



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics





JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. XIX, 2022, n. 1: La concretezza dell'ordine. La svolta istituzionalista di Carl Schmitt

Fondatore

Danilo Zolo

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Roger Campione, Thomas Casadei, Dimitri D'Andrea, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni, Stefano Pietropaoli (Vicedirettore), Rosaria Piroso (Segretaria di redazione), Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (Direttrice e Responsabile intellettuale), Filippo Ruschi, Emilio Santoro, Silvia Vida

Comitato scientifico

Francisco Javier Ansuátegui Roig, Margot Badran, Raja Bahlul, Étienne Balibar, Richard Bellamy, Franco Cassano†, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago†, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević†, Tecla Mazzaresse, Jerónimo Molina Cano, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Gianfrancesco Zanetti, Wang Zhenmin

La rivista è espressione di Jura Gentium – Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, c/o Dipartimento di Scienze Giuridiche, via delle Pandette 32, 50127 Firenze

Comitato direttivo

Luca Baccelli (Presidente), Stefano Pietropaoli (Segretario), Katia Poneti, Lucia Re, Filippo Ruschi (Vicepresidente), Emilio Santoro



VINCENZO RAPONE

*L'istituzione tra decisione e oggettivismo giuridico:
Schmitt lettore di Hauriou.*

Abstract: The subject of this study investigates the relationship between “decision-thinking” and “Konkretes-Ordnungsdenken” in Carl Schmitt. Does the thinking of the institution really overflow with the “decision-making” approach? Really, the thought of the institution, insofar as it is internal to the logic by ideal-type, is internal to the decision-making paradigm. There are a lot of differences between the thinking of the 1930s and the previous reflection, but not such as to suggest a total change of epistemological paradigm by Carl Schmitt. In addition, institution and legal order (Santi Romano e Maurice Hauriou) are studied, outside ‘ideal-typical’ perspective.

Keywords: ideal-type; institution; legal order; pluralism; sociological jurisprudence; Law and State.

1. La ‘svolta istituzionalistica’ di Carl Schmitt (1933-34)

Oggi distinguerei non più fra due, ma fra tre tipi di pensiero giuridico: cioè, oltre al tipo normativistico e a quello decisionistico, anche quello istituzionale. Questa consapevolezza è il frutto dello sviluppo della mia teoria delle ‘garanzie istituzionali’ e dell’approfondimento dell’importante teoria dell’istituzione di Maurice Hauriou. Mentre il normativista puro pensa attraverso norme impersonali e il decisionista stabilisce il giusto diritto attraverso una decisione personale in una situazione politica correttamente conosciuta, il pensiero giuridico istituzionale si articola in istituzioni e conformazioni soprapersonali¹.

¹ *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), trad. it. (parziale), *I tre tipi di pensiero giuridico*, ne *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 247-78. La letteratura critica su Schmitt è ampia; a titolo puramente indicativo, ci limiteremo qui a segnalare qui i soli: P. P. Portinaro, *La crisi dello ius publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982; M. Fioravanti, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 51-104; L. Albanese, *Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 65-66; G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996; J. Taubes, *Gegenstrebige Fügung*, Berlin, Merve Verlag, 1987, trad. it., *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata, Quodlibet, 1996; C. Galli, *Genealogia della politica*, Bologna, il Mulino, 2010; M. Croce, A. Salvatore, *L’indecisionista. Carl Schmitt oltre l’eccezione*, Macerata, Quodlibet, 2020, p. 105; A. Salvatore, *Carl Schmitt. Eccezione Decisione Politico Ordine concreto Nomos*, Roma, DeriveApprodi, 2020.



Quest'affermazione di Carl Schmitt, tolta da *I tre tipi di pensiero giuridico*, è tutt'altro che episodica: nel novembre del 1933, infatti, la *seconda edizione* di *Teologia politica* contiene una *Premessa*, nella quale ad essere acquisito è uno schema triadico: in posizione di 'terzo', l'istituzionalismo, 'tipo di pensiero giuridico' in cui si identifica l'elemento la cui rimozione avrebbe fatto ostacolo alla costruzione di una scienza del diritto organicamente costituita, ideale, in una certa misura, irraggiungibile. Se la 'parte' si fa 'tutto', quale immaginaria *adaequatio* al suo oggetto, l'effetto sarà dell'involuzione della scienza giuridica; in questo senso:

E mentre il normativista nella sua degenerazione fa del diritto una mera funzione di una burocrazia statale ed il decisionista si trova sempre in pericolo di fallire, con la puntualizzazione del momento, l'essenza implicita in tutti i grandi movimenti politici, un pensiero isolatamente istituzionale conduce al pluralismo di una crescita priva di sovranità, di tipo cetal-feudale².

'Decisione', 'norma', 'ordinamento', sono considerati tanto elementi compresenti nella realtà del diritto quanto possibili 'tagli interpretativi' su un reale altrimenti indecifrabile: ad imporsi, una rivisitazione dell'impianto teorico eccezionalistico, spinta al punto che viene ricostruita *a posteriori*, in *après coup*, l'omologia tra le entità politiche, *Stato, movimento, popolo*³, la cui presa in carico aveva legittimato l'avvicinamento al nazismo e i tre 'tipi di pensiero giuridico'.

² C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1934²), trad. it., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, ne *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 30.

³ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, *Hanseatische Verlagsanstalt* (1935³), trad. it., *Principi politici del nazionalsocialismo*, a cura di D. Cantimori, Firenze, Sansoni, 1935.



Il rilievo tributato alle teorie dell'ordinamento (Santi Romano)⁴ e a quelle dell'istituzione (Hauriou)⁵ rende indifferibile una riflessione sul rapporto che Schmitt intrattiene con l'istituzionalismo: la tesi della sua iscrizione senza resto nell'istituzionalismo è di Meierheinrich, che l'ha sostenuta nel 2016, prendendo le mosse dalla rilevanza che il tema dell'ordine avrebbe avuto, sin dagli albori della riflessione del giurista. Se, inizialmente, questo il tenore complessivo della sua ricostruzione, i corpi pubblici sarebbero stati intesi 'ingenuamente' dal giurista tedesco, alla stregua, cioè, di istituzioni, in assenza di un riferimento metateorico all'istituzione stessa, il successivo riferimento a giuristi come Santi Romano e Maurice Hauriou avrebbe reso definitiva, legittimandola, la sua adesione alle tesi all'istituzionalismo. In che misura, ci chiediamo, regge una lettura 'pan-istituzionalista' di Schmitt? Come sostengono, in maniera del tutto pertinente, Croce e Salvatore, che a questo tema hanno dedicato importanti ricerche:

Persino nell'edizione del 1921 de *La dittatura*, secondo Meierheinrich, Schmitt offrirebbe una prospettiva istituzionalistica della figura giuridica in questione. [...] Meierheinrich vi si richiama per rimarcare la difesa schmittiana della dittatura commissaria rispetto alla dittatura sovrana. Nella prima, il dittatore ha il compito specifico e limitato di ripristinare l'ordine in

⁴ Per una ricognizione della nozione di ordinamento, inteso in senso formalistico, cf. V. Frosini, "Ordinamento giuridico (Filosofia del diritto)", in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, p. 639 e ss., M. Brutti, "Ordinamento giuridico (Profili storici)", ivi, p. 654 e ss., F. Modugno, "Ordinamento giuridico, (Dottrine generali)", ivi, p. 654 e ss., A. G. Conte, "Ordinamento giuridico", in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino 1965, L. Lombardi Vallauri, "Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo" (Atti del X Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica), a cura di R. Orecchia, Milano, Giuffrè, 1976, p. 9 e ss. Sul rapporto tra Carl Schmitt, e Santi Romano, cfr. A. Catania, "Carl Schmitt e Santi Romano", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 64, 1987, pp. 546-575, poi ne *Il diritto tra forza e consenso. Saggi di filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 137-77; S. Pietropaoli, "Ordinamento concreto e *konkrete Ordnung*. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", in *Jura Gentium. Rivista del diritto internazionale e politica globale*, 9, 2012, (2). Cfr., inoltre, Th. Casadei e S. Pietropaoli, "Ricucire' prassi e teoria del diritto: spunti di riflessione a partire da Santi Romano", Nota editoriale in *Jura Gentium. Rivista del diritto internazionale e politica globale*, XV (2018), 2, pp. 7-16.

⁵ Su Hauriou, cfr. G. Gurvitch, *L'idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932, pp. 647-710; C. Goretti, *Il liberalismo giuridico di Maurice Hauriou*, Milano, Tip. Edit. L. Di Pirola 1933; AA. VV. *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)*, Pedone, Paris 1969; A. Scerbo, *Istituzionalismo giuridico e pluralismo sociale. Riflessione su alcuni filosofi del diritto francese*, Catanzaro, Rubbettino, 2007. Una riflessione di taglio filosofico-politico generale è quella di R. Esposito, *Istituzione*, Bologna, il Mulino, 2021.



tempi eccezionali di crisi, ma non è in alcun modo, come invece accade nella seconda, l'istauratore di un'eccezione sovrana⁶.

Nell'approccio dei due studiosi – cui dobbiamo non solo il merito di aver sconfessato questa tesi, quant'anche, più in generale, di aver meritoriamente riproposto all'attenzione della critica la questione del senso e della portata concettuale della 'svolta' istituzionalistica di Schmitt, intesa nel senso di una revisione di certi assunti del suo pensiero –, l'istituzione sarebbe diventata centrale nel pensiero del giurista sulla scorta di una ben fondata analisi politica. Analisi, il cui tenore può essere così riassunto: le opposizioni in cui si era andata involvendo il liberalismo tra fine '800 e inizio '900 (Stato-individuo, potere dello Stato-libertà individuali, Stato-società civile, sfera pubblica-sfera privata) si sarebbero presentate, ad un certo punto, in una forma tale da non lasciar intravedere una loro possibile risoluzione, del tipo di quella hegeliana. L'individualismo sociale e giuridico, infatti, nonostante l'allargamento dei suoi quadri concettuali, non sarebbe stato più in grado di sintetizzare efficacemente le istanze riconducibili all'associazionismo, istanze legate, da un lato, alla rinascita del comunitarismo medioevale, ma anche, dall'altro, all'irruzione di masse anomiche, impersonali, sulla scena della storia. Si tratta di fenomeni esorbitanti il paradigma teorico del formalismo statualistico, in virtù del quale la società, presupposta l'autoqualificazione della classe borghese come universale, si ritiene costituita da soggetti la cui regolazione riposa esclusivamente sul *medium* della politica. I pilastri di questo dispositivo sono due: da un lato, la legge, espressione della 'volontà generale', dall'altro, la cittadinanza, in funzione di *leveller* radicale di tutte le differenze sociali.

Nella lettura di Croce e Salvatore, per molti versi brillante, gli anni 1933-1934 avrebbero inaugurato una linea inedita nella riflessione di Schmitt, sintetizzata nei seguenti termini:

⁶ M. Croce, A. Salvatore, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, cit., p. 105.



Decisione, norme e istituzioni sono tre elementi ugualmente indispensabili per l'esistenza di un ordinamento giuridico: come nessun ordinamento potrebbe darsi senza uno di essi, così nessun pensiero giuridico può permettersi di tralasciarne alcuno. Benché in date condizioni geo-storiche un elemento possa prevalere sugli altri due sino a caratterizzare un certo modo di intendere il diritto, i tipi di pensiero giuridico che determinano uno squilibrio troppo ampio tra essi (come nel caso di quello decisionista e di quello normativista), sono per loro natura incompleti. In una concezione piena e compiuta del diritto, le norme e le decisioni devono essere viste non come strumenti tecnici nelle mani di agenzie pubbliche, ma come qualcosa che ha a che fare con le pratiche sociali, o, meglio, con l'ordine sociale di fondo – un ordine concreto, da cui l'ordinamento trae linfa vitale⁷.

Gli autori, in definitiva, considerano l'approccio istituzionalista del giurista di Plettenberg in discontinuità con il decisionismo: è così? Che Schmitt, ad un certo punto della sua riflessione, valorizzi l'istituzionalismo, è un dato: purtuttavia, nel riconoscere a *L'indecisionista* i suoi meriti, chi scrive non sente di avallarne del tutto la tesi di fondo, che resta vera rispetto all'istanza di situare su un terreno concreto le istanze normative, ma che non si ritiene del tutto condivisibile nella misura in cui ascrive all'istituzionalismo una funzione centrale tra 'tipi di pensiero giuridico'. Schmitt procede comunque per 'tipi', ricavati *a parte subjecti* tramite astrazione e selezionati tramite decisione; in perfetta coerenza con un impianto legato alla definizione della sfera del trascendentale, il 'tipo' non intrattiene, né potrebbe, un rapporto organico con l'insieme dei dati empirici che intende definire, godendo, al contrario, del privilegio, dovuto al primato della forma, se non di costituirli in senso idealistico, di renderli intellegibili. Il punto centrale è questo: l'istituzionalismo è, e resta, per Schmitt, un 'tipo di pensiero giuridico', ragion per cui questa funzione di bilanciamento è da considerarsi tra 'tipi' stessi: bisogna intendere in che misura il fatto di essere costituito nella modalità del 'tipo' renda possibile situare il pensiero dell'istituzione al di fuori del perimetro del decisionismo. Il 'tipo', nell'accezione in cui lo usa Schmitt, è un 'taglio significante' su un reale che diventa oggetto d'interesse per lo studioso solo e proprio grazie alla sua attività, operata dal

⁷ Ivi, p. 116.



giurista così come dallo scienziato sociale⁸; ne *I tre tipi di pensiero giuridico* questa prospettiva teorica è asserita con vigore: se nell'oggetto-diritto sono compresenti norma, decisione e ordinamento, il pensiero giuridico non può che estrarne uno:

[...] la concezione *finale* – per quanto riguarda la scienza giuridica – dalla quale sono derivate giuridicamente tutte le altre, è sempre e soltanto una: o una norma (nel senso di regola o legge), o una decisione, o un ordinamento concreto. Anche nel diritto naturale o razionale – entrambi sono soltanto pensiero giuridico in senso scientifico, elaborato fino alle ultime conseguenze – si troverà, come ultimo presupposto del diritto, una norma o una decisione o un ordinamento, e solo in base a ciò si potranno definire i diversi tipi di diritto naturale o razionale⁹.

La struttura tipizzante, così come la pensa Schmitt in questa fase, può essere definita alla stregua di un'entità che non rappresenta l'oggetto nella sua totalità e che, per questo, non può non essere 'parziale', espressione, cioè, di una 'parte', di un 'partito', per questo, intrinsecamente 'partigiana': funzione della conoscenza e non dell'oggetto – questo è il punto fondamentale – il 'tipo', nella declinazione istituzionalista, non è senza oggetto, non è, cioè, l'esito di una mera operazione intellettuale di classificazione, 'esterna' rispetto a quest'ultimo. L'attività di costruzione tipologica è considerata intrinseca, imprescindibile ed immanente al lavoro del giurista, così come, d'altra parte, lo è rispetto alla costruzione sociale della sfera normativa. In questo senso, si differenzia radicalmente dai processi di classificazione propri dello storicismo, così come del formalismo, sia filosofico che giuridico, che restano esterni al proprio oggetto.

⁸ Scrive Max Weber (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), trad. it., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, 1980, p. 108): "Il concetto tipico-ideale serve a orientare il giudizio di imputazione nel corso della ricerca: esso non è un'ipotesi ma intende indicare la direzione all'elaborazione di ipotesi. Esso non è una rappresentazione del reale, ma intende fornire alla rappresentazione un mezzo univoco. [...] Esso è ottenuto mediante l'accentuazione unilaterale di uno o di più punti di vista, e mediante la connessione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti, corrispondenti a quei punti di vista unilateralmente posti in luce, in un quadro concettuale in sé unitario".

⁹ C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 247. In questo senso, squisitamente antipositivistico, si dà, giusto a titolo di esempio, un nesso inestricabile tra istituzionalismo e 'ordine giuridico medievale', senza che, per questo, manchino, a livello della realtà presa in considerazione, altri elementi (norma, decisione), potenzialmente oggetto anch'essi di 'astrazione tipica': questo è vero nella scienza, ma anche nel contesto di riferimento.



Nello spingersi oltre in questa riflessione sarà bene sgombrare il campo da un'obiezione, quella di organicismo, che è certamente una dimensione che si installa nella presa in carico dell'istituzionalismo inteso come 'tipo di pensiero giuridico', ma che non può essere considerato coesistente al pensiero del giurista tedesco¹⁰. Per quanto all'interno del 'tipo dell'istituzionalismo' sia patente una ricaduta sostanzialistica che fa capo a rapporti sociali intellegibili alla luce della *Gemeinschaft*, il pensiero per 'tipi', inteso complessivamente, è, ineludibilmente, un pensiero della 'crisi' e dello svuotamento del reale, quanto alla sua essenza: ad emergere, la continuità tra *Römischer Katholizismus und politische Form*¹¹, *Politische Romantik*¹² e *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*¹³. Sullo sfondo, è percepibile la piena coscienza del filosofo e giurista tedesco della crisi della coscienza moderna, crisi introdotta dal razionalismo inaugurato da Galileo e Descartes, il cui meccanicismo aveva sì fornito strumenti concettuali in grado di rendere conto della connessione degli eventi, siano storici o esistenti, in termini di rapporti causa-effetto, ma lo aveva fatto in assenza, però, del postulato di una connessione organica tra forma e materia¹⁴. Così, la regolazione del

¹⁰ Ragion per cui vivrebbe di nuova linfa la critica di Karl Löwith, il quale, in un articolo del 1935, pubblicato peraltro sotto pseudonimo, accusa Schmitt di "occasionalismo romantico", imputandogli una certa leggerezza nello schierarsi politicamente, derivante dalla perdita di referenza oggettiva, veritativa della sua riflessione. Cfr. H. Fiala (K. Löwith), "Politischer Dezisionismus", in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1935, pp. 101-123, rad. it., "Il 'concetto della politica' di C. Schmitt e il problema della decisione", in *Nuovi studi di diritto, economia, politica*, 1935, pp. 58-83, successivamente in K. Löwith, *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 123-66.

¹¹ C. Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form* (1923), trad. it., *Cattolicesimo romano e forma politica*, Bologna, il Mulino, 2010.

¹² Id., *Politische Romantik*, Berlin 1968³, trad. it., *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1981.

¹³ Id., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 247-278.

¹⁴ Così (C. Schmitt *Romanticismo politico*, cit., pp. 85-86, 87): "L'era moderna inizia con due importanti trasformazioni, che si lasciano ricondurre ad un'interessante dinamica, in sé contraddittoria. Con il sistema copernicano, al cui valore rivoluzionario Kant si richiama volentieri, la terra cessò di essere il punto centrale dell'universo. La filosofia di Cartesio cominciò a scuotere l'antico pensiero ontologico; la sua principale argomentazione, il *cogito ergo sum*, indica all'uomo una via soggettiva ed interiore, rivolta verso il pensiero, anziché verso la realtà esterna. Le scienze naturali segnano dunque la fine dei sistemi antropocentrici e geocentrici, e ricercano un punto fermo e centrale al di fuori della terra, mentre il pensiero diviene 'egocentrico' e ritrova in se stesso il punto d'appoggio. La filosofia moderna è così dominata da un dualismo fra pensiero ed essere, concetto e realtà, spirito e natura, soggetto ed oggetto, a cui neppure la filosofia trascendentale kantiana ha saputo fornire un'adeguata soluzione; questa non riesce infatti a restituire allo spirito pensante la realtà oggettiva del mondo esteriore, dato che per Kant l'oggettività del



vivente si iscrive in un paradigma che è, a tutti gli effetti, quello della ‘crisi’: si considera impossibile riconfigurare in senso tradizionale, teologico-metafisico, la relazione tra realtà materiale e sua rappresentazione. Ma è proprio la coscienza dell’incapacità esplicativa di una nozione come quella di causalità, insieme alla consapevolezza dell’inattualità di nozioni quali sostanza, fondamento, ontologia, finalità, a rendere Schmitt avvertito del rischio che un certo formalismo, legato ideologicamente all’affermazione del primato logico-assiologico attribuito all’individuo, ‘saturo’ il ‘vuoto fondativo’ giacente, comunque, al cuore di ogni ordinamento, e che la crisi, semplicemente, renderebbe rappresentabile¹⁵. Il romanticismo, pure aborrito, è dunque un rischio, che, comunque, il giurista ritiene necessario assumere: se il pensiero di Schmitt, come quello dei romantici, si muove all’interno di una perdita dell’orizzonte fondativo, se, ancora, per Schmitt, così come per i romantici, ad una razionale ricostruzione del nesso realtà-rappresentazione non si può giungere attraverso un pensiero razionale-deduttivo, ad essere percorsa è la strada del recupero della ‘durezza’ del reale, seppur all’interno della rappresentazione. Così, se la riflessione del giurista si dispiega nell’ambito di una significativa presa di distanza dal romanticismo, al tempo stesso, la

pensiero sta nei suoi procedimenti, mentre l’essenza della realtà empirica – la cosa in sé – non può mai essere raggiunta. Ma la filosofia post-kantiana si è consapevolmente rivolta contro questa ‘essenza del mondo’, per eliminarne gli aspetti oscuri e irrazionali; Fichte ha risolto l’antinomia attraverso l’Io assoluto, che, nella sua attività assoluta, emana da sé il mondo, e che ‘pone’ se stesso e il suo contrario, il non-Io. [...] Il Romanticismo può essere interpretato come un movimento diretto contro il razionalismo del XVIII secolo; ma i movimenti di questo tipo sono molti ed assai differenziati tra loro, così che sarebbe superficiale limitarsi a designare come romanticismo tutto ciò che non è razionalismo moderno”.

¹⁵ In questa prospettiva, per Schmitt, il Romanticismo non è un ‘rischio’ solo per il singolo che si autoaliena dal legame sociale, il ‘genio’ romantico, quant’anche per l’intellettuale rigoroso, così come per l’‘uomo qualunque’: entrambi patirebbero, nel loro agire quotidiano, la difficoltà di ripensare una prassi che ha perduto, proprio in virtù della crisi dei meccanismi di mediazione tra realtà e concetto, non solo fondabilità, ma anche intelligibilità. Così (*Romanticismo politico*, cit., p. 121): “La ‘ricerca della realtà’ si è conclusa appagandosi dell’esperienza. I romantici si erano slanciati ad afferrare la realtà del mondo, e, una volta superato il mondo, della totalità cosmica; invece di tutto ciò hanno ottenuto soltanto proiezioni e riassorbimenti, prolungamenti e abbreviazioni, il punto, il circolo, gli ellissi e gli arabeschi: insomma, un *ludus globi* animato, cioè soggettivizzato. Sono riusciti ad evitare il contatto brutale con le cose, ma solo perché hanno perduto ogni rapporto con le cose stesse; a chi li osserva nei loro scritti, nelle loro lettere e nei loro diari, tutti alle prese con la manipolazione dell’universo, vengono talvolta in mente i fraudolenti, nell’Inferno di Swedenborg: seduti in una stretta botte, osservano passare sopra di sé delle figure meravigliose, che scambiano per il vero mondo, e, quel mondo, credono anche di essere destinati a governarlo”.

V. Rapone, *L’istituzione tra decisione e oggettivismo giuridico: Schmitt lettore di Hauriou* *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XIX, 2022, 1, pp. 25-52.



tensione al concreto non si sostiene su nessuna sostanza-sostrato: ogni totalizzazione è interdotta, ragion per cui individuale e universale si danno sullo sfondo di una frattura che nessun meccanismo di mediazione può sanare. Il ‘terzo’, quale ‘medio’, è definitivamente infranto: il ricorso alla ‘forma efficace’ rende il giurista tedesco pienamente consapevole delle conseguenze e dell’importanza della crisi dei presupposti metafisici (sostanza, causa, fine): né si tratta di una questione ‘meramente filosofica’, perché in gioco vi sono entità che, realisticamente intese, hanno strutturato tanto la percezione antropologica del reale, quanto la sua regolazione.

È in questa cornice che il giurista tenta la difficile strada, decisionista e problematica (non iscrivibile, cioè, in un orizzonte acriticamente realistico) del ‘concreto’: al di là della crisi del pensiero tradizionale, considerata definitiva, tale cioè da siglare il declino, se non la fine, della capacità rappresentativa del reale *sub specie veritatis*, è viva la spinta di ritrovare la capacità della forma di rapportarsi, efficacemente, al reale dei rapporti socio-economici. Al tempo stesso, però, siffatta capacità rappresentativa va ripristinata nei limiti del possibile, perché sola in grado di limitare, arginare, confinare, la dialettica di normalità ed eccezione, così come l’esonare del formalismo, oltre i suoi limiti costitutivi.

Nella misura in cui l’eccezione si dà quale (s-)fondamento della normatività, a presentificarsi è l’esigenza che il nesso tra normatività giuridica e normalità sociale sia ripristinato nei modi resi possibili dallo stato di ‘crisi’. Pensare il nesso socialità-normatività significa, d’altra parte, preservare l’irriducibilità della dimensione della legittimità a quella della legalità: in quest’ottica l’avvicinamento tra decisionismo e istituzionalismo non è casuale, rispondendo a quell’itinerario di cui *Cattolicesimo romano e forma politica* è parte. È costante la tensione a superare l’astrattezza della norma nella direzione di polarità che non sapremmo definire diversamente se non istituzionali, che materializzano le dimensioni dell’effettualità, della concretezza e dell’ordine. Quest’avvicinamento, ci chiediamo, ha luogo a spese della decisione? Diremmo di no: piuttosto, con la ‘svolta istituzionalistica’, lo ‘stato normale’ del gruppo sociale considerato acquista uno spessore tale che può entrare in conflitto con il ‘tipo di pensiero giuridico’ fondato sul formalismo, ove questo si dispieghi compiutamente oltre i propri



limiti costitutivi, esondando dalla sfera dell'astrazione. Nel caso, infatti, in cui l'efficacia non costituisca più una variabile 'esogena' rispetto alla costruzione formale dell'ordinamento come avviene in Kelsen, se la sfera normativa, acriticamente costitutiva, esaurisce la complessità dell'ordine concreto, è possibile che la composizione tra una realtà sociale, che, selezionando dei 'tipi' normali, tende a configurarsi anche normativamente, e l'ordine, imposto tramite regole astratte ipostatizzate, si riveli in tutta la sua problematicità. A configurarsi, in questo caso, la riedizione del possibile conflitto tra il modello di socializzazione-civilizzazione borghese, fondata sullo scambio tra equivalenti - di cui il denaro è il *pivot* - e realtà sociali ordinantesi - sulla base di meccanismi di selezione interni - consuetudinariamente. Se è vero che vi sono sfere di vita in cui l'astrazione può costituire effettivamente il perno della regolazione empirica di realtà sociali, come nel caso dell'ordinamento di una società di scambio individualistico-borghese, è, dunque, altrettanto vero che:

Vi sono però altre sfere dell'esistenza umana per le quali la trasposizione di un siffatto funzionalismo della mera regolarità significherebbe la distruzione dell'essenza specificamente *giuridica* dell'ordinamento concreto. È il caso di tutti i settori della vita che si sono venuti formando non in modo puramente tecnico, con l'accento posto sullo scambio, ma in modo istituzionale. Essi hanno in sé i concetti relativi a ciò che è normale, alla situazione normale, e il loro concetto di normalità non consiste, come in una società di scambio tecnicizzata, nel fatto di essere una funzione prevedibile di una regolamentazione normativa¹⁶.

Per quanto Schmitt si installi sul terreno di rapporti concretamente intesi, già costituiti - riconducibili, in parte, alla *Gemeinschaft*, il che consente di individuare 'chi' decide volta per volta - lo sfondo resta quello della 'crisi'. Né con questo si intende negare la fecondità, sul piano della ricostruzione storica dei rapporti normativi e in quello del rapporto tra Stati, dell'inclusione del 'pensiero dell'istituzione' nel suo schema¹⁷. Siamo al cuore della definizione di problematiche comuni all'istituzionalismo, ma questo non

¹⁶ C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., pp. 257-258.

¹⁷ Su questo punto, rilevanti considerazioni in: S. Pietropaoli, "Ordinamento concreto e *konkrete Ordnung*. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt", cit.



vuol dire, lo si ribadisce, essere fuori del perimetro del decisionismo, tanto per ciò che riguarda la selezione del ‘tipo’ da parte della scienza giuridica, quanto per quella del ‘tipo normale’, che ha luogo nel seno del contesto sociale. Rappresentazione e selezione di ‘tipi normali’, infatti, ‘devono-poter’ contenere in sé la ‘misura della loro dismisura’, l’espressione di un ‘eccesso (s-)fondativo’ rispetto alla costituzione del normale\normativo¹⁸, eccesso su cui la decisione si impianta. Si tratta di un ‘poliverso’ sincronicamente informato, in ultima istanza, da un ‘significante inaugurale’, in posizione d’eccezione, un ‘S₁’, che è il luogo in cui la decisione si installa, in grado di annodare trascendenza e immanenza, la cui posizione è eccentrica, di fatto e di diritto, all’ordine. ‘Teoria’ e ‘ordine concreto’ restano pur sempre definiti in senso decisionistico: la ‘forma efficace’ risponde, in ultima istanza, ad un significante che si libra su un ‘vuoto d’essere’, il che si traduce nel senso che la forma in cui questi rapporti si danno, così come quella in cui sono tradotti nella teoria, resta la decisione.

Dunque, sì alla ‘svolta istituzionalistica’: non parleremmo, però, per questo, di ‘indecisionismo’: sembra, piuttosto, di poter affermare che, se, nella prima fase dell’elaborazione del pensiero del giurista, il conflitto è tra norma e decisione, atto creativo teologicamente connotato, che si erge su un ‘vuoto d’essere’ e che si presenta, a sua volta, per motivi strutturali, nella forma dell’eccezione costituente¹⁹, quale creazione *ex-nihilo*, successivamente la decisione stessa vive in un ‘poliverso’²⁰ di rapporti già

¹⁸ È come se, nella costituzione del normale, dovesse gravare sempre l’ombra dell’onnipotente Dio cartesiano, che ‘crea il mondo ad ogni istante’, e che, per questo, potrebbe rendere, se solo lo volesse, rendere discontinua ogni normalità, psicologicamente acquisita come tale.

¹⁹ Il giurista di Plettenberg include nell’ordinamento quella che per Kelsen è una condizione logico-trascendentale della validità dello stesso, che resta, in quanto tale, per il giurista di Praga, una variabile esogena nel suo impianto teorico, comunque esterna al suo perimetro: l’efficacia, intesa non tanto nel senso di obbedienza, ma come capacità del quadro sociale di riferimento di strutturare regolarità sociali, e, quindi ‘tipi’, in grado di stabilizzare e rendere effettiva l’attività di implementazione di norme propriamente giuridiche. Per Hans Kelsen (*Reine Rechtslehre* (1960), trad. it., *La dottrina pura del diritto*, a cura di Mario G. Losano, Torino Einaudi, 1990, pp. 242-43): “Se l’efficacia, nel senso sopra indicato, è condizione della validità non solo dell’ordinamento giuridico, come totalità, ma anche delle norme giuridiche, allora la funzione produttrice di diritto della consuetudine non può essere esclusa mediante statuizione positiva, almeno nella misura in cui si prende in considerazione la funzione negativa della desuetudine”.

²⁰ È per questo che Schmitt non può conferire realmente dignità concettuale al pluralismo giuridico: per quanto lo Stato configuri solo transitoriamente il politico, per quanto, quindi, che tra Stato e ‘politico’ non



costituiti, di cui non è in questione la creazione, e che, in questo senso, coincidono con l' 'ordinamento concreto'²¹. Intesi al di fuori del dispositivo di 'astrazione tipizzante' di natura decisionistica in cui Schmitt li situa, invece, decisionismo e istituzionalismo, in se stessi, restano assai poco affini, se non, addirittura, contrapposti: dal momento, però, che anche le affinità teoriche vengono ad essere regolate da Schmitt in senso decisionistico, e che, quindi, non sono sottoposte al principio di non-contraddizione, un' affermazione di questo tipo è possibile solo per il tramite della fuoriuscita dal perimetro teorico del giurista tedesco. In questo senso, la struttura tipizzante, intesa come modalità di rappresentazione del reale, risponde comunque ad un impianto di tipo esistenziale: il nesso tra dato 'oggettivo' e 'costruzione normativa' è strutturalmente dissimmetrico: il dato stesso è considerato intellegibile non in virtù di se stesso, quanto, piuttosto per un atto di 'astrazione tipica', i cui risultati sono selezionati ulteriormente tramite la decisione, a sua volta polemicamente contrapposta ad ogni tendenza di tipo logico (sia deduttivo che induttivo), che ergerebbero un velo, teso a mistificare l' inconsistenza, che, in ultima istanza, affetta i processi di formalizzazione. Non c'è 'Altro dell'Altro', si potrebbe dire. Con questo, però, si vuol dire anche che l'immanenza dei rapporti socio-economici sarà intellegibile, sempre e solo a partire dal primato di una forma, la cui struttura è mutuata da un impianto concettuale che è quello della teologia: è questo un altro modo di significare il 'primato del politico'. La decisione, allora, è un ponte gettato su entità considerate inassimilabili concettualmente: da un lato, il reale dei rapporti socio-economici, inattingibile nella sua totalità, dall'altro, la sua traduzione concettuale e la sua regolazione normativa. Kirkegaard e il concetto esistenziale di decisione sono allora in

vi sia identificazione totale, la pluralità delle formazioni sociali 'deve' giocoforza essere sottoposta all'azione omogeneizzante dello Stato. Riguardo la questione del rapporto tra monismo statualistico e pluralismo sociale, cfr., l'importante scritto: Carl Schmitt, "Staatsethik uns pluralistischer Staat", Vortrag auf d. 25. Tagung d. deutschen Kant-Gesellschaft in Halle am 22. Mai 1929, *Kantstudien*, Heft 1 des 35 Bandes, 1930, pp. 28-42.

²¹ È dunque in questa cornice e solo al suo interno, all'interno, cioè, di un dispositivo retto in ultima istanza dalla decisione, che si può parlare, come fa pertinentemente A. Catania (*Carl Schmitt e Santi Romano*, cit., p. 176), di una certa conciliazione tra decisione e ordinamento, nonché del recupero di una concezione della socialità ispirata alla *Gemeinschaft*, che, d'altra parte, è l'orizzonte sociologico in cui anche Romano iscrive la sua teoria.

V. Rapone, *L'istituzione tra decisione e oggettivismo giuridico: Schmitt lettore di Hauriou* *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XIX, 2022, 1, pp. 25-52.



posizione paradigmatica di primato nel pensiero giuridico per ‘tipi’ di Schmitt, il quale ritiene che ogni approccio, teso a sintetizzare logicamente fatto e valore, essere e dover-essere, *Sein e Sollen*, vada smascherato alla luce del primato della decisione. La politica, in questo senso, è e resta “fine a se stessa”, attività libera che non risponde ad istanze oggettive.

A strutturarsi, un doppio livello di decisione: l’oggetto è considerato isomorfo alla sua traduzione teorica, con il risultato che quest’impianto non riguarda solo la conoscenza, ma anche la società: ogni civiltà, infatti, eleva, sulla base di una decisione ‘gratuita’, un elemento giuridicamente rilevante a ‘tipo’, essendo presupposto a questo processo un lavoro di selezione di tipologie ‘socialmente normali’. Si danno, così, schemi di intellegibilità teorica e di regolazione normativa per il tramite di processi di normalizzazione, in una certa misura liberi da ogni necessità oggettiva: normale e normativo vivono, dunque, di un’area di comune intersezione, le cui ragioni non sono intrinseche alla socialità, né possono da quest’ultima essere desunte. Le figure socialmente normalizzate, momento finale del processo di selezione, infatti, non intrattengono un rapporto oggettivo, logicamente ed esistenzialmente organico con realtà sociali sottostanti, essendo effetto di ‘presunzioni’ che si materializzano, esse stesse, tramite decisione:

Per una distinzione scientifica dei modi di pensiero giuridico è di importanza assai maggiore che la differenza si manifesti nelle concezioni che costituiscono la premessa e il fondamento di un ordinamento generale, nelle concezioni cioè relative a ciò che si può intendere come situazione *normale*, a chi è un uomo *normale*, e a che cosa sono le figure concrete di una vita considerata giusta, figure che devono essere presentate come *tipiche* nella vita e nel pensiero giuridico. Senza continue e inevitabili presunzioni concrete, non vi è né teoria, né prassi giuridica²².

In questo senso, nessun dato, in quanto tale, può assurgere al rango di ‘fatto normativo’: ciò attesterebbe per Schmitt di una ‘cattiva’ fusione di orizzonti tra

²² Ivi, p. 249.



immanenza e trascendenza, contraddicendo il primato del ‘politico’. Alla base di questo modo di procedere, l’ipotesi della disconnessione del rapporto tra fatto e valore: il giurista decisionista assume un tipo specifico: ‘norma’, ‘istituzione’ o ‘decisione’ nell’ambito di un movimento di selezione che è proprio anche della società, ma che risponde sempre, in ultima analisi, alla decisione. Sostenere che si può eleggere a ‘tipico’ un tratto, perché rilevante in virtù di una logica ad esso intrinseca, significherebbe riportare questa problematica nelle maglie dell’oggettivismo sociologico o delle teorie materialistiche della storia, il che non è, almeno nel caso di specie: paradigmatica, in questo senso, la costante polemica con Jellinek, sulla “forza normativa del fatto”.

L’esistenza di fatti normativamente rilevanti per ragioni intrinseche, di natura sociologica, la presupposizione di una continuità logico-assiologica tra fatto e valore, il fatto che tale continuità delegittimi il primato della decisione, del politico e della sfera politico-statuale, sono, invece, le ipotesi che giacciono al cuore dell’istituzionalismo, nella misura in cui non si propone come ‘tipo’ di pensiero giuridico, ma come pensiero *tout court* inteso. Se decisionismo e istituzionalismo condividono il timore che il formalismo si costituisca ontologicamente, sul piano del metodo, invece, differiscono profondamente.

A questo livello, infatti, nell’istituzionalismo vi sarebbero condizioni in virtù delle quali *Sein* e *Sollen* possono, se non coincidere, quanto meno situarsi in una relazione di reciproca contiguità: finalizzare in modo virtuoso siffatta contiguità è proprio il fine ultimo del pensiero dell’istituzione. La dignità concettuale del dato attesta, per i teorici dell’‘oggettivismo giuridico’ (Duguit, Gény, Hauriou, Renard, Gurvitch) - nel cui alveo va iscritto l’istituzionalismo - dello ‘stato di maggioranza’ raggiunto dalla società e dall’insieme dei rapporti socio-economici, nonché dall’empiria stessa, considerati non più considerati strutturalmente inferiori alla sfera politico-giuridica (si pensi alla costruzione hegeliana della *bürgerliche Gesellschaft*). Se la traduzione degli elementi di intersezione tra *Sein* e *Sollen* coincide con l’ordine in Santi Romano, le teorie transalpine dell’istituzione, supportate dall’esterno dalla ‘filosofia dei valori’, profondamente invisa



a Schmitt²³, è strutturata internamente al paradigma sociologico. Normatività e normalità sono considerate nell'ambito del processo, progressivo ma necessario, di depoliticizzazione della società, eredità del positivismo sociologico²⁴. In definitiva diremmo che, se per Schmitt il pensiero dell'istituzione si costituisce nell'alveo dei possibili 'tipi di pensiero' all'interno del paradigma decisionistico, nell'ordinamento romaniano e nell'istituzionalismo di marca transalpina il dato ha una sua dignità concettuale, estrapolato com'è dalla società, alla stregua dell'effetto di una dinamica spontanea, anche rispetto al valore: l'opposizione tra 'associazioni di collaborazione' e 'associazioni di dominio' è la cornice concettuale in cui questa teoria si iscrive.

Cosa sono, però, a questo punto, 'ordinamento' e 'istituzione'?

2. Ordinamento giuridico e istituzione: Santi Romano e Maurice Hauriou

In senso generalissimo si può dire che il bersaglio polemico delle teorie dell'ordinamento giuridico sia costituito dall'identificazione senza resto tra 'diritto' e 'norma': così, in Santi Romano²⁵, ad imporsi è l'allargamento della nozione di diritto: la

²³ Cfr. C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte. Überlegung eines Juristen zur Wertphilosophie* (1960), trad. it., *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008.

²⁴ Con le opportune variazioni, quest'approccio è valido tanto per Duguit, che ha come modello Durkheim e la sua teoria della connessione organica tra solidarietà e diritto, quanto per Hauriou, che, invece, si ispira a Tarde - legato com'è al primato di elementi di natura psicologica, tra i quali l'imitazione -, interpolato con la filosofia di Bergson. Duguit raccoglie e amplifica la lezione di Durkheim in virtù della quale l'omologia strutturale tra la sfera normativa e la grammatica implicita della società, che esiste nei fatti, costituisce un valore oggettivo, che la politica deve perseguire in ossequio all'implicito obbligo di allineare le ragioni del proprio agire allo 'spirito positivo', caratterizzante, sulla base della lezione di Comte, la modernità. Per una ricostruzione dell'oggettivismo di Duguit, ci sia consentito fare riferimento a V. Rapone, *Sovranità o solidarietà? La prospettiva giusrealista in Léon Duguit (1859-1928)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

²⁵ Per una bibliografia praticamente esaustiva su Santi Romano, fino al momento della sua pubblicazione, cfr. "Nota bibliografica su Santi Romano", di A. Romano, in P. Grossi, A. Romano, in *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di E. Ripepe, Pisa 2012, pp. 80-5. Sulla teoria romaniana e le sue implicazioni teoriche, ci limitiamo qui a citare: N. Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in P.



nozione di ‘regola di condotta’ – interna al tessuto del diritto positivisticamente inteso, cui avrebbero fatto riferimento, seppur su versanti opposti, Léon Duguit²⁶ e Hans Kelsen – non renderebbe nella sua complessità la sfera normativa. *L’ordinamento giuridico*, in questo senso, è opera innervata intorno alla necessità di elaborare una definizione di diritto inclusiva di quella di ‘norma’, tale, però, da non ridursi ad essa: ‘altri’ aspetti del diritto devono essere inclusi *nella sua definizione*²⁷. La polemica antinormativistica di Santi Romano è politicamente funzionale all’elaborazione di una risposta al disordine presente nel tessuto istituzionale mitteleuropeo di quegli anni: non troppo distante, per certi versi, dall’‘acrisia teoretica’ di Croce²⁸, il giurista palermitano ritiene che la risposta,

Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 25-43; P. Grossi, “Ordinamento”, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 439-59.

²⁶ Per il giurista palermitano, in questo senso, il punto di vista dell’identificazione tra diritto e ‘regola di condotta’: “[...] è stato, per così dire, esasperato fino alle estreme conseguenze, in vario senso e in varie parti. A prescindere dai singolari lavori di Duguit, nei quali ogni altro momento del fenomeno giuridico è risolto e quasi annullato in quello della ‘règle de droit’ (vedi *L’État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, p. 10 e ss.), si veda, per esempio, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911, i cui intendimenti sono messi in evidenza anche nel titolo dell’opera”, Santi Romano, *L’ordinamento giuridico*, a cura e con un saggio di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, nota 1, p. 21. Al giurista palermitano, in realtà, sfugge la misura in virtù della quale la nozione di ‘règle de droit’ di Duguit costituisce l’esito della mediazione tra società e sfera normativa: la grandezza dell’opera romaniana è da considerarsi tale, che l’incomprensione delle teorie transalpine dell’ordinamento oggettivo, Duguit e Hauriou *in primis*, non gli faccia minimamente ombra. Sul rapporto tra Duguit e Hauriou, cfr. il contributo di J.-M. Blanquer e M. Milet, *L’invention de l’État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015.

²⁷ Così: “Che il diritto si presenti anche come norma e che sia necessario valutarlo anche sotto questo aspetto; che, anzi, tale punto di vista sia molto spesso e, specialmente, ai fini della pratica più comune, oltreché necessario, sufficiente; sono ragioni che, assieme ad altre, spiegano perché nella stessa definizione astratta non si sia andati oltre la categoria delle norme. Ma ciò, com’è naturale, non esclude che essa non possa e non debba esser superata, mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente, sia per esigenze logiche del concetto, sia per l’esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca”, S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

²⁸ Per il quale: “Noi che non siamo giuristi ma filosofi, e ai quali perciò è vietato formare e adoperare distinzioni pratiche o empiriche, dobbiamo concepire come leggi, e tutte agguagliare nell’unica categoria di legge, così la *Magna Charta* inglese, come lo statuto della ‘Mafia’ siciliana, o della ‘Camorra’ napoletana; così la *Regola monachorum* di San Benedetto, come quelle della ‘brigata spendereccia, che Folgore da San Gemignano e Cene della Chitarra cantarono in sonetti e che Dante ricorda; così il diritto canonico e il codice militare, come quel *droit parisien*, che un certo personaggio del Balzac aveva studiato per tre anni nel salottino celeste di una signora e in quello roseo di un’altra, e che, quantunque nessuno ne parla mai, forma (diceva il gran romanziere) ‘une haute jurisprudence sociale, qui, bien apprises et bien pratiquées, mène à tout’”, B. Croce, *Filosofia come scienza dello spirito*, III, *Filosofia della pratica*, Bari, Laterza, 1963, pp. 327-28. La citazione di Balzac è tolta da *Le père Goriot* (Calman Lévy, Paris 1891, p. 85).

V. Rapone, *L’istituzione tra decisione e oggettivismo giuridico: Schmitt lettore di Hauriou* *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XIX, 2022, 1, pp. 25-52.



anche politica, ai problemi posti dall'impatto del conflitto sociale e dalle rivendicazioni dell'associazionismo socialista sulla struttura formale dello Stato liberale debba dunque declinarsi per il tramite - certamente non esclusivo, ma al tempo stesso dirimente - della ridefinizione del concetto di diritto, prodromica, a sua volta, ad una ridefinizione del primato dello Stato, primato, certamente, amministrativo più che politico, sugli altri ordinamenti, di cui si predica la giuridicità. Il dibattito politico sulla reviviscenza dell'«ordine giuridico medioevale», le diatribe sul primato del collettivo sul singolo e dell'ordinamento sulle singole norme, il dibattito sullo statuto delle associazioni e dei sindacati, e, più in generale, sulla controversa nozione di «persone giuridica», sarebbero decentrate, questa la diagnosi di Romano, rispetto al fulcro, in cui i problemi concreti nascono²⁹. Se le classi sociali si organizzano in sindacati, se fenomeni di tipo associazionistico proliferano indisturbati, se, ancora, la società antagonizza contro lo Stato, contendendogli la legittimità del suo monopolio dell'uso della forza, è perché manca un'adeguata presa della sfera normativa sul sociale, del tutto impossibile senza che la scienza giuridica ricostruisca la definizione concettuale di diritto in modo adeguato alla situazione concreta. A fronte del proliferare di nefaste quanto inutili superfetazioni ideologiche, questo il tenore dell'argomentazione romaniana, nasce la necessità di pensare «ordinamento giuridico» e «istituzione», nozioni polemiche nei confronti del fenomeno del «feticismo della legge», esito politico della Rivoluzione francese, del giacobinismo prima, del fenomeno codificatorio poi. Se la statualizzazione integrale della sfera privatistica, al pari della negazione di realtà di tipo associativo, hanno reso possibile

²⁹ In questo senso (Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 15): «Il diritto pubblico dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intento si governa con leggi proprie. E mentre gli scrittori politici si abbandonano secondo i diversi temperamenti alle visioni o alle discussioni critiche; mentre si domanda e si specifica una specie di ricorso storico alle corporazioni medioevali; mentre si dubita se i moderni sindacati faranno divampare la lotta sociale e si questiona sulle loro possibili conseguenze circa l'energia del carattere individuale, il funzionamento dei pubblici poteri, l'avvenire del collettivismo e l'evoluzione in genere del mondo economico, le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato, ora apertamente, un atteggiamento antagonista di fronte allo Stato». Relativamente a queste problematiche, si veda l'importante contributo collettivo: *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986.



un sostanziale avanzamento in fatto di razionalità giuridica nei confronti del pluriverso normativo medioevale, ciò sarebbe accaduto al prezzo, però, della ‘forclusione’ della differenza specifica, se non della scissione, tra la sfera sociale e politico-statuale, identificate di fatto senza resto. Di fronte alla riemersione di questa problematica, la dialettica Stato-società va ripristinata, e, soprattutto ‘normalizzata’. Si tratta di istanze avvertite anche da Schmitt; se, però, per il giurista di Plettenberg, ‘crisi’ e ‘decisione’ costituiscono il paradigma interpretativo per il cui tramite farsi carico della ‘crisi dello Stato’, per i teorici dell’ordinamento e dell’istituzione la questione si configura diversamente.

Il riferimento romaniano, di matrice storicistica, alla socialità ‘involontaria’, che legittimerebbe, se non il primato, quantomeno la rilevanza della consuetudine sul diritto scritto, è al centro della teoria dell’ordinamento; infatti, come sostiene Catania:

Il punto nodale del pensiero romaniano va colto nel rapporto inscindibile tra *ius involontarium* e *organizzazione*, cosicché, almeno di primo acchito, diviene *immediatamente* percepibile la lontananza da un autore quale Carl Schmitt che costruisce il suo pensiero politico-giuridico sulla dicotomia *ordinamento-decisione*. Il concretismo schmittiano risiede essenzialmente e categoricamente nella decisione “ultima e definitiva”; il concretismo è, non l’efficacia puramente interna e per certi aspetti formale di tipo romaniano, ma una qualità che si può ascrivere all’ordinamento nella misura in cui storicamente (ed è qui la concretezza) emerge il “chi decide”, emerge colui (una classe, un partito, un dittatore) che concretamente ha la capacità e ha la possibilità di fondare, costruire, muovere l’organizzazione. Insomma nell’ordinamento giuridico concreto di Carl Schmitt, almeno a livello di una consapevole teorizzazione, non sembra esserci posto per quello *ius involontarium* che è invece l’elemento caratterizzante dell’organizzazione romaniana anche se, come vedremo, a mio avviso, svolge, nella veste degli organismi attuali, il ruolo di presupposto dell’ordine posto in essere dalla decisione sovrana³⁰.

Se il riferimento allo *ius involontarium*, e, quindi, alle dinamiche di valorizzazione spontanea del dato, rende impraticabile, al di fuori del paradigma ‘per tipi’, l’avvicinamento tra Schmitt e Romano, differenze sostanziali si danno anche tra ‘ordinamento’ e ‘istituzione’. Per il giurista palermitano, infatti, il diritto non è o non è

³⁰ A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso*, cit., pp. 153-54.



solo la norma che così si pone, quanto, piuttosto, l'entità stessa che pone tale norma', con esplicito riferimento alla capacità di realizzazione dell'ordine, inteso a sua volta come 'fatto normativo', senza però un'esplicita apertura alla dimensione sociologica; in questo senso:

[...] un ordinamento c'è perché c'è quando c'è senza che ciò significhi confondere fatto e ordinamento, giacché il fatto che costituisce il punto di partenza delle indagini del giurista è per l'appunto l'ordinamento in quanto esiste e non occorre risalire oltre per ricercarne il *fondamento*, il *perché* e il *valore* della sua efficacia³¹.

Per Hauriou, invece, il problema è superare il normativismo, conciliando, nei limiti del possibile, diritto e sociologia, mantenendo irrisolto il gioco tra questi due livelli. Ancora, in Romano è centrale l'attenzione al potere e alle modalità di obbiettivazione della norma: il primato appartiene ad un momento

[...] anteriore, logicamente e materialmente, alle norme, e, talvolta, anzi spesso, arriva a dei momenti che non si possono identificare e confondere con quelli della posizione delle norme stesse. Il che equivale a dire che queste sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo³².

In Hauriou, l'ordine è considerato l'effetto di una dinamica sociale più estesa, di cui si cerca di definire la costituzione e l'impatto normativo per il tramite del ricorso all'*esprit de finesse*. L'istituzionalismo è, in questo senso, alla ricerca costante di una mediazione tra idealismo e realismo, elementi che, invece, Romano non disarticola, considerandoli fissati nell'ordine stesso. Se Romano ritiene inessenziale il riferimento alla volontà fondatrice dell'istituzione, è il contrario per Hauriou, che stringe invece il rapporto tra quest'ultima e la definizione di 'personalità morale' dell'istituzione, concetto che non va ipostatizzato, ma neanche rifiutato nella sua interezza. Metodologicamente

³¹ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1953, p. 69.

³² S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 34.



dualista, profondamente influenzato dalla filosofia di Bergson, avvertito dalla lezione di Gény circa la dialettica sostanzialmente incompatibile di *données e construit*³³, il giurista transalpino tiene, prima di tutto, al valore della ‘durata’, intesa nel senso della temporalizzazione qualitativa interna all’istituzione, che affetta diversamente normatività e sostrato sociale. Si realizza, quindi, un progresso ed un più marcato tentativo di superare in senso non dialettico le antinomie (fatto/valore, scienza sociale/scienza normativa, diritto soggettivo/diritto oggettivo) che avevano reso fino a quel momento impossibile una ricostruzione coerente del fenomeno normativo: anche per questo, è difficile definirne i contorni³⁴. Dell’istituzione non si dà definizione esaustiva, perché si presenta come un metodo, un insieme di strumenti teorici, aventi una ben precisa finalità: fondare il momento soggettivo del diritto (la persona giuridica) su quello oggettivo (l’insieme di comportamenti consuetudinari, considerati strutturanti un determinato gruppo), dimostrare come:

[...] le danger (des systèmes impérialiste set subjectivistes) n’était pas dans l’autorité sociale, mais seulement dans la personnification de cette autorité, et que la seule œuvre à accomplir était de trouver un point de vue où l’autorité n’apparaît pas comme personnifiée³⁵.

³³ Cfr. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, IV voll., Paris, Sirey, 2013-2024.

³⁴ E se è assolutamente condivisibile il giudizio di Renato Treves, secondo il quale (*Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. 125): “Non è facile dire cosa Hauriou intenda per istituzione. In generale, si può rivelare che per lui è istituzione ogni formazione sociale che ha per centro un potere, attorno a cui gravitano le adesioni dei singoli, che tutte insieme danno luogo ad una situazione stabile”, è altrettanto vero che la difficoltà nel definire, a causa della sua vaghezza, il concetto di istituzione in Hauriou, è tutta interna alla sua elaborazione concettuale. Per quanto concerne il concetto di istituzione, per come elaborato nell’ambito della dottrina francese, cfr. A. Desqueyrat, *L’institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris, Sirey, 1933; G. Renard, *La théorie de l’institution*, Paris, Sirey, 1930; Id., “De l’institution à la conception analogique du droit”, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, pp. 81-145. Interessanti, anche se di taglio critico, perché attestanti di un orientamento logico-trascendentale più che empirico all’interno del movimento fenomenologico, di Bobbio, rilevanti degli interessi giovanili del filosofo torinese, legati agli sviluppi del pensiero fenomenologico: “Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1936, pp. 385-418; “Sulla ‘filosofia dell’istituzione’”, ancora in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XX, 1940, pp. 100-107.

³⁵ M. Hauriou, “Le point de vue de l’ordre et de l’équilibre”, in *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, p. 83.



Sul piano del metodo, costituisce un approccio non giuspositivistico, ma non per questo ispirato all'ontologia assiologica, propria del diritto naturale. Opporre al normativismo astratto (e quindi anche agli esiti formalisti di un certo realismo) l'esperienza giuridica concreta, combattere l'immobilismo, la staticità dei sistemi concettuali ispirati al primato della legge o all'ipostatizzazione dell'ordinamento giuridico come 'insieme di norme': ecco i nodi che l'istituzione si propone di sciogliere. Con l'implementazione di un modello teso, attraverso il bilanciamento di elementi contrari, alla "limitation de l'Etat par une organisation de la société positive (économique)"³⁶, Hauriou ricorre alla temporalizzazione, con la quale descrive i contrasti e le contraddizioni tra gli elementi razionali e quelli irrazionali del diritto: il vitalismo sociale è al centro della sua concezione. La teoria dell'istituzione acquista, così, una sua più precisa fisionomia, parte integrale delle teorie del 'diritto sociale', indirizzo dottrinario che intende perseguire nella direzione della sottoposizione della potestà statale al diritto. Se Hauriou condivide con Duguit un'impostazione problematica legata al realismo, inteso come rifiuto di nozioni ipostatizzate, prodotto di procedimenti *aprioristici*, se ne differenzia, invece, per il suo *objectivisme métaphysique*, per la sua concezione oggettivistica del momento ideale, ritenuto originario nella vita dell'istituzione (assai più della stessa espressione collettiva della volontà dei suoi consociati, considerata una pura astrazione), per il tramite un movimento, singolarmente definito di 'incorporazione'.

Non è possibile intendere la portata del concetto di istituzione senza la considerazione tributata al ruolo che l'aspetto ideale (e quindi, nello specifico, metafisico³⁷ e religioso) riveste nella costituzione del fenomeno normativo: in estrema sintesi, si può affermare che l'istituzione si configura come l'insieme dei processi di mediazione per il cui tramite un'organizzazione sociale finisce col darsi un suo ordine

³⁶ M. Hauriou, *La science social traditionnelle*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 375 e ss.

³⁷ Così, il riferimento alla metafisica è fondamentale (M. Hauriou, *Principes de droit public, Préface* alla 2^a éd., Larose, Paris 1916, p. XXX): "Derrière toute théorie positive, il y a une métaphysique".



giuridico, a partire da un'idea che, oggettivamente, si incorpora in un'organizzazione sociale determinata. Ispirato ad un sincretismo tutt'altro che superficiale, il giuspubblicista francese tiene insieme approcci e pensatori in apparenza lontani: Platone, Proudhon, Bergson, servendosene per chiarire le modalità di 'incorporazione dell'elemento ideale nell'istituzione', ossia dei fenomeni di personificazione, che rilevano rispetto all'importante distinzione tra 'istituzioni-persona' e 'istituzioni-cosa'.

Nella misura in cui il diritto è considerato una semplice esteriorizzazione dell'istituzione, emerge la necessità di fare costante riferimento ad una sfera sovralegale, legittimante, dall'esterno, l'organizzazione³⁸. In questo senso, soprattutto nella prima fase della sua opera, il giurista francese definisce la scienza sociale rispetto alla necessità di rendere ragione del rapporto, per sua natura antinomico, tra elementi intrinsecamente dissonanti (l'aspetto oggettivo e quello soggettivo, l'ideale di giustizia e la nozione di ordinamento come tendenza a configurare un ordine sociale, l'insieme delle tendenze centripete che si oppongono al generalizzato movimento di decentralizzazione all'interno dello Stato, la logica contrattuale, propria dell'individualismo giuridico, e la logica dell'istituzione, caratterizzante il diritto sociale), la cui interazione costituisce la realtà ultima del diritto. L'obiettivo finale consiste nel considerare organicamente un sistema complesso, e, in parte, contraddittorio, di natura sociale prima che giuridica, in cui giungono ad armonizzarsi, nella misura del possibile, il culto platonico dell'Uno e la concezione proudhoniana della molteplicità contraddittoria degli opposti, obiettivo che diviene agli occhi del giurista perseguibile, se non realisticamente possibile, tramite la mediazione della filosofia di Bergson. Il filosofo francese, distinguendo all'interno del flusso temporale una componente oggettiva e meccanica, di stampo quantitativo, da una componente soggettiva, di carattere qualitativo, sviluppa una teoria multiordinale della

³⁸ Allo stesso tempo, il riferimento alla realtà dell'istituzione è in grado, 'dal basso', di rendere ragione della legittimità di elementi materiali, quali il ricorso all'uso della forza. Così: "Si l'on veut pas que le phénomène de la légitimation (de fait) apparaisse comme un pur triomphe de la force [...] il faut le rattacher à l'institution", M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1907, p. 16.



temporalità, centrata sul significante ‘durata’³⁹, il che consente ad Hauriou di porre in relazione conservazione e rivoluzione da un lato, legalità e normalità dall’altro⁴⁰. Ma questa relazione è tutt’altro che pacifica: diverse concrezioni temporali darebbero vita, infatti, a diverse forme di socialità, in conflitto, o, quanto meno, in equilibrio instabile tra loro: tanto che si sottolinei la preminenza dell’elemento oggettivo, tanto che si anteponga il potere di organizzazione, quanto, infine, che se ne valorizzi, in senso soggettivo, l’idea o lo scopo, il fenomeno normativo è considerato alla stregua di una creazione delle istituzioni stesse, considerate ad esso anteriori di fatto e di diritto.

Nel complesso, l’istituzione è considerata da Hauriou inizialmente in senso oggettivistico⁴¹, alla stregua, cioè, di una fonte, preesistente al diritto, che ne costituirebbe il semplice elemento visibile⁴², mentre, successivamente, ad essere esaltati sono gli aspetti soggettivi. L’elemento ideale acquista progressivamente importanza nell’economia generale dell’istituzione, considerata sempre più un prodotto dell’esteriorizzazione dell’idea che si oggettivizza, realizzandosi, attraverso un movimento di ‘trans-

³⁹ La possibilità di ricondurre elementi formali all’interno delle intuizioni a priori kantiane è un aspetto che fa presa su Schmitt (*Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, trad. it., *Glossario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 18): “Ancora una volta mi stupisce l’affinità di pensiero con Hauriou: “Qui dit cérémonie ou formalité, dit action, accomplies en un trait de temps (e localizzata, si dovrebbe aggiungere)””; “la cérémonie est essentiellement actuelle (direi piuttosto presente), une fois terminée on imagine malaisément des additions posthumes (problema dell’irrevocabilità dell’atto di Stato)”.

⁴⁰ Nell’ambito dell’ottica del conflitto tra giustizia ed ordine, diremo che la rivoluzione, momento tutt’altro che eccentrico rispetto alle dinamiche dell’istituzione, segna l’annullamento dell’elemento ordine a favore del momentaneo trionfo della giustizia quale ideale morale, laddove l’eclissarsi di quest’ultima a favore dell’elemento ordine significherebbe una fase di stasi conservativa e conservatrice della vita dell’istituzione. Il semplice riferimento all’eccezionalità del fenomeno non basta a qualificarlo come extra-istituzionale: la stessa rivoluzione va letta come una delle possibilità inerenti alla dialettica, conflittuale e irrisolta, tra ordine e giustizia. Così come non ci sarà legalità se non all’interno di una situazione sociale di normalità e di rispetto consuetudinario delle regole della convivenza sociale. Inoltre, quello che François Génay avrebbe definito “il culto feticistico della legge”, l’accettazione fattuale della volontà statale all’interno di un gruppo sociale non avviene formalisticamente sulla base a sua volta dell’accettazione del dogma per cui è diritto valido quello posto da un ordinamento giuridico equiparato allo Stato, quanto sulla base dell’esistenza di una norma sociale già condivisa nella società. Su questi aspetti, ci sia consentito rimandare a V. Rapone, *Logique ou réalité? Una lettura di Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif di François Génay*, Roma, Aracne, 2004, pp. 102-18.

⁴¹ Cfr. S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit. Sul testo romaniano, cfr. N. Bobbio, “Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano”, cit., pp. 25-43, nonché A. Catania, *Argomenti per una teoria dell’ordinamento giuridico*, Napoli 1976.

⁴² In sintonia sul punto con Duguit, per il quale le regole che egli definisce normative vivono nel gruppo sociale di riferimento indipendentemente nonché anteriormente alla loro formalizzazione, per Hauriou l’istituzione è fonte di diritto.



sustanzazione'. Il giurista transalpino pensa quindi alla 'persona giuridica' all'interno della dinamica di introiezione dell'idea in un dato contesto, dinamica a partire dalla quale si differenziano 'istituzioni-persona' e 'istituzioni-cosa', dove il termine 'cosa' va inteso nel senso durkheimiano del termine. Nella misura in cui il darsi al concreto dell'idea è in contraddizione con la sua extra-temporalità, ogni movimento di immanentizzazione dell'elemento ideale si rivela in un 'tempo concreto', in una 'durata materiale', intesi alla maniera di Bergson, durata quantitativa, ma, soprattutto, qualitativa. Il divenire sociale, allora, è il frutto della composizione di forze di natura diversa, di natura ideale, che rilevano in virtù del loro concretizzarsi temporale: 'metafisica sperimentale', per Hauriou, non significa altro, che affermazione della potenza creativa delle idee che, oggettivandosi, si traducono in 'fatti normativi', successivamente oggetto di schematizzazione. Ad imporsi come necessaria, la distruzione di ogni schematismo trascendentale, di ogni procedimento logico-astrattivo. È proprio in virtù di questa distruzione che la creazione del nuovo è possibile: la 'durata creatrice' si afferma alla stregua di una continuità ed una stabilità dinamiche. La risoluzione della *querelle* tra elementi 'parmenidei' ed 'eraclitei', tra flusso temporale immanente ed eternità intemporale dell'idea, e, quindi, tra elementi soggettivi ed oggettivi, vive un momento di svolta, nella misura in cui il giurista transalpino considera il realismo tomista alla stregua del supporto in grado di offrirgli la chiave di una dialettica, che, altrimenti, sarebbe rimasta irrisolta. La mediazione tra elementi soggettivi ed oggettivi, che nella prima fase si era mantenuta nella sua irrisoluzione, è infranta a favore del primato degli elementi soggettivi, identificati nella 'forza' e nell' 'azione creatrice', progressivamente ritenuti preponderanti nel processo di definizione delle entità formali, prima tra tutte la 'persona', mentre gli elementi oggettivi sono qualificati sempre più come 'reattivi'⁴³. Il realismo metafisico, allora, rende patente l'attenzione per una totalità situata al di là delle totalizzazioni possibili, esteriore alle parti che la costituiscono.

⁴³ Cf. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, I ed., Paris, Sirey, 1923, p. 74 e 76.



In definitiva, Hauriou incontra il favore di Schmitt nella misura in cui limita le pretese assolutizzanti del formalismo, sottoponendo la forma, così come l'espressione della volontà, alla temporalità⁴⁴. Si può obiettare, che, a questo livello, il rapporto tra Schmitt e Hauriou si configuri come generico; resta il fatto che, anche a questo livello, l'istituzione non può che pervertire se stessa riducendosi all'uno, e, per fare questo, deve tenersi, nonostante gli ultimi sviluppi della sua teoria, nella dimensione conflittuale e contraddittoria delle diverse istanze che la compongono: la mira politica del giurista tedesco, fiero avversario del pluralismo istituzionalistico e del florilegio delle fonti sociali del diritto⁴⁵, invece, non può che coincidere con la costituzione unitaria, identitaria, del corpo sociale⁴⁶.

3. Una prospettiva interpretativa. Conclusioni

Per chi scrive, la prospettiva in virtù della quale Schmitt si avvicina all'istituzionalismo è intellegibile solo all'interno di un dispositivo concettuale per 'tipi

⁴⁴ Per Schmitt (*Glossario*, cit., pp. 47-48): "Il buon Hauriou con i suoi bilanciamenti ed équilibres, il suo relazionismo, e soprattutto la sua puissance e liberté, è proprio ciò che in Germania chiamiamo un compromesso liberal-autoritario, ovvero nazional-liberale; ma il suo senso per la forma è straordinario, e la sua capacità di libera contemplazione e di visione giuridica essenziale è incantevole. Mai egli ricorre a una forma senza principio, o a un principio senza forma, come fece il nazional-liberalismo tedesco".

⁴⁵ Pur ammettendo che la società è fenomenologicamente pluralista, disconoscendo la capacità del dato di valorizzarsi, al di là, se non contro, il primato del politico, Schmitt non può, per motivi strutturali, avallare la proposta politica dell'istituzionalismo, incompatibile com'è con il primato dello Stato Come sottolineato, in maniera del tutto pertinente, da Croce e Salvatore: "Per Schmitt, non c'è alcuna modalità semplice e indolore con cui gestire la pluralità della vita sociale. La contraddizione è non solo ingenita ma anche insanabile. Per un verso, dacché lo Stato stesso trae il proprio patrimonio simbolico e materiale dalla ricca pluralità dei gruppi sub-statali, sarebbe miope e controproducente da parte del potere pubblico esercitare una forza coercitiva tale da danneggiare la loro vita interna e disestare il loro assetto normativo. Come c'è da attendersi, tuttavia, questa considerazione non tradisce alcuna conversione a una teoria pluralista" (M. Croce, A. Salvatore, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, cit., p. 93). In questo senso, ancora per Croce e Salvatore (ivi, p. 116): "La società liberale di inizio Novecento, ad avviso di Schmitt, era diventata il terreno di competizione tra un numero ridotto di gruppi sociali dotati di potere economico, che, dietro al velo diafano della democrazia costituzionale, si contendevano il potere di condizionare le dinamiche parlamentari".

⁴⁶ In questo senso, Hauriou sembra riprendere uno stile d'analisi che era stato di Gierke e dei fautori della ripresa del diritto germanico in generale. Lo stesso potere, pur fatto derivare dall'elemento oggettivo, è definito alla stregua di una libera energia della volontà, che si fa carico del governo di un gruppo, con la finalità della creazione dell'ordine e del diritto.



di pensiero giuridico'. Ciò non esclude, però, che vi siano dei punti, su cui questi approcci si incrociano, anche se, lo si ribadisce, in una prospettiva decisionista, qualsivoglia operazione intellettuale non è mai legittimata in virtù dei suoi presupposti logico-oggettivi, che, questa prospettiva, sono da considerarsi alla stregua di un velo eretto sull'infondabilità di qualsivoglia costruito.

Con questa cautela, è possibile sostenere che decisionismo e istituzionalismo: 1) sono da inquadrarsi entrambi nell'ambito della crisi dell'universo teologico-metafisico, costituendo una risposta diversamente strutturata all'impossibilità di traduzione in senso tradizionale del 'dato': in questo senso, sono pensieri della 'crisi'; 2) condividono un'impostazione, radicalmente antinormativistica, sulla cui scorta la normalità ha un tratto normativo, in cui *Sein* e *Sollen* si annodano: in questo senso, però, la dimensione normativa è da mettere in rapporto ad una normalità regolata decisionisticamente in Schmitt, organicisticamente in Hauriou, con una coloritura propriamente sociologica, nell'ambito di procedimenti legati all'ideal-realismo; 3) sono alla ricerca della legittimità dell'ordinamento, e, contestualmente, di una dimensione sovraleale, in grado di render ragione della fondazione e del funzionamento del diritto, inteso come fenomeno complesso, sì da tenere nella rappresentazione concettuale della sfera normativa la tematica della sua stessa origine, intesa però come (s)fondamento eccezionalistico in Schmitt, come idea oggettivata in Hauriou; 4) sono schierati entrambi a favore dell'uso delle finzioni nella scienza giuridica, momento conseguente ad una concezione per cui il reale stesso non può intendersi 'positivamente'. Schmitt guarda ad Hauriou come suo 'fratello maggiore' nella misura in cui la sua posizione in tema di finzioni giuridiche⁴⁷, che lo contrappone a Kelsen⁴⁸, è non dissimile da quella che *mutatis mutandis*, in area transalpina, il *doyen* di Tolosa combatte contro l'uso realistico delle categorie, rivendicato

⁴⁷ Cfr. C. Schmitt, "Juristische Fiktionen", *Deutsche Juristenzeitung*, XVIII, n. 12, pp. 804-06, trad. it. in *Diritto e Cultura*, 1991, nn. 1-2, pp. 65-67.

⁴⁸ Cfr. H. Kelsen, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit Berücksichtigung von Vahingers Philosophie des Als-Ob", in *Annalen der Philosophie*, Bd. 1, 1919, pp. 630-58, trad. it., H. Kelsen, "Sulla teoria delle finzioni giuridiche", in *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. it., a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, pp. 237- 65.



da Duguit⁴⁹; 5) abbracciano una concezione, in virtù della quale il diritto vive al di là della sua formalizzazione, che mai potrà esaurirne la complessità e che, purtuttavia, a quest'ultima deve rapportarsi, e ciò accade in Schmitt tramite il ricorso ineludibile alla forma e al taglio significativo che il 'tipo' incarna, mentre in Hauriou, ciò ha luogo tramite l'instabile e sempre mobile mediazione tra forma e materia, tra *données* sociali e loro formalizzazione in sede di costruzione giuridica; 6) condividono una forma di sospetto nei confronti tanto della cittadinanza quanto dell'umanità, ideologicamente universalizzati, di cui si nega il carattere di medium. Legge statale e diritti umani sarebbero, in quanto tali, il prodotto arbitrario dell'erezione a 'tutto' di realtà parziali, che non si prestano, strutturalmente, ad un'iscrizione senza resto in una totalità conchiusa⁵⁰.

Si tratta, dunque, di approcci occasionalmente affini: per Schmitt, lo si ribadisce, si darà sempre, per motivi formali, una risoluzione monista, che evidenzierà il primato, la 'pre-potenza' di un aspetto rispetto ad altri: questa risoluzione è essa stessa l'effetto di una discontinuità, di una presa d'atto, di una decisione. Un giurista potrà essere, sempre e solo decisionista, normativista, o istituzionalista, ma lo sarà solo in virtù di una decisione. Quest'impostazione non impedisce al giurista tedesco di mostrare, a più riprese, un afflato nei confronti di Hauriou, il quale, però, come Santi Romano, considera il proprio oggetto di studio all'interno di un dispositivo realistico, nel senso che considerano l'oggetto preesistente alla sua categorizzazione. Decisionismo e istituzionalismo, in definitiva, convivono solo in quanto 'tipi di pensiero': presi come impianti concettuali autonomi, sottoposti alla logica veritativa e al principio di non-contraddizione, restano profondamente divergenti, interpretandosi a vicenda, innanzitutto perché pensano diversamente, lo si è visto, le strategie di normalizzazione e di traduzione del dato sociale in dato normativo.

L'istituzione di cui parla Schmitt, inserita nel tessuto proprio dell'impianto decisionistico, non è quella di Hauriou, né potrebbe: l'oggetto, nel dispositivo teorico del

⁴⁹ Cfr. L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre* (1923), Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2008.

⁵⁰ Un'applicazione genealogico-decostruttiva del decisionismo, di grande attualità nelle dinamiche del presente è quella di D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000.



giurista tedesco, non preesiste al processo di ‘astrazione tipizzante’, ma si costituisce al suo interno, in virtù dello stesso.

Da un punto di vista politico, in fine, l’istituzione costituisce un capitolo importante nell’affermazione di quel pluralismo ‘disidentitario’, contro il quale Schmitt antagonizza polemicamente: il perseguimento dell’unificazione di entità politiche non può essere che un fine ‘perverso’ per i teorici del diritto sociale.

Vincenzo Rapone

Università degli Studi “Federico II”, Napoli

vincenzo.rapone@unina.it