

Filosofia del diritto - primo parziale

A cura di Carmelo di Marco
Revisione a cura di Sara Carrino

Dalle lezioni dell'A.A. 2025/26



**SI RINGRAZIA BENELLI FRANCESCA PER IL SUO CONTRIBUTO NELLA
STESURA DEGLI APPUNTI.**

Sommario

.....	1
Hans Kelsen – “Lineamenti di dottrina pura del diritto”	3
Chi era Hans Kelsen?	3
“Lineamenti di dottrina pura del diritto”	3
Il positivismo giuridico	3
Prefazione	3
Capitolo 1 - “Diritto e natura”	4
Capitolo 2 - “Diritto e morale”	5
Capitolo 3 - “Il concetto del diritto e la dottrina della proposizione giuridica”	5
Il dover essere come categoria trascendentale	5
Il concetto di illecito	7
L’efficacia dell’ordinamento giuridico	7
La norma secondaria	7
Capitolo 5 – “L’ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi”	8
L’ordinamento come sistema di norme	8
L’ordinamento giuridico come concatenazione produttiva	8
Il significato della norma fondamentale	10
Il contenuto della norma fondamentale	11
La costruzione a gradi dell’ordinamento giuridico o “Stufenbau”	12
Capitolo 7 - I metodi della produzione del diritto	13
Forma del diritto e forma dello stato	13
Diritto pubblico e diritto privato	14
Capitolo 8 – Diritto e Stato	14
La funzione ideologica del dualismo diritto e stato	15
L’identità di diritto e stato	15
Lo stato come problema di imputazione giuridica	16
IL DIRITTO INTERNAZIONALE per Hans Kelsen	16
Capitolo 9 - Stato e diritto internazionale. L’essenza del diritto internazionale	16
L’unità del diritto internazionale e del diritto statale particolare	17
Diritto e guerra	17
CARL SCHMITT	19
Teologia politica- 4 capitoli sulla dottrina della sovranità	19
“SOVRANO È CHI DECIDE SULLO STATO DI ECCEZIONE”	20
Il concetto di “politico”	24

Hans Kelsen – “Lineamenti di dottrina pura del diritto”

“Lineamenti di dottrina pura del diritto” è un’opera di Hans Kelsen, la cui traduzione in italiano è stata affidata all’amico dello scrittore Renato Treves.

Chi era Hans Kelsen?

Hans Kelsen nasce nel 1881 a Praga. Laureato in legge, ha lavorato successivamente come professore di diritto pubblico in diverse università europee, oltre ad essere stato consigliere per il governo austriaco.

Egli ha inoltre avuto un ruolo fondamentale nella stesura della Costituzione austriaca. Le sue origini ebraiche lo costringono a lasciare la Germania e l’Europa intorno agli anni ‘30 del Novecento. Si trasferisce a Berkeley, dove continuerà ad insegnare presso la California University; qui morirà nel 1973.

Hans Kelsen è stato un importantissimo giurista: la sua biografia lo identifica come il padre della concezione odierna di diritto.

“Lineamenti di dottrina pura del diritto”

Quest’opera di Hans Kelsen esce in una prima versione del 1933, seguirà quella degli anni ‘60. In realtà, nel titolo originario la parola “Lineamenti” non compare, è stata inserita solo per ragioni editoriali, per non confondere le due diverse edizioni dell’opera.

“Reine Rechtslehre: Einleitung in rechtswissenschaftliche Problematik”

Questo è il titolo austriaco dell’opera, e merita di essere esaminato nelle sue parti. La prima parte del titolo lascia aperto un interrogativo: perché parliamo di dottrina ‘pura’ del diritto? Per cosa sta quel ‘pura’?

A soccorso di questo interrogativo, per così dire campato in aria, interviene il sottotitolo, determinante per comprendere l’essenza stessa dell’opera: **Introduzione al problema della scienza del diritto**.

Per Hans Kelsen il diritto è una scienza, che però è stata contaminata. Egli si preoccupa delle condizioni di possibilità del diritto come scienza: per Kelsen purificare la dottrina o scienza del diritto, significa innanzitutto delimitare cosa trova posto e cosa all’interno di questa disciplina. Il suo obiettivo è quello di eliminare tutte quelle forme, quali natura e morale, che contaminano il diritto.

Dunque, intende purificare il diritto, da qui: Dottrina ‘pura’ del diritto.

Il positivismo giuridico

Con Hans Kelsen ci troviamo di fronte alla forma più autentica di **positivismo giuridico**, ossia di diritto inteso come *ius positum* (diritto posto). Tale visione si allontana da quella giusnaturalista, che vede il diritto come conformazione dello stesso all’idea di giustizia.

Il diritto positivo si pone il problema dell’esistenza della legge, non tenendo conto della sua conformazione al nostro modello di diritto, che implica necessariamente la nostra idea di giustizia. Secondo lo *ius positum* il giurista deve occuparsi della validità di una norma, piuttosto del suo valore.

- ⇒ La validità di una norma indica la qualità di tale norma per cui essa esiste nella sfera del diritto, o in altri termini, esiste come norma giuridica. Dire che essa è valida significa che essa appartiene all’ordinamento giuridico di una data società, quindi esiste.
- ⇒ Il valore di una norma giuridica indica la qualità di tale norma per cui essa è conforme al diritto ideale: dire che una norma è valevole o giusta, significa dire che essa corrisponde al diritto ideale.

Prefazione

Nella prefazione dell’opera l’autore spiega la sua idea di diritto, e ci parla dei suoi sforzi. Egli mira ad una dottrina del diritto *depurata* da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico naturalistico: vuole una dottrina giuridica derivante dall’autonomia del suo oggetto. Egli si pone, innanzitutto, di elevare il diritto ad una scienza, avvicinando i suoi risultati proprio all’ideale della scienza: oggettività ed esattezza.

Hans Kelsen riserva, poi, un’ampia parte del suo discorso a coloro che guardano con diffidenza alla sua opera e al suo operato, riservando ampio spazio a coloro che ritengano necessaria una vicinanza tra politica e diritto. Questo

gli offre l'opportunità di mostrare come tali teorie siano auto-eliminanti, ma soprattutto ci spiega quali sono le condizioni sociali favorevoli affinché le sue parole trovino concretezza:

"l'ideale di una scienza oggettiva del diritto e dello stato, ha la prospettiva di essere riconosciuto universalmente solo in un periodo di equilibrio sociale."

Capitolo 1 - "Diritto e natura"

L'opera di Hans Kelsen comincia subito con una definizione, e con una distinzione tra ciò che è diritto e ciò che non lo è. La sua dottrina, per come ci spiega, è una teoria del diritto positivo, quindi del diritto positivo semplicemente, non si concentra su uno specifico ordinamento o sulle sue norme giuridiche particolari. Questa dottrina intende rispondere alla domanda: "che cos'è il diritto?" e non cosa esso dovrebbe essere, in quanto parliamo di scienza e non politica del diritto.

Questa dottrina viene indicata come 'pura', perché la sua conoscenza è rivolta solo al diritto, eliminando da essa tutto ciò che diritto non è. La giurisprudenza si è mescolata con diverse discipline, perdendo la sua purezza.

Il diritto va, anzitutto, purificato da natura e morale: è un fenomeno sociale, la società però non ha niente a che fare con la natura. Pertanto, diritto e natura devono assolutamente staccarsi tra di loro; quanto detto lascia intuire che in precedenza i due campi fossero attaccati, che vi fosse un legame tra diritto e natura. Questa separazione è però complicata dal fatto che il diritto, per una parte del suo essere, stia nel campo della natura: se si analizza, infatti, un qualsiasi fatto considerato come diritto possiamo distinguere due elementi: **l'atto sensibile** percepibile nello spazio e nel tempo, cioè l'accadimento esteriore, ossia un fatto; e lo **specifico significato** aderente a quest'atto, che non è tangibile o concretamente presente nello spazio e nel tempo. (esempio: Un uomo in toga pronuncia determinate parole: accadimento >>> questo accadimento significa una sentenza).

Quindi dalla parte della natura vi sono i fatti, la natura stessa è l'insieme dei fatti, tutto ciò che è empiricamente verificabile, e questi trovano espressione giuridica nei significati, i quali stanno appunto dalla parte del diritto. Kelsen distingue il piano dell'essere, espressione dei fatti, e il piano del dover essere, espressione dei significati, dove noi incontriamo le norme. Il fatto è l'uccisione di un uomo, il significato è un omicidio: le due cose vanno tenute separate.

Se prestiamo bene attenzione, sul piano dei fatti un omicidio o una esecuzione di morte sono la stessa cosa. La differenza si gioca sul piano dei significati.

Lo scambio di lettere assume il significato di un contratto concluso a condizione di una serie di norme che attribuiscono a quel fatto quello specifico significato. La differenza tra omicidio e pena di morte la si coglie solo a livello del Codice penale; quindi, uno stesso fatto ha diversi significati a seconda della norma da cui è regolamentato.

A quali condizioni il fatto acquista il suo rispettivo significato? Cosa ci consente di attribuire significati giuridici ad accadimenti esteriori? Cosa mi permette di definire un uomo che uccide un altro uomo come omicidio o pena di morte?

Qui Kelsen ci dà il suo significato di norma giuridica. La norma per Kelsen è uno **schema di qualificazione**: è uno strumento per qualificare, per attribuire significato. Le norme sono delle forme o schemi di cui noi ci serviamo per attribuire significato giuridico a fatti.

Egli ci spiega che il fatto, o accadimento esteriore, non è oggetto di conoscenza giuridica, non deve essere nell'interesse del giurista. Ciò che rende giuridico un fatto è la presenza di una norma. Il passaggio da un fatto ad un significato avviene per mezzo di una norma: ciò che trasforma il fatto in un significato giuridico (ciò che trasforma l'uccidere un uomo in omicidio), è il senso oggettivo unito a questo atto, il suo significato.

Il semplice fatto di uccidere un uomo puramente e giuridicamente non è né lecito né illecito. Il fatto in questione ottiene il suo significato giuridico per mezzo di una norma che vi si riferisce tramite il suo contenuto. Uccidere un uomo diventa giuridicamente illecito nel momento in cui vi è un articolo del Codice penale, il 575, che collega a quel fatto una sanzione. Quel fatto assume quel significato perché nel Codice penale vi è un singolo articolo che

lo qualifica come reato. In assenza di quella norma qualificante uccidere un uomo sarebbe un fatto giuridicamente lecito.

Ricordiamo che Kelsen era un positivista: l'unico diritto è quello positivo, lo *ius positum*, il diritto posto. Le norme sono strumenti che attribuiscono significati ai fatti.

Es. Al medico legale si richiede la ricostruzione dell'accadimento esteriore, successivamente sarà il giudice ad assegnare il significato a quel fatto alla luce di una norma.

Le norme possono attribuire significato diverso a seconda delle norme che qualificano i fatti, dando essi diversi significati.

Questo è il modo in cui Kelsen separa la natura dal diritto. Tra le due vi è un collegamento: se la norma è uno schema qualificativo, questa deve avere un contenuto; le norme qualificano fatti, quindi non c'è diritto senza fatti, ma sono due cose diverse.

Capitolo 2 - "Diritto e morale"

Subito all'inizio del secondo capitolo, Hans Kelsen specifica, alla luce di quanto detto precedentemente, che il diritto come norma sia una **realtà spirituale**, non naturale. Questo però comporta però, la distinzione dal diritto, non solo dalla natura, ma anche dagli altri fenomeni dello spirito, e dunque da norme di altro genere. E da qui la necessità di rompere quel legame che ha sempre tenuto il diritto incatenato alla morale. Con ciò, spiega Kelsen, non si vuole mettere in dubbio l'esigenza del diritto ad essere morale, ossia buono, ma si respinge la concezione per cui il diritto come tale sia parte della morale.

Come categoria morale, il diritto significa giustizia. Il termine 'giustizia' esprime un valore assoluto, che non può trovare posto nella dottrina pura del diritto, in quanto non è determinabile dalla conoscenza razionale, ossia è un valore irrazionale. Ciò lo dimostrano i tentativi vani dell'umanità di risolvere questo problema: quello dell'unità tra giustizia e diritto; non sono riusciti a rispondere alla domanda "Che cos'è la giustizia?"

In realtà la risposta alla domanda precedente è un po' come rispondere alla domanda "ti piace il film?". La giustizia è un ideale irrazionale, essa non è accessibile alla nostra conoscenza. All'uomo è dato solo il diritto positivo, ossia l'espressione di un ordine naturale, divino o razionale, cioè di un ordine assolutamente giusto. Diventa a questo punto necessario estromettere la giustizia dal campo del diritto.

La chiave sta nel fatto che la giustizia è un ideale irrazionale e pertanto non può essere un oggetto di conoscenza scientifica, non può essere oggetto di scienza. Se la dottrina del diritto iniziasse a occuparsi di giustizia non si potrebbe più parlare di dottrina, men che meno di dottrina pura. È una dottrina oggettiva e scientifica che si scontra con un ideale soggettivo, quale quello di giustizia. L'irrazionalità della giustizia porterebbe l'irrazionalità anche all'interno della scienza del diritto. Ne deriva dunque la necessità di una purificazione della giustizia dal diritto, la necessità di rompere il legame che li ha sempre uniti.

La dottrina pura del diritto, ci spiega successivamente Kelsen, vuole rappresentare il diritto per com'è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto. Essa si rifiuta di giudicare il diritto positivo, ma come scienza intende solo studiarlo e capirlo realisticamente. Tale dottrina non vuole servire nessun interesse politico, e questa sua tendenza antiideologica dimostra il suo carattere di vera scienza giuridica, che vuole solo comprendere il carattere del suo oggetto.

Capitolo 3 - "Il concetto del diritto e la dottrina della proposizione giuridica"

Il dover essere come categoria trascendentale

La dottrina pura del diritto si ritrova ancora una volta a fare una distinzione: questa volta tra norme giuridiche e tra norme morali. La norma morale ha la forma di un imperativo, devi o non devi, la norma giuridica ha la forma di un giudizio ipotetico.

Non uccidere (Esodo 20,13)

Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno (art. 575 c.p.)

Mettiamo a confronto una norma morale e una norma giuridica. La prima non prevede una sanzione, la seconda sì. Il primo è un imperativo, il secondo è un giudizio ipotetico, ha la forma di una proposizione ipotetica: ossia del

“se A allora B”. Il contenuto delle due norme è lo stesso, in definitiva lo scopo delle due norme pure, ma la loro forma è radicalmente diversa, e in questa differenza di forma ci sono delle cose da evidenziare.

Dunque, sono due le principali differenze tra norme morali e norme giuridiche:

- **la differenza di forma:** le norme morali si presentano diverse dalle norme giuridiche; hanno due forme grammaticali diverse: le norme morali si presentano nella forma imperativa, mentre le norme giuridiche non hanno la forma degli imperativi, ma dei giudizi ipotetici, o, in senso kantiano, imperativi ipotetici; proprio per questo motivo hanno la forma del “Se A allora B”.
- **la struttura:** le norme morali sono strutturalmente prive di sanzioni, mentre l’elemento costitutivo delle norme giuridiche è la presenza di una sanzione, ossia una conseguenza alle proprie azioni.

Le norme giuridiche funzionano proprio attraverso le sanzioni: la norma giuridica istituisce, lega, un fatto condizionante (cagionare la morte di un uomo) e la conseguenza condizionata (reclusione non inferiore ad anni ventuno). Quindi la norma giuridica altro non è che un giudizio ipotetico che unisce un fatto condizionante ad una conseguenza condizionata. È proprio attraverso questo legame che noi attribuiamo un significato giuridico ai fatti, è questo che permette alla norma di mostrarsi come schema qualificativo dinanzi ad un fatto, qualificandolo, appunto, come giuridico. È proprio attraverso la sanzione che il fatto acquista significato giuridico.

Vi sono anche delle norme che non presentano delle sanzioni, (art 1121) queste sono dei frammenti di norme, cioè sono norme che si devono ricostruire in relazione all’intero sistema.

La norma giuridica e il suo legame tra fatto condizionante e conseguenza condizionata fa sì che essa diventi la proposizione giuridica che esprime la forma fondamentale della legge.

È più difficile distinguere le norme giuridiche dalle leggi naturali. Svelare l’ordine della natura, significa capire che essa si basa sul rapporto di causa-effetto. Come la legge naturale connette un determinato fatto come causa a un altro come effetto, così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto, o dell’illecito, ossia la sanzione.

es. Se porto l’acqua a 100 gradi, bolle. Se uccido un uomo, vado in galera.

Nella legge naturale la forma di connessione tra le due proposizioni (causa ed effetto) è il nesso di causalità, la conseguenza condizionata è l’effetto. Nelle norme giuridiche entra in gioco il nesso di imputazione.

Abbiamo sempre il collegamento di due fatti, ma questi due collegamenti sono diversi tra loro. La legge naturale dice: se c’è A deve necessariamente (*mussen*) esserci B, la legge giuridica dice invece che se c’è A deve esserci (*sollen*) B, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore, morale o politico, di questo rapporto. La differenza tra il dovere del *mussen* e del *sollen*, è che il primo è un dovere necessario, non può non accadere, il secondo è il dovere che entra in campo nel regno della possibilità, non della necessità. Quindi, nella legge naturale entra in gioco la necessità (*das mullen*), nella norma giuridica entra in gioco la possibilità (*das sollen*). Così come, nella legge naturale, l’effetto è attribuito alla sua causa, analogamente nella legge giuridica la conseguenza giuridica, ossia la sanzione, è attribuita alla sua condizione giuridica, il precetto. La conseguenza del diritto è imputata alla condizione giuridica.

Il diritto presuppone la libertà dell’umano: l’art. 575 c.p. esiste proprio perché l’uomo ha la possibilità di farlo, le norme giuridiche presuppongono la libertà e la possibilità dell’agire umano. Non avrebbe senso la norma: è vietato respirare. Ma l’uccisione dell’uomo non costituisce la causa necessaria della sanzione, perché non è detto che se uccidi qualcuno andrai veramente in galera. La pena di fronte al delitto non si trova in rapporto di causalità; la concatenazione di questi due fatti istituita dal legislatore è completamente diversa da quella del rapporto di causalità. Mentre l’acqua bolle sia in Italia che in Cina, la norma giuridica dipende dal legislatore.

Kelsen ci parla di diritto positivo, diritto posto, e questo diritto è stato posto da qualcuno che ha deciso di porlo. Il nesso di causalità non è stato istituito da noi, non è stato posto da un legislatore. Dietro ogni norma giuridica c’è la volontà di qualcuno che l’ha posta, proprio perché parliamo di diritto positivo: siamo nel regno del *sollen*, delle possibilità.

Se cagioni la morte di un uomo allora devi essere punito. Questo dovere è rivolto ai tribunali. Kelsen dice che gli immediati destinatari delle norme giuridiche sono gli organi tenuti ad applicarle, quali i tribunali.

Il concetto di illecito

Illecito è quel determinato comportamento dell'uomo, che nella proposizione giuridica viene posto come la condizione, o fatto condizionante per cui si rivolge contro di esso l'atto coattivo posto (*positum*) nella proposizione giuridica stessa come conseguenza, ossia sanzione o conseguenza condizionata.

La dottrina pura del diritto respinge la condizione per cui l'uomo, con l'illecito, verrebbe a infrangere o violare il diritto. Essa dimostra che il diritto non può essere infranto o violato dall'illecito perché è anzi soltanto a mezzo suo che il diritto raggiunge la propria funzione. Se io uccido consento all'art. 575 di entrare in funzione. Uccidere non è una violazione del 575. L'illecito, è soltanto un mezzo per cui il diritto raggiunge la sua funzione, poiché stiamo ponendo in essere il fatto condizionante e la causa condizionata.

L'efficacia dell'ordinamento giuridico

L'ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare. Con la rappresentazione di questo male minacciato nel caso di un determinato comportamento, l'ordinamento giuridico ha dunque come scopo quello di spingere il comportamento umano in direzione contraria. In ciò consiste l'efficacia dell'ordinamento giuridico: esso altro non è che una tecnica sociale che spinge gli uomini, sotto minaccia di privarli dei loro beni o della loro libertà, ad assumere determinati comportamenti. E tramite ciò si può giungere lo stato sociale desiderato.

La norma secondaria

La norma che mi dice cosa fare se voglio evitare la coazione, ha il significato di norma giuridica solo se vogliamo esprimere in forma abbreviata ciò che la proposizione giuridica esprime in modo corretto e completo: cioè che alla condizione di condotta contraria a quanto prescritto, scatta la sanzione.

Secondo la dottrina classica o tradizionale, nella norma ci sono due parti:

- il **precetto**, o norma primaria, che ti dice cosa non fare o fare, (cagionare ad altri un danno ingiusto);
- la **sanzione**, o norma secondaria, che ti dice cosa succede se non rispetti quanto prescritto dalla norma primaria (obbligo a risarcire il danno).

Ma Kelsen ci dice che nella norma giuridica la sanzione viene prima del precetto. Kelsen inverte il rapporto tra norma primaria e norma secondaria: la norma primaria per lui è quella che contiene la sanzione, mentre la norma secondaria è il precetto. Il precetto lo ricavo dalla sanzione, che non mi permette di fare determinate cose per non subire la reazione coattiva dell'ordinamento attraverso essa stessa.

Il precetto lo ricavo dal fatto che esiste un articolo che mi dice cosa succede se faccio quella determinata cosa, e allora il precetto lo ricavo dalla sanzione.

Allora l'illecito non costituisce una violazione della norma: se qualcuno cagiona la morte di un uomo non costituisce una violazione dell'art. 575, perché in questo articolo non si trova il precetto, ma si trova la sanzione. L'illecito non è una violazione della norma, ma è ciò che consente l'attivazione del diritto tramite la norma.

Il diritto, secondo questo, non può essere infranto: e quindi l'illecito non è la violazione di una norma, ma costituisce il principio di funzionamento della stessa.

Giuridicamente io non devo uccidere solo perché il legislatore ha individuato una sanzione, se non ci fosse stata quella sanzione, non sarebbe esistito neanche il precetto. La norma primaria per Kelsen è la sanzione, mentre la norma secondaria è il precetto.

Kelsen sta piano piano, capovolgendo la dottrina classica. Ciò si applica nella sua costruzione teorica: nella prassi giuridica si parla ancora di "violazione", anche se Kelsen la rilegge diversamente

Capitolo 5 – “L’ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi”.

L’ordinamento come sistema di norme

Si passa dalla teoria della norma alla teoria dell’ordinamento. Il diritto in quanto diritto positivo, è un costrutto, un artefatto, qualcosa fatto dagli uomini e posto dagli stessi. È costruito a gradi, ossia in un ordinamento giuridico vi troviamo delle norme, che non sono tutte poste allo stesso livello: vi sono norme superiori e norme meno importanti.

Il diritto è un insieme ordinato di elementi che stanno insieme, e che sono tra loro collegati in virtù di un criterio che li tiene insieme.

Cosa fa sì che questa pluralità di norme arrivi a costituire un ordinamento? Perché una determinata norma giuridica appartiene ad un determinato ordinamento giuridico? Qual è il criterio che tiene unite tutte queste norme?

Una pluralità di norme forma un’unità, un sistema, un ordinamento giuridico quando la loro validità può essere riconducibile a un’unica norma fondamentale: *Grundnorm*. L’appartenenza di una norma a un determinato ordinamento dipende solo dal fatto che la sua validità possa essere ricondotta alla norma fondamentale che costituisce questo ordinamento.

Una norma è **valida**, ossia esiste come norma giuridica, quando appartiene ad un determinato ordinamento giuridico.

Come fondamento di tutte le norme, si trova una norma fondamentale che Kelsen chiama *Grundnorm* (norma fondamentale). Tante norme costituiscono un’unità, in quanto hanno come unico fondamento il *Grundnorm*.

Secondo la specie della norma fondamentale, possiamo distinguere due diversi tipi di ordinamenti, o sistemi normativi: sia il diritto che la morale costituiscono un sistema di norme, ma sono due sistemi diversi tra loro.

- **Sistema normativo morale:** Qui Kelsen ci parla dei sistemi morali, quelli appunto in cui il contenuto è la cosa più importante, le norme esistono in forza della qualità immediatamente evidente del loro contenuto: l’esistenza di una norma morale è assoggettata a ciò che essa prescrive.

Le norme morali sono tra loro collegate, costituiscono un sistema perché trovano il loro unico fondamento in una norma fondamentale. Per esempio, “non devi mentire”, “non devi ingannare”, “devi mantenere le promesse”. Queste tre norme sono tra loro unite dalla norma fondamentale “devi dire la verità”. Quindi, le tre norme morali sono una specificazione della norma fondamentale della veridicità. Dalla norma fondamentale posso trarre, attraverso una pura opera di pensiero logico, delle altre norme particolari, o di specificazione, e queste costituiscono un sistema normativo. Le norme morali sono già contenute nella norma fondamentale, proprio come il particolare è contenuto nell’universale. La norma fondamentale qui ha un carattere statico materiale. E ricordiamo dunque in relazione a questo come nelle norme morali sia fondamentale il contenuto che esse prescrivono, la validità di queste norme dipende da ciò che esse prescrivono.

- **Sistemi di norme giuridiche:** Per l’ordinamento del diritto la parola chiave è la forma. Le norme giuridiche hanno validità, non basandosi sul loro contenuto, ma sulla forma in cui lo prescrivono. Gli ordinamenti giuridici sono sistemi normativi in continua evoluzione, sono dinamici. Parliamo di *ius positum*, un diritto che viene continuamente posto.

Kelsen, per riassumere, per spiegarci come è fatto un ordinamento giuridico lo distingue intanto dai sistemi morali: le norme morali sono valide in virtù del loro contenuto, tanto è vero che le norme morali sono contenute all’interno della norma fondamentale e sono statiche perché sono valide sempre e ovunque. Se i sistemi morali sono fatti così, i sistemi giuridici sono diversi.

L’ordinamento giuridico come concatenazione produttiva

Al contrario le norme giuridiche non sono valide in forza del loro contenuto, la giuridicità di una norma non dipende dal suo contenuto, ma la loro validità dipende dalla forma per mezzo di cui esprimono il loro contenuto.

“Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto”: non esiste un comportamento umano che non possa divenire diritto. Le norme sono **schemi qualificativi**, e questi possono attribuire significato giuridico a qualsiasi comportamento umano, anche all'appartenenza ad una razza; infatti, nascono proprio così le leggi razziali.

Le norme sono degli schemi vuoti di qualificazione, che possono essere riempiti di qualsiasi contenuto. Non è il contenuto a rendere giuridica una norma, al massimo questo può essere un problema morale; a rendere giuridica una norma è il significato giuridico che viene attribuito a quel determinato contenuto.

Una norma vale come norma giuridica, cioè esiste come norma giuridica, perché si è presentata in un modo particolarmente stabilito, cioè **perché è stata posta** (*positum*) secondo un metodo specifico: quindi l'unico diritto è quello positivo. Queste norme necessitano di essere poste, prodotte in un certo modo, seguendo una determinata regola o forma.

Ogni singola norma esiste in quanto posta, è sempre il prodotto di una volontà, è sempre posta da qualcuno. Per essere giuridica una norma, oltre ad essere posta, deve essere posta in un certo modo, secondo una regola che nasce da un'altra norma. Una norma è valida solo se prodotta conformemente a quanto prescritto da un'altra norma superiore, che ne disciplina la forma.

Per esempio, le leggi razziali erano delle norme giuridiche perché erano state poste secondo le regole di produzione e secondo la forma dell'ordinamento giuridico del Terzo Reich, a prescindere dal loro contenuto, che nelle norme giuridiche capiamo essere irrilevante.

L'errore del giusnaturalismo è di non vedere la differenza essenziale che c'è tra diritto e morale, tra norme giuridiche e norme morali; esso tratterebbe il diritto come se fosse morale.

Come abbiamo visto, dunque, le norme costituiscono un sistema, o ordinamento, in virtù di un criterio che tiene le norme unite tra loro.

La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme di tale ordinamento. Essa è il punto di partenza di un procedimento dinamico. Questi ordinamenti giuridici positivi sono dinamici perché il diritto deve essere prodotto, non sta scritto nella nostra natura, o nell'ordine divino della creazione, ma deve essere posto, e per tanto è dinamico perché cambia nel tempo, a seconda della volontà di chi lo pone.

Ma da questa regola fondamentale, le norme non si possono dedurre logicamente, ma devono essere prodotte da un particolare atto di volontà che le pone. Siccome l'ordinamento giuridico non è un ordinamento morale, dalla norma fondamentale non riusciamo a ricavare tutte le altre di cui consta.

Tali norme, non avendo validità in forza del loro contenuto, ma della forma, non ci permettono di risalire alla norma fondamentale, così come viceversa. E ciò è anche proprio perché le norme giuridiche necessariamente devono essere poste, cioè devono nascere da un atto di volontà del legislatore che le pone. Ogni norma è il prodotto di un atto di volontà. Dietro una sentenza vi è la volontà del giudice, dietro una legge vi è la volontà del Parlamento...

Una norma è giuridicamente valida solo se questa volontà si esprime **secondo la forma prescritta da una norma superiore**. Per esempio, una legge è valida non solo perché voluta dal Parlamento, ma perché posta secondo le regole procedurali stabilite dalla Costituzione.

Se ci si chiede perché un determinato atto coattivo è un atto giuridico, e appartiene ad un determinato ordinamento giuridico, questo avviene perché l'atto è stato prescritto da una determinata norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Ad esempio, il fatto di privare un uomo della sua libertà, rinchiudendolo in una stanza, è un atto giuridico e non un illecito, proprio perché vi è una sentenza giudiziaria che autorizza l'autorità (polizia, carabinieri...) ad agire coattivamente contro l'individuo. L'atto non è illecito perché viene eseguito da un individuo autorizzato da una norma. Tale atto coattivo costituisce l'esecuzione della sentenza. E la sentenza altro non è che l'espressione di volontà di qualcuno.

Il fondamento di validità di tale norma, e la sua validità in relazione all'ordinamento, inoltre, avviene perché essa è un atto di volontà che deriva dal Codice penale, cioè è stata posta conformemente al codice penale. E, continuando, il fondamento di validità del Codice penale arriva a toccare la costituzione. Si parla sempre di leggi che sono state poste, la sentenza, il Codice penale e la costituzione. Kelsen ci dice che la giurisprudenza produce il diritto, proprio perché il giudice, non si limita ad applicare la legge, ma vi è anche la sua volontà.

Se ci si chiede, però, quale sia il fondamento di validità della costituzione, si potrebbe arrivare forse ad una costituzione più antica, e così via a quella storicamente originaria.

Questo è il presupposto da cui parte la conoscenza dell'ordinamento giuridico, basato su tale costituzione, e secondo cui vale come norma giuridica tutto ciò che l'organo costituente storicamente ha manifestato come sua volontà, ha voluto porre.

Ma se è vero che la norma giuridica è valida solo se prodotta conformemente alla norma fondamentale, non ci si ferma qui. Perché quello che ha scritto l'Assemblea costituente è valida come costituzione? Su cosa si fonda la validità della costituzione?

Il significato della norma fondamentale

Si potrebbe sostenere che la Costituzione del '48 sia valida come norma giuridica perché è stata posta da coloro che hanno vinto la Seconda guerra mondiale. In altre parole, è valida perché è stata posta da chi deteneva il potere. Per Kelsen questa strada non è perseguibile: "io non posso dire che il diritto si fonda sul potere, perché in questa maniera confonderei norme e fatti, cioè diritto e natura".

Se io dicessi, inoltre, che la Costituzione è valida in forza del suo contenuto, tratterei la costituzione come se fosse una norma morale, confonderei diritto e morale, tratterei il diritto come giustizia. Se il fondamento della nostra Costituzione fosse la giustizia, il diritto sarebbe fatto non dai giuristi, ma dai filosofi della morale.

La differenza tra un comando e una norma, tra un bandito e lo stato, è che se io fondassi il diritto sul potere, arriverei alla conclusione che non c'è differenza, che lo stato sarebbe un bandito più forte degli altri, il potere sovrano è un potere più forte degli altri.

Dunque, se il diritto non è fondato né sul potere né sulla giustizia, esso si basa su un potere autorizzato da un'altra norma: il **diritto si fonda sul diritto**, esso è un sistema chiuso, autoreferenziale. Se il diritto non si fondasse sul diritto, la scienza del diritto non esisterebbe.

Siccome il diritto si fonda sul diritto, allora la costituzione si fonda su una norma. Se questa norma, che conferisce validità alla Costituzione, venisse posta, scritta, ci si chiederebbe da quale altra norma questa derivi. Se fosse posta la norma fondamentale, ci sarebbe un regresso all'infinito. Allora si arriva ad un punto, se non si vuole fondare il diritto su qualcosa che diritto non è, quale potere o morale, in cui si deve accettare che il diritto si fonda su una norma fondamentale che non è posta, bensì presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo.

Con la formulazione della norma fondamentale, Kelsen spiega che non vuole dare vita ad una nuova giurisprudenza: non ci sta dicendo nulla di nuovo, tale dottrina vuole dare la coscienza di ciò che tutti i giuristi già fanno inconsapevolmente nello studiare il diritto.

Questi rifiutano a prescindere l'idea di un diritto naturale, come di un diritto che si fonda sull'idea irrazionale della giustizia, e si occupano, infatti, solo di diritto positivo. Cioè i giuristi rifiutano a priori lo studio di un diritto naturale su cui porre la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono questo diritto positivo come ordinamento valido, non come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare le condizioni logico-trascendentali, ossia le condizioni di possibilità della scienza del diritto, della conoscenza giuridica positiva. Se si vuole costituire la scienza del diritto, come una scienza a sé stante, bisogna affermare che il diritto si fonda sul diritto, a condizione di fondarsi su una norma fondamentale presupposta, che è necessaria per rendere possibile la scienza del diritto. Con ciò egli risolve il problema del sottotitolo: la norma fondamentale è una condizione di possibilità del diritto come scienza, partendo dal fatto che il diritto nasce dal diritto.

Questa norma fondamentale è comunque interna al diritto, ad un campo disciplinare, poiché il diritto deve fondarsi sul diritto, ed è comunque una norma, che al posto di essere posta, è presupposta e priva di contenuto.

Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, è valido allora anche l'ordinamento che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore, e conseguentemente a tutti gli altri atti che poggiano su di esso, quello specifico significato per cui nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto; e ricordiamo che la proposizione giuridica è la forma tipica in cui deve presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico.

Il contenuto della norma fondamentale

L'unità della pluralità di norme si fonda sul fatto che queste norme sono tra loro collegate, e la validità di una norma poggia sul fondamento della norma superiore.

Kelsen distingue il piano dell'**essere**, espressione dei fatti, o della natura, e il piano del **dover essere**, espressione dei significati, o del diritto, dove incontriamo le norme.

La norma fondamentale è uno schema, come tutte le altre norme, ed è dunque priva di contenuto. Sappiamo che una norma esiste come tale in virtù della sua forma, non del suo contenuto, lo stesso vale anche per la norma fondamentale. Quindi, presupposto che *ogni qualsiasi contenuto può essere diritto* anche la norma fondamentale può disporre di qualsiasi contenuto, solo che il contenuto non è un problema della scienza del diritto, anche se necessariamente deve esserci. Ora Kelsen si chiede a quale contenuto, a quale fatto, la norma fondamentale attribuisca significato giuridico. Questo è il potere: la norma fondamentale attribuisce significato giuridico al potere sovrano. La norma fondamentale è la traduzione della sovranità sul piano del diritto, in quanto la sovranità è un tema tipico della scienza politica.

Es. In uno stato monarchico un gruppo di uomini tenta di porsi al posto del governo legittimo e di cambiare il governo in repubblicano. Se ciò riesce, cioè cessa il vecchio ordinamento e comincia ad avere efficacia il nuovo, il comportamento degli uomini non corrisponde più all'antico, ma al nuovo. Gli uomini si comportano con questo come se fosse un ordinamento giuridico. Ribaltando l'ordinamento *si presuppone allora* una nuova norma fondamentale, non vale più quella che legittima il potere sovrano del monarca, ma vi è una nuova norma fondamentale che attribuisce potere al regime rivoluzionario.

"Si presuppone allora" ci dice che si presuppone dopo, quindi si sta post-ponendo. Kelsen qui si chiede se venga prima il potere o il diritto, un pò come il dilemma che si interroga se venga prima l'uovo o la gallina. Egli si chiede cosa viene prima tra i due: *viene prima il successo della rivoluzione, oppure il diritto che legittima tale potere? e ancora, viene prima il giurista o il rivoluzionario? Il mestiere del giurista entra in gioco durante la rivoluzione o dopo che un nuovo potere si è consolidato?*

Kelsen ci dice che il giurista entra in gioco solo dopo che la rivoluzione ha avuto successo. Sul piano dei fatti, o della natura, dell'essere, prima il potere si consolida e poi esso viene messo in forma giuridica dal diritto. Il giurista lavora sul piano del dover essere: su questo piano, dal punto di vista della scienza del diritto, il diritto viene prima del potere. Egli scioglie il presupposto di una nuova norma fondamentale dicendo che ciò dipende da quale piano viene osservata la situazione: dal piano dei fatti, e dal piano del dover essere.

- - **Rex facit legem**: è diritto la parola di chi comanda. Il re fa la legge. (essere);
- - **Lex facit regem**: il re è colui a cui la legge ha attribuito potere sovrano, esso è l'organo autorizzato dal diritto (dover essere). Dal punto di vista dei fatti è il re a fare la legge, ma sul piano del dover essere, è la legge che autorizza l'organo sovrano a regnare.

Il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino ad un certo grado, il comportamento degli uomini ai quali tale ordinamento si riferisce. La validità di una norma giuridica non dipende dalla sua efficacia. La validità è un problema giuridico, l'efficacia è un problema sociale, la sua effettività. L'efficacia di una norma non incide sulla validità, sull'esistenza di una norma giuridica: questo perché risiedono su piani diversi: piano giuridico e piano dei fatti. Una norma esiste anche quando è inefficace, perché l'esistenza della norma è vincolata alla forma attraverso cui la norma è presentata.

Può un ordinamento giuridico esistere a prescindere dalla sua efficacia? Questo per Kelsen non è possibile, la validità dell'ordinamento si basa anche sull'efficacia di tale ordinamento. Un certo grado di efficacia è necessario. Fino ad un certo grado: non è necessaria una corrispondenza completa e senza eccezioni. Anzi, deve esserci perfino la possibilità di una discrepanza fra l'ordinamento normativo e l'ambito degli eventi ad esso riferibili, perché senza una tale possibilità, un ordinamento normativo non avrebbe assolutamente nessun significato. Non avrebbe senso se l'ordinamento giuridico fosse interamente efficace, si avrebbe la dissoluzione della validità nell'efficacia. Non c'è alcun bisogno di ordinare ciò che deve avvenire per necessità naturale. Un ordinamento totalmente efficace sarebbe privo di senso perché regolerebbe il necessario.

L'art. 575 c.p. non avrebbe senso se non vi fosse la possibilità di farlo, la norma esiste perché vi è la possibilità tangibile di uccidere. Deve esserci dunque una discrepanza tra ordinamento e la sua efficacia. Non avrebbe senso la norma: è vietato volare. Non avrebbe, in generale, senso un insieme di norme che prescrive il necessario (es.

che impone al sole di sorgere). D'altra parte, non sarebbe neppure sensato un ordinamento giuridico totalmente inefficace.

Dunque, se una norma può essere valida a prescindere dalla sua efficacia, un ordinamento e dunque il diritto deve avere un minimo di efficacia, con qualche discrepanza: come non avrebbe senso un ordinamento giuridico che regoli il necessario, allo stesso modo non avrebbe senso un ordinamento che sia privo di efficacia. Vi è un limite superiore ed uno inferiore, e la possibilità della corrispondenza tra ordinamento e il comportamento degli uomini, non può mai superare un massimo e un minimo stabiliti. Un ordinamento giuridico non può mai uniformarsi, non può mai raggiungere una corrispondenza totale al comportamento degli uomini. Se avvenisse le norme giuridiche si uniformerebbero alle leggi naturali: il *das sollen*, diventerebbe *das müssen*. Validità ed efficacia non si possono risolvere l'uno nell'altra: e questa tensione è fondamentale per l'esistenza del diritto e dell'ordinamento giuridico. Il dover essere non può essere completamente distante dall'essere, perché significherebbe che nessuno rispetta il diritto, ma allo stesso modo non può esserci una totale risoluzione dell'essere nel dover essere.

In tutto ciò stiamo parlando dell'essere, diritto, e potere, che lui chiama forza. *Posso risolvere il diritto nel potere? Posso risolvere la norma del comando fattuale del bandito?*

Se si pone al posto del concetto di realtà, intesa come efficacia dell'ordinamento giuridico, il concetto di forza, allora il problema del rapporto tra efficacia e validità dell'ordinamento giuridico, coincide con quello tra diritto e forza.

Non vi è un rapporto di antitesi tra diritto e forza. Kelsen ci dice che il diritto non può esistere senza forza e che ciò nondimeno non è identico alla forza. Non c'è diritto senza forza, ma il diritto non è identico alla forza. Ciò vuol dire che non vi sono norme senza fatti, che non c'è diritto senza natura. Il diritto, secondo questa tesi, è un determinato ordinamento (o organizzazione) della forza. Dove c'è diritto c'è organizzazione della forza, dove c'è diritto io so chi può legittimamente usare la forza, ed entro quali limiti.

L'art. 575 c.p., nel prevedere la sanzione regola l'uso della forza. Quindi la norma attribuisce un significato giuridico alla forza, ma allo stesso tempo la regola. Questo è il nostro stato di diritto: quello in cui il diritto regola la forza.

Dunque, per ricapitolare diciamo che il diritto è un determinato ordinamento della forza, dove c'è diritto, c'è organizzazione della forza. Il rapporto tra diritto e potere è il seguente: non c'è diritto senza potere, non sono termini antitetici, poiché il diritto non può esistere senza forza. Per esempio, privare una persona della propria libertà, mettendola in galera, è un atto di forza, è un esercizio della forza. Ma questa forza è organizzata. Mentre la violenza è un atto privo di organizzazione, non c'è una regola, la forza implica una misura.

Dove c'è diritto, io so chi può legittimamente può esercitare la forza, e come, secondo quali regole, limiti e procedure. *Dove c'è la forza che sta alla base del diritto, c'è paura ma non terrore.* Il potere che vi è nel diritto è regolato, trova una misura. Dove c'è diritto io posso legittimamente sapere chi può esercitare contro di me la forza.

Lo stato autoritario cede allo stato totalitario quando la paura cede al terrore. E la differenza è la medesima: la paura io so da chi viene, so chi mi fa paura, l'angoscia sorge quando io non so chi mi può colpire, non so più di chi posso fidarmi e cosa mi può succedere.

Pertanto, una norma è efficiente quando viene rispettata, l'efficacia dipende dall'esistenza di una singola norma, non dipende dalla sua efficacia - può esistere pur essendo inefficace. Questo non vale per l'ordinamento giuridico, perché non avrebbe alcun senso un ordinamento totalmente inefficace. Un minimo di efficacia è necessaria per l'esistenza di un ordinamento. Il rapporto tra diritto ed efficacia equivale al rapporto tra diritto e potere, o forza. Il diritto non può esistere senza forza, e per lo più non è identico ad essa, perché pretende di regolarla.

La costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico o "Stufenbau"

La costituzione

Il diritto regola la sua stessa produzione: in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta, o posta, e regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta.

Ora poiché il diritto è continua produzione, una norma è giuridica e vale, solo perché dispone di una determinata forma. Le leggi non sono contenute nella costituzione, ma sono costruite a gradi. Il carattere dinamico del diritto

risiede proprio in questo: nel fatto che una norma viene posta in una forma determinata da un'altra norma, e quest'ultima rappresenta il fondamento di validità della prima.

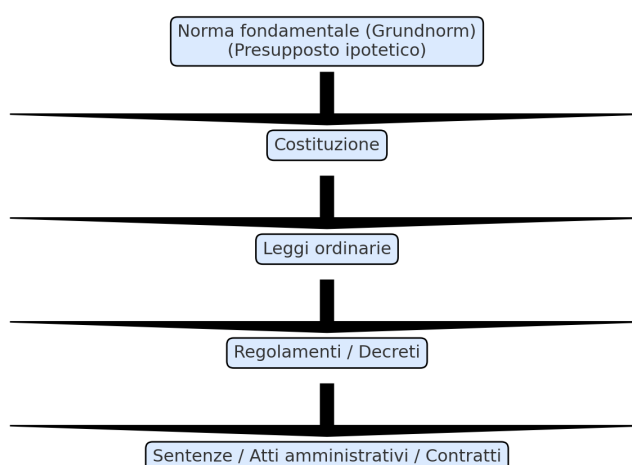
Per esempio, Una sentenza viene posta secondo il Codice penale >>> il Codice penale è il fondamento di validità di una sentenza.

Potremmo rappresentare quanto detto, quindi il rapporto tra la norma che determina la produzione di un'altra norma e la norma prodotta, come una **piramide gerarchica**, una vera e propria costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico: la norma che determina la produzione, ossia quella che vale come fondamento di validità di un'altra norma, sta più in alto; la norma prodotta nella forma stabilita, ossia quella posta, sta in basso rispetto alla precedente.

Dunque, l'ordinamento giuridico è un ordinamento a strati (*Stufenbau*), dove le norme non sono tutte sullo stesso livello, ma è composito di differenti strati di norme giuridiche, dove vi sono norme superiori e norme inferiori. L'unità dell'ordinamento è data dalla concatenazione risultante dal fatto che la produzione di una norma risale ad un'altra, la cui produzione risale ad un'altra ancora, e così via fino ad arrivare alla norma fondamentale, ossia il fondamento di validità di questa concatenazione, o dell'ordinamento.

La maggior parte degli atti giuridici, sono nello stesso tempo atti produzione e atti di esecuzione del diritto, perché con ognuno di questi atti giuridici viene eseguita una norma di grado più elevato e viene prodotta una norma di grado più basso.

La concatenazione di produzione e validità secondo Kelsen



Capitolo 7 - I metodi della produzione del diritto.

Forma del diritto e forma dello stato

La dottrina della costruzione a gradi dell'ordinamento è una teoria dinamica del diritto, che si differenzia da quella statica per cui il diritto è un ordinamento già prodotto, senza considerare la sua produzione. Il problema che ora qui si pone è quello dei diversi metodi di produzione del diritto o delle forme del diritto.

Se riconosciamo come funzione principale della norma giuridica quella che obbliga l'individuo ad assumere determinati comportamenti, poiché essa applica la coattività ad un comportamento opposto, allora la produzione della norma giuridica va giudicata a seconda del fatto che essa sia stata prodotta conformemente alla partecipazione e alla volontà dell'individuo che viene obbligato dalla stessa, cioè vedere se egli partecipa alla produzione della norma o meno.

La dottrina del diritto applica tale differenza al campo del diritto statale: la differenza si concretizza con la distinzione tra democrazia o repubblica (produrre la norma giuridica conformemente alla volontà di chi ne è sottoposto) e autocrazia o monarchia (produrre la norma a prescindere dalla volontà di chi ne è sottoposto). Dunque, questa distinzione ci presenta la suddivisione delle varie forme di stato esistenti. Con il concetto della forma di stato si indica il metodo di produzione del diritto nel grado più elevato dell'ordinamento giuridico: ossia nella costituzione.

Diritto pubblico e diritto privato

Per rendere ancora più chiaro tale concetto, Kelsen cita la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Secondo la tradizione si tratta di una suddivisione dei rapporti giuridici tale che nel diritto privato vi è un rapporto fra soggetti allo stesso livello, con lo stesso valore giuridico, e con il diritto pubblico vi è un rapporto fra individui che hanno valore giuridico diverso, uno maggiore e l'altro minore. Il tipico rapporto di diritto pubblico è quello fra stato e suddito.

Quindi, se nel diritto privato troviamo rapporti giuridici nel senso stretto del termine, nel diritto pubblico tendono a prendere il significato di un contrasto tra diritto e un potere non giuridico: un contrasto tra diritto e stato; e se si considera la posizione di superiorità dell'uno verso l'altro, allora è chiaro anche che si tratta di una distinzione tra diversi fatti che producono il diritto; su questa distinzione si fonda la suddivisione delle diverse forme di stato.

Il maggior valore giuridico che spetta allo stato consiste nel fatto che l'ordinamento giuridico attribuisce a coloro qualificati come organi dello stato la capacità di obbligare i sudditi per mezzo di un comando, o ordine, unilaterale. Esempio di diritto pubblico è un atto amministrativo, che obbliga solo il suddito; esempio di diritto privato è la chiusura di un contratto di compravendita che obbliga entrambe le parti.

Mentre nel diritto privato partecipano entrambi i soggetti alla produzione della norma che obbliga (caso di una produzione democratica del diritto), nel privato vi è un rapporto unilaterale (caso tipico di una produzione autocratica di norme).

Quindi, nel settimo capitolo della *Dottrina pura del diritto*, Hans Kelsen affronta una questione centrale per la sua teoria: come si produce il diritto, cioè secondo quali metodi e regole un ordinamento giuridico crea nuove norme. Dopo aver definito nei capitoli precedenti la struttura del diritto come un sistema di norme, Kelsen si concentra qui sul suo aspetto dinamico: il diritto non è soltanto un insieme statico di norme vigenti, ma un processo di continua produzione normativa.

Il metodo con cui si producono le norme generali è quello che Kelsen collega alla forma dello Stato. Con questa espressione, egli non intende un concetto sociologico o politico, bensì giuridico: la "forma dello Stato" è il modo in cui la costituzione disciplina la creazione delle norme generali. In un ordinamento democratico, per esempio, la forma dello Stato implica che le leggi siano prodotte da un organo rappresentativo secondo procedure determinate; in altri tipi di ordinamento, come quelli monarchici o autoritari, la produzione normativa potrà essere concentrata in un solo organo o individuo.

Il capitolo mette dunque in luce che la produzione del diritto è essa stessa regolata dal diritto. Non esistono atti giuridici arbitrari: ogni norma è valida solo se conforme alle norme superiori che ne disciplinano la creazione.

Capitolo 8 – Diritto e Stato

Il dualismo tradizionale tra diritto e stato

Partiamo col dire che lo stato per Kelsen è una personificazione dell'ordinamento giuridico, secondo la scienza del diritto, per un giurista. Ma vediamo meglio come arriva a tale conclusione.

Già nel contrasto tra diritto pubblico e privato della dottrina tradizionale del diritto, si scorge il dualismo tra stato e diritto. Tale dottrina oppone lo stato al diritto come un essere diverso da questo, ma in qualche modo concepisce tale stato come un essere giuridico, e questo perché lo considera come soggetto di obblighi e autorizzazioni giuridiche, cioè come una persona, che esiste indipendentemente dall'ordinamento.

Dunque, la teoria tradizionale del diritto pubblico pensava che lo stato, soggetto di volontà e azione, esistesse indipendentemente e prima del diritto, e che lo produceva successivamente.

Kelsen ci spiega come lo stato crea il diritto, il 'suo' diritto, l'ordinamento giuridico oggettivo, per poi assoggettarsi ad esso: cioè lo stato crea il diritto e poi si obbliga ad autorizzarsi per mezzo del diritto da esso prodotto. Per questo si parla di stato di diritto, ossia quello stato regolato dal diritto.

Ma Kelsen si chiede: *se il diritto è un prodotto dello stato, come può regolarne il potere? Come può, ciò che io dico, limitare la mia volontà? Se la legge è la parola di chi comanda, come può essa limitare la volontà stessa di chi comanda?*

Questa è la famosa teoria delle **due facce dello stato**, cosiddetta dell'autolimitazione dello stato. Lo stato di diritto è dunque un ente metagiuridico, ossia tende al diritto: questo soggetto onnipotente, è uno stato che produce il diritto e decide di sottoporsi alla legge, e che pertanto decide di autolimitarsi.

Tale teoria dell'autolimitazione la ritroviamo anche nell'Art. 11 della nostra Costituzione, per cui l'Italia in qualità di Stato, si sottopone alle limitazioni di sovranità necessarie al fine di assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Quando parliamo di sovranità, ci riferiamo ad un soggetto che gode di potere sovrano. Quando un potere è sovrano? Come nasce? La genesi di tale potere sovrano si ritrova in Thomas Hobbes. Un potere è sovrano quando è assoluto, *absolutus*, e *legibus solutus*, sciolto da qualunque vincolo. Nel momento in cui un potere sovrano si assoggetta ad un altro potere, non è più sovrano.

La funzione ideologica del dualismo diritto e stato

A quest'idea dell'autolimitazione, Kelsen aggiunge che questa è una garanzia della bontà dello Stato, che sta giustificando il suo potere. Lo stato deve essere rappresentato come una persona diversa dal diritto, affinché il diritto possa giustificare lo stato che lo produce e che vi si sottopone. E il diritto può giustificare lo stato solo se viene percepito come diverso ed opposto ad esso, la cui natura originaria è la forza. Nello stato di diritto l'esercizio del potere attraverso le regole, è un modo per legittimare il suo potere.

Tale necessità di legittimare il proprio potere nasce dalla decadenza dell'idea per cui il potere discenda da una dimensione religiosa. L'unica forma di legittimazione che ci resta è quella legale e giuridica.

Max Weber nel 1919 diceva che ci sono tre forme di legittimazione del potere che abbiamo incontrato nel corso della storia:

- **legittimazione tradizionale:** basata sul passato, tramandato di società in società;
- **legittimazione carismatica:** è quella che si fonda sul carisma dell'uomo o della donna forte, si basa sulla ricerca di un leader, che risolva i nostri problemi;
- **legittimazione legale-razionale:** Questa forma era tipica dello stato moderno, che si fonda sul diritto, è legittimo quel potere che si fonda sul diritto. La norma fondamentale fa questo: riconosce un potere che si fonda su di essa, autorizzato dalla legge. Questa è la forma tipica Kelsiana.

Così lo stato diviene stato di diritto, in quanto ha per fine il diritto stesso. Dice Kelsen che la teoria dello stato di diritto, però, cade in una contraddizione: mentre da un lato considera lo stato come una persona giuridica, lo pone come oggetto della conoscenza giuridica, dall'altro lato accentua che lo stato come potere è diverso dal diritto e non può essere inteso giuridicamente.

L'identità di diritto e stato

Lo stato come ordinamento giuridico

Una conoscenza dello Stato libera da ogni ideologia concepisce questa formazione sociale come un ordinamento della condotta umana. Lo stato è un ordinamento della condotta umana.

Un'indagine più approfondita evidenzia poi lo stato come un ordinamento sociale coattivo, perché implica la regolamentazione e l'esercizio della forza (Dove c'è diritto, c'è anche esercizio della forza). Sono ordinamenti che riescono a condurre il comportamento degli uomini attraverso la minaccia di privare i soggetti dei loro beni e della loro libertà. Ciò che distingue l'ordinamento statale è il fatto di essere un ordinamento sociale coattivo, e tale ordinamento deve essere identico ad un ordinamento giuridico: una stessa comunità sociale, dice Kelsen, non può essere regolata da due ordinamenti diversi. Se i sistemi di regole fossero due, non sarebbe possibile nessun ordine, e poi sono gli stessi atti coattivi quelli che caratterizzano i due ordinamenti. Lo stato da questo punto di vista è una personificazione di regole, è un ordinamento giuridico, e in quanto tale è un ordinamento sociale coattivo, sempre dal punto di vista della scienza del diritto. Per tale scienza lo stato è questo: un insieme di regole sociali, che regolano i rapporti tra i consociati, queste sono coattive, perché fanno uso della forza: e dunque lo stato è un ordinamento giuridico.

È vero che lo stato è un ordinamento giuridico, ma non è vero il contrario: può esserci un ordinamento giuridico anche senza esserci uno stato. Ogni stato quindi, è un ordinamento giuridico, ma ogni ordinamento non è uno

stato; ciò accade soltanto quando l'ordinamento, per la produzione e l'esecuzione delle norme che lo costituiscono, istituisce degli organi che funzionano secondo il principio della divisione del lavoro: lo stato è un ordinamento giuridico solo quando autorizza l'uso della forza.

L'ordinamento giuridico si chiama stato solo quando ha raggiunto un certo grado di accentramento.

Lo stato come problema di imputazione giuridica

Che lo stato sia un ordinamento giuridico che si distingue solo quantitativamente e non qualitativamente dagli altri ordinamenti giuridici, si rileva dal fatto che ogni atto dello stato non può presentarsi in altro modo che come atto giuridico, ossia come atto di produzione ed esecuzione di norme giuridiche. Un'azione umana è atto dello stato solo in quanto è qualificata come tale da un atto giuridico (es. carabiniere che rinchiude un ladro).

Dal punto di vista dei singoli atti statali, quello dello stato è un problema di imputazione. Si pone la questione del perchè una determinata azione umana non sia imputata all'uomo stesso che la compie, ma a un soggetto pensato dietro di lui. La norma giuridica si pensa come l'unico criterio possibile di tale imputazione. Cioè la norma è il criterio per cui un soggetto si qualifica come stato, ed è pertanto autorizzato dallo stato a compiere atti, che un altro uomo non potrebbe. L'imputazione alla persona dello stato trasforma il fatto imputato in atto dello stato, e qualifica l'individuo che compie il fatto come organo dello stato.

IL DIRITTO INTERNAZIONALE per Hans Kelsen

Sul piano del diritto internazionale si scontrano due tesi, una tesi pluralista, e la tesi del monismo giuridico, la quale sostiene che gli ordinamenti giuridici dei singoli stati altro non sono che parti di un tutto che è l'ordinamento internazionale. Kelsen tenta dunque di ricondurre i vari ordinamenti, la pluralità degli ordinamenti, ad un ordinamento giuridico superiore internazionale. Il monismo è la riconduzione all'unità.

Dunque, se si ammette una pluralità di ordinamenti giuridici statali, coordinati e delimitati fra loro in ambito di validità, si deve riconoscere la presenza di un diritto internazionale che delimita i singoli ordinamenti e li coordina. Il diritto internazionale va concepito come un ordinamento giuridico che sovrasta quello dei singoli stati e li riunisce in una comunità giuridica universale. Dal punto di vista della scienza del diritto, quest'idea è ciò che garantisce l'unità di tutto il diritto, un diritto che è costituito a gradi: sopra dei singoli ordinamenti giuridici statali e particolari, vi si trova l'ordinamento giuridico internazionale, che li include tutti.

Capitolo 9 - Stato e diritto internazionale. L'essenza del diritto internazionale

Il diritto internazionale si compone di norme che originariamente furono prodotte per regolare le relazioni fra gli stati. Le norme del diritto internazionale generalmente sono tali in quanto attribuiscono obblighi e autorizzazioni a tutti gli stati. Fra queste risalta la norma che si indica con la formula *pacta sunt servanda*: questa, che è la norma fondamentale di tale ordinamento, autorizza i soggetti della comunità internazionale a regolare per mezzo di patti il loro comportamento.

Il diritto internazionale presenta il medesimo carattere del diritto di uno stato particolare: è come questo un ordinamento coattivo, e la proposizione giuridica di entrambi lega un fatto considerato come condizione, ad un atto coattivo considerato come conseguenza. Le norme sul piano internazionale hanno la stessa struttura delle norme degli ordinamenti particolari.

Ma Kelsen vede il diritto internazionale solo come un embrione di ordinamento, mentre i singoli ordinamenti giuridici hanno già fatto tanta strada nella loro evoluzione, fino ad arrivare alla concezione moderna. Ci siamo riusciti dentro i confini di un singolo stato, ma a livello internazionale ancora c'è tanto da fare.

Kelsen pensava di proseguire questa strada, che avrebbe dovuto portare ad uno stato mondiale, un accentramento del potere, per avere un'organizzazione nell'uso della forza, così come avviene nei singoli stati.

Nel campo del diritto internazionale vi è un ampio decentramento: manca un organo per la produzione e l'esecuzione delle norme giuridiche, il quale funzioni secondo la divisione del lavoro. Uno stato che viene attaccato, è così autorizzato egli stesso, secondo l'autotutela, a reagire contro il suo aggressore.

Secondo la formula Groziana del *pacta sunt servanda*, se non presuppongo questa norma, non ha senso stipulare un patto. C'è un presupposto che rende possibile la stipulazione di un contratto e che lo rende valido, ossia la volontà di rispettarlo.

Se il diritto è un'organizzazione della forza, anche il diritto internazionale lo deve essere. Quando si parla di forza nel diritto internazionale sono due i modi: la rappresaglia e la guerra. Dire che il diritto internazionale è diritto, significa che esso è un sistema di regole che gestisce la forza nella convivenza tra stati, incluso un criterio nell'uso della forza nel confronto tra stati, cioè nella guerra.

L'unità del diritto internazionale e del diritto statale particolare

Kelsen predica un accentramento del potere all'interno di un unico stato mondiale. Lo scopo ultimo della sua analisi giuridica, diretta ad un crescente accentramento, sembra essere l'unità organizzata di una universale comunità giuridica mondiale. Kelsen sa perfettamente delle difficoltà e dei limiti di tale teoria. Egli vuole ripetere il gesto che siamo riusciti a conquistare dentro i confini di uno stato, tendenzialmente volto alla pace, a livello internazionale.

La scienza del diritto, la conoscenza giuridica, vuole concepire il diritto internazionale, insieme ai singoli ordinamenti particolari, in modo del tutto identico ad un sistema unitario di norme. La conoscenza giuridica si pone il compito di presentare il suo oggetto come unità.

Diritto e guerra

Il diritto è, essenzialmente, un ordinamento per la promozione della pace.

– H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali* (1941)

Il diritto deve essere un ordinamento che organizza la forza, e questo principio deve valere anche per il diritto internazionale: pertanto se l'ordinamento internazionale non organizza la forza, esso non è diritto. Ricordiamo che lo scopo ultimo di Kelsen è uno stato globale basato su un singolo diritto, e lui vede il diritto internazionale come un embrione di questo.

Pertanto, se un ordinamento giuridico è un ordinamento sociale coattivo che regola la forza, pur essendo diverso dalla stessa, sorgono i seguenti quesiti.

Anche il diritto internazionale è un ordinamento di questo tipo? Se rispondiamo sì, sarà diritto, se rispondiamo no, non lo è. – E se non lo è, qual è il modo per fare del diritto internazionale un ordinamento efficace per la promozione della pace?

Se il primo quesito riguarda la scienza del diritto, cioè vuole definire gli oggetti del diritto, la seconda è più una domanda di politica del diritto, si chiede come gestire ed organizzare la società in relazione al diritto.

La pace è una condizione per cui non vi è alcun uso della forza. In questo senso del termine, il diritto stabilisce solo una pace relativa, perché dove c'è diritto c'è anche uso della forza. Ma il diritto riserva tale forza alla comunità: dove c'è società, c'è comunque esercizio regolamentato della forza; dove c'è lo stato, c'è organizzazione della forza. Quindi la pace del diritto non è assoluta assenza della forza, non è uno stato di anarchia, ma esso è piuttosto uno stato di monopolio della forza (riprende M. Weber), da parte della comunità.

Una pace relativa significa non assenza di forza, ma che essa può essere usata dagli organi autorizzati dalla comunità. E quindi, il diritto è un ordinamento in conformità con il quale l'impiego della forza è generalmente proibito in quanto illecito, ma eccezionalmente è permesso, in determinate circostanze e per determinati individui, in quanto sanzione. Dove c'è diritto siamo messi nelle condizioni per poter distinguere un uso illecito della forza da un uso lecito della stessa.

Se è possibile descrivere il materiale che si presenta come diritto internazionale, per cui l'impiego della forza da parte di uno stato contro un altro possa essere interpretato esclusivamente o come illecito o come sanzione, allora il diritto internazionale è diritto nello stesso senso del diritto nazionale.

Se il diritto altro non è che una regolazione della forza, allora anche il diritto internazionale per essere diritto, deve regolare l'uso della forza sul piano delle relazioni fra stati. Quando vi è un uso illecito della forza da parte di uno stato contro un altro nasce la guerra. Il diritto internazionale ha come oggetto la regolazione della forza nei rapporti fra i vari stati, quindi la regolamentazione della guerra.

Che la guerra sia un illecito in linea di principio, e sia permessa solo come sanzione, è un'interpretazione possibile delle relazioni internazionali, ma non l'unica. Noi propendiamo per questa interpretazione, sperando di aver riconosciuto l'inizio di uno sviluppo futuro, e con l'intenzione di rafforzare, per quanto possibile, tutti gli elementi del diritto internazionale contemporaneo che conducono a giustificare questa interpretazione e a promuovere l'evoluzione che desideriamo.

Kelsen evolve degli argomenti a favore della teoria del *bellum justum*:

- governi degli Stati che ricorrono alla guerra cercano sempre di giustificarla. Tale punto è ripreso dalla "pace perpetua" di Kant. Questa è la tendenza umana a giustificare la guerra, in quanto la si riconosce, sul piano sottilissimo della morale, come sbagliata.
- Documenti internazionali: Trattato di Versailles, Patto delle Società delle Nazioni, Patto Briand-Kellog.

Dunque, il diritto internazionale è un diritto primitivo, e ciò lo si evince dalla mancanza di un organo particolare incaricato dell'applicazione delle norme giuridiche in fattispecie concrete: manca la centralizzazione del potere esecutivo. Nel diritto primitivo, l'individuo, cioè il singolo soggetto, i cui interessi giuridicamente protetti sono stati violati, è egli stesso autorizzato dall'ordinamento giuridico a procedere contro il trasgressore, con tutte le misure coercitive dall'ordinamento medesimo: ciò è denominato autotutela.

Un ordinamento sociale, che si regola ancora con l'autotutela, può produrre uno stato delle cose che lascia a desiderare. Ciò nonostante si può considerare questo un ordinamento giuridico, seppur decentrato.

La storia ci insegna che l'evoluzione procede ovunque dalla vendetta di sangue, all'istituzione di corti e allo sviluppo di un potere esecutivo centralizzato, cioè verso una centralizzazione progressivamente crescente dell'ordinamento sociale coercitivo, dunque del diritto. È pienamente giustificabile chiamare l'ordinamento decentrato internazionale come diritto, esso costituisce infatti il primo passo di un'evoluzione, che conduce infine al diritto dello stato, un ordinamento coercitivo centralizzato.

Come l'embrione nel ventre materno è fin dall'inizio un essere umano, così l'ordinamento coercitivo decentrato dell'autotutela primitiva è già diritto, diritto *in statu nascendi*.

CARL SCHMITT

Carl Schmitt è stato uno dei più importanti giuristi e teorici del diritto pubblico del Novecento, nonché una delle figure più controverse della filosofia politica e giuridica del secolo. Nacque a Plettenberg nel 1888 e morì nella stessa città nel 1985. Come Hans Kelsen, Schmitt fu professore di diritto pubblico, e i due condivisero l'interesse per gli stessi fenomeni giuridici e politici, pur offrendo soluzioni radicalmente diverse: Kelsen li interpretò in chiave normativista e giuspositivista, Schmitt invece in una prospettiva decisionista e politica.

Nel 1933, quando Kelsen fu costretto a lasciare la sua cattedra universitaria per motivi razziali, Schmitt ottenne la cattedra a Berlino. Nello stesso anno, dopo l'ascesa di Adolf Hitler al potere, Schmitt divenne presidente dell'Unione dei giuristi nazionalsocialisti. In questa fase, Schmitt cercò attivamente di affermarsi come "giurista di corte" del regime, mostrando una chiara volontà di essere riconosciuto come intellettuale del nazismo.

Tuttavia, il partito nazista scoprì presto il suo cattolicesimo conservatore, che lo rese sospetto agli occhi del regime. Di conseguenza, Schmitt cadde in disgrazia e fu progressivamente emarginato dalla scena politica e accademica del Terzo Reich.

Tra il 1933 e il 1936, nel periodo in cui cercava di ottenere il favore del regime, Schmitt pubblicò opere profondamente ideologiche e razziste, come *"Stato, movimento, popolo"* (1933), testo intriso di propaganda e adesione al pensiero nazionalsocialista. Prima di questa fase, però, Schmitt era stato un fine analista della Repubblica di Weimar: nel 1928 pubblicò *"Dottrina della Costituzione"*, un'opera di grande raffinatezza teorica che analizzava in profondità la Costituzione di Weimar, mettendo in luce il rapporto tra potere costituente, sovranità e rappresentanza.

Alla fine della Seconda guerra mondiale, Schmitt rischiò di essere processato a Norimberga per la sua collaborazione con il regime, ma l'accusa non venne formalizzata. Nel 1946 fu comunque bandito dall'accademia tedesca e si ritirò nella sua città natale, Plettenberg, dove visse in un lungo isolamento, continuando però a scrivere e a riflettere.

Nel 1950 pubblicò *"Il nomos della terra"*, un'importante opera di filosofia del diritto internazionale, in cui analizzava l'ordine giuridico mondiale e il declino dell'equilibrio europeo dopo la fine dell'"età degli Stati".

Per molti anni, tuttavia, Schmitt rimase emarginato dalla cultura tedesca e non venne più letto all'interno delle università o dei circoli accademici ufficiali.

A partire dagli anni '60 e '70, Schmitt cominciò a essere rivalutato grazie all'Italia. Fu proprio nel contesto italiano che la sua opera conobbe una nuova vita intellettuale e un ritorno nel dibattito politico e giuridico europeo. La raccolta *"Le categorie del politico"*, pubblicata in Italia e curata da Gianfranco Miglio e da un altro scienziato politico, contribuì in modo decisivo alla riscoperta del pensiero schmittiano. Paradossalmente, furono anche intellettuali della sinistra italiana — interessati alla sua critica della liberal-democrazia e alla sua teoria del conflitto politico — a promuovere questa riabilitazione culturale. Grazie a questo recupero, Schmitt tornò a essere una figura centrale del dibattito politico-filosofico del Novecento, influenzando pensatori di orientamenti anche molto diversi tra loro.

Teologia politica- 4 capitoli sulla dottrina della sovranità

L'opera *"Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità"* è uno dei testi più importanti di Carl Schmitt.

Venne pubblicata per la prima volta nel 1922, in piena Repubblica di Weimar, e successivamente ripubblicata nel 1934, con alcune connotazioni diverse dovute al nuovo contesto politico: l'ascesa al potere di Hitler nel 1933.

Il titolo del libro è già di per sé significativo: non compare la parola "diritto", ma "teologia" e "politica". Questo è un segnale chiaro del fatto che, per Schmitt, il problema della sovranità non è una questione puramente giuridica o tecnica, bensì un problema che intreccia diritto, politica e teologia. L'opera è costruita anche in opposizione polemica a Hans Kelsen, che aveva pubblicato pochi anni prima la *Dottrina pura del diritto*. Kelsen aveva affrontato il problema della sovranità in termini strettamente normativi, riducendolo alla "norma fondamentale": la sovranità, per lui, era semplicemente la forma giuridica che esprime l'unità e la validità di un ordinamento. Schmitt, invece, scrive nel 1922 *"quattro capitoli sulla dottrina della sovranità"* per sostenere che la sovranità non è un problema della scienza del diritto puro, ma un problema del diritto pubblico, e quindi inevitabilmente politico.

I primi due capitoli del libro sono esplicitamente costruiti contro Kelsen: Schmitt lo cita spesso proprio per prenderne le distanze e per mostrare i limiti del suo normativismo. Il confronto tra i due è ben rappresentato anche nei titoli delle loro opere:

- Dottrina pura del diritto (Kelsen)
- Dottrina della sovranità (Schmitt)

Kelsen aveva cercato di espellere dal campo del diritto tutto ciò che non fosse strettamente normativo — come la politica, la morale o la teologia. Schmitt, al contrario, riporta dentro la teoria del diritto proprio quegli elementi che Kelsen aveva escluso: la politica, la teologia e la sovranità.

Per questo motivo, leggere Teologia politica dal punto di vista di Kelsen significherebbe considerarla un'opera di filosofia politica, non di diritto. Tuttavia, Schmitt stesso rifiuta questa interpretazione.

“Mi sento al cento per cento giurista e niente altro. E non voglio essere altro. Io sono giurista e rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta.”

Schmitt, infatti, rivendica fortemente la sua identità di giurista, e non di filosofo politico o teologo. Questa frase è una rivendicazione di posizione. Schmitt vuole chiarire che, pur affrontando temi apparentemente politici o teologici, la sua prospettiva resta quella di un giurista. Se i suoi testi possono sembrare “politici”, è solo perché — secondo lui — Kelsen ha ristretto troppo il campo del diritto, escludendo dimensioni che invece gli appartengono.

“Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati. Non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati alla dottrina dello Stato dalla teologia, come ad esempio il Dio onnipotente che è divenuto l'onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica, la cui conoscenza è necessaria per una considerazione sociologica di questi concetti. Lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia. Solo con la consapevolezza di questa situazione di analogia si può comprendere lo sviluppo subito dalle idee della filosofia dello Stato negli ultimi secoli.”

Qui Schmitt sostiene che i concetti fondamentali del diritto pubblico moderno — come sovranità, potere, autorità, ordine — sono in realtà concetti teologici “secolarizzati”, cioè trasferiti dal piano religioso a quello politico. Per comprendere questa idea, Schmitt prende ad esempio Hobbes: nel Leviatano, Hobbes costruisce il concetto di sovranità attribuendo al sovrano gli stessi attributi che la teologia medievale attribuiva a Dio — l'onnipotenza, l'assolutezza, l'origine di ogni legge. Il sovrano hobbesiano, infatti, è una sorta di “Dio terreno”: un essere assoluto e indipendente, che garantisce l'ordine e la sicurezza.

In questo modo, spiega Schmitt, la teologia medievale viene “abbassata” sul piano temporale: ciò che prima valeva per Dio ora viene applicato al potere politico. Questa è l'essenza della secolarizzazione: i concetti teologici non scompaiono, ma vengono tradotti in linguaggio politico.

Per esempio: Dio onnipotente → legislatore onnipotente, Miracolo → stato di eccezione.

Così come nella teologia il miracolo sospende le leggi naturali per volontà divina, nella politica lo stato di eccezione sospende l'ordinamento giuridico per decisione sovrana.

Secondo Schmitt, comprendere questa analogia è indispensabile per capire l'evoluzione delle idee politiche e giuridiche moderne.

In Teologia politica, Schmitt propone quindi una concezione del diritto più ampia e complessa rispetto a quella kelseniana: per Kelsen, il diritto è un sistema di norme, chiuso e autonomo, per Schmitt, il diritto è inseparabile dalla politica, dalla decisione e dalla teologia, perché la sovranità stessa nasce dal potere di decidere quando e come sospendere il diritto.

“SOVRANO È CHI DECIDE SULLO STATO DI ECCEZIONE”

Questa celebre affermazione apre i Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità di Carl Schmitt, contenuti in Teologia politica (1922). Per comprenderla pienamente, è necessario analizzare con attenzione le singole parole che la compongono.

Schmitt non apre la sua riflessione con il concetto astratto di sovranità, ma con la figura concreta del sovrano. A differenza di Hans Kelsen, che cerca di definire la sovranità in termini normativi e formali, Schmitt si chiede chi sia

il sovrano, ossia chi eserciti concretamente quel potere. Il sovrano, per Schmitt, non è un concetto, ma una persona (o un organo) che decide. È un “chi”, non un “che cosa”. Non gli interessa sapere come funziona l’ordinamento, ma chi decide quando e come esso si sospende.

Il termine chiave, infatti, è “decisione”. Se per Kelsen il fondamento dell’ordinamento è la norma, per Schmitt è invece la decisione sovrana. Secondo Schmitt, dietro ogni norma giuridica si nasconde una decisione politica originaria: un atto di volontà che dà vita al diritto stesso. Pertanto, a fondamento dell’ordinamento non si trova una norma presupposta, ma una decisione sovrana.

Kelsen, secondo Schmitt, fa un discorso “astratto”, isolato dal contesto concreto della vita politica. Guardando solo alle norme, egli ignora la realtà del potere che le fonda. Schmitt, invece, vuole “smascherare” questa astrazione: il diritto nasce da un atto di potere, non da una regola neutra. Kelsen in fondo vede il potere sovrano, ma distoglie lo sguardo; Schmitt, al contrario, vuole guardarlo in faccia. Senza affrontare l’origine decisionale del diritto, non si comprende davvero che cos’è la sovranità.

Un’altra parola decisiva della formula è la preposizione “sullo”. Schmitt non scrive “sovrano è chi decide nello stato di eccezione”, ma “sul”. Questo significa che l’oggetto della decisione sovrana è innanzitutto l’esistenza stessa dello stato di eccezione. Il sovrano è colui che decide che c’è un’eccezione, che la situazione non è più “normale” e che, per ristabilire l’ordine, servono misure straordinarie. In altre parole, il sovrano è colui che definisce il momento del disordine e si attribuisce il compito di ristabilire l’ordine.

Schmitt si rifà all’articolo 48 della Costituzione di Weimar, che prevedeva poteri eccezionali per il Presidente del Reich. In caso di pericolo per l’ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato, il Presidente poteva intervenire con la forza, prendere misure straordinarie e persino sospendere diritti fondamentali. Tuttavia, la Costituzione non specificava quali misure potessero essere adottate, proprio perché l’eccezione non è prevedibile né regolabile in anticipo. Se fosse possibile regolare in anticipo l’eccezione, essa non sarebbe più tale, ma un caso previsto dall’ordinamento. Pertanto, solo il sovrano può decidere quando l’eccezione esiste e quali poteri straordinari siano necessari.

Quando Schmitt scrive *Teologia politica* nel 1922, ha in mente la crisi della Repubblica di Weimar e il pericolo del bolscevismo. In quel contesto, invocava un intervento del Presidente del Reich per sospendere temporaneamente i diritti fondamentali e difendere l’ordine contro i movimenti rivoluzionari.

Tuttavia, nel 1933, dopo l’ascesa di Hitler, la stessa formula assume un significato opposto: lo “stato di eccezione” diventa lo strumento che legittima il potere assoluto del Führer.

Lo stato di eccezione rappresenta una condizione anormale, di disordine e pericolo, che richiede misure straordinarie per ristabilire l’ordine. In questa situazione, il diritto viene sospeso, ma proprio questa sospensione mostra chi

detiene realmente il potere. In tempi normali, il sovrano “non si vede”: il potere è distribuito, regolato, nascosto dietro le procedure. Ma nell’eccezione — quando la paura domina e l’ordine vacilla — emerge la figura del sovrano come colui che salva.

Schmitt si rifà a Thomas Hobbes, che aveva individuato nella paura il fondamento stesso del potere politico. Ma non si tratta della paura del potere, bensì della paura dell’assenza del potere. L’uomo, secondo Hobbes, teme il caos dello stato di natura e accetta di cedere parte della propria libertà in cambio di protezione.

Analogamente, nello stato di eccezione, la paura del disordine porta le persone ad accettare la sospensione dei diritti e a riconoscere poteri straordinari al sovrano. Ecco perché, come osserva Schmitt, il sovrano è colui che ti mostra il mondo come pericoloso e si propone come unico salvatore. Solo quando esiste una situazione di paura e di minaccia, l’uomo è disposto a riconoscere a qualcuno il diritto di decidere al di sopra della legge.

Schmitt introduce qui un’analogia teologica: così come il miracolo nella teologia rappresenta la sospensione delle leggi naturali per intervento divino, lo stato di eccezione è la sospensione dell’ordinamento giuridico per intervento sovrano. E, come il miracolo, anche lo stato di eccezione non può essere previsto o normato: accade al di là di ogni regola, come risposta straordinaria a una situazione straordinaria.

La formula “Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione” racchiude tutta la filosofia politica e giuridica di Schmitt: il fondamento del diritto non è la norma (come in Kelsen), ma la decisione, la sovranità non è un concetto astratto,

ma una funzione concreta di potere, lo stato di eccezione rivela la verità del potere: chi può sospendere il diritto, è colui che lo fonda.

“Non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista un caso d'emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento. Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui necessariamente illimitati.”

Con queste parole, Schmitt chiarisce uno dei punti fondamentali della sua teoria della sovranità: lo stato di eccezione non è mai pienamente definibile o prevedibile. Non è possibile stabilire quando esso si verifichi né quali misure si debbano adottare per affrontarlo. Ogni emergenza è diversa, e per questo motivo il potere del sovrano, che deve decidere in tali circostanze, è necessariamente illimitato.

In una situazione eccezionale, dunque, il sovrano può fare tutto ciò che ritiene necessario per ristabilire l'ordine. Si manifesta così l'essenza del potere sovrano, la sua assolutezza: il sovrano non è vincolato dalle norme, perché le norme presuppongono una situazione di normalità che in quel momento non esiste più.

In questo senso, Schmitt si mostra hobbesiano: come Hobbes, egli ritiene che un sovrano debole non possa garantire l'ordine e, di conseguenza, non possa realmente esistere come sovrano. Solo un potere forte, capace di decidere e agire senza limiti, può proteggere lo Stato e la comunità.

Pertanto, durante lo stato di eccezione, vengono sospesi quei diritti e quei limiti che nella normalità sembrano intoccabili, perché ostacolerebbero l'efficacia dell'azione sovrana. Il potere ritorna ad essere assoluto, come nella concezione hobbesiana, in cui il sovrano rappresenta l'unico argine al caos.

Schmitt arriva così a sostenere che il sovrano non solo decide sull'eccezione, ma in un certo senso la “crea”: è lui che definisce la realtà come eccezionale, e che quindi produce la condizione che giustifica la propria azione illimitata. In altre parole, è il sovrano stesso a dire che esiste uno stato d'eccezione.

“Egli [il sovrano] decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa.”

Questa citazione spiega un punto centrale della teoria di Schmitt: il sovrano è contemporaneamente dentro e fuori l'ordinamento giuridico. È “fuori” perché non è vincolato dalle norme vigenti — egli può sospenderle, modificarle o disapplicarle. Ma è anche “dentro” perché possiede la competenza di decidere se la Costituzione debba essere sospesa: la sua decisione, pur sospendendo l'ordinamento, appartiene all'ordinamento stesso in quanto atto fondativo.

In questo senso, il sovrano non è colui che crea il diritto, ma colui che può sospenderlo. È lui a decidere che la situazione eccezionale richiede misure straordinarie, anche a costo di sospendere i diritti fondamentali.

“Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita, sui quali essa di fatto deve trovare applicazione e che essa sottomette alla propria regolamentazione normativa. La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è semplicemente un «presupposto esterno» che il giurista può ignorare; essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente.”

In questo passaggio, Schmitt critica apertamente Hans Kelsen e la sua Dottrina pura del diritto. Per Kelsen, il diritto si fonda su una norma fondamentale che struttura l'ordinamento in modo formale, indipendentemente dal contesto concreto. Schmitt, invece, sostiene che il diritto non può funzionare senza una condizione di normalità: le norme si applicano solo quando la vita sociale è sufficientemente ordinata e stabile. La normalità di fatto non è un presupposto esterno, ma una condizione interna dell'efficacia giuridica.

Dove non c'è ordine, le norme perdono forza: non si può risolvere una condizione di caos semplicemente producendo nuove norme. Perciò, quando l'ordine si spezza, non è la legge a poter intervenire, ma la decisione sovrana, che sospende il diritto per ripristinarne le condizioni di validità.

“Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima deve essere stabilito l'ordine: solo allora ha un senso l'ordinamento giuridico. Bisogna creare una situazione normale, e sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero.”

In questo passo, Schmitt chiarisce che nessuna norma può avere efficacia in una situazione di disordine o caos. Perché un ordinamento giuridico possa esistere e funzionare, è necessario prima che esista un ordine, una condizione di normalità che renda possibile l'applicazione delle norme. Il sovrano è colui che decide in modo definitivo se questa situazione di normalità esiste o meno. È lui che stabilisce se vi sia ordine o disordine, e di conseguenza se il diritto possa operare.

Schmitt e Kelsen, in fondo, vedono la stessa realtà, ma la interpretano in modo diverso.

Entrambi riconoscono che prima viene l'ordine e poi l'ordinamento: anche Kelsen, infatti, nel suo riferimento alla norma fondamentale, parla della necessità di un ordine precedente alla costruzione del diritto; tuttavia, per Kelsen questo passaggio iniziale non appartiene al campo del diritto, ma è un presupposto esterno, un fatto sociologico o politico irrilevante per la scienza giuridica; per Schmitt, al contrario, questo è proprio il punto centrale: la creazione e il mantenimento dell'ordine sono compiti del diritto e del giurista, perché senza di essi il diritto non ha senso né efficacia.

“Anche l'ordinamento giuridico o, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma”

Questa frase esprime la critica frontale di Schmitt a Kelsen. Per Kelsen, a fondamento del diritto si trova una norma fondamentale — un presupposto logico, non giuridico, che permette di costruire l'intero ordinamento in modo coerente. Per Schmitt, invece, questa idea maschera la vera origine del diritto, che non è la norma, ma la decisione. Alla base di ogni ordinamento giuridico, sostiene Schmitt, c'è un atto di potere: la decisione sovrana che stabilisce un ordine e lo mantiene. Kelsen, pur vedendo questo potere, distoglie lo sguardo, scegliendo di non occuparsene in quanto fenomeno “extra-giuridico”.

Schmitt, al contrario, denuncia questa rimozione e afferma che il potere non può essere ignorato: se il diritto nasce da una decisione politica, la scienza giuridica deve occuparsene, poiché essa costituisce il vero fondamento dell'ordinamento giuridico.

“Il sovrano crea e garantisce la situazione come un tutto nella sua totalità. Egli ha il monopolio della decisione ultima. In ciò sta l'essenza della sovranità statale, che quindi propriamente non dev'essere definita giuridicamente come monopolio della sanzione o del potere, ma come monopolio della decisione, dove il termine decisione viene usato in un significato generale che dev'essere ancora sviluppato. In caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto.”

Qui Schmitt definisce in modo esplicito l'essenza della sovranità: essa consiste nel monopolio della decisione ultima. Il sovrano crea e garantisce l'intera situazione politica e giuridica, ne è il punto di riferimento totale.

Non bisogna quindi definire lo Stato come monopolio della sanzione o del potere coercitivo (come farebbe una concezione puramente giuridica o positivista), ma come monopolio della decisione. Il caso d'eccezione rivela nel modo più evidente questa verità: quando l'ordine si spezza e le norme non bastano più, solo la decisione sovrana può ristabilire l'ordine.

In quel momento, l'autorità si distingue dalla norma giuridica, perché la sua azione precede e fonda il diritto stesso. Il paradosso espresso da Schmitt è chiaro: “l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto.”

Ciò significa che l'autorità sovrana non necessita di una norma che la autorizzi a creare diritto, poiché il diritto nasce proprio dal suo atto di decisione. Kelsen direbbe che è sovrano chi è autorizzato dalla norma a porre diritto.

“Per la realtà della vita giuridica ciò che importa dunque è chi decide. [...]. La forma giuridica non ha la vuotezza aprioristica della forma trascendente, poiché essa nasce proprio dalla concretezza giuridica.”

Per la vita concreta del diritto quel che conta è chi decide (attacco a Kelsen). Restituire del diritto una forma pura non serve, non è quello il diritto. Se lo si vuole capire bisogna capire come concretamente funziona.

Il concetto di “politico”

Il concetto di “politico” è un testo che Schmitt pubblica a più riprese: nel 1928, nel 1932, in una versione “nazificata” del 1933 e infine nel 1963. Nell’introduzione all’edizione del 1963, Schmitt scrive: “La porzione europea dell’umanità ha vissuto...”, aprendo così una riflessione sul modo in cui, nella nostra tradizione, abbiamo pensato e organizzato il diritto.

Schmitt ci invita a riconoscere che la nostra architettura concettuale moderna, quella che utilizziamo per studiare e comprendere il diritto, è costruita su una lingua giuridica che nasce dalla modernità e si sviluppa attraverso una serie di passaggi storici. Questa grammatica giuridica si fonda su un presupposto fondamentale: per secoli abbiamo identificato il diritto con lo Stato, fino a pensare il diritto stesso come una forma-Stato.

In altre parole, per molto tempo abbiamo ritenuto che il diritto trovasse senso, validità e forza solo all’interno della struttura statale. Questa identificazione profonda tra diritto e Stato è talmente radicata da rendere difficile oggi comprendere realtà istituzionali che non rientrano in quella forma. È il caso, ad esempio, dell’Unione Europea: essa non può essere pienamente ricondotta né alla forma-Stato né a un semplice trattato internazionale. I nostri concetti giuridici tradizionali, costruiti intorno alla forma-Stato, faticano ad adattarsi a un’architettura istituzionale diversa, sovranazionale e multilivello.

Schmitt sostiene che l’epoca della statualità sta ormai giungendo al termine. Per alcuni secoli, lo Stato ha rappresentato il modo in cui si dava forma al potere, l’unità dentro cui si concentrava la sovranità e la capacità di prendere la decisione ultima. All’interno dei confini statali risiedevano i luoghi decisionali, mentre all’esterno lo Stato si confrontava con altri Stati in un equilibrio di rapporti di forza. Oggi, però, questa organizzazione è entrata in crisi: il potere non risiede più in modo chiaro e stabile nella forma-Stato, e non è più possibile individuare con certezza dove si trovi il luogo della decisione sovrana.

Schmitt ci mostra quindi che la modernità giuridica, costruita sull’equivalenza tra diritto e Stato, sta finendo. Il nostro mondo non è più a misura dello Stato, e la forma-Stato non è più adeguata a contenere il monopolio della decisione ultima. La sfida contemporanea diventa allora comprendere nuove forme politiche e giuridiche capaci di pensare il potere al di là dello Stato.

“Si può raggiungere una definizione concettuale del ‘politico’ solo mediante la scoperta e la fissazione delle categorie specificamente politiche. Il ‘politico’ ha infatti i suoi propri criteri che agiscono, in modo peculiare, nei confronti dei diversi settori concreti, relativamente indipendenti, del pensiero e dell’azione umana, in particolare del settore morale, estetico, economico.”

Quali sono le categorie del politico? Quando un discorso diventa politico? Il politico ha delle categorie specifiche che si distinguono dai criteri di altri discorsi.

“Il ‘politico’ deve perciò consistere in qualche distinzione di fondo alla quale può essere ricondotto tutto l’agire politico in senso specifico. Assumiamo che sul piano morale le distinzioni di fondo siano buono e cattivo; su quello estetico, bello e brutto; su quello economico, utile e dannoso oppure redditizio e non redditizio. Il problema è allora se esiste come semplice criterio del ‘politico’, e dove risiede, una distinzione specifica, anche se non dello stesso tipo delle precedenti distinzioni, anzi indipendente da esse, autonoma e valida di per sé.”

Schmitt parte dunque dal confronto con altre sfere dell’agire umano: quella morale, estetica ed economica. In ognuna di esse esistono distinzioni specifiche che ne definiscono il campo: “buono e cattivo” nella morale, “bello e brutto” nell’estetica, “utile e dannoso” o “redditizio e non redditizio” nell’economia. A questo punto si chiede: esistono anche nel campo politico delle distinzioni proprie, specificamente politiche, che lo definiscono come tale?

“La specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di amico (Freund) e nemico (Feind). Essa offre una definizione concettuale, cioè un criterio, non una definizione esaustiva o una spiegazione del contenuto.”

Ciò significa che la politica si definisce formalmente attraverso la distinzione tra amico e nemico. Questa non è una definizione di contenuto, ma un criterio che ci permette di riconoscere quando un fenomeno appartiene al campo del politico. In altre parole, ogni volta che entra in gioco la distinzione tra amico e nemico, ci troviamo nel terreno del politico. È importante sottolineare che per Schmitt questa distinzione è autonoma e indipendente dalle altre sfere. Il “nemico” non deve essere necessariamente “cattivo”, perché “buono e cattivo” è una distinzione morale; non deve nemmeno essere “brutto”, perché “bello e brutto” appartiene al campo estetico. Schmitt separa con decisione i piani del giudizio morale, estetico ed economico, rivendicando per la politica un suo spazio concettuale autonomo.

Questo gesto, in un certo senso, ricorda quello di Kelsen, che nel campo giuridico aveva tentato di delimitare e “chiudere” un ambito teorico specifico, separandolo da altri domini del sapere. Anche Schmitt, con la distinzione tra amico e nemico, compie un’operazione simile: definisce i confini del politico. La distinzione amico/nemico, dunque, non è una definizione esaustiva del contenuto della politica, ma un criterio formale: serve a individuare il momento in cui un rapporto, un conflitto o una decisione diventano politici.

“Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (der Fremde) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo «disimpegnato» e perciò «imparziale».”

Schmitt precisa così la natura del nemico politico. Il nemico non coincide con una categoria morale, estetica o economica, ma è semplicemente “l'altro”, lo straniero, ciò che io non sono e che noi non siamo nel momento in cui ci costituiamo come gruppo, come comunità politica. Il nemico, dunque, è colui la cui stessa esistenza è percepita come altro-da-noi, come qualcosa che mette potenzialmente in pericolo la nostra esistenza collettiva. Basta questo per definirne l'essenza. Non c'è collante più forte, per Schmitt, di un'identità collettiva costruita contro un nemico comune: l'unità politica si fonda, in larga parte, sulla contrapposizione a ciò che è estraneo.

Questo “altro” è qualcuno nei confronti del quale può sempre esplodere un conflitto, e se ciò accade, tale conflitto non può essere risolto attraverso regole o tribunali. Se esistesse un giudice o un insieme di norme capaci di dirimere la contesa, non si tratterebbe di un rapporto politico, ma giuridico o morale. Il nemico, invece, è tale proprio perché il conflitto con lui non può essere composto da un “terzo” neutrale: l'unica forma di risoluzione possibile è la guerra.

Per Schmitt, la guerra costituisce il presupposto stesso della politica. C'è politica solo dove esiste, almeno in modo latente, la possibilità della guerra. Dove non può esserci conflitto, non può esserci neppure politica. Naturalmente, le guerre possono essere disciplinate o limitate da regole, ma il punto centrale è che la loro possibilità rimane costitutiva del politico.

Schmitt non condivide la visione giuridicista di Kelsen, che tendeva a immaginare un ordine normativo capace di superare i conflitti tra Stati. Al contrario, Schmitt concepisce la guerra come un elemento inevitabile e strutturale dell'agire politico. A questo proposito, egli richiama il modello dello *ius publicum Europaeum*, cioè quel grande sistema del diritto pubblico europeo sviluppatosi dal Trattato di Westfalia del 1648 fino al Trattato di Versailles del 1919. In quell'epoca, la guerra era considerata un mezzo normale e legittimo di risoluzione dei conflitti internazionali, un elemento ordinario del diritto tra Stati.

Durante la stagione dello *ius publicum Europaeum*, la guerra aveva la forma di un duello tra Stati sovrani: era una guerra “regolata”, in cui i nemici si riconoscevano come soggetti uguali e legittimi. Questo riconoscimento reciproco costituiva la base di una certa “civilizzazione” del conflitto. Per Schmitt, quella fase storica rappresenta il momento in cui la modernità è riuscita a dare forma alla guerra, rendendola un fatto politico “in forma”, e non una violenza senza limiti. Con la fine dello *ius publicum Europaeum*, invece, si apre un'epoca in cui questa forma si dissolve, e con essa si trasforma anche il senso stesso del politico.

“Nemico non è il concorrente o l'avversario in generale. Nemico non è neppure l'avversario privato che ci odia in base a sentimenti di antipatia. Nemico è solo un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere. Nemico è solo il nemico pubblico, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso pubblico.”

Il nemico politico non è mai un avversario privato, ma sempre un nemico pubblico: rappresenta un gruppo umano che si contrappone a un altro gruppo, almeno in via potenziale, in un conflitto che riguarda l'esistenza collettiva. Schmitt sottolinea che, in senso politico, il nemico è colui la cui esistenza mette in questione la nostra. Un soldato appartenente a un altro esercito, ad esempio, può anche risultarci simpatico sul piano personale, ma nel momento del conflitto diventa nostro nemico perché la sua azione minaccia la sopravvivenza del nostro gruppo o del nostro Stato. Il nemico politico è dunque definito dalla possibilità reale dello scontro, e non da sentimenti individuali.

Da questa idea discende una conseguenza importante: senza un nemico, non può esserci identità politica. L'identità di un popolo o di una comunità diventa politica solo quando si definisce rispetto a un “altro” da sé, quando esiste un nemico che ne delimita i confini.

Un esempio utile per comprendere questa posizione è la Costituzione italiana. Essa non è soltanto una costituzione giuridica, ma anche e soprattutto una costituzione politica, perché nasce contro due nemici storici precisi: il fascismo e la casa Savoia.

Estendendo questo ragionamento, si può comprendere la riflessione di Schmitt sul caso dell'Europa contemporanea: l'Unione Europea non riesce ancora a costituirsi come soggetto politico pienamente autonomo, poiché manca di un vero nemico. Senza un nemico, non esiste un'identità politica definita, ma soltanto un'unione tecnico-economica o giuridica.

Schmitt collega strettamente questa concezione alla guerra, intesa non come fine o scopo della politica, ma come sua condizione di possibilità. Scrive infatti:

“La guerra non è [...] scopo e meta o anche solo contenuto della politica, ma ne è il presupposto sempre presente come possibilità reale, che determina in modo particolare il pensiero e l'azione dell'uomo provocando così uno specifico comportamento politico.”

C'è politica solo dove c'è la possibilità della guerra, ne è il presupposto, anche se non è in atto.

“Un mondo nel quale sia stata definitivamente accantonata e distrutta la possibilità di una lotta di questo genere, un globo terrestre definitivamente pacificato, sarebbe un mondo senza più la distinzione fra amico e nemico e di conseguenza un mondo senza politica.”

Un mondo interamente pacificato, in cui la possibilità della guerra fosse definitivamente eliminata, sarebbe dunque un mondo senza politica. La distinzione tra amico e nemico verrebbe meno, e con essa verrebbe meno la stessa essenza del politico. La pace assoluta, per Schmitt, non rappresenta quindi il compimento della politica, ma la sua fine.

“Dal carattere concettuale del 'politico' consegue il pluralismo del mondo degli Stati. L'unità politica presuppone la possibilità reale del nemico e quindi un'altra unità politica, coesistente con la prima. Perciò sulla terra, finché esiste uno Stato, vi saranno sempre più Stati e non può esistere uno « Stato » mondiale che comprenda tutta la terra e tutta l'umanità. Il mondo politico è un pluriverso non un universo.”

A partire dal concetto stesso di politico, Schmitt ricava una conseguenza fondamentale: il pluralismo del mondo degli Stati. Se l'essenza del politico risiede nella distinzione tra amico e nemico, allora l'esistenza di un'unità politica (cioè di uno Stato) presuppone necessariamente l'esistenza di un'altra unità politica distinta, potenzialmente nemica.

Non può esserci, quindi, uno Stato che esista da solo: ogni Stato presuppone un altro Stato con cui possa entrare in relazione, anche conflittuale. Di conseguenza, uno Stato mondiale, che comprendesse tutta la terra e tutta l'umanità, sarebbe una contraddizione in termini. Un simile Stato non avrebbe più nemici e, quindi, non sarebbe più politico. La politica esiste solo dove vi è pluralità, dove vi sono entità distinte e reciprocamente contrapposte.

Schmitt parla dunque di pluriverso politico, non di universo. Finché esisterà uno Stato, ne esisteranno sempre altri. L'idea di un unico Stato mondiale, che cancelli ogni differenza politica, rappresenta per Schmitt la fine del politico. In questo senso, la sua posizione è anche una critica alla visione universalistica di Kelsen, che auspicava un ordinamento giuridico universale capace di superare i conflitti fra Stati.

Schmitt mette inoltre in guardia contro un rischio particolare: quello delle "guerre umanitarie". Egli le considera le più pericolose, perché sono guerre condotte contro un nemico dichiarato "nemico dell'umanità", cioè contro qualcuno che viene escluso dalla sfera dell'umano. Quando un nemico viene definito criminale o disumano, la guerra contro di lui non ha più limiti: non è più una guerra tra pari, ma una guerra di annientamento. In nome dell'umanità, si rischia così di disumanizzare il nemico, giustificando ogni tipo di violenza contro di lui. Se l'altro non è più riconosciuto come umano, allora "tutto è permesso". La tesi di Schmitt è chiara: solo riconoscendo il nemico come un proprio pari, come un altro soggetto politico legittimo, è possibile limitare la guerra. Ma quando il nemico viene trasformato in un criminale o in un "mostro", la guerra diventa assoluta e illimitata.

"La porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca in cui i concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole."

Abbiamo pensato il diritto dal 1648 a Versailles come forma dello Stato. Ma questa forma-Stato si sta disgregando, non c'è una forma politica che mi consente di comprendere il presente.

"La classicità consiste nella possibilità di distinzioni chiare ed univoche. Interno ed esterno, guerra e pace; durante la guerra, militare e civile, neutralità o non neutralità: tutto ciò è chiaramente distinto e non può essere intenzionalmente confuso."

Schmitt rimpiange la forma-Stato poiché secondo lui consentiva di avere distinzioni chiare ed univoche (amico nemico, bello-brutto, buono-cattivo); c'era la possibilità di distinguere una condizione di guerra e una di pace.

"Anche in guerra tutti hanno, su entrambi i fronti, il loro chiaro status. Anche il nemico, nella guerra di diritto internazionale fra Stati, viene riconosciuto come Stato sovrano. In questo diritto internazionale il riconoscimento come Stato, per quel che esso significa ancora, contiene già il riconoscimento del diritto alla guerra, e quindi il riconoscimento come nemico legittimo. Anche il nemico ha uno status, non è un delinquente. La guerra può essere limitata e circoscritta con misure di diritto internazionale. Essa quindi può terminare anche con un trattato di pace che normalmente contiene una clausola di amnistia. Solo così è possibile una chiara distinzione tra guerra e pace, ed una chiara, limpida neutralità."

Schmitt insiste sul fatto che, nella tradizione dello *ius publicum Europaeum*, la guerra è un fatto regolato e riconosciuto: persino il nemico viene considerato uno Stato sovrano e dunque un avversario legittimo, non un criminale fuori legge. Questo reciproco riconoscimento tra Stati stabilisce una specie di "rispetto" istituzionale che rende la guerra limitabile e ricomponibile: la possibilità di concludere la guerra con un trattato, spesso corredato da clausole di amnistia, dipende proprio da questa parità di status.

Per Schmitt, la distinzione tra guerra e pace, così come la nozione di neutralità, presuppongono che il conflitto si svolga tra soggetti politici riconosciuti e reciprocamente paritetici.

Da qui viene la critica schmittiana a pratiche che dissolvono quel riconoscimento: quando la sconfitta viene trasformata in criminalizzazione (come secondo lui avvenne con Versailles) o quando i vinti vengono trattati come colpevoli assoluti, si confondono categorie politiche e categorie etiche. Schmitt vede in processi post-bellici di tipo punitivo (o in pratiche giudiziarie dei vincitori) il pericolo di trasformare rapporti politici tra Stati in spettacoli di demonizzazione, con conseguenze profonde sulla possibilità di negoziare una pace stabile.

"Stato e sovranità sono i fondamenti delle limitazioni di diritto internazionale fin qui applicate alla guerra e all'ostilità. In verità, una guerra condotta correttamente secondo le regole del diritto internazionale europeo ha più senso per il diritto e per la reciprocità, ed è più vicina al procedimento giuridico, alla «trattativa giuridica», come si diceva un tempo, che non uno pseudo-processo inscenato dalle grandi

potenze moderne per la distruzione psichica e morale del nemico politico. Chi demolisce le distinzioni classiche e le limitazioni, costruite su di esse, della guerra fra Stati deve sapere ciò che fa. ”

Su questa base Schmitt afferma che Stato e sovranità non sono soltanto soggetti della guerra, ma garanzie della sua regolamentazione. Le normative internazionali che si sono sviluppate in Europa hanno fatto della guerra qualcosa che, pur rimanendo possibile, poteva essere circoscritto e dialogato come se fosse una “trattativa giuridica” tra pari.

Per esempio lo “pseudo” processo di Norimberga fu un modo per i vincitori di condannare i vinti come dei criminali. Schmitt applica questa diagnosi anche a fenomeni più recenti: quando la distinzione interno-esterno viene meno — come accade nelle guerre contro il terrorismo — saltano molte delle certezze che regolavano il conflitto fra Stati. Il terrorista non indossa la divisa, non occupa il territorio nemico né si presenta come soggetto statuariale riconoscibile; agisce “in casa” e rende problematica la distinzione fondamentale su cui si fonda la regolazione tradizionale della guerra. In questa situazione la guerra diventa meno regolabile e la politica stessa perde i confini che la teoria schmittiana riteneva necessari per limitare la violenza.

“L’umanità in quanto tale non può condurre nessuna guerra, poiché essa non ha nemici, quanto meno non su questo pianeta. Il concetto di umanità esclude quello di nemico, poiché anche il nemico non cessa di essere uomo e in ciò non vi è nessuna differenza specifica.”

Per Schmitt, l’umanità non può avere nemici, perché anche il nemico resta un uomo. Parlare di una “guerra in nome dell’umanità” è quindi un controsenso. La guerra, secondo lui, non può essere eliminata, ma solo limitata, e questo è possibile solo se si riconosce l’umanità del nemico.

Quando invece il nemico viene disumanizzato, la guerra diventa totale e senza limiti, trasformandosi in uno scontro di annientamento. In questo processo, anche la forma-Stato — che dava regole e riconoscimento reciproco ai conflitti — viene meno.

Schmitt contrappone questa visione a quella di Kelsen, che ritiene possibile superare la guerra tramite tribunali internazionali e uno Stato mondiale. Ma per Schmitt, uno Stato mondiale significherebbe la fine della politica perché non ci sarebbe più la distinzione tra amico e nemico.

I curatori degli appunti non hanno ritenuto necessario pubblicare degli appunti per la seconda parte del corso, dal momento che il materiale fornito dal professore è già completo per svolgere l’esame.

Per qualsiasi dubbio, anche riguardante la seconda parte non trattata, contattare i curatori della dispensa.

CI SERVE IL TUO AIUTO!

**potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo!
Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace. Grazie!
@iusatb e i curatori**

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sul contenuto delle lezioni del professore. Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d’esame.