

## Carl Schmitt: da nemico ad amico del diritto romano

LUIGI GAROFALO  
Università degli Studi di Padova

### 1. Un nazionalsocialista denigratore del Digesto di Giustiniano

Varcata la soglia dei cinquant'anni, quando aveva dismesso da qualche tempo le vesti di *Kronjurist* del Terzo Reich – costretto dai attacchi alla sua persona scatenati sulla stampa dalle SS –, Carl Schmitt si era convertito alla fede nel diritto romano, diventandone un fervente cantore, mai tentato dall'abiura sino alla morte. Ma prima lo aveva aspramente e pubblicamente osteggiato, come documentano due episodi esemplari.

Nel 1934 egli tuonava dal *Deutsches Recht*, organo centrale del Bund dei giuristi nazionalsocialisti, contro il diritto romano, che, staccato dal popolo del quale era espressione e trapiantato a seguito della recezione nella comunità tedesca sul presupposto del suo valore universale, era da considerarsi il primo colpevole della deriva normativista in cui questa stessa comunità continuava a trovarsi avviluppata, favorita anche dall'intrusione in Germania di una parte considerevole del popolo ebraico, il quale, «da millenni, non vive in uno Stato e su un territorio, ma unicamente sotto la legge e la norma, e che è, nel senso più autentico del termine, un popolo 'esistenzialmente normativista'». Aggiungeva al proposito Schmitt: «nella recezione del diritto romano, è un intero libro ad essere oggetto di una recezione sommaria in quanto *ratio scripta*. A partire dal XV secolo, il giurista tedesco è stato deformato nella sua intera esistenza, poiché gli si insegnava che era 'giuridico' non vedere in primo luogo lo stato dei concreti fatti, l'ordine interno concreto, che ogni cosa sana porta con sé, bensì cercare in un libro di uno spessore terrificante le decisioni e le norme che in esso erano depositate»<sup>1</sup>.

Due anni dopo, nel 1936, Schmitt si era nuovamente scagliato contro il diritto romano in un contributo ospitato nello stesso periodico, *Deutsches Recht*, nel quale dava altresì atto della lotta che egli andava combattendo non solo e non tanto per correggere «il contenuto di determinate proposizioni giuridiche» che di quel diritto costituivano estrinsecazione, quanto piuttosto per dare vita «a tutte le condizioni ... necessarie al fine di creare e custodire un diritto comune tedesco»<sup>2</sup>.

---

1. Cfr. ZARKA, *Un dettaglio nazi*, 55 ss.

2. Cfr. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, 19.

Questo richiamo al diritto comune tedesco, che nei voti di Schmitt avrebbe dovuto soppiantare il diritto romano, non stupisce affatto. *Partei-genosse* dal 1° maggio 1933, egli si era certo riconosciuto nel punto 19 del programma del partito nazionalsocialista del 1920, il quale preconizzava la messa al bando del diritto romano – e dunque del codice civile in vigore dal 1900, il BGB, che ne era una filiazione – in quanto strumento di un ordine mondiale materialistico e la sua sostituzione con il diritto comune tedesco, permeato dal collettivismo germanico e recuperabile nonostante la recezione<sup>3</sup>.

È peraltro altamente probabile che l'ostilità di Schmitt nei riguardi del diritto romano risalisse nel tempo, forse persino oltre il 1920, radicandosi su motivazioni profonde, non ridicibili alla cieca adesione, pur anteriore al suo tesseramento, alla clausola di un manifesto politico. In Germania, d'altro canto, l'avversione per il diritto romano non era nata d'improvviso con Hitler, ma aveva una storia più lunga, sulla quale merita soffermarsi brevemente.

## **2. Savigny e l'antagonismo fra romanisti e germanisti**

Crollato nel 1806 il Sacro romano impero della nazione germanica, questa si ritrovava frammentata in una pluralità di Stati. Era quindi naturale che ben presto nascesse, irrobustendosi nel corso degli anni, l'anelito alla loro unificazione, che avrebbe portato alla fondazione del Secondo Reich nel 1871. Una delle vie inizialmente individuate come propedeutiche al conseguimento dell'obiettivo riguardava il diritto privato: rendendolo omogeneo nei vari territori autonomi tedeschi, questa era la persuasione di fondo, si sarebbe pervenuti più facilmente alla creazione di un ampio Stato nazionale. In un saggio del 1814 Anton Friedrich Justus Thibaut proponeva allora l'adozione di un codice civile valevole per l'intera nazione tedesca sul modello dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano, dell'ABGB austriaco e ancor più del code civil francese. Gli rispondeva però criticamente, in un lavoro dello stesso anno, Savigny<sup>4</sup>. Sotto un titolo famoso, *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, l'autore, oltre a contestare a Thibaut che un codice avrebbe da un lato imposto l'arbitraria

3. Cfr. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, 52 s.

4. Cfr. THIBAUT - SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, in cui compaiono anche le traduzioni dei due contributi in parola.

scelta di spezzoni normativi e dall'altro bloccato lo sviluppo organico del diritto, risultando comunque prematuro se commisurato alle capacità tecniche dei suoi potenziali compilatori, enunciava e circostanziava la propria opzione, basata – com'egli stesso ribadirà in uno scritto del 1815 – su una comune impostazione degli studi giuridici.

Muovendo dall'idea del diritto come prodotto storico del popolo, di cui è manifestazione al pari di altri fenomeni tra i quali il linguaggio, Savigny affidava al ceto dei giuristi il compito di investigarne l'evoluzione e giungere così a presentare, elaborati sistematicamente, i suoi elementi vivi. Una rinnovata scienza del diritto, non più protesa a dedurre dalla ragione, come nel Settecento, un immaginario diritto immutabile nel tempo e valido dovunque, avrebbe quindi operato alla stregua di un organo del popolo, capace di distillare, attraverso un approccio diacronico, la trama normativa valevole per il presente, prospettata secondo una rigorosa dogmatica, costruita sul diritto romano. L'unità giuridica della Germania sarebbe stata quindi conseguita attraverso la realizzazione di un piano ambizioso dal quale esorbitava, almeno transitoriamente, la redazione di un codice, rappresentativo della missione che assumeva in capo a sé la neonata scuola storica del diritto, destinata a prevalere sull'indirizzo caldeggiato da Thibaut.

Savigny, peraltro, nel concreto orientava il suo occhio indagatore essenzialmente sul diritto romano, per quanto non solo di figure e discipline riconducibili allo stesso constasse allora il diritto praticato negli Stati tedeschi. Prevedibilmente, dunque, alcuni dei suoi discepoli, pur rispecchiandosi nel nucleo dell'insegnamento del maestro, suggerivano di guardare, secondo la metodologia della scuola storica, al diritto autenticamente tedesco, perché più vicino allo spirito del popolo che i giuristi dovevano dotare di un diritto comune al contempo nuovo e vecchio. Nasceva così, all'interno di quella scuola, l'ala dei germanisti, che, contrapponendosi a quella dei romanisti, spiega il persistere sino alla fine dell'Ottocento e oltre della corrente di pensiero volta a nobilitare il diritto tedesco schiacciato, da ultimo nel BGB, dal diritto romano. Il dissidio tra le due frange non avrebbe risparmiato neppure il fenomeno della recezione del diritto romano in Germania, valutato positivamente dai romanisti e qualificato come una colpevole sventura nazionale dai germanisti, fermi nel ritenere che a causarla fossero stati i giuristi culti, pertanto all'origine della spaccatura tra diritto dei giuristi (*Juristenrecht*) e diritto del popolo (*Volksrecht*), e nel

tempo sempre più propensi a credere all'utilità di un codice civile in cui riversare il diritto davvero tedesco.

Tra i germanisti, giova ricordare, è annoverabile anche Jacob Grimm, che a Savigny, di cui era allievo, resterà sempre devotamente legato. All'apparire del saggio del maestro sulla *Vocazione*, Grimm ne aveva tessuto le lodi, riconoscendo persuasiva l'affinità tra il diritto e il linguaggio che vi era propugnata, assicurata dalla loro comune radice nel *Volksgeist*. E nel 1816 ancora Grimm si sarebbe spinto oltre, prospettando, in uno scritto apparso nella rivista della scuola storica e intitolato *Von der Poesie im Recht*, un'analogia fra il giurista e il poeta, data anzitutto dalla loro condivisa funzione di veicoli dei valori spirituali della collettività. Si trattava però di un'analogia tutta interna all'antichità germanica, nella quale il diritto romano non trovava spazio. Pur non raffinato, il diritto tedesco del passato aveva tuttavia per Grimm il pregio di restituire il *modus vivendi* un tempo peculiare del popolo tedesco, sicché, proprio in omaggio a questa sua forza svelatrice, meritava di essere riportato alla luce. In questa operazione di riesumazione, peraltro, egli stesso si sarebbe cimentato, offrendo di quel diritto affreschi importanti in due opere: le *Antichità giuridiche tedesche* del 1828 e la *Raccolta di tradizioni giuridiche e usanze tedesche* edita a decorrere dal 1839 e non condotta a compimento. Immune dalla preoccupazione di aggiornare il risalente diritto tedesco allo scopo di fronteggiare le esigenze normative dell'attualità, ligio com'era al taglio investigativo puramente contemplativo prescelto, Grimm non mancava comunque di additare agli altri germanisti la strada da percorrere in luogo di quella intrapresa dai romanisti: e così li sollecitava a ricavare dalla storia del diritto tedesco elementi utili all'edificazione di una nuova dottrina giuridica di carattere nazionale auspicabilmente destinata a prevalere su quella straniera a lungo dominante.

Lungi dal cadere nel vuoto, la sua esortazione avrebbe dato vita a un indirizzo di pensiero capace di valicare il secolo, sopravvivendo all'adozione del BGB, frutto della pandettistica, universalmente considerata come il naturale prolungamento della scuola storica del diritto nella curvatura impressale da Savigny.

Propagandato prima dal Germanenorden, un'associazione istituita nel 1912 con intenti persecutori verso gli ebrei, poi da altre consimili aggregazioni, l'orientamento favorevole all'accantonamento del diritto romano e delle sue gemmazioni, l'ultima delle quali – come sappiamo –

rappresentata proprio dal BGB, vantava autorevoli seguaci, tra i quali Arnold Wagemann, giudice e promotore del Bund für Deutsches Recht. Del 1913 è la sua censura del diritto romano, conseguente alla constatazione che esso, da quando aveva abbandonato la fisionomia iniziale per assumere a proprio cardine la deplorabile categoria del diritto soggettivo, riconosceva uno spazio abnorme alle facoltà dell'individuo, relegando in secondo piano ciò che doveva invece essere in prima fila, ossia il gruppo, dal popolo alla famiglia e dalla fattoria alla scuola, unico – ancorché plurimo – soggetto di diritto, dal quale chi vi appartenga riceve solo autorizzazioni, comprese quelle relative alla coltivazione della terra. Intervenedo ancora sull'argomento nel 1922, Wagemann ammetteva l'affinità tra il diritto romano della *civitas* arcaica e il diritto germanico, ponendo subito in risalto le diverse strade che l'uno e l'altro avrebbero imboccato: mentre il secondo sarebbe riuscito a preservarsi da influenze esterne deleterie, il primo avrebbe finito col pagare l'apertura al mondo giudaico, foriera di un'inarrestabile decadenza.

A diffondere l'idea della corruzione del diritto romano sopravvenuta a causa del suo accogliente contatto con la tradizione ebraica avrebbe poi concorso significativamente Oswald Spengler, dando alle stampe il celebre *Der Untergang des Abendlandes* tra il 1918 e il 1922, fin da subito un grande successo editoriale e non solo in Germania<sup>5</sup>.

### **3. La fecondità euristica del diritto pubblico romano nel canone di ricerca di Schmitt**

Può dunque darsi che già prima del 1933, se non addirittura del 1920, Schmitt avesse maturato nell'intimo quell'idiosincrasia per il diritto romano che esploderà tra il 1934 e il 1936. Non è infatti escluso che fin da quando andava formandosi come giurista si fosse sentito attratto dagli epigoni dello schieramento germanista nato in seno alla scuola capeggiata da Savigny, forse anche in ragione del fatto che la loro posizione contava un nuovo sostegno, dato dall'ideologia razziale insinuatasi nel tempo. Ulteriormente comprovata, ve ne fosse necessità, dal manifesto del 1919 del partito socialista tedesco, fondato nello stesso anno da simpatizzanti dell'estrema destra antisemita e nazionalista, nel cui dettato si rinveniva la ripugnanza per il diritto romano, perché impermeabile ai bisogni del-

---

5. Cfr. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, 130 s. e 136 ss.

la società, vista come comunità e non come insieme di singoli, e perché estrinsecazione del capitalismo e del giudaismo<sup>6</sup>.

Occorre peraltro precisare che l'insofferenza del primo Schmitt al diritto romano investiva, al pari di quella del partito retto da Hitler, il diritto privato romano, ancora in circolazione – lo ripeto – grazie al BGB, non invece il diritto pubblico romano, ormai del tutto innocuo in quanto da tempo consegnato in via definitiva alla storia.

Anche dall'uno, comunque, Schmitt non aveva mai distolto gli occhi, come mostrano, per esempio, i richiami alle XII Tavole, al processo formulare, al *summum ius summa iniuria* di Cicerone, alle Pandette e alle dottrine dei *prudentes* sull'errore contenuti in *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* del 1912<sup>7</sup> o i riferimenti alla  *fictio* e al testamento romano sparsi in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* del 1914<sup>8</sup>.

Ma è all'altro, al diritto pubblico romano cioè, che egli avrebbe sempre riservato una particolare e bendisposta attenzione, ritenendolo un terreno fertile per lo studioso moderno, il quale dalle antiche istituzioni a rilievo costituzionale può trarre dati rilevanti ai fini dell'«elaborazione di concetti validi per la scienza del diritto»: come lo stesso Schmitt scrive nel volume sulla dittatura del 1921<sup>9</sup>, in cui poggia proprio sull'esperienza della *civitas* repubblicana la contrapposizione fra dittatura commissaria (figlia di quella romana più risalente) e dittatura sovrana (riconducibile a quella di Silla e Cesare), sfoggiando una conoscenza a tal punto approfondita delle figure normative antiche da poter evocare il dispositivo del *iustitium* – implicante la sospensione temporanea delle attività pubbliche cittadine non necessarie per fronteggiare una minaccia imminente sulla collettività, tra cui la funzione giurisdizionale in campo civile<sup>10</sup> – in relazione al *martial law*. Trattando di questo, egli infatti osserva: «nella mentalità giuridica anglosassone è sempre stata viva l'idea che in caso di guerra o di rivolte l'esercito agisce come sostitutivo dei tribunali, per cui il *martial law* presuppone una sorta di *iustitium*»<sup>11</sup>.

6. Cfr. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, 129 s.

7. Cfr. SCHMITT, *Legge e giudizio*, 118 n. 17; 68 n. 6; 69 n. 7; 36 n. 3.

8. Cfr. SCHMITT, *Il valore dello Stato*, 93 ss.

9. Cfr. SCHMITT, *La dittatura*, 17.

10. Cfr. GAROFALO, *'Iustitium'*, 179 ss.

11. Cfr. SCHMITT, *La dittatura*, 183.

Della padronanza del diritto pubblico romano, e del suo uso strumentale ai fini della migliore definizione degli assetti giuridici del tempo in cui viveva, Schmitt, come si è detto, darà ininterrottamente molteplici prove: limitando l'orizzonte a quelle anteriori agli anni Quaranta, a partire dai quali anche il diritto privato romano gli apparirà un sistema meritevole di plauso, basterà citare ancora le pagine che il giurista dedica all'imperatore Giuliano e al suo infelice tentativo di restaurare il paganesimo nel IV secolo d.C. in *Politische Romantik* del 1919<sup>12</sup>, ispirate da un libro di David Friedrich Strauss del 1847 intitolato *Der Romantiker auf dem Throne der Cäsaren*; poi le riflessioni che leggiamo in *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie* del 1927 a proposito sia del principio repubblicano che voleva contrapposti il popolo e il magistrato, al quale il primo poteva rispondere *uti rogas* quando interpellato con la formula *rogo vos, Quirites*, sia dell'*acclamatio* di epoca posteriore<sup>13</sup> (figura ripresa più volte in *Verfassungslehre* del 1928, dove troviamo anche un accenno alla costituzione romana nella prospettiva di Polibio<sup>14</sup>); quindi i rilievi sulle fonti di produzione del diritto attive in un sistema aperto come quello romano e sull'*hostis* del lessico giuridico antico quale emblema del nemico che, in coppia con l'amico, fonda il 'politico', formulati in *Legalität und Legitimität* del 1932<sup>15</sup> e, rispettivamente, in *Der Begriff des Politischen* dello stesso anno<sup>16</sup>.

#### 4. Il pensiero unico dei giuristi di regime

All'incirca nel torno di tempo in cui Schmitt conduceva con accentuata veemenza la battaglia nei confronti del diritto romano, questo era preso a bersaglio da un novero sempre più consistente di detrattori, in qualche caso particolarmente vicini allo stesso Schmitt, allora ordinario di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Berlino (nella quale sarebbe rimasto incardinato dal 1933 al 1945)<sup>17</sup>.

12. Cfr. SCHMITT, *Romanticismo politico*, 217 ss. Giuliano ricompare in un lavoro di Schmitt del 1938: esattamente a p. 47 di *Il Leviatano*.

13. Cfr. SCHMITT, *Referendum*, 61 ss.

14. Cfr. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, 268.

15. Cfr. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, 54.

16. Cfr. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, 111 s. e n. 17, 130 s. e 196. La tesi che vi è enunciata sarebbe sempre apparsa a Gianfranco Miglio come una «scoperta copernicana»: cfr. PALANO, *Il sentiero*, 92 e 94. V. anche *infra*, n. 111.

17. Cfr. PIETROPAOLI, *Schmitt*, 169.

Riprendendo la tesi di Spengler, per esempio, un filosofo del diritto di stretta osservanza nazionalsocialista come Helmut Nicolai poteva, già in un testo del 1932 dal titolo impressionante – *Die rassengesetzliche Rechtslehre* –, il cui contenuto avrebbe ripreso in *Rasse und Recht* del 1933, non solo degradare la giurisprudenza classica a momento espressivo di scadimento razziale, ma addirittura ipotizzare che la virata verso il giudaismo del diritto romano fosse collegabile al fenomeno delle rivendicazioni plebee<sup>18</sup>, per poi propugnare il ritorno all'antico diritto consuetudinario dei germani, specchio fedele della loro unità razziale<sup>19</sup>.

Il magistrato e alto funzionario Erich Volkmar, inoltre, in uno scritto del 1935 contrapponeva alla deteriorata staticità del diritto romano declinante ed ebraizzato, rigido e costrittivo perché troppo astratto, la dinamicità del vero diritto tedesco, strutturato sul legame di fedeltà esistente tra le parti e quindi informato ai canoni dell'etica<sup>20</sup>. E il giurista Walther Merk, in un saggio dello stesso anno, vedeva all'origine del diritto allora praticato in Germania non già «il diritto romano antico, autentico e vigoroso», bensì «il diritto romano fortemente orientalizzato da una popolazione di bastardi europeo-asiatici degenerati», del tutto estraneo all'ordinamento creato dalla saggezza degli antichi tedeschi<sup>21</sup>.

Non da meno era Hans Frank, mentore di Schmitt sino a quasi tutto il 1936 e dal 1939 governatore della Polonia responsabile dell'eccidio di milioni di ebrei, poi condannato a morte a Norimberga<sup>22</sup>. Sapendo del disprezzo di Hitler per i giuristi, «eterna piaga dell'umanità»<sup>23</sup>, Frank li invitava a rifondarsi, predicando – si era nel 1936 ed egli parlava all'Istituto fascista di cultura nella veste di presidente dell'Accademia per il diritto tedesco<sup>24</sup> – il distacco dagli schemi offerti dal diritto romano pervertito dall'influsso di genti ed esperti non discendenti dal nucleo primigenio dei *cives* e l'aderenza alle istanze del popolo, il vero organo propulsore del si-

18. Cfr. SANTUCCI, *Diritto romano e nazionalsocialismo*, 68.

19. Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, 39 s.

20. Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, 107 s.

21. Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, 89.

22. Cfr. MEHRING, *Carl Schmitt*, 325 ss. A p. 328, dopo aver tracciato il profilo di Frank, l'autore scrive: «das ist der Mann, der bis Ende 1936 Schmitts wichtigster Nationalsozialistischer Mentor wird» (v. anche MEHRING, *Martin Heidegger*, 154 s.).

23. Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, 90.

24. Il suo discorso, sotto il titolo *Die Zeit des Rechts*, è pubblicato in *Deutsches Recht*, VI, 1936, 1 ss.

stema normativo: per il che sarebbe risultato secondo lui utile «studiare e risuscitare teorie e pratiche giuridiche germaniche, ma anche, in virtù dell'identità di razza, quelle dei romani stessi prima che il loro sangue si fosse diluito nella mescolanza razziale»<sup>25</sup>. Coerentemente, nella sua relazione Frank sosteneva che il popolo romano, per il tempo in cui risultava costituito da nordici conquistatori che vivevano in condizioni analoghe a quelle degli antichi germani, era retto da norme meritevoli di reverenza, perché, per esempio, conoscevano la proprietà collettiva delle *gentes* e restringevano ai cittadini, penalizzando così gli stranieri, la circolazione delle *res mancipi*, ossia dei beni di maggior pregio entro una sana economia agricola<sup>26</sup>.

Nell'ambito del Terzo Reich, dunque, il diritto romano sperimentato in Germania, pur con il filtro del BGB, viene presentato, con il supporto di Schmitt, come un'arma contro il popolo tedesco, inteso in senso sia biologico, quale razza, sia sociologico, quale insieme di uomini: la sua estrema sofisticazione, ecco il convincimento a monte, lo rende inaccessibile agli uomini comuni, che, ben lungi dal sentirsene protetti, sono al contrario le sue vittime; e «solo gli ebrei sono capaci di manipolarlo, in virtù della loro assai nota malignità intellettuale e morale»<sup>27</sup>, e di innestarvi l'imperante visione del giuridico così lontana dal «senso del diritto e della legge dell'uomo tedesco», come sottolinea Schmitt in un pezzo del 1936 intitolato *La scienza giuridica tedesca in lotta contro lo spirito ebraico*<sup>28</sup>.

Non bastasse l'astrazione che lo connota a farne un corpo estraneo alla vita vera dei tedeschi, il diritto romano si conferma tale in ragione della supremazia che riconosce all'individuo, obnubilando la comunità, principio e fine del diritto germanico. In materia fondiaria ciò è particolarmente evidente, secondo Werner Petersen, autore di un lavoro apparso nel 1935 il cui fulcro è così riassumibile: «alla proprietà privata della terra presso i Romani si contrappone la proprietà comune dei Germani, ove il contadino è solo il conduttore e l'usufruttuario della terra, il cui vero proprietario è la comunità del popolo. Nella cultura giuridica germanica, il contadino è così colono della *Gemeinschaft*. Il diritto romano, invece, ha reificato non solo la terra, ma anche gli occupanti della terra, rendendoli servi assoggettati prima ai signori, poi alle banche»<sup>29</sup>.

25. Cfr. CHAPOUTOT, *La legge del sangue*, 87 ss.

26. Cfr. SANTUCCI, *Diritto romano e nazionalsocialismo*, 70 s.

27. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 38 s.

28. SCHMITT, *La scienza giuridica*, 31 ss.

29. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 42.

Astratto e individualistico, veniva spiegato dai giuristi proni al potere, il diritto romano lo era diventato nel tempo per motivi di ordine razziale. «L'impero romano era 'internazionale': era necessario accordare tutte le razze e le culture che raccoglieva sulla base di un discorso giuridico che potesse essere compreso da tutti. Essendo il popolo romano peraltro minoritario in questo impero, tanto gli stranieri lo sommergevano, [esso] non aveva facoltà di regolarsi con un diritto *völkisch*, ma doveva giocoforza ricorrere a un diritto *individualistisch*: poiché il *Volk* non poteva essere il fondamento e il referente del diritto, l'individuo risultava il minimo comun denominatore di ciò che Rosenberg chiamava, parlando della Roma tardoantica, un 'caos di razze'. Ma il popolo tedesco, sempre identico a se stesso e razzialmente omogeneo, «è stato in grado di generare un diritto che era la traduzione di questa purezza e di questa omogeneità, un diritto della comunità, perché questa comunità biologica sussisteva, contrariamente al caso romano». E dunque di questo diritto la Germania, secondo il paradigma dell'epoca dominata da Hitler condiviso da Schmitt, doveva riappropriarsi, estirpando ogni presenza del diritto romano: appunto perché il diritto, come la lingua e l'arte, è «radicalmente e irrimediabilmente etnocentrato, quindi incomunicabile»<sup>30</sup>.

Si salvava comunque, come abbiamo visto, il diritto romano delle origini, quello dei primi romani, in quanto considerato quale diritto nordico-germanico, dal momento che tali romani appartenevano a popolazioni settentrionali emigrate verso il Mediterraneo. Le loro creazioni spirituali, tra le quali il diritto, erano perciò da accreditare alla razza nella quale si riconoscevano i tedeschi. Quale poi fosse questo diritto non sempre era puntualmente detto. Burkhard von Bonin, per esempio, nel suo *Vom nordischen Blut im römischen Recht*, un libro pubblicato nel 1935, richiamava la normazione versata nella legge delle XII Tavole, in cui ritrovava i cardini del diritto germanico, dalla posizione di superiorità del *paterfamilias* alla preminenza della comunità, sempre pronta all'attività bellica a salvaguardia e per l'espansione della *civitas*. Ma il diritto romano esportato nella Germania nel Quattrocento era altro, non avendo più nulla in comune con quello dei primi romani. Ritardatario e decadente, era un diritto giudaizzato, un *verjudetes Recht*: tale specialmente in conseguenza degli apporti di giuristi come Papiniano, Ulpiano, Paolo e prima ancora Salvio

---

30. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 44 s.

Giuliano, ribadiranno studiosi filonazisti come Fritz Schachermeyr e Ferdinand Fried<sup>31</sup>.

Un diritto siffatto, al quale veniva imputato di essere alla base della visione materialistica del mondo, fatta propria dall'ideologia borghese-liberale e anche da quella proletario-marxista, doveva dunque essere dimenticato per sempre. E il suo ultimo erede, il diritto privato codificato in Germania nel solco di una scelta adottata dalla Francia rivoluzionaria e imperiale, andava di conseguenza tolto di mezzo e sostituito con un apparato prescrittivo appropriato rispetto alla centralità assunta dal popolo, inteso come espressione di una razza particolare, nel Terzo Reich<sup>32</sup>.

### 5. Norme vecchie e nuove autenticamente tedesche

Individuare nel dettaglio il sistema normativo chiamato a soppiantare quello di derivazione romana nella Germania di Hitler non era affatto un'impresa semplice. E di questa si sentiva investito anche Schmitt.

Certo il nuovo ordinamento doveva essere a misura del popolo tedesco, inteso come razza nordica di antica origine – secondo un postulato, rammenta Schmitt nel 1933<sup>33</sup>, riconosciuto al cospetto dei giuristi riuniti a Lipsia dal Führer, da Frank e da Nicolai –, per cui si stimava adeguato ripescare le regole che essa aveva sviluppato agli albori della sua esistenza. Senonché le fonti donde attingerle erano insufficienti. Veniva così proposto da alcuni giuristi di guardare al diritto inizialmente praticato dai romani, come già accennato, e addirittura dai greci e dagli altri popoli appartenenti all'unica razza che comprendeva anche i germani. Come scriveva Nicolai, i romani e i greci, prima di perdere il loro carattere nativo, erano «carne della nostra carne, sangue del nostro sangue. Parlavano la nostra lingua, avevano la stessa anima e lo stesso spirito dei nostri antenati germanici; e di conseguenza avevano le stesse concezioni fondamentali del diritto, avevano la stessa cultura giuridica e vivevano secondo le stesse regole»<sup>34</sup>. Insomma, se i romani e i greci più antichi non erano altro che rami emigrati della grande famiglia settentrionale ovvero tribù germaniche che avevano

31. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 47 s. e 50.

32. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 49 ss.

33. In un saggio che, nella versione italiana, si può leggere, sotto il titolo *Stato, movimento, popolo*, in SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, 255 ss. (rilevante, in relazione a quanto si va dicendo nel testo, è la p. 307).

34. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 75.

lasciato il nord per andare a colonizzare il sud e fondarvi le superbe civiltà che tutti ammiriamo, allora ciò che giuridicamente valeva per loro doveva valere anche per i primi tedeschi e meritava perciò di essere ripreso.

Differenze di *status* tra cittadini e proibizione di matrimonio tra appartenenti a razze diverse, quali erano ora considerati i patrizi e i plebei della Roma arcaica, potevano così nuovamente giustificarsi *sub specie iuris*. Tacendo delle leggi di Norimberga emanate nel 1935 a difesa del popolo tedesco biologicamente inteso<sup>35</sup>, valutate positivamente da Schmitt in due scritti apparsi tra il 1935 e il 1936<sup>36</sup>, emblematico al proposito è che Justus Hedemann, incaricato dal Ministero della giustizia di tracciare i lineamenti di un nuovo codice popolare – il *Volksgesetzbuch* – destinato a sostituire il vituperato BGB, preannunciava che il nuovo diritto delle persone si sarebbe fondato non più sul concetto di capacità giuridica, in continuità con quanto prevedeva lo stesso BGB, bensì sulla concreta posizione propria del *Volksgenosse* all'interno della collettività. E così la donna, in coerenza con la sua funzione biologica di matrice della razza, non avrebbe avuto accesso al lavoro se non in circostanze eccezionali, quali quelle della sua sterilità, conformemente a una disposizione già vigente dal 1937 in relazione al solo lavoro pubblico<sup>37</sup>.

Proprio perché il nazionalsocialismo «ha il coraggio di trattare con diverse misure le cose diverse e di imporre differenziazioni necessarie», esso, avvertiva Schmitt agli inizi del Terzo Reich<sup>38</sup>, riconoscerà pure «una giurisdizione di classe, come, con la legge del 12 maggio 1933 ..., è stata introdotta di nuovo per l'esercito, sulla base del vecchio regolamento del tribunale penale militare. Anche per certe organizzazioni del partito, come SA e SS, sarebbe pensabile una specie di disciplina di classe con giurisdizione di classe. Con la formazione di vere classi, il campo della giurisdizione di classe si allargherà, da sé».

Scavare nel passato, nel modo indicato, non poteva comunque bastare. Consentiva di recuperare al popolo tedesco, per via legislativa, le norme più arcaiche, ossia quelle più vicine alla sua nascita e quindi alla sua es-

35. Cfr. ALBANESE, *Il pensiero politico di Schmitt*, 71.

36. Tradotti in italiano, entrambi compaiono in ZARKA, *Un dettaglio nazi*, 63 ss. e 67 ss., con questi due titoli: *La costituzione della libertà* e *La legislazione nazionalsocialista e la riserva dell'ordre public' nel diritto internazionale privato*.

37. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 122 s. V. anche MERKER, *Filosofie del populismo*, 139.

38. In *Stato, movimento, popolo*, 293.

senza: in definitiva le migliori, perché le più pure, considerate ovviamente per il loro portato sostanziale. Ma esse non erano così copiose da formare un sistema compiuto, in grado di evolversi per rispondere alle istanze, in eterno movimento, del popolo tedesco.

Per sopperire a questa carenza Schmitt e i suoi colleghi individuavano inedite fonti del diritto<sup>39</sup>, la cui operatività era anzitutto nelle mani degli organi investiti dell'attività giurisdizionale: il programma del partito nazionalsocialista e gli ordini del Führer. D'altra parte, chi poteva esprimere i bisogni vitali del popolo meglio del partito al potere e del suo capo? Chi sapeva meglio di loro come il popolo tedesco poteva progredire ed espandersi? Diventava dunque facoltà dei giudici motivare le sentenze rinviando al programma del partito o alla volontà del Führer (*Führerwille*), così come andava palesandosi nei suoi decreti e nei suoi discorsi. Essi, per giunta, con una legge del 1935 venivano legittimati a fare riferimento a un'ulteriore fonte, dai contorni sempre più definiti grazie anche all'impegno degli studiosi: il buonsenso popolare, il sano sentire popolare. Appellandosi a questo, invero, i giudici, slegati dai cavillosi principi di legalità e di irretroattività della legge penale condensati nel tratteggio enunciato *nulla poena sine praevia lege* – ormai sostituito dal nuovo brocardo, coniato da Schmitt, *nullum crimen sine poena*<sup>40</sup> –, erano in grado di punire comportamenti generalmente avvertiti come lesivi degli interessi del popolo, visto quale comunità razziale<sup>41</sup>. E da qui alla massima di Frank, secondo cui «diritto è ciò che è utile al popolo»<sup>42</sup>, il passo era breve.

## 6. Il *Volksgeist* della scuola storica nella lezione di Schmitt

È naturale chiedersi, sull'onda di quanto siamo venuti constatando, se la scuola storica di Savigny, con il dar credito all'idea di un diritto del popolo, e non solo tedesco, progressivamente scaturito dal suo spirito, abbia concorso al farsi della dottrina giuridica nazionalsocialista, afferrando menti *à la* Schmitt in grado di adulterarne il fondamento in funzione delle esigenze di un sistema politico totalitario.

Al riguardo, già è stato scritto – con l'ausilio di un acuto studioso del diritto romano come Riccardo Orestano – che l'oscura nozione del *Volks-*

39. Cfr. MERKER, *Il nazionalsocialismo*, 60 ss.

40. Cfr. MERKER, *Il nazionalsocialismo*, 64.

41. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 116 ss.

42. Cfr. CHAPOUTOT, *La rivoluzione*, 124.

*geist*, «impiegata nei modi alquanto misteriosofici cui sembrava a bella posta preordinata, fu, per la sua indeterminatezza, intesa e sfruttata anche dai teorici del nazionalsocialismo». E si è altresì notato che la scuola storica, «richiamandosi a quel poetico *Volksgeist*, che né Savigny né Puchta seppero mai definire, attingeva a un elemento romantico essenzialmente irrazionalistico»: correndo così il rischio di intercettare in futuro un cattivo utilizzatore del proprio basamento, come sarebbe successo. La dottrina in parola, quella giuridica nazionalsocialista cioè, «considerando lo Stato mero apparato al servizio del *Volk*, inteso come comunità di razza e di sangue», finiva dunque per costituire «lo sviluppo estremo della concezione romantica del diritto come espressione immediata del *Volksgeist*»<sup>43</sup>.

Non che manchino gli strappi, ovviamente. Basti rilevare che «per la scuola storica del diritto la vera fonte del diritto è la comune coscienza popolare», mentre per la dottrina giuridica nazionalsocialista, identificata in un suo acclamato patrocinatore, Karl Larenz, «la decisione se si debbano seguire le convinzioni giuridiche del popolo spetta al ‘grande uomo’», il Führer. Unicamente a lui è infatti concesso di decretare se «le convinzioni del popolo sono ‘autentiche’, e pertanto valide come direttrici, oppure se esse corrispondono soltanto alla ‘opinione collettiva’ da cui ci si deve liberare». Senza poi dire che alla scuola storica era estraneo il nazionalismo razzista esclusivamente tedesco proprio dell’altra dottrina. Alludendo al *Volksgeist*, Savigny, «anche se lo intendeva come spirito di un popolo particolare, non ometteva tuttavia di ricordare che esso è parte dello spirito dell’umanità: di modo che, pur considerata la sua manifestazione giuridica peculiare ad esso, non si dovevano e potevano trascurare i contributi provenienti da altri popoli (non per nulla Savigny esaltava il diritto romano), e da quel ‘momento universale’ che gli è implicito, in quanto fondato sui principi fondamentali della natura umana»<sup>44</sup>. In ragione del suo cosmopolitismo, d’altro canto, Savigny vedeva «il cammino della civiltà giuridica europea non come divenire di autonomi e chiusi diritti nazionali, ma come la trasformazione, lenta e graduale, dell’aurea civiltà giuridica romana»; e la recezione stessa gli appariva «come fatto spontaneo e popolare proprio in grazia della comunanza di civiltà e di cultura che ha caratterizzato l’Europa»<sup>45</sup>. Per giunta, il

43. Cfr. ORRÙ, s.v. *Scuola storica del diritto*, 207

44. Cfr. ORRÙ, s.v. *Scuola storica del diritto*, 207.

45. Cfr. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, 27.

*Volksgeist* della scuola storica si depositava in lenti processi di maturazione di istituti, laddove quello dei giuristi di Hitler poteva tradursi immediatamente nelle inedite discipline che al Führer e ai suoi fedeli sembrassero utili per il popolo. Mai comunque ispirate al diritto romano.

Nella declinazione di Schmitt, va ancora osservato, il *Volksgeist* di inizio Ottocento subiva una distorsione in senso razziale esasperata, che l'autore coonestava con argomenti per lui provvisti di valore scientifico. Se in un colloquio radiofonico con Veit Roskopf trasmesso il 1° febbraio 1933, ma sicuramente registrato prima della nomina di Hitler a cancelliere decretata il precedente 30 gennaio<sup>46</sup>, egli si limitava a proclamarsi «organo» del diritto sostanziale espressione del concreto popolo tedesco, al pari della sua lingua, della sua fede e del suo destino politico, come tale chiamato a difenderlo dai soprusi commessi da un legislatore statale che si credeva onnipotente (tanto da adottare un codice, il BGB, a sfondo romanistico, è naturale pensare), in un saggio già richiamato apparso poi, nel corso dello stesso anno, si spingeva ben oltre, restringendo agli appartenenti alla stirpe germanica l'attività espositiva, interpretativa e applicativa del diritto interno al Terzo Reich, a qualunque livello esercitata.

Leggiamo infatti in *Stato, movimento, popolo*, il lavoro in cui Schmitt enuncia i principi fondamentali del nuovo ordine nazionalsocialista – che, non va dimenticato, si proponeva di cancellare il diritto riversato nel BGB perché non autenticamente tedesco –, subito dopo la secca constatazione dell'autore circa la percorribilità di una sola via<sup>47</sup>: «lo Stato nazionalsocialista l'ha presa con grande sicurezza, e il segretario di Stato Freisler ha dato a essa il più chiaro motto distintivo ponendo l'esigenza: 'Non riforma della giustizia, ma riforma dei giuristi'. Se una amministrazione indipendente della giustizia deve continuare a esistere e tuttavia un'adesione meccanica e automatica del giudice a norme prestabilite non è possibile, allora tutto dipende appunto 'dalla specie e dal tipo' dei nostri giudici e funzionari. Mai la questione *quis iudicabit* ha avuto un'importanza tanto decisiva per tutto come oggi. Neppure nel sistema liberaldemocratico sono mancate richieste etiche e morali, indirizzate alla 'personalità creativa' del giudice. Ma questo rimaneva declamazione vuota ... perché si parlava soltanto di 'personalità' in

---

46. Il testo, volto in italiano, si trova in SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, 33 ss.

47. Il brano che segue è tratto dalle pp. 310 ss.

universale, e la parola, al servizio di un individualismo liberale, aveva come mira soltanto l'‘uomo’ e non il popolo tedesco concreto. Con tutta la risolutezza deve essere assicurata la vera e propria ‘sostanza’ della ‘personalità’, ed essa sta nell'esigenza che ogni uomo incaricato della esposizione, interpretazione e applicazione di diritto tedesco sia vincolato al popolo da uguaglianza di specie. Dalle necessità positive del lavoro giuridico l'idea dell'uguaglianza di specie attraverserà e dominerà tutto il nostro diritto pubblico. Essa vale per la classe dei funzionari di carriera, come per quella, essenzialmente interessata alla creazione e alla configurazione del diritto, degli avvocati, come per tutti i casi in cui connazionali divengano attivi nell'amministrazione, nella giustizia e nella teoria giuridica. Essa garantirà anzitutto anche nella composizione dei diversi nuovi ‘consigli del Führer’ una feconda collaborazione. Noi sappiamo non soltanto per sentimento, ma in base alla più rigorosa conoscenza scientifica, che ogni diritto è il diritto di un determinato popolo. È una verità gnoseologica che è in grado di vedere bene dei fatti, di sentire bene delle dichiarazioni, di intender bene delle parole e di valutare giustamente delle impressioni di uomini e di cose soltanto colui che faccia parte della collettività creatrice del diritto in una maniera essenziale e determinata dalla specie, e che appartenga a essa esistenzialmente (*existenziell*). L'uomo sta nella realtà di questa appartenenza a un popolo e a una razza fino ai più profondi e più inconsci moti dell'animo, e anche fino alla più piccola fibra cerebrale. Non è oggettivo chiunque vorrebbe essere tale e chiunque creda soggettivamente con buona coscienza di essersi affaticato abbastanza per esserlo. Un estraneo alla specie può atteggiarsi criticamente e adoperarsi sagacemente quanto vuole, può leggere libri e scrivere libri; ma egli pensa e intende diversamente, perché egli è ‘fatto (*geartet*) in un altro modo’, e rimane, in ogni ordine di idee essenziale, nelle condizioni esistenziali della sua propria specie (*Art*). Questa è la realtà oggettiva della ‘oggettività’. Finché si poteva aver fede che il giudice, e anche il funzionario d'amministrazione, fosse solo una funzione di legalità normativistica, soltanto il noto ‘automa applicatore della legge’, una semplice ‘concretizzazione di norme astratte’, si poteva trascurare questa verità, che ogni pensiero umano è vincolato all'essere, così come è vincolata alla situazione ogni norma e ogni circoscrizione di un fatto. La celebre frase del Montesquieu, che il giudice è ‘solo la bocca che pronuncia le parole della legge’ ..., nel secolo decimottavo fu perlopiù intesa ancora meccanicisticamente. Per il nostro modo di sentire

odierno questa frase conduce già nella sfera del vivo essere umano pieno di differenze organiche, biologiche e popolari (*völkischen*). Noi siamo diventati oggi più sensibili; noi vediamo la diversità anche delle bocche, se posso dir così, che dicono le parole e le frasi che si pretenderebbero uguali. ... Noi cerchiamo un vincolo che sia più attendibile, più vivente e più profondo che l'ingannevole vincolo alla lettera storcibile di mille paragrafi di leggi. Dove mai potrebbe esso stare se non in noi stessi e nella nostra propria specie?».

## 7. La svolta degli anni Quaranta

A guerra in corso, tra il 1943 e il 1944, forse presagendone l'esito infausto, Schmitt indossa i panni del conferenziere itinerante desideroso di ragguagliare il multiforme uditorio sulla situazione di una rediviva *europäische Rechtswissenschaft* e ha così modo, da rinnegatore non dichiarato dei propri trascorsi, di tessere pubblicamente le lodi del diritto romano considerato in tutte le sue manifestazioni storiche, dalle più remote alle più recenti, comprese quindi quelle consumatesi nei territori tedeschi dell'Ottocento. Anche se dettata da un eccellente senso dell'opportunità, come molti credono, l'inversione di tendenza di Schmitt doveva però essere sincera: frutto di una rimeditazione critica – pur eziologicamente non disinteressata, come appena detto – delle ragioni che lo avevano spinto a misconoscere il valore del diritto romano, da ultimo trasfuso nel BGB, compiuta a partire da quando, sul declinare degli anni Trenta, da un po' – precisamente dalla fine del 1936 – non era più il principe dei giuristi del Terzo Reich (peraltro non accompagnata, questa rimeditazione, dal ripudio del suo antisemitismo<sup>48</sup>).

Del cambio di rotta di Schmitt si sarebbe infatti accorto già nel 1940 chi avesse letto *Das 'Allgemeine Deutsche Staatsrecht' als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*: un suo testo, pubblicato nella *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*<sup>49</sup>, nel quale il piglio bellicoso verso il diritto romano cedeva il passo allo sguardo benevolente rispetto a un sistema giuridico dell'antichità carico di gloria, oggetto di una recezione tedesca che avrebbe dato risultati pregevoli dal versante scientifico, raccolti evolutivamente, in progresso di tempo, dalla scuola storica del diritto di Savigny e dal filone che ne prosegue l'opera, la pandettistica. Windscheid, nel quale questa cul-

48. Cfr. GALLI, *Crisi, morte e trasfigurazione*, 23.

49. Alle pp. 5 ss. del centesimo volume della rivista. Lo scritto è poi apparso in SCHMITT, *Staat*, 166 ss.

mina, è «il secondo Ulpiano o Paolo» di un *Juristenrecht*, osserva Schmitt, per poi aggiungere: «per Windscheid il significato europeo, anzi universale, del diritto romano era consistito nel fatto che in gran parte il suo contenuto ‘non è altro che espressione di interpretazioni universali umane, rapporti universali umani, ma esposti con una maestria che da allora nessuna giurisprudenza e nessuna legislazione hanno saputo più raggiungere’. Questo fu il ‘credo scientifico’ che creò concetti sempre più universali. Questa creazione è dinanzi ai nostri occhi fino al giorno d’oggi nella struttura del codice civile tedesco del 1896», per cui Koschaker ritiene che si possa assegnare alla riflessione della pandettistica un’ autorità decisiva<sup>50</sup>.

Nessun tono ruvido nei confronti del diritto romano avrebbe inoltre percepito chi fosse accorso ad ascoltare la relazione, intitolata *Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten*<sup>51</sup>, tenuta da Schmitt a Parigi, occupata dai nazisti, nel 1942, prima dunque di presentare al pubblico la conferenza sulla condizione della scienza giuridica europea. Della recezione di quel diritto in Germania, diceva allora Schmitt, si doveva cogliere un ulteriore lato positivo. Insegnandolo per secoli nelle università tedesche quale «diritto comune», i suoi docenti riuscivano infatti a perpetuare «l’impero germanico almeno nella forma nebulosa di una mera ‘comunità giuridica’»: e così si guadagnavano un «merito» indiscutibile, pur precludendosi il ruolo di guida del proprio popolo nel momento, che si sarebbe finalmente avuto, della formazione dello spirito nazionale<sup>52</sup>.

## 8. «Io sono romano per origine, tradizione e diritto»

Sempre saldo nel sopravvenuto amore per il diritto romano, Schmitt lo celebrerà in più occasioni nel resto della sua esistenza quasi centenaria, dando l’impressione che fosse nato sui banchi dell’università e non avesse mai conosciuto flessioni.

Nel 1972, per esempio, nel corso di un colloquio radiofonico con Dieter Groh e Klaus Figge<sup>53</sup>, egli, ripensando al lontano periodo della formazione

50. Cfr. SCHMITT, *Il diritto pubblico generale tedesco*, 38 s.

51. Il testo è in SCHMITT, *Staat*, 184 ss.; la sua traduzione italiana in SCHMITT, *La formazione dell’‘esprit’ in Francia*, 63 ss., sotto il titolo *La formazione dell’‘esprit’ in Francia per mezzo dei legisti*.

52. Cfr. SCHMITT, *La formazione dell’‘esprit’ in Francia per mezzo dei legisti*, 68 s.

53. In SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, 41 ss. (la citazione che segue proviene da p. 47).

superiore presso la Facoltà di Giurisprudenza di Berlino, iniziato nel 1907, esclama: «trovai meravigliosi gli studi giuridici, perché il primo semestre cominció con diritto romano. Per me il latino era un piacere, un vero godimento. Lo trovavo estremamente interessante».

Ben prima, peraltro, aveva detto di sé: «ich bin Römer nach Herkunft, Tradition und Recht»<sup>54</sup>. A questa dichiarazione autobiografica, tanto stringata quanto eloquente, è anzi probabile che lo Schmitt diventato amico del diritto romano ricorresse non di rado nel presentarsi ai suoi nuovi interlocutori: come si può supporre leggendo Ernst Niekisch<sup>55</sup>. A ragione, dunque, Roberto Esposito la valorizza per isolare Schmitt dai pensatori connotati da quella «propensione antiromana» tipica «della tradizione filosofica moderna che trova in Hegel la sua punta più acuta», notando al riguardo<sup>56</sup>: «nel Novecento si può dire che solo Carl Schmitt, ‘romano’ di adozione, e Hannah Arendt pronunceranno un giudizio pur diversamente favorevole alla cultura politica e giuridica romana». Ancor più a ragione si dovrebbe tuttavia precisare che non il primo Schmitt, strenuo oppositore del diritto privato dei romani, ma unicamente il secondo manifesta apprezzamento per tutta la cultura giuridica forgiata dai nostri lontani progenitori.

Restando al piano scientifico, occorre sottolineare che, pure a distanza di tempo dalla trasformazione in idillio del suo conflittuale rapporto con il diritto romano, Schmitt tornerà a soffermarsi sul ruolo positivo e decisivo giocato da questo diritto durante i millenni.

Basti citare, al proposito, un brano tratto da *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, il libro del 1950 nato in esito alla prigionia sperimentata dall'autore tra il 1945 e il 1947, quando sulla sua testa incombeva il rischio – poi caduto – di una formale imputazione per aver offerto un sostegno teorico alle attività criminose delle più alte gerarchie

54. Cfr. GALLI, *Forme della critica*, 119; v. anche GALLI, *Genealogia della politica.*, 152 e 172, n. 58.

55. Precisamente le sue *Erinnerungen*, 247. È qui, infatti, che Schmitt si descrive pronunciando le parole riportate nel testo, che sembrano comporre una formula ripetibile in frangenti analoghi, allorché incontra per la prima volta Niekisch. Ammesso – per un indizio presente nella pagina citata – che la conoscenza personale dei due risalga agli inizi degli anni Trenta, è però da escludere che esse, destinate a dare risalto anzitutto all'appartenenza al cattolicesimo di Schmitt, già si estendessero a enfatizzarne il virtuoso legame con il diritto romano.

56. In *Pensiero istituyente*, 51.

naziste<sup>57</sup>. «Siamo consapevoli», scrive Schmitt, «che la scienza giuridica è un fenomeno specificamente europeo. Essa non è solo saggezza pratica, né unicamente tecnica. È profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale. In quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato. La nuova dimora era principesca, un palazzo rinascimentale o barocco. Grande fu il senso d'orgoglio dei giuristi e parimenti il loro senso di superiorità sui teologi. Nacque così, dalle guerre civili di religione del XVI e del XVII secolo, lo *ius publicum Europaeum*. Ai suoi inizi sta una parola d'ordine ostile ai teologi, un'ingiunzione a tacere che uno dei fondatori del diritto internazionale moderno rivolse loro: *Silete, theologi, in munere alieno!* La gridò loro in faccia Alberico Gentile, nel contesto della discussione sulla guerra giusta. Ancor oggi io sento echeggiare quel suo grido. ... Ora tocca ai giuristi ricevere l'ingiunzione di tacere. A loro – se ancor ci fosse tanto latino – i tecnici al servizio dei potenti e dei prepotenti potrebbero gridare in faccia: *Silete iurisconsulti!* Ecco due singolari ordini di tacere, all'inizio e alla fine di un'epoca. All'inizio vi è un'ingiunzione di tacere che viene dai giuristi ed è indirizzata ai teologi della guerra giusta. Alla fine vi è l'ingiunzione, rivolta ai giuristi, di attenersi a una tecnicità pura, cioè totalmente profana. Non intendiamo qui discutere il nesso che intercorre tra questi due ordini di tacere. Cosa buona e salutare è però rammentarsi che la situazione all'inizio dell'epoca non fu meno orribile di quanto non lo sia alla sua fine. Ogni situazione ha il suo segreto, e ogni scienza reca in sé il suo *arcanum*. Io sono l'ultimo, consapevole rappresentante dello *ius publicum Europaeum*, l'ultimo ad averlo insegnato e indagato in senso esistenziale, e ne vivo la fine così come Benito Cereno [il protagonista di un racconto di Melville che da lui prende il titolo] visse il viaggio della nave pirata».

### **9. La conferenza sulla situazione della scienza giuridica europea**

Il tributo più alto al diritto romano, rimanendo nell'ambito dell'analisi storico-giuridica, Schmitt lo rende comunque con il discorso dianzi citato

---

57. La traduzione italiana messa a profitto è apparsa a Milano nel 1987 (il brano che sto per riprodurre nel testo è alle pp. 71 ss.).

su *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, che egli tiene, nell'ordine, a Bucarest e Budapest nel 1943 e poi a Madrid, Coimbra, Barcellona e Lipsia nel 1944, su invito delle rispettive Facoltà di Giurisprudenza e, quanto alla seconda replica in terra spagnola, del locale Collegio degli avvocati. Merita allora indugiarvi, dando conto dei suoi passaggi salienti. Tanto più che esso è generalmente considerato un documento di straordinaria rilevanza per chi voglia accostarsi alla problematica figura di Carl Schmitt e in particolare al suo complesso e travagliato pensiero nel campo del diritto. Che non è l'unico da lui coltivato: ma è comunque quello dal quale muove e al quale ritorna la sua riflessione, anche quando, come non di rado accade, si estende ai meandri della politica.

Non a caso, in replica a coloro che tendevano a etichettarlo quale indagatore di questa, Schmitt, nel 1982, rispondendo a una domanda postagli da Fulco Lanchester in chiusura di un'intervista<sup>58</sup>, dirà: «mi sento al cento per cento giurista e niente altro. E non voglio essere altro. Io sono giurista e lo rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta». In uno dei suoi capolavori, *Der Nomos der Erde*, uscito nel 1950, aveva del resto esordito così: «depongo questo libro, frutto inerme di dure esperienze, sull'altare della scienza giuridica, una scienza che ho servito per oltre quarant'anni»<sup>59</sup>. Da giurista, peraltro, dall'ampio respiro, mai prigioniero del dettaglio normativo e perennemente in contatto strettissimo con la politica, com'egli aveva riconosciuto in *Ex Captivitate Salus*. In questo scritto, invero, Schmitt annota: «come docente e come studioso mi sono familiari due ambiti della scienza giuridica, il diritto internazionale e il diritto costituzionale. L'una e l'altra disciplina fanno parte del diritto pubblico. Il lavoro in questi ambiti è di carattere pubblicistico nel senso più forte del termine. Concerne questioni la cui portata investe la politica interna e la politica internazionale. Di conseguenza è esposto direttamente al pericolo del Politico. A questo pericolo il giurista di tali discipline non può sfuggire, neppure scomparendo nel nirvana del puro positivismo. Egli può tutt'al più attenuare tale pericolo o insediandosi in remoti ambiti di confine, mimetizzandosi da storico o da filosofo, oppure portando a perfezione estrema l'arte della riserva e del camuffamento. ... Il lavoro scientifi-

58. Apparsa, sotto il titolo *Un giurista davanti a se stesso*, in *Quaderni costituzionali*, III.1, 1983, 5 ss., essa è stata ripubblicata, con lo stesso titolo, in SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, 151 ss. (dove il prossimo richiamo).

59. Cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra*, 13.

co di uno studioso di diritto pubblico, la sua opera stessa lo situano in un paese determinato, presso determinati gruppi e forze e in una determinata collocazione temporale. La materia dalla quale egli forma i suoi concetti e dalla quale necessariamente dipende per il suo lavoro scientifico lo vincola a situazioni politiche, il cui favore o sfavore, le cui fortune e sfortune, le cui vittorie o sconfitte finiscono con il coinvolgere anche lo studioso e il docente, e col decidere del suo personale destino»<sup>60</sup>.

Nell'accostarci al testo della conferenza di Schmitt che lo consacra tra i più lucidi paladini della grandezza del diritto romano in quanto costruito scientifico, dobbiamo precisare che di esso, pubblicato in tedesco solo nel 1950 a Tubinga, abbiamo due traduzioni italiane: una prima, di Luigi Cimmino, citata per l'innanzi e di cui continuerò a giovarmi, apparsa sul finire del secolo scorso unitamente a un saggio, pure questo dianzi richiamato, di Agostino Carrino<sup>61</sup>; una seconda, di Andrea Salvatore, edita nel 2020 a Macerata sotto il titolo *La situazione della scienza giuridica europea*, preceduta dalla *Presentazione* dello stesso Salvatore e seguita da un suo scritto, *A maggior gloria della 'scientia iuris'. L'istituzionalismo giurisprudenziale di Carl Schmitt*. Già dal 1944, peraltro, circolavano in riviste due versioni, una in ungherese e una in francese, di quel testo, in alcuni punti divergenti dalla sua redazione definitiva in tedesco del 1950 (che, per esempio, non prospetta più, staccandosi dalle pagine in francese, il diritto romano come un'opera grandiosa di agricoltori ariani)<sup>62</sup>.

In questa, poi ripresa in una raccolta di lavori di Schmitt del 1958, a sua volta ristampata nel 1973, 1985 e 2003<sup>63</sup>, l'autore, memore appunto della matrice scientifica del diritto romano, riflette a fondo sulla «Wissenschaft des römischen Rechts als Trägerin europäischer Rechtswissenschaft», ossia sulla «scienza del diritto romano come pilastro della scienza del diritto europea» – o, forse meglio, come suo «architrave», posto che «di altre strutture portanti nel saggio non si ha notizia»<sup>64</sup> –, chiarendo che interrogarsi sul «significato europeo della rinascita del diritto romano nel Medioevo» e sull'«influsso della scienza del diritto romano nei diversi paesi e nelle diverse

60. Cfr. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus*, 57 ss.

61. V. *supra*, n. 2.

62. Cfr. SALVATORE, *Presentazione*, 11 s.

63. Alludo a *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, sempre apparsa a Berlino.

64. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 97 s.

epoche» è cosa ben diversa dal domandarsi «se le proposizioni ed i concetti trovati nel *Corpus Juris Justiniani* ‘valgano positivamente’». Ed è anzi cosa resa possibile proprio da ciò, che «l’angoscia per la validità pratica e positiva delle Pandette, fortunatamente, non grava più su di noi», mentre non desta preoccupazione «quello che potremmo chiamare il sotterraneo perdurare (*Weitergelten*) del diritto romano nelle codificazioni del XIX secolo»<sup>65</sup>.

Ma seguiamo lo snodarsi del discorso.

## 10. Il diritto romano e la scienza giuridica europea

L’esordio suona già di attacco al positivismo. Stando a questo indirizzo, «che da cento anni regna nella teoria e nella prassi della nostra vita giuridica, oggetto della scienza giuridica è solo la norma che vale positivamente, e questa è ... solo la legge dello Stato volta a volta presente». Con la conseguenza che si dà «solo un diritto tedesco, francese, spagnolo, svizzero, o comunque relativo a un unico Stato, mentre, in mancanza di un comune Stato europeo e di una volontà normativa europea, non può darsi alcun diritto europeo ed alcuna scienza giuridica europea», essendo semmai ammissibili unicamente «ricerche di diritto comparato e di storia del diritto quali sussidi scientifici privi di significato positivo». Gli alfiere del positivismo trascurano dunque «il significato dei contenuti e delle specificità del diritto, cioè il senso politico, sociale ed economico delle istituzioni e degli ordinamenti concreti»: e già per questo non possono pretendere di avere «il monopolio del pensiero giuridico». Quanti invece, svincolati dal positivismo, esercitano questo pensiero sono ancora in grado di distinguere una scienza giuridica europea. Essi non possono infatti non tener conto «del contenuto concreto delle norme e del senso specifico delle istituzioni»: e così riescono a vedere che «il senso ed il contenuto di essenziali concetti ed istituzioni dei popoli europei coincidono in modo sorprendente». In questa prospettiva, quindi, per Schmitt «si dà una comunità del diritto europeo molto forte, la quale, come tale, ha posseduto sino a poco tempo fa anche un significato immediatamente politico»: una comunità retta da un «comune diritto», nonostante le grandi differenze che intercorrono «fra gli ambiti giuridici germanici, anglosassoni, latini o d’altro tipo», frutto di un segmentato itinerario che ha radici lontane<sup>66</sup>.

---

65. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 40 s.

66. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 33 ss.

Possiamo infatti affermare, continua Schmitt, che «l'intera storia e l'intero sviluppo del diritto dei popoli europei è da migliaia d'anni una storia di reciproche recezioni», intese non già come forme di «accettazione distratta e priva di fantasia», bensì come alterni processi «d'incorporazione, di adattamento e perfezionamento», spesso legati a forti resistenze, capaci «di ripercuotersi anche sul diritto recepito»; e che la «recezione del diritto romano», vista – secondo l'assunto formulato da Rudolf Sohm con riferimento alla Germania – quale «recezione di una scienza giuridica», costituisce il grande evento che domina tanti secoli della vita dell'uomo. «Ciò che nelle scuole di diritto, nelle università e nelle facoltà giuridiche, a partire dalla loro fondazione nel XII, XIII e XIV secolo, si è insegnato come 'diritto'», egli ricorda, «è stato, accanto al diritto canonico, soprattutto diritto romano. E questo è stato insegnato in latino, nella lingua del diritto romano, che per più di mezzo millennio ha influenzato e informato di sé i concetti giuridici di tutte le lingue europee»: tanto da potersi dire che «la scienza del diritto romano», pur nella diversità dei suoi moduli espressivi – quali si rinvengono, per esempio, nei glossatori, nei commentatori e più di recente nei pandettisti –, «ha rappresentato l'autentica, se non l'unica forma di scienza giuridica»<sup>67</sup>.

Non per questo, aggiunge al riguardo l'autore, essa è andata esente da critiche. Al contrario, «altrettanto antica quanto la stessa storia europea della scienza del diritto romano è la contesa a favore o contro tale scienza, la lotta spirituale riguardo alla sua valutazione, all'utilità o ai danni da questa provocati allo sviluppo del diritto autoctono, regionale o nazionale. In ogni paese, anche presso popoli romani, tale contesa ha la sua storia peculiare ed i suoi, spesso sorprendenti, fronti. Proprio negli anni successivi al 1933 essa si è svolta in Germania, con grande intensità, da tutti i punti di vista». Refrattario ad anticiparne la cronologia e a confessare il ruolo tutt'altro che secondario che vi aveva recitato, Schmitt preferisce porre l'accento sui risvolti positivi che egli ascrive alla lotta contro il diritto romano ingaggiata, o per meglio dire acuita, dal nazionalsocialismo, giudicandola foriera di «nuove conoscenze e nuove prospettive». Grazie a questa, per esempio, sarebbe maturata una duplice consapevolezza: da un lato, che occorre «una più precisa distinzione allorché si parla 'del' diritto romano»; dall'altro, che «l'antico diritto romano è un grandioso monu-

---

67. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 39 ss.

mento di una remota condizione contadina mantenutasi nel tempo» (ma è più convincente la traduzione di Salvatore: «... di una primigenia e molto sana condizione contadina»<sup>68</sup>), di cui meritano di essere ulteriormente indagati gli istituti, così che abbiano a illuminarsi di una nuova luce: come quella che taluni contributi di Bonfante, Siber, Wlassak, Westrup e Wieacker hanno recentemente gettato sui più antichi assetti normativi in tema di famiglia ed eredità<sup>69</sup>.

D'altra parte, prosegue Schmitt, ogni nuova corrente spirituale europea, favorevole o meno al diritto romano, ha portato con sé un nuovo modo di guardare a questo, finendo per concorrere all'ampliarsi delle sue possibilità di concreta utilizzazione. Ed è proprio a tale proposito che Schmitt richiama i *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, un'opera, uscita nel 1943 a Salamanca, di Álvaro d'Ors Pérez-Peix, che con il giurista tedesco avrebbe poi intrecciato un duraturo rapporto di intensa amicizia, testimoniato dal carteggio intercorso fra i due dal 1948 al 1983, pubblicato a cura di Montserrat Herrero<sup>70</sup>, dal quale emerge pure l'alta considerazione in cui Schmitt continuerà a tenere il diritto romano. In quell'opera, osserva Schmitt, l'autore, non più succube degli insegnamenti della pandettistica, che «aveva creato un ingegnoso sistema, facendo del diritto soggettivo il cardine delle sue costruzioni», elogia «la libertà sistematica del diritto romano classico e la prassi delle azioni (autorizzate dal pretore)», che si compenetrano a formare un modello «estremamente attuale per moderne formazioni di diritto del lavoro e dell'economia»<sup>71</sup>.

Questo insolito volgersi all'esperienza giuridica romana in un'ottica sensibile alle esigenze del diritto del lavoro della contemporaneità aveva a tal punto colpito Schmitt da indurlo a tornarvi nel corso di quel colloquio con Fulco Lanchester del 1982 al quale già si è accennato. Caduto il discorso su Álvaro d'Ors, Schmitt infatti racconta: «è un mio caro amico, studioso di diritto romano, professore nell'università spagnola di Pamplona e membro dell'*Opus Dei*. Egli ha ... sostenuto che la traduzione operata da Cicerone del termine greco *nomos* con quello latino *lex* costituisce una

68. Cfr. SCHMITT, *La situazione*, 32. Come già osservato, la «condizione contadina» non è più, nel testo in considerazione, quella degli ariani della precedente versione in francese della conferenza.

69. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 42 s.

70. Cfr. SCHMITT - D'ORS, *Briefwechsel*.

71. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 43 s.

vera disgrazia<sup>72</sup>. Wieacker, un ottimo romanista, ironizza un poco su di lui, dicendo che d'Ors è un 'Kavalier' [gentiluomo]. A mio avviso, egli è però più ricco di idee di Wieacker. Possiede una maggiore originalità e lo trovo così provocante. Wieacker ha però un ottimo stile ed è un giurista di prima classe. D'Ors, il cui padre era il famoso scrittore catalano Eugenio, ha sollevato problemi così originali: per esempio quello dell'acquartieramento romano durante gli spostamenti di massa della popolazione. I romani acquartieravano i germani, gli svevi e i burgundi qui [nella natia Plettenberg, cioè, dove Schmitt viveva in ritiro], in una casa. ... Su tutto questo esiste una stupenda letteratura. Pensi come tutta questa problematica sull'acquartieramento riveste i caratteri di scottante attualità anche, per esempio, nella prospettiva giuslavoristica. D'Ors è un giurista così originale ed è riuscito a operare una scoperta, tracciando paralleli tra l'acquartieramento e i moderni problemi del diritto del lavoro: per esempio lo scambio degli operai specializzati. In materia esistono degli stupefacenti paralleli e i tipici studiosi di indirizzo positivista non sono invece riusciti a notare queste analogie. Essi non hanno compreso che le radici di questo fenomeno risiedono già nel diritto romano relativo alla trasmigrazione delle popolazioni. Che esistano questi collegamenti oggi è veramente eccitante<sup>73</sup>.

Ma riprendiamo l'esame del testo di Schmitt che qui più interessa. Al «grande processo cui ci si vuole riferire con la formula 'rezezione del diritto romano'», egli precisa, «hanno partecipato tutte le nazioni europee, almeno attraverso le facoltà giuridiche e la scienza del diritto»: anche quelle, come l'Inghilterra, nelle quali, «per il permanere di scuole basate sul diritto comune del paese, per la resistenza opposta da interessi professionali o per altri motivi, non si è arrivati ad una recezione delle norme e delle istituzioni del diritto romano». Proprio in Inghilterra, a ben vedere, «sono sì sorte scuole di diritto nazionale che hanno impedito che il diritto romano soppiantasse il diritto comune del luogo, ma come diritto d'equità, mentre per altre vie il diritto romano ha continuato ad agire»: ancora nel XVII secolo, per esempio, in ambito marittimo veniva applicato il *ius gentium*, «che allora stava di fatto a significare il diritto romano». D'altro canto, in tutta l'Europa intere generazioni di studiosi si sono avvalse di «forme con-

72. Sul punto, la condivisione di Schmitt è totale: cfr., per esempio, il suo *Nomos - Presa di possesso - Nome*, 348.

73. Cfr. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso*, 169 s.

cettuali del diritto romano», talora propagandandolo quale diritto di natura o diritto razionale o altro ancora: sicché «il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, una Common Law concettuale e spirituale europea, senza la quale non sarebbe stata neppure teoricamente possibile una comprensione fra giuristi di diverse nazioni. L'edificio culturale qui eretto dallo spirito europeo poggia su tale comune base, prodotta da una comune scienza del diritto europea»<sup>74</sup>.

Sorvolando sugli anni in cui si era molto prodigato per la cancellazione di ogni traccia lasciata dal diritto romano, Schmitt giunge addirittura a riconoscersi nelle lungimiranti parole tratte da uno scritto di Josef Partsch del 1920 che egli riporta testualmente: e così pure lui considera quel diritto quale parte della formazione privatistica del giurista grazie alla quale questi «ottiene contemporaneamente la possibilità di introdursi nei fondamenti comuni del diritto civile europeo», inteso come diritto civile praticato nei paesi europei<sup>75</sup>. Trascurando, peraltro, che in epoca nazionalsocialista «i corsi universitari di diritto romano furono tutti pressoché soppressi (annacquandosi all'interno di un più generale, e comunque facoltativo, insegnamento di *Antike Rechtsgeschichte*)»<sup>76</sup>.

Non sfugge tuttavia a Schmitt che Paul Koschaker, in *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, un saggio del 1939 edito a Monaco e Berlino dalla vasta risonanza anche fuori della Germania – tanto che su di esso già si era criticamente soffermato Giovanni Pugliese in *Diritto romano e scienza del diritto*, un articolo apparso nel 1941 in apertura del volume XV degli *Annali dell'Università di Macerata*<sup>77</sup> –, aveva denunciato lo stato di crisi in cui versavano il diritto romano e il suo studio scientifico, sforzandosi di lumeggiarne la ragioni. Ma su quella a prima vista più significativa, individuata «nel fatto che, a partire dal 1900, il diritto delle Pandette avesse perso la sua validità pratica con l'entrata in vigore del codice civile tedesco», Schmitt non concorda affatto, potendo obiettare che, a opinare così, si finisce per «considerare la cosa esclusiva-

74. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 45 ss.

75. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 47 n. 15.

76. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 96.

77. Ripubblicato in PUGLIESE, *Scritti* III, 159 ss., ho avuto modo di rievocare il contenuto nel mio *Diritto romano e scienza del diritto*, 263 ss. (da ultimo in GAROFALO, *Fondamenti*, 137 ss.)

mente dal punto di vista di una scienza accademica della fine del XIX secolo che si difendeva dal positivismo della codificazione» e inoltre non si tiene nel debito conto che, varato il codice civile austriaco nel 1811, la romanistica non aveva accusato il colpo. Sua convinzione, del resto, è che essa nemmeno sia diventata superflua a seguito dell'affacciarsi sulla scena europea del codice prussiano e di quello francese, in quanto, come già ammonivano Savigny e Bachofen, per penetrare, valutare e affinare un codice è comunque indispensabile la conoscenza della storia giuridica. E la conclusione cui egli approda è che lo stato di crisi che affligge il diritto romano e il suo studio scientifico riflette lo stato di crisi nel quale sono caduti il diritto in generale e l'intera sua scienza. Da ritenere però superabile, anche con riguardo al diritto romano. Rispetto a questo, nota Schmitt, non va dimenticata, da un lato, «l'ironica saggezza senile contenuta in una osservazione di Goethe» – formulata nel corso di una conversazione con Johann Peter Eckermann del 6 aprile 1829<sup>78</sup> –, secondo la quale il diritto romano è paragonabile «ad un'anatra che si immerge e ripetutamente scompare nell'acqua, ma che sempre, viva, torna a riemergere»; dall'altro, l'opinione di Salvatore Riccobono, enunciata in una conferenza tenuta in latino il 6 (ma in realtà 7<sup>79</sup>) dicembre 1942 nell'Università di Berlino – alla quale potrebbe aver assistito lo stesso Schmitt<sup>80</sup> –, «sull'eterna validità della produttività concettuale del diritto romano», quale risulta dalla compilazione giustinianea<sup>81</sup>: conseguente, rammenta Salvatore, alla convinzione di Riccobono, circostanziata in quell'occasione, che il diritto romano discende in vario modo da una scienza. Essa, infatti, «agirebbe come fonte sia in forme dirette, per tramite dell'attività interpretativa vera e propria, sia in forme indirette, tramite la delineazione di orientamenti normativi mediamente

78. Cfr. BRETONE, *Come l'anatra*, 147.

79. Cfr. VARVARO, *Gli «studia humanitatis»*, 652 ss.

80. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 100. Come puntualizza questo studioso alle pp. 98 s., Riccobono, con la sua prolusione intitolata *De fati iuris romani*, partecipava all'inaugurazione dell'Istituto culturale «Studia Humanitatis», voluto con sede a Berlino da Mussolini. Ciò che questi aveva di mira è intuitivo: «impiantare in terra straniera una roccaforte a difesa dell'autonomia del modello culturale patrio di contro agli attacchi teutonizzanti di parte tedesca»; e dunque anche, se non soprattutto, a difesa «di quel diritto romano che, contrariamente a quanto avveniva in Germania, il regime mussoliniano aveva posto al centro dell'attività di propaganda quale tramite ideologico per il recupero di una romanità ben temperata in chiave fascista».

81. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 44 s.

rivolti alla considerazione di corpi legislativi e organi giurisdizionali, secondo un doppio movimento in grado di garantire al diritto un'assoluta aderenza alla concretezza dei casi e una non meno necessaria salvaguardia della dimensione agonistico-conflittuale delle dinamiche sociali»<sup>82</sup>.

Una scienza giuridica europea, pur se in una condizione di difficoltà, continua dunque a esistere per Schmitt: grazie all'onda lunga del pensiero della giurisprudenza romana e della sua recezione e grazie anche ai successivi fenomeni di reciproca influenza tra ordinamenti nazionali – con le proprie codificazioni – e loro dottrine, estesi al campo del diritto costituzionale e amministrativo (come prova, per esempio, la circostanza che il sistema pubblicistico di Otto Mayer, già informato a quello francese, è stato veicolato in Italia da Vittorio Emanuele Orlando). Per cui, rileva ancora Schmitt, ben si può sinteticamente affermare che in ambito europeo si registra una «comunanza» del modo di ragionare sul terreno del diritto, «che mette in grado ogni giurista scientificamente educato di orientarsi nel mondo giuridico di un altro Stato». Per giunta, lo sviluppo del diritto ancora si profila come generalmente comune nei vari ordinamenti: perfino «il nuovo diritto dell'economia e del lavoro penetra in qualche forma in tutti i popoli». Non si dà dunque la possibilità che alcuni di essi si sottraggano alla comunanza «di un diritto europeo e di una scienza giuridica europea»<sup>83</sup>.

Non sembra affatto inopportuno rammentare qui, in coda a Salvatore, che nel 1934, in un saggio sui tre tipi di pensiero scientifico-giuridico, Schmitt scriveva: «naturalmente le diverse nazioni si occupano del loro pensiero [scientifico-giuridico] finora invalso nei termini, nei concetti e nelle forme che sono conformi al loro tipo [di pensiero scientifico-giuridico] e alla loro tradizione storica. Questa è una delle grandi intuizioni che dobbiamo al movimento nazionalsocialista»<sup>84</sup>. Quindi, e ben lo rileva ancora Salvatore, «nessuna concessione a una superiore unità giurisprudenziale, men che meno a un comune patrimonio romanistico che agisca come risorsa di senso e di potenziale unificazione in caso di divisioni o di deliri di onnipotenza, tecnici come anche politici; bensì un nuovo diritto, reso ancor più urgente ... dalle esigenze decisionistiche di un nuovo corso

---

82. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 101.

83. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 48.

84. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 83.

politico». Nulla, se si leggono i lavori del nostro anteriori al 1940, comprendendovi quello sulla situazione storica della scienza giuridica tedesca del 1936<sup>85</sup>, lascia in effetti presagire «l'appello al serafico areopago di una giurisprudenza europea che Schmitt richiama alla sua missione bimillennaria nelle riflessive pagine del 1950»<sup>86</sup>.

### 11. Lo stato di crisi della scienza giuridica europea e il positivismo

È a questo punto che Schmitt investiga sulla causa di quella condizione di difficoltà in cui si dibatte la scienza giuridica europea della quale si è poc'anzi parlato, che – come già sappiamo – è per lui da ricercare nell'imporsi del positivismo, che data dalla metà circa del XIX secolo.

Se Windscheid, il quale nel 1854 aveva esclamato che «il sogno del diritto naturale è finito», ancora non percepiva in modo chiaro «la questione propriamente critica del rapporto fra scienza del diritto e moderno metodo legislativo», questa appariva invece in tutto il suo nitore agli occhi precorritori di Julius Hermann von Kirchmann, che già in una conferenza tenuta a Berlino nel 1847 aveva discusso intorno alla «Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft», rappresentando così il motivo della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza: «tre parole di rettifica del legislatore ed intere biblioteche diventano carta da macero». Frase, questa, comunque meno aspra di un'altra da lui pronunciata nel medesimo contesto, che raffigura la legge positiva come ciò che rende il giurista un verme nel legno marcio, a significare appunto che la scienza giuridica «non potrà mai tenere il passo della legge»<sup>87</sup>.

E in effetti, prosegue Schmitt con riferimento al suo tempo, c'è da chiedersi «cosa rimane di una scienza il cui senso e fine non è altro che quello di accompagnare con commenti ed interpretazioni ordinanze positive, in continuo cambiamento, emesse dagli uffici statali, i quali, dal canto loro, sanno e possono dire certamente nel migliore dei modi quale sia la loro autentica volontà e quale sia il senso ed il fine delle loro disposizioni». Vero è che il problema della relazione «fra diritto sancito e scritto e la sua elaborazione da parte della scienza del diritto» non è nuovo. Gli autori di codificazioni monumentali, per esempio, talora hanno vietato chiarimenti

85. In *Deutsche Juristen-Zeitung*, XLI, 1936, I, 15 ss.

86. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 83 s.

87. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 49 ss.

ermeneutici delle stesse a opera degli studiosi del diritto: basti pensare a Giustiniano e ai redattori dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794. Ma l'uno e gli altri hanno dato vita a opere «in sé ancora piene di scienza giuridica, anche se in modi molto differenti: il *Corpus* giustiniano più nel senso di una raccolta casistica di sentenze di grandi giuristi, il 'diritto territoriale' statale-prussiano più nel senso di un'enciclopedia sistematica, con definizioni e classificazioni nello stile dei sistemi di diritto naturale del XVIII secolo e con la tendenza ad usare un linguaggio da tutti comprensibile». Ragion per cui si può dire, per entrambe queste codificazioni, che «il legislatore era diventato uno scienziato del diritto ed il conflitto fra legislazione e scienza del diritto si scioglieva in una rivalità fra fratelli che aspirano, con mezzi molto simili, al medesimo scopo». E anche con riguardo ai codici francesi dell'epoca di Napoleone e ad altri ancora, tra cui quello civile austriaco del 1811, è sostenibile che essi non hanno precluso il formarsi di «una significativa scienza giuridica della legge scritta». Il che si spiega agevolmente, se appena si consideri che la loro preparazione, tendenzialmente assai lenta, dipendeva dagli esperti di diritto e la loro applicazione era comunque mediata dalla produzione di questi. Né il BGB tedesco fa eccezione, se non per mostrarsi ancor più legato, nella costruzione e nell'interpretazione, agli schemi concettuali dei pandettisti: al punto che non è mancato chi gli ha imputato di essere troppo scientifico, vicino a un mero manuale o comunque a un testo imperniato su un «sistema scolastico». Anche a prescindere dal BGB e dalle altre codificazioni europee, ripetto a singole leggi di minor portata la scienza giuridica non aveva perduto la sua dignitosissima ragion d'essere: quelle leggi continuavano a essere relativamente poche e inoltre richiedevano lo sforzo dei giuristi diretto a individuarne la «volontà obiettiva» di contro alla «volontà soggettiva» dei loro creatori, il più spesso da ricercarsi in fluide maggioranze parlamentari a geometria variabile, esito di contingenti compromessi. E così, quanto meno, «la scienza del diritto rappresentava l'unità della volontà legale rispetto alla molteplicità degli egoismi di partito e di fazione»<sup>88</sup>.

Ma è, secondo Schmitt, a partire dalla prima guerra mondiale che lo spazio fino allora conservato dalla scienza giuridica, che pur si inchina «positivisticamente alla legge volta a volta in vigore», si erode in breve tempo, di pari passo al mutare del procedimento legislativo. «Mobilitazione e

---

88. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 52 ss.

smobilitazione», egli scrive, «rivoluzione e dittatura, inflazione e deflazione ... hanno condotto in tutti i paesi europei al medesimo risultato: quello per cui il procedimento legislativo si è sempre più semplificato e velocizzato. I corpi legislativi emanano autorizzazioni sempre nuove e sempre più ampie, che conferiscono la facoltà di emanare decreti e provvedimenti aventi forza di legge. Il ‘decreto’ e il ‘provvedimento’ rimuovono la legge. Dubbi di carattere costituzionale riguardo a tale prassi sorgono ovunque e risultano evidenti. Perché in fondo la costituzione designa i corpi legislativi a fare essi, in prima persona, le leggi e non ad autorizzare altri organi alla legislazione». Non bastasse, in Germania, rispetto a certi settori dell’economia, alla figura del provvedimento si è affiancata quella dell’ordinanza, quale «forma elastica della legislazione’ che supera il provvedimento per la velocità d’attuazione e la semplicità di notifica. Come il provvedimento viene definito una ‘legge motorizzata’, così l’ordinanza può essere detta un ‘provvedimento motorizzato’». Ed è qui, per Schmitt, che «cessa il margine d’azione d’una scienza del diritto autonoma puramente positivista»: perché, quando la macchina legislativa aumenta il proprio passo in misura così accentuata, l’attività di «interpretazione della scienza giuridica positivista non è in grado di tenerle dietro», proprio come aveva preconizzato von Kirchmann. E allora non nascono più gli scritti sistematici dei professori di scienza del diritto e al posto loro subentra «il funzionale commento di chi esercita praticamente il diritto o degli addetti dei ministeri»<sup>89</sup>.

## 12. Il compito della scienza giuridica europea

Escluso che la scienza del diritto che accomuna le nazioni europee possa «impelagarsi in una gara di corsa con il metodo del decreto legge e dell’ordinanza, gara nella quale finirebbe sicuramente col rimanere senza fiato», Schmitt ritiene che essa debba invece prendere coscienza del «suo esser diventata l’ultimo asilo del diritto» e prodigarsi per tutelarne «l’unità e la coerenza», vulnerate appunto dall’eccesso di produzione giuridica. Per il che, egli sottolinea, non di «foga ansante» c’è bisogno, ma «di raccoglimento interiore, della più pacata osservazione e di scrupolosissima indagine»<sup>90</sup>.

Ciò che la scienza giuridica, ovunque in Europa, è quindi chiamata anzitutto a compiere è, per Schmitt, una penetrante riflessione sul suo com-

89. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 57 ss.

90. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 63.

pito, pari a quella di cui è stato capace Friedrich Carl von Savigny, condensata in particolare in un saggio del 1814 che già conosciamo, intitolato *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Qui invero, ci ricorda Schmitt, l'autore, «giurista e storico di valore e considerazione europei», famoso in quanto «rinnovatore della scienza del diritto romano ... che ha annunciato la dottrina dello spirito del popolo quale artefice del diritto e della lingua», ma non indenne da valutazioni negative variamente giustificate, lancia un grande appello proprio a favore della scienza giuridica intesa come custode del diritto, rivolgendo la sua critica alle codificazioni statali<sup>91</sup>.

Per Savigny, sottolinea Schmitt, il diritto intreccia al suo interno i «concetti di 'storico' e di 'positivo'». Pertanto, visto come ordinamento concreto, non può essere isolato dalla sua storia: «das Recht als konkrete Ordnung läßt sich nicht von seiner Geschichte loslösen»; e in quanto «non è posto, bensì sorge in una evoluzione involontaria, solo può essere individuato dal ceto dei giuristi, tenuto appunto a dar conto di tale evoluzione»<sup>92</sup>. Assunto, questo, in cui compare il richiamo a quel concetto di «konkrete Ordnung» la cui paternità non può certo attribuirsi a Savigny, spettando invece al filone istituzionalistico, nel quale appunto s'inserisce Schmitt, unitamente a Maurice Hauriou e Santi Romano. Sin dal giovanile *Gesetz und Urteil*, invero, il diritto è per Schmitt non soltanto norma, ma anche prassi: anzi, prassi rivolta a una decisione. La quale promana da chiunque abbia concretamente a che fare con la norma e in particolare dal giudice. E in *apicibus*, come lo stesso Schmitt illustra nella sua *Politische Theologie* licenziata nel 1922<sup>93</sup>, dal sovrano. A lui, infatti, l'ordinamento riserva la decisione ultima, cioè la decisione di proclamare lo stato di eccezione e di sospendere, per questa via – già esplorata da Schmitt nel volume sulla dittatura del 1921 –, l'ordinamento stesso: a riprova del fatto che «i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati», risultando evidente che «il Dio onnipotente... è divenuto l'onnipotente legislatore»<sup>94</sup> e che il Dio il quale decide se compiere un

91. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 63 ss.

92. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 67; l'enunciato in tedesco si rinviene in SCHMITT, *Die Lage*, 23.

93. La traduzione italiana del saggio, condotta sulla sua seconda edizione del 1934, si trova, in SCHMITT, *Teologia politica*.

94. Cfr. SCHMITT, *Teologia politica*, 61.

miracolo e sospendere conseguentemente le leggi di natura è divenuto il sovrano che decide «se sussista il caso estremo di emergenza» e sia perciò necessario sospendere l'ordinamento<sup>95</sup>.

Ma torniamo allo Schmitt che parla di Savigny nell'ambito della nostra conferenza. Nella prospettiva di costui, dice Schmitt, il diritto che si sviluppa non risponde a mire particolari, mentre a queste esso è strumentale nell'ottica del positivismo, che attraverso il diritto persegue in primo luogo l'obiettivo del «dominio» e della «calcolabilità». Quel positivismo, ricorda ancora Schmitt, che, scambiando «il progresso del diritto con la crescente velocità della macchina legislativa», non ha risparmiato a Savigny la pesante e ingenerosa accusa di aver soltanto rallentato la storia, in spregio alla fede che vi riponeva, con l'ostacolare per quasi un secolo la codificazione del diritto civile tedesco, senza riuscire infine a impedirla<sup>96</sup>.

Non che la legge, quale prodotto dello Stato, fosse peraltro sconosciuta o volutamente ignorata da Savigny. Di essa, anzi, egli tratta a fondo nella parte del primo volume del suo *System des heutigen römischen Rechts*, apparso nel 1840, dedicata alle fonti del diritto<sup>97</sup>. Ma anche per Savigny, sostiene Schmitt, la legge non fuoriesce affatto dal campo d'intervento della scienza giuridica, essendo al contrario ciò che questa deve ispirare e raffinare. Sotto un diverso profilo, aggiunge Schmitt, va detto, sempre in scia a Savigny, che «la legge è solo uno dei tanti modi in cui si manifesta il diritto degli ordinamenti concreti e ... che l'essenza ed il valore della legge sta nella sua stabilità e durata o, come ha detto una volta con una certa elegante scempi Johannes Popitz, nella sua 'relativa eternità'». Tutto il procedere del diritto, del resto, è da Savigny concepito come una quieta crescita sorvegliata e propiziata da una scienza giuridica attenta alle proprie «fonti storiche»: queste infatti, ancora nell'angolazione di Savigny riproposta da Schmitt, offrono ai giuristi gli strumenti per porre il diritto al riparo dall'arbitrio legislativo e, data la loro inesauribile ricchezza e varietà di utilizzabilità, garantiscono agli stessi la possibilità di introdurre qualsiasi mutamento normativo ritenuto necessario<sup>98</sup>.

Pur altamente meritoria, precisa poi Schmitt, l'impostazione di Savigny non può però essere recuperata, salvo che in relazione all'importanza che

95. Cfr. SCHMITT, *Teologia politica*, 61 e 34.

96. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 66 e 68.

97. Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, 63 ss.

98. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 69 s.

essa assegna alla scienza giuridica. «Sappiamo», egli dice, «che non è possibile restaurare situazioni ormai passate. Una verità storica è vera solo ‘una volta’<sup>99</sup>. D’altro canto, le conoscenze odierne sulle «fonti storiche», e in particolare sulle fonti proprie del diritto romano, sono di gran lunga più ampie di quelle del tempo di Savigny. E abbiamo anche maturato una nuova sensibilità per ciò che attiene all’antropologia e alla mitologia. Discipline, queste, alle quali Schmitt rammenta che si era proficuamente dedicato, disinteressandosi – con scelta atipica in epoca positivista – dell’attualità, Johann Jakob Bachofen: lo studioso – ordinario di diritto romano dal 1841 al 1844 a Basilea e giudice dal 1842 al 1866 in quella città<sup>100</sup> – nel quale egli, che pur lo sa convinto assertore della necessaria separazione dell’antico dal moderno nel campo del diritto<sup>101</sup>, riconosce «l’autentico erede di Savigny nel XIX secolo», come ripete in una lettera ad Álvaro d’Ors del 1949 (in cui a Bachofen è peraltro appaiato Jakob Grimm)<sup>102</sup> e nel libro sul *nomos*<sup>103</sup>, nonostante la diffusa convinzione che tale sia sta-

99. Riecheggia qui un passo di Bachofen, figura in cui tra poco ci imbattemo, riportato da BREONE, *Come l’anatra*, 144: «è contro l’ordine della storia ... che Omero rinasca per la seconda volta, che ritorni un Fidia e che l’unità delle cose si dissolva affinché un secondo Priamo implori un secondo Achille per il cadavere di Ettore».

100. Cfr. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, 151 ss.

101. Eloquentemente, sul punto, è uno scritto autobiografico di Bachofen risalente al 1854 e destinato proprio al suo maestro Savigny, pubblicato postumo nel 1916 e leggibile in italiano con il titolo *Retrospectiva di una vita*, XLIX ss. «Ciò che mi interessò», vi è fra l’altro detto, «fu il mondo antico in se stesso, e non la possibilità di applicare la sua legislazione alle necessità dell’oggi; ciò che veramente desiderai studiare fu l’antico e non il moderno diritto romano. Con questo atteggiamento, ricavato dalla filologia, mi trovai spesso in penoso contrasto con i maestri ed i libri che mi ero scelto quali guide». E ancora: «se l’età classica e l’età moderna fossero esaminate ciascuna in base al proprio diritto, autonomo, avremmo ottimi studiosi e capaci professionisti della giurisprudenza».

102. Cfr. SCHMITT - D’ORS, *Briefwechsel*, 78: «Savigny hat nur zwei geistige Söhne gezeugt: Jacob Grimm und Johann Jakob Bachofen».

103. Cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra*, 14, dove l’autore, evidenziato il legame del suo pensiero «con le fonti mitiche del sapere storico-giuridico», osserva: «esse ci sono state rese accessibili da Johann Jakob Bachofen, ma non dobbiamo dimenticare i numerosi suggerimenti del geniale Jules Michelet. Bachofen è il legittimo erede di Savigny. Egli ha sviluppato, rendendolo infinitamente fruttuoso, ciò che il fondatore della scuola giuridica storica intendeva per storicità. Si tratta di qualcosa di diverso dall’archeologia e dal museo. Tocca la questione stessa dell’esistenza della scienza giuridica, che oggi si trova schiacciata tra teologia e tecnica, se non riesce ad affermare in una dimensione storica rettamente conosciuta e resa fruttuosa il terreno della propria esistenza».

to Puchta o Jhering; e che per lui sarà sempre un'icona, se ancora in una lettera inviata ad Armin Mohler il 4 gennaio 1976, quando era sulla soglia dei novant'anni, indicando con tre nomi i problemi che gli rimanevano da risolvere, cita, oltre a Däubler e Donoso Cortés, proprio Bachofen<sup>104</sup>. In un quadro così mutato, questo è il monito di Schmitt, lungi dall'avventurarsi in «ripescaggi di tipo reazionario», bisogna allora impegnarsi nell'acquisizione di quell'eterogeneo sapere rivolto a ogni aspetto della storia che aumenta sempre più, perché essa «può risultare scientificamente fruttuosa per il presente»: e intanto «lasciare che il morto positivismo del XIX secolo seppellisca i propri morti»<sup>105</sup>. Bisogna insomma indirizzarsi lungo la via percorsa dallo stesso Schmitt, seguendone il cammino che in molteplici opere, ma sommamente in *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*<sup>106</sup> – per taluno il suo libro più bello, da annoverare tra i primi testi che narrano la storia della globalizzazione<sup>107</sup> –, lo porta a inoltrarsi in territori dove si incrociano, in una prospettiva diacronica capace di gettare luce sulla contemporaneità anche giuridica, politica e diritto, filosofia e teologia, antropologia e mitologia. Rami del sapere di cui egli riesce a dare fascinosamente conto non solo perché li padroneggia, ma pure perché ha nelle sue corde due registri all'apparenza inconciliabili: «quello della logica e quello della seduzione, del concetto e dell'immaginazione, della ragione e del mito»<sup>108</sup>.

Attingere indistintamente al *Beruf* di Savigny, osserva ulteriormente Schmitt nel testo di cui andiamo occupandoci, sarebbe sbagliato anche per un'altra ragione di per sé dirimente: quel saggio non persuade affatto «per il contenuto concettuale ed il modo di argomentare», connotato com'è da lampanti contraddizioni, cui non fa velo la bellezza della lingua e dello stile. Basti pensare che Savigny «annuncia la dottrina di un creativo spirito del popolo che cresce involontariamente, e tuttavia egli è diventato il fondatore di una scuola, nel senso stretto della parola, solo storica, di un 'diritto naturale di ciò che è storicamente divenuto' (Max Weber), di una tendenza

104. Cfr. SCHMITT, *Briefwechsel mit einem seiner Schüler*, 407.

105. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 73 s.

106. Il titolo dell'originale, apparso per la prima volta a Lipsia nel 1942, è *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*. La traduzione italiana qui presa a riferimento è stata pubblicata a Milano nel 2002.

107. Cfr. VOLPI, *Il potere degli elementi*, 135.

108. Cfr. VOLPI, *Il potere degli elementi*, 137.

che infine ha portato ad una forma di erudizione» – che ovviamente non è quella calda e viva di Bachofen – «archeologica, filologica e papirologica, apparsa come un unico grande anacronismo, che solo molto indirettamente entra in contatto con lo spirito del popolo vivente in continua espansione». E anche il parallelo tracciato da Savigny fra diritto e linguaggio appare a Schmitt infelice, dal momento che esso giustificava l'affermarsi, anche nell'ambito del primo, dell'anima germanistica e non già di quella romanistica: l'invito «ad un ritorno alle pure fonti, criticamente valutate, del diritto romano ed alla loro lingua latina» non era certo in consonanza con «la dottrina dello spirito del popolo». Il saggio di Savigny del 1814 per Schmitt è però basilare, continuando a insegnare molto, perché contiene «la prima cosciente presa di distanza dal mondo dell'attività normativa», enunciando una dottrina, quella «dello sviluppo senza mire del diritto» assicurato dalla scienza giuridica, che fa di questa «l'antipodo del diritto che viene di fatto meramente sancito». E perché, in virtù dell'approccio storico che vi è praticato, il quale contempla il «ritorno al diritto romano ed alla purezza delle fonti», giunge a riconoscere che la scienza giuridica si fonda «solo su se stessa» ed è separata dalla teologia, dalla filosofia «e dalla perizia giuridica meramente artigianale», cogliendo così perfettamente «die geschichtliche Lage der europäischen Rechtswissenschaft in ihrem Kern». Meriti che l'attività legislativa nella quale Savigny si sarebbe paradossalmente impegnato dopo il 1840, una volta diventato uomo dell'alto apparato pubblico, non riesce a offuscare: ancorché non più percepiti dai giuristi positivisti che da allora venivano incrementando le proprie file, fedeli al dogma della riduzione del diritto alla legge dello Stato<sup>109</sup>.

A insidiare oggi la nostra scienza, conclude Schmitt, non è comunque la teologia né, se non occasionalmente, la filosofia: è invece lo «scatenarsi di un tecnicismo che si serve della legge dello Stato come di uno strumento». Consci di ciò, dunque, coloro che quella scienza esercitano devono continuare a farlo, con l'intento di scongiurare il rischio di un definitivo dissolversi del diritto «nella rete di prescrizioni normative sempre di nuovo 'poste'». Del resto, scrive Schmitt, noi «non possiamo sceglierci, secondo i nostri gusti, i regimi e i mutevoli detentori del potere, ma tuteliamo, con il cambiare delle situazioni, ciò su cui poggia un modo razionale di essere uomini che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi

---

109. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 74 ss.; per le parole in tedesco v. SCHMITT, *Die Lage*, 28.

fa parte un riconoscimento della persona<sup>110</sup> che non venga meno neppure nella contesa», cioè – a voler rischiare il concetto rifacendosi a una delle idee forti che solcano gli scritti di Schmitt – in quello scontro virtuale o reale tra amico e nemico in cui risiede la cifra prima del ‘politico’<sup>111</sup>; un riconoscimento della persona «che poggia sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e per la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del livello minimo di regolarità procedurale, del ‘due process of law’, senza cui non c’è diritto»<sup>112</sup>. Nel custodire il nucleo indi-

110. Rileva sul punto BRETONE, *Come l’anatra*, 135: «adoperato in modo assoluto – senza nessun ricorso alle distinzioni abituali nella dottrina giuridica nazionalsocialista, e allusive all’appartenenza o no al popolo tedesco, allo stesso diritto e allo stesso sangue (*Volksgenosse* e *Nicht-Volksgenosse*, *Rechtsgenosse* e *Nicht-Rechtsgenosse*, *Blutsgenosse* e il suo contrario) – ‘persona’ sembra riacquistare il valore di un tempo: il valore che aveva, per intenderci, in Kant o nel *Sistema* di Savigny, nel BGB o nella Pandettistica».

111. Cfr., in particolare, SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, 108 ss., dove si rinvencono queste importanti precisazioni: «il nemico è l’*hostis*, non l’*inimicus* in senso ampio»; per la determinazione della relativa nozione è rilevante un passo di Pomponio in D. 50.16.118, ma soprattutto la definizione che vi è data nel *Lexicon totius Latinitatis* di Forcellini, ossia che «*hostis* è colui col quale combattiamo pubblicamente una guerra», mentre «*inimicus* ... è colui col quale abbiamo odi privati. I due concetti possono essere distinti anche nel senso che *inimicus* è colui che ci odia; *hostis* chi ci combatte». Inoltre, «i concetti di amico, nemico e lotta acquistano il loro significato reale dal fatto che si riferiscono in modo specifico alla possibilità reale dell’uccisione fisica. La guerra consegue dall’ostilità poiché questa è negazione assoluta di ogni altro essere. La guerra è solo la realizzazione estrema dell’ostilità. Essa non ha bisogno di essere qualcosa di quotidiano o di normale, e neppure di essere vista come qualcosa di ideale o di desiderabile; essa deve però esistere come possibilità reale, perché il concetto di nemico possa mantenere il suo significato». V. altresì SCHMITT, *Teoria del partigiano*, 119: «il nemico non è qualcosa che si debba eliminare per un qualsiasi motivo, o che si debba annientare per il suo disvalore. Il nemico si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione mi devo scontrare con lui: per acquisire la mia misura, il mio limite, la mia figura». Senza l’*hostis*, dunque, per Schmitt non si dà una forma politica, come ribadisce anche MARRAMAIO, *Potere e secolarizzazione*, 184 ss.

112. Certo Schmitt avrà pensato a questi principi quando, in *Ex Captivitate Salus*, 62 s., scrive, con riferimento alla sua personale esperienza: «le sofferenze che gli uomini s’infiggono a vicenda sono terribili. Non possiamo semplicemente distogliere lo sguardo da esse. Ma come sopportarne la vista? Come può in particolare un uomo, per il quale il sapere giuridico è divenuto parte della sua esistenza, sopportare il mero fatto, anzi, la mera possibilità di una totale privazione dei diritti, chiunque essa colpisca nel singolo caso? E se colpisce lui stesso, allora alla situazione del giurista spossessato dei suoi diritti, dell’uomo di legge (*lawyer*) dichiarato fuori legge (*outlaw*), del legista posto ‘hors-la-loi’ si aggiunge qualcosa di particolarmente amaro, che si somma a tutte le altre sofferenze fisiche e psichiche: l’aculeo del sapere, che di continuo rinfocola il bruciore della ferita».

struttibile di ogni diritto di fronte a qualsiasi attività normativa disgregante «sta la dignità che ci viene consegnata» e la nostra missione. Solo dandovi seguito si può sconfiggere «il pericolo di un tecnicismo vuoto e legalitario», oggi più che mai incombente, già combattuto da Savigny con il suo scritto del 1814 e, a suo modo – rifugiandosi cioè nella ricerca antropologica e mitologica e rifuggendo un’attualità pervasa dal positivismo, verrebbe da pensare, a integrazione del pensiero di Schmitt –, anche da Bachofen. Ecco allora che, «in un’epoca in cui la legalità è diventata un’arma velenosa con la quale un partito colpisce alle spalle un altro, la scienza del diritto diventa l’ultimo asilo della coscienza giuridica». Riportata interamente a se stessa, tale scienza, pur a fronte del terrore generato dagli strumenti di annientamento ormai in mano a tutti i detentori del potere, è in grado di trovare «la cripta misteriosa in cui i germi del suo spirito sono protetti contro ogni persecutore», senza «morire di una comune morte con i miti della legge e del legislatore». Come si può e si deve ricavare dall’insegnamento di Savigny, sottolinea ancora Schmitt<sup>113</sup>.

### 13. I mezzi della scienza giuridica europea

Questo, dunque, sosteneva lo studioso di Plettenberg parlando, fra il 1943 e il 1944, della situazione della scienza giuridica europea, itinerante tra le varie città dianzi ricordate, anche se – come già notato – qualche riflessione appartiene solo al testo pubblicato nel 1950.

Non un’esaltazione dell’ideologia nazista o un incitamento ad aderirvi vi si distingue, ma una glorificazione, forse un po’ nostalgica, di quella scienza giuridica che per secoli è stata capace di elaborare da sé il diritto, riuscendo a riportare nel suo alveo pure le statuizioni normative a carattere autoritativo: e quindi, anzitutto, della scienza dei giureconsulti romani, trasmessa da Giustiniano; e poi anche della scienza dei giureconsulti che si sono avvicendati dall’età dei glossatori a Savigny e fino ai pandettisti, in misura variabile dipendente dalla prima<sup>114</sup>. Grazie a costoro, in particolare, a essere vigente in Europa – tanto da diventarne «l’autentico fondamento

113. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 82 ss.

114. Evidenza FIORAVANTI, *Kelsen*, 343, n. 59, che Schmitt non propone certo «una sorta di ‘ritorno a Savigny’»: ma che la sua «avversione per certe caratteristiche del diritto positivo del proprio tempo è così forte ... da far divenire ‘la nostalgia di Savigny’ una componente essenziale di un progetto preciso di riorientamento della scienza giuridica della metà del secolo ventesimo».

identitario»<sup>115</sup> – è stato essenzialmente un diritto, qual è quello romano latamente inteso, individuato da un ceto di esperti secondo metodiche razionali a partire dalle fonti antiche, ma non prodotto, più o meno artificialmente, da questo: piuttosto, come dice Carrino, da questo «pensato e con-saputo»<sup>116</sup>. Un diritto, per giunta, che, per il suo stesso modo di formarsi e affiorare, non porta con sé obiettivi predeterminati, tranne quello di essere quello che è. Diversamente dal diritto visto in chiave positivista, quale risultato di un'incessante attività legislativa di monopolio statale volta a scopi specifici, che, a iniziare dal XIX secolo, tende a calpestare quello delineato dalla scienza giuridica.

Ben più difficile è invece scorgere nelle parole di Schmitt, pur chiare nel tratteggiare il compito proprio della scienza giuridica nel futuro dell'Europa, i mezzi di cui questa può e deve avvalersi per assolverlo.

Quanto al compito, abbiamo infatti visto che è da lui identificato nella salvaguardia dell'unità e della coerenza del diritto, costantemente compromesse dal profluvio di disposizioni legislative. Ma sui mezzi utilizzabili dalla scienza giuridica per espletare la sua missione Schmitt appare ermetico, quasi reticente. Certo le è precluso, a suo modo di pensare, di rinverdire il programma di Savigny e così di restituire una centralità operativa ormai anacronistica al diritto romano. Più in generale, le è vietato il recupero di ogni realtà normativa già superata, che suonerebbe come reazionario. Pur essendo indispensabile, per Schmitt, che essa non perda il contatto con la storia concepita nella maniera più ampia, senza che siano banditi dal suo campo profili insoliti, come quelli antropologici e mitologici cari a Bachofen: perché solo così può rendersi avvertita di ciò che è e del ruolo che è chiamata a giocare, perpetuando a livello europeo una forma di razionalizzazione del diritto scoperta e messa a punto dai *prudentes* romani e ripresa in tutto il nostro continente a partire dai glossatori; e poi perché una conoscenza del passato estesa ai suoi ambiti più reconditi può rivelarsi comunque utile quando si indaghi il presente *sub specie iuris*. Ma a opinare così si è più nel campo della missione che in quello dei mezzi della scienza giuridica. Rispetto a questi, in definitiva, Schmitt lascia solo supporre, a chi voglia dare coerente sviluppo alla sua impostazione, che devono essere forti, tali da assicurare alla scienza giuridica il predominio, ovviamente

---

115. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 97.

116. Cfr. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, 13.

rispetto all'area del diritto, sullo Stato, espressione del positivismo puro, che in continuazione detta regole. Ma non così forti da fare della scienza giuridica il luogo di creazione del diritto stesso, nonostante un assunto di Schmitt che indurrebbe a pensare il contrario, ove non adeguatamente riassorbito nel discorso complessivo: «die Rechtswissenschaft ist eben selbst die eigentliche Rechtsquelle»<sup>117</sup> ovvero «la scienza del diritto è appunto essa stessa l'autentica fonte del diritto»<sup>118</sup>.

Come opportunamente ha messo in risalto Carrino, confutando con vigore l'opposta opinione manifestata a suo tempo da Enrico Allorio, vero è che Schmitt, nel testo che siamo venuti analizzando, «lascia passare l'idea (sia pure non argomentata e dimostrata) per cui diritto e scienza giuridica (quasi) si identificano, sicché l'uno non potrebbe (logicamente) essere il 'prodotto' dell'altra»<sup>119</sup>. Perché anche per lui, come già per Savigny, il diritto sembra essere qualcosa di dato – che può comunque essere esplicitato da un legislatore, ma da un legislatore moderato e accorto –, cui dà forma compiuta il ceto dei giuristi<sup>120</sup>. A questo, infatti, compete riconoscere il diritto, accoglierlo in sé e farlo germogliare, come emerge da una meditazione che Schmitt consegna ai suoi diari il 1° settembre 1948<sup>121</sup>: silente tuttavia anch'essa sui mezzi con cui Schmitt vorrebbe veder lavorare il ceto chiamato ad arginare i danni derivanti dalla frenetica fabbricazione di precetti a opera dello Stato vittima del positivismo.

A ragione, allora, Salvatore scrive che per Schmitt la scienza giuridica è sì fonte del diritto, ma nel senso che «ogni regolazione giuridica realmente in grado di garantire un autentico rapporto organico tra momento normativo e forma di vita non può non risultare il frutto di una consapevole elaborazione giurisprudenziale. La scienza giuridica si rivela quindi il *medium* del diritto, se si vuole il centro di elaborazione della forma giuridica, ma non già l'origine del diritto». Questa, come lo stesso Salvatore non manca

---

117. Cfr. SCHMITT, *Die Lage*, 23.

118. Cfr. SCHMITT, *La condizione*, 69.

119. Cfr. CARRINO, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, 9 s.

120. In quale modo, per Schmitt, «la scienza del diritto possa agire come 'autentica fonte del diritto' (lo era per Savigny), non risulta chiaro, e la vecchia metafora rivendica una forza esplicativa che in realtà le è preclusa»: questo scrive BRENONE, *Come l'anatra*, 134. Per quanto detto nel testo, è però da escludere che Schmitt connotasse in senso propriamente e pienamente produttivo la scienza del diritto.

121. Cfr. SCHMITT, *Glossario*, 274.

di chiarire, è invece da rinvenirsi «istituzionalisticamente nelle pratiche sociali di fatto invalse all'interno di un dato contesto», recepite o meno dal legislatore<sup>122</sup>.

Se il pericolo che questo, il legislatore cioè, si muova senza il dovuto riguardo verso l'istanza ordinatrice proveniente dal basso è neutralizzabile, nella nuova prospettiva di Schmitt, dai giuristi, in essa residua però «il rischio di una 'giuristocrazia'», inteso come rischio di uno sconfinamento della scienza giuridica oltre il compito a essa assegnato<sup>123</sup>. Ma soprattutto, e prima ancora, si annida la lacuna prima segnalata, relativa non all'obiettivo ultimo dei giuristi, come visto di per sé chiaro, ma al tipo di attività a loro richiesta nel concreto in vista del suo conseguimento. Né, come rileva Salvatore, si può concedere a Schmitt, «in altri frangenti cerusico peritissimo nell'arte di maneggiare il rasoio occamiano», che un discorso quale quello da lui inanellato resti sospeso sulla nube della missione dei giuristi, senza nulla precisare circa il contenuto effettivo del loro lavoro quotidiano: per ancorarsi alla realtà, un discorso siffatto avrebbe invero dovuto tracciare la fisionomia di «una pratica giuridica effettiva», consona rispetto al compito affidato ai giuristi da Schmitt<sup>124</sup>. A lui si può tuttavia concedere, ed è ancora Salvatore a proporre questa ipotesi di lettura, che ritenesse sufficiente battersi per una presa di coscienza, da parte della classe dei giuristi, della loro identità storica e della loro autentica funzione ovvero, in ultima analisi, per il riconoscersi della scienza giuridica come tale, e cioè «depositaria di un sapere necessario a garantire la tenuta ordinamentale di un coerente insieme di norme di contro a ogni tentativo di ridurre il diritto al mero funzionamento di irrelati segmenti regolativi»: convinto che una scienza giuridica realmente consapevole di sé sappia trovare autonomamente le proprie vie, così come sempre è stata in grado di individuare nel corso della sua storia<sup>125</sup>.

**Abstract:** La conferenza sulla situazione della scienza giuridica europea che Carl Schmitt tiene in varie città di un continente dilaniato dalla guerra tra il 1943 e il 1944 segna il suo definitivo passaggio tra gli estimatori del diritto romano comunque declinato, ai quali per anni, specie allorché ricopriva il ruolo di 'Kronjurist' del Terzo Reich, si era attivamente contrapposto, lottando per il sopravvento di un diritto privato autenticamente tedesco

122. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 102.

123. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 107.

124. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 120.

125. Cfr. SALVATORE, *A maggior gloria*, 122 s.

su quello sostanzialmente ancora romano confluito nel BGB in vigore dall'inizio del XX secolo. Al centro del saggio vi è proprio la figura di questo controverso giurista e il suo mutato rapporto con il diritto romano alla base della scuola storica fondata da Savigny, della pandettistica e delle codificazioni moderne in genere, probabilmente frutto non solo di mero opportunismo.

**Keywords:** Savigny, scuola storica del diritto, romanisti e germanisti, pandettistica, nazionalsocialismo e diritto romano, Schmitt.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE L., *Il pensiero politico di Schmitt*, Roma-Bari 1996.
- BACHOFEN J.J., *Retrospectiva di una vita*, in J.J. Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrasia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, a cura di G. Schiavoni, I, Torino 1988, XLIX-LXIV.
- BRETONE M., *Come l'anatra*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004, 127-152.
- CARRINO A., *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, in C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma 1996, 7-30.
- CHAPOUTOT J., *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, Torino 2016.
- CHAPOUTOT J., *La rivoluzione culturale nazista*, Roma-Bari 2019.
- ESPOSITO R., *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino 2020.
- FIORAVANTI M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano 1991, 303-366.
- FRANK H., *Die Zeit des Rechts*, in *Deutsches Recht. Mitteilungsblatt des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und des Reichsrechtsamtes der NSDAP*, 6. Jg. H. 1/2 (1936) 1-3.
- GALLI C., *Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica*, in C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, Bologna 2018, 7-36.
- GALLI C., *Forme della critica. Saggi di filosofia politica*, Bologna 2020.
- GALLI C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna 2010.
- GAROFALO L., *'Iustitium' e stato di eccezione in Giorgio Agamben*, in L. Garofalo, *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pisa 2018, 179-204.
- GAROFALO L., *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 263-330.

- GAROFALO L., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino 2015.
- GAROFALO L., *Intrecci schmittiani*, Bologna 2020.
- MARINI G., *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966.
- MARRAMAO G., *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino 2005.
- MEHRING R., *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München 2009.
- MEHRING R., *Martin Heidegger und die 'konservative Revolution'*, Freiburg-München 2018.
- MERKER N., *Filosofie del populismo*, Roma-Bari 2009.
- MERKER N., *Il nazionalsocialismo. Storia di un'ideologia*, Roma 2013.
- NIEKISCH E., *Erinnerungen eines deutschen Revolutionärs. I. Gewagtes Leben (1889-1945)*, Beltheim-Schnellbach 2015.
- ORRÙ G., s.v. *Scuola storica del diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, 197-208.
- PALANO D., *Il sentiero della «politologia concettuale»*, in G. Miglio, *Carl Schmitt. Saggi*, a cura di D. Palano, Brescia 2018, 63-121.
- PIETROPAOLI S., *Schmitt*, Roma 2012.
- PUGLIESE G., *Diritto romano e scienza del diritto*, in G. Pugliese, *Scritti giuridici scelti*, III, a cura di L. Vacca, Napoli, 1985, 159-204; prima in *Annali dell'Università di Macerata*, XV, 1941, 5-48.
- SALVATORE A., *Presentazione*, in C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. Salvatore, Macerata 2020, 7-14.
- SALVATORE A., *A maggior gloria della 'scientia iuris'. L'istituzionalismo giurisprudenziale di Carl Schmitt*, in C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. Salvatore, Macerata 2020, 81-124.
- SANTUCCI G., *Diritto romano e nazionalsocialismo: i dati fondamentali*, in *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006)*, a cura di M. Miglietta - G. Santucci, Trento 2009, 53-82.
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, 1, Torino 1886.
- SCHMITT C., *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 1950.
- SCHMITT C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin 1958.
- SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari 1975.

- SCHMITT C., *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Milano 1981.
- SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1984.
- SCHMITT C., *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano 1987.
- SCHMITT C., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, a cura di G. Maschke, Berlin 1995.
- SCHMITT C., *Briefwechsel mit einem seiner Schüler*, a cura di A. Mohler in collaborazione con I. Huhn e P. Tommissen, Berlin 1995.
- SCHMITT C., *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma 1996.
- SCHMITT C., *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano 2001.
- SCHMITT C., *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare. Un contributo all'interpretazione della Costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta*, in C. Schmitt, *Democrazia e liberalismo*, a cura di M. Alessio, Milano 2001, 26-86.
- SCHMITT C., *Terra e Mare*, Milano 2002.
- SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio - P. Schiera, Bologna 2003, 27-86.
- SCHMITT C., *Il concetto di 'politico'. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio - P. Schiera, Bologna 2003, 101-166.
- SCHMITT C., *Il nomos della terra*, a cura di E. Castrucci - F. Volpi, Milano 2003.
- SCHMITT C., *La costituzione della libertà*, in Y.C. Zarka, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, Genova 2005, 63-66.
- SCHMITT C., *La legislazione nazionalsocialista e la riserva dell' "ordre public" nel diritto internazionale privato*, in Y.C. Zarka, *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, Genova 2005, 67-89.
- SCHMITT C., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Milano 2005.
- SCHMITT C., *Stato, movimento, popolo*, in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza 2005, 255-312.
- SCHMITT C., *Un giurista davanti a se stesso*, in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza 2005, 151-183; prima in *Quaderni Costituzionali*, III.1, 1983, n. 5, 5-34.
- SCHMITT C., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza 2005.
- SCHMITT C., *La scienza giuridica tedesca in lotta contro lo spirito ebraico*, in C. Angelino, *Carl Schmitt sommo giurista del Führer. Testi antisemiti (1933-1936)*, Genova 2006, 31-40.

- SCHMITT C., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in C. Schmitt, *Sul Leviatano*, a cura di C. Galli, Bologna 2011.
- SCHMITT C., *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, a cura di C. Galli, Bologna 2013.
- SCHMITT C., *Il 'diritto pubblico generale tedesco'*, in C. Schmitt, *La formazione dell'«esprit» in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, a cura di C. Pontorieri, Genova 2015, 37-61.
- SCHMITT C., *La formazione dell'«esprit» in Francia per mezzo dei legisti*, in C. Schmitt, *La formazione dell'«esprit» in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, a cura di C. Pontorieri, Genova 2015, 63-102.
- SCHMITT C., *La formazione dell'«esprit» in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, a cura di C. Pontorieri, Genova 2015.
- SCHMITT C., *Nomos - Presa di possesso - Nome*, in C. Schmitt, *Stato, grande spazio, nomos*, a cura di G. Maschke e G. Gurisatti, Milano 2015, 337-368.
- SCHMITT C., *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, a cura di E. Castrucci, Milano 2016.
- SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, Bologna 2018.
- SCHMITT C., *La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. Salvatore, Macerata 2020.
- SCHMITT C. - D'ORS Á., *Briefwechsel*, a cura di M. Herrero, Berlin 2004.
- THIBAUT A.F.J. - SAVIGNY F.C., *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli 2000.
- VARVARO M., *Gli «studies humanitatis» e i «fata iuris Romani» tra fascio e croce uncinata*, in *Index* 42 (2014), 643-661.
- VOLPI F., *Il potere degli elementi*, in C. Schmitt, *Terra e Mare*, Milano 2002, 113-149.
- ZARKA Y.C., *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*, a cura di S. Regazzoni, Genova 2005.