

Hanno collaborato a questo numero:

Dr. Roberto Bizzocchi,
Classe di Lettere e Filosofia, Scuola Normale Superiore di
Pisa.

Prof. Franco Cassano,
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bari.

Dr. Marina Cattaruzza,
Facoltà di Lettere e Filosofia, Università di Trieste.

Prof. Dr. Erik Jayme,
Institut f. ausl. und intern. Privatrecht, Universität
Heidelberg.

Prof. Sylvain Lazarus,
Département d'Anthropologie et de Sociologie du
Politique, Paris VIII.

Prof. Aldo Mazzacane,
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Napoli.

Dr. Mauro Moretti,
Classe di Lettere e Filosofia, Scuola Normale Superiore di
Pisa.

Dr. Ilaria Porciani,
Facoltà di Lettere, Università di Siena.

Prof. Dr. Ilse Staff,
FB Rechtswissenschaft, Universität Frankfurt.

Prof. Dr. Michael Stolleis,
FB Rechtswissenschaft, Universität Frankfurt.

DIRETTORE RESPONSABILE: Giovanni Faustini

La Redazione fa capo al prof. Pierangelo Schiera presso il DIPARTIMENTO DI TEORIA,
STORIA E RICERCA SOCIALE — UNIVERSITÀ DI TRENTO, via Verdi, 26 - 38100 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Bologna n. 5658 del 21 novembre 1988.

Composizione e stampa a cura di La. Ser. snc - via Bondi, 61/4h - 40138 Bologna.

La Rivista è pubblicata con un contributo C.N.R.

Sul concetto e la funzione del diritto costituzionale materiale in Italia e in Germania

Ilse Staff

Nel 1940 comparve in Italia *La costituzione in senso materiale*, di Costantino Mortati. In essa, l'autore riprendeva un'idea già esposta nel 1931, nel suo *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, secondo la quale, nel XX secolo, una politica unificatrice di tutte le forze sociali andava strutturata diversamente da come l'aveva concepita il liberalismo politico del XIX secolo. I modelli teorici dello Stato liberale, proposti da Vittorio Emanuele Orlando o da Oreste Ranelletti, apparivano ormai superati, a seguito non solo dei mutamenti fondamentali cui erano andate incontro le istituzioni pubbliche nello Stato fascista (nonostante il mantenimento formale dello Statuto Albertino), ma anche delle trasformazioni socio-economiche, inerenti le condizioni sociali, che ormai si manifestavano con chiarezza crescente anche nell'Italia degli anni Venti e Trenta. Mortati, nel 1931, sottolineava la necessità di una riformulazione dogmatica, la quale, a suo giudizio, doveva concernere la creazione di un centro d'iniziativa e direzione politica all'interno dello Stato: un centro, ad occupare il quale avrebbe dovuto essere il partito politico capace di proporsi come guida e come fautore dell'unificazione politica¹. Parlando dei collegamenti fra il pensiero giuridico italiano e tedesco, è istruttivo osservare come Mortati, nella sua opera del 1940, sviluppi questa opzione teorica e si richiami espressamente a studi quali *Legalità e legittimità* (1932) e *Il concetto di 'politico'* (1927/1932) di Carl Schmitt². Mortati infatti sostiene che la crisi dello Stato liberale abbia avuto inizio col rafforzamento di movimenti antiborghesi, in grado di portare una prima

¹ Cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma 1931, p. 186.

² Per questi due saggi, cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, risp. le pp. 211-244 e 89-208.

minaccia all'unità del potere statale. La presenza, nello stesso sistema, di diverse forze politiche, tutte impegnate ad elevare uguali pretese di affermazione, avrebbe poi dato luogo a una situazione corrispondente a quella descritta da Schmitt ne *Il concetto di 'politico'*, e cioè contraddistinta da una reciproca compenetrazione di società e Stato. Secondo Mortati, i gruppi sociali antagonisti, finché esistono isolatamente, nella loro pluralità, e si contendono la direzione politica, non sono idonei a costituire un ordinamento normativo statale. Quel che occorre è piuttosto un «centro di unificazione della vita della comunità», mediante il quale il «sostrato sociale» possa essere organizzato politicamente e la costituzione statale prenda corpo³. E mentre Schmitt parla di un partito dell'unità, come «elemento politico-dinamico» per la realizzazione delle finalità statali⁴, Mortati, a sua volta, dà la precedenza al significato e alla funzione di un partito dell'unità, il quale, quanto agli obiettivi, si differenzia da altri raggruppamenti politici, e, «trionfando su gruppi antagonisti», riesca a ricomporre l'unità politica e a determinare il contenuto della costituzione⁵. Rifacendosi poi alla dottrina delle istituzioni di Maurice Hauriou, Georges Renard e Santi Romano, nonché all'esempio pratico delle forme giuslavoristiche di organizzazione previste dalla Carta del Lavoro, egli sottolinea, a proposito della funzione di una costituzione in senso materiale, il potere, fondatore di istituzioni, della forza politica dominante nello Stato (ossia del partito fascista), il quale, a suo avviso, è un elemento della costituzione materiale, pur non essendo normativo in senso stretto⁶. Mortati, infatti, non ha in mente la sola attuazione di obiettivi politici, entro i margini d'interpretazione consentiti dalla costituzione e dalle leggi. Piuttosto, egli fa riferimento alla forza normativa delle istituzioni sociali, che non si dà solo in ragione della loro effettiva esistenza, ma deve risiedere, da un lato, nella loro

³ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pp. 76-77.

⁴ Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg 1933, pp. 12-13.

⁵ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 76 e 86 ss. Sulla funzione del partito fascista nella prospettiva di Mortati, cfr. dello stesso, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 1941, p. 96 ss., e anche *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e diritto», II (1941), pp. 279-296.

⁶ «...guardato dal punto di vista della stretta legalità, sfuggono ad esso», cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 171.

funzione integrativa, in vista dell'attuazione della costituzione, e dall'altro nel legame normativo che intercorre fra costituzione e «ordinamenti» realmente esistenti⁷. Con queste affermazioni, Mortati sviluppa la stessa riflessione che già nel 1938 Biscaretti di Ruffia aveva svolto, osservando come Carl Schmitt attribuisse al partito nazionalsocialista una funzione trainante e autonoma, accanto a quella dell'«apparato statale». La prossimità, evidenziata da Schmitt, fra l'organizzazione del partito e quella dello Stato nel sistema giuridico nazionalsocialista, era stata indicata da Biscaretti di Ruffia quale esemplificazione pratica della dottrina delle istituzioni di Santi Romano⁸: allo stesso modo, come esempio di un'applicazione della teoria di Romano, può essere valutata la messa in rilievo, da parte di Mortati, dell'autonomo carattere di ordinamento (giuridico) del partito fascista. Sabino Cassese avverte che il concetto romaniano di ordinamento (elaborato nel 1917!) non può essere estrapolato dal proprio contesto storico⁹: ma è il suo contributo a porre più propriamente in evidenza l'effetto altalenante, fra pluralismo istituzionale e unità dello Stato, che la dottrina delle istituzioni di Romano venne svolgendo in epoca fascista¹⁰. Dunque, non c'è da meravigliarsi se Mortati, nel 1940, sottolinei il carattere di ordinamento istituzionale del partito fascista. Esso infatti possiede quegli stessi elementi che Santi Romano aveva indicato come costitutivi dei propri concetti giuridici, rappresentando un'unità concreta, essendogli immanente «l'idea di ordinamento sociale» e disponendo di organizzazione e struttura. Sotto questo profilo si può allora parlare non di parallelismo, ma di una chiara affinità ideale fra le opzioni teoriche di Costantino Mortati e di Carl Schmitt. Quest'ultimo, a proposito della funzione del partito nazionalsocialista, aveva affermato, nel 1934, che: «Il partito

⁷ *Ibidem*, pp. 172-181. Cfr. anche C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in dello stesso, *Raccolta di scritti*, Milano 1972, v. III, pp. 997-1020 (in part. p. 999 ss.), con riferimento a *Legalität e legitimität* di Carl Schmitt.

⁸ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero Germanico nei primi cinque anni di regime nazionalsocialista*, in «Archivio di diritto pubblico», III (1938), pp. 111-160 (in part. pp. 157-158), con riferimento a C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico* (1934), ora in dello stesso, *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 247-275.

⁹ Cfr. C. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'l'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I (1972), pp. 243-283 (in part. pp. 252-253).

¹⁰ *Ibidem*, p. 280, nota 85.

politico guida, come organizzazione del 'movimento', è di supporto sia all'apparato statale, sia all'ordinamento sociale ed economico, sia all'unità politica nel suo complesso¹¹. Mortati, per parte propria, assegna al partito fascista la funzione politica centrale dell'unificazione, pur continuando, contrariamente alla visione schmittiana, a subordinarla stabilmente allo Stato, dal punto di vista sia funzionale che organizzativo¹².

Il fatto che Mortati evidenzi l'importanza politica di un partito dell'unità in epoca fascista non vale certamente ad esaurire il dibattito sulla sua dottrina dello Stato, ma ne sottolinea un elemento, e cioè l'accentuazione dell'importanza di una forza, in grado di imporsi, in vista della realizzazione di finalità statali riconosciute come necessarie. Certo, ci vorranno altre indagini per stabilire in che misura, nella dottrina dello Stato italiana e tedesca, esistano elementi di comparazione ad ampio spettro, mediante i quali il liberalismo politico sia stato superato e sia stato assegnato uno spazio sistematicamente e metodologicamente adeguato all'attuazione di obiettivi economici e di politica sociale. Colpisce, infatti, innanzitutto, la distanza che Mortati mantiene rispetto alla considerazione schmittiana del diritto costituzionale materiale e formale. Se da un lato egli riconosce a Schmitt di aver saputo cogliere l'importanza del «politico» per lo Stato del XX secolo, dall'altro ne valuta, nel complesso, negativamente i tentativi di soluzione. Mentre Schmitt, nella sua *Dottrina della costituzione*, sostiene che: «Prima di ogni normazione c'è una *decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente*...»¹³, e che: «Ogni unità politica esistente ha il suo valore ed il suo 'diritto all'esistenza' non nella giustizia o utilizzabilità delle norme, ma nella sua stessa esistenza. Ciò che esiste come entità politica, è — giuridicamente considerato — meritevole di esistere»¹⁴, Mortati, criticandolo, gli obietta che a tale concetto di «costituzione assoluta» manca la necessaria determinatezza. Il fatto che Schmitt parta dalla comunità popolare, quale fondamento dello Stato, e le attribuisca una funzione attiva nella creazione della «costituzione assoluta», sta ad indicare come egli assuma, quale base della costituzione, una unità del tutto

indifferenziata. Il popolo, invece, secondo Mortati, perviene alla propria unità giuridico-concreta solo attraverso la creazione dello Stato, senza la quale il «popolo come comunità» rimane privo di specificità concettuale. La stessa indeterminatezza inficia anche il decisionismo schmittiano, che, per giunta, è inutilizzabile sotto il profilo normativo. Da un lato, Schmitt parte da una decisione politica primaria e «assoluta», che dovrebbe legittimare ogni successivo mutamento delle norme costituzionali, dall'altro egli attribuisce un'autentica valenza politica alla sola decisione concreta, che non emanerebbe dal popolo ma da determinati titolari del potere. Inoltre, questa decisione concreta e vigente, che secondo Schmitt darebbe origine ad un determinato ordinamento statale, non potrebbe avere un mero carattere esistenziale, ma dovrebbe possedere una normatività costante, dal momento che, per suo tramite, verrebbe ad essere garantita, per il futuro, una stabile costituzione statale. All'«idea di ordinamento concreto» di Schmitt sarebbe dunque sotteso il tentativo di pervenire ad una sintesi fra decisione e norma: ma egli non si dimostra capace di precisare il carattere materiale della costituzione, e per di più non specifica a sufficienza le differenze fra la costituzione «in senso assoluto», la legge costituzionale e le altre leggi. Questo fa sì che il piano della realtà (Mortati utilizza qui l'espressione tedesca *seinsmässig*) e quello normativo non si fondano in un'unità superiore ma permangano separati¹⁵. Nel complesso, Mortati delimita strettamente la propria teoria costituzionale da quella di Carl Schmitt, ponendo espressamente l'accento sulle differenze che separano il livello fattuale da quello normativo, come pure sulla prevalenza dei principi normativi, quale garanzia di uno stabile ordinamento statale¹⁶. Nel secondo capitolo della sua *Costituzione in senso materiale*, relativo a *Contenuto e natura della costituzione materiale*, egli ribadisce la propria critica al concetto schmittiano di «comunità popolare», quale pilastro della costituzione, sostenendo che non il popolo, come unità politica di fatto esistente — e dunque dotata di un concreto e spontaneo

¹¹ Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., p. 14.

¹² Cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento giuridico*, cit. p. 186.

¹³ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1984, p. 41.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 55-58. Sull'idea schmittiana di «ordinamento concreto», cfr. anche dello stesso, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II (1973), pp. 511-532 (in part. pp. 512-513).

¹⁶ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 90-91, 96-97, 181-182 e 197.

*modo di esistere*¹⁷ —, ma la trasformazione del sostrato sociale di un popolo nell'unità normativa dello Stato, è il momento decisivo per la nascita di una costituzione. Per quanto riguarda il problema della «fonte giuridica primigenia», Mortati giunge poi ad affermare, generalizzando, che, in termini di rapporto fra costituzione materiale e formale, non si debba partire da una qualsiasi finalità astratta, ma occorra semmai determinare il modo in cui un gruppo esistente nella realtà sociale giunga ad affermarsi come unità giuridica, col concorso attivo di tutti e tramite un'azione consapevole, che punti al perseguimento di un obiettivo comunemente riconosciuto necessario. Egli, in verità, sottolinea come una relativa omogeneità sociale possa facilitare la formazione dell'unità statale e come una certa «normalità» (*Normalität*) di comportamento, da parte dei cittadini, sia il presupposto della nascita di un ordinamento normativo, ma afferma pure espressamente il principio secondo cui un potere esistente nella società può trasformarsi in unità costante solo per mezzo di un ordinamento normativo. Dalla «sfera del metagiuridico», comprendente tutte le relazioni sociali esistenti in una comunità, deve prender corpo, mediante una «consapevole volontà di ordine», un ordinamento normativo di costanza e regolatività, capace di garantire la certezza e la sicurezza del diritto¹⁸.

In base a queste affermazioni di Mortati, circa il concorso di tutte le forze sociali alla creazione dell'unità statale e circa la necessità, per una costituzione, di essere determinata giuridicamente, c'è da dubitare della tesi di chi¹⁹ ritiene che attraverso un'opera come *La costituzione in senso materiale*, la dottrina schmittiana dello Stato avrebbe avuto un'effettiva ripercussione sul sistema giuridico italiano. Nel panorama degli studi giuspubblicistici italiani, l'opera di Mortati è stata senz'altro fondamentale per l'elaborazione di un concetto di costituzione materiale, i cui elementi essenziali, nel moderno Stato democratico italiano, hanno poi dato prova, quantomeno, di solidità e durevolezza. Ma la critica di Mortati al concetto schmittiano di costituzione assoluta, come anche le

¹⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 16.

¹⁸ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 65 (la nota 1), 67-69, 76-77, 89-90, 96-97.

¹⁹ Cfr., ad es. C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX/1 (1979), p. 81 ss. (in part. p. 105, nota 85).

profonde differenze fra il suo concetto di costituzione materiale e quello di Schmitt, sono chiare e vanno opportunamente rilevate. Giannini ritiene antagonistiche le posizioni di Mortati e Mario Nigro giudica persino errata la tesi del parallelismo fra i concetti schmittiano e mortatiano di costituzione, dato che Schmitt, diversamente da Mortati, non ha chiarito a sufficienza il rapporto fra il sostrato sociale di un popolo e il suo ordinamento giuridico²⁰. Secondo Caracciolo, la differenza essenziale fra i due autori sta nel fatto che Mortati, al contrario di Schmitt, era animato da profondi ideali democratici e riteneva i partiti politici forze progressiste per l'affermazione della «libertà e dignità umana»²¹. Infine, va notato come persino nelle ultime pubblicazioni Schmitt abbia decisamente mantenuto le proprie riserve nei riguardi di una statualità secolare, ove tutti i gruppi sociali pretendano di far valere un diritto, conforme alla costituzione, per l'affermazione dei loro interessi²². Mortati, invece, anche come membro dell'Assemblea Costituente, ammise sempre, in via di principio, la pluralità degli interessi sociali, la partecipazione attiva e cosciente di tutti i cittadini alla formazione della volontà politica, una tutela almeno sufficiente delle minoranze, la necessità di un «solido equilibrio sociale» e la funzione politica degli organi dello Stato in quanto produttrice di realtà sociale²³. Questi principi, a tutt'oggi, mantengono in Italia il loro significato, per quanto le singole opinioni degli studiosi possano divergere principalmente su questioni di metodo.

Per un costituzionalista tedesco-federale è curioso osservare come, similmente a molti altri modi problematici, anche quello inerente il rapporto fra diritto costituzionale

²⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano 1977, v. I, pp. 139-165 (in part. p. 164); M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XV (1986), pp. 691-719 (in part. pp. 715-716).

²¹ Cfr. A. CARACCILO, *Presentazione a C. SCHMITT, Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981, pp. V-XXXI (in part. pp. XXVIII-XXIX).

²² Cfr. solo C. SCHMITT, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlin 1970. Sulla continuità della dottrina schmittiana dello Stato, cfr. anche I. MAUS, *Bürgerliche Rechtslehre und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Theorie Carl Schmitts* (1976), München 1980².

²³ Cfr. V.AC., *Atti della commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente*, a cura del Ministero per la Costituzione, Roma s.d., pp. 184-185.

materiale e formale venga discusso, in Italia, con riferimento alle eventuali influenze di Carl Schmitt, mentre le opere di altri giuspubblicisti tedeschi, di ispirazione democratica o meno, dell'epoca weimariana o di quella nazista, vengano generalmente trattate nel limitato contesto inerente il crollo della Repubblica di Weimar. La prima circostanza si può spiegare col fatto che, in Italia come in Francia, Carl Schmitt esercita, in parte, una sorta di ambigua seduzione (per molteplici ragioni, che ho avuto cura di sondare in una sede diversa dalla presente). La seconda circostanza sembra dipendere dalla propensione degli studiosi italiani a scorgere parallelismi fra la situazione politica della Germania di Weimar e il comportamento delle forze politiche nell'Italia di oggi. Ugualmente strano è poi il fatto che Mortati, elaborando la propria teoria del legame necessario fra diritto costituzionale formale e materiale, e soprattutto in relazione alla forma di tale legame, si sia richiamato espressamente a uno dei (pochi!) costituzionalisti democratici dell'età weimariana, senza che ciò abbia indotto qualcuno ad indagare più a fondo l'affinità d'idee fra Mortati e questo giurista tedesco, che risponde al nome di Hermann Heller. Mortati lo nomina più volte ne *La costituzione in senso materiale* e sempre in maniera positiva e consenziente. Lo chiama in causa per dimostrare che la solidità di una costituzione può essere garantita solo se quest'ultima è dotata di regolatività costante e normativa²⁴; gli si riferisce espressamente, allorché sottolinea la necessità del diritto costituzionale scritto per la struttura organizzativa di uno Stato²⁵, e citando da una sua opera definisce i presupposti sociali della creazione di un ordinamento normativo²⁶. Proprio in relazione a quest'ultimo punto, di importanza centrale per il rapporto fra diritto costituzionale materiale e formale, l'accordo fra Mortati e Heller è addirittura strabiliante. Per entrambi, una volontà sociale unitaria è l'«unità d'azione e decisione» necessaria alla formazione di un'unità organizzativa statale²⁷; entrambi

²⁴ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, p. 57 con rif. a H. HELLER, *Staatslehre* (1934), ora in *Gesammelte Schriften*, Leiden 1971, Bd. III, pp. 79 ss. (ma si vedano anche le pp. 367, 379 ss. e 393).

²⁵ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 85, con rif. a H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 233.

²⁶ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 90 e 96 (nota 47), H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 294 e 344-345.

²⁷ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 67 e 89-90, e H. HELLER, *Die Souveränität*, in *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. II, p. 31, ss. (in part. p. 58) e dello stesso, *Staatslehre*, cit. pp. 310 e 341.

ritengono indispensabile, per il costituirsi dell'unità statale, un'omogeneità *sociale* relativa²⁸; parimenti indispensabile per la creazione dell'organizzazione statale è, a loro avviso, una «volontà consapevole d'ordinamento»²⁹; infine, entrambi insistono sulla necessità di un ordinamento normativo che garantisca la certezza e la sicurezza del diritto³⁰.

Questi parallelismi fra Mortati e Heller sono per me assai più significativi di quanto non lo sia la semplice coincidenza d'opinioni fra un giurista italiano e uno tedesco sul problema del rapporto fra diritto costituzionale materiale e formale. Heller fu democratico nell'epoca in cui la prima repubblica tedesca già mostrava le stimmate del pensiero e dell'azione nazionaltedeschi. Egli si fece assertore di un concetto della democrazia sociale, mentre i nemici della Repubblica di Weimar puntavano ad oltrepassare il diritto positivo democratico nel nome di un presunto «diritto etico», allo scopo di preservare le strutture dello Stato di diritto borghese dalle riforme sociali o dal pericolo della socializzazione. E benché nelle sue analisi politiche, come pure nelle conseguenze che ne ricavava, Heller non fosse così radicale come, ad esempio, lo furono Ernst Fraenkel, Fritz L. Neumann o Otto Kirchheimer³¹, è indubbio che qualsiasi forma di nazionalismo (e ancor più, di nazionalsocialismo) gli sia rimasta sempre e totalmente estranea. Il fatto che i democratici, sotto la Repubblica di Weimar e sotto il nazismo, opponessero resistenza alla distruzione dello Stato democratico di diritto, corrispondeva sia alla logica del loro pensiero, sia ad una loro consapevolezza morale. Dal punto di vista di un odierno costituzionalista tedesco, ciò che più colpisce è invece, in Italia, l'assenza di esplicite prese di posizione contro il regime fascista, anche da parte di quegli studiosi che pure rifiutarono il pensiero giuridico antidemocratico e populistico che proveniva dalla Germania. Già abbiamo

²⁸ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 69, 77 e 117, e H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 298-299, nonché dello stesso, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, in *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. II, p. 421 ss. (in part. p. 427).

²⁹ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 100, e H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 344.

³⁰ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 67 e 72 ss., e H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 333-334.

³¹ Cfr. I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, in *Staatslehre in der Weimarer Republik* hrsg. von Ch. MÜLLER und I. STAFF, Frankfurt am Main 1985, pp. 7 ss.

visto come Mortati considerasse il partito fascista un fattore importante del diritto costituzionale materiale, e rimanesse fermo all'idea di un ordinamento giuridico, capace di garantire la certezza e la sicurezza del diritto, ma tale anche da costituire un antipolo della dittatura e dunque del fascismo. A sua volta, un intellettuale eminente come Cantimori, prima di diventare marxista, aderì al fascismo e all'attualismo, pur respingendo sempre, come antitetici rispetto a qualsiasi cultura politica, gli ideali nazionalistici e razzistici di derivazione tedesca. Per Cantimori, nella Germania nazista, si potevano individuare due correnti: quella socialrivoluzionaria delle masse giovanili e piccolo-borghese (e soprattutto delle SA), e quella conservativa e reazionaria. La confluenza di entrambe in un movimento «entusiastico-patriottico» simboleggiava, per lui, il distacco della Germania dalla «comunità delle nazioni»³². Eccezion fatta per fascisti come Carlo Costamagna, Carlo Curcio o Julius Evola, si può dire che, in epoca fascista, il diritto nazionalsocialista fu confutato per la sua radicale inconciliabilità con il sistema giuridico vigente in Italia. Persino nelle comparazioni di più ampio respiro fra diritto nazionalsocialista e diritto fascista, l'opinione degli studiosi italiani è univoca: diversamente dal secondo, il diritto nazionalsocialista manca di determinatezza e di certezza, e dunque non corrisponde ai requisiti di uno Stato di diritto. Emblematica è la caratterizzazione che Giuseppe D'Eufemia ne dà, nel 1934, sulla rivista fascista «Lo Stato». Scrive infatti: «È il ritorno al Medio Evo: e nemmeno al nostro luminoso Medio Evo, che si rivela sempre più ricco di umanità, di cultura e di civiltà; ma al Medio Evo germanico, plumbeo, triste, incolto e men che mai civile»³³. Certo, nell'epoca fascista, anche in Italia vige la dittatura e il diritto vi era conculcato. Ma mancava, nel complesso, il totale soffocamento dei principi formali del diritto romano mediante una forma di irrazionalismo populistico. L'Italia, come la Germania, non ha mai conosciuto un movimento rivoluzionario di unificazione. Ma il suo pensiero giuridico, di impronta romanistica, sembra aver più confidenza, che non quello tedesco, col concetto razionale di nazione — elaborato da Sieyès durante la rivoluzione francese³⁴ — e col

³² Cfr. D. CANTIMORI, *Note sul nazionalsocialismo*, in C. SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo* a cura di D. CANTIMORI, Firenze 1935.

³³ Cfr. G. D'EUFEMIA, *Il nuovo mito germanico*, in «Lo Stato», V, fasc. XI-XII (1934), pp. 772-773.

³⁴ Cfr. E.J. SIEYÈS, *Cos'è il Terzo Stato?*, Roma, 1972.

concetto di ordinamento statale che da esso discende. Di ciò e della sua forza di irraggiamento sul piano politico si dovrebbe tener conto, anche in vista della costruzione di un ordinamento europeo, il quale, probabilmente, presupporrà la piena integrazione di due Stati tedeschi in «un'unica nazione»³⁵.

Traduzione di Claudio Tommasi

³⁵ Cfr. *Bundesverfassungsgesetz* 36, 1 ss.