei, il diritto futuribile. Tutto è più complicato e complesso, perché nei secoli le sensibilità di mille uomini (legislatori, giudici, pratici, studiosi) hanno prodotto mille varianti in quel grande libro che sono i diritti romani della storia d'Europa e d'America. Ed anche perché l'economia e la società contemporanea in tanti settori producono con estrema velocità rapporti che difficilmente sono, non dico sussumibili sotto categorie dogmatiche 'romanistiche', ma nemmeno governabili attraverso gli strumenti ermeneutici che ci provengono dalla tradizione. Oltre queste strade, pienamente legittime se percorse con rigore, v'è dell'altro (e torno alla sensibilità propria del romanista): altre sfide di comprensione ci provengono dalla filosofia e dalla scienza politica. L'ordinamento dello Stato (per come formatosi a partire dall'inizio dell'età moderna) deve molto, dal punto di vista della sua costruzione ma anche della sua ideologia, a riletture, a rielaborazioni dotte, filologiche, falsificanti, a comprensioni e ad incomprensioni della struttura e del funzionamento della *res publica*, dell'impero di Roma. Se uno dei *pamphlets* politici di maggiore successo degli ultimi anni utilizza l'idea romana di *imperium*, trasponendola nel contemporaneo per cogliere la natura (gli autori lo sottolineano) giuridica della politica internazionale più recente<sup>22</sup>. Se un libro recentissimo di un filosofo accreditato sullo 'stato di eccezione' come moderno normale paradigma di governo deve rincorrere i concetti di *auctoritas* e *potestas*, deve affrontare il problema storico di *tumultus* e *iustitium* come archetipi giuridici della condizione dell'Occidente dopo l'11 settembre del 2001<sup>23</sup>, mi pare che su questi temi (che debbono essere anche, ancora, i nostri temi) vi siano spazi per un dialogo nuovo, e importante, tra storici, filosofi, giuristi, politologi. Facendo tesoro di quanto la nostra scienza ha saputo produrre in questo campo (e facendo naturalmente ricorso anche alle importantissime, profonde, schematizzazioni mommseniane, che debbono restare il punto di partenza per una riflessione giuridica su questi problemi), bisogna riproporre con forza e convinzione la

21 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 40 s.

22 Il riferimento è a M. HARDT - A. NEGRI, *Impero*, trad. it. (Milano 2003).

23 Qui l'accento è a G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Torino 2003).

storia della costituzione romana come compito specifico del romanista contemporaneo, per leggere il presente». E più in generale la storia politica dell'antica Roma, pur se in una prospettiva squisitamente giuridica: senza perciò trascurare la critica esegetica, la ricostruzione degli istituti, i problemi di tradizione testuale, le questioni di logica giuridica e perfino la comparazione fra ordinamenti. Perché ciò aiuta anche a capire le vicende della politica oggi. E «tale impostazione, che tende alla comprensione profonda del fenomeno giuridico, più che alla sua esteriore schematizzazione, va oltre le critiche a quelli che si possono definire moderni 'pandettismi'. Le quali non mancano, ma mi sembrano spesso dettate da uno storicismo piuttosto estremista (talvolta un po' grossolano), che non sempre riesce a distinguere nell'empito del giudizio tra volgari comparatismi (che pure, purtroppo, si producono) e quella che si potrebbe chiamare 'culturologia' del diritto romano e della sua tradizione»<sup>24</sup>.

E veniamo finalmente allo Schmitt della conferenza sulla situazione della scienza giuridica europea.

3. Il suo esordio è un attacco al positivismo<sup>25</sup>. Stando a questo indirizzo, «che da cento anni regna nella teoria e nella prassi della nostra vita giuridica, oggetto della scienza giuridica è solo la norma che vale positivamente, e questa è ... solo la legge dello stato volta a volta presente». Con la conseguenza che si dà «solo un diritto tedesco, francese, spagnolo, svizzero, o comunque relativo a un unico stato, mentre, in mancanza di un comune stato europeo e di una volontà normativa europea, non può darsi alcun diritto europeo ed alcuna scienza giuridica europea», essendo semmai ammissibili unicamente «ricerche di diritto comparato e di storia del diritto quali sussidi scientifici privi di significato positivo». Gli alfiere del positivismo trascurano dunque «il significato dei contenuti e delle specificità del diritto, cioè il senso politico, sociale ed economico delle istituzioni e degli ordinamenti concreti»: e già per questo non possono pretendere di avere «il monopolio del pensiero giuridico». Quanti invece, svincolati dal positivismo, esercitano questo pensiero sono ancora in grado di distinguere una scienza giuridica europea. Essi non possono infatti non tener conto «del contenuto concreto delle norme e del senso specifico delle istituzioni»: e così riescono a vedere che «il senso ed il contenuto di essenziali concetti ed istituzioni dei popoli europei coincidono in modo sorprendente». In questa prospettiva, quindi, per Schmitt «si dà una comunità del diritto europeo molto forte, la quale, come tale, ha posseduto sino a poco tempo fa anche un significato immediatamente politico»: una comunità retta da un «comune diritto», nonostante le grandi differenze che intercorrono «fra gli ambiti giuridici germanici, anglosassoni, latini o d'altro tipo», frutto di un segmentato itinerario che ha radici lontane<sup>26</sup>.

Possiamo infatti affermare, continua Schmitt, che «l'intera storia e l'intero sviluppo del diritto dei popoli europei è da migliaia d'anni una storia di reciproche recezioni», intese non già come forme di «accettazione distratta e priva di fantasia», bensì come alterni processi «d'incorporazione, di adattamento e perfezionamento», spesso legati a forti resistenze, capaci «di ripercuotersi anche sul diritto recepito»; e che la «recezione del diritto romano», vista – secondo l'assunto formulato da Rudolf Sohm con riferimento alla Germania – quale «recezione di una scienza giuridica», costituisce il grande evento che domina tanti secoli della vita dell'uomo. «Ciò che nelle scuole di

24 Cfr. L. LABRUNA, *Principii giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto tra Europa e America Latina*, in *Labeo* 50 (2004) 24 ss.

25 Bersaglio di Schmitt sin dagli scritti giovanili: cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno* (Bologna 1996) 313 ss.; v. anche A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio II* (Firenze 1998) 642 s. e nt. 4.

26 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 33 ss.



diritto, nelle università e nelle facoltà giuridiche, a partire dalla loro fondazione nel XII, XIII e XIV secolo, si è insegnato come ‘diritto’», egli ricorda, «è stato, accanto al diritto canonico, soprattutto diritto romano. E questo è stato insegnato in latino, nella lingua del diritto romano, che per più di mezzo millennio ha influenzato e informato di sé i concetti giuridici di tutte le lingue europee»: tanto da potersi dire che «la scienza del diritto romano», pur nella diversità dei suoi moduli espressivi – quali si rinvenivano, per esempio, nei glossatori, nei commentatori e più di recente nei pandettisti –, «ha rappresentato l’autentica, se non l’unica forma di scienza giuridica»<sup>27</sup>.

Al «grande processo cui ci si vuole riferire con la formula ‘recezione del diritto romano’», precisa poi Schmitt, «hanno partecipato tutte le nazioni europee»: anche quelle, come l’Inghilterra, nelle quali, «per il permanere di scuole basate sul diritto comune del paese, per la resistenza opposta da interessi professionali o per altri motivi, non si è arrivati ad una recezione delle norme e delle istituzioni del diritto romano». Proprio in Inghilterra, a ben vedere, «sono sorte scuole di diritto nazionale che hanno impedito che il diritto romano soppiantasse il diritto comune del luogo, ma come diritto d’equità, mentre per altre vie il diritto romano ha continuato ad agire»: ancora nel XVII secolo, per esempio, in ambito marittimo veniva applicato il *ius gentium*, «che allora stava di fatto a significare il diritto romano»<sup>28</sup>. D’altro canto, in tutta l’Europa intere generazioni di studiosi si sono avvalse di «forme concettuali del diritto romano»: sicché «il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, una Common Law concettuale e spirituale europea, senza la quale non sarebbe stata neppure teoricamente possibile una comprensione fra giuristi di diverse nazioni. L’edificio culturale qui eretto dallo spirito europeo poggia su tale comune base, prodotta da una comune scienza del diritto europea»<sup>29</sup>.

Non si avverte certo, in queste considerazioni, un’ostilità di Schmitt nei confronti del diritto romano. Esso anzi, se si ha riguardo alle lungimiranti parole tratte da uno scritto di Josef Partsch del 1920 che lo stesso Schmitt riporta testualmente, mostrando di condividerle, gli appare quale parte della formazione del giurista che assicura «la possibilità di introdursi nei fondamenti comuni del diritto civile» praticato nei paesi europei<sup>30</sup>. Ancora nel 1972, d’altro canto, nel corso di un colloquio con Dieter Groh e Klaus Figge, Schmitt, ripensando al lontano periodo della sua formazione superiore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Berlino, iniziato nel 1907, esclamerà: «trovai meravigliosi gli studi giuridici, perché il primo semestre cominciò con diritto romano. Per me il latino era un piacere, un vero godimento. Lo trovavo estremamente interessante»<sup>31</sup>. Eppure, proprio un atteggiamento di contrapposizione o almeno di netta chiusura rispetto a quella disciplina ci saremmo aspettati da lui. Per una ragione elementare, che va subito chiarita. All’ideologia propugnata dal nazismo Schmitt, ‘Parteigenosse’ dal 1° maggio 1933, aveva pienamente aderito sino al 1936 se non anche oltre: al punto, per limitarsi a uno dei tanti fatti che potrebbero essere ricordati al riguardo, da prodigarsi, in due diversi testi, nella ricerca di una giustificazione giuridica alle leggi di Norimberga del 1935<sup>32</sup>, le quali, all’interno di un ordinamento in

27 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 39 ss.

28 Cfr. G. PRETERROSSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna* cit. 139 s.

29 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 45 ss.

30 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 47 nt. 15.

31 Cfr. *Colloquio con Dieter Groh e Klaus Figge*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, cur. G. AGAMBEN, trad. it. (Vicenza 2005) 47.

32 Entrambi gli scritti, pubblicati tra il 1935 e il 1936, compaiono, nella traduzione in italiano, in Y.C. ZARKA, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt* (Genova 2005) 63 ss. e 67 ss., con questi due titoli:

cui le libertà erano sospese sin dal decreto di Hitler «per la protezione del popolo e dello Stato» del 28 febbraio 1933, introducevano norme discriminatorie volte alla salvaguardia del sangue e dell'onore tedesco contro la degradazione di matrice ebraica<sup>33</sup>. Ebbene, proprio il nazismo «fu ... un avversario irriducibile del diritto romano»<sup>34</sup>. Lo prova inequivocabilmente il punto 19 del programma del partito nazionalsocialista del 1920, nel quale era solennemente enunciato l'obiettivo di sostituire al diritto romano (e dunque a tutto il diritto privato che ne era derivato<sup>35</sup>), in quanto strumento di un ordine mondiale materialistico, il diritto comune tedesco sopravvissuto alla recezione<sup>36</sup> e «permeato dal collettivismo germanico»<sup>37</sup>. Ma lo conferma pure il fatto che già all'inizio del 1937 era assodato che il BGB, per decisione di Hitler, sarebbe dovuto essere rapidamente eliminato: un nuovo codice popolare, il 'Volksgesetzbuch', avrebbe così preso il posto di un codice borghese contaminato dallo spirito liberal-individualista della pandettistica. Se questa, quale forma moderna del diritto romano, era diventata superflua a causa del sopravvenire del BGB, lo stesso BGB sarebbe presto risultato inutile, superato appunto dal nuovo codice popolare: e per tale via il diritto romano era inesorabilmente destinato a perdere («la sua ragion d'essere della 'Grundlage' del diritto vigente»<sup>38</sup>). Nel 1934, d'altro canto, Schmitt si era giovato della rivista *Deutsches Recht*, organo centrale del Bund dei giuristi nazionalsocialisti, per incitare alla battaglia nei confronti del diritto romano, che, staccato dal popolo del quale era espressione e trapiantato a seguito della recezione nella comunità tedesca sul presupposto del suo valore universale, era da considerarsi il primo colpevole della deriva normativista in cui questa stessa comunità continuava a trovarsi avviluppata, peraltro favorita anche dall'intrusione dell'elemento ebraico in Germania: «nella recezione del diritto romano», egli osservava infatti, «è un intero libro ad essere oggetto di una recezione sommaria in quanto *ratio scripta*»<sup>39</sup>. A partire dal XV secolo, il giurista tedesco è stato deformato nella sua intera esistenza poiché gli si insegnava che era 'giuridico' non vedere in primo luogo lo stato dei concreti fatti, l'ordine interno concreto, che ogni cosa sana porta con sé, bensì cercare in un libro di uno spessore terrificante le decisioni e le norme che in esso erano depositate»<sup>40</sup>. E

---

*La costituzione della libertà e La legislazione nazionalsocialista e la riserva dell' 'ordre public' nel diritto internazionale privato.*

33 Cfr. Y.C. ZARCA, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt* cit. 9 ss. In questo stesso saggio, a p. 14 nt. 11, lo studioso ricorda anche che Schmitt, nel 1936, in chiusura del congresso sul giudaismo nella scienza del diritto del 3 e 4 ottobre, aveva tenuto una relazione intitolata *La scienza tedesca del diritto nella sua lotta contro lo spirito ebraico*, professando l'idea di una purificazione razziale applicata alla letteratura giuridica: «qualsiasi riferimento ad un autore ebreo, quale che sia, deve essere evitato», aveva detto Schmitt, «e quando ciò non sia possibile occorre che il nome dell'autore venga seguito dall'aggettivo 'ebreo' per rimarcare l'origine razziale». Per noi, aveva continuato Schmitt, «un autore ebreo, per quanto lo si citi, è un autore ebreo. Aggiungere la parola e la designazione 'ebreo' non è un fatto formale ma essenziale, perché non possiamo impedire che l'autore ebreo si serva della lingua tedesca. Altrimenti la purificazione ('Reinigung') della nostra letteratura giuridica sarebbe impossibile».

34 Così A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 18.

35 Cfr. T. GIARO, *Paul Koschaker sotto il nazismo: un fiancheggiatore 'malgré soi'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca IV* (Napoli 2001) 169.

36 Cfr. M. BRETONE, *Come l'anatra, in Diritto e tempo nella tradizione europea* (Bari-Roma 2004) 136.

37 Secondo la precisazione di T. GIARO, *Paul Koschaker sotto il nazismo: un fiancheggiatore 'malgré soi'* cit. 169.

38 Attingo ancora a T. GIARO, *Paul Koschaker sotto il nazismo: un fiancheggiatore 'malgré soi'* cit. 169.

39 Come, sulle orme di Mantello, ricorda A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI - T. GIARO - A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva* (Roma 2005) 201, è ricorrente nella letteratura nazionalsocialista la precisazione «che il giudizio contenuto nel programma del Partito nazionalsocialista concerne in particolare il diritto romano della recezione – vicenda inconciliabile con un approccio nazionalista alla storia del diritto tedesco –, considerato vittima di interpolazioni orientali e quindi non ariane».

40 Cfr. Y.C. ZARCA, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt* cit. 55 ss.

ancora nel 1936 Schmitt non aveva esitato a scagliarsi pubblicamente contro il diritto romano, dando atto della lotta che allora anch'egli combatteva in Germania non tanto per correggere «il contenuto di determinate proposizioni giuridiche» che ne costituivano estrinsecazione, quanto piuttosto per dare vita «a tutte le condizioni ... necessarie al fine di creare e custodire un diritto comune tedesco»<sup>41</sup>.

Più che un fuggevole cenno a questa lotta, alla quale è ormai del tutto estraneo, Schmitt riserva comunque anche nel testo della conferenza di cui andiamo occupandoci. Anzitutto per evidenziare, in via generale, che «altrettanto antica quanto la stessa storia europea della scienza del diritto romano è la contesa a favore o contro tale scienza, la lotta spirituale riguardo alla sua valutazione, all'utilità o ai danni da questa provocati allo sviluppo del diritto autoctono, regionale o nazionale». E poi per precisare che «in ogni paese ... tale contesa ha la sua storia peculiare», anche in Germania, dove «negli anni successivi al 1933 essa si è svolta ... con grande intensità, da tutti i punti di vista». Infine per enfatizzare la fruttuosità di questa stessa contesa sotto il profilo euristico, avendo la medesima generato, oltre alla consapevolezza che occorre «una più precisa distinzione allorché si parla 'del' diritto romano», nuove acquisizioni, per esempio in tema di famiglia ed eredità nel primo diritto romano, grazie ai contributi di Bonfante, Siber, Wlassak, Westrup e Wieacker, e nuove prospettive, anche sotto il profilo delle modalità di utilizzazione del diritto romano. Ed è proprio a questo proposito che Schmitt richiama i *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, un'opera, uscita nel 1943 a Salamanca, di Álvaro d'Ors Pérez-Peix, che con il giurista tedesco avrebbe poi intrecciato un duraturo rapporto di intensa amicizia<sup>42</sup>, testimoniato dal carteggio intercorso fra i due dal 1948 al 1983, recentemente pubblicato a cura di Montserrat Herrero<sup>43</sup>, dal quale emerge pure l'alta considerazione in cui Schmitt continuerà a tenere il diritto romano. In quell'opera, osserva questi, d'Ors, discostandosi dagli insegnamenti della pandettistica, che «aveva creato un ingegnoso sistema, facendo del diritto soggettivo il cardine delle sue costruzioni», elogia «la libertà sistematica del diritto romano classico e la prassi delle azioni (autorizzate dal pretore)», che si compenetrano a formare un modello «estremamente attuale per moderne formazioni di diritto del lavoro e dell'economia»<sup>44</sup>. Questo insolito guardare all'esperienza giuridica romana in un'ottica sensibile alle esigenze del diritto del lavoro della contemporaneità aveva a tal punto colpito Schmitt da indurlo a tornarvi nel corso di quel colloquio con Fulco Lanchester del 1982 al quale già si è accennato. Caduto il discorso su Álvaro d'Ors, Schmitt infatti racconta: «è un mio caro amico, studioso di diritto romano, professore nell'università spagnola di Pamplona e membro dell'*Opus Dei*. Egli ha ... sostenuto che la traduzione operata da Cicerone del termine greco *nomos* con quello latino *lex* costituisce una vera disgrazia. Wieacker, un ottimo romanista, ironizza un poco su di lui, dicendo che d'Ors è un 'Kavalier' [gentiluomo]. A mio avviso, egli è però più ricco di idee di Wieacker. Possiede una maggiore originalità e lo trovo così provocante. Wieacker ha però un ottimo stile ed è un giurista di prima classe. D'Ors, il cui padre era il famoso scrittore catalano Eugenio, ha sollevato problemi così originali: per esempio quello dell'acquartieramento romano durante gli spostamenti di massa della popolazione. I romani acquartieravano i germani, gli svevi e i burgundi qui [nella natia Plettenberg, cioè, dove Schmitt viveva in ritiro], in una casa ... Su tutto questo esiste una stupenda letteratura. Pensi come tutta questa problematica sull'acquartieramento riveste i caratteri di scottante attualità anche, per esempio, nella prospettiva giuslavoristica.

41 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 19.

42 Cfr. R. DOMINGO, *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra* (Cizur Menor 2005) 18 e 37 s.

43 Cfr. *Carl Schmitt und Álvaro d'Ors. Briefwechsel* (Berlin 2004).

44 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 42 ss.

D'Ors è un giurista così originale ed è riuscito a operare una scoperta, tracciando paralleli tra l'acquartieramento e i moderni problemi del diritto del lavoro: per esempio lo scambio degli operai specializzati. In materia esistono degli stupefacenti paralleli e i tipici studiosi di indirizzo positivista non sono invece riusciti a notare queste analogie. Essi non hanno compreso che le radici di questo fenomeno risiedono già nel diritto romano relativo alla trasmigrazione delle popolazioni. Che esistano questi collegamenti oggi è veramente eccitante»<sup>45</sup>.

Non sfugge tuttavia a Schmitt che Paul Koschaker, in *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, un saggio del 1939 edito a Monaco e Berlino dalla vasta risonanza anche fuori della Germania – tanto che su di esso già si era criticamente soffermato Giovanni Pugliese in *Diritto romano e scienza del diritto*, un articolo apparso nel 1941 in apertura del volume XV degli *Annali dell'Università di Macerata*<sup>46</sup> –, aveva denunciato lo stato di crisi in cui versavano il diritto romano e il suo studio scientifico, sforzandosi di lumeggiarne la ragioni. Ma su quella a prima vista più significativa, individuata «nel fatto che, a partire dal 1900, il diritto delle pandette avesse perso la sua validità pratica con l'entrata in vigore del codice civile tedesco», Schmitt non concorda affatto, potendo obiettare che, a opinare così, si finisce per «considerare la cosa esclusivamente dal punto di vista di una scienza accademica della fine del XIX secolo che si difendeva dal positivismo della codificazione» e inoltre non si tiene nel debito conto che, varato il codice civile austriaco nel 1811, la romanistica non aveva accusato il colpo. Sua convinzione, del resto, è che essa nemmeno sia diventata superflua a seguito dell'affacciarsi sulla scena europea del codice prussiano e di quello francese, in quanto, come già ammonivano Savigny e Bachofen, per penetrare, valutare e affinare un codice è comunque indispensabile la conoscenza della storia giuridica. E la conclusione cui egli approda è che lo stato di crisi che affligge il diritto romano e il suo studio scientifico riflette lo stato di crisi nel quale sono caduti il diritto in generale e l'intera sua scienza. Il che, rispetto al diritto romano, non gli è di ostacolo per apprezzare, da un lato, «l'ironica saggezza senile contenuta in una osservazione di Goethe» – che da Mario Bretone sappiamo formulata nel corso di una conversazione con Johann Peter Eckermann del 6 aprile 1829<sup>47</sup> –, secondo la quale quel diritto è paragonabile «ad un'anatra che si immerge e ripetutamente scompare nell'acqua, ma che sempre, viva, torna a riemergere»; dall'altro, l'opinione di Salvatore Riccobono, enunciata in una conferenza tenuta il 6 dicembre 1942 nell'Università di Berlino, «sull'eterna validità della produttività concettuale del diritto romano», quale risulta dalla compilazione giustiniana<sup>48</sup>.

Una scienza giuridica europea, pur se in una condizione di difficoltà, continua dunque a esistere per Schmitt: grazie all'onda lunga del pensiero della giurisprudenza romana e della sua recezione e grazie anche ai successivi fenomeni di reciproca influenza tra ordinamenti nazionali e loro dottrine, estesi al campo del diritto costituzionale e amministrativo (come prova, per esempio, la circostanza che il sistema pubblicistico di Otto Mayer, già informato a quello francese, è stato veicolato in Italia da Vittorio Emanuele Orlando). Per cui, rileva ancora Schmitt, ben si può sinteticamente affermare che in ambito europeo si registra una «comunanza» del modo di ragionare sul terreno del diritto, «che mette in grado ogni giurista scientificamente educato di orientarsi nel mondo giuridico di un altro stato»<sup>49</sup>.

45 Cfr. *Un giurista davanti a se stesso*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* cit. 169 s.

46 Ripubblicato in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti* III (Napoli 1985) 159 ss.

47 Cfr. M. BRETONE, *Come l'anatra* cit. 147.

48 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 44 s.

49 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 47 s.

4. È a questo punto che Schmitt investiga sulla causa di quella condizione di difficoltà in cui si dibatte la scienza giuridica europea della quale si è poc'anzi parlato, che – come già sappiamo – è per lui da ricercare nell'imporsi del positivismo, che data dalla metà circa del XIX secolo.

Se Windscheid, il quale nel 1854 aveva esclamato che «il sogno del diritto naturale è finito», ancora non percepiva in modo chiaro «la questione propriamente critica del rapporto fra scienza del diritto e moderno metodo legislativo», questa appariva invece in tutto il suo nitore agli occhi precorritori di Julius Hermann von Kirchmann, che già in una conferenza tenuta a Berlino nel 1847 aveva discusso intorno alla «Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft», rappresentando così il motivo della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza: «tre parole di rettifica del legislatore ed intere biblioteche diventano carta da macero». Frase, questa, comunque meno aspra di un'altra da lui pronunciata nel medesimo contesto, che raffigura la legge positiva come ciò che rende il giurista un verme nel legno marcio, a significare appunto che la scienza giuridica «non potrà mai tenere il passo della legge»<sup>50</sup>.

E in effetti, prosegue Schmitt con riferimento al suo tempo, c'è da chiedersi «cosa rimane di una scienza il cui senso e fine non è altro che quello di accompagnare con commenti ed interpretazioni ordinanze positive, in continuo cambiamento, emesse dagli uffici statali, i quali, dal canto loro, sanno e possono dire certamente nel migliore dei modi quale sia la loro autentica volontà e quale sia il senso ed il fine delle loro disposizioni». Vero è che il problema della relazione «fra diritto sancito e scritto e la sua elaborazione da parte della scienza del diritto» non è nuovo. Gli autori di codificazioni monumentali, per esempio, talora hanno vietato chiarimenti ermeneutici delle stesse a opera degli studiosi del diritto: basti pensare a Giustiniano e ai redattori dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794. Ma l'uno e gli altri hanno dato vita a opere «in sé ancora piene di scienza giuridica, anche se in modi molto differenti: il *Corpus* giustiniano più nel senso di una raccolta casistica di sentenze di grandi giuristi, il 'diritto territoriale' statal-prussiano più nel senso di un'enciclopedia sistematica, con definizioni e classificazioni nello stile dei sistemi di diritto naturale del XVIII secolo e con la tendenza ad usare un linguaggio da tutti comprensibile». Ragion per cui si può dire, per entrambe queste codificazioni, che «il legislatore era diventato uno scienziato del diritto ed il conflitto fra legislazione e scienza del diritto si scioglieva in una rivalità fra fratelli che aspirano, con mezzi molto simili, al medesimo scopo». E anche con riguardo ai codici francesi dell'epoca di Napoleone e ad altri ancora, tra cui quello civile austriaco del 1811, è sostenibile che essi non hanno precluso il formarsi di «una significativa scienza giuridica della legge scritta»<sup>51</sup>. Il che si spiega agevolmente, se appena si consideri che la loro preparazione, tendenzialmente assai lenta, dipendeva dagli esperti di diritto e la loro applicazione era comunque mediata dalla produzione di questi<sup>52</sup>.

Ma è, secondo Schmitt, a partire dalla prima guerra mondiale che lo spazio fino allora conservato dalla scienza giuridica, che pur si inchina «positivisticamente alla legge volta a volta in vigore», si erode in breve tempo, di pari passo al mutare del procedimento legislativo. «Mobilitazione e smobilitazione», egli scrive, «rivoluzione e dittatura, inflazione e deflazione ... hanno condotto in tutti i paesi europei al medesimo risultato: quello per cui il procedimento legislativo si è sempre più semplificato e velocizzato. I corpi legislativi emanano autorizzazioni sempre nuove e sempre più ampie,

50 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 49 ss.

51 Cfr. G. PRETEROSSÌ, *Carl Schmitt e la tradizione moderna* cit. 142.

52 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 52 ss.

che conferiscono la facoltà di emanare decreti e provvedimenti aventi forza di legge. Il 'decreto' e il 'provvedimento' rimuovono la legge. Dubbi di carattere costituzionale riguardo a tale prassi sorgono ovunque e risultano evidenti. Perché in fondo la costituzione designa i corpi legislativi a fare essi, in prima persona, le leggi e non ad autorizzare altri organi alla legislazione». Non bastasse, in Germania, rispetto a certi settori dell'economia, alla figura del provvedimento si è affiancata quella dell'ordinanza, quale «'forma elastica della legislazione' che supera il provvedimento per la velocità d'attuazione e la semplicità di notifica. Come il provvedimento viene definito una 'legge motorizzata', così l'ordinanza può essere detta un 'provvedimento motorizzato'». Ed è qui, per Schmitt, che «cessa il margine d'azione d'una scienza del diritto autonoma puramente positivista»: perché, quando la macchina legislativa aumenta il proprio passo in misura così accentuata, l'attività di «interpretazione della scienza giuridica positivista non è in grado di tenerle dietro», proprio come aveva preconizzato von Kirchmann. E allora non nascono più gli scritti sistematici dei professori di scienza del diritto e al posto loro subentra «il funzionale commento di chi esercita praticamente il diritto»<sup>53</sup>.

Escluso che la scienza del diritto che accomuna le nazioni europee possa impegnarsi «in una gara di corsa con il metodo del decreto legge e dell'ordinanza», Schmitt ritiene che essa debba invece prendere coscienza del «suo esser diventata l'ultimo asilo del diritto» e cercare di tutelarne «l'unità e la coerenza», vulnerate appunto dall'eccesso di produzione giuridica. Per il che, egli sottolinea, non di «foga ansante» c'è bisogno, ma «di raccoglimento interiore, della più pacata osservazione e di scrupolosissima indagine»<sup>54</sup>.

5. Ciò che la scienza giuridica, ovunque in Europa, è quindi chiamata anzitutto a compiere è, per Schmitt, una penetrante riflessione sul suo «autentico compito», pari a quella di cui è stato capace Friedrich Carl von Savigny, condensata in particolare nel saggio del 1814 intitolato *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*<sup>55</sup>. Qui, invero, Savigny, «il rinnovatore della scienza del diritto romano ... che ha annunciato la dottrina dello spirito del popolo quale artefice del diritto e della lingua», lancia un grande appello a favore della scienza giuridica intesa come custode del diritto, rivolgendo la sua critica alle codificazioni statali<sup>56</sup>.

Per lui, il diritto intreccia al suo interno i «concetti di 'storico' e di 'positivo'». Pertanto, visto come ordinamento concreto, non può essere isolato dalla sua storia: «das Recht als konkrete Ordnung läßt sich nicht von seiner Geschichte loslösen»; e in quanto «non è posto, bensì sorge in una evoluzione involontaria, solo può essere individuato dal ceto dei giuristi, tenuto appunto a dar conto di tale evoluzione»<sup>57</sup>. Assunto, questo, in cui compare il richiamo a quel concetto di «konkrete Ordnung» la cui paternità non può certo attribuirsi a Savigny, spettando invece al filone istituzionalistico, nel quale appunto s'inserisce Schmitt, unitamente a Maurice Hauriou e Santi Romano<sup>58</sup>. Sin dal giovanile *Gesetz und Urteil*, invero, il diritto è per Schmitt non soltanto norma, ma anche prassi: anzi, prassi rivolta a una decisione<sup>59</sup>. La quale promana da chiunque abbia

53 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 57 ss.

54 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 63.

55 Una sua traduzione in italiano è contenuta in A.F.J. THIBAUT - F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, cur. G. MARINI (Napoli 1982) 93 ss.

56 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 63 ss.

57 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 67.

58 Cfr. M. BRETONE, *Come l'anatra* cit. 138.

59 Cfr. N. IRTL, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto* (Roma-Bari 2001) 27.

concretamente a che fare con la norma e in particolare dal giudice<sup>60</sup>. E sommamente, come lo stesso Schmitt chiarisce nella sua *Politische Theologie* licenziata nel 1922<sup>61</sup>, dal sovrano<sup>62</sup>. A lui, infatti, l'ordinamento riserva la decisione ultima, cioè la decisione di proclamare lo stato di eccezione<sup>63</sup> e di sospendere, per questa via – già esplorata da Schmitt nel volume sulla dittatura del 1921<sup>64</sup> –, l'ordinamento stesso<sup>65</sup>: a riprova del fatto che «i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»<sup>66</sup>, risultando evidente che «il Dio onnipotente ... è divenuto l'onnipotente legislatore»<sup>67</sup> e che il Dio il quale decide se compiere un miracolo e sospendere conseguentemente le leggi di natura è divenuto il sovrano che decide «se sussista il caso estremo di emergenza» e sia perciò necessario sospendere l'ordinamento<sup>68</sup>.

Ma concentriamoci di nuovo sullo Schmitt che parla di Savigny nell'ambito della nostra conferenza, non senza aver ulteriormente sottolineato che la sua riflessione sullo stato di eccezione – stimolata anche dalla lettura di un importante saggio di Walter Benjamin del 1921<sup>69</sup> e poi messa criticamente a frutto dallo stesso Benjamin<sup>70</sup>, il quale,

60 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 331 ss.

61 Una traduzione in italiano del saggio, condotta sulla sua seconda edizione del 1934, è leggibile, sotto il titolo *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. MIGLIO e P. SCHIERA (Bologna 2003) 27 ss. Il nesso che può vedersi tra *Politische Theologie* e *Romanticismo politico*, un lavoro di Schmitt apparso per la prima volta nel 1919, è evidenziato da H. BALL, *La teologia politica di Carl Schmitt*, trad. it., in C. SCHMITT, *Aurora boreale*, cur. S. NIENHAUS (Napoli 1995) 103 ss.

62 Sul tema, fondamentale nella produzione di Schmitt, cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica* cit. 333 ss.

63 Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita* (Torino 1995) 19 ss.; *Stato di eccezione* cit. 9 ss. V. inoltre, sul pensiero espresso in questi due libri e in particolare nel primo, L. GAROFALO, *Homo sacer e arcana imperii*, in *Studi sulla sacertà* (Padova 2005) 75 ss.

64 Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 44 ss.

65 Cfr. G. MARRAMAO, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione* (Roma-Bari 1994) 74 ss., anche in merito alla vistosa forzatura interpretativa in cui cade Schmitt nel tentativo di iscrivere «la propria ridefinizione decisionistica del concetto di sovranità» in una traiettoria di pensiero che partirebbe da Bodin e includerebbe Donoso Cortés; *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità* (Torino 2000) 308 ss.; *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione* (Torino 2003) 126 ss.

66 Sul punto, fra i moltissimi lavori che sono intervenuti, merita di essere segnalato J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa*, trad. it. (Torino 2002) 10 ss., dove si imputa a Schmitt di aver articolato una «teologia politica della violenza» e si propone un rovesciamento, almeno parziale, della sua tesi, sostenendosi che in origine sarebbe stata la politica a fornire i propri modelli alla religione.

67 Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica* cit. 61.

68 Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica* cit. 61 («lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia») e 34 («egli [il sovrano] decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa»).

69 Si tratta di *Zur Kritik der Gewalt*: nella traduzione in italiano esso è intitolato *Per la critica della violenza* ed è ricompreso in W. BENJAMIN, *Angelus novus. Saggi e frammenti*, cur. R. SOLMI (Torino 2004) 5 ss. È merito di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 68 ss., aver chiarito che la *Politische Theologie* di Schmitt può essere letta, nella sua essenza, come «una puntuale risposta al saggio benjaminiano».

70 In *Il dramma barocco tedesco*, in W. BENJAMIN, *Opere complete. Scritti 1923-1927*, cur. R. TIEDERMANN e H. SCHWEPPENHÄUSER, trad. it. II (Torino 2001) 69 ss. (qui Schmitt appare citato a p. 105 ntt. 15, 17 e 18); e poi nell'ottava tesi sul concetto di storia, in W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, cur. G. BONOLA e M. RANCHETTI (Torino 1997) 33 («la tradizione degli oppressi ci insegna che lo 'stato di eccezione' in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo. Allora ci starà davanti, come nostro compito, di suscitare il vero stato di eccezione [meglio, con G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 75: 'la produzione dello stato di eccezione effettivo'], migliorando così la nostra posizione nella lotta contro il fascismo»).

con atteggiamento sempre apparso scandaloso, non faceva mistero della sua ammirazione per il «giuspubblicista fascista»<sup>71</sup> – è oggi al centro del dibattito teorico internazionale, cui non sfugge che lo stato di eccezione, perenne nel totalitarismo nazista, «tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante nella politica contemporanea»<sup>72</sup> e ha ormai raggiunto «il suo massimo dispiegamento planetario»<sup>73</sup>. Ebbene, dice Schmitt, nella prospettiva di Savigny il diritto che si sviluppa non risponde a mire particolari, mentre a queste esso è strumentale nell'ottica del positivismo, che attraverso il diritto persegue in primo luogo l'obiettivo del «dominio» e della «calcolabilità». Quel positivismo, ricorda ancora Schmitt, che, scambiando «il progresso del diritto con la crescente velocità della macchina legislativa», non ha risparmiato a Savigny la pesante e ingenerosa accusa di aver soltanto rallentato la storia, in spregio alla fede che vi riponeva, con l'ostacolare per quasi un secolo la codificazione del diritto civile tedesco, senza riuscire infine a impedirlo<sup>74</sup>.

Non che la legge, quale prodotto dello stato, fosse peraltro sconosciuta o volutamente ignorata da Savigny. Di essa, anzi, egli tratta a fondo nella parte del primo volume del suo *System des heutigen römischen Rechts*, apparso nel 1840, dedicata alle fonti del diritto<sup>75</sup>. E tuttavia, afferma Schmitt, per Savigny la legge è unicamente la materia che la scienza del diritto deve formare e raffinare. Noto a lui è inoltre che «la legge è solo uno dei tanti modi in cui si manifesta il diritto degli ordinamenti concreti e ... che l'essenza ed il valore della legge sta nella sua stabilità e durata o, come ha detto una volta con una certa elegante scepse Johannes Popitz, nella sua 'relativa eternità'». Tutto il procedere del diritto, del resto, è da Savigny concepito come una quieta crescita sorvegliata e propiziata da una scienza giuridica attenta alle «fonti storiche», che pongono al riparo dall'arbitrio e, data la loro inesauribile ricchezza e varietà di utilizzabilità, garantiscono la possibilità di qualsiasi mutamento ritenuto necessario<sup>76</sup>.

Pur altamente meritoria, precisa poi Schmitt, l'impostazione di Savigny non può però essere recuperata, salvo che in relazione all'importanza che assegna alla scienza giuridica. «Sappiamo», egli dice, «che non è possibile restaurare situazioni ormai passate. Una verità storica è vera solo 'una' volta»<sup>77</sup>. D'altro canto, le conoscenze odierne sulle «fonti storiche», e in particolare sulle fonti proprie del diritto romano, sono di gran lunga più ampie di quelle del tempo di Savigny. E abbiamo anche maturato una nuova sensibilità per ciò che attiene all'antropologia e alla mitologia. Disciplina, quest'ultima, alla quale Schmitt rammenta che si era proficuamente dedicato, disinteressandosi – con scelta atipica in epoca positivista – dell'attualità, Johann Jakob Bachofen: lo studioso – ordinario di diritto romano dal 1841 al 1844 a Basilea e giudice dal 1842 al 1866 in quella città<sup>78</sup> – nel quale

71 Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 68.

72 Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 10 s.

73 Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione* cit. 111.

74 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 66 ss.

75 Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. I (Torino 1886) 63 ss.

76 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 68 ss.

77 Riecheggia qui un passo di Bachofen, figura in cui tra poco ci imbatteremo, riportato da M. BRETONNE, *Come l'anatra* cit. 144: «è contro l'ordine della storia ... che Omero rinasca per la seconda volta, che ritorni un Fidia e che l'unità delle cose si dissolva affinché un secondo Priamo implori un secondo Achille per il cadavere di Ettore».

78 Cfr. G. SCHIAVONI, *Cronologia della vita e delle opere di J.J. Bachofen*, in J.J. BACHOFEN, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, cur. G. SCHIAVONI I (Torino 1988) LXVI s., dove è altresì ricordato che Bachofen aveva rinunciato all'insegnamento universitario soprattutto per conservare la propria libertà e indipendenza di fronte alla sospettosa diffidenza dei colleghi nei confronti delle sue indagini scientifiche, così da poter studiare «più per sé e per il proprio arricchimento che per il pubblico», com'egli stesso si esprime in una sua lettera.



egli, che pur lo sa convinto assertore della necessaria separazione dell'antico dal moderno nel campo del diritto<sup>79</sup>, riconosce «l'autentico erede di Savigny nel XIX secolo», come ripete nel libro sul *nomos*<sup>80</sup>, nonostante la sparsa convinzione che tale sia stato Puchta o Ihering; e che per lui sarà sempre un'icona<sup>81</sup>, se ancora in una lettera inviata ad Armin Mohler il 4 gennaio 1976, quando era sulla soglia dei novant'anni, indicando con tre nomi i problemi che gli rimanevano da risolvere, cita, oltre a Däubler e Donoso Cortés, proprio Bachofen<sup>82</sup>. In un quadro così mutato<sup>83</sup>, questo è il monito di Schmitt che si leva dal testo che andiamo

---

79 Eloquentemente, sul punto, è uno scritto autobiografico di Bachofen risalente al 1854 e destinato proprio al suo maestro Savigny, pubblicato postumo nel 1916 e leggibile in italiano, con il titolo *Retrospectiva di una vita*, in J.J. BACHOFEN, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrasia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, cur. G. SCHIAVONI I (Torino 1988) XLIX ss. «Ciò che mi interessò», vi è tra l'altro detto, «fu il mondo antico in se stesso, e non la possibilità di applicare la sua legislazione alle necessità dell'oggi; ciò che veramente desiderai studiare fu l'antico e non il moderno diritto romano. Con questo atteggiamento, ricavato dalla filologia, mi trovai spesso in penoso contrasto con i maestri ed i libri che mi ero scelto quali guide». E ancora: «se l'età classica e l'età moderna fossero esaminate ciascuna in base al proprio diritto, autonomo, avremmo ottimi studiosi e capaci professionisti della giurisprudenza».

80 Cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra* cit. 14, dove l'autore, evidenziando il legame del suo pensiero «con le fonti mitiche del sapere storico-giuridico», puntualizza: «esse ci sono state rese accessibili da Johann Jakob Bachofen, ma non dobbiamo dimenticare i numerosi suggerimenti del geniale Jules Michelet. Bachofen è il legittimo erede di Savigny. Egli ha sviluppato, rendendolo infinitamente fruttuoso, ciò che il fondatore della scuola giuridica storica intendeva per storicità. Si tratta di qualcosa di diverso dall'archeologia e dal museo. Tocca la questione stessa dell'esistenza della scienza giuridica, che oggi si trova schiacciata tra teologia e tecnica, se non riesce ad affermare in una dimensione storica rettamente conosciuta e resa fruttuosa il terreno della propria esistenza». Al riguardo, v. G. PRETEROSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna* cit. 155 s.

81 Presente anche in due punti dei suoi diari relativi al periodo che va dal 1947 al 1951, pubblicati a Berlino nel 1991 sotto il titolo *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951* e, nella traduzione italiana, a Milano nel 2001 sotto il titolo *Glossario*. Alle pp. 308 e 336 si trova invero nominato Bachofen. E la seconda volta in connessione con la figura dell'Epimeteo cristiano, alla quale – nota G. AGAMBEN, *Introduzione*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, cur. G. AGAMBEN, trad. it. (Vicenza 2005) 14 s. –, come a quella che già abbiamo incontrato di Benito Cereno, Schmitt – in particolare in *Tre possibilità di una immagine cristiana della storia*, ivi, 249 ss. – si affida nell'estremo «tentativo di un'autogiustificazione attraverso il mito», rivelando in pari tempo la sua «concezione esoterica della storia». Questa figura, l'Epimeteo cristiano – come ancora osserva Agamben –, per Schmitt versa infatti «nella paradossale condizione di dover rispondere di qualcosa che era già sempre prestabilito e compiuto». È insomma una vittima del destino, quale appunto si sentiva anche Schmitt, se nel suo *Canto del sessantenne* dell'11 luglio 1948 (in *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47* cit. 96 ss.) poteva scrivere: «ho conosciuto le escavazioni del destino, / vittorie e sconfitte, rivoluzioni e restaurazioni, / inflazioni e deflazioni, bombardamenti, / diffamazioni, mutamenti di regime e scoppi di tubazioni, / fame e freddo, campo di concentramento e cella d'isolamento, / e tutto ho attraversato da parte a parte, / e tutto mi ha attraversato da parte a parte. / Conosco i molti volti del terrore, / .... Conosco i cori del potere e del diritto, / ... Per tre volte sono stato nel ventre del pesce. / Ho visto negli occhi il suicidio per mano del boia. / Eppure protettiva mi ha circondato la parola di poeti sibillini, / e, a salvezza, m'apre le porte un santo che viene dall'Oriente. / Figlio di questa consacrazione, non devi tremare – / Sta in ascolto e soffri» (cfr. G. GIANNINI, *Carl Schmitt: la politica e il destino*, in C. SCHMITT, *A colloquio*, cur. G. GIANNINI [Napoli 2005] 78).

82 Cfr. P. DAL SANTO, *Nota al testo*, in C. SCHMITT, *Donoso Cortés interpretato in una prospettiva paneuropea*, cur. P. DAL SANTO, trad. it. (Milano 1996) 117.

83 E quanto possa essere mutato in dipendenza dell'apporto dato da Bachofen con la sua opera più famosa, *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, apparsa a Stoccarda nel 1861, si può desumere da questo felice brano di W. BENJAMIN, *Johann Jakob Bachofen*, in *Il viaggiatore solitario e il flâneur. Saggio su Bachofen*, cur. E. VILLARI (Genova 1998), 47 s.: «Bachofen si è ispirato alle fonti romantiche. Ma queste non sono affatto scese sino a lui senza aver attraversato quel grande filtro costituito dalla scienza storica. Il suo maestro [Friedrich] Carl von Savigny ... apparteneva precisamente a quella splendida 'équipe' scientifica che si poneva fra l'epoca della pura speculazione romantica e quella di un positivismo soddisfatto di sé. .... Un pronunciato rispetto per le origini delle istituzioni era uno dei punti messi maggiormente sotto accusa della 'scuola storica del diritto' di cui Savigny era l'animatore. Pur essendo rimasto estraneo al movimento hegeliano, egli fonda comunque le basi della sua dottrina in un celebre luogo dell'introduzione alla *Filosofia della storia* di Hegel. Si tratta della ben nota definizione di 'Volksgeist', lo 'spirito di ogni popolo' che, secondo Hegel, conferisce un'impronta comune alla sua arte, alla sua morale, alla sua religione, così come

esaminando, lungi dall'avventurarsi in «ripescaggi di tipo reazionario», bisogna allora impegnarsi nell'acquisizione di quell'eterogeneo sapere rivolto a ogni aspetto della storia che aumenta sempre più, perché essa «può risultare scientificamente fruttuosa per il presente»: e intanto lasciare o, meglio, fare morire il positivismo<sup>84</sup>. Bisogna insomma indirizzarsi lungo la via percorsa dallo stesso Schmitt, seguendone il cammino che in molteplici opere, ma sommamente in *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*<sup>85</sup> – per taluno il suo libro più bello, da annoverare tra i primi testi che narrano la storia della globalizzazione<sup>86</sup> –, lo porta a inoltrarsi in territori dove si incrociano, in una prospettiva diacronica capace di gettare luce sulla contemporaneità anche giuridica, politica e diritto, filosofia e teologia, antropologia e mitologia<sup>87</sup>. Rami del sapere di cui egli riesce a dare fascinosamente conto non solo perché li padroneggia, ma pure perché ha nelle sue corde due registri all'apparenza inconciliabili: «quello della logica e quello della seduzione, del concetto e dell'immaginazione<sup>88</sup>, della ragione e del mito»<sup>89</sup>.

Sotto un profilo ancora diverso, e riprendo così lo Schmitt della nostra conferenza, si deve altresì osservare che il saggio del 1814 di Savigny non persuade affatto «per il contenuto concettuale ed il modo di argomentare», connotato com'è da lampanti contraddizioni, cui non fa velo la bellezza della lingua e dello stile. Basti pensare che Savigny «annuncia la dottrina di un creativo spirito del popolo che cresce involontariamente, e tuttavia egli è diventato il fondatore di una scuola ... solo 'storica', di un 'diritto naturale di ciò che è storicamente divenuto' (Max Weber), di una tendenza che infine ha portato ad una forma di erudizione» – che non è però quella calda e viva di Bachofen, è da credere – «archeologica, filologica e papirologica, apparsa come un unico grande anacronismo<sup>90</sup>, che solo molto indirettamente entra in contatto con lo spi-

---

alla sua scienza e al suo sistema del diritto. Questa concezione, la cui portata scientifica si è dimostrata assai dubbia, è stata originalmente modificata da Bachofen. Dal momento che i suoi studi giuridici e archeologici gli proibivano di considerare il diritto degli antichi come un'unità ultima e irriducibile, egli aveva creduto di trovare un altro fondamento, diverso da quello, troppo incerto, dello spirito del popolo. Accanto alla rivelazione dell'immagine, come di un messaggio proveniente dal paese dei morti, si colloca ormai per Bachofen quella del diritto come una costruzione sulla terra, le cui fondamenta sotterranee e di profondità inesplorate sono formate dagli usi e costumi religiosi del mondo antico. La disposizione e anche lo stile di questa costruzione erano ben noti, ma nessuno, ancora, sembrava rendersi conto di doverne studiare gli aspetti sotterranei. È proprio quanto Bachofen intraprese con la sua grande opera sul matriarcato».

84 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 73 s.

85 Il titolo dell'originale, apparso per la prima volta a Lipsia nel 1942, è *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*. La traduzione in italiano qui presa a riferimento è stata pubblicata a Milano nel 2002.

86 Cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in C. SCHMITT, *Terra e mare* cit. 135.

87 Cfr. A. ARESU, *Filosofia della navigazione* (Milano 2006) 169 ss.

88 Quell'immaginazione che, per Bachofen, conduce comunque alla conoscenza, per una strada addirittura più rapida di quella del puro intelletto. Leggiamo infatti in *Retrospectiva di una vita* cit. LVII: «illustrando il mio interesse per le tombe antiche, dovrò anche parlare dell'epigrafia, degli epigrammi, e di molti altri settori della scienza? Preferisco pensare al diletto che trassi dalle visite alle tombe. Vi sono due vie alla conoscenza: la più lunga, più lenta, più ardua via delle associazioni razionali, e il più breve sentiero dell'immaginazione, che si percorre con la forza e la velocità della corrente elettrica. Destata dal contatto diretto con i resti antichi, l'immaginazione afferra la verità d'un sol colpo, senza anelli intermedi. La conoscenza acquistata per questa seconda via è infinitamente più viva e colorata dei prodotti del ragionamento».

89 Cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi* cit. 137.

90 Sembra intendere diversamente questo punto M. BREONE, *Come l'anatra* cit. 145, là dove scrive: «il naufragio della Scuola storica nell'antiquaria e nell'archeologia è un dato incontrovertibile e ne compie il destino. Perciò Schmitt giudica Bachofen il 'vero erede' di Savigny. Ma è un giudizio paradossale. Per Bachofen ... il diritto romano, in quanto fenomeno storico, non andava confuso con il diritto attuale e con le sue operazioni pratiche e teoriche». È comunque da pensare che Schmitt intendesse alludere a quella forma di erudizione archeologica, filologica e papirologica di cui erano depositari proprio gli studiosi contro i quali si era scagliato Bachofen, tra i quali, come vedremo nella nota successiva, Mommsen. Non va del resto dimenticato quanto ha notato F. JESI, *Bachofen e il rapporto con l'antico*, in F. JESI, *Bachofen*, cur. A.

rito del popolo vivente in continua espansione»<sup>91</sup>. E anche il parallelo da lui tracciato fra diritto e linguaggio appare a Schmitt infelice, dal momento che esso giustificava l'affermarsi, anche nell'ambito del primo, della germanistica e non già della romanistica: l'invito «ad un ritorno alle pure fonti, criticamente valutate, del diritto romano ed alla loro lingua latina» non era certo in consonanza con «la dottrina dello spirito del popolo». Quel saggio di Savigny del 1814 per Schmitt è però basilare perché contiene «la prima cosciente presa di distanza dal mondo dell'attività normativa», enunciando una dottrina, quella «dello sviluppo senza mire del diritto» assicurato dalla scienza giuridica, che fa di questa «l'antipodo del diritto che viene di fatto meramente sancito». E perché, in virtù dell'approccio storico che vi è praticato, il quale contempla il «ritorno al diritto romano ed alla purezza delle fonti», giunge a riconoscere che la scienza giuridica si fonda «solo su se stessa» ed è separata dalla teologia, dalla filosofia «e dalla perizia giuridica meramente artigianale», cogliendo così perfettamente «die geschichtliche Lage der europäischen Rechtswissenschaft in ihrem Kern»<sup>92</sup>.

A insidiare oggi la nostra scienza, conclude Schmitt, non è comunque la teologia né, se non occasionalmente, la filosofia: è invece lo «scatenarsi di un tecnicismo che si serve della legge dello stato come di uno strumento». Consci di ciò, dunque, coloro che quella scienza esercitano devono continuare a farlo, con l'intento di scongiurare il rischio di un definitivo dissolversi del diritto «nella rete di prescrizioni normative sempre di nuovo 'poste'». Del resto, scrive Schmitt, noi «non possiamo sceglierci, secondo i nostri gusti, i regimi e i mutevoli detentori del potere, ma tuteliamo, con il cambiare delle situazioni, ciò su cui poggia un modo razionale di essere uomini che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un riconoscimento della persona<sup>93</sup> che non venga meno neppure nella contesa», cioè – a voler rischiare il concetto rifacendosi a una delle idee forti che solcano gli scritti di Schmitt<sup>94</sup> – in quello scontro

---

CAVALLETTI (Torino 2005) 12 s., e cioè che «le prime lodi a Bachofen non vennero certo dai filologi e in genere dagli specialisti di 'scienza dell'antichità' (tranne il Professor Nietzsche), ma da antropologi, etnologi e sociologi come L.H. Morgan e J.F. McLennan»; inoltre, che «nell'ambito di codeste 'scienze umane' Bachofen godette fin circa all'inizio del XX secolo la posizione di privilegio (come 'scopritore' del matriarcato) che non ebbe mai nella 'scienza dell'antichità'».

91 Istruttivo, al riguardo, è quanto si legge in W. BENJAMIN, *Johann Jakob Bachofen* cit. 46 s., a proposito della polemica che Bachofen aveva scatenato contro Theodor Mommsen: il primo, «nel suo *Mito di Tanaquilla* (*Tanaquil* 1870), cercò di ricusarne non soltanto lo spirito positivista – cosa che avrebbe potuto fare con successo – ma la critica delle fonti, di cui Mommsen era diventato maestro. Saremmo tentati di vedere in questo dibattito una specie di prologo a quello che, qualche anno dopo, doveva far emergere la scienza positivista, nella persona di Wilamovitz contro Nietzsche autore dell'*Origine della tragedia*. In ogni caso, in questi due conflitti era l'aggressore che doveva soccombere: Bachofen è stato vendicato in campo scientifico da Nietzsche. ... La signorile indipendenza della sua situazione non ha ripagato Bachofen per il suo isolamento, il rancore che si sprigiona nella sua polemica con Mommsen è lo stesso che, un giorno, si sarebbe rivelato in questi termini: 'nessuno è calunniato come colui che stabilisce i legami fra il diritto e le altre forme di vita e che allontana da sé la tendenza a isolare, ponendo in caselle separate, ogni disciplina e la storia di ogni popolo. Si ha la pretesa di approfondire le ricerche limitandone il campo. Questo metodo non approda a null'altro che a una concezione superficiale e priva di ogni spiritualità, che ha generato la passione per una attività tutta esteriore di cui la fotografia dei manoscritti costituisce il culmine'».

92 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 74 ss.

93 Rileva sul punto M. BREONE, *Come l'anatra* cit. 135: «adoperato in modo assoluto – senza nessun ricorso alle distinzioni abituali nella dottrina giuridica nazionalsocialista, e allusive all'appartenenza o no al popolo tedesco, allo stesso diritto e allo stesso sangue ('Volksgenosse' e 'Nicht-Volksgenosse', 'Rechtsgenosse' e 'Nicht-Rechtsgenosse', 'Blutsgenosse' e il suo contrario) – 'persona' sembra riacquistare il valore di un tempo: il valore che aveva, per intenderci, in Kant o nel *Sistema* di Savigny, nel BGB o nella Pandettistica».

94 E superando così l'interrogativo di M. BREONE, *Come l'anatra* cit. 135: «ma di quale contesa si parla? Il punto rimane oscuro, anche nel solo profilo teorico, e non sappiamo se Schmitt abbia in mente il diritto interno di uno stato o i rapporti fra stati e diritti diversi (come l'accento alla reciprocità sembra suggerire), o l'uno e gli altri insieme». Per quanto subito si osserverà nel testo, non può condividersi il seguito

virtuale o reale tra amico e nemico in cui risiede la cifra prima del ‘politico’<sup>95</sup>; un riconoscimento della persona «che poggia sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e per la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del livello minimo di regolarità procedurale, del ‘due process of law’, senza cui non c’è diritto»<sup>96</sup>. Nel custodire il nocciolo indistruttibile di tutto il diritto di fronte a qualsiasi attività normativa disgregante «sta la dignità che ci viene consegnata» e la nostra missione. Solo dandovi seguito si può sconfiggere «il pericolo di un tecnicismo vuoto e legalitario», oggi più che mai incombente, già combattuto da Savigny con il suo scritto del 1814 e, a suo modo – rifugiandosi cioè nella ricerca mitologica e rifuggendo un’attualità pervasa dal positivismo, verrebbe da pensare, a integrazione del pensiero di Schmitt –, anche da Bachofen. Ecco allora che, «in un’epoca in cui la legalità è diventata un’arma velenosa con la quale un partito colpisce alle spalle un altro, la scienza del diritto diventa l’ultimo asilo della coscienza giuridica»<sup>97</sup>. Riportata interamente a se stessa, tale

del discorso di Bretone: «in ogni modo, quasi si crederebbe che il termine», contesa cioè, «alluda a qualcosa come un agone accademico o sportivo, o un cavalleresco scontro fra eguali». Vero è, invece, quanto egli ulteriormente afferma: «nulla viene detto, o lasciato intendere, sulla ‘volontà di cose terribili’ (nel senso nietzschiano della parola); sui non eguali, sui perseguitati, gli ebrei per esempio, esclusi dalla comunità civile dieci anni prima, da leggi alle quali Schmitt aveva dato pubblicamente il suo assenso. Ritomarvi ora, mentre alla discriminazione tengono dietro la deportazione e lo sterminio, gli sarà apparso tardivo e inutile: i giuristi non scelgono ‘i mutevoli detentori del potere’». Legata a una percezione intensamente soggettiva è poi la notazione successiva: «ma il silenzio, comprensibile nel suo opportunismo o nella sua necessità, non gli evita una rovinosa caduta nel grottesco».

95 Cfr., in particolare, C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in C. SCHMITT, *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, cur. G. MIGLIO e P. SCHIERA, trad. it. (Bologna 2003) 108 ss., dove si rinvengono queste importanti precisazioni: «il nemico è l’*hostis*, non l’*inimicus* in senso ampio»; per la determinazione della relativa nozione è rilevante un passo di Pomponio in D. 50.16.118, ma soprattutto la definizione che vi è data nel *Lexicon totius Latinitatis* di Forcellini, ossia che «*hostis* è colui col quale combattiamo pubblicamente una guerra», mentre «*inimicus* ... è colui col quale abbiamo odi privati. I due concetti possono essere distinti anche nel senso che *inimicus* è colui che ci odia; *hostis* chi ci combatte» (pp. 111 s. e nt. 17). Inoltre, «i concetti di amico, nemico e lotta acquistano il loro significato reale dal fatto che si riferiscono in modo specifico alla possibilità reale dell’uccisione fisica. La guerra consegue dall’ostilità poiché questa è negazione assoluta di ogni altro essere. La guerra è solo la realizzazione estrema dell’ostilità. Essa non ha bisogno di essere qualcosa di quotidiano o di normale, e neppure di essere vista come qualcosa di ideale o di desiderabile; essa deve però esistere come possibilità reale, perché il concetto di nemico possa mantenere il suo significato» (p. 116). V. altresì C. SCHMITT, *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, trad. it. (Milano 2005) 119 in specie: «il nemico non è qualcosa che si debba eliminare per un qualsiasi motivo, o che si debba annientare per il suo disvalore. Il nemico si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione mi devo scontrare con lui: per acquisire la mia misura, il mio limite, la mia figura». Senza l’*hostis*, dunque, per Schmitt non si dà una forma politica, come ribadisce anche G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo* (Torino 2005) 184 ss.

96 Certo Schmitt avrà pensato a questi principi quando, in *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47* cit. 62 s., scrive, con riferimento alla sua personale esperienza: «le sofferenze che gli uomini s’infliggono a vicenda sono terribili. Non possiamo semplicemente distogliere lo sguardo da esse. Ma come sopportarne la vista? Come può in particolare un uomo, per il quale il sapere giuridico è divenuto parte della sua esistenza, sopportare il mero fatto, anzi, la mera possibilità di una totale privazione dei diritti, chiunque essa colpisca nel singolo caso? E se colpisce lui stesso, allora alla situazione del giurista spossato dei suoi diritti, dell’uomo di legge [‘lawyer’] dichiarato fuori legge [‘outlaw’], del legista posto ‘hors-la-loi’ si aggiunge qualcosa di particolarmente amaro, che si somma a tutte le altre sofferenze fisiche e psichiche: l’aculeo del sapere, che di continuo rinfocola il bruciore della ferita».

97 Commenta al riguardo M. BRETONE, *Come l’anatra* cit. 134, con parole che sembrano però tradire un’eccessiva partecipazione emotiva: «chiunque avverta, nel discorso di Schmitt, una qualche suggestione, farà bene a stare in guardia. Esso ha un intento programmatico e vorrebbe aprirsi a un incerto futuro; ma appare prigioniero di un presente immobile e minaccioso. Ogni inquietudine critica si consuma in se stessa. Quanto in ultima analisi se ne ricava, suona anacronistico e lugubre. Sentiamo nostalgia di Kelsen, ormai definitivamente in salvo negli Stati Uniti, e del suo solare razionalismo». Seguendo A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 19 ss. e 28 ss., che invita ad accostarsi a Schmitt *sine ira et studio*, si può peraltro osservare che è ben percepibile «l’abisso» che separa lo Schmitt degli anni che vanno dal 1933 al 1936 e anche oltre, cioè lo Schmitt «esponente di spicco ed autentico rappresentante del nazismo» o almeno che tale «si sforza di essere», riuscendo ad accreditarsi in modo siffatto presso «molti giuristi stranieri, ad

scienza, pur a fronte del terrore generato dagli strumenti di annientamento ormai in mano a tutti i detentori del potere, è in grado di trovare «la cripta misteriosa in cui i germi del suo spirito sono protetti contro ogni persecutore», senza «morire di una comune morte con i miti della legge e del legislatore». Come si può e si deve ricavare dall'insegnamento di Savigny, sottolinea ancora Schmitt<sup>98</sup>.

6. Questo, dunque, egli sosteneva discutendo, fra il 1943 e il 1944, intorno alla situazione della scienza giuridica europea, itinerante tra le varie città dianzi ricordate, anche se non può escludersi che qualche riflessione appartenga solo al testo pubblicato nel 1950<sup>99</sup>.

Non un'esaltazione dell'ideologia nazista o un incitamento ad aderirvi vi si distingue, ma una glorificazione, forse un po' nostalgica, di quella scienza giuridica che

---

esempio francesi e italiani», e lo Schmitt della conferenza sulla situazione della scienza giuridica europea, pur non mancando certo linee di continuità e fili che li legano. Il secondo Schmitt, che lascia trapelare la sconfessione del suo prossimo passato – ma non il ripudio dello stesso, che egli era comunque chiamato a vivere, similmente all'Epimeteo cristiano –, il secondo Schmitt, che «mette a frutto i propri errori per ripensare più a fondo il mondo moderno e la possibilità di una salvezza dell'uomo», si riannoda piuttosto allo Schmitt non ancora compromesso col nazismo, il quale già si mostrava convinto che il diritto e la sua scienza «affondano le loro radici in una realtà positiva ma invisibile, in una forma sottratta alla volontà di dominio dell'umanità moderna». Non si può tuttavia negare che la figura di Schmitt per più aspetti rimane ancora enigmatica, nonostante l'immane bibliografia accumulata al suo riguardo («su Carl Schmitt ... sono state scritte migliaia di cose. Ogni stupido laureando si permette di farlo», già egli lamentava: cfr. *Un giurista davanti a se stesso*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* cit. 159). È però certo che per contribuire a illuminare, sotto un profilo esclusivamente scientifico, questa «grande metafora del Novecento», come A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 29, ha definito lo stesso Schmitt, in contrapposto a quell'altra grande metafora che gli sta davanti e risponde al nome di Kelsen, bisogna liberarsi dal pregiudizio connesso a quello che è stato, almeno per un tratto, il suo, pur imperdonabile, credo politico e analizzarla rigorosamente dall'interno del mondo, ampiamente inteso, del diritto: quel mondo che Schmitt, a stare ancora al livello scientifico, sentiva come l'unico suo. Il che, sia chiaro, non implica di per sé una riabilitazione dello studioso dal punto di vista intellettuale, comportando soltanto che il giudizio sul suo pensiero giuridico – e su tutto il suo pensiero giuridico, compreso quello posto a servizio dell'ideologia nazista – rimanga ancorato al piano cui questo pensiero appartiene. A collocarsi sul terreno del diritto svincolati dall'ipoteca della valutazione di ordine etico, d'altro canto, riacquistano coerenza logica – che non equivale peraltro a validità di ragionamento, dovendosi evidentemente soppesare i presupposti su cui esso si innesta – anche le parole, che coinvolgono Kelsen, pronunciate da Schmitt nel corso del già menzionato colloquio con Dieter Groh e Klaus Figge del 1972 e che vale la pena di rievocare. «Il 24 marzo 1933 venne promulgata la legge dei pieni poteri. Per me in quanto giurista positivo ebbe inizio una fase completamente nuova. Mi piacerebbe sapere che cosa avrebbe fatto Hans Kelsen nella mia posizione, lui che è un positivista convinto. Già lo so: ha sempre insistito sul fatto che dall'istante in cui il dado è tratto, per uno scienziato del diritto positivista non c'è più niente da fare. Certo, era possibile andarsene. Una cosa però è incontestabile: quel che accadde allora era pur sempre diritto, nel senso di ciò che un giurista ha il compito di studiare scientificamente (come i numeri per un matematico): altrimenti la scienza del diritto non esisterebbe nemmeno. A quelli che gli chiedevano: 'Quando la democrazia è minacciata con gli stessi mezzi della democrazia, non ci si deve difendere con la violenza?', Kelsen rispondeva: 'È un vostro problema. Non si tratta di una questione giuridica, e cioè di una questione che un giurista possa risolvere'. In una discussione che ebbe luogo nel 1926, il professore viennese Hold von Ferneck pose questa domanda al suo collega: 'Nel caso in cui a un legislatore impazzito salti in mente di dare l'ordine che ogni domenica vengano fucilati dieci uomini per un motivo qualsiasi, per esempio perché hanno i capelli rossi, anche questo andrebbe considerato diritto e legge?'. E Kelsen rispose senza scomporsi: 'Io sono un giurista, non un moralista'. Ebbene, io non sono un positivista nel senso in cui Kelsen concepisce la scientificità; d'altra parte, non c'è diritto all'infuori di quello positivo. Il problema non si può risolvere così velocemente. ... Mi trovavo a ogni modo nella situazione di un giurista che, per quanto non positivista nel senso di Kelsen, era perfettamente consapevole del fatto che non può esserci diritto senza positività – intendo dire un diritto vigente, e diritto vigente significa in qualche modo diritto effettivo. L'effettività nel senso dell'essere in funzione della burocrazia e dell'esercito non veniva affatto messa in discussione all'epoca» (cfr. *Colloquio con Dieter Groh e Klaus Figge* cit. 60 ss.).

98 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 82 ss.

99 Cfr. M. BRETONE, *Come l'anatra* cit. 134 s.

per secoli è stata capace di elaborare da sé il diritto, riuscendo a riportare nel suo alveo pure le statuizioni normative a carattere autoritativo; e quindi, anzitutto, della scienza dei giureconsulti romani, trasmessa da Giustiniano; e poi anche della scienza dei giureconsulti che si sono avvicendati dall'età dei glossatori a Savigny, in misura variabile dipendente dalla prima<sup>100</sup>. Grazie agli uni e agli altri, invero, a essere vigente in Europa è stato essenzialmente un diritto, qual è quello romano latamente inteso, individuato da un ceto di esperti secondo metodiche razionali, ma non prodotto, più o meno artificialmente, da questo: piuttosto, come dice Agostino Carrino, da questo «pensato e consaputo»<sup>101</sup>. Un diritto, per giunta, che, per il suo stesso modo di formarsi e affiorare, non porta con sé obiettivi predeterminati, tranne quello di essere quello che è. Diversamente dal diritto visto in chiave positivista, quale risultato di un'incessante attività legislativa di monopolio statale volta a scopi specifici, che, a iniziare dal XIX secolo, tende ad azzerare quello delineato dalla scienza giuridica.

Ben più difficile è invece scorgere nelle parole di Schmitt, pur chiare nel tratteggiare il compito proprio della scienza giuridica nel futuro dell'Europa, i mezzi di cui questa può e deve avvalersi per assolverlo.

Quanto al compito, esso è infatti da lui identificato nella salvaguardia dell'unità e della coerenza del diritto, costantemente compromesse dal profluvio di disposizioni legislative. In armonia, è da aggiungere, con ciò che lo stesso Schmitt aveva scritto già nel 1912, in un saggio su *Gesetz und Urteil* ampiamente richiamato da Fioravanti, nel quale, come questi rileva sinteticamente, vi era l'invito ai giuristi a difendersi dalle invadenze disgreganti del diritto formale, a mantenersi fermi nel proprio ruolo di custodi dell'integrità del diritto e a sentirsi eredi delle grandi tradizioni della scienza giuridica tedesca<sup>102</sup>. Ma anche in aderenza al contenuto di un altro contributo di Schmitt del 1936, intitolato *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, pure menzionato da Fioravanti, se rettamente si intende uno dei suoi passi salienti: «un popolo, che non ha un ceto dei giuristi, non ha alcuna costituzione». Tenendo conto del contesto, non si può che seguire di nuovo Fioravanti là dove afferma che l'assunto sta a significare che, in una situazione storica nella quale i giuristi sono tutti divenuti o semplici tecnici del diritto o politici del diritto inseriti nel lavoro di mediazione degli interessi particolari, non c'è più costituzione, perché non ci sono più i giuristi, che svolgono la loro originaria missione di tutela dell'integrità del diritto, di garanzia e custodia dell'unità politica globale contro le dissoluzioni pluralistiche<sup>103</sup>. Una missione, non può tralasciarsi di osservare, che lo Schmitt di *Das 'Allgemeine deutsche Staatsrecht' als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, un articolo del 1940 ancora una volta ricordato da Fioravanti, reputava interpretata al meglio da quell'Otto Mayer al quale, come abbiamo visto, egli riserva un cenno nel testo della nostra conferenza. Per quello Schmitt, invero, «come la Scuola Storica aveva voluto sostituirsi al legislatore nel fissare i tratti fondamentali del diritto privato tedesco, così Otto Mayer, quale teorico del nuovo diritto amministrativo, in una situazione di perdurante frammentazione dell'esperienza amministrativa tedesca, al di là della stessa unità politica, aveva elaborato le linee principali del diritto amministrativo comune tedesco»: in tal modo, e continuo a giovarmi di Fioravanti, il positivismo puramente legislativo aveva subito una pesante

100 Evidenzia M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 343 nt. 59, che Schmitt non propone certo «una sorta di 'ritorno a Savigny'»: ma che la sua «avversione per certe caratteristiche del diritto positivo del proprio tempo è così forte ... da far divenire 'la nostalgia di Savigny' una componente essenziale di un progetto preciso di riorientamento della scienza giuridica della metà del secolo ventesimo».

101 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 13.

102 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 341.

103 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 344 s.

sconfitta e la scienza giuridica aveva appunto dato prova di non aver tradito la sua autentica vocazione<sup>104</sup>.

Ma sui mezzi utilizzabili dalla scienza giuridica per espletare il suo compito Schmitt appare ermetico, quasi reticente. Certo le è precluso, a suo modo di pensare, di rinverdire il programma di Savigny e così di restituire una centralità ormai anacronistica al diritto romano. Più in generale, le è vietato il recupero di ogni realtà normativa già superata, che suonerebbe come reazionario. Pur essendo indispensabile, per Schmitt, che essa si formi al contatto con la storia concepita nella maniera più ampia, senza che siano banditi dal suo campo profili insoliti, come quelli antropologici o quelli mitologici cari a Bachofen: perché solo così può rendersi avvertita di ciò che è e del ruolo che è chiamata a giocare, perpetuando a livello europeo una forma di razionalizzazione del diritto scoperta e messa a punto dai *prudentes* romani e ripresa in tutto il nostro continente a partire dai glossatori; e poi perché una conoscenza del passato estesa ai suoi ambiti più reconditi può rivelarsi comunque utile nell'indagine del presente condotta scientificamente. Ma di più, sui mezzi fruibili dalla scienza giuridica, Schmitt non dice. Lascia solo supporre, a chi voglia dare coerente sviluppo alla sua impostazione, che devono essere forti, tali da assicurare alla scienza giuridica il predominio, ovviamente rispetto all'area del diritto, sullo stato, espressione del positivismo puro, che in continuazione detta regole. Ma non così forti da fare della scienza giuridica il luogo di creazione del diritto stesso, nonostante un assunto di Schmitt che indurrebbe a pensare il contrario, ove non adeguatamente riassorbito nel discorso complessivo: «die Rechtswissenschaft ist eben selbst die eigentliche Rechtsquelle» ovvero «la scienza del diritto è appunto essa stessa l'autentica fonte del diritto»<sup>105</sup>. Come opportunamente ha messo in risalto Carrino, confutando con vigore l'opposta opinione manifestata a suo tempo da Enrico Allorio, vero è che Schmitt, nel testo che siamo venuti analizzando, «lascia passare l'idea (sia pure non argomentata e dimostrata) per cui diritto e scienza giuridica (quasi) si identificano, sicché l'uno non potrebbe (logicamente) essere il 'prodotto' dell'altra»<sup>106</sup>. Perché anche per lui, come già per Savigny, il diritto sembra essere qualcosa di dato – che può comunque essere esplicitato da un legislatore, ma da un legislatore moderato e accorto –, cui dà forma compiuta il ceto dei giuristi<sup>107</sup>. A questo, infatti, compete riconoscere il diritto, accoglierlo in sé e farlo germogliare, come emerge da una meditazione che Schmitt consegna ai suoi diari il 1° settembre 1948<sup>108</sup>. Significativamente, del resto, in un colloquio radiofonico con Veit Roskopf trasmesso il 1° febbraio 1933, ma sicuramente registrato prima della nomina di Hitler a cancelliere decretata il precedente 30 gennaio<sup>109</sup>, egli aveva affermato: «l'oggetto delle mie riflessioni e ricerche scientifiche è il diritto concreto e vivente del popolo cui appartengo. Il tipo di diritto e di legge con cui ho a che fare è in senso squisitamente spirituale sempre presente, e appartiene immediatamente alla vita di ogni popolo come la sua lingua, la sua fede e il suo concreto destino politico. ... Il mio lavoro trae il proprio senso dal fatto che io non sono niente altro che organo di questo diritto sostanziale del popolo

104 Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. 346.

105 Cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* cit. 69.

106 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 9 s.

107 In quale modo, per Schmitt, «la scienza del diritto possa agire come 'autentica fonte del diritto' (lo era per Savigny), non risulta chiaro, e la vecchia metafora rivendica una forza esplicativa che in realtà le è preclusa»: questo scrive M. BRETONE, *Come l'anatra* cit. 134. Come si è sostenuto nel testo, è però da escludere che Schmitt connotasse in senso propriamente produttivo la scienza del diritto. Il che vale anche in relazione alle osservazioni svolte da A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio* cit. 645 ss.

108 Cfr. C. SCHMITT, *Glossario* cit. 274.

109 Cfr. *Colloquio radiofonico del 1° febbraio 1933*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, cur. G. AGAMBEN, trad. it. (Vicenza 2005) 33 nt. 1.

concreto cui appartengo. In ogni situazione devo sempre tenere ben presente il nesso di quella facciata positivistica, se così posso dire, con quel diritto sostanziale, devo essere sempre consapevole della realtà concreta. In me stesso, nei miei allievi e uditori devo affinare il senso per tutto ciò, e soprattutto devo contrastare il peggiore e più fatale degli abusi: l'abuso formalistico delle possibilità legali»<sup>110</sup>. Il diritto sostanziale del popolo concreto di cui Schmitt è membro pare dunque presentarsi a lui come un diritto dato dalle nobili ascendenze, del quale lo stesso Schmitt, in quanto esponente della cerchia dei giuristi, si sente organo, come tale investito pure della sua difesa nei confronti delle ingiustificate incursioni dello stato legislatore di stampo positivistico: anche se un organo che, del tutto contraddittoriamente, proprio nel corso del 1933 dà alle stampe *Stato, movimento, popolo. La triplice articolazione dell'unità politica* (nell'originale tedesco *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*), un lavoro<sup>111</sup> nel quale Schmitt enuncia i principi fondamentali del nuovo ordine nazionalsocialista, che quel diritto sostanziale si propone di cancellare quasi completamente. Principi che, ispirandosi alla dottrina della razza, valorizzano la nozione di «Artgleichheit», che può rendersi con «identità di specie» o «identità di stirpe»<sup>112</sup>, diabolicamente deputata a segnare la rotta che pure i giuristi devono seguire, come si ricava da questo impressionante brano: «c'è ... solo una via: lo Stato nazionalsocialista l'ha presa con grande sicurezza, e il segretario di Stato Freisler ha dato a essa il più chiaro motto distintivo ponendo l'esigenza: 'Non riforma della giustizia, ma riforma dei giuristi'. ... Con tutta la risolutezza deve essere assicurata la vera e propria 'sostanza' della 'personalità', ed essa sta nell'esigenza che ogni uomo incaricato della esposizione, interpretazione e applicazione di diritto tedesco sia vincolato al popolo da uguaglianza di specie. Dalle necessità positive del lavoro giuridico l'idea dell'uguaglianza di specie attraverserà e dominerà tutto il nostro diritto pubblico. Essa vale per la classe dei funzionari di carriera, come per quella ... degli avvocati, come per tutti i casi in cui connazionali divengano attivi nell'amministrazione, nella giustizia e nella teoria giuridica. Essa garantirà anzitutto anche nella composizione dei diversi nuovi 'consigli del Führer' una feconda collaborazione. Noi sappiamo non soltanto per sentimento, ma in base alla più rigorosa conoscenza scientifica, che ogni diritto è il diritto di un determinato popolo. È una verità gno-seologica che è in grado di vedere bene dei fatti, di sentire bene delle dichiarazioni, di intendere bene delle parole e di valutare giustamente delle impressioni di uomini e di cose soltanto colui che faccia parte della collettività creatrice del diritto in una maniera essenziale e determinata dalla specie, e che appartenga a essa esistenzialmente [existenziell]. L'uomo sta nella realtà di questa appartenenza a un popolo e a una razza fino ai più profondi e più inconsci moti dell'animo, e anche fino alla più piccola fibra cerebrale. Non è oggettivo chiunque vorrebbe essere tale e chiunque creda soggettivamente con buona coscienza di essersi affaticato abbastanza per esserlo. Un estraneo alla specie può atteggiarsi criticamente e adoperarsi sagacemente quanto vuole, può leggere libri e scrivere libri; ma egli pensa e intende diversamente, perché egli è 'fatto [geartet] in un altro modo', e rimane, in ogni ordine di idee essenziale, nelle condizioni esistenziali della sua propria specie [Art]. Questa la realtà oggettiva della 'oggettività'. ... Noi cerchiamo un vincolo che sia più attendibile, più vivente e più profondo che l'ingannevole vincolo alla lettera storcibile di mille paragrafi di legge. Dove mai potrebbe esso stare se non in noi stessi e nella nostra propria specie?»<sup>113</sup>.

110 Cfr. *Colloquio radiofonico del 1° febbraio 1933* cit. 34 s.

111 Da ultimo in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, cur. G. AGAMBEN, trad. it. (Vicenza 2005) 255 ss.

112 Cfr. G. AGAMBEN, *Introduzione* cit. 22.

113 Cfr. C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo* cit. 310 ss.



Ma lasciamo questo Schmitt, organo del regime nazionalsocialista e non certo, com'egli si proclamava, del diritto sostanziale del popolo concreto tedesco, per piegare su quello, ben più rassicurante, della conferenza sulla situazione della scienza giuridica europea, che, in linea di continuità con quanto andava sostenendo da lustri, biasima la frenetica fabbricazione di precetti a opera dello stato pensato dal positivismo e offre un nuovo motivo di riflessione: quello dell'inarrestabile declino dello stato in sé considerato, che può comunque essere bilanciato, a evitare il parallelo dissolversi della coscienza europea, dal persistere e dall'irrobustirsi di una scienza giuridica continentale. E invero, come scrive Carrino, per Schmitt «il diritto», mai disgiunto dalla scienza che lo plasma, aggiungerei, «è quella forma – specifica alla cultura europea – dove la coscienza europea sradicata e alienata a se stessa nella progressiva e prossima perdita dello Stato (che rappresentava infatti la risposta dell'Europa alla crisi della unità cristiana medioevale e alle conseguenti guerre [civili] di religione) può tentare di ritrovare l'origine della possibilità di un nuovo inizio»<sup>114</sup>. A distanza di neanche settant'anni dal discorso di Schmitt cui abbiamo dedicato la nostra attenzione, ciò che maggiormente colpisce è che, in effetti, lo stato, come dichiarato titolare del monopolio della produzione di regole, da tempo non esiste più, senza peraltro che la scienza giuridica, all'evidenza immemore dell'insegnamento proveniente dalla grande tradizione europea raccolto dallo studioso tedesco, abbia saputo riguadagnare lo spazio perduto, ora occupato da una miriade di centri che perennemente generano norme (tra i quali anche quelli comunitari). Norme inattese e imprevedibili, come ha scritto Natalino Irti, che rispettano soltanto le disposizioni che ne disciplinano le modalità di adozione, in ossequio a un «formalismo delle procedure» che, non recando in sé alcun contenuto, «è attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»: che «sono e potevano non essere; che, uscite dal nulla, possono ritornare nel nulla»<sup>115</sup>. Norme, come ancora osserva Irti, sganciate da ogni presidio: «unità teologica del mondo, spirito del popolo, sacralità del potere, ordine conchiuso dei codici» suonano invero come espressioni non più attuali<sup>116</sup>. Norme, infine, che un'immiserita scienza giuridica riesce per lo più solo a divulgare e commentare esegeticamente, segnalando i precedenti giudiziari eventualmente intervenuti al loro riguardo<sup>117</sup>. Che essa possa rimontare il terreno ceduto, riergendosi a custode dell'unità e della coerenza del diritto, come auspicava Schmitt, molti non hanno smesso di credere e sperare: partendo ancora una volta dalla consapevolezza di ciò che nella storia dell'Europa ha rappresentato la «Wissenschaft des römischen Rechts» e ponendosi alla ricerca degli strumenti concettuali che oggi si mostrino più adeguati per la difficile conquista del rango cui deve aspirare.

---

114 Cfr. A. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea* cit. 10.

115 Per G. ROSSI, *Il gioco delle regole* (Milano 2006) 13, «il gioco, purtroppo, si avvia a diventare quello delle regole in sé, e delle nuove regole che quelle appena create già postulano, in una partenogenesi sinistra e inarrestabile, la cui prima vittima – illustre, ma a quanto sembra non particolarmente rimpianta – è proprio il diritto, naturale o positivo che sia».

116 Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico* (Roma-Bari 2004) VI s.

117 Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico* cit. 72.