

Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 11/03/2018

AUTORE: Alessandra Di Martino *

I RAPPORTI TRA LA DOTTRINA ITALIANA E QUELLA TEDESCA DURANTE IL FASCISMO INTORNO ALLO STATO DI DIRITTO **

Sommario: 1. Il contesto e gli studi storico-costituzionali. – 2. La plurivocità semantica del concetto di Rechtsstaat in Germania – 3. Le posizioni sul Rechtsstaat durante il nazionalsocialismo. – 4. Le letture dei giuristi italiani e la presa di distanza dalla dottrina nazionalsocialista. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il contesto e gli studi storico-costituzionali

I rapporti tra la dottrina giuspubblicistica italiana e quella tedesca durante il fascismo sono stati indagati finora prevalentemente con riguardo a istituti e concetti del diritto pubblico la cui discontinuità rispetto al passato è apparsa più evidente. Ciò è avvenuto soprattutto per la figura di Costantino Mortati, in relazione alle elaborazioni sulle funzioni di governo e di indirizzo politico, sul potere discrezionale, sulla rappresentanza e sulla costituzione materiale, elaborazioni che rappresentano l'esito di una mediazione, avvenuta sullo sfondo dell'avvento dei partiti di massa sulla scena politica, tra la tradizione giuspubblicistica dello stato liberale e gli indirizzi novecenteschi più critici rispetto al positivismo. Nel proprio itinerario intellettuale Mortati ha incrociato a più riprese la dottrina tedesca, anche weimariana, reinterpretandone le opere in maniera originale, come mostra il suo complesso rapporto con Carl Schmitt¹. Altri

* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma "Sapienza".

** Relazione al seminario *Quale costituzionalismo durante il fascismo?* promosso dall'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), Fondazione CESIFIN, Firenze, 16 giugno 2017.

¹ Fondamentali, a tale proposito, i lavori di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (dallo stato liberale, al regime fascista, ed oltre)*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 45 ss.; F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, in Id. (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, ESI, Napoli, 1989, 89 ss.; D. SCHEFOLD, *Mortati e la "dottrina" tedesca*, ivi, pp. 111 ss.; I. STAFF, *Costantino Mortati: Verfassung im materiellen Sinn*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, v. XXIII, 1994, 265 ss. V. altresì i rilievi

contatti e paralleli tra gli autori italiani e quelli di lingua tedesca sono stati documentati nell'ambito del diritto dell'economia e della dottrina del corporativismo². Più in ombra è rimasto, in una prima fase degli studi storico-costituzionali, il concetto di stato di diritto, probabilmente perché ritenuto maggiormente legato alla tradizione dello stato liberale e in apparenza meno foriero di elementi innovativi per le costituzioni novecentesche. Lo stesso Mortati, peraltro, aveva reinterpretato tale categoria alla luce di quella più comprensiva dello stato moderno, di cui lo stato fascista veniva considerato una specifica manifestazione³. In anni più recenti non sono tuttavia mancati contributi importanti anche su questo terreno, tra cui un posto di tutto rilievo occupano i lavori di Pietro Costa e Mario Caravale⁴.

Come suggerisce la *Begriffsgeschichte*⁵, non solo il concetto di stato di diritto è stato capace di rilevanti mutamenti e di evoluzioni nel corso del tempo, ma tali mutamenti sono avvenuti spesso attraverso fasi di compresenza e tensione tra significati vecchi e nuovi, con alcuni elementi semantici maggiormente capaci di resistere nel corso del tempo. Anche

di P. RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 262-265, 286 ss. In età repubblicana ormai inoltrata è stato lo stesso C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, v. II, 1973, 511 ss., a riflettere più apertamente sull'ambivalente eredità del pensiero schmittiano.

² Cfr., da angolature diverse, H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, con prefazione e a cura di M.G. Losano, Nino Aragno Editore, Torino, 2012; A. SOMMA, *Il diritto fascista dei contratti: un confronto col modello nazionalsocialista*, in A. Mazzacane (hrsg.), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Nomos, Baden-Baden, 2002, 193 ss.; ID., *Liberale in camicia nera. La comune matrice del fascismo e del liberalismo giuridico*, in ID., A. Mazzacane, M. Stolleis (hrsg. / a cura di), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen / Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2005, 63 ss.; ID., *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2005, 81 ss., 211 ss., sulla tendenza comune del fascismo e del nazionalsocialismo a sopprimere il liberalismo politico e a conservare quello economico, rendendolo compatibile con forme di intervento statale.

³ Cfr. M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., n. 117 p. 117, 142, 148, 162, sul più modesto interesse per il dibattito dei giuristi fascisti intorno al tema dello stato di diritto e sulla nuova prospettiva, aperta da Mortati, verso una concezione di esso incentrata sulla conformità sostanziale tra i contenuti della costituzione e le determinazioni dei singoli atti dei poteri dello stato che ne seguono la direzione o, più in generale, sull'attuazione della costituzione attraverso il potere discrezionale da parte dei poteri pubblici e dei privati; F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni trenta*, cit., 101-102, sulla riconduzione dello stato fascista all'interno della storia dello stato moderno e quindi dello stato di diritto; C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., 526 ss., anche con riferimento alle posizioni della scuola schmittiana nel dopoguerra.

⁴ V. rispettivamente P. COSTA, *Lo "stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, v. XXVIII, 1999, 61 ss., spec. 75 ss. e M. CARAVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, il Mulino, Bologna, 2016, capp. III-V. Al tema è stata dedicata anche la relazione di M. Belletti in questo seminario.

⁵ Per alcune indicazioni metodologiche su questo indirizzo v. R. KOSELLECK, *Einleitung*, in ID., O. Brunner, W. Conze (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. I, Klett-Cotta, Stuttgart, 1972, XIII ss., su cui cfr. L. SCUCCIMARRA, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, in *Storica*, 10/1998, 7 ss.

nell'età del fascismo, in Italia, possono scorgersi sovrapposizioni e tensioni siffatte, dovute al carattere polisemico del concetto in questione. Un sintomo di tali dinamiche è costituito dai modelli tedeschi ai quali gli autori italiani hanno fatto riferimento, relativi bensì all'esperienza dello stato liberale, ma idonei a evocare, all'interno di quest'ultima, orizzonti teorici e passaggi storico-costituzionali differenti⁶. Per contro, in Germania, il dibattito dottrinale degli anni del nazionalsocialismo – che copre un arco temporale più breve rispetto alla vicenda fascista – ha mostrato tratti maggiormente dicotomici e in esso si sono affermati orientamenti volti a negare radicalmente l'eredità dello stato liberale di diritto. Rispetto a questi ultimi indirizzi – è opportuno segnalarlo fin d'ora – la dottrina italiana si è mostrata non solo scettica ma anche contraria.

Il quadro dei pubblicisti da me preso in considerazione è piuttosto variegato e appare in linea con i risultati emersi dalle indagini sviluppate da giuristi e storici, soprattutto a partire dagli anni novanta del secolo scorso, sulla cultura giuridica fascista. Tali indagini hanno nel complesso superato le obiezioni sollevate inizialmente da Norberto Bobbio, secondo cui una «cultura fascista» non ci fu, perché dal fascismo non sarebbero nate opere «durature o storicamente rilevanti»⁷, per quanto egli stesso avesse individuato delle parziali eccezioni, con riferimento ai giovani gentiliani riunitisi all'Università di Pisa intorno a Giuseppe Bottai e a quei giuristi che «si aggrapparono» al principio di legalità «come all'unico argine contro la dittatura»⁸. È stato così messo in luce uno scenario complesso, non privo di fermenti intellettuali, ma al contempo fortemente ambiguo e contraddittorio⁹. In particolare è emerso uno

⁶ Sulla natura polisemica del concetto di *Rechtsstaat* v. più ampiamente *infra*, par. 2.

⁷ N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Einaudi, Torino, 1973, 209 ss., spec. 229 ss., dove però si nota una cospicua sopravvivenza della cultura prefascista.

⁸ N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, cit., 228-229.

⁹ Cfr. A. SCHIAVONE, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, vii; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello stato*, ivi, 39 ss.; P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, ivi, 125 ss.; ID., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986, sulle immagini dello stato (anche) durante il fascismo; A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in Id. (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, cit., 1 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, 149 ss., 218 ss.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 37 ss.; M. LOSANO, *Prefazione. Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in H. Kelsen, A. Volpicelli, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, cit., 8 ss.; I. STOLZI, *Cultura giuridica e regime fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, v. XLIII, 2014, 963 ss., nonché F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica e la costruzione dello stato democratico: una comparazione con il caso tedesco*, in Id., I. Staff (a cura di), *Lo stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo*, Giuffrè, Milano, 1999, 298 ss.; G. MORBIDELLI (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli, Bagno a Ripoli (FI), 2014. Per un bilancio del dibattito storiografico sul tema della «cultura fascista» v. A. TARQUINI, *Storia della cultura fascista*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 2016, 13 ss. V. altresì l'indagine, dedicata prevalentemente al settore giusprivatistico ma inquadrata all'interno di un'ampia ricostruzione della storiografia sul nazismo e sul fascismo, A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in *Riv. tr. dir. proc. civ.*, 2001, 599 ss.; ID., *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, cit., 1 ss., 23 ss., 55 ss., 197 ss. Ulteriori riferimenti bibliografici sul fascismo italiano sono indicati *infra*, n. 70.

spettro vasto e diversificato di studiosi del diritto pubblico e costituzionale, che si distinguono tra loro sia per orientamento politico-ideologico sia per approccio metodologico e che non sempre si lasciano incasellare nelle due macrocategorie dei giuristi della tradizione e di quelli del regime, con posizioni che tendono a variare nel corso degli anni: dalla presa del potere dei fascisti, passando per il consolidamento del regime fino alla caduta di questo.

Una comprensione adeguata di tale gruppo disciplinare dipende dalla valutazione del fascismo come esperienza politica, ma presenta altresì aspetti parzialmente autonomi. Da una parte, infatti, si percepisce un forte legame con l'età liberale, nei suoi risvolti più conservatori e autoritari. Dall'altra, si colgono le sfide dei conflitti economici e della politica di massa novecentesca, nonché le risposte a esse date nei termini di un ordine statale che ingloba l'individuo e la società, avverte la rappresentanza parlamentare come un relitto storico e vede nel governo, con il suo capo, l'organo trainante. Queste due direttrici costituiscono lo sfondo del giudizio espresso da Mario Galizia, secondo cui i giuristi avrebbero trovato nel sapere tecnico-scientifico un riparo rispetto alle tesi più agguerrite manifestate in sede politica: tale approccio, benché astratto e statico, avrebbe consentito loro di salvaguardare, almeno in via di principio, le istanze del principio di legalità e, in parte, dei diritti individuali¹⁰.

In questo contributo proverò a indagare le argomentazioni dei giuspubblicisti italiani intorno allo stato di diritto attraverso la cartina di tornasole del concetto di *Rechtsstaat*, così come elaborato dalla dottrina tedesca a partire dagli ultimi anni del Settecento fino all'età del nazionalsocialismo. Non mi propongo invece di offrire una ricostruzione completa dell'evoluzione dello stato di diritto, che coinvolge invero un arco temporale e spaziale molto più ampio¹¹. Poiché, come detto, al concetto di *Rechtsstaat* è associata una pluralità di significati diversi, formali e sostanziali, e poiché nella giuspubblicistica fascista si rinvengono riferimenti a più di uno di tali significati – nonché importanti omissioni –, esaminerò in primo luogo le concezioni del *Rechtsstaat* più rappresentative della dottrina germanica, che hanno dispiegato la loro influenza anche in Italia (par. 2). Mi soffermerò poi sulla specifica discussione che si è svolta durante il periodo nazionalsocialista, coinvolgendo fautori e negatori del concetto di *Rechtsstaat*, tra i quali un significato particolare ha assunto la figura di Carl Schmitt (par. 3). Questo percorso mi consentirà di qualificare meglio, attraverso il confronto con le concezioni del *Rechtsstaat* prese a modello, le posizioni di alcuni giuspubblicisti italiani. Si

¹⁰ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1928, 103-104. Per la doppia chiave di lettura v. gli autori richiamati alla nota precedente.

¹¹ Per una ricostruzione siffatta rimando a P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, ed ivi soprattutto P. COSTA, *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, 89 ss.; C. MARGIOTTA, *Quale stato di diritto?*, in *Teoria politica*, 2/2001, 17 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione e stato di diritto*, in *Fil. pol.* 1991, 325 ss.; R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, v. IV, Giuffrè, Milano, 2011, 1149 ss.; ID., *Lo stato di diritto. Come imporre regole al potere*, 2^a ed., il Mulino, Bologna, 2017. Per un confronto con l'esperienza anglosassone del *rule of law* v., tra gli altri, L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002; R. GROTE, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, in C. Starck (hrsg.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 269 ss.; D.N. MACCORMICK, *Der Rechtsstaat und die Rule of Law*, in *JZ*, 1984, 65 ss.

tratta di un dibattito che ha interessato i membri di un gruppo sociale determinato e che ha svolto, in gran parte, una funzione di legittimazione reciproca, del ceto dei giuristi rispetto al regime e viceversa. Ma gli itinerari argomentativi percorsi dagli autori italiani presentano tra loro delle differenze, spesso sottili, talora più marcate, che meritano di essere evidenziate, così come le critiche più accese e le intenzionali elusioni. Nella scelta degli autori da analizzare, mi sono soffermata su coloro che si sono mostrati più sensibili verso la riflessione tedesca (par. 4). Il punto di vista principale del lavoro è, quindi, tutto interno alla dottrina giuspubblicistica, italiana e germanica, e riflette un movimento di costruzione del lessico e delle categorie per certi versi circolare, che procede attraverso rimandi reciproci, enfasi, ridondanze, ma anche silenzi e operazioni selettive. In questa prospettiva, relativamente più ristretta, potrò sviluppare alcune osservazioni di sintesi e comparative, concernenti le concezioni dello stato di diritto nella cornice del fascismo e in quella del nazionalsocialismo. Proverò infine, in piccola parte, a proiettare tali conclusioni verso l'esterno, considerando il contesto storico-politico degli stati autoritari e totalitari e il problema della costruzione della memoria (par. 5).

2. La plurivocità semantica del concetto di *Rechtsstaat* in Germania

Fin dalla sua emersione, nella Germania alle soglie del XIX secolo, il concetto di *Rechtsstaat* si è caricato di una pluralità di significati che richiedono di essere contestualizzati storicamente¹². Gli elementi teorici originari si rinvengono nell'opera di Immanuel Kant, per quanto il lemma *Rechtsstaat* non venga da questi espressamente utilizzato. Per il filosofo di Königsberg, il diritto delimita reciprocamente le sfere degli arbitri individuali, mentre la libertà corrisponde a un'idea di autonomia e dignità per cui ognuno è capace, in quanto essere razionale, di darsi una legge. Lo stato è «la riunione di un certo numero di uomini sotto leggi giuridiche», la cui stabilità e pienezza, diversamente dallo stato di polizia, non dipende dal benessere o dalla felicità dei cittadini, ma dal realizzarsi di «quello stato di cose in cui la costituzione si accorda il più possibile con i principi del diritto». La repubblica kantiana si articola attraverso tre poteri separati e coordinati, laddove solo la «volontà concorde e collettiva» di tutti i cittadini, attraverso la rappresentanza, «può essere legislatrice»¹³. Gli attributi dei

¹² Per un quadro d'insieme cfr. M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in A. Erler, E. Kaufmann (hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. IV, Erich Schmidt Verlag, 1990, 368 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, 143 ss.; P. COSTA, *Lo stato di diritto*, cit., 102 ss.; G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto*, cit., 263 ss. Cfr. altresì L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 306 ss.

¹³ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, ed. orig. *Metaphysik der Sitten* (1798), tr. it. a cura di G. Vidari, Laterza, Roma Bari, 2004, 142 ss. (142, 148) (§§ 45 ss.). V. anche Id., *Per la pace perpetua*, ed. orig. *Zum ewigen Frieden* (1795), tr. it. a cura di R. Bordiga, Feltrinelli, Milano, 1991, 54 ss. («Primo articolo definitivo per la pace perpetua 'In ogni stato la costituzione civile deve essere repubblicana'»).

cittadini, che rendono possibile un tale stato e che a loro volta devono essere preservati, sono

la *libertà* legale, cioè la facoltà di non obbedire ad altra legge che non sia quella a cui essi hanno dato il loro consenso; l'*uguaglianza* civile, cioè il non riconoscere altro superiore, nel popolo, se non quello a cui abbiamo il potere morale d'imporre un'obbligazione giuridicamente altrettanto valida di quella ch'egli può imporre a noi; [...] l'*indipendenza* civile, che consiste nel dovere la propria esistenza e conservazione non all'arbitrio di un qualsiasi altro membro del popolo, bensì ai propri diritti e alle proprie forze come membro del corpo comune, onde deriva la personalità civile, la quale vieta che altri prendano il nostro posto nelle questioni giuridiche¹⁴.

Le teorie kantiane sono ampiamente valorizzate da un gruppo di autori (tra cui Johann Wilhelm Placidus, Johann Christoph Freiherr von Aretin e Wilhelm von Humboldt), i quali vengono complessivamente designati come parte di una «dottrina critica» o della «scuola del *Rechtsstaat*»¹⁵. Nelle loro opere si sottolineano, con varie sfumature ma sempre con un fondamento giusrazionalistico, l'essenzialità per lo stato di conformare la propria attività al diritto, il fine della protezione dei diritti individuali e del loro pacifico godimento, l'eguaglianza giuridica, la separazione delle funzioni statali e l'istituzione di una rappresentanza popolare, con poteri di partecipazione alla funzione legislativa e di controllo rispetto all'esecutivo, la cui legittimazione non è tuttavia pienamente democratica. Il concetto di *Rechtsstaat*, in altri termini, diviene sinonimo di stato costituzionale e appare come la sintesi delle rivendicazioni del liberalismo politico del *Vormärz*. Appare evidente, peraltro, come in questa fase il profilo formale dello stato di diritto (lo svolgimento dell'azione statale nelle forme del diritto) non possa essere disgiunto da quello materiale (la tutela della libertà individuale, anche nel suo profilo politico e istituzionale). Anche in tale frangente le posizioni degli studiosi presentano specificità che dipendono dall'orizzonte culturale di riferimento. Nella prima metà dell'Ottocento, infatti, il liberalismo tedesco presenta due filoni principali, quello giusrazionalistico e quello organicistico, con alcune figure che si collocano tra l'uno e l'altro. Già negli anni antecedenti la rivoluzione del 1848, e soprattutto dopo la sconfitta di quest'ultima e la mancata applicazione della costituzione di Francoforte, sarà la corrente liberal-organicistica a prevalere, e alcuni dei suoi temi verranno ripresi anche dagli studiosi collocabili, nello spettro politico, sul versante conservatore¹⁶.

¹⁴ Ivi, 143 (§ 46). Sulla concezione kantiana dello stato di diritto, in una prospettiva *begriffsgeschichtlich*, cfr. H. HOFFMANN, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, n. 65, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 16-17.

¹⁵ Cfr. G.C. VON UNRUH, *Die Schule der Rechts-Staats-Lehrer und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit*, in N. Achterberg, W. Krawietz, D. Wyduckel (hrsg.), *Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, 251 ss., con riferimento a J.W. Placidus, J.C. Freiherr von Aretin, A.L. Schlözer, C. von Wolff, J.H. von Justi, W. von Humboldt, J.J. Mosers, J. Möser, C.M. Wieland, K.I. Wedekind, Freiherr vom Stein, K.H. Haydenreich, J.G. Fichte, J.A. Bergk, H. Jung-Stilling, J.F.E. Lotz, A. Müller.

¹⁶ Per una più ampia ricostruzione v. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, Beck, München, 1992, 149 ss., al quale rinvio, anche con riguardo alle singole figure, per ulteriori approfondimenti bibliografici. Sull'indirizzo organicistico v. inoltre E.W. BÖCKENFÖRDE, *La*

Una sintesi di temi kantiani e filosofia organicistica si riscontra, molto chiaramente, nello scritto che per primo sembra fare uso del concetto di *Rechtsstaat*. Il suo autore è uno dei protagonisti del *Vormärz*, Karl Theodor Welcker, che, assieme a Karl von Rotteck, aveva curato la pubblicazione dello *Staatslexikon*¹⁷. Welcker identifica il *Rechtsstaat* con lo «stato di ragione» e rinviene il suo fine principale nella protezione della dignità e dell'autonomia individuale attraverso il diritto oggettivo fondato sul consenso, esplicito o implicito, dei cittadini. Welcker elenca una serie di diritti di cui, in uno stato siffatto, i cittadini non possono non godere, come lo *ius emigrandi*, il diritto di petizione, la libertà di espressione. A garanzia della deliberazione collettiva è prevista la pubblicità dell'azione statale. Ma egli contempla altresì scopi dello stato ulteriori rispetto alla garanzia della libertà individuale, come l'educazione, la tutela della religione, la formazione morale, estetica e scientifica, scopi tesi ad alimentare la virtù, l'umanità e la felicità dei cittadini stessi¹⁸. Questa ambivalenza dei fini dello stato è apertamente riconosciuta e in parte risolta nell'opera di Robert von Mohl, anch'egli sensibile a entrambi i filoni del liberalismo tedesco, contrattualistico e organicistico. La concezione di Mohl è nota per aver tematizzato espressamente l'aspetto positivo, da molti identificato con l'elemento "materiale" del *Rechtsstaat*, accanto a quello negativo, nel contesto di una rielaborazione del concetto di *Polizei* che prelude allo sviluppo della scienza amministrativa. Mohl, in particolare, rigetta un'idea dello stato di diritto limitato alla garanzia difensiva dei diritti individuali e include nella sua definizione anche i contenuti e i fini dello stato. Questi comprendono l'eliminazione di tutti gli ostacoli al pieno dispiegamento dell'iniziativa e delle energie individuali, con il riconoscimento del ruolo "governante" dello stato stesso in numerosi settori. Il principio apicale del sistema è sempre la libertà individuale, ma gli strumenti per realizzarlo sono numerosi: mentre i compiti relativi alla difesa della sfera giuridica del singolo sono affidati alla giurisdizione (*Justiz o Rechts-polizei*), quelli relativi al sostegno della libertà individuale spettano all'amministrazione (*Hülfs-polizei*)¹⁹. Se la posizione di Mohl appare debitrice di temi sviluppati durante l'assolutismo illuminato, essa rappresenta anche un primo tentativo di rispondere alla emergente questione sociale²⁰.

storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono: problematica e modelli dell'epoca, ed. orig. *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert: zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder* (1961), tr. it. di P. Schiera, Giuffrè, Milano, 1970.

¹⁷ Sulle relative vicende editoriali e sull'orientamento dei curatori cfr. H. ZEHNTER, *Staatslexikon von Rotteck und Welcker: eine Studie zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus*, Fischer, Jena, 1929.

¹⁸ K.T. WELCKER, *Die Letzen Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813), Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, 1964, 25, 71 ss. Su questi aspetti dell'opera di Welcker cfr. anche G.C. VON UNRUH, *Die Schule der Rechts-Staats-Lehrer*, cit., 271 ss.

¹⁹ Cfr. soprattutto R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. I, 2^a ed., Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1844, 6 ss. (§§ 2 ss.). Una prima riflessione sul *Rechtsstaat* è stata sviluppata in ID., *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, I Teil, *Das Verfassungsrecht*, Heinrich Laupp, Tübingen, 1829.

²⁰ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, cit., 172 ss., 258 ss.; v. altresì G.C. VON UNRUH, *Die Schule der Rechts-Staats-Lehrer*, cit., 274 ss.

La definizione di stato di diritto destinata a incontrare maggiore seguito nei periodi successivi è però quella di Friedrich Julius Stahl, secondo cui il *Rechtsstaat*

deve determinare precisamente e rendere assolutamente certi, nelle modalità del diritto (*in der Weise des Rechts*), la traiettoria e i limiti della propria attività così come la libera sfera dei cittadini, e non deve realizzare ulteriormente e in maniera diretta, attraverso mezzi statali (quindi con la coercizione), le idee etiche [...]. Il concetto di *Rechtsstaat* implica dunque questo: non che lo stato disponga dell'ordinamento giuridico senza fini amministrativi, o che semplicemente protegga i diritti dei cittadini nella loro interezza; esso non significa affatto realizzare il fine e il contenuto dello stato, ma soltanto il tipo e il carattere dello stesso²¹.

Stahl scrive nel periodo della restaurazione, dopo il 1848: è un giurista conservatore, convinto sostenitore del principio monarchico e della profonda connotazione etica e religiosa della vita statale. Al contempo, però, egli riesce a operare una serie di mediazioni significative, che consentono di smussare gli aspetti più reazionari di queste idee e di trovare dei punti di incontro con la dottrina liberale²². Proprio sul terreno del *Rechtsstaat* si riscontra una convergenza siffatta: Stahl considera bensì lo stato come un «impero etico», al cui interno si dispiegano «idee etiche» (ad esempio nell'ambito della famiglia, della chiesa, della scuola e nella costruzione dell'unità nazionale), ma la loro realizzazione è un compito dei singoli e della comunità, non dello stato in prima persona, al quale si richiede solo di agire nelle forme e nei modi del diritto. La nozione formulata da Stahl risponde alle esigenze della Germania restaurata perché, da una parte, si mostra sensibile alla «spinta propulsiva dell'età moderna» verso lo stato di diritto e riconosce i pregi della stabilità, della certezza e della prevedibilità delle norme²³, dall'altro è formale, depoliticizzata e basata su un sostrato organicistico, sempre più lontana dalle sue radici nel giusrazionalismo e nel costituzionalismo del *Vormärz*.

La discussione sul *Rechtsstaat* prosegue soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo, che nella seconda metà dell'Ottocento assume tratti disciplinari più marcati. Autori tra loro diversi, come Rudolf von Gneist e Otto Bähr muovono entrambi dalla definizione di Stahl²⁴, ritenuta tuttavia troppo scarna e bisognevole di integrazioni, seppure in direzioni diverse. Gneist, preoccupato della parcellizzazione degli interessi sociali e di una loro ripercussione, in senso divisivo, sulle istituzioni statali, individua un luogo di neutralità e ricomposizione della unità nella *Selbstverwaltung*: l'autonomia amministrativa degli enti locali è concepita da tale autore solo apparentemente alla stregua del modello del *self-government* inglese (come perseguimento e realizzazione, in autonomia e indipendenza, degli interessi della comunità territoriale), laddove invece essa rappresenta un'istituzione che attua gli interessi statali a livello locale, tramite il coinvolgimento di funzionari a titolo onorario (*Ehrenäm-*

²¹ F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. II, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 5^a ed., Mohr, Tübingen und Leipzig, 1878, 137-138 (§ 36).

²² M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, cit., 152-153.

²³ F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. II, cit., 136-138 (§ 36).

²⁴ Cfr. R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltung in Deutschland*, 2^a ed., Springer, Berlin, 1879, 33 ss.; O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Wigand, Cassel und Göttingen, 1864, 1 ss. (§ 1).

ter). Questi ultimi, la cui azione costituisce esclusivamente l'adempimento di un dovere, sono insuscettibili di prendere le parti di questo o quel gruppo politico e sociale e possono quindi operare una riconciliazione tra stato e società²⁵. Se la *Selbstverwaltung* è uno dei pilastri su cui si regge il *Rechtsstaat* gneistiano, gli altri due sono rappresentati dal principio di legalità dell'amministrazione e dalla specialità della giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), interpretati in modo da rinsaldare la supremazia dello stato e dell'amministrazione. Per quanto riguarda la legalità amministrativa, essa tende a perdere l'ancoraggio ai diritti individuali (politici ma anche civili), per essere intesa in maniera prevalentemente oggettiva: il diritto amministrativo deve la sua esistenza allo stato e fissa i limiti della sua attività esterna. In tale ottica va inquadrata anche la giustizia amministrativa considerata, alla luce della storia del diritto tedesco, come un'emanazione dell'amministrazione e non come una giurisdizione indipendente: essa è apprezzata non tanto per il ristoro concreto di pretese individuali, quanto per il ristabilimento dell'ordinamento oggettivo²⁶.

L'ultima tesi è sviluppata da Gneist in polemica con quella di Bähr, relativa alla necessità di assicurare pienamente al cittadino la tutela giudiziale delle sue situazioni giuridiche, anche nei confronti dei poteri pubblici, attraverso giudici indipendenti e imparziali e garanzie procedurali adeguate. Il ragionamento di Bähr si basa su un'analogia dello *status giuridico* del singolo nell'ambito del diritto pubblico e del diritto privato, sviluppata nella cornice teorica del *Genossenschaftsrecht*. In questa prospettiva – poi ulteriormente elaborata da Otto von Gierke – lo stato appare come una consociazione, non diversa, dal punto di vista sostanziale, dalle altre consociazioni in cui prende forma la vita dei cittadini. Esso è invero la *Genossenschaft* più comprensiva, dal punto di vista dimensionale e organizzativo, verso la quale si aprono, gradatamente e attraverso un processo ascendente, tutte le altre *Genossenschaften*²⁷. Lo stato, inoltre, è plasmato dal diritto fin dal suo nascere («stato e diritto sono concetti inseparabili»): il *Genossenschaftsrecht* racchiude in sé il *Rechtsstaat* fondato sulla costituzione, nel senso che l'ordinamento stabilisce al momento della sua costituzione diritti e obblighi del cittadino nei confronti dello stato e la posizione di quest'ultimo nell'ordinamento complessivo. «Attraverso la realizzazione del diritto, lo stato realizza il nucleo primigenio della sua idea»: tale *Verwirklichung* del diritto avviene, in astratto, attraverso la legge generale frutto dell'accordo tra il sovrano e la rappresentanza popolare e, in concreto, attraverso la pronuncia del giudice. Se, dunque, vi è omogeneità tra lo stato e le altre consociazioni, e se il diritto si sviluppa insieme alle varie manifestazioni dell'attività statale, non vi è ragione per contemplare un sistema di tutela giurisdizionale differenziato rispetto agli atti emanati del potere amministrativo: devono valere anche in questo ambito le garanzie proprie della ordinaria giurisdizione²⁸.

²⁵ R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltung in Deutschland*, cit., 35-36, 279 ss., 286 ss., 317 ss.

²⁶ Ivi, 264 ss., 269 ss.

²⁷ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, cit., 18 ss. (§§ 6 ss.)

²⁸ Ivi, 8, 34 ss., 45 ss. (8) (§§ 4, 12 ss. 15 ss.)

È dunque sul terreno amministrativistico che si consolida il *Rechtsstaat* tardo ottocentesco, la cui espressione emblematica è offerta da Otto Mayer. Questi sottolinea come il concetto di *Rechtsstaat* indichi qualcosa di incompiuto, «che deve ancora divenire», ma le cui linee sono individuabili e segnano il superamento dello stato di polizia. Si tratta di un'evoluzione comune a diversi ordinamenti europei e consolidatasi soprattutto in Francia, paese con cui la Germania condivide solo una parte del modello, e cioè l'assoggettamento dell'amministrazione alla legge: se in Francia era stato centrale il principio di sovranità popolare – sostiene Mayer omettendo di menzionare il *Vormärz* –, lo stesso non può dirsi della Germania, dove semmai la rappresentanza popolare, collegandosi alle vecchie assemblee cetuali, può solo partecipare (*mitwirken*) alla funzione legislativa. La subordinazione dell'amministrazione alla legge, e quindi la conduzione della sua attività sulla base di proposizioni giuridiche, secondo la definizione di Stahl, è successivamente integrata dalla sottoposizione degli atti amministrativi a un controllo di carattere giurisdizionale, per quanto condotto da organi collegati all'amministrazione²⁹. Si tratta di un'architettura che istituzionalizza la separazione tra stato e società borghese, ma anche la supremazia del primo sulla seconda propria dell'*Obrigkeitsstaat*.

Un itinerario diverso è seguito da Rudolf von Jhering, che merita di essere ricordato perché tematizza in maniera approfondita il nesso tra diritto (*Recht*) e forza/violenza (*Gewalt*)³⁰. In particolare, egli non ravvisa un'antitesi inconciliabile tra i due poli, ma ritiene il diritto uno stadio maturo della forza, nella misura in cui quest'ultima ha compreso che la propria moderazione e il proprio contenimento, nei periodi normali, sono maggiormente funzionali, rispetto a una violenza incontrollata, agli interessi umani: «il diritto non è nient'altro che la sedimentazione dell'esperienza con riguardo al giusto uso della forza» o, ancora, «il diritto è la politica della forza», una politica capace di cogliere, nei tempi lunghi, il complesso gioco degli scopi delle attività umane. Lo stato, a sua volta, è la società organizzata titolare del potere coercitivo, disciplinato dal diritto. «La forza diviene diritto nel momento in cui produce, da sé, la norma», per mezzo della sua autolimitazione. La norma è bidirezionale: vincola i singoli e anche lo stato, assoggettando quest'ultimo alle leggi da esso stesso approvate. In ciò consiste, per Jhering, il compito dello stato di diritto, dove la garanzia dell'autolimitazione del potere statale risiede nella pressione che, dall'esterno, la società e il senso del diritto nutrito da quest'ultima sono in grado di esercitare su di esso³¹. Egli individua altresì alcune ipotesi in

²⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, 55 ss. (61).

³⁰ Traduco *Gewalt* con forza, come nell'edizione italiana dell'opera di Jhering (R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, ed. orig. *Der Zweck im Recht* (1877), tr. it. a cura di M. Losano, Einaudi, Torino, 1972, cap. VIII). Occorre peraltro ricordare come *Gewalt* abbia in tedesco uno spettro semantico più ampio, che include anche il significato di violenza. Ciò è importante perché consente di comprendere la divaricazione dei due termini (forza e violenza) nell'opera di Panunzio (*infra*, par. 4).

³¹ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, Breitkopf & Härtel, 1877, 246 ss., 306 ss., 321 ss., 344 ss. (254-255, 322); cfr. anche ID., *Der Kampf um's Recht*, Verlag der Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872. Sull'importanza dell'opera di Jhering nel contesto dell'evoluzione del concetto di stato di diritto richiama l'attenzione P. COSTA, *Lo stato di diritto*, cit., 116 ss.

cui il principio dell'autolimitazione dello stato attraverso il diritto non opera, ipotesi che riguardano il sopraggiungere di uno stato di necessità (*Nothstand*), in cui si ravvisa un pericolo concreto per l'esistenza della società: la salvezza di quest'ultima giustifica una deroga alle norme giuridiche. Ma Jhering richiama anche le fattispecie di grazia e amnistia (*Begnadigung*), che rappresentano una sorta di «autocorrezione della giustizia nei casi singoli, a fronte di un'incompiuta e astratta formulazione della legge»³².

Parallela alla discussione sul *Rechtsstaat*, e in buona parte ad essa sovrapponibile, è quella sui diritti pubblici soggettivi, di cui sono protagonisti i fondatori dello *Staatsrecht*. È noto come Carl Friedrich Gerber consideri le libertà, dal punto di vista storico, come conquiste del popolo tedesco e, dal punto di vista del diritto pubblico, come meri riflessi del potere statale: esse non hanno la consistenza di diritti individuali riconosciuti e protetti come tali dall'ordinamento, ma sono piuttosto la conseguenza indiretta dell'azione statale, che determina in maniera unilaterale i propri fini³³. Sul medesimo orizzonte si pone Paul Laband, per il quale i diritti non hanno alcun contenuto specifico o autonomo – essendo invero «senza oggetto» – e rilevano semmai come mero limite obiettivo al potere statale³⁴. Per comprendere tali posizioni occorre considerare da un lato l'opzione metodologica dei due autori, che imprime una torsione statualistica al diritto pubblico e inquadra i rapporti tra lo stato e i sudditi in termini di sovra- e sotto-ordinazione³⁵, dall'altro la realtà storico-costituzionale in cui essi operano, caratterizzata dalla sconfitta del liberalismo politico e delle rivendicazioni dei diritti su base costituzionale. Dopo il fallimento della costituzione di Francoforte, le garanzie dei diritti sono soddisfatte, anche nella *Reichsverfassung* del 1871, a livello legislativo e le uniche tutele contemplate sono quelle a fronte di atti contrari alla legge. Le garanzie dei diritti vengono dunque a corrispondere a quelle approntate dal *Rechtsstaat*, laddove quest'ultimo continua a essere inteso in maniera formale e depoliticizzata, soprattutto con riguardo al principio di legalità dell'amministrazione³⁶. Maggiore consistenza e sistematicità, nonché sensibilità verso i temi del liberalismo, caratterizzano la dottrina degli *status* di Georg Jellinek, in cui le posizioni giuridiche individuali per un verso poggiano sullo *status* di soggezione, derivano dall'ordinamento statale e hanno quindi una dimensione prevalentemente oggettiva, e per l'altro acquistano – in un periodo in cui la giustizia amministrativa si è ormai consolidata – la natura giuridica di una pretesa (*Anspruch*) azionabile giudizialmente, ancorché non op-

³² R. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, cit., 413 ss. (420).

³³ C.F. GERBER, *Diritti pubblici*, ed. orig. *Über öffentliche Rechte* (1852), tr. it. a cura di G. Ferri, Athenaeum, Roma, 1936, 57 ss.

³⁴ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, v. I, Laupp, Tübingen, 1876, 137 ss., 148 ss.

³⁵ Sulle scelte metodologiche di Gerber e Laband v. almeno W. PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zur Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Mohr, Tübingen, 1993.

³⁶ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, cit., 371 ss.

ponibile al legislatore. Questi potrà semmai, in linea con quanto affermato da Jhering, porre in essere un'autolimitazione attraverso un atto insidiabile della volontà statale³⁷.

Nell'epoca weimariana, il concetto di *Rechtsstaat* è stato solo apparentemente meno al centro dell'attenzione dottrinale. Se esso costituiva l'espressione degli equilibri raggiunti tra stato e società durante l'età liberale, quegli equilibri dovevano in parte mutare – e con essi il significato di *Rechtsstaat* – con l'avvento delle masse sulla scena politica, l'ampliamento del pluralismo e le rivendicazioni sociali. Tre sono le direttrici più rilevanti in questa fase. La prima riguarda il nesso tra il primato della legge parlamentare, la riserva di legge e il principio di legalità dell'amministrazione, da un lato, e il principio democratico, dall'altro, nesso sottolineato in maniera sempre più consapevole da figure come Gerhard Anschütz e Richard Thoma, ascrivibili al filone metodologico del positivismo moderato. La compensazione delle restrizioni alla libertà disposte dalla legge è ravvisata da tali autori nella partecipazione al procedimento legislativo, capace di conciliare interessi eterogenei. Una conduzione dello stato secondo i principi del *demokratischer Rechtsstaat* deve penetrare, in quest'ottica, tutta la vita politica³⁸. La seconda direttrice riguarda l'arricchimento del contenuto del concetto di stato di diritto da un punto di vista sostanziale. Ci si muove qui in una prospettiva differente: è soprattutto Herman Heller, nell'ambito di un approccio *wirklichkeits-* e *kulturwissenschaftlich*, a denunciare come il *Rechtsstaat* dello stato liberale rischiasse, nel contesto della crisi politico-sociale di inizio Novecento, di assumere i tratti di un vuoto formalismo se non fosse stato capace di integrare le istanze democratiche e sociali provenienti dalle classi subalterne, in particolare da quella lavoratrice. Tali riflessioni sono sviluppate da Heller anche nel contesto di uno studio sul fascismo italiano, inquadrato nell'ambito della nascente democrazia di massa, dove il giovane studioso weimariano prospetta un'alternativa tra *Rechtsstaat* e *Diktatur*. Lo stato di diritto è definito attraverso i principi materiali di autonomia politica, tutela dei diritti e divisione dei poteri, nonché attraverso la sua connotazione «sociale»: l'apertura a questa ulteriore dimensione è l'unica via che consente di conservare i valori dello stato di diritto, adeguandoli ai tempi nuovi, perché, secondo Heller, il conflitto di classe può trovare una soluzione solo tramite la condivisione di valori comuni, l'effettività dei diritti e la realizzazione di un'omogeneità sociale che non soffochi gli antagonismi. La concezione helleriana del parlamentarismo muove dunque dalla consapevolezza che occorra organizzare democraticamente il conflitto sociale, mentre la sua idea sostanziale dello stato di diritto postula principi etici che la legge parlamentare deve rispettare e concretizzare. La dittatura, di cui lo stato fascista costituisce una concreta configurazione nell'epoca della politica delle masse, rappresenta invece l'antitesi dello stato di diritto: essa risponde alla crisi politica europea abbracciando una filosofia irrazionalistica e vitalistica, nonché l'etica della violenza.

³⁷ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, ed. orig. *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892, 1905), tr. it. con prefazione di V.O. Orlando, Soc. ed. libreria, Milano, 1912. Sulla teoria dei diritti pubblici soggettivi cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 79 ss.

³⁸ Su questi autori rimando all'approfondito studio di K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Mohr, Tübingen, 2010, 56 ss., 65 ss., 333 ss., 360 ss.

Il fascismo, per Heller, acuisce in maniera insuperabile la divaricazione tra l'astrattezza del normativismo e dello statualismo, da un lato, e la realtà economica e sociale, dall'altro³⁹. La terza traiettoria del dibattito che nel contesto della *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) tocca il tema del *Rechtsstaat* riguarda i diritti di libertà e in particolare la concezione dei *Grundrechte*. Gli autori weimariani si muovono oltre la classificazione jellinekiana degli *status* e l'idea liberale di un primato della libertà negativa, tematizzando le dimensioni oggettive dei *Grundrechte*. Per un verso, Schmitt elabora le garanzie di istituto e di istituzione, incidenti rispettivamente sulla sfera privatistica e su quella amministrativistica, al fine di salvaguardare complessi normativi storicamente consolidati dinanzi a interventi trasformativi del legislatore. Per l'altro verso, Rudolf Smend concepisce i diritti fondamentali come insieme di valori capaci di sviluppare una funzione materiale di integrazione della comunità e di legittimare l'unità politica, valorizzando il profilo partecipativo dei diritti stessi, profilo riferito non già all'individuo borghese, isolato e impolitico, ma a un cittadino responsabile e coinvolto attivamente nella vita statale⁴⁰.

3. Le posizioni sul *Rechtsstaat* durante il nazionalsocialismo

Una discussione sul significato e sulla utilizzabilità del concetto di *Rechtsstaat* si è svolta anche durante il nazionalsocialismo ed è stata pienamente coerente con gli orientamenti della dottrina dell'epoca che – prescindendo dagli esuli e da chi ha preferito defilarsi – si è complessivamente allineata all'ideologia del regime, tramite una deformazione della teoria e della dogmatica tradizionali. Lo scontro sul *Rechtsstaat* si è manifestato subito dopo la

³⁹ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, ed. orig. *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in Id., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, tr. it. a cura di U. Pomarici, Editoriale scientifica, Napoli, 1998, 11 ss.; ID., *L'Europa e il fascismo*, ed. orig. *Europa und der Fascismus* (1931), tr. it. a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1987, spec. 109 ss.; ID., *Stato di diritto o dittatura?*, tit. orig. *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1929-1930), ivi, 207 ss.; ID., *Staatslehre*, 6^a ed. rivista, Mohr, Tübingen, 1983 [prima ed. 1934], 252 ss., 289 ss. Sulla formula dello «stato sociale di diritto» cfr. ivi, 219, 225. Su questi aspetti del pensiero helleriano v. W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden, 1983, 182 ss.; I. STAFF, *Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers*, in Ead., C. Müller (hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891 – 1933*, Nomos, Baden-Baden, 1984, 25 ss.; K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, cit., 175 ss., 371 ss.; P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016, 66 ss.

⁴⁰ L'idea del primato della libertà individuale è ancora presente, seppur su di uno sfondo critico, in C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 9^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2003 [prima ed. 1928], 196 ss. Per quanto concerne le altre dimensioni cfr. rispettivamente ID., *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, 140 ss.; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2010, 164, 262 ss.; ID., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), ivi, 309 ss. Su questi sviluppi v. ancora P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, cit., 58 ss., 113 ss.

presa del potere dei nazisti, avvenuta nel 1933⁴¹, quando le violenze perpetrate dalle squadre del partito e dalla polizia politica hanno per un verso creato allarme circa la tenuta delle libertà individuali e della certezza del diritto, e per l'altro incentivato l'elaborazione di una teoria giuspubblicistica, dai tratti spesso propagandistici, che ha giustificato la novità e i tratti specifici del *Führerstaat*.

Il terreno comune sul quale si muovono le diverse posizioni di questo dibattito è rappresentato da una critica esasperata del liberalismo e dei suoi elementi costitutivi: separazione tra stato e società, individualismo, parlamentarismo, tutela dei diritti, divisione dei poteri. Il diritto pubblico nazionalsocialista pone in primo piano la *Volksgemeinschaft* definita secondo criteri biologici e razziali: la comunità popolare è il soggetto giuridico principale, mentre l'individuo, in quanto suo membro, non può avere pretese con essa confliggenti. La posizione giuridica del singolo è quindi tradotta in una *volksgenössische Rechtsstellung* all'interno della totalità politica del popolo, dai tratti prevalentemente doverosi, tanto che sia i *Grundrechte* che i *subjektive öffentliche Rechte* scompaiono pressoché del tutto dall'orizzonte scientifico. Per gli autori più vicini al partito nazista, tra cui Reinard Höhn, la comunità nazionale finisce per assorbire e relegare in secondo piano anche lo stato, servente rispetto alla prima e privato finanche della personalità giuridica. Altri invece mantengono fede, almeno su questo punto, alla tradizione dello *Staatsrecht*, considerando lo stato come il culmine del diritto pubblico, giuridicamente separato dalla comunità. Tale separazione consente a questi pochi giuspubblicisti di conservare allo stato un'autonomia, seppur molto parziale, rispetto al partito, ritenuto l'elemento propulsivo di tutto il sistema: esso non solo penetra le istituzioni statali ma crea altresì istituzioni parallele, che alle prime si sovrappongono e con le quali confliggono in maniera ripetuta e disordinata. La risoluzione dei conflitti è riservata alla volontà del *Führer*, la cui direzione o guida (*Führung*) muove gli organi statali e traina la popolazione, concepita ormai solo come un seguito inerte (*Gefolgschaft*)⁴². In questo con-

⁴¹ Per il periodo a cavallo tra la fine del 1932 e l'inizio del 1933 è significativa la posizione di Gerhard Leibholz prima dell'esilio, su cui v. *infra*, n. 128.

⁴² Per una panoramica dei temi e delle tendenze metodologiche della dottrina nazionalsocialista cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE (hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Müller, Heidelberg, 1985; H. DREIER, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in *VDStRL* (2000), de Gruyter, Berlin, 2001, 9 ss.; W. PAULY, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, ivi, 74 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, Beck, München, 1999, 318 ss.; ID., *Im Bauch des Leviathan – Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus* (1989), in Id., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Mit einem neuen Nachwort*, 3^a ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2016, 126 ss.; ID., "Recht im Unrecht" (1981), ivi, 7 ss.; H. PAUER-STUDER, *Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus*, in Ead., J. Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2014, 15 ss. Nel volume da ultimo richiamato sono raccolti molti estratti di testi significativi provenienti da esponenti della dottrina e della politica dell'epoca. Sulla duplicità degli ordinamenti compresenti nella Germania nazista, l'uno normativo e l'altro arbitrario, e sul disordine policentrico del totalitarismo nazista v. rispettivamente E. FRÄNKEL, *Il doppio stato*, ed. orig. *Der Doppelstaat* (1974), Einaudi, Torino, 1983 e F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, ed. orig. *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism* (1942), tr. it. a cura di M. Baccianini, con introduz. di E. Collotti, Mondadori, Milano, 1999.

testo, una menzione specifica meritano le elaborazioni aventi ad oggetto lo «stato totale», risalenti all'inizio degli anni trenta, non sempre sovrapponibili al concetto di totalitarismo affermatosi nel secondo dopoguerra. Si tratta di un'espressione che, prendendo le mosse dall'idea di «mobilitazione totale» di Ernst Jünger, designa in origine, in un senso paradossalmente marxista, lo stato come «auto-organizzazione della società», determinato economicamente e occupato da forze sociali che non riesce a controllare: uno stato totale in negativo, debole e inerme. Successivamente, con un'operazione di segno contrario, lo stato appare totale non più «per debolezza» ma «per intensità», nel senso che esso reagisce, attraendo presso di sé il carattere precipuo del politico, onnipervasivo ma senza una specifica sostanza. In un'accezione contigua, la totalità è riferita allo stato che ingloba al proprio interno tutti gli ambiti dell'esistenza, rivendica per sé le energie individuali, sopprime le comunità intermedie, avvinghia la società. Da ultimo, lo stato totale è quello che si legittima interamente attraverso l'ordinamento popolare (*Volksordnung*), e arriva finanche a dissolversi nel popolo⁴³.

Nell'ordinamento giuridico del nazionalsocialismo è determinante il contenuto della volontà del *Führer*, mentre le forme in cui questa si esprime sono per lo più irrilevanti. Ciò implica una sostanziale equiparazione alla legge dei testi normativi di origine governativa, ordinanze o regolamenti del *Führer*, e dei plebisciti popolari proposti da quest'ultimo, e quindi un vero e proprio collasso del sistema delle fonti, con l'inconsistenza, sul piano teorico oltre che pratico, della riserva di legge e della distinzione tra legge formale e legge materiale. Se la dottrina nazionalsocialista ha sostanzialmente assecondato tali sviluppi, diverse voci di protesta si sono levate quando alle forme si è completamente rinunciato, laddove ad alcuni atti è stata data esecuzione addirittura senza una previa promulgazione o pubblicazione⁴⁴.

Vi è comunque una distinzione tra gli autori convinti di poter impiegare ancora il concetto di *Rechtsstaat*, adattandolo al nuovo contesto politico, e quegli altri che invece lo ritengono inservibile, o lo trasformano radicalmente nell'ordinamento nazionalsocialista⁴⁵. Tra i

⁴³ Cfr. rispettivamente C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 71 ss. (78-79); G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di stato autoritaria*, ed. orig. *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild* (1933), Giuffrè, Milano, 1996, 56-57, 85 ss.; E. FORSTHOFF, *Der totale Staat* (1933) (Auszug), in H. Pauer-Studer, J. Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, cit., 268 ss.; E.R. HUBER, *Die Totalität des völkischen Staates* (1934) (Auszug), ivi, 279 ss. Per un'analisi di questo campo semantico v. C. GALLI, *Strategie della totalità. Stato autoritario, stato totale, totalitarismo nella Germania degli anni trenta*, in *Fil. pol.* 1997, 27 ss.

⁴⁴ Su tali aspetti cfr. H. DREIER, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, cit., 53 ss.; W. PAULY, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, cit., 92-93.

⁴⁵ Le diverse posizioni sono ricostruite da U. SCHELLENBERG, *Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat*, in E.W. Böckenförde (hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, cit., 71 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, cit., 330 ss., e più diffusamente C. HILGER, *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich. Eine Strukturanalyse*, Mohr, Tübingen, 2003. V. altresì E. SARCEVIC, *Missbrauch eines Begriffs. Rechtsstaat und Nationalsozialismus*, in *Rechtstheorie*, 1993, 205 ss.; P. COSTA, *Lo stato di diritto*, cit., 143 ss.

primi, merita di essere ricordato soprattutto Otto Koellreuter, che tenta di coniugare, negli anni dell'ascesa del regime hitleriano, la concezione guglielmina dell'*Obrigkeitsstaat* con la teoria gierkeiana delle consociazioni e l'idea novecentesca del primato della politica: egli riconosce ancora un'autonomia della sfera giuridica, distinguendo un *Rechtswert*, legato a istanze di ordine e sicurezza, da un *politisches Wert*, espressione del momento dinamico e unitario della vita statale. E, tuttavia, Koellreuter attribuisce prevalenza al secondo rispetto al primo e definisce il *Rechtswert* da un punto di vista non individuale ma collettivo, alla luce del sentimento giuridico che sgorga dalla vita della comunità⁴⁶.

Nel secondo gruppo, la figura di spicco è senza dubbio Carl Schmitt, il quale porta a compimento, negli anni trenta, quella critica al concetto di *Rechtsstaat* che aveva iniziato a tratteggiare già negli anni venti. Nella *Verfassungslehre* egli aveva bensì considerato il *Rechtsstaat*, comprensivo della tutela dei diritti, della separazione dei poteri e dei rispettivi corollari, come la componente liberale della costituzione, ma ad esso non aveva riconosciuto la capacità di strutturare internamente lo stato, capacità riservata invece alla componente politica, rappresentativa o democratica⁴⁷. Nelle opere politiche *Diktatur* e *Begriff des Politischen* gli attacchi si erano fatti ancora più diretti, laddove al *Rechtsstaat* e al liberalismo Schmitt aveva rimproverato di falsificare in maniera ipocrita il conflitto politico e di ignorare, dietro la prevedibilità e generalità delle norme e l'apparente normalità dei comportamenti, la situazione eccezionale in cui si manifesta la sovranità. Contraddizioni e incoerenze del *Rechtsstaat* sono emerse anche nel successivo *Legalität und Legitimität*, che ha registrato la parabola dello stato di diritto legislativo, con la progressiva erosione della legge parlamentare da parte di attori straordinari della normazione e il crescente scollamento tra legalità formale e legittimità sostanziale, a vantaggio di quest'ultima⁴⁸. Questi temi ritornano, con rinnovata enfasi e una incalzante decostruzione del *Rechtsstaat*, negli sconcertanti scritti degli anni tra il 1933 e il 1935, con i quali Schmitt cerca di accreditarsi come uno dei *Kronjuristen* del regime⁴⁹. Anche in essi è fortemente presente una valutazione negativa del liberalismo, caratterizzato per l'autore non soltanto dalla netta separazione tra stato e società, ma anche e soprattutto dalla insostenibile debolezza del primo, strumentalizzato verso il raggiungimento dei fini della se-

⁴⁶ Sul concetto di *nationaler* e *nationalsozialistischer Rechtsstaat* in Koellreuter v. l'ampia ricostruzione di C. HILGER, *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich*, cit., 33 ss.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 200 ss.

⁴⁸ Cfr. rispettivamente ID., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1921; ID., *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 3^a ed. del testo del 1963 [1932, 1963], Duncker & Humblot, Berlin, 1991; ID., *Legalität und Legitimität*, 8^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2012 [prima ed. 1932]. Sul punto cfr. O. BEAUD, *La critique de l'État de droit chez Carl Schmitt*, in *Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen*, 1993, 111 ss.; R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, Beck, München, 2009, 207 ss., 212 ss.

⁴⁹ Dal regime sarà poi marginalizzato ed egli stesso si allontanerà, così come non ne aveva sostenuto l'ascesa, appoggiando i precedenti cancellieri presidenziali. Sui complessi rapporti di Schmitt con il nazionalsocialismo vi sono ormai molti studi; mi limito a richiamare J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton, 1983; M. LAUERMAN, *Versuch über Carl Schmitt im Nazionalsocialismus*, in K. Hansen, H. Lietzmann (hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Leske, Opladen, 1988, 37 ss.; R. MEHRING, *Carl Schmitt*, cit., 301 ss.

conda e lacerato dalle parcellizzazioni economiche e partitiche di essa. A nulla poi servirebbe la definizione puramente formale del *Rechtsstaat* coniata da Stahl (di cui Schmitt non manca di evocare le origini ebraiche, chiamandolo ripetutamente Jolson), perché essa coprirebbe stati dall'ispirazione politica fortemente diversa (feudale, cetuale, liberal-democratica, nazionale, socialista, fascista, etc.)⁵⁰. La formula del *Rechtsstaat* non coglierebbe le specificità dello stato di capi, il *Führerstaat*, in cui i dualismi borghesi sono stati eliminati e l'unità politica si è di nuovo realizzata. L'unità statale è il prodotto della combinazione di tre membra: lo stato (inteso in senso stretto come l'insieme di burocrazia ed esercito), il movimento e il popolo, laddove il movimento, costituito dal partito nazionalsocialista, penetra dinamicamente gli altri due elementi, vivificandoli⁵¹. In uno stato siffatto, il concetto di *Rechtsstaat* appare dunque anacronistico. Ne è testimonianza, secondo Schmitt, il superamento del principio del diritto penale liberale *nullum crimen sine lege*, sostituito da quello *nullum crimen sine poena*, e dalla soppressione, propria di un diritto penale incentrato sulla persona del reo e sulla funzione di prevenzione, dei divieti di irretroattività della legge e di analogia⁵².

La natura apologetica di questa tesi, formulata dopo la sospensione dei diritti fondamentali seguita all'incendio del *Reichstag*, appare evidente nonché odiosa, e lo stesso può dirsi del ricorso alla teoria dello stato di eccezione come rivelatore del titolare della sovranità, al fine di giustificare l'azione repressiva del presunto *Röhm-Putsch* (la notte dei lunghi coltelli)⁵³. Schmitt riconosce, peraltro, che alcuni dei suoi contemporanei, non solo giuristi ma soprattutto gerarchi nazisti, tendono a non dismettere l'impiego della formula del *Rechtsstaat*, per la rassicurazione da essa svolta, non solo nei confronti delle potenze straniere ma anche verso la popolazione, e ne ammette infine, per due ragioni, un uso limitato. Da una parte, egli ravvisa nel *Rechtsstaat* una sorta di concetto strappato al nemico (l'universo liberale borghese), del cui potere suggestivo il nuovo stato può appropriarsi per un periodo transitorio, finché non abbia elaborato idee o concetti più adatti alla propria sostanza⁵⁴. Dall'altra parte, Schmitt sottolinea come il significato del concetto di *Rechtsstaat* cambi profondamente in un contesto politico-costituzionale diverso da quello in cui è nato, insieme ad altri concetti e

⁵⁰ C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in *JW*, 1934, 713 ss.; ID., *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, in *ZgesStW*, 1935, 189 ss.; ID., *Rechtsstaat*, in H. Frank (hrsg.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Zentralverlag der NSDAP, München, 1935, 24 ss.

⁵¹ ID., *Stato movimento popolo*, ed. orig. *Staat Bewegung Volk* (1933), in ID., *Principii politici del nazionalsocialismo. Scritti scelti e tradotti da D. Cantimori*, Sansoni, Firenze, 1935, 175 ss.

⁵² ID., *Nationalismus und Rechtsstaat*, cit., 714; ID., *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, cit., 196; ID., *Rechtsstaat*, cit., 31-32. Sugli indirizzi di politica penale e penal-processuale durante il nazismo, ai quali si è strettamente intrecciata l'attività della polizia, cfr. H. RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. XXXVI, 2007, 1007 ss.; L. GRUCHMANN, *Justiz im Dritten Reich, 1933-1940*, Oldenbourg, München, 1988, capp. IV ss.

⁵³ C. SCHMITT, *Der Fuehrer schützt das Recht* (1934) (Auszug), in H. Pauer-Studer, J. Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, cit., 326 ss. Sulle reazioni politiche, giudiziarie e poliziesche al presunto *Röhm-Putsch* e all'incendio del *Reichstag* v. L. GRUCHMANN, *Justiz im Dritten Reich*, cit., 433 ss., 535 ss.

⁵⁴ ID., *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, cit., 197, 199.

principi ad esso strettamente collegati: così la legalità dell'amministrazione, la giurisdizione amministrativa, l'indipendenza del giudice possono bensì essere ricondotti provvisoriamente nell'ambito semantico del *Rechtsstaat*, ma il loro modo di operare è condizionato dalla unità di stato, movimento e popolo che produce nel nazionalsocialismo quella specifica omogeneità da Schmitt definita come «uguaglianza di stirpe» (*Artgleichheit*) – una grottesca evoluzione dell'omogeneità sociale e dell'identità democratica delineate nella *Verfassungslehre*. Per quanto riguarda il principio di indipendenza del giudice, l'assenza di arbitrio, anche nel momento di interpretare clausole generali sempre più frequenti, sarebbe assicurata dalla corrispondenza delle determinazioni del potere statale con la volontà popolare, assicurata sociologicamente dalla uguaglianza di stirpe e teoricamente dalla riconduzione degli atti statali alla volontà del *Führer*, nella quale si rispecchierebbe il sentimento giuridico del popolo. L'indipendenza del giudice dipenderebbe quindi, in fondo, da una «riforma dei giuristi» tesa al pieno raggiungimento della *Artgleichheit*, la quale si farebbe garante di una prassi giudiziale uniforme⁵⁵. Schmitt delinea in tal modo un *Gerechtigkeitsstaat*, uno stato di giustizia privo di elementi formali, dove il contenuto di giustizia è colto in maniera immediata – e inevitabilmente irrazionale – attraverso un'operazione intellettuale che mette in gioco la modalità di pensiero giuridico propria del *konkretes Ordnungsdenken*, il *nomos* che scaturisce, in una stretta connessione con la dimensione fattuale, dai rapporti di vita del popolo⁵⁶.

Qui, però, non sono poche le ambivalenze del pensiero schmittiano, che mostra tratti di continuità con alcuni temi da lui stesso affrontati negli anni giovanili. Anzitutto, i rapporti tra l'ordinamento concreto e il diritto vigente non sono chiari, se è vero che, per un verso, l'ordinamento concreto si presenta come fonte superiore ma, per l'altro, appartiene a un sistema diverso rispetto a quello normativo. Restano inoltre ambigue le modalità operative della relazione tra giudice e ordinamento concreto: in alcuni passaggi sembra che i giudici non possano accedere a quest'ultimo direttamente, essendo necessaria la mediazione di norme poste dal *Führer*, in altri punti sembra invece che il diritto emanante dall'ordinamento concreto si imponga come soluzione del caso singolo, per quanto la sua invocazione debba essere circoscritta, al fine di non compromettere la funzionalità dell'apparato amministrativo. A monte, inoltre, il *konkretes Ordnungsdenken* non appare tanto come un *tertium genus* rispetto al normativismo e al decisionismo, quanto un tipo di pensiero che li ricomprende entrambi, superandoli: esso, per Schmitt, rappresenta l'antitesi del positivismo, che di quelle altre due categorie racchiude tutti i mali, venendo inteso come un normativismo senza sostanza giuridica e come un decisionismo senza incarnazione personale della sovranità. L'ordinamento concreto rappresenta, per converso, un diritto collocato su un piano superiore di legalità e capace di attingere alla legittimità; è espressione di sovranità, in una maniera complessa, che coniuga profili dell'istituzionalismo e del decisionismo. I suoi contenuti, infatti, non sono

⁵⁵ Cfr. rispettivamente Id., *Rechtsstaat*, cit., 28 ss.; Id., *Stato movimento popolo*, cit., 224 ss.; nonché Id., *Nationalismus und Rechtsstaat*, cit., 717. Il tema della regolarità della prassi giudiziale era già presente in *Gesetz und Urteil* (sul punto cfr. *infra*, n. 57).

⁵⁶ Sul *konkretes Ordnungsdenken* cfr. Id., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1993 [prima ed. 1934].

definiti da un punto di vista materiale (elevato sarebbe il rischio che se ne appropriino i sovvertitori del regime e dello stato), bensì volontaristicamente attraverso la decisione del *Führer*, il più autentico interprete del *Volksgeist*. Il pensiero sul *konkretes Ordnungsdenken*, dunque, si rivela per ironia molto prossimo a un positivismo non normativo, ma fattuale e sociologico; esso configura lo stato nazionalsocialista non tanto come *Rechtsstaat* quanto come *Gerechtigkeitsstaat*, uno stato di giustizia che però si risolve in «uno stato di eccezione permanente»⁵⁷.

E, tuttavia, poiché al concetto di *Rechtsstaat* nemmeno i gerarchi nazisti intendono rinunciare, per non alienarsi il consenso della classe borghese, in apparenza tanto vituperata, anche Schmitt continua ad adoperarlo, nella declinazione di «*Rechtsstaat* tedesco nazionalsocialista»⁵⁸, oppure nella formula, proposta da Hans Frank (funzionario apicale e suo protettore), del «*Rechtsstaat* tedesco di Adolf Hitler», arrivando a sostenere – contro le evidenze empiriche – che la certezza e la prevedibilità del diritto sarebbero assicurate più fermamente dal *Führerstaat* che dalle istituzioni dello stato liberale⁵⁹. Va peraltro sottolineato come Carl Schmitt, al pari di altri autori di un filone che riconosce ancora la centralità dello stato, come Ernst Forsthoff e in misura diversa Ernst Rudolf Huber⁶⁰, non abbandoni completamente il principio di legalità dell'amministrazione, ritenuto piuttosto indispensabile per l'effettivo funzionamento di quest'ultima. A mutare profondamente è – come si è detto – la norma suscettibile di soddisfare tale principio, non più di natura legislativa ma riconducibile anche ad altra fonte e, da ultimo, alla volontà del *Führer*. Schmitt, insieme alla gran parte della dottrina, ribadisce così che le vecchie leggi devono essere interpretate alla luce dello spirito nazionalsocialista⁶¹. Altri teorizzano più nettamente un doppio *standard* interpretativo, secondo cui il diritto antecedente al 1933 deve essere riletto alla luce della nuova ideologia, anche se ciò comporta lo stravolgimento del testo originario e i valori a esso sottostanti, mentre quello successivo a tale data, essendo espressione della volontà del *Führer*, deve essere assoggettato a un'interpretazione rigorosamente letterale⁶².

Quanto detto fin qui consente di mettere in luce almeno altri due aspetti importanti: il primo riguarda il legame che si è riscontrato tra alcuni temi del movimento del diritto libero e gli orientamenti interpretativi prevalenti durante il nazionalsocialismo (e quindi anche il *konkretes Ordnungsdenken*), non tanto dal punto di vista politico quanto sotto il profilo della mentalità e dell'autocomprensione del giudice. Quest'ultimo, secondo la concezione volonta-

⁵⁷ Su questi profili v. rispettivamente C. HILGER, *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich*, cit., 93 ss.; G. MEUTER, *Gerechtigkeit contra Rechtsstaat. Bemerkungen zum Ordnungsdenken Carl Schmitts*, in R. Voigt (hrsg.), *Mythos Staat. Carl Schmitts Staatsverständnis*, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2015, 81 ss. (106).

⁵⁸ C. SCHMITT, *Nationalismus und Rechtsstaat*, cit., 717.

⁵⁹ ID., *Rechtsstaat*, cit., 32; ID., *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, cit., 199.

⁶⁰ Cfr. *supra*, n. 43.

⁶¹ Sull'interpretazione alla luce dello spirito nazionalsocialista come «primo principio interpretativo» v., tra gli altri, C. SCHMITT, *Nationalismus und Rechtsstaat*, cit., 717.

⁶² Cfr. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr, 1968, 91 ss., spec. 176 ss., nonché, tra gli altri, W. PAULY, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, cit., 94-95.

ristica, romantica e nietzscheana fatta propria dalla *Freirechtsschule*, appare liberato da vincoli e concetti tradizionali, pronto a trasferire sul piano del diritto le istanze di una nuova realtà social-popolare, proiettato verso la ricerca immediata della giustizia nel caso concreto⁶³. Il secondo aspetto riguarda la tesi di Gustav Radbruch⁶⁴, per il quale l'impotenza dei giuristi tedeschi durante il nazismo sarebbe derivata dalla rigida osservanza del giuspositivismo («Gesetz ist Gesetz»). Se riferita in senso stretto al metodo, tale tesi deve però considerarsi erronea, perché il giuspositivismo non fu prevalente, in Germania, né durante l'età weimariana né durante il nazismo (almeno, come si è appena visto, per quanto riguarda l'interpretazione del diritto antecedente al 1933). L'affermazione radbruchiana ha un senso se volta, in senso lato, a cogliere l'ottusa prontezza dei funzionari a eseguire le direttive provenienti dall'alto e l'inerzia nel contestarle (una sorta di «realismo del potere»)⁶⁵, un'immagine peraltro in contrasto con il *Richterkönig* esaltato dai giusliberisti. Il successo della tesi di Radbruch – egli stesso uno tra i pochi positivisti democratici che hanno attraversato l'esperienza weimariana – si spiega però con la rinnovata legittimazione conquistata dalle correnti giusnaturaliste nel secondo dopoguerra, fin dagli anni immediatamente successivi alla caduta del terzo *Reich* e prima dell'entrata in vigore del *Grundgesetz*: lo scritto radbruchiano è del 1946, e in esso si cerca un temperamento tra le istanze della giustizia e quelle della certezza del diritto. Ma il suo ampio seguito è dovuto anche al suo effetto indiretto, ossia una sorta di autoassoluzione del ceto dei giuristi, apparsi come vittime incolpevoli di un'educazione e di un metodo imposti dall'esterno⁶⁶.

Più implicita ma altrettanto inevitabile appare, non solo nel discorso di Schmitt, la compressione degli spazi della giustizia amministrativa, un profilo che è stato approfondito soprattutto dalla monografia di Hans Peter Ipsen in cui si teorizza un cospicuo arretramento di essa, con riguardo agli atti di governo, definiti attraverso il carattere *hoheitlich* e la natura politica. Si tratta di una categoria dai confini molto ampi, all'interno della quale vengono fatti

⁶³ Cfr., anche con riferimento al neohegelismo, O. BEHERNDS, *Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken*, in R. Dreier, W. Sellert (hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1989, 34 ss.

⁶⁴ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in Id., *Rechtsphilosophie*, 5^a ed., Köhler, Stuttgart, 1956, 347 ss., spec. 352., dove si rinviene anche la celebre formula relativa alla cedevolezza del diritto positivo laddove esso confligga «in misura intollerabile» con i principi di giustizia (ivi, 353).

⁶⁵ Questa lettura trova un riscontro nell'art. 8 della Carta delle Nazioni Unite sul Tribunale internazionale militare di Norimberga (*Annex to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis - "London Agreement"* - dell'8 agosto 1945), il quale ha escluso che l'esecuzione dell'ordine di un superiore potesse costituire una causa di esclusione della responsabilità penale (contemplandola però ai fini di una eventuale riduzione della pena). Sull'intricato tema dello stato di diritto e del principio di legalità penale nel contesto della giustizia di transizione v. almeno R.G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013; D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 3 ss., 140 ss.

⁶⁶ M. WALTHER, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These*, in R. Dreier, W. Sellert (hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, cit., 323 ss.

rientrare anche gli atti della polizia politica⁶⁷. Occorre infine rimarcare come gli scritti schmittiani sul *Rechtsstaat* lascino trapelare una conoscenza non superficiale del dibattito sullo stato di diritto che stava attraversando la dottrina italiana, esprimendo un particolare apprezzamento per il pensiero di Sergio Panunzio⁶⁸. Lo stesso Schmitt, del resto, come molti tedeschi si era interessato all'esperienza fascista, valutandola positivamente ma rilevandone altresì le differenze rispetto a quella nazionalsocialista⁶⁹.

4. Le letture dei giuristi italiani e la presa di distanza dalla dottrina nazionalsocialista

In Italia, le riflessioni sul tema dello stato di diritto durante il fascismo si muovono di pari passo con l'appropriazione, da parte delle élites politiche e dei giuristi, della nozione di stato «totalitario», in cui gli individui e la società, strutturati organicamente e prestando un consenso attivo allo stato, confluiscono in esso e nel suo ordine oggettivo. Le interpretazioni date al concetto di stato di diritto durante il fascismo, e quindi anche i rapporti con la dottrina tedesca sul *Rechtsstaat*, variano in funzione delle opzioni teoriche e del rapporto dei giuspubblicisti italiani con il regime, nonché del periodo all'interno del ventennio in cui essi scrivono⁷⁰.

⁶⁷ H.P. IPSEN, *Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte*, Anseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1937, su cui cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, cit., 336-338.

⁶⁸ Oltre a riferirsi alla distinzione, fatta nella dottrina italiana, tra stato di diritto, stato giuridico, stato legale, con un sintetico richiamo a Orlando, Ranelletti, Santi Romano e del Vecchio, Schmitt ricorda in particolare i lavori di Panunzio (*infra*, n. 71) e Caristia (*infra*, n. 91): cfr. C. SCHMITT, *Rechtsstaat*, cit., 24-25, 28; ID., *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, cit., 189.

⁶⁹ V., per tutti, R. MEHRING, *Carl Schmitt*, cit., 241 e 640, n. 88, 370. Schmitt, peraltro, non solo si era recato in Italia, ma aveva tenuto alcune conferenze sul fascismo, per lo più inedite, e aveva incontrato Mussolini.

⁷⁰ Il senso attribuito al termine «totalitario» cambia non solo, in quell'epoca, tra antifascisti e fascisti, ma non è nemmeno coincidente con quello che sarà fatto proprio dalle scienze politiche, storiche e filosofiche dopo la seconda guerra mondiale. Per un quadro d'insieme della coesistenza delle nozioni di stato totalitario e stato di diritto presso i giuspubblicisti del fascismo rimando alle opere di P. COSTA, *Lo "stato totalitario"*, cit., *passim*, e M. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., 152 ss e *passim*. Sulle varie fasi del regime fascista è ancora utile, indipendentemente dalla valutazione che si dia all'interpretazione del fascismo come vettore di modernizzazione sostenuto dalla classe media, R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, I, *La conquista del potere, 1921-1925*, Einaudi, Torino, 1966; ID., *Mussolini il fascista*, II, *L'organizzazione dello stato fascista, 1925-1929*, Einaudi, Torino, 1968; ID., *Mussolini il duce*, I, *Gli anni del consenso, 1929-1936*, Einaudi, Torino, 1974; ID., *Mussolini il duce*, II, *Lo stato totalitario. 1936-1940*, Einaudi, Torino, 1981. Sugli aspetti organizzativi e istituzionali v. in particolare A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, Einaudi, Torino, 1965 e, più recentemente, S. CASSESE, *Lo stato fascista*, il Mulino, ebook, Bologna, 2016; G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2018. In una prospettiva costituzionalistica v. ancora L. PALADIN, *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, v. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 887 ss. Per una rassegna delle interpretazioni storiche sul fascismo v. M. REVELLI, *Fascismo: teorie e interpretazioni*, in B. Bongiovanni, G.C. Jocteau, N. Tranfaglia (a cura di), *Storia d'Europa*, IV, *La dimensione continentale*, La nuova Italia, Firenze, 1981, 1561 ss.; E. GENTILE, *Fascismo. Teorie e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 34 ss.

Nella prima fase, quella dello squadristico e della conquista del potere, la divaricazione e l'originalità delle posizioni appare più marcata. È significativo, a tale proposito, mettere a confronto l'opera di due autori collocati su fronti opposti, dal punto di vista sia politico che metodologico. Il primo è Sergio Panunzio, filosofo del diritto ancor prima che giuspubblicista, sostenitore del fascismo proveniente dall'esperienza del sindacalismo rivoluzionario. Nell'opera del 1921 dedicata allo *Stato di diritto*, pubblicata quindi prima della marcia su Roma, egli disarticola tale concetto in tre nozioni potenzialmente sovrapponibili: anzitutto lo *stato di diritto ut sic*, che concerne la coesistenza dei cittadini e la protezione della libertà e dell'eguaglianza, rispetto al quale sorgono gli interrogativi relativi all'essenza filosofica, all'origine e allo scopo dello stato stesso, interrogativi che pertengono alla filosofia del diritto. Vi sono poi lo *stato giuridico*, che attiene al profilo formale e tecnico-giuridico nonché all'idea logica dello stato e rientra nell'ambito della scienza giuspubblicistica, e infine lo *stato (o governo) legale*, che riguarda l'idea pratico-politica dei limiti al potere e appartiene alla scienza amministrativa⁷¹. Panunzio osserva, storicamente, come l'idea iniziale dello stato di diritto quale garante della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini sia stata rovesciata dallo *Staatsrecht* a vantaggio dell'ente statale e come la questione della libertà sia rimasta ciononostante pressante, con riferimento non solo a singoli individui, ma anche ad associazioni, corporazioni e sindacati, capaci di svolgere compiti sociali e amministrativi⁷². In questi passaggi sono evidenti le tracce del primo pensiero panunziano, profondamente influenzato dal socialismo giuridico e dal sindacalismo rivoluzionario e permeato da un forte antistatalismo. Ma nel volume è delineato anche il dualismo tra stato di diritto e stato etico, laddove il primo assolve fini «giuridici, o di gar[a]nzia e di sicurezza», mentre il secondo persegue fini «storici, o di civiltà e di realizzazione dello spirito nel mondo», dunque anche politici e pedagogici. Sebbene lo stato etico si collochi a un livello di maggior perfezionamento, lo stato di diritto conserva una propria identità ed è concettualmente distinto da esso⁷³. La realizzazione di finalità storiche e di civiltà da parte dello stato etico richiede una capacità di provocare mutamenti di grande portata, capacità che si annida per Panunzio soltanto in uomini «audaci» e «politici», i quali possono, per raggiungere quell'obiettivo, scrollarsi di dosso i limiti del diritto e agire arbitrariamente. Tornano qui i temi affrontati, nello stesso anno, in *Diritto, forza e violenza*, laddove il rapporto del diritto con la forza è inquadrato in termini statici e conservativi, mentre quello con la violenza è visto in una prospettiva dinamica, innovatrice e sovversiva, con il risultato dell'elisione della contrapposizione astratta tra violenza e diritto, potendo questo nascere da quella, e con l'ulteriore implicazione della giustificazione della violenza rivoluzionaria⁷⁴.

Se, nella monografia degli anni venti, pur permeata da un'evidente opzione antiliberale, lo stato di diritto conserva ancora una propria autonomia, esso tende ad assottigliarsi nei

⁷¹ S. PANUNZIO, *Lo stato di diritto*, ed. Taddei, Ferrara, 1921, 19 ss.

⁷² Ivi, 149-152.

⁷³ Ivi, 149 ss. (154).

⁷⁴ V. rispettivamente ivi, 160 ss.; Id., *Diritto, forza e violenza. Lineamenti di una teoria della violenza*, Licinio Cappelli, Bologna, 1921, spec. 39 ss.

lavori di teoria dello stato degli anni trenta e quaranta – parallelamente al consolidarsi del regime – venendo interamente assorbito nello stato organico e totalitario, insieme ai diritti individuali. Panunzio ripiegherà sempre più sullo stato giuridico, inteso come stato giuridicamente conformato e dagli assetti nettamente gerarchizzati⁷⁵. Per quanto concerne i richiami agli autori tedeschi, essi sono coerenti con la complessiva ricostruzione panunziana: l'autore esprime l'esigenza di un ritorno a Kant, riprende da Mohl la concezione sostanziale dello stato di diritto, denuncia in maniera vibrante la concezione formale di Stahl – tanto che le sue parole infuocate vengono riprese anche da Schmitt –, valorizza le osservazioni critiche di Albert van Krieken sul concetto di *Rechtsstaat*⁷⁶ e le riflessioni di Jhering in ordine al rapporto tra il diritto e la forza, introducendo la distinzione tra quest'ultima e la violenza. Relativamente a Jellinek, Panunzio appare interessato non tanto alla dottrina dei diritti pubblici soggettivi, quanto a un approccio metodologico che considera, accanto alle scienze giuridiche e seppur separatamente, le scienze sociali, storiche e filosofiche, nonché la dottrina dei fini dello stato⁷⁷.

Il secondo studioso di questo periodo su cui merita soffermare l'attenzione è Francesco Ruffini, liberale, uno dei pochissimi professori universitari che, nel 1931, rifiutano di prestare il giuramento al regime fascista. La sua opera *I diritti di libertà*, pubblicata nel 1926 presso le edizioni di Piero Gobetti, si distingue per aver messo in risalto – diversamente dagli scritti di altri autori coevi – sia la costituzione della *Paulskirche* francofortese del 1848, comprensiva della «Dichiarazione dei diritti fondamentali del popolo tedesco», mai entrata in vigore, sia la costituzione della Repubblica di Weimar del 1919, contenente, nella sua seconda parte, i «Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi», un catalogo comprensivo dei diritti sociali⁷⁸. Per contro, Ruffini esprime un giudizio fortemente negativo sulla giuspubblicistica della Germania imperiale, adattatasi senza esitazioni alla reazione politica antiliberale e antidemocratica e immemore della conquista dei diritti di libertà attraverso le lotte nel corso della storia. Particolarmente penetrante è la critica espressa nei confronti della dottrina gerberiana dei diritti riflessi – soprattutto nella versione datane in Italia da Alfredo Rocco⁷⁹ –, la quale presupporrebbe una inversione dei rapporti tra individuo e stato, riducendo i diritti a una emanazione eventuale di questo. Ruffini contesta inoltre le teorie sui diritti pubblici soggettivi formulate rispettivamente da Konrad Bornhak, che li disconosce completamente, da Laband, che li assottiglia in un fascio minimo, e da Jellinek, che insistendo sull'autolimitazione dello

⁷⁵ Sull'evoluzione di questi profili del pensiero di Panunzio cfr. P. RIDOLA, *Sulla fondazione teorica della "dottrina dello stato". I giuspubblicisti della facoltà romana di scienze politiche dalla istituzione della facoltà al 1943*, in F. Lanchester (a cura di), *Passato e presente delle facoltà di scienze politiche*, Giuffrè, Milano, 2003, 114 ss., 128 ss.

⁷⁶ Già tradotte in italiano in A. VAN KRIEKEN, *Della così detta teoria organica dello stato. Contributo alla storia del concetto dello stato*, ed. orig. *Über die sogenannte organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs* (1873), tr. it. a cura di C. Artom, Utet, Torino, 1890.

⁷⁷ S. PANUNZIO, *Lo stato di diritto*, cit., *passim*.

⁷⁸ F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1926), Ed. di Storia e Letteratura, Roma, 2012, 40 ss.

⁷⁹ Cfr. A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, III, *La formazione dello stato fascista* (1925-1934), Giuffrè, Milano, 1938, 1099 ss., spec. 1103, su cui v. M. CARVALE, *La lettura italiana dei diritti riflessi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 235 ss.

stato ammette il primato temporale e logico di quest'ultimo, con la possibilità di revocare diritti precedentemente concessi⁸⁰. Ruffini valuta ancora positivamente il concetto di stato di diritto, e cioè quello

stato fondato sul diritto, conforme al diritto, e soggetto al diritto, il quale quindi eleva il diritto a condizione fondamentale della sua esistenza e determina i limiti del suo operare e dell'azione dei cittadini con norme di diritto [...]. Stato di diritto si ha, nella sfera amministrativa, quando vi si attui [la] giustizia amministrativa [...] e si ha, nella sfera costituzionale, quando lo stato garantisce all'individuo che nel momento di formazione della legge non verranno menomate le libertà individuali; onde la sua condizione precipua è il rispetto della persona umana e d'è suoi essenziali attributi, e suo scopo supremo la realizzazione dell'ideale della perfetta armonia fra il diritto dello stato e quello dell'individuo⁸¹.

Il «vero stato di diritto», che opera tanto per l'amministrazione quanto per la legislazione, è dunque caratterizzato dalla «intangibilità» e dalla «imprescrittibilità» dei diritti di libertà. Da un punto di vista teorico ciò è giustificato non tanto attraverso la volontà unilaterale di autolimitazione, da parte dello stato sovrano già costituito, ma – prendendo ispirazione da indirizzi diversi come la teoria delle consociazioni gierkeiana, la dottrina pura kelseniana e la teoria romaniana degli ordinamenti giuridici –, tramite la consapevolezza della genesi storica dei diritti, ricorrendo all'idea di una limitazione attraverso i diritti stessi, limitazione che opera nel momento della nascita dello stato, ed è dunque non volontaria e successiva ma «originaria, primordiale, [...] necessaria e congenita»⁸².

Il volume appena ricordato è uscito pochi anni dopo l'approvazione, da parte di Mussolini, delle norme restrittive delle libertà di stampa, di religione e di associazione, e nello stesso periodo dell'adozione delle leggi sull'ampliamento e sulla concentrazione dei poteri nelle mani dell'esecutivo e del capo del governo. Nel corso degli anni successivi, in cui il fascismo si è stabilizzato e lo stato ha esteso i propri compiti di mediazione, è molto raro imbattersi in opere scientifiche di aperta condanna, anche sul fronte dei diritti (salvo ancora una volta gli esuli, come Silvio Trentin⁸³). La strategia prevalente della dottrina giuspubblicistica, integrata nelle strutture e negli apparati istituzionali, è stata piuttosto quella di assicurare una compatibilità tra la nozione dello stato di diritto con lo stato fascista. Per fare questo, occorre ridurre al minimo il contenuto materiale del concetto di stato di diritto, eliminando da esso quelle componenti, maggiormente legate all'orizzonte ideologico liberale e ancora presen-

⁸⁰ F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, cit., 99-101, 102 ss, e già ID., *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924, 141 ss.

⁸¹ F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, cit., 58.

⁸² Ivi, 129-130. Cfr. altresì M. DOGLIANI, *Postfazione*, ivi, 238 ss.

⁸³ S. TRENTIN, *L'asservimento del cittadino* (1930), in Id., *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo 1928-1937*, a cura di G. Paladini, Marsilio, Venezia, 1988, 85 ss. Per alcuni puntuali rilievi critici v. anche F. PERGOLESÌ, *Su lo "Stato di diritto". Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista* (1932), in Id., *Scritti minori*, v. I, a cura di G. de Vergottini, con la collaborazione di A. Cheber e A. Gustapane, Arnaldo Forni editore, Sala bolognese, 1988, 35 ss.

ti, ad esempio, nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando⁸⁴, che la costruzione dello stato fascista aveva rimosso, tra i quali la separazione dei poteri, la centralità della rappresentanza parlamentare e le libertà politiche dei cittadini⁸⁵. Un percorso siffatto poggiava sulla solidità della tradizione statualistica, tardoliberale e autoritaria, alla quale ci si era affidati, anche nella prima metà del XX secolo, per contenere le spinte pluralistiche e conflittuali che emergevano dalla società. In tale prospettiva lo stato di diritto è stato definito attraverso i suoi caratteri di stabilità, prevedibilità e neutralità, e ha finito per coincidere con lo stato amministrativo, in cui si esprime la dimensione sovrana e originaria del potere pubblico. È questa una posizione fatta propria da personalità come Santi Romano – nonostante le importanti aperture istituzionalistiche –, Oreste Ranelletti e Guido Zanobini, che recuperano la dogmatica tedesca dello *Staatsrecht* per ribadire il primato dello stato, dotato di personalità giuridica e restaurato nella sua incrollabile e confortante autorità sulla società in movimento e sul partito fascista⁸⁶. Come è stato efficacemente osservato,

lavorare dentro le strutture del regime costruendo il diritto della pubblica amministrazione ha [...] un significato necessariamente duplice. In esso convivono sia l'aspetto 'liberal' della calcolabilità e del vincolo che il diritto può imporre al regime, della preminente presenza, rispetto al regime, dello 'stato' come entità giuridicamente definibile ed organizzabile, sia l'aspetto 'autoritario' della definizione di una forma di stato che, strutturandosi tutta attorno al momento sovrano ed originario impersonato dalla pubblica amministrazione, spera di trovare per questa via nello stesso regime, depurato dai suoi caratteri movimentistici e dalle sue pretese 'costituenti', un contesto istituzionale ideale per lo sviluppo dello stato amministrativo⁸⁷.

È significativa, a tale proposito, la figura di Santi Romano: divenuto Presidente del Consiglio di Stato nel 1928, egli guida un organo che, attraverso entrambe le funzioni giudiziale e consultiva, per un verso incarna l'idea tardo-ottocentesca del diritto amministrativo

⁸⁴ Sulla cui nozione di stato di diritto mi limito a richiamare M. FIORAVANTI, *Lo stato di diritto come forma di stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in R. Gherardi, G. Gozzi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, il Mulino, Bologna, 1995, 165 ss., in particolare con riguardo al legame di Orlando con la scuola storica e il costituzionalismo inglese.

⁸⁵ Cfr. P. COSTA, *Lo "stato totalitario"*, cit., 81 ss.; M. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., 213 ss., 263 ss. Accanto ai lavori che verranno presi in considerazione nel prosieguo della trattazione, un tipico esempio di questo approccio è rappresentato da F. D'ALESSIO, *Lo stato fascista come stato di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, v. I, Cedam, Padova, 1940 [il testo della prolusione risale al 1935]; per un giudizio differenziato, alla luce della legislazione vigente v. F. PERGOLES, *Su lo "Stato di diritto"*, cit., 20 ss.

⁸⁶ Su questi aspetti cfr., oltre agli studi richiamati alla nota precedente, M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., 67 ss.; B. SORDI, *Corporativismo e dottrina dello stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative*, in A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis (hrsg. / a cura di), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen / Il corporativismo nelle dittature sud-europee*, cit., 129 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, 97 ss., 156 ss., 211 ss.

⁸⁷ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., 80.

volto non tanto alla tutela dei diritti individuali quanto alla difesa dell'ordinamento oggettivo, e per l'altro assume un'importanza chiave, a livello istituzionale e simbolico, nella strategia del fascismo e del Duce in particolare, volta a riaffermare l'autorità e l'unità del potere esecutivo e soprattutto del governo, nelle cui mani sono concentrate ormai le competenze normative e la funzione di indirizzo politico. Nonostante la condivisione, da parte di Santi Romano – e con molta probabilità anche degli altri membri del Consiglio di Stato –, dei motivi ispiratori del fascismo, la continuità disciplinare con la tradizione giuridica tardo-liberale ha fatto sì che non si verificassero fratture cospicue rispetto al periodo precedente e che anzi il Consiglio di Stato tendesse a ribadire alcuni principi generali nell'ambito della giustizia amministrativa, con riguardo al sindacato per eccesso di potere, all'effettività della tutela giudiziale, e all'interpretazione restrittiva della categoria dell'atto politico. Pronunce di orientamento più liberale hanno interessato la funzione pubblica (salvo alcuni casi in materia di licenziamento per mancata lealtà politico-ideologica) e anche – secondo un orientamento simile a quello emerso presso il Tribunale e la Corte di Appello di Torino, ma diverso da quelli della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti – rapporti che coinvolgevano gli ebrei, con l'intento di circoscrivere l'ambito di applicazione della legislazione razziale. Quest'ultima rimaneva però assurda e odiosa nella sua impostazione, che non era sostanzialmente attenuata da singoli atti di esenzione non impugnabili, adottati dal Duce con l'assistenza di una commissione consultiva, sulla base di criteri per lo più discrezionali⁸⁸. Privi di un adeguato controllo giurisdizionale erano anche alcuni provvedimenti afferenti alla zona grigia tra diritto penale e diritto amministrativo, come quelli di invio al confino e altre misure di prevenzione⁸⁹.

La continuità con l'orizzonte statualistico del tardo-liberalismo è testimoniata altresì, in maniera assai chiara, da un breve scritto in cui Romano recensisce il volume di Rocco contenente le relazioni presentate dal Guardasigilli alle leggi di natura politica che, dal 1923 al 1926, hanno provocato la trasformazione dell'assetto costituzionale dello stato. Rocco plaude bensì al compimento della «rivoluzione» fascista e all'avvento del nuovo stato, non più debole e agnostico, come quello liberale, ma forte e portatore di fini morali, sociali e politici. Ma lo stato fascista, per realizzare tali fini, deve «doma[re]» e organizzare le forze sociali

⁸⁸ Gli studi in materia hanno ormai raggiunto un'apprezzabile consistenza e a essi rimando per puntuali indicazioni giurisprudenziali: M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 439 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il commento [Il Consiglio di Stato e il regime fascista]*, in G. Pasquini, A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, 176 ss.; L. CICALINI, *Il commento [L'atto politico]*, ivi, 231 ss.; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato durante la dittatura fascista. Note sulla giurisprudenza*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e Sassari*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 143 ss.; ID., *La macchina imperfetta*, cit., 320 ss.; L. MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, 261 ss.; A. PAJNO, *L'effettività della tutela*, ivi, 225 ss.; B. SORDI, *Corporativismo e dottrina dello stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative*, cit., 143-144. Un giudizio in parte simile è stato espresso per il *Conseil d'État* francese durante il più breve regime di Vichy: per un raffronto e alcuni rilevi critici v. D. LOCHAK, *Il "Conseil d'Etat" di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in Y. Mény (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, il Mulino, Bologna, 1994, 60 ss., 80 ss.

⁸⁹ Cfr. *infra*, n. 156.

presenti nel paese, e può farlo in quanto «stato sovrano», alla luce della teoria professata dalla scuola del diritto pubblico fin dal XIX secolo, depurata dalle contraddizioni immesse dal liberalismo e dalla democrazia. Su questo passaggio, relativo alla sovranità (non del popolo ma) dello stato, dotato di personalità propria, distinta e sovrastante quella individuale, richiama l'attenzione Romano, nel contesto di una recensione tutta volta a elogiare la personalità e l'ingegno di Rocco, il quale è riuscito a progettare riforme che, per quanto fortemente innovative e finanche «rivoluzionarie» nei contenuti, «sembrano quasi un logico e naturale sviluppo delle istituzioni precedenti»⁹⁰.

Sono relativamente pochi, in questo contesto, coloro che sostengono una incompatibilità tra lo stato di diritto e lo stato fascista. Tra questi, merita ricordare Carmelo Caristia, il quale, in un saggio del 1934 dedicato al concetto di *Rechtsstaat*, dopo aver esaminato, dal punto di vista del diritto pubblico e della storia delle dottrine politiche, le tesi di diversi autori tedeschi (soprattutto Ahrens, von Humboldt, Bluntschli, van Krieken, Bähr, Gneist, Mayer, piuttosto che Mohl e Stahl), ribadisce il nesso genetico della nozione di stato di diritto con l'ideologia politica liberale e denuncia – anche sotto l'influenza del pensiero realistico di Gaetano Mosca – l'inappropriata commistione di elementi giuridici e politici. Alla luce di questi rilievi, Caristia conclude per l'inconciliabilità dello stato di diritto con lo stato fascista, che per definizione si oppone agli ideali liberaldemocratici. Ciò non comporta necessariamente la scomparsa delle istanze sottese al *Rechtsstaat*, le quali invece, riguardando il bisogno di limitare il potere dello stato, anche attraverso un ampliamento dei diritti, vanno per Caristia tematizzate non tanto sul piano giuridico quanto su quello politico⁹¹.

Ancora diversa è la critica al concetto di stato di diritto, nell'insieme dei significati a esso ascritti dai giuristi tedeschi ed italiani, formulata da alcuni studiosi della scuola gentiliana⁹². Già sul finire degli anni venti Arnaldo Volpicelli aveva contestato la concezione orlandiana dello stato di diritto, perché basata, a suo avviso, su una giustapposizione incoerente di motivi sostanziali e formali, liberali e statualistici, ripresi prevalentemente dalla tradizione tedesca, rimproverando a Orlando di non aver colto l'effettiva novità della teoria di Jellinek sull'autolimitazione, che avrebbe invece dimostrato l'impossibilità dei limiti estrinseci allo stato. La restrizione del sovrano, per Volpicelli, è insita nella relazione giuridica con il suddito, la quale si costruisce nell'atto di legislazione. Attraverso la posizione della legge si innesca così

⁹⁰ Cfr. rispettivamente A. ROCCO, *Introduzione*, in Id., *La trasformazione dello stato. Dallo stato liberale allo stato fascista*, "La Voce" Anonima Editrice, Roma, 1927, 5 ss., spec. 18-19, e S. ROMANO, *Recensione al volume di Alfredo Rocco, La trasformazione dello stato. Dallo stato liberale allo stato fascista*, rist. in *Riv. dir. pubbl.* 2006, 174-177 (175-176) [prima pubblicazione in *Arch. giur.*, 1928].

⁹¹ C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: "Rechtsstaat"*, in *Riv. dir. pubbl.* 1934, 388 ss.

⁹² Su cui v. A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico. La filosofia del diritto alla scuola di Giovanni Gentile*, Aracne, Roma, 2015. Per una considerazione della figura di Gentile da parte delle diverse anime del fascismo v. A. TARQUINI, *Il Gentile dei fascisti: gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, il Mulino, Bologna, 2009. Sui rapporti tra filosofia gentiliana e fascismo politico v. anche *infra*, n. 151.

un «processo immanente di autocostruzione ed obbligazione giuridica»⁹³. Secondo tale ricostruzione,

i conflitti politici non sono e non avvengono mai tra lo stato legislatore e il popolo (rivendicante i suoi diritti!); ma sono e costituiscono il dinamismo interno allo stato stesso: l'eterno conflitto – in cui la stessa storia consiste – tra lo stato esistente e quello *in fieri*⁹⁴.

Dieci anni più tardi, muovendo da una prospettiva filosofica che coniuga l'attualismo gentiliano con lo storicismo crociano, Felice Battaglia evidenzia i limiti delle teorie sullo stato di diritto che presuppongono la separatezza tra lo stato e il diritto, facendo leva sulla immedesimazione spirituale tra individuo e stato, e rinvenendo l'essenziale giuridicità di quest'ultimo nella sua eticità. Per Battaglia, lo stato è tutt'uno con l'ethos, in quanto organizzazione giuridica di relazioni tra soggetti liberi; il diritto non ha una vera e propria autonomia rispetto all'etica, che lo fonda e pone il criterio della sua legittimità, mentre lo stato di diritto è strumentale rispetto allo stato etico⁹⁵. Entrambi gli autori, pur con differenti impostazioni, riprendono da Gentile il motivo del superamento della scissione, propria del liberalismo individualistico, dello stato rispetto al diritto, che lo limita dall'esterno per proteggere l'individuo. Essi evidenziano piuttosto la progressiva identificazione tra l'individuo e lo stato, attraverso la quale il primo trova nel secondo la propria realizzazione e il perfezionamento della libertà, in un processo il cui culmine è rappresentato dal raggiungimento della coscienza dell'unità nazionale. Nell'ambito di tale processo, da comprendersi non in maniera sociologica, naturalistica o positivista ma spirituale, Gentile elabora le teorie del diritto come un «già voluto» non coattivo, dell'accettazione interiore del principio di autorità, della sostanziale identità tra diritto e morale, della natura sociale dello spirito umano nella sua immanenza, e infine – anche se in maniera non sempre lineare – della necessità dello stato e della sua definizione come sostanza etica consapevole di sé in cui convergono autorità e libertà. I rapporti tra le tesi degli allievi e quelle del maestro, peraltro, variano all'interno di una cornice comune: mentre in Battaglia è più evidente l'attrazione della sfera giuridica in quella morale e la rielaborazione del tema gentiliano della *societas in interiore homine* attraverso l'idea concreta dell'alterità e della relazione, da cui scaturisce la giuridicità, in Volpicelli prevale l'atteggiamento polemico verso alcuni giuristi della tradizione e l'idea della coincidenza tra diritto, società e stato politico. Quest'ultima, che sarà foriera di ulteriori sviluppi negli studi sul corporativismo, gli consente di apprezzare alcune convergenze – seppur da una prospettiva metodologica e ideologica molto diversa – tra le proprie posizioni e quelle di Santi Romano e di Hans Kelsen (dei quali non condivide né la declinazione pluralistica della teoria

⁹³ A. VOLPICELLI, *Vittorio Emanuele Orlando*, pt. III, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1927-1928, 183 ss. (194-195).

⁹⁴ A. VOLPICELLI, *Vittorio Emanuele Orlando*, pt. III, cit., 197.

⁹⁵ F. BATTAGLIA, *Stato etico e stato di diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1937, 237 ss.

dell'ordinamento giuridico né la fiducia nella democrazia parlamentare)⁹⁶. Nell'orbita dell'attualismo occorre infine ricordare Vezio Crisafulli, che in uno scritto minore sviluppa penetranti osservazioni sul concetto di libertà. Commentando un volume di Joseph Barthélemy, egli ritiene filosoficamente inadeguata la nozione di libertà da questi utilizzata, meramente negativa ed empirica. Ad essa contrappone quella di una libertà «tutta ideale e spirituale» che, in linea con l'insegnamento gentiliano, si fonde con il principio di autonomia per sfociare nell'idea di una «cosciente e spontanea accettazione della legge», intesa non come fonte di una coazione eteronoma ma come frutto dell'«azione normale» ricreata continuamente dall'insieme dei soggetti individuali e dei corpi sociali⁹⁷.

Accanto al filone giuspubblicistico principale, che continua a servirsi del concetto di stato di diritto, depurandolo dal suo legame con il liberalismo politico e con il parlamentarismo, vanno richiamati quei lavori che, tra la seconda metà degli anni trenta e l'inizio degli anni quaranta, tentano di recuperare il nesso tra stato di diritto e diritti pubblici soggettivi⁹⁸. Non è forse casuale che in questo periodo il regime dapprima raggiunga l'apice del consenso e poi mostri i suoi lati più duri con le leggi razziali. Una parte della dottrina, pur non contestando apertamente le misure governative e anzi giustificandone i presupposti istituzionali, cerca di evitare derive sul piano scientifico, come quelle che stavano avvenendo in Germania, tenendo fermi alcuni capisaldi della tradizione.

Di questo gruppo può considerarsi espressione Piero Bodda, il quale adotta la prospettiva orlandiana della «pura scienza giuridica», distinguendo nettamente la sfera giuridica da quella politico-sociale, in cui rientra anche la libertà politica. Permane la convinzione che il concetto di stato di diritto sia indipendente rispetto a quelli di stato costituzionale, separazione dei poteri e rappresentanza nazionale o politica (che diventano appunto «tendenze» storico-politiche). L'elemento essenziale di esso viene però individuato nella disciplina giuridica dei rapporti fra lo stato e gli individui, e dunque nel vincolo che una disciplina siffatta impone allo stato, attraverso i diritti, «in modo da assicurare ai singoli una sfera di attività». Tali diritti, però, non sono posizioni originarie da far valere contro lo stato, ma elementi la cui esistenza dipende dalla volontà di quest'ultimo, rifluendo dalle norme dell'ordinamento statale⁹⁹. L'attenzione primaria per il profilo giuridico-formale, anche nella configurazione della libertà individuale, induce Bodda ad apprezzare l'opera di Stahl, più che quella di Mohl, e a sottolineare l'ampio successo goduto dal primo presso autori successivi anche molto diversi tra loro, come Gneist, Bähr, Gierke, Jellinek, Thoma e Schmitt, che avrebbero tutti contribuito a precisare una nozione esclusivamente giuridica dello stato di diritto. Sembra però che la let-

⁹⁶ Cfr. A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., 26 ss., 37 ss. 172 ss. Su Battaglia cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, Giuffrè, Milano, 1974, 370 ss.

⁹⁷ V. CRISAFULLI, *Nuove pubblicazioni francesi sulla crisi della democrazia e il valore della libertà*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1935, 667 ss. (668-669). L'influenza dell'attualismo nei contributi crisafulliani degli anni trenta può cogliersi anche negli scritti sui partiti e sull'indirizzo politico.

⁹⁸ Su questi ultimi cfr., oltre agli autori menzionati nelle note successive, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 266 ss.

⁹⁹ P. BODDA, *Lo stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Giuffrè, Milano, 1935, 9 ss., 17 ss., 25 ss. (9, 17, 20).

tura dello studioso italiano non sia priva di forzature, soprattutto per quanto riguarda Schmitt, laddove la ricostruzione del *Rechtsstaat* sviluppata nella *Verfassungslehre* è recepita solo nella sua dimensione descrittiva, senza cogliere il senso polemico del giurista weimariano. Nell'ultima parte del lavoro, tuttavia, Bodda sottopone a critica l'estremizzazione delle posizioni schmittiane avvenuta negli anni trenta¹⁰⁰.

In parte vicina a questa posizione, ma con profili senz'altro originali, è quella tenuta da Franco Pierandrei nel lavoro del 1940 avente a oggetto l'elaborazione della teoria dei diritti pubblici soggettivi da parte della dottrina tedesca¹⁰¹. Diversamente da Bodda, Pierandrei non si prefigge di tracciare una linea netta tra l'ambito giuridico e quello non giuridico, ma si sforza di cogliere i mutamenti di significato del concetto di stato di diritto e dei principi che a esso fanno capo al mutare degli ordinamenti politici. Anch'egli colloca le origini del *Rechtsstaat* nello stato liberale che – alla luce dell'influenza giusnaturalistica – è guidato dal principio della tutela dei diritti individuali contro lo stato. Esprime poi un giudizio positivo sul secondo *Reich*, per aver saputo bilanciare una concezione autoritaria dello stato con la libertà dei singoli. Mentre vede negativamente l'esperienza weimariana, ritenuta una degenerazione dello stato liberale, Pierandrei ripone fiducia nei regimi autoritari in cui – come avvenuto in Germania dopo l'unificazione del 1871 – sono coesistiti l'idea di uno stato sovrano, collocato in posizione superiore rispetto alla società, e il nucleo tecnico-giuridico dello stato di diritto. Quest'ultimo è stato capace di mantenersi inalterato nel tempo e di potersi adattare anche a forme di stato ispirate a un principio opposto rispetto a quello dello stato liberale, ossia quelle in cui l'individuo è visto come mezzo e non come fine dell'azione statale. Il nucleo tecnico dello stato di diritto, coerentemente con l'insegnamento del maestro Emilio Crosa¹⁰² a sua volta allievo di Ruffini, è individuato da Pierandrei nelle tre componenti del principio di legalità, inteso come sottoposizione dell'amministrazione a norme generali e astratte, dei diritti pubblici soggettivi, presidio di una insopprimibile sfera individuale, seppur immersa nell'ordinamento oggettivo, e della giustizia amministrativa, quale strumento per garantire l'uno e gli altri¹⁰³. Alla dimostrazione della permanenza di un nucleo siffatto è dedicato quindi il volume dello studioso torinese, suddiviso in due parti, la prima dedicata alla dottrina tedesca del secondo impero (con parziali riferimenti agli autori weimariani), la seconda a quella nazionalsocialista.

È chiaro il percorso intellettuale seguito dall'autore: dopo la contestualizzazione delle posizioni di Mohl, Stahl e ancor prima Humboldt, egli dedica particolare attenzione, valorizzandole, a quelle di Mayer, Gneist e altri amministrativisti, relativamente al principio di legalità e alla giustizia amministrativa, nonché a quelle di Gerber e soprattutto di Jellinek, di cui condivide ampiamente la dottrina degli *status* sul fronte dei diritti pubblici soggettivi, sforzan-

¹⁰⁰ Ivi, 11 ss., spec. 14, 23, 34, ed *infra*, nn. 118-119.

¹⁰¹ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940.

¹⁰² Su cui v. F. LANCHESTER, *Crosa, Emilio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, v. XXXI, 1985, consultabile in *treccani.it*.

¹⁰³ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 31 ss.

dosi di mostrare come la prevalenza della dimensione oggettiva non cancelli quella individuale dei diritti, i quali, benché concessi dallo stato, restano pur sempre espressione della persona umana¹⁰⁴. Più difficile sembra difendere una posizione siffatta con riferimento all'ordinamento nazionalsocialista, a proposito del quale il discorso di Pierandrei cambia modalità e, riconoscendo le deformazioni in corso, auspica che non vadano del tutto perse le acquisizioni del periodo guglielmino, limitandosi a contestare le tesi più estreme adottate dalla dottrina tedesca¹⁰⁵. Lo studio sulla Germania offre, peraltro, all'autore l'occasione di formulare alcuni paralleli con lo stato fascista italiano. Quest'ultimo è definito come «stato giuridico», dove è riconosciuto il principio di legalità, ossia il primato della «disposizione positiva [...] interpretata secondo i principi generali del sistema giuridico fascista», alla quale l'amministrazione deve sottostare, e dove è assicurata una «sintesi feconda» tra l'individuo e lo stato, in maniera sia immediata sia mediata, organicamente, attraverso nuclei sociali e ordinamenti corporativi intermedi¹⁰⁶. Per Pierandrei, lo stato totalitario, nelle sue diverse manifestazioni storiche, pur fondando le posizioni giuridiche degli individui nell'appartenenza alla comunità, deve comunque assicurare la correlazione tra momento individuale e momento collettivo, se è vero che

un riconoscimento delle sfere private è necessario: esso torna utile alla stessa comunità, che non può essere potente e "viva" se non quando anche ai singoli membri di essa venga concessa la possibilità di vivere e svilupparsi¹⁰⁷.

Un altro aspetto del pensiero di Pierandrei che merita di essere messo in luce riguarda il suo rapporto con Schmitt, visto da molti come «il più rappresentativo scrittore germanico» dell'epoca, ancorché non sempre compreso nella sua complessità¹⁰⁸. Non solo Schmitt è ampiamente presente nella monografia del 1940, ma a lui è dedicato, l'anno seguente, un

¹⁰⁴ Ivi, 45 ss., 69 ss., 137 ss., 190 ss. Sul punto v. anche E. CASSETTA, *Franco Pierandrei (1914 – 1962)*, in *Riv. tr. dir. pubbl.*, 1963, 671.

¹⁰⁵ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 203 ss.

¹⁰⁶ Ivi, 9, 27. V. anche ivi, 69-70, sui presupposti dei diritti pubblici soggettivi in ogni sistema autoritario: il riconoscimento «nel quadro dell'unità del potere dello stato [di] una distinzione delle funzioni, o almeno [di] una diversa efficacia dei vari atti statali», per assicurare la sottoposizione dell'amministrazione a «norme regolatrici» e l'operatività di un sistema di garanzie giurisdizionali.

¹⁰⁷ Ivi, 273-274.

¹⁰⁸ La citazione è tratta da P. BODDA, *Lo stato di diritto*, cit., 41. Sulla recezione italiana di Carl Schmitt è ancora fondamentale C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 81 ss., ora anche in *storicamente.org* (2010). Sull'uso politico-ideologico di Schmitt da parte della rivista *Lo Stato*, diretta da Costamagna, che tuttavia non accoglie la concezione razziale-biologica di popolo prospettata dal tedesco v. A. CARACCILO, *Il rapporto con Carlo Costamagna nella recezione italiana dell'opera di Carl Schmitt*, in D. Murswiek, U. Storost, H.S. Wolff (hrsg.), *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, 663 ss.

saggio pubblicato come postfazione a una raccolta di scritti del giurista di Plettenberg¹⁰⁹. L'atteggiamento dello studioso italiano verso quest'ultimo sembra oscillare tra l'ammirazione e la diffidenza. La sintonia con Schmitt è percepibile nella valorizzazione dell'elemento politico e delle relative dinamiche nello studio del diritto: l'indagine giuridica, pur servendosi di strumenti tecnici specifici e aderendo a una dogmatica propria, non può omettere di considerare la «'atmosfera' politica che sta alla sua base e la circonda», potendo solo in tal modo essa apparire «concreta e realistica»¹¹⁰. Tale sintonia è dovuta anche, probabilmente, all'influenza su Pierandrei di Crosa, distintosi per lo sforzo di «analizzare e controllare il 'fattore politico'» nell'ambito del diritto pubblico, per quanto riguarda l'origine storica degli istituti e l'integrazione del profilo storico-politico nella dogmatica giuridica¹¹¹. Precipuamente schmittiana è invece la lettura dell'esperienza weimariana come degenerazione individualistica dello stato liberale, benché lo stesso Pierandrei mostri di conoscere i lavori di Schmitt sui diritti come garanzia istituzionale, i quali sfuggono a una dimensione puramente individuale e difensiva dei diritti stessi¹¹².

Non mancano, peraltro, osservazioni critiche alla produzione schmittiana, che non si limitano a reiterare quelle – pur importanti e ben presenti a Pierandrei – avanzate da Karl Löwith di irrazionalismo, occasionalismo e opportunismo politico o quelle, mosse dai neoidealisti, di scarsa conoscenza del metodo dialettico, che solo può superare il conflitto radicale tra amico e nemico attraverso mediazioni e sintesi¹¹³. Oltre alle riserve manifestate sulla ricostruzione della storia a partire dal principio delle neutralizzazioni, Pierandrei manifesta più volte la propria contrarietà alle teorie schmittiane, nella misura in cui esse sono volte a negare l'importanza dell'elemento formale nel diritto, e quindi della normatività e della prevedibilità di esso. Nel volume sui diritti pubblici soggettivi egli prende nettamente le difese dell'operazione intellettuale compiuta da Stahl e attaccata da Schmitt intorno alla nozione formale di *Rechtsstaat*: per un verso, infatti, la definizione di Stahl avrebbe fissato in termini generali i caratteri di uno stato capace di attraversare mutamenti rilevanti, in modo da rendere la categoria scientifica applicabile a fenomeni storico-politici differenti. Per l'altro, quella nozione formale rispecchiava il tipo di stato che si era consolidato in Germania dopo la rivo-

¹⁰⁹ F. PIERANDREI, *La politica e il diritto nel pensiero di Carl Schmitt*, in C. Schmitt, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, a cura e con prefazione di L. Vannutelli Rey, Istituto nazionale di cultura fascista, Roma, 1941, 95 ss.

¹¹⁰ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 26-27.

¹¹¹ F. LANCHESTER, *Crosa, Emilio*, cit.

¹¹² F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., n. 119 pp. 122-123, nonché *supra*, n. 40.

¹¹³ Cfr. da un lato U. FIALA [K. LÖWITH], *Il "Concetto della politica di Carlo Schmitt" e il problema della decisione*, in *Nuovi studi di diritto, economia, politica*, 1935, 59 ss.; A. VOLPICELLI, *Prefazione*, in C. Schmitt, *Principii politici del nazionalsocialismo*, cit., V ss.; F. BATTAGLIA, *Stato, politica e diritto secondo Carlo Schmitt*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1936, 419 ss. Cfr. anche D. CANTIMORI, *La politica di Carl Schmitt*, in *Studi germanici*, 1953, 471 ss. Sulle interpretazioni di Schmitt durante il fascismo v. C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978)*, cit., parr. II ss., anche con riferimento a Pierandrei (ivi, par. VI). Sui rapporti di quest'ultimo con Schmitt v. anche, più recentemente, R. CAVALLO, *Le categorie politiche del diritto. Carl Schmitt e le aporie del moderno*, Bonanno, Acireale Roma, 2007, 157 ss.

luzione del 1848, essendo a essa sottesa «la situazione storica e politica di un liberalismo fondato, nel secondo *Reich*, da uno stato forte»: secondo la definizione di Stahl, «soltanto la tecnica giuridica doveva preoccuparsi del *come* quella [realtà sostanziale e concreta] dovesse atteggiarsi nel diritto»¹¹⁴. Coerente con questa posizione è la contestazione delle tesi negative del *Rechtsstaat* manifestate da Schmitt durante il nazionalsocialismo, tesi di cui, peraltro, Pierandrei scorge la continuità rispetto ai lavori degli anni venti. Pur condividendo la critica al liberalismo individualistico, l'autore italiano continua a ribadire

l'importanza, dal punto di vista giuridico che, sulla base delle idee politiche imperanti, esistano nell'ordinamento dei principi tecnici e degli istituti attraverso cui il diritto venga interpretato chiaramente e applicato univocamente¹¹⁵.

È chiaro, a questo punto, come Pierandrei veda con sospetto anche la teoria dell'ordinamento concreto, alla quale Schmitt attribuisce un significato non solo politico-filosofico ma anche pratico, nel senso che dai suoi principi viene tratta la soluzione di casi singoli, non adeguatamente disciplinati dalle norme positive. Il *konkretes Ordnungsdenken*, attraverso la sua eccessiva indeterminatezza, può dunque comportare per lo studioso italiano un'arbitrarietà dell'interpretazione da parte degli organi applicativi, arbitrarietà che non può essere scongiurata da quella «riforma dei giuristi» auspicata da Schmitt, la quale in null'altro consiste se non nel portare a compimento l'omogeneità razziale tra popolo e interpreti¹¹⁶. Ancora una volta, torna in Pierandrei il tema del nesso tra certezza del diritto e diritti pubblici soggettivi:

la "sicurezza giuridica", contro cui talvolta si parla polemicamente e anche sarcasticamente, è di valore centrale, qualora si voglia riaffermare il principio, sempre necessario, del rispetto della personalità individuale nel tutto organico dello stato popolare¹¹⁷.

L'atteggiamento di Pierandrei verso Carl Schmitt e lo stato di diritto riguarda, in generale, la dottrina nazionalsocialista ed è condiviso da altri giuspubblicisti italiani che, soprattutto nella seconda metà degli anni trenta e a cavallo della conclusione dell'alleanza con la Germania, esaminano più da vicino le elaborazioni degli autori tedeschi. Figure come Carlo Lavagna, Paolo Biscaretti di Ruffia e lo stesso Bodda da un lato apprezzano, nelle tendenze nazionalsocialiste, quello che ai loro occhi appare come il superamento delle astrazioni liberali e del vuoto normativismo, insieme a una più stretta unità della comunità che sorregge lo stato e alla reintroduzione nel concetto di quest'ultimo di elementi ideali e finalistici. Dall'altro sono concordi nel contestare gli eccessi di tendenze siffatte, e segnatamente la teorizzazione della completa coincidenza, attraverso il partito unico, tra popolo, diritto e stato e

¹¹⁴ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 37 ss. (39).

¹¹⁵ Id., *La politica e il diritto nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., 128, nonché ivi, 127.

¹¹⁶ Ivi, 126-127.

¹¹⁷ Ivi, 125.

l'impossibilità di un antagonismo tra quest'ultimo e gli individui, da cui deriva la soppressione della personalità giuridica statale e dei diritti individuali. Decisamente rifiutata è quindi la posizione negatrice del *Rechtsstaat*, mentre maggiore favore è accordato alle posizioni di Koellreuter, ritenuto esponente di un indirizzo più «moderato»¹¹⁸.

Vi sono peraltro alcune variazioni tematiche: Lavagna, ad esempio, evidenzia come anche per Koellreuter sia difficile isolare una dimensione propriamente giuridica all'interno dell'equazione che vuole la *Volksgemeinschaft* come una sorta di insieme tra *Führung* e *Gefolgschaft*. Inoltre, nonostante lo ritenga un esponente della «renaissance gierkeiana», sottolinea come Gierke, diversamente da Koellreuter, avesse elaborato una teoria del pluralismo sociale e politico che si strutturava attraverso le consociazioni e, a livello istituzionale, riteneva indispensabile la rappresentanza parlamentare¹¹⁹. Sempre Lavagna critica il successo goduto, presso la penalistica tedesca, da una certa lettura del principio *nullum crimen sine poena*, suscettibile di andare addirittura al di là dell'analogia *in malam partem*, per far discendere una fattispecie di reato, nel silenzio delle norme positive, dal «vero ordinamento giuridico popolare», il che conferiva all'interprete poteri difficilmente controllabili¹²⁰. Si tratta di un tema emerso anche nella penalistica italiana, dove alcuni hanno sostenuto le tesi del principio *nullum crimen sine poena*, dell'uso dell'analogia e della individuazione di ipotesi delittuose a partire dalla volontà del Duce, massima espressione dell'unità dello stato e della coscienza popolare, facendo leva sulla natura dello stato totalitario e sulla forte compenetrazione tra diritto e politica. Tale tesi è risultata tuttavia minoritaria, smentita sia dal codice penale del 1930, che ha conservato i principi di legalità e irretroattività della legge penale e il divieto di analogia, sia da una comprensione della disciplina del diritto penale che ha ribadito l'autonomia della dogmatica giuridica, il principio di certezza del diritto e l'interposizione della «positiva garanzia della norma» tra la funzione giudicante e il caso concreto. In tale prospettiva la certezza del diritto è stata vista come corollario dell'autorità e della potenza dello stato fascista¹²¹. E tuttavia, come si avrà modo di osservare in chiusura di questo lavoro, se il prin-

¹¹⁸ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 203 ss., 329 ss.; C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato*, Giuffrè, Milano, 1938; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero germanico nei primi cinque anni di regime nazionalsocialista*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 111 ss.; P. BODDA, *Lo stato di diritto*, cit., 36 ss. Rileva una minore divaricazione tra l'esperienza italiana e quella tedesca, entrambe unite dal «principio della certezza del comando», A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, cit., 205 ss.

¹¹⁹ C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato*, cit., 117 ss., 140, 190. Cfr. anche P. BODDA, *Lo stato di diritto*, cit., 37-38.

¹²⁰ C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato*, cit., 181 ss. (181).

¹²¹ Cfr. rispettivamente G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 140 ss., spec. 156 ss. e B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1941, 3 ss. Sulla questione cfr. G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, v. XXXVI, 2007, 983 ss.; ID., M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali XII, *La criminalità*, Einaudi, Torino, 1997, 831 ss.; M.A. CATTANEO, *Il diritto penale tra fascismo e stato di diritto*, in F. Lanchester, I. Staff (a cura di), *Lo stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo*, cit., 275 ss. Per un inquadramento di Maggiore nell'ambito della scuola gentiliana v. A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., 79 ss.

cipio formale di legalità è stato apparentemente rispettato – anche perché il codice penale del 1930 era più in sintonia con le scelte politico-ideologiche del regime rispetto a quanto non fosse lo *Strafgesetzbuch* del 1871 –, lo stesso non può dirsi di quello sostanziale¹²². Sui rischi insiti nel riservare la delimitazione della portata dei limiti al potere nelle sole mani del *Führer*, sommo interprete dello spirito popolare, richiama l'attenzione anche Biscaretti, rilevando come le doti di alta sensibilità e moralità, richieste per cogliere il *Volksgeist* e agire conformemente a esso, non siano scontate e come al capo si richieda in fondo di «creare» diritto a partire «da un insieme vago e indistinto, di principii, di sentimenti, di giudizi di valore», con l'aggravante che gli atti della *Führung* sono sottratti al controllo giurisdizionale¹²³.

È piuttosto Pierandrei a tentare di salvare gli orientamenti meno radicali della dottrina nazionalsocialista, offrendone una lettura in linea con i principi tecnico-giuridici tradizionali, dal momento che per lo studioso torinese

la teoria del nazionalsocialismo nega l'uomo in quanto uomo del liberalismo, ma non in quanto concepito come elemento della comunità, il quale in questa e per questa vive con la pienezza delle proprie forze¹²⁴.

In quest'ottica, egli vede il principio di «aderenza al diritto o giuridicità (*Rechtmäßigkeit*) dell'amministrazione» come una variante, dipendente dalle particolari condizioni storico-politiche dell'ordinamento nazionalsocialista, del principio di legalità dell'amministrazione, non ritenendo ammissibile un'azione *praeter legem* né tantomeno *contra legem* dei poteri pubblici, ancorché ispirata dal *Volksgeist*¹²⁵. La *Rechtsstellung* del singolo, che acquista il suo pieno significato nella partecipazione alla vita del popolo, è bensì dominata dal principio etico-giuridico del dovere, ma contiene anche delle facoltà, suscettibili di coagularsi in veri e propri diritti nella misura in cui il loro soddisfacimento corrisponde a un interesse della comunità¹²⁶. Infine, una qualche forma di giustizia amministrativa è ritenuta necessaria per mantenere un minimo di fiducia nella sfera giuridica, indispensabile per la salvaguardia dell'ordinamento oggettivo che stabilisce le regole della medesima comunità. Alla luce di ciò, la sottrazione alla giurisdizione degli atti della *Führung* dovrebbe essere circoscritta, se si vuole evitare che la delimitazione della sfera del politico sia affidata a determinazioni di tipo puramente soggettivistico e decisionistico¹²⁷. Infine, un confronto tra la concezione fascista e quella nazionalsocialista del rapporto tra l'individuo e lo stato si trova in un saggio dell'esule Gerhard Leibholz, pubblicato in italiano nel 1938 sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*: sia in Italia che in Germania l'autore riscontra ormai il radicamento dello stato totalitario, quale forma politica della democrazia di massa caratterizzata dal venir meno

¹²² Cfr., *infra*, par. 5.

¹²³ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero germanico*, cit., 139 ss. (139).

¹²⁴ F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., 330.

¹²⁵ Ivi, 231 ss.

¹²⁶ Ivi, 252 ss.

¹²⁷ Ivi, 282 ss.

dei principi spirituali e dalla conseguente materializzazione del pensiero. Nondimeno egli scorge nel caso italiano, diversamente da quello tedesco, sia una persistenza dell'individualità che, seppur integrata nella comunità, non viene da questa annullata, sia una conservazione del primato dello stato, qualificato come organico ed etico, rispetto al popolo e al partito, e non una strumentalità del primo rispetto ai secondi¹²⁸.

La difesa del principio di legalità si fa ancora più insistente negli anni immediatamente antecedenti la caduta di Mussolini: sebbene non criticano apertamente l'ordinamento fascista, alcuni autori scorgono, proiettandosi al di là da questo, il percorso da seguire per rafforzare un presidio contro gli arbitri, manifestando contestualmente «un segnale di insoddisfazione»¹²⁹. In un libro appassionato, il giovane filosofo del diritto Flavio Lopez de Oñate, allievo di Giuseppe Capograssi, inquadra il problema nel contesto della crisi culturale che ha attraversato l'Europa agli inizi del Novecento e che si è manifestata anche sul piano della produzione normativa¹³⁰. La certezza del diritto, con la sua fissità e prevedibilità, è un presupposto irrinunciabile affinché ogni individuo, la cui singolarità è di per sé un valore, possa progettare la propria vita secondo traiettorie stabili, non esposte a mutamenti contingenti ed erratici. Tale ideale è un corollario dell'idea classica di legge, definita attraverso norme generali e astratte, e non è adeguatamente considerato – anzi è volutamente tenuto in spregio – dagli orientamenti dottrinali che esaltano la giustizia del caso concreto, il potere creativo dei giudici e la relativa strumentalizzazione¹³¹. L'opposizione alla dottrina nazionalsocialista è quindi ribadita con forza e, a livello teorico, viene apertamente ricollegata da Lopez de Oñate a quella verso il movimento del diritto libero, considerato espressione di un volontarismo irrazionalistico e precorritore degli indirizzi degli anni trenta: sia il diritto libero che l'interpretazione guidata dallo spirito del nazionalsocialismo avrebbero soppresso il «valore costante della norma» che media l'inserimento dell'individuo nella compagine statale e lascia quest'ultimo, isolato all'interno della società, esposto alla casualità e arbitrarietà delle deci-

¹²⁸ G. LEIBHOLZ, *Il secolo XIX e lo stato totalitario del presente*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1938, 1 ss. Alcuni anni prima, in un lavoro scritto a cavallo dell'ascesa di Hitler, tra il novembre del 1932 e il marzo del 1933, Leibholz aveva oscillato nel definire lo stato tedesco come autoritario o totalitario, confidando che la tradizione delle libertà germaniche e il protestantesimo potessero preservare margini per la libertà e la responsabilità individuale nel contesto di uno stato autoritario, pur assumendo in quest'ultimo i diritti una connotazione più comunitaria rispetto a quella propria dei diritti nello stato liberale: *Id.*, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di stato autoritaria*, cit., 35 ss., 78 ss. Per una contestualizzazione di questo scritto cfr. F. LANCHESTER, *Presentazione*, *ivi*, XIX ss.

¹²⁹ P. COSTA, *Lo "stato totalitario"*, cit., 151 ss. (151).

¹³⁰ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riveduta a cura di G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1968 [prima ed. 1942], 25 ss., 37 ss., 67 ss. Nel volume sono contenuti, accanto al testo di Calamandrei richiamato nelle note seguenti, anche i saggi di Francesco Carnelutti e Pio Fedele, pubblicati nel 1943, e un ritratto di Lopez de Oñate scritto da Giuseppe Capograssi nel 1959.

¹³¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 47 ss., 111 ss. Un'analoga lettura della crisi, che sfocia in una metafisica totalizzante dello stato contemporaneo schiacciando l'individuo, si ritrova in G. CAPOGRASSI, *Il significato dello stato contemporaneo* (1942), in *Id.*, *Opere*, v. IV, Giuffrè, Milano, 377 ss., ed *ivi*, 391, sull'incertezza del diritto. Sia in Lopez de Oñate che in Capograssi mancano però – forse non solo per il nicodemismo di cui si dirà nel testo – riferimenti alla dimensione propriamente politica.

sioni del caso singolo¹³². La differenza tra i due orientamenti è rinvenuta nei soggetti a cui si imputano interessi e posizioni giuridiche: mentre alla base della *Freirechtsbewegung* stava l'esigenza di soddisfare aspirazioni individuali, il diritto del terzo *Reich* è volto a soddisfare interessi della comunità popolare. Secondo Lopez de Oñate, inoltre, non è possibile ricondurre direttamente il diritto alla libertà, perché ciò avviene grazie alla mediazione della legge, il vincolo razionale che si impone a tutti in quanto frutto della volontà di ciascuno. All'interno della dottrina tedesca, infine, l'autore contesta la teoria dei *Reflexrechte*, che avrebbe sostanzialmente finito per negare il diritto soggettivo¹³³. Un itinerario argomentativo simile è impiegato da Piero Calamandrei, firmatario nel 1925 del *Manifesto* crociano degli intellettuali antifascisti e «assill[ato]» per tutta la vita dalla questione del rispetto del principio di legalità¹³⁴. In entrambi gli autori, lo stile conserva quel tanto di nicodemismo¹³⁵ necessario a evitare la censura o altre sanzioni, ma è chiara la comprensione dell'attività del giurista ispirata da un forte impegno etico¹³⁶. Richiamo soltanto, a tale proposito, alcune parole di Calamandrei:

L'ufficio del giurista consiste [...] nel dare agli uomini la tormentosa, ma stimolante consapevolezza che *il diritto è perpetuamente in pericolo*, e che solo dalla loro volontà di prenderlo sul serio e di difenderlo a tutti i costi dipende la loro sorte terrena, ed anche la sorte della civiltà¹³⁷.

La difesa del principio di legalità e di certezza del diritto appare dunque come una barriera irrinunciabile contro l'arbitrio di uno stato tirannico¹³⁸.

¹³² Complessivamente meno negativa è la visione del giusliberismo di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 201 ss. Per una considerazione critica, anche con riguardo alle ricadute sulla situazione attuale, v. da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, in *Enc. Dir., Annali*, v. XI, Giuffrè, Milano, 2016, 393 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 43-44, 58-59, 81 ss. (84), 101 ss., 114.

¹³⁴ Nell'amplissima produzione di Calamandrei sul tema mi limito a richiamare P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, ivi, 167 ss.; ID., *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, ebook, Laterza, Roma-Bari, 2008, par. 9. L'idea che il principio di legalità abbia rappresentato un «assillo» per il giurista, formulata da P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli stili giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986, 142 ss. è ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, ivi, par. 2.

¹³⁵ Sulla diffusione di questo atteggiamento, negli ultimi anni del fascismo, tra i giovani contrari al regime e sul collegamento con la prassi di alcuni eretici al tempo della Riforma v. N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, cit., 221.

¹³⁶ A chiusura di un passaggio dedicato all'apparente rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto da parte dello stato fascista F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 143 ed ivi, n. 2 formula un paragrafo che, con un acrostico, svela il suo scetticismo: le lettere delle prime parole impiegate compongono infatti l'espressione «Così fosse vero»! Per parte sua, P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, cit., 169, riconosce che il tema, in quegli anni, non poteva non toccare tutti da vicino: «Haec de te fabula narratur». V. anche ID., *Fede nel diritto*, cit., par. 1. Cfr. sul punto P. COSTA, *Lo "stato totalitario"*, cit., 152-154.

¹³⁷ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, cit., 190, ma v. anche ID., *Fede nel diritto*, cit., par. 11. Su quest'attitudine v., tra i molti, G. ALPA, *Un atto di «fede nel diritto»*, ivi, parr. 2 ss.

¹³⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 123 ss., 139 ss.; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, cit., 174.

Se, peraltro, la penetrazione della scuola del diritto libero in Italia è stata relativamente debole, va ricordato come da noi si sia sviluppato, a partire dagli anni dieci del Novecento e fino all'inizio degli anni quaranta, un importante dibattito tra processualisti e filosofi del diritto circa la natura e la formazione della sentenza, dibattito al quale hanno partecipato, accanto a Calamandrei, autori come Francesco Carnelutti, Emilio Betti e Guido Calogero. Soprattutto gli ultimi due hanno messo in discussione il paradigma logico-imperativo della decisione giudiziale, allora prevalente, attraverso un confronto dialettico con le tesi di Croce. Hanno ripreso le posizioni di quest'ultimo sull'attività storiografica, sulla legge come volizione astratta e sulla sentenza come atto concreto di volontà, non senza sottoporle a critiche, sviluppando raffinate e complesse tesi sulla natura sostanzialmente conoscitiva e dichiarativa dell'attività giudiziale e sul carattere razionale e persuasivo dell'argomentazione. Calogero, in particolare, amico di Calamandrei e promotore insieme ad Aldo Capitini del movimento del liberalsocialismo, influenzato dall'antilogicismo gentiliano, ha contestato l'idea della genesi della sentenza come il frutto di un sillogismo deduttivo, valorizzando invece l'operazione mentale della sussunzione, che si basa su inferenze ed è volta al rinvenimento delle premesse del giudizio. Il cuore della tesi calogeriana è che tale operazione sia svolta dal giudice con un abito mentale simile a quello dello storico, con riguardo sia al giudizio di fatto sia – attraverso una valutazione ipotetica – quello di diritto. Per converso, Croce e Calamandrei hanno contestato che potesse sussistere un giudizio storico fondato sul verosimile e hanno ribadito la natura volontaristica della sentenza, almeno nel suo momento conclusivo, benché fossero consapevoli dei rischi implicati da un uso distorto o arbitrario della volontà del giudice-interprete¹³⁹. A testimonianza della complessità delle posizioni di questi studiosi, occorre notare come proprio Calamandrei, pur avendo esaltato il principio di legalità, drammatizzato il tema delle esigenze equitative e delineato in maniera un po' forzata la distinzione tra formulazione giudiziaria e formulazione legislativa del diritto, abbia nondimeno riconosciuto l'importanza dei principi generali, delle clausole elastiche, dell'analogia e dell'interpretazione evolutiva, in quanto «mezzi appositamente predisposti [dal legislatore] per far penetrare la realtà storica e politica nella dogmatica e per far circolare entro l'architettura del sistema l'aria dell'ordinamento che si rinnova»¹⁴⁰. Non va dimenticato, infine, che gli orientamenti interpretativi dei giudici comuni, durante il fascismo, si sono rivelati meno sensibili – rispetto a quelli tedeschi – alle sirene dei principi dello stato nuovo, anche se non sono mancate voci favorevoli a un uso della discrezionalità in sintonia con le correnti spirituali e politiche

¹³⁹ L'opera in questione è G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1937. Per un'ampia disamina di questo dibattito rimando a C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano, 2012; v. altresì A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., 437 ss., 461 ss. Sulla figura di Calogero nel contesto filosofico-giuridico di quegli anni v. altresì P. RIDOLA, *Guido Calogero e i "concetti giuridici"*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2004, 378 ss.

¹⁴⁰ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, cit., par. 11. Cfr. anche la lettera di Calogero, datata 26 gennaio 1940, in *Appendice* al volume, nonché, da una prospettiva diversa, G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, cit., parr. 2-3; P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., 151 ss.

dell'epoca e nemmeno forzature degli strumenti processuali¹⁴¹. Una discussione originale si è svolta piuttosto, in Italia, intorno al tema dei principi generali, tratti dalla Carta del Lavoro e incorporati dalla legge nel 1941, dei quali si è indagata la natura, l'opportunità di una formulazione legislativa, il valore giuridico e l'efficacia¹⁴².

Occorre peraltro ricordare come, nella gran parte dei contributi dei giuspubblicisti italiani aventi a oggetto gli scritti pubblicati durante il nazionalsocialismo, ritorni spesso il tema del contrasto tra la dottrina tedesca e quella italiana. Quest'ultima ha invero insistito sull'importanza dello stato di diritto, o legale, capace di assicurare, attraverso la generalità delle norme, un livello accettabile di sicurezza giuridica, e di riconoscere, con minori difficoltà rispetto a quella tedesca, i diritti individuali, ancorché funzionalizzati alla comunità. Tale contrasto è spesso argomentato attraverso la contrapposizione – un *topos* in quegli anni molto frequente – tra la cultura romanistica, che si fonda sul concetto di persona e integra nelle trame del diritto il concetto di equità, e il misticismo germanico, che esalta l'irrazionalismo e l'annullamento del singolo nel popolo, tendendo a risolvere il diritto in un rapporto di forza¹⁴³. Da una diversa prospettiva e alla luce di un'analisi storico-filosofica, Renato Treves ha smascherato la falsa derivazione delle teorie nazionalsocialiste dal pensiero hegeliano, sottolineando come il nazionalismo di Hegel fosse universalistico e non razziale, e come la concezione del diritto del filosofo tedesco fosse espressione di libertà e non coincidesse affatto con la spontaneità popolare¹⁴⁴.

Da ultimo, bisogna osservare come il regime fascista abbia scoraggiato – al di là della problematica recezione degli scritti schmittiani – un confronto più profondo con l'esperienza weimariana. Non mancano, certo, alcune eccezioni, tra cui il già menzionato Ruffini, che nel volume sui *Diritti di libertà* sottolinea la novità dei diritti economico-sociali nel catalogo della WRV, vista, non del tutto esattamente, come uno stadio del percorso progressivo del liberalismo nelle società europee¹⁴⁵. Anche Pierandrei coglie, nella monografia del 1940, alcuni aspetti qualificanti del laboratorio costituzionale weimariano, per quanto egli ne dia conto – e

¹⁴¹ Cfr. O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁴² Per una ricostruzione complessiva rimando a G. LUCATELLO, *I principi generali del diritto nella dottrina italiana degli anni 1940-1942*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2002, 33 ss., ma v. anche i rilievi di A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, cit., 115 ss. Tra le fonti più significative v. la raccolta degli atti del convegno pisano del 1940, *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Mariotti, Pisa, 1943.

¹⁴³ C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato*, cit., 171 ss., 183 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero germanico*, cit., 157; P. BODDA, *Lo stato di diritto*, cit., 44-45; P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, cit., par. 9; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 102-103; L. ROSSI, *Germanesimo "giuridico"?*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, 567 ss., spec. 574. Sulle differenze nel ricorso al diritto romano tra i giuristi italiani, che lo apprezzano per la razionalità e per avvalorare la continuità con la tradizione, e quelli tedeschi, che talora se ne distaccano, talaltra ne salvano le manifestazioni antecedenti le manipolazioni orientali, v. A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, cit., 263 ss.

¹⁴⁴ R. TREVES, *La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello stato*, in *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali*, 1934-1935, 293 ss.

¹⁴⁵ V. *supra*, nn. 78 ss.

ciò non sembra casuale – non nel corpo del testo ma quasi sempre nelle note. In particolare, egli avverte l'originalità del dibattito scientifico sui *Grundrechte* e il ridimensionamento della loro dimensione difensiva e individuale, attraverso il potenziamento di quella partecipativa e di quella istituzionale e la contestuale elevazione dei diritti fondamentali a principi negli ambiti politici e sociali. Egli registra quindi una difficoltà della dottrina nel classificare i *Grundrechte* così configurati¹⁴⁶. Nel complesso, però, l'esperienza weimariana viene ignorata, o rigettata, dai giuspubblicisti italiani poiché ideologicamente inconciliabile con il regime. È noto l'aneddoto secondo cui giuristi come Romano, Ranelletti e Zanobini abbiano sconsigliato ai loro allievi di leggere gli autori weimariani perché confusi o irrilevanti¹⁴⁷. Nelle citazioni a questi ultimi si omettono di rilevare o, meno frequentemente, si contestano in maniera esplicita i profili più innovativi. Anschütz e Thoma, ad esempio, vengono tenuti in considerazione tutt'al più per ribadire il significato formale dello stato di diritto, ma non per sottolineare il mutamento di significato, in senso democratico, da essi scorto negli istituti tradizionali, a cominciare dalla riserva di legge. Ancora più evidente è il trattamento riservato ad Heller: questi è bensì noto, in Italia, per essersi occupato del fascismo, ma evidentemente i giuristi del regime non possono condividere l'antitesi, da lui formulata, tra stato di diritto, strettamente legato alla realizzazione della libertà politica e dell'autonomia di governo, e dittatura fascista, sinonimo di accentramento del potere e di illibertà, nonché forma politica priva di contenuto, né tantomeno possono apprezzare la sua idea di stato sociale di diritto. I testi helleriani sono citati pochissimo; dove ciò avviene, è per prendere le distanze dalla loro interpretazione sostanziale e riaffermare invece la compatibilità dello stato fascista con lo stato di diritto. Per Giuseppe Chiarelli, ad esempio, Heller è in errore, e il regime fascista va ritenuto uno stato giuridico, perché esso si realizza «in un sistema di istituzioni giuridiche». Egli ritiene inoltre viziata la ricostruzione helleriana, che si fonderebbe su «isolati elementi di fatto» scarsamente significativi: in realtà, però, tali elementi di fatto, nell'argomentazione del giovane socialdemocratico weimariano, non sono altro che la lunga serie di atti repressivi adottati dal regime mussoliniano, i quali contribuiscono a motivarne l'inquadramento come dittatura¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. soprattutto F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., n. 119 pp. 122-123, con riferimento ai contributi di Schmitt, Anschütz, Thoma ed Huber, e ai commentari curati da Nipperdey, Poetzsch-Hefter, Gebhard e Giese.

¹⁴⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, con una *Postilla del 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. II, 1973, 265-266. Meno netto il giudizio di Romano sui weimariani «maggiori», soprattutto su Schmitt, considerato tuttavia un politologo e non un giurista; i «minori» (tra cui vengono inseriti autori del calibro di Thoma, Anschütz e Giese) sono però anche da lui liquidati.

¹⁴⁸ Cfr. G. CHIARELLI, *Il concetto di "regime" nel diritto pubblico*, in *Arch. giur. Serafini*, 1932, 217-218. V. anche P. BODDA, *Lo stato di diritto*, cit., p. 19 n. 2. Lo stesso Pierandrei menziona Heller solo di sfuggita, peraltro sbagliando la citazione della sua opera *Rechtsstaat oder Diktatur*, che diventa *Rechtsstaat und Diktatur*, probabilmente per effetto di un *lapsus*: cfr. F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., p. 228 n. 64. Per questo rilievo v. C. AMIRANTE, *Premessa*, in Id. (a cura di), H. Heller, *L'Europa e il fascismo*, cit., 3-4, nn. 2-3 ed ivi, 3 ss., sulla recezione di Heller in Italia.

5. Osservazioni conclusive

Da quanto è emerso nei paragrafi precedenti, l'atteggiamento della dottrina italiana nei confronti dello stato di diritto durante il fascismo e i suoi rapporti con la dottrina tedesca sul *Rechtsstaat* sono dipesi da diversi fattori, come l'orientamento metodologico di ciascun autore, l'adesione o meno all'ideologia del regime, la fase politica di quest'ultimo. Nel periodo di ascesa del fascismo, caratterizzato in maniera più marcata dallo squadristico e dalla restrizione delle libertà civili, associative e politiche, la nozione politico-liberale dello stato di diritto, legata alle lotte per il costituzionalismo nel *Vormärz*, è stata fatta propria da un oppositore come Ruffini, che ha osservato alla luce di queste lotte anche le innovazioni weimariane, mentre un giudizio molto negativo è stato espresso rispetto alla tradizione dello *Staatsrecht*, con i suoi prodotti dei diritti come effetti riflessi e dell'autolimitazione statale. Poco prima, nel pieno della fase movimentista e da una prospettiva metodologica diversa, uno studioso come Panunzio, simpatetico verso il regime ma proveniente dal sindacalismo rivoluzionario, aveva per un verso ribadito la centralità di concezioni sostanziali dello stato di diritto, in un itinerario che procedeva da Kant a Mohl, e per l'altro aveva esaltato, valorizzando l'impostazione sociologica di una parte della produzione di Jellinek e la complementarità sottolineata da Jhering tra diritto, forza e violenza, l'idea di quest'ultima come strumento inevitabile per il perfezionamento dello stato etico.

A partire dalla seconda metà degli anni venti, e in maniera crescente negli anni trenta, con la stabilizzazione del regime e il consolidamento di una funzione mediatrice dello stato fascista, è prevalsa, in maniera trasversale, una concezione formale dello stato di diritto, sganciata da impostazioni contrattualistiche e coerente con l'imperante organicismo, una concezione che si è ricollegata sia al pensiero di Stahl sia alle elaborazioni statualistiche dello *Staatsrecht*, facendo emergere una continuità con le istituzioni e il pensiero tardo-liberali. All'interno di questo corposo filone si trovano sia autorevoli amministrativisti, come Romano, Ranelletti e Zanobini, che si sono impegnati per rafforzare l'idea dello stato amministrativo, sia figure, come Bodda e Pierandrei, che hanno sottolineato il legame intrinseco tra stato di diritto e diritti pubblici soggettivi. Ciò è avvenuto in un contesto culturale più favorevole al recupero del concetto tecnico-giuridico di libertà individuale. L'obiettivo di tutti questi contributi è stato quello di mostrare la compatibilità dello stato fascista con lo stato di diritto, del quale si è data una lettura piuttosto minimalista, depurata dai contenuti sostanziali e politici. In tal modo si è fatto sì che l'ideologia politica del fascismo e l'onnipotenza dello stato non trovassero, nell'elemento giuridico, una limitazione alla loro attività ma una forza di coesione e continuità¹⁴⁹. Non sono mancate, peraltro, alcune eccezioni, tra cui quella rappresentata da Caristia, che – pur riconoscendo l'esigenza di limitare il potere statale – ha insistito sulla difformità dei contenuti rinvenibili nel concetto di *Rechtsstaat* e sulla non assimilabilità di forme politiche storicamente eterogenee.

¹⁴⁹ Cfr., P. COSTA, *Lo stato immaginario*, cit., 398 ss. (407).

Problema diverso, ma parallelo, è quello relativo a un ridimensionamento dello stato di diritto da parte di alcuni studiosi più vicini alle correnti idealistiche. Ciò sembra dovuto alla svalutazione del diritto operata sia dall'attualismo, che lo ha per lo più assorbito nell'ambito della morale, sia dallo storicismo, che ha cercato di ridurlo all'utile e all'economico¹⁵⁰. Il problema dell'influenza dell'idealismo, e soprattutto dell'attualismo, sui giuspubblicisti dell'epoca è comunque complesso e investe, a monte, i rapporti che Gentile ha intrattenuto con la politica e il modo in cui il fascismo si è incontrato con l'attualismo. Per un verso, infatti, la filosofia gentiliana ha rappresentato, soprattutto negli anni immediatamente successivi alla marcia su Roma, una delle matrici ideologiche principali del fascismo e dello stato totalitario, accanto al nazionalismo conservatore incarnato da Rocco. Per l'altro, l'attualismo ha mantenuto una componente liberale – contestata a Gentile dai fascisti più intransigenti –, alla luce della quale lo stato è apparso bensì come una totalità politica ed etica avvolgente, ma anche come la sede della realizzazione della libertà dei cittadini, che in esso raggiungono la coscienza dell'unità nazionale¹⁵¹. Non stupisce quindi che, muovendo da premesse attualistiche, autori come Volpicelli e Battaglia abbiano sottoposto a critica il concetto di stato di diritto di matrice tedesca, attaccando la pretesa separazione tra diritto e stato, per approdare l'uno a una riformulazione intrinseca dell'idea jellinekiana di autolimitazione, l'altro alla finalizzazione dello stato di diritto allo stato etico. Al contempo, però, motivi gentiliani sono penetrati negli scritti di Crisafulli, che ha declinato il concetto di libertà come autonomia e accettazione spontanea della legge.

Una sopravvivenza degli elementi liberali va rinvenuta anche nel filone dell'idealismo storicista, i cui esponenti non allineati con il regime (penso, tra gli altri, a Croce e a Guido De Ruggiero) hanno goduto – diversamente dagli oppositori marxisti – di un minimo di indipendenza intellettuale¹⁵². Temi crociani si riscontrano anche nell'attenzione di Battaglia per la concretezza delle relazioni dalle quali nasce lo stato etico e nelle diverse posizioni, influenzate dallo storicismo, degli autori che hanno preso parte al dibattito relativo alla formazione logica e alla costruzione razionale della sentenza giudiziale, tra cui Calamandrei e Calogero.

Alla fine degli anni trenta, e nei primissimi anni quaranta, in seguito alla conclusione dell'alleanza con la Germania, sono comparsi diversi contributi dedicati a un'analisi approfondita della giuspubblicistica nationalsocialista, tra cui quelli di Lavagna, Biscaretti di Ruffia e degli stessi Bodda e Pierandrei. Per tutti costoro, anche se con diverse sfumature, la sal-

¹⁵⁰ Su questo v., per tutti, V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, in Id., *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1978, 19-20 ed ivi, 16 ss., sui contatti pisani tra Gentile e Romano e sull'interpretazione delle rispettive teorie come risposta alla crisi del primo Novecento; A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., 373-374.

¹⁵¹ E. GENTILE, *Le origini dell'ideologia fascista*, il Mulino, Bologna, 1996, 403 ss.; I. STOLZI, *Il fascismo totalitario: il contributo della riflessione idealistica*, in *Historia et ius (historiaetius.eu)*, 2/2012, paper 14.; A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., 19-20. Sulla concezione gentiliana dello stato fascista cfr., tra gli altri suoi scritti, G. GENTILE, *Origini e dottrina del fascismo*, 3^a ed., Istituto nazionale fascista di cultura, Roma, 1934, 36 ss. V. anche *supra*, nn. 92 ss.

¹⁵² Cfr., da diverse angolature, E. GENTILE, *Le origini dell'ideologia fascista*, il Mulino, Bologna, 1996, 403 ss.; R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, I, *Gli anni del consenso*, cit., 110 ss.; M. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., 227 ss.

dezza del concetto di stato di diritto è divenuto uno dei tratti differenziali che hanno distinto le posizioni italiane dalle coeve teorie germaniche. Lo stato di diritto implica la conservazione della persona giuridica statale, del principio di legalità nel diritto amministrativo e nel diritto penale, la resistenza della giustizia amministrativa dinanzi all'espansione della categoria degli atti politici sottratti a giurisdizione. Tutto ciò, insieme al mantenimento dello stato come fulcro dell'ordinamento giuridico, all'assorbimento del partito fascista al proprio interno e a una certa riluttanza nel concepire la comunità statale in termini biologici e razziali, ha marcato dei punti di distanza rispetto alle tesi più estreme che, pur in presenza di una modesta dialettica interna, si erano affermate in Germania. Queste riguardavano pochi ma cruciali aspetti: l'abbandono del concetto di stato di diritto, con tutti i suoi corollari; l'ideazione di una dimensione della giuridicità coincidente con i principi del nazionalsocialismo, suscettibile di guidare l'interpretazione e di stravolgere il diritto vigente; la permanenza costante dello stato di eccezione; la perdita della personalità giuridica dello stato e la permeabilità di quest'ultimo rispetto al partito-movimento; la centralità di una *Volksgemeinschaft* razzialmente intesa. Tali differenze riemergono altresì, in relazione all'importanza dei principi di legalità e certezza del diritto, nei lavori di Lopez de Oñate e Calamandrei composti nell'ultima fase del regime, in cui si gettano i semi, anche se in maniera mascherata, di un'alternativa liberal-democratica. Complessivamente, può dirsi che l'uso del concetto di stato di diritto in Italia e la contestazione di quello di *Rechtsstaat* in Germania vadano letti come un'operazione rispettivamente tradizionalista e rivoluzionaria, una rivoluzione, però, distruttiva e nichilistica¹⁵³.

Sul confronto tra la dottrina giuspubblicistica dei due paesi merita soffermarsi ancora, perché esso richiede di apprezzare ancora due problemi cruciali: la definizione o meno del fascismo come fenomeno totalitario e le modalità di costruzione della memoria a cavallo della seconda guerra mondiale, relativamente all'autocomprensione del popolo italiano rispetto al popolo tedesco.

Quanto alla prima questione, è noto come la storiografia e la scienza politica comparata tendano per lo più a escludere l'inquadramento del fascismo italiano nell'ambito della categoria del totalitarismo, peraltro di per sé controversa, perché il fascismo non avrebbe realizzato un inglobamento integrale della società nello stato e un controllo totalizzante, attraverso gli apparati del terrore, del secondo sulla prima. In Italia si sarebbe conservata la presenza di istituzioni non completamente assoggettate al Duce (anzitutto la Corona, poi la Chiesa, ma anche, nell'ultima fase, il Gran Consiglio del fascismo), nonché un certo carattere plurale del tessuto economico e sociale, anche attraverso nuovi enti e l'incompiuto ordinamento corporativo. Tali ambiti di relativa autonomia sarebbero invece mancati in Germania¹⁵⁴. E, tuttavia, benché il fascismo sembri più vicino alla forma di stato autoritaria che non

¹⁵³ Riprendo uno spunto colto in P. COSTA, *Lo stato immaginario*, cit., 411.

¹⁵⁴ In questo senso cfr., da prospettive differenti, H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, ed. orig. *The Origins of Totalitarianism* (1951, 1966), tr. it. di A. Guadagnin, Einaudi, Torino, 2004, 357-358, il cui giudizio vale almeno fino al 1938; A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, cit., 290 ss.; L. PALADIN, *Fascismo (dir. cost.)*, cit., 897 ss.; R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, II, *Lo stato totalitario*, cit, 8 ss.; S. CASSESE, *Lo stato fascista*, cit., capp. II e V; G. MELIS, *La macchina imperfetta*, cit.,

a quella totalitaria, in alcune aree i confini non sono così netti. Occorre infatti non dimenticare da un lato il crescente impegno profuso dal regime nella fascistizzazione delle masse, il mito del Duce e la mobilitazione e penetrazione della società attraverso il partito¹⁵⁵, dall'altro i numerosi strumenti repressivi effettivamente messi in opera dal regime, i quali, innestatisi sulla legislazione d'eccezione dello stato liberale, sono stati dal fascismo notevolmente potenziati e stabilizzati, soprattutto nei confronti degli oppositori politici. Contro questi ultimi lo squadristo, la milizia volontaria e l'inflessibile apparato di polizia hanno compiuto vere e proprie azioni terroristiche. Inoltre, nonostante il ruolo frenante svolto da alcune istituzioni – tra cui, oltre a quelle menzionate poco sopra, anche il Consiglio di Stato – e l'applicazione restrittiva della categoria dell'atto politico, alcuni provvedimenti sono comunque sfuggiti al controllo giurisdizionale. La misura preventiva del confino, la cui funzione si fondeva con quella di una misura di sicurezza, era applicata da organi giudicanti del tutto privi dei requisiti di imparzialità e indipendenza, in assenza delle più elementari garanzie procedurali, e ciò vale *a fortiori* per i procedimenti che si svolgevano dinanzi al Tribunale per la difesa dello stato. In entrambe le costellazioni, il diritto a impugnare le decisioni era sostanzialmente svuotato, vuoi perché ridotto a un blando ricorso gerarchico, vuoi perché eliminato del tutto¹⁵⁶. Vanno poi considerate le leggi razziali del 1938 che, se per un verso sono apparse come un vile compiacimento dell'alleato tedesco – dopo un periodo in cui l'Italia fascista aveva accolto ebrei stranieri in fuga –, per l'altro sono cresciute sul terreno di alcuni orientamenti propri della politica fascista, sia sul fronte propagandistico sia su quello coloniale e, più in generale, sono state in sintonia con alcune correnti pseudoscientifiche nelle materie della biologia e dell'antropologia, convivendo altresì con una certa ambivalenza del mondo cattolico¹⁵⁷. Veri e propri campi di internamento gestiti dal Ministero dell'Interno o dall'esercito sono stati poi creati durante la guerra, in territorio italiano e nei Balcani, dove sono stati deportati e detenuti sia gli stranieri, nemici o indesiderabili, tra cui ebrei e slavi, sia gli italiani pericolosi (soprat-

530 ss. Più sfumato J.J. LINZ, *Sistemi totalitari e regimi autoritari. Un'analisi storico-comparativa*, ed. orig. *Totalitarian and Authoritarian Regimes* (2000), Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2000, 11 ss.

¹⁵⁵ Cfr. soprattutto E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo stato nel regime fascista*, NIS, Roma, 1995, 148 ss. (150) che propone, a proposito del fascismo, il concetto di «esperimento totalitario».

¹⁵⁶ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 294 ss. ed ivi, n. 62 pp. 288-290, per un collegamento tra il Tribunale speciale per la difesa dello stato e il principio totalitario; G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., 996 ss.; più ampiamente ora C. POESIO, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Laterza, ebook, Roma-Bari, 2011, spec. Introduzione e cap. I; M. FRANZINELLI, *Il tribunale del duce. La giustizia fascista e le sue vittime (1927-1943)*, Mondadori, Milano, 2017; nonché G. MELIS, *La macchina imperfetta*, cit., 370 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁵⁷ Per un inquadramento degli scritti sul tema v. S. FALCONIERI, *Razzismo e antisemitismo. Percorsi della storiografia giuridica*, in *Studi storici*, 2014, 155 ss.; V. GALIMI, *Politica della razza, antisemitismo, Shoah*, ivi, 169 ss. Sull'Italia come rifugio v. K. VOIGT, *Il rifugio precario. Gli esuli in Italia dal 1933 al 1945*, ed. orig. *Zuflucht und Widerruf, Exil im Italien 1933-1945*, v. I, tr. it. di L. Melissari, La Nuova Italia, Firenze, 1993.

tutto dissidenti politici)¹⁵⁸. In tutte queste aree, non vi è dubbio che il braccio armato del partito, l'amministrazione e – per quanto riguarda le leggi razziali – lo stesso legislatore abbiano agito in spregio di quei principi tecnico-giuridici che la dottrina prevalente associava allo stato di diritto, assottigliando così la distanza con la Germania nazista¹⁵⁹. Anche per quanto concerne il principio di legalità penale, esso è stato bensì rispettato da un punto di vista formale, ma è pur sempre mancata una serie di garanzie sostanziali: dal metodo democratico e dialettico di formazione della legge, alla tassatività, univocità e determinatezza delle norme incriminatrici, ad alcuni requisiti degli elementi costitutivi del reato (materialità dell'azione, colpevolezza dell'autore, offensività), fino all'attivazione della leva penale come *extrema ratio*. È peraltro evidente come il ricorso massiccio alle misure di prevenzione e al Tribunale speciale per la difesa dello stato abbia anch'esso avuto delle ripercussioni sul profilo sostanziale della legalità penale, così come, anche se in maniera meno acuta, le hanno avute i condizionamenti e i controlli esercitati sulla magistratura attraverso l'organizzazione predisposta dal vecchio stato liberale e nuovi strumenti di omologazione¹⁶⁰. Infine, sembra implausibile che il contesto italiano possa considerarsi del tutto estraneo a quelle riflessioni che hanno letto il totalitarismo alla stregua della categoria metafisica del «male radicale». A partire da Hannah Arendt, indirizzi siffatti hanno considerato il totalitarismo come un evento filosofico, caratterizzato da una trasformazione ontologica dell'essere umano, la cui mente è stata privata della capacità di un pensiero autonomo a causa della forza trascinante dell'ideologia. Tale evento è stato visto come l'esito dell'esasperazione e dello stravolgimento di alcuni tratti distintivi della modernità, quali il volontarismo, il costruttivismo e il logicismo. Esso ha colpito l'uomo novecentesco in quanto tale, gettato dalla propria onnipotenza in un abisso che ha annientato la pluralità del mondo reale. Attraverso una «assoluta logica e coerenza», il meccanismo totalitario ha paradossalmente prodotto l'esito di rendere «superfluo l'uomo mantenendo il genere umano»¹⁶¹.

¹⁵⁸ V. almeno K. VOIGT, *Il rifugio precario. Gli esuli in Italia dal 1933 al 1945*, ed. orig. *Zuflucht und Widerruf, Exil im Italien 1933-1945*, v. II., tr. it. di L. Melissari, La Nuova Italia, Firenze, 1996; C.S. CAPOGRECO, *I campi del duce. L'internamento civile nell'Italia fascista (1940-1943)*, Einaudi, Torino, 2004.

¹⁵⁹ Per un confronto con la *Schutzhaft* tedesca v. C. POESIO, *Il confino fascista*, cit., cap. IV.

¹⁶⁰ Cfr., tra gli altri, G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, cit., 125 ss.; ID., *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., 989 ss.; ID., M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., 789 ss., 843 ss.; G. MELIS, *La macchina imperfetta*, cit., 342 ss.

¹⁶¹ Tra i molti lavori di H. Arendt v. EAD., *Le origini del totalitarismo*, cit.; EAD., *Antologia. Pensiero, azione e critica nell'epoca dei totalitarismi*, ed. orig. *Essays in Understanding 1930-1954* (1994), tr. it. a cura di P. [aolo] Costa, Feltrinelli, Milano, 2006; nonché H. ARENDT, *Quaderni e diari. 1950-1973*, ed. orig. *Denktagebuch. 1950-1973* (2002), Neri Pozza, Vicenza, 2007, 23 (da cui è tratta la citazione), 50-51, 56, 102. Qui la filosofa rinviene i semi del male radicale anche nel pensiero kantiano che, nell'enfatizzare l'idea dell'uomo come fine in sé, ha finito paradossalmente per isolarlo e per esasperare l'attenzione sul piano dei mezzi, oggettivandolo: sul punto v. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 98-99. Per un panorama delle questioni filosofiche sollevate dalla categoria del totalitarismo cfr. S. FORTI, *Il totalitarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005; EAD. (a cura di), *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*, Einaudi, Torino, 2004; V. DINI, *Tota-*

L'accentuazione di tratti dicotomici tra l'Italia fascista e la Germania nazista è stata favorita, forse inconsapevolmente, dal perpetuarsi, a livello popolare, delle immagini del «cattivo tedesco e [del] buon italiano». Si tratta di costruzioni della memoria che hanno radici risalenti, nella misura in cui rimandano alla presenza dell'occupazione straniera in Italia, alle lotte per l'indipendenza durante il Risorgimento e al primo conflitto mondiale. Immagini siffatte si sono nuovamente rafforzate in seguito alla caduta di Mussolini e alla conclusione dell'armistizio, essendo state variamente riprese sia dagli alleati, sia dai monarchici, sia dagli antifascisti¹⁶². Per alimentare questo duplice mito, si è fatto ricorso, tra l'altro, alla derivazione della cultura italiana da quella romanistica, considerata come la massima espressione della civiltà, contrapposta al misticismo e a una certa rozzezza dei tedeschi: attraverso la contrapposizione tra latinità e germanesimo, si cercava probabilmente di compensare sul piano culturale un'evidente inferiorità economica e militare¹⁶³. Tale convinzione, come si è visto, non ha mancato di influenzare il dibattito dei giuristi, ma non era – e non è ancora – immune da stereotipi i quali, pur avendo in genere un nucleo di verità, tendono a semplificare un quadro complesso. Se indubbiamente gli italiani non si sono macchiati di quelle stesse violenze e angherie, brutali e sistematiche, che vengono ascritte ai tedeschi¹⁶⁴, e se i più bassi livelli dell'amministrazione sono riusciti a eseguire gli ordini delle gerarchie con un certo pragmatismo, attenuandone le asprezze, purtuttavia violenze e soprusi furono commessi anche da parte italiana e, nei loro confronti, i rimedi propri dello stato di diritto liberale non erano a disposizione¹⁶⁵.

In questo quadro può dunque valutarsi anche la questione del rapporto della dottrina italiana con quella tedesca sul tema del *Rechtsstaat*. È vero che gli italiani hanno tenuto fede al principio dello stato di diritto, in un'accezione al contempo formale e autoritaria, con particolare riguardo ai principi di legalità e certezza del diritto. Ma è altresì vero che molti nodi assai problematici – come quelli ricordati poco sopra – sono stati semplicemente ignorati e

litarismo e filosofia. Un concetto fra descrizione e comprensione, in *Fil. Dir.*, 1997, 5 ss., anche con riferimento ai temi della biopolitica e dell'inversione tra menzogna e verità.

¹⁶² Sul tema v. ora F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano. La rimozione delle colpe della seconda guerra mondiale*, Laterza, ebook, Roma-Bari, 2016, Introduzione e capp. I-III. Tra i precedenti studi sull'argomento v., da prospettive complementari, J. PETERSEN, *Italia e Germania: due immagini incrociate*, in F. Ferratini Tosi, G. Grassi, M. Legnani (a cura di), *L'Italia nella seconda guerra mondiale e nella resistenza*, Franco Angeli, Milano, 1988, 45 ss.; E. COLLOTTI, *I tedeschi*, in M. Isnenghi (a cura di), *I luoghi della memoria. Personaggi e date dell'Italia unita*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 65 ss.

¹⁶³ F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano*, cit., cap. VI, par. 1. A questo deve aggiungersi il significato, per Mussolini, del mito di Roma e della romanità, su cui v. R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, II, *Lo stato totalitario, 1936-1940*, Einaudi, Torino, 1981, 222 ss.; N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, cit., 235. Cfr. anche *supra*, n. 143.

¹⁶⁴ Si suole ricordare in proposito, tra gli altri aspetti, una norma del decreto del 1940 sui campi di internamento che stabiliva di trattare gli internati «con umanità»: cfr. K. VOIGT, *Il rifugio precario*, v. II, cit., 171; C.S. CAPOGRECO, *I campi del duce*, cit., 86, 156.

¹⁶⁵ V., tra gli altri, F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano*, cit., capp. VI-VII; C. POESIO, *Violenza, repressione e apparati di controllo del regime fascista*, in *Studi storici*, 2014, 15 ss.

sottaciuti¹⁶⁶, e che molte posizioni giuridiche colpite arbitrariamente non hanno trovato ristoro davanti a un giudice. Ciò appare importante ai fini di una costruzione della memoria non distorta, capace di tematizzare le complessità e le contraddizioni, in un dibattito pubblico aperto, idoneo a rafforzare sia l'autocomprensione delle discipline giuspubblicistiche sia la dialettica democratica della nostra Repubblica.

¹⁶⁶ Cfr., a proposito di Santi Romano, M. CARVALE, *Una incerta idea*, cit., 186-187.