



ANDREA SALVATORE

Das Wesen der Verfassung selbst.
Origini e ragioni dell'istituzionalismo schmittiano

Abstract: When and why did Carl Schmitt decide to abandon his original decisionism and to adopt the institutional approach to law which in 1933 he labelled “concrete order thinking”? In dealing with this crucial question, the present article advances two closely related arguments: 1) While the ‘official endorsement’ of legal institutionalism by Schmitt cannot be traced back much earlier than the Nazi rise to power, his doubts and the consequent change of mind about the ordering potential of decisionism go back to the second half of the 1920s and appear to be in close connection to the concept of “qualitative total state” he was developing in those same years; 2) Schmitt shares with the theorists of legal institutionalism, and mostly with Maurice Hauriou, the fundamental aim of a legal order able to preserve and reproduce the ordering potential of everyday interactions as well as the normalising function of a well-defined set of time-tested communitarian practices, a creative energy that both Schmitt and Hauriou consider to be i) essentially inherent to the social (and ultimately resting on personal beliefs and convictions), ii) in no way reproducible by political means or political intervention, iii) absolutely necessary for the effectiveness of any legal order.

Keywords: Carl Schmitt; Maurice Hauriou; constitution; concrete-order thinking; institutionalism.

1. Un certificato di nascita postdatato

Se all’interrogativo circa le origini dell’istituzionalismo schmittiano dovessimo rispondere in uno spirito positivistico che poco sarebbe piaciuto all’autore oggetto della presente indagine, non potremmo che attenerci ai documenti. E il testo qui rilevante è, notoriamente, la Premessa alla seconda edizione di *Teologia politica*, aggiunta che porta in calce una data e un luogo altrettanto eloquenti: Berlino, novembre 1933 (l’adesione al nazismo di Schmitt, già a questa altezza onustissimo di cariche e allori, taglia il traguardo dei suoi primi sei mesi). Chiarisce il neo-iscritto al partito: “Oggi distinguerei non più fra due, ma fra tre tipi di pensiero giuridico: cioè, oltre al tipo normativistico e a quello decisionistico, anche quello istituzionale. Questa consapevolezza è il frutto dello sviluppo



della mia teoria delle ‘garanzie istituzionali’ e dell’approfondimento dell’importante teoria dell’istituzione di Maurice Hauriou”.¹

A ben vedere, tuttavia, la laconica e al contempo capitale dichiarazione di intenti appena richiamata, che anticipa di pochi mesi il vero e proprio *Grundwerk* dell’istituzionalismo schmittiano (*I tre tipi di scienza giuridica*), non si riferisce tanto all’atto di nascita di una complessiva riconsiderazione delle forme e dei modi in cui rapportarsi al diritto, quanto all’approdo finale, e per così dire all’iscrizione nei registri, di un lungo percorso che culmina non a caso in una compiuta messa in forma giuridica, che ora affianca, ma di fatto sopravanzandola, la precedente contrapposizione a due tra normativismo e decisionismo (e anzi, meglio sarebbe dire, tra norma ed eccezione). A nascere a cavallo tra il 1933 e il 1934, insomma, non è l’interesse schmittiano per l’istituzionalismo, quanto piuttosto la sua messa in forma, finale e ricapitolativa, quale “pensiero concreto dell’ordinamento e della formazione”, per richiamare l’esatta e significativa dizione schmittiana.²

Ma è evidente, non foss’altro per quanto Schmitt afferma nella seconda frase (generalmente omessa) del brano richiamato, che per una datazione più adeguata si dovrà risalire almeno di qualche anno; tanto più se a doversi indagare è non già, come detto, la peculiare declinazione schmittiana dell’istituzionalismo, quanto quel lasso di tempo (relativamente) indefinito in cui Schmitt inizia a rendersi conto che l’istituzionalismo giuridico, debitamente riarticolato, costituisce la chiave di accesso per una più adeguata concettualizzazione del nesso costitutivo tra ordine e ordinamento. Se infatti i rimandi schmittiani alla teoria dell’istituzione di Hauriou risultano sostanzialmente coevi ai due

¹ C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del “politico”. Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 30.

² C. Schmitt, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 62. Vero è che Schmitt alterna piuttosto liberamente le due formulazioni “pensiero concreto dell’ordinamento” (*konkrete Ordnungsdenken*) e “ordinamento concreto” (*konkrete Ordnung*). Ma altrettanto innegabile ci sembra il fatto che la prima occorrenza compaia come, a questa altezza, Schmitt consideri ormai il decisionismo fatalmente segnato da quella stessa astrattezza che fin lì aveva connotato il solo normativismo, rispetto al quale il decisionismo si presentava anzi come orientamento contrario proprio in ragione di una concretezza che ora esso pare aver perso del tutto (tanto da potersi congiungere con l’ex-nemico, il normativismo appunto, nell’informare la fattispecie del positivismo giuridico).



luoghi testuali menzionati,³ lo stesso non può dirsi della trattazione, particolarmente dettagliata, di quei complessi dispositivi di rilevanza costituzionale che Schmitt definisce “garanzie istituzionali”. Ne parla, infatti, in due testi risalenti (che risultano, peraltro, tra i pochi saggi schmittiani non tradotti, in italiano come in altra lingua): *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931) e *Grundrechte und Grundpflichten* (1932).⁴ Si tratta di due scritti tutt’altro che secondari (come del resto la riedizione nel secondo dopoguerra comprova) e che fanno da ponte tra il decisionismo inquieto di *Dottrina della Costituzione* e l’esplicita dichiarazione di adesione all’istituzionalismo datata 1933. Non per questo ci si azzarderà a sostenere che la cosiddetta svolta del 1934 possa essere più adeguatamente inquadrata come una prevedibile evoluzione, ma certo non si tratta di un salto (finanche la storia di Schmitt ne ha fatti meno di quanti generalmente se ne contano), men che meno di una decisione nata dal nulla.

È proprio la raccolta del 1958 a fornirci, ai fini della presente indagine, qualcosa più di una traccia. In anni che avrebbero caldamente consigliato al suo autore una dismissione completa e senza esitazioni del pensiero concreto dell’ordinamento, nel caso in cui quest’ultimo fosse realmente da considerarsi nulla più che un cedimento tanto occasionalistico quanto interessato alle sirene del regime a croci uncinata, Schmitt non solo rilancia invece i due saggi, ma li ricomprende nella sezione più ampia dell’intera silloge, che intitola *Il problema del custode della Costituzione e delle garanzie costituzionali*. Ancora: non solo in larga parte dei sei scritti che compongono la sezione in oggetto si ha una sostanziale coestensione (quando non identità) dei concetti di Costituzione e organizzazione istituzionale, ma – quel che più rileva – è qui lo stesso Schmitt a porre in connessione gli scritti istituzionalisti tanto con *Dottrina della Costituzione* (1928) quanto con *Il custode della Costituzione* (1929). Se il secondo nesso è evidente sin dal titolo della sezione richiamata, per il primo basteranno una citazione e

³ Cfr. M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013, p. 95.

⁴ Riediti in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 140-73 e 181-231.



un rimando: “Questo saggio [quello del 1932] contiene l’ulteriore sviluppo della dottrina della garanzia istituzionale, che è stata per la prima volta elaborata in *Dottrina della Costituzione*”.⁵ Atteniamoci all’ordine cronologico e partiamo dalla prima delle due opere.

2. Un corpo costituente da costituire

Il capitoletto di *Dottrina della Costituzione* cui Schmitt rimanda nel saggio del 1931 richiamato non ha, nell’economia e nell’organizzazione del testo, un ruolo così centrale: si tratta di poche pagine, ricomprese all’interno del § 14, intitolato *I diritti fondamentali*. Le garanzie istituzionali, nella prospettiva indicata, assicurano una speciale protezione giuridica a determinate istituzioni, considerate centrali per la vita di una comunità, tramite l’inserimento dei caratteri fondamentali delle stesse nel dettato costituzionale. Tali garanzie sono da considerarsi giuridicamente sovraordinate rispetto a ogni diritto individuale, in quanto rappresentano la vitale condizione di possibilità per una più salda e affidabile salvaguardia delle libertà dei singoli, le quali dunque risultano normativamente e fattualmente subordinate a dette garanzie.

Si è altrove cercato di mostrare come il tema delle garanzie istituzionali, che nel 1928 è poco più di una promettente disamina, assuma tutt’altro significato nei due saggi cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente e parimenti come ciò comporti il passaggio, tanto decisivo per lo sviluppo della riflessione schmittiana quanto trascurato in letteratura, da una Costituzione integrata dalle garanzie istituzionali a una Costituzione informata da esse.⁶ Una Costituzione, in altri termini, che non già dispone di sue garanzie istituzionali, ma che di fatto si inverte e insieme esaurisce nella loro sistematica organizzazione: “Si può altresì vedere l’essenza della Costituzione stessa nelle garanzie istituzionali”.⁷

⁵ C. Schmitt., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., p. 171. Per l’originaria elaborazione cui si riferisce Schmitt, cfr. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 228-34 (*Le garanzie istituzionali devono essere distinte dai diritti fondamentali*).

⁶ Cfr. M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, cit., pp. 25-9.

⁷ C. Schmitt, *Freiheitsrechte*, cit., p. 172.



Ma a rilevare non è solo il fatto che nei primissimi anni Trenta è lo stesso Schmitt a indicare in *Dottrina della Costituzione* il luogo di nascita di quegli inserti istituzionali che pure soltanto retrospettivamente verranno dichiarati prioritari rispetto all'intero impianto costituente (in quanto preesistenti alla Costituzione stessa risulteranno le istituzioni che tali garanzie saranno chiamate a salvaguardare). Quel che più rileva, nell'ottica del presente contributo, è, in aggiunta, il fatto che l'enfatizzazione del momento istituente, e lo speculare ridimensionamento dell'atto costituente (che invece era pensato inizialmente come l'irrisalibile *fiat* demiurgico dell'intero processo), è funzionale a risolvere una difficoltà strutturale, che è all'origine tanto di quella che diversi interpreti hanno ritenuto la sostanziale circolarità che minerebbe l'opera in discussione⁸ quanto – ciò che qui anzitutto importa – del definitivo e irreversibile convincimento schmittiano in favore della prospettiva istituzionalista.

Qual è, in estrema sintesi, il problema di *Dottrina della Costituzione*? In una parola, il fatto che Schmitt, nel cercare di orientare la dialettica tra potere costituente e potere costituito nel senso di un'autofondazione del primo momento, non riesce a fare molto di più che meramente presupporre la primazia di quest'ultimo, che assurge così a un mero postulato (e questo è semmai un paralogismo normativistico, non già ultimatività del concreto). Il potere costituente finisce in tal modo per divenire contraddittoriamente un potere capace di “prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica”⁹ prima ancora di esistere (o di potersi ricondurre a un qualcosa di già esistente). Schmitt parla a più riprese di “volontà unitaria presupposta” e di “unità politica la cui esistenza è presupposta”,¹⁰ senza che sia ben chiaro né in cosa in concreto consisterebbe tale unità né come e quando si sarebbe venuta a formare. In questa problematica circolarità è da vedere tanto la crisi finale del paradigma decisionista (che

⁸ Ci si limita qui ai rilievi di due costituzionalisti: cfr. H. Lindahl, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, in M. Loughlin, N. Walker (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 9-24; M. Loughlin, “The Concept of Constituent Power”, *European Journal of Political Theory*, 13 (2014), 2, pp. 218-37.

⁹ C. Schmitt, *Dottrina*, cit., pp. 109-10.

¹⁰ Ivi, pp. 24 e 39.



cortocircuita non a caso nel momento in cui l'ordine, che l'eccezionalismo poteva ancora presupporre come un dato, diviene l'ingombrantissimo *explanandum*), quanto l'occasione della prima e correlata presa di coscienza da parte di Schmitt della proficuità della soluzione ordinamentale offerta dall'istituzionalismo: è questa a dischiudergli definitivamente la dimensione, fin lì al più evocata, di un ordine giuridicamente probante ancorché non positivamente ancorato, e con ciò a risolvere (o comunque superare) la circolarità che si è qui discussa.

3. Un totalitarismo in camicia non ancora bruna

Venendo ora all'altra nota opera dei tardi anni Venti, *Il custode della Costituzione*, sarà utile, ai fini del presente scritto, inquadrarla anzitutto quale contributo alla più ampia e coeva riflessione schmittiana sul totalitarismo, su cui poco si è scritto e molto equivocado (per gli aspetti ordinamentali varrà, invece, quanto detto nel paragrafo precedente).¹¹ In Schmitt si danno due diverse accezioni di Stato totale: una in senso quantitativo (e deteriore) e una in senso qualitativo (potenzialmente promettente). Nel primo significato, lo Stato si fa totale nel momento in cui l'unità politica a esso sottesa, fondata su una società civile rispetto alla quale il potere politico risultava ancora neutrale (nel senso di non-interventista) e non-coestensivo, viene di fatto dissolta per opera di "una pluralità di partiti totali, ciascuno dei quali vorrebbe cercare di realizzare in sé la totalità"¹² insinuando il proprio interesse particolaristico (con pretese di assolutezza corporativa) in tutti gli ambiti del sociale; si verifica, in sostanza, una estensione e intensificazione policratica del politico dagli esiti imprevedibili.

¹¹ Cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 115-41. Per un'accurata disamina critica dello Stato totale schmittiano si vedano J.-F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF, 2005², pp. 85-109, e G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 107-26.

¹² C. Schmitt, *Sviluppo dello Stato totale*, in Id., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 307 (ma si veda anche il saggio *La svolta verso lo Stato totale* (1931), ivi, pp. 237-55).



L'accezione qualitativa di totalità risulta, di contro, meno compiutamente indagata, almeno se intesa quale *pars construens*. A tale totalità qualitativa Schmitt riconduce "l'esatta cognizione che lo Stato odierno ha nuovi mezzi di potere e possibilità di inaudita intensità", avvertendo subito che tale potenzialità può appena presagirsi. Di seguito aggiunge: "Lo Stato totale in questo senso è al tempo stesso uno Stato particolarmente forte. Esso è totale nel senso della qualità e dell'energia".¹³ Certo, nei testi in oggetto Schmitt sembra ancora perseguire l'intenzione e il tentativo di riportare dentro lo Stato un'energia diffusa che, a quest'altezza, pare ancora monopolio di strutture organizzate¹⁴. Tuttavia, inizia al contempo a trasparire non solo la consapevolezza della definitiva impossibilità di riguadagnare un'unità politica universalistica, ma anche una crescente sfiducia nei partiti quali attori politici sì potenzialmente distruttivi ma pur sempre decisivi per la riduzione e il contenimento della complessità sistemica.

Schmitt sembra insomma scorgere, nello snodo decisivo di questi anni, l'inconsistenza tanto descrittivo-genealogica quanto politico-ordinamentale di ogni tipo di decisionismo che non presupponga una ben più solida analisi morfogenetica delle plurime forme, assai più articolate e complesse, in cui all'interno del sociale emergono e si stabilizzano grumi di regolarità che orientano e al contempo dotano di senso l'agire dei singoli *prima di e indipendentemente da ogni intervento decidente*. Certo, la decisione resta dirimente, ma – ed è questa una novità assoluta, che ridisegna dalle fondamenta il decisionismo schmittiano – vincolata a operare nel senso di una *selezione*, non più di una creazione, delle pratiche sociali a fondamento dell'unità politica. Non sarà sfuggito che a questa inedita consapevolezza si accompagna una nuova semantica (energia, intensità, diffusione, ecc.), che rimanda da presso alla terminologia vitalistica che contraddistingue, per rimanere al coevo ambito giuridico, gli scritti istituzionalisti di Maurice Hauriou, del

¹³ Ivi, p. 305. Nella pagina successiva, si parla parimenti di "intensità" ed "energia politica". È stato al riguardo opportunamente osservato che lo Stato totale per intensità, come detto non più che sbizzato da Schmitt in questi scritti, è "il progetto di una forma estrema di governo, ma non ancora di una forma totalitaria" (S. Forti, *Il totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 12). Per un più complessivo inquadramento del tema, cfr. C. Galli, "Strategie della totalità. Stato autoritario, Stato totale, totalitarismo, nella Germania degli anni Trenta", *Filosofia Politica*, 7 (1997), 1, pp. 27-62.

¹⁴ Ivi, pp. 39-43.



resto richiamati espressamente da Schmitt nella dichiarazione programmatica citata all'inizio.

Un'ultima osservazione a riguardo della coincidenza, almeno temporale, tra l'indagine schmittiana concernente la categoria della totalità e il 'lungo addio' al decisionismo eccezionalista. Nei testi sopra richiamati appare chiaramente come il problema dell'unità politica, anzitutto nel suo carattere di ordinamento autonomo distinto da altre forme di regolazione, giunga ad articolarsi negli stessi termini in cui, pochi anni prima, i due padri dell'istituzionalismo giuridico continentale, Maurice Hauriou e Santi Romano, avevano impostato la questione, sempre più pressante, del rapporto tra la proliferazione, in apparenza inarrestabile, di modelli ordinamentali finanche mutuamente esclusivi e la necessità di una dirimente e ultimativa regolazione dei rapporti sociali. Basterà al riguardo la seguente citazione: “Lo Stato è adesso, come si dice, autorganizzazione della società, ma ci si chiede come la società che si autorganizza raggiunga l'unità e se l'unità sopravvenga veramente come risultato dell'“autorganizzazione””.¹⁵

4. Il dilemma di Romano, l'inquietudine di Hauriou

È esattamente in questi termini che si pone il problema dell'ordine nelle teorie – peraltro sufficientemente divergenti da risultare in ultimo irriducibili – di Hauriou e Romano. Una volta posta, con Romano, l'equivalenza tra giuridicità e autorganizzazione, si presenta quello che è stato convincentemente qualificato come un vero e proprio dilemma: “Once we have reached the conclusion that state law is an order among others, how then can we justify its pre-eminence?”.¹⁶ Quale che sia la possibilità di rinvenire

¹⁵ C. Schmitt, *Lo Stato totale*, cit., p. 251. Ed è assai significativo che al “pluralismo di vincoli morali e di obblighi di fedeltà” (ivi, p. 253), riferimento presente sin dalla prima versione de *Il concetto del politico* (1927) (in C. Schmitt, *Posizioni e concetti*, cit., pp. 105-17), si aggiunga ora anche un “pluralismo dei concetti di legalità” (C. Schmitt, *Lo Stato totale*, cit., p. 254).

¹⁶ M. Croce, “Is There Any Place for Legal Theory Today? The Distinctiveness of Law in the Age of Pluralism”, in U. de Vries, L. Francot (a cura di), *Law's Environment: Critical Legal Perspectives*, The



nell'istituzionalismo romaniano una qualche caratteristica distintiva dell'ordine giuridico statale, tale da permettere al giurista di non ridurre la primazia ordinamentale dello Stato, comunque necessaria, a una questione di mera e non ulteriormente giustificabile effettività, a risultare rilevante è qui anzitutto la riconduzione del problema dell'ordine a una simile alternativa, in ogni caso dominata da una tensione pluralistica di per sé bastevole a suscitare, pur nella sincera ammirazione verso il collega italiano, la malcelata diffidenza di Schmitt.

È dunque soprattutto alla teoria dell'istituzione di Hauriou che dobbiamo, con Schmitt, rivolgere lo sguardo. Ma anche qui, di nuovo, a partire anzitutto dalla *Fragestellung*, la cui apparente semplicità – in cosa si sostanzia la personalità giuridica? – nasconde una ben più problematica e finanche tormentata incertezza di fondo.¹⁷ Non è qui possibile richiamare neanche sommariamente i caratteri essenziali dell'istituzionalismo in oggetto, il quale peraltro si sviluppa, non senza tensioni interne, nell'arco di più di un trentennio (e ben al di là, e prima, del saggio eponimo del 1925, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*).¹⁸ Limitandoci all'essenziale, a far problema, come Schmitt non manca di rilevare, è un aspetto decisivo, che Hauriou sembra più perlustrare che dirimere: il carattere normativo dell'istituzione ha rilevanza giuridica o meno? Il che si potrebbe riformulare schmittianamente come segue: chi decide se l'istituzione possiede i caratteri della giuridicità (quali che essi siano)?

Hague, Eleven Publishers, 2011, p. 28. Sul rapporto tra Schmitt e Romano, cfr. A. Catania, *Carl Schmitt e Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1987; M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, cit., pp. 109-23; N. Irti, "Per una lettura critica di Santi Romano. Note introduttive", *Diritto pubblico*, 26 (2018), 1, pp. 15-22; S. Pietropaoli, "Ordinamento giuridico e *konkrete Ordnung* Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", *Jura Gentium*, 9 (2012), 2, pp. 49-63; G. P. Trifone, "Alfonso Catania interprete di Santi Romano", in F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 83-90. Si veda inoltre il numero monografico di *Ethics and Global Politics*, 11 (2018), 2.

¹⁷ Tutti gli scritti hauriouviani sulla questione della personalità sono riuniti in M. Hauriou, *La personalità giuridica*, Macerata, Quodlibet, 2022.

¹⁸ Cfr. J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013; A. Salvatore, "Al limite estremo. L'istituzionalismo giuridico di Maurice Hauriou", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50 (2021), pp. 151-79. Per un'esauriente bibliografia sull'istituzionalismo hauriouviano, cfr. M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 115-21.



Ci sembra di poter ravvisare al riguardo una sostanziale oscillazione da parte di Hauriou: si tratta di un ondeggiamento che connota, in forme ora più ora meno evidenti, l'intera riflessione del giurista francese, ed è questo a renderla tanto massimamente interessante quanto sommamente problematica. In alcune circostanze Hauriou sembra voler sostenere che una data istituzione può dirsi in possesso dei caratteri della giuridicità soltanto qualora essi siano espressamente riconosciuti dallo Stato (il carattere istituzionale del quale dunque si darebbe, problematicamente, per assunto *ex ante*). In altre occorrenze, invece, il discorso di Hauriou sembra andare nel senso di una soluzione prassista, in virtù della quale sono gli effetti ordinamentali, per come resi di fatto manifesti dall'efficacia regolativa di cui una data istituzione dà prova qui e ora, a qualificare *eo ipso*, e cioè in ultima istanza indipendentemente dal riconoscimento da parte dello Stato, una certa istituzione come giuridica. Di qui l'ambiguo atteggiamento di Hauriou nei riguardi dello Stato: visto, in forme solo apparentemente contraddittorie, quale suprema e rassicurante istanza di ordine e *al contempo* irresistibile e minaccioso meccanismo distruttivo della naturale pluralità dei contesti e delle forme interazionali interne al sociale.

A partire da questa inquietudine di fondo,¹⁹ si potrebbe risalire le ulteriori scissioni che, incrinata la superficie, marcano l'istituzionalismo vitalistico di Hauriou (anzitutto a riguardo dell'isomorfismo tra Stato e istituzioni, il quale determina ora la primazia ideale, e quasi idealistica, dello Stato come Forma di ogni istituzione, ora, per converso, la sua completa riducibilità alla medesima logica generativa del più minuto contesto istituzionale, dal quale dunque lo Stato si distingue per una differenza di grado normativamente trascurabile). Se non forniamo un più dettagliato resoconto dei patemi cui Hauriou va incontro allorché, temendo di scorgere l'affaccio sul nulla di un diritto che si perverte irrazionalmente in mero arbitrio potestativo, si rifugia in un platonismo di marca cattolica in grado, almeno nelle intenzioni, di assicurare la tenuta di un pluralismo ordinamentale anche in assenza di una sovraordinata istanza potestativa, è perché quanto qui interessa sottolineare è piuttosto l'adesione dello Schmitt dei primi anni Trenta a tale

¹⁹ Cfr. A. Salvatore, "Il diritto della vita. Sull'inquietudine di Hauriou", in M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, Macerata, Quodlibet, 2019, pp. 123-50.



orizzonte di senso quale cornice concettuale di fondo, entro cui sviluppa e iscrive il suo pensiero concreto dell'ordinamento.

5. Esclusioni eccellenti (e meno)

Prima di provare a individuare le ragioni profonde dell'adesione schmittiana all'istituzionalismo, non sarà inutile soffermarsi, oltre che sui modelli di riferimento (nella sostanza, almeno per la contemporaneità, i soli Hauriou e Romano), anche, per un momento, sugli approcci giuridici che sembrano poter vantare una qualche somiglianza di famiglia con l'istituzionalismo e, per altro verso, sulle proposte teoriche che si sono espressamente riconosciute, a torto o a ragione, parte integrante di esso. Si dovrà qui limitare l'analisi, per questioni di spazio, alle teorie prese espressamente in considerazione ne *I tre tipi di scienza giuridica*. Si tratta in particolare di due 'gran rifiuti' da parte di Schmitt: il primo, tale in quanto rivolto a uno dei massimi teorici del diritto europeo; l'altro, per il grado di prossimità che si sarebbe potuto a tutta prima ipotizzare tra l'istituzionalismo decisionistico di Schmitt e l'istituzionalismo organicistico del secondo teorico di cui si dirà qui di seguito. Sulla base (anche) di tali esclusioni, sarà possibile inquadrare con maggior precisione la proposta istituzionale di Schmitt, delineandola *iuxta propria principia* ed evitando così il rischio di proiettare su di essa la lunga, troppo lunga, ombra di un decisionismo eccezionalista ormai, a questa altezza, operativamente dismesso dal suo stesso, ora pentito, creatore.

La prima esclusione rimarchevole, e per certi versi a tutta prima sorprendente, è quella di Otto von Gierke. A giudizio di Schmitt, infatti, la sua *organische Staatslehre* non solo risulta del tutto inservibile al raggiungimento di un'autentica unità politica, ma finisce addirittura per sancire e insieme determinare quella definitiva frattura tra società civile e Stato che la scienza giuridica tedesca era riuscita fino a quel momento, se non a evitare, quantomeno a contenere. Non si ha dunque più a che fare, nel caso di Gierke, con una vera e propria dottrina dello Stato, ma con una "teoria generale dell'associazione", in cui l'afflato comunitaristico, che Schmitt non intende negare, risulta in ultima istanza recessivo rispetto a un'improvvida e compromettente "antitesi liberaldemocratica tra



consociazione [*Genossenschaft*] e fondazione [*Anstalt*”²⁰ Gierke appare dunque, nel quadro qui delineato da Schmitt, una sorta di incauto Hauriou: nel tentativo di approntare una teoria giuridica più comprensiva, atta a rifondare lo Stato a partire dal riconoscimento di forme giuridiche di associazione che ne potessero puntellare la compromessa tenuta ordinamentale, Gierke non si avvede del concretissimo rischio di una disastrosa e irrimediabile frammentazione dell’unità Stato, che difatti viene ora declinata quale semplice “fondazione suprema”.²¹ Scendere a patti con il diavolo dell’autorganizzazione, pare ammonire Schmitt tramite questa sorta di *exemplum*, è sempre opzione rischiosissima.

Non meno reciso il giudizio di Schmitt sulla prospettiva opposta, quella cioè di ogni tentativo in chiave istituzionalista che destini l’imprevedibile e irriducibile magmaticità del sociale a un ordine previo e già presuntamente *in re*: una simile cristallizzazione potrà anche salvare, in ipotesi, la tenuta ordinamentale dell’insieme, ma in ogni caso in forme a tal punto sclerotizzate da risultare concretamente inservibile. È questo a giudizio di Schmitt – un giudizio, per inciso, ampiamente condivisibile²² – il caso di Georges Renard, che ha l’evidente colpa, agli occhi dello stesso Schmitt, di far scadere la feconda impostazione hauriouviana in un impoverente neotomismo, con l’ulteriore aggravante, nell’ottica questa volta dello Schmitt apologeta del regime nazionalsocialista, di profilarsi quale teoria tutta interna al cattolicesimo romano.²³ Dal che segue, a integrazione della conclusione del capoverso precedente, che il patto con il diavolo di un ordine che si dà anzitutto al di fuori del perimetro potestativo dello Stato risulta tanto rischioso quanto inevitabile.

I due speculari approcci qui indagati e rifiutati da Schmitt – il comunitarismo erosivo di Gierke e il giusnaturalismo atrofizzante di Renard – ci consentono di fissare gli estremi di un campo di tensione all’interno del quale si colloca la soluzione

²⁰ C. Schmitt, *I tre tipi*, cit., p. 51 (trad. mod.).

²¹ *Ibid.* (trad. mod.)

²² Per un inquadramento dello sviluppo in senso organicistico dell’originaria teoria dell’istituzione di Hauriou, cfr. A. Broderick (a cura di), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1970.

²³ C. Schmitt, *I tre tipi*, cit., pp. 61-2.



ordinamentale che egli avanza con sempre più consapevolezza a partire dai primi anni Trenta. Per riprendere la semantica in certo senso vitalistica cautamente introdotta da Schmitt, l'ordine concreto assume infine i contorni di un *ordine concretato*, profilandosi come l'esito di un processo di condensazione di parti discrete, sufficientemente stabili, all'interno di quel campo di forze vettoriali, con effetti potenzialmente ordinativi, con il quale finisce per identificarsi la società in ottica istituzionalista. In tale prospettiva, Gierke e Renard sono figura, rispettivamente, di una dispersione di energia tale da non consentire di dar vita a un corpo organico e di un esaurimento di energia determinato dall'impossibilità di attingere alle fonti di riproduzione sociale della stessa. La messa in forma dell'energia sociale necessita, di contro, di un flusso tanto continuo quanto controllato: è nell'apertura di questa dimensione, mai definitivamente stabile e dunque sempre da stabilizzare di nuovo e ancora, che Schmitt vede l'esito più alto e problematico dell'intero percorso teorico hauriouviano, ed è in essa che decide infine di accedere.

6. Conservare energia

Si è fin qui tentato di ricondurre le origini, dal punto di vista temporale, dell'interesse schmittiano per l'istituzionalismo giuridico nel suo complesso alla fine degli anni Venti, e in particolare a *Dottrina della Costituzione* come punto di rottura anzitutto dell'equilibrio, al fondo fragilissimo, tra potere costituente e ordine costituito. Si è detto, e lo si ripete, che il cortocircuito ordinamentale che l'autofondazione di un soggetto sovrano rivela (più che innescare) è un momento di crisi non già del testo del 1928 in quanto tale, bensì quale precipitato ultimo di una graduale tendenza, da parte di un sempre più consapevole Schmitt, a problematizzare non soltanto l'atto e il momento generativo di ordine, ma anzitutto la materia e le precondizioni sociali dello stesso. La domanda che nell'economia dell'eccezionalismo demiurgico di *Teologia politica* poteva ancora considerarsi esterna all'analisi (quale l'origine e la struttura di quell'ordine già in essere, solo alla luce della cui indiscussa e radicata vigenza il disordine che il sovrano è chiamato a riassorbire può qualificarsi nei termini giuridici di uno stato di eccezione?) si rivela ora, di contro, condizione di possibilità per l'efficacia di ogni atto ordinamentale.



Come visto, nella genealogia *en raccourci* della sua conversione istituzionalista, Schmitt distingue tra l'affinamento della teoria delle garanzie istituzionali e l'approfondimento del pensiero di Hauriou. Qui importa meno ipotizzare un qualche eventuale rapporto causale tra le due fonti (la teoria dell'istituzione hauriouviana – il cui testo tematicamente più noto viene pubblicato, lo ricordiamo, nel 1925 – è l'approdo più naturale, data la prima fonte, o è al contrario l'istituzionalismo ad aver suggerito a Schmitt la soluzione costituzionale da essa inverteata?) di quanto preme avanzare la tesi secondo cui l'adesione schmittiana all'istituzionalismo in generale e alla prospettiva hauriouviana in particolare ha una sua solidissima ragion d'essere nel comune intento di fondo di conservare e riprodurre quell'energia creativa che entrambe le prospettive riconoscono come: 1) costitutivamente interna al sociale; 2) non riproducibile per opera del politico; 3) necessaria per l'effettività di qualsivoglia ordine giuridico.

Se così, il riconoscimento schmittiano dell'importanza della riflessione hauriouviana non è tanto da ricondurre a singole tematiche o determinate soluzioni giuridiche, che pure rilevano e hanno avuto senz'altro il loro ragguardevole peso nell'orientare la scelta di Schmitt (in quest'ottica si pensi, per richiamare l'approdo generale più che le singole tappe, al cripto-statalismo di fondo che Hauriou non pare mai (volere o sapere) dismettere),²⁴ quanto piuttosto a una ben più comprensiva impostazione di base, sostantiva e metodologica al contempo.²⁵ L'istituzionalismo giuridico, massimamente nella peculiare variante vitalistica formulata da Hauriou, offre dunque a Schmitt la possibilità di inscrivere il problema dell'ordine all'interno di un processo generativo che, riuscendo a contemperare le esigenze ordinamentali con l'irriducibilità della tensione creatrice interna al sociale, salva il decisionismo dalle secche eccezionaliste. (A tal riguardo restiamo in questo senso convinti, nonostante il sempre

²⁴ Cfr. T. von Büren, "Carl Schmitt, lecteur de Hauriou", in C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (a cura di), *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s)?*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 181-193; O. Jouanjuan, *Sur une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou: Carl Schmitt et la théorie de l'institution*, ivi, pp. 195-212; M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, cit., pp. 94-108.

²⁵ Per un'illuminante ricostruzione della logica istituzionalista nei termini di un processo di conservazione di energia, cfr. S. Chignola, *Diritto vivente. Ravaisson, Tarde, Hauriou*, Macerata, Quodlibet, 2020.



godibile fascino di certi scavi negli abissi, che ogni eccezione presupponga testardamente un ordine, solo alla luce del quale la prima assume senso, e che la costituzione di detto ordine necessiti di una spiegazione (1) che prescindenda da ogni evento sospensivo dello stesso (2)).

Ecco dunque che origini e ragioni dell'interesse schmittiano per l'istituzionalismo non solo precedono di più di qualche anno la certificazione del 1934 (e dunque sia il crollo della Repubblica di Weimar sia l'avvento del nazismo), ma finiscono per coincidere in senso ben più pregnante di quanto una simile concomitanza temporale riveli. Tale interesse appare infatti dettato, o quantomeno orientato, dalla presa di coscienza – lenta, ma irreversibile, ancorché non priva di esitazioni e battute d'arresto – da parte di Schmitt, a partire al più tardi dal 1928, della impotenza morfogenetica del decisionismo eccezionalista esaltato nei primi anni Venti come il misterico accesso alla creazione di un ordine che originerebbe da un nulla normativo. La Costituzione in senso assoluto, che nel 1928 veniva nella sua accezione più operativa definita come “il principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità con una forza ed un'energia che sta alla base o che agisce dalle fondamenta”,²⁶ ha infine trovato il suo alveo.

7. In interiore homine

Vi è tuttavia un ulteriore ordine di ragioni che spiega, se non di per sé la risoluzione schmittiana alla ‘conversione’, quantomeno il grado di appetibilità che il paradigma istituzionalista, e di nuovo in particolare l'approccio hauriouviano, presenta agli occhi di Schmitt: la possibilità di ricomprendere nell'analisi giuridica (e in connessione alla facoltà di intervento cui essa apre) il processo di formazione dei convincimenti individuali circa i significati sociali rilevanti per la regolazione dei rapporti sociali. Non fossimo consapevoli di far torto a entrambi (Schmitt del resto non appare

²⁶ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 18.



mai troppo generoso con i sociologi che non intendono confinare al piano descrittivo le regolarità che esplicitano), si potrebbe qui parlare di una ricompressione schmittiana del principio di visione e divisione teorizzato da Pierre Bourdieu.²⁷

È in ogni caso un fatto che l'indagine schmittiana sul rapporto, che egli ravvisa come problematico quanto inaggrabile, tra foro interno e foro esterno, per richiamare la dizione classica, è una costante, ancorché non sempre messa a tema, della riflessione del giurista tedesco, già a partire dalla sua prima opera, *Über Schuld und Schuldarten*. In questo saggio giuspenalistico del 1912, il rifiuto di un diritto che abbia a dichiararsi disinteressato a ogni inclinazione e convincimento individuale che non acceda alla sfera della condotta esterna (e a partire da essa eventualmente inducibile) è netto. Ancor più significativa, per quanto qui rileva, la tesi avanzata da Schmitt al tempo, in base alla quale la materia e per così dire il tramite tra interiorità del soggetto e realtà esterna sarebbero da ravvisarsi nella comune tensione a porre fini orientativi per l'azione, la cui esistenza e rilevanza si danno a vedere sì soprattutto nel caso di un contrasto effettivo tra fini individuali e fini dell'ordinamento (di qui il profilo di colpevolezza del reo), ma che non possono non essere presupposte quali condizioni per ogni agire sociale regolato.

Ora, è evidente che un approccio, qual è l'istituzionalismo, che presuppone una sostanziale omologia tra regolarità sociali e regolazione giuridica (ovunque si intenda eventualmente ravvisare il criterio distintivo tra le due) non può non riconoscere l'assoluta rilevanza giuridica dei convincimenti dei singoli e dei motivi alla base del loro agire. È di nuovo Hauriou, tuttavia, a risultare qui particolarmente interessante, data la riflessione sul nesso tra "psicologia corporativa" e "psicologia individuale"²⁸, messo a tema nei termini indicati in *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, ma che percorre come un filo rosso l'intera sua riflessione. L'"incorporazione" dell'idea indica tanto la sua realizzazione in un complesso ordinamentale che la renda effettiva (e che al contempo essa organizza) quanto il processo tramite il quale gli individui orientano il loro agire

²⁷ In realtà, si è tentato: cfr. M. Croce, A. Salvatore, "Normality as Social Semantics: Schmitt, Bourdieu and the Politics of the Normal", *European Journal of Social Theory*, 20 (2017), 2, pp. 275-91.

²⁸ M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 41.



sulla base degli obiettivi pratici cui essa tende e dei significati sociali che tali obiettivi presuppongono e insieme riproducono.

Del resto, le clausole generali – il vero architrave giuridico dell’istituzionalismo schmittiano – altro non sono che fattispecie giuridicamente indefinibili nel loro contenuto, il cui vincolo normativo sconta una riserva prassista solo contestualmente riscattabile, che presuppongono proprio il medesimo tipo di osmosi insieme epistemica e normativa che Hauriou ascrive al fenomeno dell’incorporazione. Una determinata idea di cosa (e dunque chi) sia un buon padre di famiglia, ad esempio, deve passare nelle menti dei singoli al fine di orientarne la condotta e, per converso, quest’ultima, quale medietà diffusa, diviene criterio di individuazione per quella condizione di normalità che trasmuta da ultimo in concezione ideale. Se si pone mente alla distinzione tra “fede interiore” e “confessione esteriore”, nella quale pochi anni dopo Schmitt riterrà di poter individuare il “germe mortifero” del Leviatano hobbesiano,²⁹ risulta evidente la rilevanza ai suoi occhi di una impostazione, quale l’istituzionalismo hauriouiano, per la quale “la società è un’opera psicologica”, in cui “si dà uno scambio reciproco di azione e reazione tra la mente umana e certe idee oggettive, base dell’istituzione”.³⁰

8. Fonti e forme di propagazione

Concludiamo con un altro brano, meno citato ma non meno importante, della già richiamata Premessa alla seconda edizione di *Teologia politica*. Si tratta del passaggio in cui Schmitt riconosce che “il decisionista si trova sempre in pericolo di fallire, con la puntualizzazione del momento, l’essenza implicita in tutti i grandi movimenti politici”.³¹ Al netto di un’enfasi cui l’accademico appena chiamato a Berlino non poteva (né forse voleva) sottrarsi e che disloca la grandiosità dall’atto decidente per recuperarla in un non meno improbabile *Ereignis* politico, il senso del discorso è chiaro (e cogente): l’ordine

²⁹ Cfr. C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in Id., *Sul Leviatano*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 89-94.

³⁰ M. Hauriou, *La teoria dell’istituzione e della fondazione*, cit. p. 41.

³¹ C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 30.



giuridico non è mai l'esito epocale di un atto decidente originario, ma l'effetto sempre contingente di un incessante processo di definizione e ridefinizione di prassi interazionali di fatto già in essere e debitamente selezionate tramite una decisione che opera in questo caso da filtro. Si tratta, di nuovo, di una prestazione teorica impensabile, se non presupponendo un sostrato interazionale di matrice istituzionalista.

Ma la puntualizzazione dell'attimo merita di essere ulteriormente interrogata alla luce di quanto sopra accennato a riguardo della riflessione schmittiana sul concetto di totalità. Lo Stato diviene totale, si è detto, laddove non residui più alcun ambito neutro e dunque ogni istanza possa farsi immediatamente politica. Un simile scenario, terrificante agli occhi di Schmitt, coincide con l'avvento e il predominio della tecnica, al punto che il massimo di impersonalità implica, per un paradosso solo apparente, il massimo di politicità. Lo Stato totale diviene così, nella prospettiva schmittiana, l'esito necessitato e l'estremo baluardo contro la completa spoliticizzazione dell'esistente a opera di una logica "culturalmente cieca".³² L'inadeguatezza del decisionismo si fa qui finanche processuale: l'istante, la puntualità, il *kairos*, mostra tutta la sua inanità nei riguardi di una logica spersonalizzante che procede per progressivo accumulo, che valica, compenetrandolo e infine facendolo saltare, il confine decisionistico tra ciò che è dentro e ciò che è fuori.

L'ottica istituzionalista appare in altre parole necessaria anche per configurare un'alternativa alla tecnica che si riveli all'altezza del mutamento di prospettiva che quest'ultima ha determinato in relazione al politico. La radicalità della sfida che l'agire tecnico pone a ogni tentativo di dar vita a un ordine significante è da vedersi anzitutto nella straordinaria capacità regolativa di cui esso dà prova: una capacità che lo eleva, almeno in rapporto alla prassi, a fattore e criterio di ordine. Si potrebbe porre la questione, per ricorrere a baloccamenti linguistici che si incontrano con una certa frequenza in

³² C. Schmitt, *Il concetto di "politico"*, in C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 30. Per un inquadramento della riflessione schmittiana sulla tecnica, cfr. M. Marder, *Groundless Existence: The Political Ontology of Carl Schmitt*, New York, Continuum, 2010; J.P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.



letteratura, nei termini di una opposizione tra due tendenze di fondo: l'impersonalità della regolazione (la *ratio* della tecnica) e la regolazione dell'impersonalità (l'obiettivo politico, che parrebbe a quest'altezza più katechontico che proattivo). Quello che tuttavia rileva è che lo scontro tra tecnica e diritto è uno scontro tra due forme di regolazione dei rapporti sociali, vale a dire tra due modi di ordinare il reale: è tale perfetta omologia a rendere l'alternativa radicale e realmente ultimativa. Si tratta, almeno dal punto di vista effettuale, di due logiche regolative di pari rilevanza ed estensione, nonché in evitabile concorrenza; o, per dirla in ottica istituzionalista, di due forme di propagazione dell'energia sociale del tutto alternative per modalità di intervento e finalità operative.

In questo scontro che non infrequentemente assume nei tardi scritti schmittiani toni apocalittici, la riconduzione, di marca istituzionalista, delle condotte sociali e dei contesti interazionali della vita di tutti i giorni nell'ambito della considerazione giuridica viene presentata come l'unica possibilità a disposizione del giurista per contendere alla devitalizzante anomia della tecnica il monopolio degli scambi (che da simbolico-comunitari rischiano di farsi puramente sistemico-logistici) e così tentare di preservare la carica identitaria di un pluriverso politico che rischia, se non di scomparire, certo di perdere gran parte del suo potenziale tanto significativo quanto ordinamentale. Sfumato anche il disperato tentativo ricompositivo di una *Großraumordnung* post-statalista, lo Schmitt più lucidamente disperato affiderà le sue pur flebili speranze alla sapienza giurisprudenziale di un ceto dei giuristi chiamato a invertire le sorti, tramite un'opera di certosina risignificazione identitaria dei contesti regolativi, di una funzione ordinamentale ridotta ormai, a seguito di una perversa quanto complice subalternità e anzi di un docile e fatalistico asservimento alle forme di regolazione propagate dalla tecnica, a mera gestione di flussi connettivi. La missione è più proibitiva che ardua, certo, ma quelle poche chance di successo che sembrano comunque residuare – siamo nei primi anni del



secondo dopoguerra³³ – Schmitt le deve, e ne è perfettamente consapevole,³⁴ alla mai rinnegata (né ritirata) adesione all'istituzionalismo di venti anni addietro.

Andrea Salvatore
Sapienza Università di Roma
andrea.salvatore@uniroma1.it

³³ Il testo più significativo è in tal senso C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, Macerata, Quodlibet, 2020.

³⁴ Si considerino in questo senso le note di commento e inquadramento aggiunte da Schmitt ai testi raccolti in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit.