

**Carl Schmitt, *Costituzione e istituzione*,
a cura di M. Croce e A. Salvatore, trad.
it. di M. Bozzon, Quodlibet, Macerata
2022, pp. 172, € 18.00, ISBN
9788822908285**

Claudia Paccagnella
Università degli Studi di Padova

La prima edizione dei saggi *Diritti di libertà e garanzie istituzionali* e *Diritti fondamentali e doveri fondamentali* di Carl Schmitt risale agli inizi degli anni Trenta del Novecento (rispettivamente 1931 e 1932). Tuttavia, come opportunamente rilevato da Matteo Bozzon nella “Presentazione” del volume *Costituzione e Istituzione*, l'ordine cronologico in cui i due scritti sono stati composti è probabilmente inverso, poiché, a prescindere dalla data in cui sono stati dati alle stampe, alla lettura sembra evidente che *Diritti fondamentali e doveri fondamentali* ne costituisca il presupposto teorico.

Costituzione ed Istituzione, rendendo per la prima volta disponibili al lettore italiano i testi citati, colma una considerevole lacuna nelle traduzioni delle opere di Schmitt nella nostra lingua.

Il testo è arricchito da un rilevante apparato critico costituito da un'ampia “Prefazione” di Andrea Salvatore, seguita dalla già citata “Presentazione” di Matteo Bozzon e da una “Postfazione” di Mariano Croce, tutte volte ad inquadrare il contesto giuridico e politico nel quale i saggi si collocano.

Salvatore, in particolare, considera i due testi centrali nella produzione schmittiana, soprattutto con riferimento alla sua fase “istituzionalista”, quella, cioè, che, distaccandosi dalle precedenti posizioni decisioniste ed “eccezionaliste”, si rifà principalmente alla riflessione di Hauriou e Santi Romano. Come sostiene Salvatore, in effetti, senza l'analisi e la comprensione dei due saggi non sarebbe possibile cogliere in tutte le sue implicazioni la nozione di “garanzia istituzionale” che sta appunto alla base della teoria istituzionalista sviluppata in quel periodo dal giurista tedesco.

Attraverso questi e altri scritti dei primissimi anni Trenta, scrive Salvatore, Schmitt tenterebbe dunque di “piegare, o

quantomeno volgere, verso la difesa di un nucleo ristretto di contesti e forme istituzionali che possano garantire la tenuta di un assetto ordinamentale sufficientemente stabile e solido, così da prevenire, e nel caso contenere, ogni spinta centrifuga in condizione di porre a rischio l'esistenza stessa dello Stato" (p. 19).

Di conseguenza, le garanzie istituzionali rappresenterebbero gli strumenti attraverso i quali preservare e conservare principi cardine o per l'appunto istituzioni imprescindibili per uno Stato concretamente ordinato.

Nella "Presentazione" di Matteo Bozzon, autore altresì dell'accurata traduzione dei saggi contenuti nel volume, si dà conto innanzitutto della cornice storica in cui questi si collocano e successivamente viene illustrata la questione giuridica alla loro base, relativa all'interpretazione della seconda parte della Costituzione del *Reich* del 1919 e, al suo interno, della figura specifica delle garanzie costituzionali. Di essa viene ricostruita la ricezione da parte della dottrina costituzionale coeva e successiva, e ne vengono discussi alcuni aspetti critici.

Quello principale riguarda la complessa identificazione in termini dirimenti della nozione di garanzie istituzionali, specie in relazione all'interpretazione di singoli articoli, in particolare dell'art. 129, concernente i diritti dei dipendenti pubblici. A questo proposito Bozzon giustamente rileva che, sulla base della teoria schmittiana, oggetto di tutela costituzionale sarebbe stata l'istituzione di una burocrazia professionale nel suo complesso, ma non certo un diritto specifico del dipendente (nel caso di specie ad una determinata retribuzione), con ciò operando un netto distinguo tra garanzie istituzionali e altre tipologie di tutela.

Venendo più in dettaglio al contenuto dei saggi schmittiani, il primo si propone sostanzialmente di distinguere, all'interno della Costituzione del *Reich*, fra i diritti fondamentali e altre garanzie di tipo diverso – ma non meno importanti – quali le garanzie istituzionali e le garanzie di istituto.

Rifacendosi in parte alle argomentazioni avanzate pochi anni prima nella sua *Verfassungslehre*, l'autore prende le mosse dalle garanzie istituzionali, fornendone numerosi esempi, tutti rinvenibili all'interno della Costituzione di Weimar. Il primo e probabilmente il più importante, è tratto dall'art. 127: "*I Comuni ed i consorzi di Comuni hanno il diritto all'autoamministrazione nei limiti della legge*". In tale articolo si rinviene infatti una garanzia

dell'autonomia delle amministrazioni decentrate (p. 54) che sembrerebbe poter essere limitata solo con una legge dello Stato (riserva di legge).

Analizzando sia la dottrina – in particolare le posizioni di Anschütz – sia la giurisprudenza della Suprema Corte di Stato del *Reich*, Schmitt arriva però a sostenere che la garanzia istituzionale sarebbe idonea a tutelare l'istituzione di un'autonoma amministrazione anche nei confronti dell'iniziativa legislativa ordinaria. Ciò costituirebbe una guarentigia ulteriore dei diritti del cittadino – fissati nella seconda parte del testo costituzionale – contro l'arbitrio delle mutevoli maggioranze parlamentari. La Costituzione di Weimar, secondo questa interpretazione, si collocherebbe con ciò al di là dei confini del cosiddetto Stato legislativo così come concepito dalla dottrina dominante.

Anche se convinto che “qualsiasi garanzia è priva di significato se è possibile aggirarla” (p. 59), Schmitt, come osserva Alessandra Di Martino, 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”.

In presenza di una diffusa e consolidata fiducia nel legislatore e nello Stato legislativo sarebbe sufficiente una generale garanzia della libertà, lasciando il resto alla semplice riserva di legge. Allorquando la fiducia dovesse invece cessare, interverrebbero nuove e ulteriori garanzie sotto forma di norme e istituzioni. Esse sarebbero volte non tanto a tutelare direttamente la libertà in quanto tale, ma sarebbero poste a salvaguardia di libertà specifiche (pp. 85-86).

Per comprendere meglio i termini della questione e la posta in gioco, merita di essere ricordato che, all'epoca, la teoria costituzionale dominante in Germania era il positivismo giuridico. Secondo questo approccio la Costituzione era intesa semplicemente come l'insieme delle leggi che identificano la volontà legislativa dello Stato consentendone il corretto esercizio.

Come detto, la Costituzione di Weimar, proprio per la presenza al suo interno di tali garanzie, rappresenterebbe dunque un allontanamento rispetto al tipo “puro” dello Stato legislativo e una sua fruttuosa complicazione.

La teoria delle garanzie istituzionali sembrerebbe dunque assicurare una speciale protezione giuridica a determinate istituzioni, considerate centrali per la vita di una comunità, tramite l'inserimento dei caratteri fondamentali delle stesse nel dettato costituzionale. Tali garanzie sono da considerarsi giuridicamente sovraordinate rispetto a ogni diritto individuale, in quanto rappresentano la vitale condizione di possibilità per una più salda e affidabile salvaguardia delle libertà dei singoli, le quali dunque risultano normativamente e fattualmente subordinate a dette garanzie.

Con il secondo saggio del 1932, *Diritti e doveri fondamentali*, Schmitt si interroga in specifico sulla scelta di dividere la Costituzione in due parti e sulla correlazione esistente tra di esse. A suo giudizio si darebbero tre diverse possibilità (pp. 105 ss.):

- a. la parte sui diritti fondamentali sarebbe sovraordinata rispetto alla prima, volta unicamente a determinare l'organizzazione dello Stato;
- b. la parte organizzatoria, ovvero la prima parte della Costituzione sarebbe quella fondamentale, mentre la seconda, che contiene per l'appunto i diritti fondamentali, soggetti alla riserva di legge, dovrebbe intendersi assoggettata alle disposizioni organizzatorie;
- c. la prima e la seconda parte dovrebbero essere coordinate al fine di tutelare una serie di privilegi riservati ad alcuni diritti speciali.

L'impressione è che Schmitt non neghi l'imperatività dei diritti fondamentali contenuti nella carta, pur non condividendo l'ordine in cui sono posti. La loro funzione sarebbe quella di esprimere in termini giuridici l'identità della comunità politica sottostante che di essi costituisce comunque il fondamento politico e il presupposto storico.

Anche la "Postfazione" di Croce, sottolineando i punti cardine dell'istituzionalismo di Schmitt, enfatizza la concezione del sociale come substrato fondante i valori immanenti traslati nel testo costituzionale onde tradursi in norme di diritto pubblico capaci di unificare, aggregare e ordinare (pp. 160-162).

Attraverso la teoria dell'istituzione Schmitt, dunque, secondo Croce, intenderebbe individuare una "forma di tutela particolare offerta a quelle istituzioni che la Costituzione considera meritevoli di schermatura rispetto agli interventi della legislazione ordinaria: pezzi di vita della comunità storica

che entrano nell'ordine costituzionale quali entità dotate di una vita normativa propria" (p. 166).

Il ragionamento di Schmitt sembra in definitiva orientato a sottrarre determinati principi o valori, fissati dalla Costituzione, non solo all'arbitrio dei detentori del potere politico esercitato attraverso il conseguimento di mutevoli maggioranze parlamentari, ma anche a quello esercitato tramite un determinato uso (o abuso) dell'interpretazione, della prassi amministrativa, di quella disciplinare ecc. (p. 150). Se non si può considerare tale tentativo come perfettamente riuscito è probabilmente per la mancanza nel testo costituzionale di un'adeguata distinzione fra riserva di legge assoluta e relativa. Infatti, in assenza di una esplicita previsione di riserva assoluta di legge, e dunque imponendo che sia soltanto il detentore del potere legislativo a regolare integralmente la materia con legge o atto avente forza di legge, si lascerebbe comunque spazio per un intervento capace di modificare il contenuto del diritto garantito dalla carta fondamentale, attraverso mere fonti regolamentari o secondarie.

Nel loro complesso i saggi contenuti in questo volume rappresentano un'importante e originale puntualizzazione del concetto di garanzia costituzionale come testimoniato dal successo riscontrato anche nella dottrina e nella giurisprudenza del secondo dopoguerra.

Ci si può interrogare se essi insieme al pressoché coevo *I tre tipi del pensiero giuridico* siano però sufficienti a configurare, come sostenuto in sede di commento dai curatori, una definitiva svolta istituzionalista all'interno del pensiero di Schmitt o se, nei loro tratti fondamentali, non risultino piuttosto compatibili con quanto già sostenuto dall'autore nelle opere degli anni Venti quali *La dittatura* e *Il concetto di politico* ovvero negli scritti non di rado attribuiti ad una fase del pensiero del giurista tedesco che si vorrebbe "puramente" decisionista.

Bibliografia

Alessandra Di Martino, *I rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca durante il fascismo intorno allo Stato di diritto*, «Rivista AIC», 1/2018

Andrea Salvatore, *Das Wesen der Verfassung selbst. Origini e ragioni dell'istituzionalismo schmittiano*, «Jura Gentium», 19, 1/2022, pp. 112-131

Lars Vinx, *Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship*, in Matilda Arvidsson, Leila Brännström, Panu Minkkinen (eds.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, Routledge, Abingdon 2015, pp. 34-49