

Stato, movimento, popolo

La situazione costituzionale odierna

1. Tutto il diritto pubblico dello Stato tedesco odierno posa su terreno *suo proprio*. Singole disposizioni della costituzione di Weimar sono ancora in vigore, ma non altrimenti che la grande massa delle sistemazioni prerivoluzionarie, dunque solo fin dove esse non sono in contraddizione con la nuova situazione giuridica, e non come base e legittimazione costituzionale dello Stato odierno. La continuazione della loro validità è fondata su una *assunzione* in parte tacita e in parte espressa (per esempio nelle riserve, di cui riparleremo subito, della costituzione provvisoria – della cosiddetta legge dei pieni poteri [*Ermächtigungsgesetz*] – del 24 marzo 1933) nel nuovo diritto pubblico. La costituzione di Weimar non potrebbe, né materialmente nel contenuto, né formalmente nel suo vigore legale di costituzione, essere la base di uno Stato nazionalsocialista.

La costituzione di Weimar non è più in vigore. Tutti i principi e le misure che per il lato ideale e per il lato organizzativo erano essenziali a questa costituzione sono messi da parte insieme con tutti i loro presupposti. Ancora prima della cosiddetta legge dei pieni poteri del 24 marzo 1933 un decreto del presidente del Reich del 12 marzo 1933 ha solennemente

negato e soppresso, insieme con la bandiera nero-rosso-oro del sistema di Weimar (articolo 3 della costituzione di Weimar), il loro spirito e la loro base. Anche per l'annientamento del nemico dello Stato e del popolo, del partito comunista, non si poteva stare ad attendere l'autorizzazione di un sistema che per la sua propria debolezza e neutralità non era in grado di distinguere neppure un nemico mortale del popolo tedesco. Una misura giuridica come la legge del Reich contro nuove costituzioni di partiti del 14 luglio 1933 (*R. G. Bl.*¹, I, p. 479) e la legge per la garanzia della pace legale del 13 ottobre 1933 (*R. G. Bl.*, I, p. 723) nega alle radici, tanto ideologicamente quanto nelle conseguenze organizzative, la costituzione di Weimar. Questa non è più identica con se stessa quando tutto il mondo ideale liberaldemocratico è caduto, quando per esempio non ci sono più le formazioni di partiti senza distinzioni, la libertà politica di propaganda, di opinione, di coscienza e di attività, anche per le tendenze avverse allo Stato, quando è cessata la neutralità ideologica, arrivante fino al suicidio, l'uguaglianza cioè l'indistinzione fra nemico dello Stato e amico dello Stato, fra connazionale ed estraneo alla stirpe. Il mondo nuovo del diritto nazionalsocialista non si può neppure in alcun modo comprendere, e tantomeno giustificare o fondare coi concetti e le forme del sistema di Weimar. Ogni tentativo di giustificare o di confutare la situazione giuridica odierna in base alla costituzione di Weimar è perciò, veduto dallo Stato nazionalsocialista, o un gioco senza senso, oppure una espressione della tendenza politica a ricondurre il diritto pubblico oggi valido, e la *auctoritas rei constitutae* che appartiene allo Stato odierno, agli ordini di idee di una volta e in tal modo a paralizzarlo o perlomeno a relativizzarlo.

Anche dal punto di vista della cosiddetta validità formale di legge costituente, le disposizioni della costituzione di Weimar vengono meno. La costituzione provvisoria del 24

1. *Reichs-Gesetzblatt*, la «Gazzetta ufficiale» dell'Impero germanico e del Terzo Reich. (*N. d. R.*)

marzo 1933 (la cosiddetta legge dei pieni poteri) come anche la legge sul plebiscito del 14 luglio 1933 (*R. G. Bl.*, I, p. 479) oltrepassano i confini di ogni norma pensabile secondo la costituzione di Weimar. Le riserve della costituzione provvisoria del 24 marzo 1933 (diritti del presidente del Reich, e inoltre il parlamento del Reich [*Reichstag*] e il consiglio del Reich come istituzioni) non hanno valore di fronte a quella legge sul plebiscito del 14 luglio 1933. Con l'aiuto di questa legge possono perciò essere effettuate anche leggi tali che vadano al di là di quelle riserve della costituzione provvisoria del 24 marzo 1933.

Parecchi giuristi, che evidentemente non si possono abituare alla realtà dello Stato nazionalsocialista, hanno tentato di presentare delle nuove leggi fondamentali di questo Stato come delle deviazioni dalla costituzione di Weimar, deviazioni che sarebbero da misurare esclusivamente a quella cosiddetta «legge dei pieni poteri»; guardandole poi secondo i casi o, magnanimamente, come «ammissibili», o, criticamente, come «inammissibili». Questa è una concezione internamente impossibile, insostenibile. Non si può trattare il testo della costituzione di Weimar come un diritto che seguiti ancora ulteriormente a esser sempre valido sotto il nuovo diritto pubblico e costituzionale dello Stato nazionalsocialista; dal che sarebbe poi da dedurre che il diritto pubblico nazionalsocialista (come le leggi del 1924 per il piano Dawes!) valga solo come misura intermedia e transitoria sul fondo della precedente costituzione, e che una semplice legge del parlamento del Reich potrebbe abolire di nuovo tutto il nuovo diritto costituzionale e ricondurre alla costituzione di Weimar². Co-

2. Così per esempio FRANZ ALBRECHT MEDICUS, *Nota alla legge del Reich del 24 marzo 1933*, in HANS PFUNDTNER, REINHARD NEUBERT (a cura di), *Das neue deutsche Reichsrecht*, Berlin, Spaeth & Linde, 1933, e ULRICH SCHEUNER, *Die staatsrechtliche Bedeutung des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich*, in «Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht», nn. 15-16, 1933, col. 903.

me può essere distinto il « mero » testo di una costituzione dal suo contenuto e dalla sua validità formale, e come è possibile dire con logica giuridica che vale per il contenuto un nuovo diritto costituzionale, con piena validità, e che il contenuto del diritto costituzionale di Weimar non è più in vigore; ma che ciò nonostante seguita a essere in vigore un testo della costituzione di Weimar che è senza validità solo momentaneamente? Faccio menzione di questo modo di vedere solo per dare un esempio della confusione che si presenta subito se si abbandona il punto di vista, chiaro e semplice, che il diritto del presente Stato nazionalsocialista non è fondato su una base a esso essenzialmente estranea e avversa, ma su una base sua propria.

Ma che cosa significa allora la legge del Reich del 24 marzo 1933, che pure fu votata nelle forme di una legge di modifica della costituzione, con la richiesta maggioranza di due terzi, conforme alle disposizioni dell'articolo 76 della costituzione di Weimar? Questa cosiddetta legge dei pieni poteri è stata decisa dal parlamento del Reich solo a esecuzione della volontà popolare, manifestatasi nelle elezioni del parlamento del 5 marzo 1933. Le elezioni sono state in realtà, considerate coi criteri della scienza giuridica, un referendum popolare, un plebiscito, col quale il popolo tedesco ha riconosciuto Adolf Hitler, la Guida del movimento nazionalsocialista, come Guida politica del popolo tedesco. Le elezioni comunali del 12 marzo hanno confermato ancora una volta la stessa volontà popolare. Parlamento del Reich e consiglio del Reich agiscono qui dunque solo come organi esecutivi della volontà popolare. Ma per le abitudini mentali del cosiddetto giurista positivista durate fino a oggi si presenta ciò nonostante come naturale trovare in questa legge la base giuridica dello Stato odierno. L'espressione « legge dei pieni poteri » rinforza ancora di più l'inclinazione a questo errore. È perciò necessario riconoscere nella parola *Ermächtigungsgesetz* una denominazione giuridicamente imprecisa, anzi errata; e sarebbe opportuno evitare del tutto la parola, tanto più che essa non ricorre né

nel titolo della legge (*Gesetz zur Behebung der Not von Staat und Volk*) né nel testo, ed è stata solo attaccata esteriormente alla legge. In realtà questa « legge dei pieni poteri » è una *legge costituzionale provvisoria della nuova Germania*³.

La costituzione provvisoria del 24 marzo 1933 ha tutti i caratteri di una *misura di transizione*. Se essa è corretta, secondo la costituzione di Weimar, nelle forme di una legge di modifica della costituzione conforme all'articolo 76, questo non significa che si possa considerare ancor oggi la costituzione di Weimar come la base dello Stato odierno, ma significa soltanto che quella legge rappresenta un *ponte dallo Stato vecchio al nuovo, dalla vecchia base alla nuova base*. Fu praticamente di grande importanza che questo passaggio avvenisse legalmente. Poiché, come sarà da ricordare anche sotto, la legalità è un modo di funzionare dell'apparato statale dei funzionari e delle autorità, e per questo ha politicamente e giuridicamente importanza. E non è neppure senza valore che un sistema si arrenda da solo con tutte le regole, conformemente alla propria legalità, e ponga il suo sigillo sulla sua propria fine. Ma questa è però soltanto l'abdicazione e l'autodichiarazione di morte del vecchio diritto, e non una determinazione essenziale del nuovo. Né la base, né il limite, né alcun punto di vista interpretativo essenziale, tale da legare lo Stato odierno, si può dedurre dalla vecchia epoca, che si è congedata. Per il diritto oggi in vigore quella *Ermächtigung* del 24 marzo 1933 non è altro che una specie di analogia repubblicana di quell'espresso esonero dal giuramento di fedeltà che un monarca pronuncia rinunciando al trono o abdicando. Quella legaliz-

3. Questa interpretazione io l'ho sostenuta subito dopo la pubblicazione della legge (per la prima volta il 31 marzo 1933, alla sessione della Società tedesca per il progresso delle scienze politiche, a Weimar). Pare che nel frattempo essa si sia imposta. Per questo assume un significato particolare che il segretario di Stato agli interni del Reich, il dottor Pfundtner (*Die neue Stellung des Reiches. Vortrag gehalten in der Verwaltungs-Akademie zu Berlin am 4. Juli 1933*, Berlin, Spaeth & Linde, 1933) abbia adottato lo stesso punto di vista e abbia designato la legge col termine di « costituzione provvisoria ».

zazione, quanto al suo senso politico-giuridico, sta al nuovo diritto come la mentalità legalitaria di uno Stato legislativo liberaldemocratico sta al principio della fedeltà di uno Stato di funzionari monarchico.

La rivoluzione tedesca fu legale, cioè formalmente corretta secondo la costituzione di prima. Lo fu per disciplina e per il senso tedesco dell'ordine. Del resto la sua legalità significa una proprietà che è determinata soltanto in base alla passata costituzione di Weimar, dunque in base a un sistema *superato*. Sarebbe giuridicamente falso e politicamente un atto di sabotaggio dedurre da questa specie di legalità una validità ulteriore di idee giuridiche, istituzioni o norme ormai superate, e con ciò una sottomissione permanente alla lettera o allo spirito della costituzione di Weimar. Il buon diritto della rivoluzione tedesca non si fonda sul fatto che alcune dozzine di deputati si trovarono disposti a coprire con la loro approvazione il quindici per cento di differenza che c'è tra la maggioranza semplice e la maggioranza di due terzi, e il diritto dello Stato tedesco odierno non è legato ai presupposti, alle restrizioni o addirittura alle riserve mentali con le quali quel gruppo ha dato il suo consenso. Sarebbe assurdo tanto politicamente che moralmente e giuridicamente dare pieni poteri in base alla mancanza di potere, e a questo modo carpire di nuovo del potere per un sistema divenuto impotente. Ciò che è vivo non può legittimarsi con ciò che è morto, e la forza non ha bisogno di legittimarsi con la debolezza.

Rudolf Hess, il rappresentante della nostra Guida, ha detto al congresso del partito del 1933, a Norimberga, che quel congresso del partito era un « parlamento » [*Reichstag*] del Terzo Reich, e questo coglie nel segno; ma il concetto di « parlamento » non si regola più sulla istituzione dello stesso nome che la costituzione di Weimar intende. E quando il rappresentante della Guida pronuncia la frase: « Tutto il potere procede dal popolo », questo è qualcosa di essenzialmente diverso da quando la liberaldemocratica costituzione di Weimar usa le stesse parole nel suo articolo 1. Tutto il no-

stro diritto pubblico, comprese tutte le disposizioni riprese dalla costituzione di Weimar e ulteriormente valide, sta su una base completamente nuova. I tratti fondamentali della nuova struttura statale saranno esposti sotto. Qui deve esser solo posto in chiaro fin da principio, di fronte a tutte le false costruzioni giuridiche che vorrebbero ricondurre lo Stato nazionalsocialista sulla carreggiata e nei modi di pensare dell'antico e superato pensiero pubblico, il *diritto suo proprio* del nostro nuovo Stato.

2. Le disposizioni costituzionali oggi valide contengono una coesistenza di parecchie cariche supreme del Reich come anche di parecchie possibilità di legislazione.

a) Come *cariche supreme del Reich* sono oggi da enumerare: il presidente del Reich, il cancelliere del Reich, il governo del Reich, il parlamento del Reich, il consiglio del Reich⁴. La questione del reciproco rapporto delle parecchie cariche

4. Il consiglio economico del Reich e il rappresentante del presidente del Reich si possono lasciar da parte. Il consiglio economico del Reich nonostante la legge del 5 aprile 1933 (*R. G. Bl.*, 1, p. 165) è una formazione transitoria di significato poco chiaro, finché non sia deciso il suo destino con la costruzione di una costituzione sociale a categorie professionali (corporazioni). Per quanto riguarda la rappresentanza del presidente del Reich, secondo la legge sopra la rappresentanza del presidente del Reich del 17 dicembre 1932 (*R. G. Bl.*, 1, p. 547) in ogni caso di impedimento, anche il più breve, del presidente del Reich, deve rappresentarlo non il cancelliere del Reich, ma il presidente della corte del Reich. Questa misura, com'è noto, è stata presa in un momento particolarmente torbido della stato-a-molti-partiti di Weimar. Il suo senso e scopo sta in questo, che in un tale sistema pluralistico i partiti in lotta tra loro non hanno più affatto alcuna volontà politica unitaria, ma si possono tutt'al più incontrare a un punto politico zero. Nello Stato nazionalsocialista, che è fondato sul principio della Guida [*Führerprinzip*], una disposizione nata da tali motivi diventa assurda. Perciò la legge del 17 dicembre 1932, a mio modo di vedere, anche senza una espressa abolizione, ha ormai perso ogni validità, come altre disposizioni costituzionali del sistema di Weimar che non corrispondono più al diritto presente. Se dovesse esser ritenuta necessaria una speciale abrogazione di questa legge, ciò non sarebbe forse superfluo, per ragioni psicologiche, nel nostro periodo di transizione, ma non è in nessun modo indispensabile costituzionalmente e giuridicamente.

supreme non si può risolvere in base alla costituzione di Weimar. Per il raggruppamento delle cariche supreme del Reich vale come criterio ordinativo che il cancelliere del Reich è la Guida politica del popolo tedesco che nel Reich tedesco è politicamente unito. Questa preminenza della direzione [*Führung*] politica è una legge fondamentale del diritto pubblico odierno. I diritti del presidente del Reich restano salvi. Ma la situazione anormale degli ultimi anni del sistema di Weimar, in cui il presidente del Reich era costretto a uscire dalla natura propria del suo alto ufficio e a fungere da surrogato di una direzione politica, è oggi caduta. Egli è tornato ora di nuovo in una specie di posizione « costituzionale » di capo autoritario di Stato *qui regne et ne gouverne pas*. S'intende oggi da sé, non soltanto *de facto* ma nel senso pieno *de iure*, che il cancelliere del Reich Adolf Hitler ha secondo il diritto statale una posizione che non è paragonabile con la posizione di nessun precedente cancelliere, sia di fronte al presidente del Reich, sia di fronte ai membri del governo del Reich. La « direzione » politica di Adolf Hitler è anche qualche cosa di più e di altro che una semplice « determinazione di direttive » secondo l'articolo 56 della costituzione di Weimar. La situazione giuridica è mutata dopo la morte di Hindenburg; ma la sostanza politica non è cambiata.

b) Oltre alla coesistenza delle dette cariche esistono anche l'una accanto all'altra diverse *possibilità legislative*. La via legislativa oggi normale è quella di una decisione del governo del Reich (articolo 1 della costituzione provvisoria del 24 marzo 1933). Accanto a questa il governo del Reich ha la possibilità di interrogare il popolo per la via del voto, e precisamente su misure e su leggi (legge del 14 luglio 1933). Le possibilità legislative dalla costituzione di Weimar (decisione del parlamento del Reich secondo l'articolo 68 e plebiscito secondo l'articolo 75) sono ugualmente ancora aperte. Finalmente anche il diritto del presidente del Reich di emanare decreti, rappresentanti leggi del Reich, secondo l'articolo 48 comma 2, è ancora in vigore e in particolari casi è stato esercitato.

Anche di fronte a queste molteplici possibilità legislative si pone il problema del loro ordine gerarchico e del loro rapporto reciproco. Anche qui la questione non si può decidere con formalistiche e sofistiche interpretazioni di parole in base alla costituzione di Weimar. Il diritto pubblico dello Stato nazionalsocialista deve piuttosto diventare consapevole che la priorità assoluta della direzione politica è una legge fondamentale positivamente in vigore dello Stato odierno. Fa parte della applicazione conseguente di questa legge fondamentale che la separazione liberale-costituzionale di legislativo ed esecutivo cada, e il governo abbia un vero e formale diritto legislativo (come del resto è espressamente riconosciuto nell'articolo 1 della costituzione provvisoria del 24 marzo 1933) e che inoltre ogni iniziativa legislativa sia per principio cosa del governo. Di conseguenza c'è sì ancora un appello della Guida al parlamento del Reich, e per questa via possono presentarsi casi di legislazione del Reich: ma viene meno invece non soltanto di fatto ma anche di diritto ogni possibilità di convocare il parlamento del Reich contro la volontà della Guida (poniamo in base a un preteso diritto di un terzo dei membri, secondo l'articolo 24) e presentare là una cosiddetta legge d'iniziativa. Anche il plebiscito e il procedimento legislativo popolare della costituzione di Weimar retrocedono dinanzi al nuovo diritto di consultazione popolare del governo del Reich.

La questione ulteriore del rapporto fra una legge del governo del Reich e una legge fatta mediante consultazione popolare si può parimenti decidere sulla base di riconosciuti principi nazionalsocialisti. Il governo del Reich riconosce la volontà del popolo, che esso ha interpellato, come decisiva, e si considera perciò vincolato. Non si aggiudica in nessun modo il diritto di abolire semplicemente con una nuova legge di governo una legge del Reich fatta in base a una consultazione popolare. Altra cosa è, se in una situazione di fatto completamente mutata la legge popolare non calza più affatto e perde ogni significato. Allora starebbe alla direzione politica decidere in quale forma debba essere presa una misura nuova

e necessaria e di quali delle possibilità che sono per questo a sua disposizione – nuova consultazione popolare, nuova formazione del parlamento, decisione del parlamento, legge di governo – essa possa a questo fine servirsi.

Le nuove elezioni del parlamento del Reich, che con un decreto del presidente del Reich del 14 ottobre 1933 (*R. G. Bl.*, 1, p. 729) furono stabilite per il 12 novembre 1933, sono da intendere soltanto come una *parte integrante del grande plebiscito* dello stesso giorno, col quale il popolo tedesco deve prendere posizione di fronte alla politica del governo del Reich, e dichiararsi. Già nel sistema di Weimar le cosiddette elezioni avevano perduto da gran tempo il vero e proprio carattere di *elezioni*; esse erano diventate, come è stato constatato già più volte, una *opzione plebiscitaria* delle masse elettriche fra cinque o sei programmi e ideologie incompatibili, opzione che lacerava il popolo tedesco in altrettanti incompatibili partiti. Nello Stato a un solo partito della Germania nazionalsocialista il pericolo di una tale lacerazione pluralistica della Germania in parecchi partiti totalitari è superato. L'elezione diventa così una risposta del popolo a un appello lanciato dalla direzione politica. Il carattere di appello della nuova formazione del parlamento del Reich e la sua connessione col plebiscito sono apparsi indiscutibilmente il 12 novembre.

La triplice articolazione dell'unità politica

1. L'unità politica dello Stato presente è *l'unione* [*Zusammenfassung*] di tre articolazioni: Stato [*Staat*], movimento [*Bewegung*], popolo [*Volk*]. Essa si distingue radicalmente dallo schema statale liberaldemocratico pervenutoci dal secolo decimonono, e non soltanto per i suoi presupposti ideologici e i suoi principi generali, ma anche in tutte le linee essenziali della costruzione e organizzazione del concreto edificio dello Stato. Ogni concetto essenziale e ogni istituzione importante risentono di questa diversità.

La nuova costruzione statale è contrassegnata dal fatto che l'unità politica del popolo e quindi tutto l'ordinamento della sua vita pubblica si presentano ordinati in tre serie distinte. Le tre serie non stanno parallele l'una accanto all'altra, ma una di esse, cioè il movimento, che sorregge lo Stato e il popolo, penetra e conduce le due altre. Tre cordoni o binari ordinativi corrono l'uno accanto all'altro, ordinati ciascuno in se stesso, s'incontrano in certi punti decisivi, specialmente all'apice, hanno reciproci contatti e collegamenti trasversali di genere determinato che però non possono togliere la distinzione, e formano nel loro complesso, unificato dalla serie ordinativa che sorregge il tutto, la struttura dell'unità politica. Esse sono conformate ciascuna in se stessa secondo punti di vista diversi, e, se si può dir così, con diverso materiale, ma tutte, seppure in modo diverso, sono abbracciate dall'ordinamento giuridico pubblico.

Ciascuna delle tre parole: Stato, movimento, popolo, può essere usata *da sola* per la *totalità* dell'unità politica. Essa designa però nello stesso tempo anche un *lato particolare* e un *elemento specifico* di questa totalità. Così si può considerare lo Stato in senso stretto come la *parte politica statica*, il movimento come l'elemento *politico dinamico* e il popolo come il lato *impolitico* [*unpolitische Seite*] crescente sotto la protezione e all'ombra delle decisioni politiche. Sarebbe però falso fare di ciò, in maniera sofistica, delle contrapposizioni separantisi alternativamente e reciprocamente escludentisi, e far giocare Stato contro movimento e movimento contro Stato, popolo contro Stato e Stato contro popolo, popolo contro movimento o movimento contro popolo. Questo corrisponderebbe alle separazioni liberali che saranno da trattare ancora più sotto, il cui senso politico è l'annullamento o almeno la relativizzazione della totalità politica. Specialmente il movimento è tanto Stato quanto popolo, e né lo Stato odierno (nel senso di unità politica) né il popolo tedesco odierno (il soggetto dell'unità politica «Reich Tedesco») sarebbero anche soltanto immaginabili senza il movimento.

Risultano da ciò le tre serie ordinarie seguenti:

a) L'apparato statale delle autorità e degli uffici, consistente nell'esercito e nei funzionari statali; esso viene designato ancora spesso (secondo un uso linguistico tradizionale) come lo Stato, ma è tale soltanto come organizzazione di comando, di amministrazione e di giustizia, dunque solo in un senso più stretto, mentre la parola « Stato » nel senso più largo viene pur sempre usata, come s'è detto, come la designazione tradizionale per la *totalità* dell'unità politica di un popolo;

b) un *partito* che sostiene Stato e popolo, reclutato da tutti gli strati del popolo ma chiuso in sé e diretto gerarchicamente, perché richiedente una costruzione particolarmente severa e una rigida direzione; partito che è il corpo politico [*politische Körper*] in cui il movimento trova la sua forma [*Gestalt*] particolare. Esso è stato designato da sociologi come « ordine », « élite », o in modo simile, per distinguerlo dal partito politico dello Stato liberale (che per principio non è organizzato in modo fisso, ma fondato sulla « libera propaganda »). Però si può qui tener fermo ancora alla solita denominazione di « partito », poiché un fraintendimento oggi è poco da temere. Questo risponde anche al tenore della legge del 14 luglio 1933 (*R. G. Bl.*, I, p. 479) contro nuove costituzioni di partiti: « In Germania esiste un unico partito politico, il Partito Nazionalsocialista Tedesco dei Lavoratori »;

c) una sfera del popolo lasciata all'*amministrazione autonoma* [*Selbstverwaltung*], che abbraccia tanto l'*ordinamento economico e sociale* a categorie di professioni come anche l'*amministrazione autonoma comunale* (basata sulla vicinanza locale). Anche uno stato corporativo dello Stato fascista [*Korporationstaat* (Stato corporativo) *des faschistischen Staates*]⁵, che respinge per principio una amministrazione autonoma territoriale e ammette soltanto amministrazioni autonome tecniche o « funzionali », o un sistema di sindacati e di leghe, un

5. Le parole in tondo nella citazione sono in italiano nel testo (*N. d. T.*).

ordinamento sociale popolare [*Volkstümliche Sozialordnung*] (questa parola è stata coniata da Werner Sombart) potrebbero occupare questa sfera dell'*amministrazione autonoma non statale ma di diritto pubblico*, e inserire nella vita politica del popolo una *autonomia* che sarebbe possibile nella cornice generale della direzione politica, e un corporativismo o anche delle unioni federative di specie diversa.

Nello Stato del movimento nazionalsocialista è riconoscibile come nello Stato fascista d'Italia, se anche in maniera assai diversa, questo nuovo triplice quadro d'insieme dell'unità politica. Esso è in generale tipico dello Stato del secolo ventesimo. Anche nello Stato bolscevico dell'unione dei *soviet* è stata tentata una triplice costruzione di Stato, partito e sindacato come inclusione totale della realtà politica e sociale. La triplice articolazione diventa visibile non soltanto dappertutto là dove si cerca di superare i vicoli ciechi del sistema liberaldemocratico e di costruire uno Stato nuovo conforme alla realtà sociale e politica del ventesimo secolo; essa corrisponde anche alla grande tradizione, fondata da Hegel, della dottrina statale tedesca. Soltanto nella seconda metà del secolo diciannovesimo essa è stata cacciata a forza fuori della coscienza del popolo tedesco sotto l'influsso di teorici e scrittori liberali ed estranei alla nostra specie. Questa triforme articolazione dovrebbe perciò riuscire universalmente plausibile come primo schizzo perspicuo della struttura statale presente; essa non viene colpita in nessun modo dall'obiezione che si tratti soltanto di una idealizzazione di situazioni italiano-fasciste.

È poi una questione costruttiva e organizzativa a sé, in che rapporto le tre serie ordinarie, e le serie organizzative a loro appartenenti, siano reciprocamente corrispondenti l'una con l'altra; e così pure il rapporto reciproco fra le tre sottocostituzioni corrispondenti è una questione a sé di scienza giuridica e statale. Ma nella denominazione « partito che sostiene Stato e popolo [*Staat- und Volkstragende*] » si dice già che la *direzione politica* si deve appoggiare su questa serie ordinativa, e che perciò i due altri ordini vengono sorpassati da questa

seconda organizzazione (che nella nostra costruzione sta in mezzo), e da essa vengono penetrati, diretti, e conformati in modo decisivo. Il partito politicamente dirigente sostiene, come organizzazione del « movimento », tanto l'« apparato » statale, come l'ordinamento sociale ed economico, come la totalità dell'unità politica. Da ciò risulta il significato centrale del concetto giuridico, che è già stato spesso nominato e che è da svolgere sotto ancora più d'avvicino, della direzione politica.

Detto astrattamente o genericamente, il rapporto reciproco delle tre serie ordinarie in diverse unità politiche e in tempi diversi può essere assai diverso. Per lo Stato hegeliano di funzionari di stirpe prussiano-tedesca – che fu realtà storica all'incirca dal 1815 al 1848, sotto una monarchia già relativizzata, *dopo* il puro assolutismo e *prima* del riconoscimento costituzionale dei corpi legislativi borghese-parlamentari – era per esempio caratteristico che una classe di funzionari statali, che era spiritualmente e moralmente elevata, e incorruttibile, esercitasse anche le funzioni di ceto portatore dello Stato, mentre in altri Stati la classe dei funzionari era intesa solo come strumento burocratico dei poteri portatori dello Stato. All'interno della serie organizzativa statale si può poi presentare di nuovo, per esempio, la questione ulteriore del rapporto fra statalità civile e militare, fra potere governativo e potere di comando. E si formano anche per influenza, direzione, o dominio, metodi molteplici, che vengono maneggiati ora pubblicamente e in modo visibile, ora internamente e invisibilmente, ora in base a norme già in precedenza determinate, ora liberamente secondo la situazione delle cose e l'opportunità, e si sviluppano a istituzioni di vario genere. Seguire questo ulteriore problema sarebbe il compito di una concreta « teoria dello Stato » del ventesimo secolo. Non dico: di una « teoria generale dello Stato »; perché la categoria della teoria « generale » dello Stato è, come Paul Ritterbusch ha veduto, una faccenda tipica del liberale secolo decimonono; essa nasce dalla tendenza normativistica a risolvere lo Stato concreto e il concreto popolo in « generalità » (cultura generale,

teoria giuridica generale, infine teoria gnoseologica generale), e a distruggere così la loro essenza politica.

2. Bisogna tornar sempre a ricordare che tanto il concetto dello « Stato » come anche quello del « popolo » vengono trasformati da questa triplicità, e che il modo di immaginare tradizionale, sorto dalla situazione storica del secolo decimonono, non può più afferrare la nuova realtà. Lo Stato, nel senso della classe statale dei funzionari e delle autorità, perde *il monopolio della politica* che si era acquistato nel secolo decimosettimo e decimottavo. Esso viene riconosciuto come una semplice parte dell'unità politica, e precisamente una parte fondata sull'organizzazione che *sostiene lo Stato*. L'insieme delle autorità e dei funzionari per sé solo non si identifica dunque più con la totalità politica né con una autorità di « superiori » riposante su se stessa. *Oggi non si può più determinare la politica partendo dallo Stato, ma bisogna che sia determinato lo Stato partendo dalla politica*. Ma anche la *costituzione* statale elaborata, dal secolo decimonono in poi, per questo « Stato », e la *legalità* da essa dedotta si spostano di conseguenza dal centro della collettività a un altro posto della vita politica. Quanto più la legalità si formalizza e meccanizza, tanto più manifestamente essa entra in opposizione al diritto, che permane buono nel contenuto; essa riceve il significato secondario che le spetta, relativo perché strumentale; diventa *il modo di funzionare dell'apparato statale delle autorità*. Questa legalità è tanto poco identica col diritto del popolo quanto l'apparato statale con l'unità politica del popolo. Al diritto nel senso sostanziale appartiene come prima cosa di assicurare l'unità politica; soltanto sulla base delle decisioni politiche incontestate, e in questo senso positive, il diritto si può poi spiegare in tutti i campi della vita pubblica in una crescita libera e autonoma.

La teoria dello Stato e del diritto della penultima e dell'ultima generazione di giuristi ha sentito questa opposizione di diritto e legalità statale – che rispondeva in tutto alla in-

congruenza tra l'unità politica del popolo e l'apparato statale delle autorità – e l'ha espressa tenendo fermo da un lato che con «legge» si intendesse ogni «norma giuridica», e d'altra parte formalizzando e meccanicizzando nello stesso tempo il diritto a legge e la legge da capo a risoluzione di maggioranza del corpo legislativo, cioè del parlamento. Non ci si riferisce qui tanto alla nota distinzione di diritto del popolo [*Volksrecht*] e diritto dei giuristi [*Juristenrecht*] quanto all'inasprimento concettuale astratto dell'opposizione nella teoria «generale» del diritto e dello Stato. Una dottrina interessante per la sua interna logicità considerava soltanto il funzionario, cioè la giustizia e l'amministrazione applicatrici della legge, e non il «cittadino», come il vero e proprio destinatario della norma legale; essa poteva perciò considerare infine il diritto, in generale, ormai solo come l'«insieme delle regole dell'agire statale». È detto in un passo, che è particolarmente caratteristico per questa conseguente maniera di pensare liberale-costituzionale (e insieme per il suo rapporto con la lingua tedesca): «Anche le proposizioni di diritto (in senso stretto) statuenti doveri giuridici dei sudditi e normanti pena ed esecuzione, hanno per contenuto, con riferimento all'attività esecutiva del punire e dell'eseguire, da realizzarsi mediante gli organi statali, l'amministrazione statale»⁶. Ogni diritto diventa in questo modo in un senso particolare «diritto statale», e viceversa ogni attività statale «diritto», cioè esecuzione di norma da parte dell'apparato statale delle autorità, legato a norme. Questo non ha più nulla a che fare con diritto o giustizia in senso positivo e sostanziale, ma è tipico del sistema politico delle spolitizzazioni liberali. Il normativismo liberale finge qui un «dominio della norma legale» che in realtà è soltanto il dominio di un sistema di legalità, dominato da forze non statali e politicamente irresponsabili, sopra l'appa-

6. HANS KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1923², p. 252 [trad. it.: *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997].

rato delle autorità. Questa maniera di pensare positivista e «funzionalistica», che nega ogni sostanza del diritto, conosce ancora il «diritto» solo come vincolo calcolabile dell'apparato costrittivo statale, cioè come modo di funzionare di autorità e gerarchie competenti. Accanto a ciò continuava però a sussistere nella prassi giuridica, come s'è detto, il cosiddetto concetto materiale della legge; la legge era «norma legale», e ogni norma legale, anche del diritto consuetudinario, era «legge»; essa si indirizzava (diversamente dal semplice decreto d'amministrazione), non soltanto al «funzionario» (soggetto a un rapporto speciale di forza), ma anche al «cittadino» (soggetto soltanto alla «generale» forza statale). C'erano dunque allora in realtà due rappresentazioni di diritto e legge (rappresentazioni di specie diversa e senza connessione), due destinatari delle norme, due concetti della legge e quindi anche due specie di diritto vicendevolmente annullantisi.

Nella triplice articolazione dell'unità politica i concetti «Stato» e «popolo» ricevono un altro posto e un tutt'altro senso che nel sistema a due membra della democrazia liberale (da descrivere sotto). Il modo di pensare a due membra lavora anche qui con scissioni antitetiche, come Stato contro popolo e popolo contro Stato, governo contro popolo e popolo contro governo. Nello Stato nazionalsocialista il corpo direttivo politico che sorregge Stato e popolo ha il compito di impedire e di superare tutte le antitesi di questo genere. Il popolo perciò non è più semplicemente una somma di elettori non-governanti. Il funzionario statale non si trova più, come nello Stato costituzionale monarchico, contrapposto al cittadino chiamantesi «libero», la cui libertà era essenzialmente astatalità e un concetto polemico liberale diretto contro il «non libero» soldato e funzionario di carriera. La classe dei funzionari statali non è però neppure più costretta, come nel sistema a partiti pluralistico del 1919-1932, a organizzarsi come gruppo di interessi e a richiamarsi, invece che all'idea e all'istituzione del funzionario tedesca, a «ben acquisiti diritti», costruiti individualisticamente, del singolo funzionario. Il funzionario

è adesso un connazionale [*Volksgenosse*] in una unità politica basata sull'uguaglianza di stirpe, è come compagno di partito un membro dell'organizzazione che porta Stato e popolo, e questa è occupata, nei posti decisivi di comando [*Umschaltstellen*] dell'organismo statale delle autorità, da capi politici del movimento che porta Stato e popolo.

In maniera corrispondente, anche la sfera dell'amministrazione autonoma popolare e di quella a categorie professionali viene penetrata dal movimento; certo in modo che – diversamente dall'organismo della classe dei funzionari e delle autorità, relativamente spolitizzato solo per il suo carattere statico – qui si riconosce una sfera di formazioni autonome spolitizzata in grado molto superiore. Questa «spolitizzazione» non ha però nulla a che fare con l'abuso politico che si faceva una volta dei pretesi affari «impolitici» dell'amministrazione autonoma, ma dipende del tutto dalla decisione politica della direzione politica riconosciuta. È una conoscenza fondamentale della generazione tedesca politicamente attuale che *proprio il decidere se una faccenda o un genere di cose sia impolitico è una decisione specificamente politica*. Tanto la «oggettività» del funzionario, in particolare la «indipendenza» dei giudici, quanto il carattere apolitico della sfera popolare di amministrazione autonoma sono possibili con tutti i vantaggi e le sicurtà dell'apolitico solo se ambedue si sottomettono alla direzione politica e alle decisioni politiche del movimento che porta Stato e popolo. Questo è perciò nel senso specifico l'elemento *politico* della collettività, come motore dinamico di fronte all'elemento statico dell'apparato delle autorità che è soggetto a norme e alle decisioni politiche in esse implicite, e così pure come garante politico della amministrazione autonoma, comunale o a ceti professionali, spolitizzata⁷.

7. La questione, a quale serie di questa triplice articolazione appartengano le *chiese*, rimane qui da parte. Finché la Chiesa non eleva nessuna pretesa politica totalitaria essa può trovare il suo posto nella terza sfera, cioè nella sfera dell'amministrazione autonoma; ma se essa eleva la pretesa politica di

3. Dalla nuova struttura complessiva risulta la nuova regolazione delle relazioni tra *Reich* e *Länder*. La legge sul luogotenente del Reich del 7 aprile 1933 ha assicurata la priorità della direzione politica del Reich di fronte alle regioni, e ha sottomesso i *Länder* alla direzione politica di capi subordinati ai *Reichsführer*. Tanto il tradizionale concetto di Stato federale monarchico-dinastico del secolo decimonono quanto il pluralistico Stato federale a partiti sorto nella interna debolezza e corruzione del sistema di Weimar sono così superati. Si può dire con una formula breve e riassuntiva di diritto statale che *la congiunzione dell'idea federale con l'idea statale* – sia nella forma della federazione di Stati, sia nella forma dello Stato federale – *fu per un secolo il vero e proprio pericolo dell'unità politica della Germania*. Poiché in ogni organizzazione federativa è presupposta una garanzia dello *status quo* territoriale e politico, essa deve, tanto in una federazione di Stati quanto in uno Stato federale, tornare a vantaggio appunto del carattere *statale del singolo* Stato-membro come unità politica a sé, e a questo modo render relativa l'unità statale dell'intero popolo tedesco. Perciò non solo in una federazione di Stati, ma anche in una formazione a Stato federale, non riesce difficile a una qualche abilità avvocatessa di costruire, in caso di conflitto, richiamandosi alla «base federale» o alla «essenza e concetto» dello Stato federale, un «diritto a una politica propria». I teoremi e le arringhe del processo di Lipsia, dei governi prussiano e bavarese Braun-Severing-Hirtsiefer e Held, e il giudizio della Corte di Stato del 25 ottobre 1932, contengono dei begli esempi e documenti di tali «infinite clausole del federalismo»⁸. Soltanto sullo sfondo di questo prenazional-

totalità, questo significa che essa da sé pretende assegnare il loro posto a Stato, movimento e popolo, e vuole distinguere amico e nemico del popolo *con propri criteri*.

8. Così il commissario del Reich per la giustizia ministro di Stato dottor Frank al congresso del partito del Reich del 1933 («Juristische Wochenschrift», 1933, p. 2091).

socialista mondo di idee dello Stato federale a partiti, appare nel suo vero significato il valore della legge sui luogotenenti del Reich, che oggi nel rapido processo di sviluppo dell'unità tedesca potrebbe forse apparire già sorpassata.

Già dopo questa legge non era più possibile designare i *Länder* come Stati, a meno che non si trasformi essenzialmente ancora una volta, come prima già dopo il 1781, il concetto di « Stato ». Si potrebbe forse provare, per salvare i *Länder* come Stati, a sottrarre ora al concetto dello Stato, a cui dopo il 1871 si era sottratta la caratteristica della sovranità, la caratteristica del « politico » e a « spolicizzare » totalmente le regioni-Stati. In sé non sarebbe impensabile, data la mutevolezza delle parole e dei concetti, designare come « Stati » regioni o province, come appunto anche l'unità politica degli « Stati Uniti d'America » consiste di « Stati ». L'espressione « Stato » esprimerebbe allora soltanto una particolare indipendenza nelle articolazioni e una particolare decentralizzazione all'interno di una unità politica. Ma oggi è più importante porre al sicuro da ogni dubbio che le articolazioni territoriali all'interno del Reich sono sottomesse senza condizioni e senza riserve alla direzione politica del Reich, e che esse non possono pretendere a un « diritto a una politica propria » sotto nessun travestimento; soprattutto non col pretesto finora estremamente pericoloso del « carattere impolitico » di una faccenda. Per i nostri concetti tedeschi attuali l'idea di uno « Stato spolicizzato » è così impossibile come sarebbe quella di un « esercito smilitarizzato ». I *Länder* tedeschi hanno sì competenze che appartengono al « potere statale »; essi *hanno* dunque potere statale; ma non *sono* in nessun caso « Stati ». Stato tedesco è soltanto il Reich tedesco. Il Reich è una formazione articolata, composta di *Länder* o province ampiamente indipendenti, ma non è uno « Stato federale ». Questo concetto funesto del secolo decimonono, che inchioda insieme concettualmente federazione e Stato e fa così del Reich un non-Stato, deve scomparire dal diritto interno tedesco. Se si debba mantenere la parola « federalismo » è una questione puramente pratica di

terminologia. Finché sussiste il pericolo che, in base alle abitudini di pensare tradizionali dell'Ottocento, federalismo e Stato federale vengano messi alla pari, dovrebbe esser meglio evitare anche questa parola molto abusata. Non dimentichiamo quello che è detto nel *Mein Kampf* di Adolf Hitler sul « federalismo come maschera ».

Lo svolgimento che è cominciato con la legge sui luogotenenti del Reich del 7 aprile 1933 non è ancora concluso. Le dichiarazioni della Guida al congresso del partito di quest'anno a Norimberga sono note (1933). L'unità politica del popolo tedesco non è fondata sulle regioni e sulle stirpi tedesche, ma sull'unità chiusa in sé del popolo tedesco e sul movimento nazionalsocialista portatore dello Stato e del popolo. Garanzie costituzionali del territorio o dell'esistenza delle regioni odierne non ce n'è più alcuna. A garanzie tali non si può arrivare neppure mediatamente, poniamo passando per la riserva dell'istituzione del consiglio del Reich contenuta nella legge costituente provvisoria del 24 marzo 1933. I *Länder* o province tedesche di adesso, come anche quelle eventualmente da formare, sono realtà di un genere proprio e di un tipo del tutto indipendente. Esse non sono né Stati né corpi comunali ad amministrazione autonoma. Il concetto di autonomia comunale io vorrei limitarlo con uno speciale rigore — poiché si tratta di corpi territoriali — *all'autonomia locale* (comune rurale e urbano, mandamento e circondario), e l'autonomia nel resto riferirla a organizzazioni, a categorie di professioni o simili, il cui posto nella costruzione generale dello Stato nazionalsocialista è da determinare più d'avvicino nella serie « popolo ».

4. Una serie di questioni completamente nuova riguarda le relazioni legali fra *Stato* e *movimento*. Nonostante parecchie somiglianze singole dello Stato nazionalsocialista con lo Stato italiano fascista, si mostrano tuttavia proprio qui grandi diversità nel rapporto fra partito e funzionari, partito ed esercito, partito e Guida dello Stato. Il partito fascista è bensì

dopo la legge del 14 dicembre 1929 un «organo dello Stato» ma non immediatamente un «organo statale»; tale è soltanto un determinato organo del partito, il Gran Consiglio del Fascismo⁹. Il Partito nazionalsocialista tedesco dei lavoratori come portatore dell'idea statale è parimenti legato in modo indissolubile con lo Stato. Ma né l'organizzazione del partito nell'insieme, né una determinata gerarchia del partito ha come tale oggi (1° dicembre 1933) il carattere di un immediato «organo statale». Che il partito nazionalsocialista non sia per nessun punto di vista un «partito» nel senso del sistema pluralistico dei partiti oggi superato, s'intende da sé. Esso è il corpo direttivo [*Führungkörper*] che sostiene Stato e popolo. La legge contro nuove formazioni di partiti del 14 luglio 1933 gli assicura questa unica ed esclusiva posizione di priorità di fronte a tutti i tentativi di far rivivere il precedente pluralismo confessionale, di classe o d'altro genere. Secondo la legge per la garanzia dell'unità fra partito e Stato del 1° dicembre 1933 (*R. G. Bl.*, 1, p. 1016), il partito è un corpo di diritto pubblico, e naturalmente in un grado diverso e superiore che uno qualsiasi dei molti corpi di diritto pubblico che stanno sotto la sorveglianza statale. Il rappresentante della Guida e il capo di stato maggiore della SA (milizia d'assalto) diventano membri del governo del Reich, per garantire la collaborazione più stretta dei posti di servizio del partito e della SA con le autorità pubbliche. I membri del partito e della SA sono subordinati in ragione dei loro particolari e maggiori doveri a una particolare giurisdizione di partito e di SA. Il collegamento con lo Stato è basato principalmente su *unioni personali* che collegano tra di loro i capi delle diverse serie organizzative, e non in una qualsivoglia maniera casuale, ma sulla base reale della compagine totale dell'unità politica. Queste unioni personali hanno anzi già in parte un carattere istituzionale: la Guida del movimen-

9. Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1933⁴, p. 127. [Cfr. però GASPARE AMBROSINI, *Il Partito fascista e lo Stato*, Roma, Istituto nazionale fascista di cultura, 1934. (*N. d. T.*)]

to nazionalsocialista è cancelliere del Reich tedesco; i suoi paladini e sottocapi stanno in altre posizioni politicamente direttive come ministri del Reich, presidente dei ministri di Prussia, luogotenenti del Reich, come ministri prussiani, bavaresi o altri, e così via. Oltre a queste unioni personali possono essere mezzi tipici di contatto fra Stato e partito certe determinate possibilità di influenza specialmente di genere personale (diritti di proposta, di nomina, di presentazione di posti regionali o locali del partito). Tutti gli altri collegamenti e separazioni – anche *compatibilità* di principio di cariche del partito con cariche statali e di amministrazione autonoma o viceversa *incompatibilità* di principio – sono questione di opportunità. Ma le linee organizzative fondamentali sono date dal triplo accordo Stato, movimento, popolo, e vanno logicamente intese in questo senso, che Stato, movimento, popolo sono *distinti ma non divisi, legati ma non fusi*.

Il collegamento di Stato e partito non si può comprendere coi concetti finora usuali di Stato e non-Stato. Tutte le *intrusioni dei tribunali*, costruite su tali alternative, nelle faccende di Stato e partito (corrispondenti all'ideale liberale di una constatazione di verità svolgentesi in continue controversie legali) sono in contraddizione con la triplice articolazione statale. Sarà necessario assicurare la delimitazione più netta delle diverse sfere con provate istituzioni come quella del cosiddetto elevare un conflitto [*Konfliktserhebung*] e di preservare i tribunali, nell'interesse della loro indipendenza, dai pericoli della sfera politica. Poiché è chiaro che nemici aperti e nascosti del nuovo Stato si servono del vecchio mezzo politico di presentare una questione come «pura questione di diritto» per tirare lo Stato o il movimento dinanzi a un tribunale, e che in questo modo essi – per la equiparazione delle parti che è contenuta nella logica di un procedimento processuale – si danno l'aria di essere a parità di diritti con lo Stato e col movimento. Un diritto di riscontro come i tribunali si sono aggiudicati di fronte a leggi del Reich (sentenza del tribunale del Reich; v Senato civile del 4 novembre 1925,

R. G. Z. ¹⁰, vol. III, pp. 320 sg.) non entra in questione, di fronte alle leggi governative del governo del Reich. Poiché prima di tutto questa competenza legislativa del governo del Reich ha carattere costituzionale; in secondo luogo per queste leggi governative si tratta contemporaneamente di atti di un governo che mediante il diritto legislativo ha ristabilito il vero concetto di «governo»; e in terzo luogo una tale intrusione dei tribunali si può giustificare solo con la concezione bilaterale (da trattare più da vicino nel capitolo successivo) di Stato e non-Stato, mentre essa è del tutto inconciliabile con la nuova struttura generale a tre parti dell'unità politica.

Sarebbe dunque ingannevole e pericoloso utilizzare qui ancora le vecchie distinzioni fra diritto e politica, e porre questioni alternative come statale o non-statale, pubblico o privato, giuridico o politico. Noi siamo qui dinanzi a un problema di diritto statale completamente nuovo. Il Partito nazional-socialista non è uno Stato nel senso del vecchio Stato, né è non-statale e privato nel senso della vecchia contrapposizione fra sfera statale e sfera astatale. Perciò neppure i criteri della responsabilità, particolarmente quelli della responsabilità di corpo per abuso d'ufficio (articolo 131 della costituzione di Weimar, B. G. B. ¹¹, § 839), possono essere trasportati al partito o alla SA. Altrettanto poco possono i tribunali immischiarsi con qualsiasi pretesto in questioni e decisioni interne dell'organizzazione del partito e rompere dal di fuori il suo principio del comando. L'organizzazione e la disciplina interna del partito sorreggente Stato e popolo sono affare suo proprio: esso deve sviluppare le proprie regole col più severo senso di responsabilità di fronte a se stesso. Le cariche del partito a cui incombe questo compito hanno da adempiere a una funzione da cui dipende nulla meno che il destino del partito

10. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, raccolta delle sentenze della corte suprema del Reich tedesco in materia civile. (N. d. R.)

11. *Bürgerliches Gesetzbuch*, il Codice civile. (N. d. R.)

e con ciò anche il destino dell'unità politica del popolo tedesco. Questo compito gigantesco, in cui si accumula anche tutto il *rischio* della politica, nessun'altra autorità, e meno di tutte un tribunale civile procedente in forme giudiziarie, può toglierlo al partito o alla SA. Qui il partito posa interamente su se stesso.

La costruzione statale bilaterale della liberaldemocrazia e lo Stato di funzionari tedesco

1. La nuova costruzione statale a tre parti del secolo ventesimo ha sorpassato da gran tempo lo schema statale e costituzionale a due parti della liberaldemocrazia del secolo diciannovesimo. Lo Stato costituzionale borghese dell'Ottocento è dominato da questa bipartizione fino nelle particolarità della sua organizzazione legislativa, amministrativa e giudiziaria, anzi fino alle ultime ramificazioni di teorie e idee apparentemente astratte del tutto. Questo si mostra «ideologicamente» (una parola tipica e specifica del liberale secolo diciannovesimo) nelle note e benamate contrapposizioni, scambiabili e barattabili, ora «oscillanti» ora alternative, di diritto e forza, diritto e Stato, diritto e politica, spirito e potenza, spirito e Stato, individuo e collettività, Stato e società, eccetera eccetera. Pure la bipartizione ha anche un significato costruttivo e organizzativo molto concreto. Essa si è creata, per riprendere un'espressione pregnante del Commissario del Reich per la giustizia, dottor Franck ¹², una «forma di cose» [*Sachgestaltung*] propria, conforme al suo spirito. Gli effetti ulteriori tanto della «ideologia» liberale quanto della costruzione statale a due parti dominano il pensiero giuridico come il modo di parlare dei giuristi educati nel sistema liberale fino al giorno d'oggi. Il liberale chiama «Stato costituzionale» soltanto lo

12. FRANCK, *loc. cit.*

Stato costruito a due membra; uno Stato costruito altrimenti « non ha una costituzione », non è uno « Stato a costituzione » e naturalmente neppure uno « Stato costituzionale », non è « libero », ma è una « autocrazia », « dittatura », « dispotismo », ecc. Il vocabolario di questa lotta politica è qui molto ricco, ma nella realtà – cioè nella utilizzazione politica di un determinato concetto di « diritto » e « Stato costituzionale » – sempre uguale. Perciò è necessario diventar consapevoli non soltanto dell'opposizione ideologica, ma anche della costruzione statale su di essa elevata e del suo compimento istituzionale e concettuale. Altrimenti il pensiero liberale spinge prima il movimento nello Stato, e poi lo Stato, passando per lo « Stato costituzionale », in un « diritto » opposto allo Stato, cioè nel sistema liberale del secolo decimonono.

La costruzione a due membra è basata sull'opposizione fra *Stato* e libera *persona singola*, fra *potere statale* e *libertà* individuale, fra *Stato* e *società* astatale, fra *politica* e *sfera privata*, quest'ultima apolitica, quindi irresponsabile e incontrollata. Con questa bipartizione si spiega lo schema costitutivo tipicamente bipartito dello Stato costituzionale borghese, la cui costituzione, come è noto, consisteva di una parte di diritto fondamentale, cioè diritti fondamentali e diritti di libertà della società, composta di individui liberi e libera, cioè non statale e senza « costituzione »; e di una parte normativa organizzativa, cioè vincolante e costituente lo Stato. La parte liberale dei diritti fondamentali non è una costituzione nel senso organizzativo; essa designa al contrario la sfera, non costituita e autoorganizzantesi, della *libertà*; invece la parte organizzativa della costituzione statale è la *costituzione dello Stato*, cioè vincolamento, delimitazione e limitazione del potere politico dello Stato. La cosiddetta « priorità della legge » dinanzi a tutte le altre specie di manifestazioni statali mira a sottomettere politicamente lo Stato alla società che si pretende impolitica; poiché la legge in questo sistema ordinativo è essenzialmente risoluzione del parlamento, e il parlamento è la rappresentanza della società astatale di fronte allo Stato.

Il principio organizzativo universalmente riconosciuto della cosiddetta distinzione dei poteri, con la sua tripartizione di legislativo, esecutivo e giudiziario, aveva il medesimo senso politico, di dividere cioè il potere statale in modo che la astatale società potesse dominare e « controllare » efficacemente l'« esecutivo » statale, cioè la realtà del comando statale. Tutto era diretto a regolare e controllare il potere politico dello Stato, e a difendere la sfera di libertà della società da « interventi » dello Stato. Una giustizia indipendente dallo Stato doveva prestare alla difesa dallo Stato sicurezza di forma giuridica e processuale. La giustizia aveva in questo sistema costituzionale, dal punto di vista della organizzazione, una interessante posizione intermedia tra il meccanismo statale del comando e la sfera sociale astatale, essendo da un lato funzione statale, e dall'altro lato indipendente da ordini di servizio dei superiori statali; essa era perciò uno strumento appropriato per influenzare politicamente questo Stato in nome del « diritto » e per tenerlo in pugno.

I diritti fondamentali e di libertà del sistema statale e costituzionale liberaldemocratico sono essenzialmente, nel loro senso, diritti della *singola persona* privata. Unicamente per questa ragione essi possono valere come « apolitici ». Perciò essi non sono neppure un principio costruttivo statale, non sono una costituzione, ma soltanto i principi che dominano la costituzione statale, e che debbono dare allo Stato senso e scopo, la sua giustificazione e i suoi limiti. *La costruzione statale e costituzionale liberale procede così a un contrapposto semplice e immediato fra Stato e singolo privato*. Soltanto partendo da questo contrapposto è naturale e ha senso innalzare tutto un edificio di mezzi e di istituzioni legali di protezione, per difendere l'impotente e indifeso individuo, povero e isolato, dal potente Leviatano « Stato ». Solo per la sicurezza del povero individuo hanno senso la maggior parte delle istituzioni di protezione legale del cosiddetto Stato costituzionale, e si può comprendere che la protezione dallo Stato prenda sempre più la forma giudiziaria e finisca sempre più nella de-

cisione di una istanza giudiziaria indipendente dallo Stato.

Ma tutto questo diventa affatto assurdo non appena forti *associazioni o organizzazioni collettive* occupano la sfera non statale e impolitica della libertà, e queste «autoorganizzazioni» astatali (ma non affatto impolitiche), da un lato raccolgono insieme in modo sempre più stabile e forte le singole persone, e d'altro lato con diversi titoli giuridici (come popolo, come società, come libera borghesia, come proletariato produttivo, come opinione pubblica, ecc.) vengono a porsi di contro allo Stato. Dietro al riparo per la sicurezza della libertà individuale di persone singole impolitiche e bisognose di difesa si mettono poi al coperto potenze politiche della più diversa specie. Associazioni non statali, ma come s'è detto affatto politiche, dominano allora tanto la volontà statale (per la via della legislazione) quanto anche (mediante una coazione sociale e «puramente di diritto privato») il singolo individuo, che esse mediatizzano. Essi divengono i portatori veri e reali delle decisioni politiche, e maneggiano gli strumenti di potenza dello Stato; ma dominano dalla sfera individuale, libera da Stato e costituzione, e non «pubblica», e sfuggono così a ogni responsabilità e pericolo politico. Nella costituzione statale dello Stato costituzionale liberaldemocratico è affatto impossibile che esse appaiano mai giuridicamente per quello che esse *sono* nella realtà politica e sociale, perché lo schema liberale a due parti non ha posto per esse. Ogni tentativo d'inserirle in esso fa saltare lo Stato liberaldemocratico e il suo sistema. Se perciò riesce a tali leghe, per la via dei partiti politici da esse dominati, di impadronirsi delle posizioni e dei mezzi del potere statale — e questo è lo sviluppo tipico —, allora esse badano nel nome dell'autorità statale e della legge ai *propri* interessi e godono di tutti i vantaggi del potere statale senza cedere i vantaggi della sfera della libertà, irresponsabile e incontrollata perché si pretende apolitica.

Sotto il velo della libertà liberaldemocratica e dello Stato costituzionale borghese poté sorgere a questo modo il sistema pluralistico di uno Stato a molti partiti, come è stato caratte-

ristico dei quattordici anni della costituzione di Weimar. Una quantità di partiti politici delle più varie specie, sindacati e potenti leghe economiche, Chiese e società religiose, spesso organizzazioni fisse chiuse di tipo nazionale, confessionale o altro, si accordano sottomano sull'esercizio del potere statale o sulla ripartizione delle entrate nazionali. Come si poté dire della democrazia ideale che essa riposa su un «quotidiano plebiscito», così si può dire di un tale sistema pluralistico che esso si integra soltanto nel «quotidiano compromesso» di potenze e leghe eterogenee ed esiste solo in esso; compromesso che, come un nazionalsocialista ha detto una volta in modo calzante, è «sempre un vincolamento del meglio al peggio»¹³. Il diritto costituzionale di un tale sistema deve diventare per la sua logica interna un'arma puramente strumentale, tecnica, un'arma che ognuno maneggia contro ogni altro, anche l'estraneo alla nazione e il nemico dello Stato contro il conazionale, così che tutti quelli che sono in gioco in un tale sistema sono costretti a un abuso obbligatorio di tutte le possibilità legali. Gruppi o leghe che rimangono in minoranza, e a cui non riesce di inserirsi in una maggioranza di coalizione o in un affare di compromesso, debbono per forza difendere contro lo Stato i loro fini e principi, per quanto illiberali o antiliberali, con argomenti e metodi liberaldemocratici. Tutti i concetti e le istituzioni di un tale sistema debbono diventare falsi e assurdi. Nell'anno 1932 io ho constatato che il potere dei governi della coalizione di Weimar non era fondato sulla loro legalità, ma sullo sfruttamento politico dei vantaggi politici del possesso legale del potere. Tutti i fattori politici, leghe di maggioranza come leghe di minoranza, governo come opposizione, partiti nazionali e internazionali, fedeli alla nazione e avversi alla nazione, approfittavano senza riguardi di tutte le possibilità legali e di tutte le posizioni di potere da essi occupate di un tale sistema statale e costituzionale,

13. KARL FIEHLER, *Nationalsozialistische Gemeindepolitik*, München, Eher, 1929, p. 12.

perché la costituzione era diventata un mezzo semplicemente funzionalistico, neutrale, e il perdurare dell'unità politica del popolo un semplice cascame del «quotidiano compromesso». La struttura a due parti del conseguente «Stato costituzionale» fondata sulla contrapposizione di Stato e individuo è e rimane appunto del tutto inadeguata e incommensurabile alla realtà di una vita politica e sociale dominata da organizzazioni non statali o soprastatali politicamente potenti. Essa è capace di distinguere soltanto legalità e illegalità, ma non diritto e torto, né amico e nemico.

Due esempi della incongruenza di ogni costituzione liberaldemocratica con la realtà della vita politica e sociale odierna possono rendere intuitiva questa situazione.

a) La seconda parte principale («diritti fondamentali») della costituzione di Weimar, piena di contraddizioni interne, annullante se stessa; e la prima parte, quella organizzativa. La costituzione di Weimar, conforme allo schema liberaldemocratico, è costruita bilateralmente. Ma la seconda parte, sotto il titolo *Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi* contiene solo in piccolissima parte diritti liberali di libertà della persona singola. Oltre a ciò questa parte della costituzione vorrebbe render giustizia alla realtà della vita sociale odierna. Di conseguenza numerose altre disposizioni di questa «parte dei diritti fondamentali» garantiscono e fissano stabilmente cose affatto in contraddizione con una costruzione costituzionale liberaldemocratica, come istituzioni e pretese di diritto pubblico di Chiese e società religiose (articoli 137 sg.), l'istituzione di diritto pubblico dei funzionari di carriera (articolo 129), l'istituzione, pure di diritto pubblico, dell'autonomia comunale (articolo 127). Anche sindacati operai e leghe padronali sono riconosciuti in questa parte della costituzione (articolo 165), benché essi abbiano preferito finora di rimanere società di diritto privato, e persino non capaci di diritto. Che forti leghe collettive come i sindacati vengano «riconosciute» in una costituzione statale, e con tutto ciò giuridicamente esse vogliano e possano rimanere associazioni puramente di diritto

privato, è sintomatico per la confusione di uno Stato di tal genere. Ma anche le altre istituzioni di diritto pubblico della cosiddetta parte dei diritti fondamentali – Chiese, comuni e funzionari di carriera – non potevano in nessun modo, in un tale sistema, rinunciare a servirsi nella misura più ampia, da un lato, dei diversi partiti politici, e dall'altro, contemporaneamente, di appoggi e organizzazioni ausiliari di diritto privato. Alle Chiese si era incorporato o appoggiato non soltanto il rispettivo partito politico, ma anche un potente corpo di società di diritto privato, con numerose associazioni religiose, culturali e di società, parte incorporate, parte riconosciute, parte permesse, parte almeno tollerate. Comuni e associazioni comunali, mediante persone giuridiche di diritto civile e commerciale d'ogni genere, sapevano organizzarsi economicamente e sottrarsi alla sorveglianza statale. Accanto all'istituzione di diritto pubblico dei funzionari di carriera sorsero grandi sindacati di funzionari, di diritto privato. Questo pluralistico Stato consisteva alla fine ormai solo di collegamenti trasversali e di un collegamento e amalgama di principio di interessi e funzioni private e pubbliche. In un tale sistema si può essere contemporaneamente deputato del Reich, delegato del consiglio del Reich, alto funzionario statale, alto dignitario ecclesiastico, capo di partito, consigliere d'amministrazione di diverse società e più altro ancora; anzi, questo curioso sistema funziona addirittura soltanto mediante tali collegamenti trasversali. Così tutto era compatibile con tutto, e la Germania era il «regno delle compatibilità illimitate». Dietro alla bipartizione dello schema costituzionale liberaldemocratico cresceva lussureggiante un pluralismo anarchico di poteri sociali, in una mescolanza caotica di statale e non statale, pubblico e privato, politico e falso impolitico.

b) Un altro esempio evidente della insufficienza dello schema costituzionale a due parti lo offre la storia del *piano di costituzione economica*, che nell'articolo 185, alla fine della parte della costituzione di Weimar sui diritti fondamentali, era persino, a quanto vi si dice, «stabilmente fondata». Nel

sistema liberaldemocratico a due parti una costituzione economica è impossibile. O essa viene realmente eseguita, e allora leva dai cardini l'intero sistema a due parti; oppure essa è una costruzione accessoria praticamente insignificante, con istituzioni della specie del consiglio provvisorio del Reich per l'economia introdotto col decreto del 4 maggio 1920, che è rimasto senza significato pratico considerabile. Non dipese neppure tanto dalla volontà coscientemente cattiva di tutti i partiti interessati al sistema pluralistico, quanto dalla conseguente logica interna dello Stato liberaldemocratico di Weimar, che i molteplici tentativi di introdurre un consiglio economico del Reich definitivo e reale dovessero miseramente fallire. Una costituzione sociale o economica è possibile appunto solo in uno Stato moderno, con la struttura a tre membra.

2. Oggi noi non soltanto conosciamo le contraddizioni interne di un tale sistema pluralistico che vive dietro alla legalità del sistema costituzionale liberaldemocratico; oggi noi sentiamo già oltre a ciò che la nostra compagine statale a tre membra, in confronto alla bipartizione liberaldemocratica (di Stato e società, o Stato e sfera impolitica di libertà) è il presupposto naturale dell'onestà e della purezza politica. La bipartizione ci appare ormai solo come mascheratura e occultamento di forze e potenze non statali, ma certo neppure impolitiche, piuttosto soprastatali, spesso anche nemiche dello Stato, che sotto la protezione delle «libertà» liberali possono fare la loro parte di entità politicamente decisive in segreto, anonime, invisibili e irresponsabili.

Anche nelle formazioni e istituzioni politiche di tempi anteriori noi riconosciamo oggi sempre, attraverso a tutte i manti di libertà e uguaglianza, gli enti e le organizzazioni propriamente portatrici dello Stato. Poiché il passato riceve la sua luce dal presente e ogni spirito cosciente è spirito contemporaneo. Così noi vediamo ora che per esempio in parecchi tempi e in alcuni stati la Chiesa col suo clero o con un determinato ordine assunse la parte dell'organizzazione

portatrice dello Stato; in altri casi poté esercitare questa funzione un ordine segreto come la massoneria; in Stati marinarci e mercantili l'ordinamento generale dell'unità politica è stato portato più volte dall'economia o da un determinato ceto professionale. Numerosi collegamenti trasversali sono pensabili. Ma allo stato odierno della nostra coscienza politica, noi ritorneremo sempre a quella struttura a tre membra e alla questione dell'organizzazione portatrice dello Stato. D'altra parte comprendiamo ormai solo come facciata lo schema costituzionale liberaldemocratico di Stato e individuo, norma organizzativa e diritti di libertà. Sempre più grandi e potenti appaiono allora tanto l'azione quanto il compito del movimento nazionalsocialista tedesco, che professa apertamente la sua responsabilità storica e assume su di sé del tutto pubblicamente l'impresa gigantesca di un'organizzazione portante Stato o popolo.

Per quello che riguarda in particolare lo sviluppo del pensiero statale *tedesco*, è chiaro che le peculiarità storiche tanto del funzionario tedesco e dell'esercito, come dell'organizzazione del partito nazionalsocialista, come anche della sfera sociale ed economica, sono in Germania particolarmente grandi e non paragonabili fra di loro. E poi la teoria statale tedesca, come s'è detto, fino alla metà del secolo decimonono – dunque fino alla vittoria della maniera di pensare liberale e di un non scientifico positivismo – non ha conosciuto lo schema bilaterale del contrapposto fra Stato e società. Per Hegel, ad esempio¹⁴ le «corporazioni» costituiscono il passaggio dalla società borghese allo Stato; lo Stato non è per lui in nessun modo apparato burocratico da un lato e libera società borghese dall'altro. Ancora Lorenz von Stein, nel 1865, nella sua *Teoria amministrativa*¹⁵ mette in rilievo accanto al

14. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, par. 250 sgg.

15. LORENZ VON STEIN, *Verwaltungslehre*, Stuttgart, 8 voll., 1865-1884, vol. I, p. 266.

potere governativo come insieme delle cariche ufficiali l'amministrazione autonoma delle province, comuni e corporazioni; e le associazioni, da lui assegnate alla sfera di diritto pubblico, come parte essenziale della vita pubblica. È vero che poi queste conoscenze statali costruttive vanno perdute in «teorie sindacali», e dopo il 1890 circa domina ormai solo la società e la mancanza di rapporti del cosiddetto positivismo. Un insegnante di diritto statale estraneo alla specie [*art-fremd*] tedesca poté liquidare l'opera di un Lorenz von Stein come «ingegnosità sconcertante». Ma dietro alle facciate dello Stato costituzionale liberale costruito a due articolazioni, e della teoria positivista di diritto pubblico a esso pertinente, lo Stato tedesco è rimasto, anche nel liberale secolo decimonono, uno Stato militare e di funzionari, e quindi uno Stato amministrativo. In questo fatto storico sta il senso ultimo e vero della nota frase di Otto Mayer: «Il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo dura». Questo detto esprime la superiorità del funzionario monarchico, portatore del potere esecutivo, sul sistema costituzionale liberale, in modo più calzante di quanto il suo stesso autore avrebbe forse voluto creder vero.

Soprattutto fu decisivo che l'esercito e il funzionario tedesco nella maggior parte degli Stati tedeschi – e particolarmente in Prussia, lo Stato tedesco dirigente – prendessero sopra di sé per un secolo anche la *funzione di strato* [*Schicht*] portatore dello Stato. Apparato di forza statale e organizzazione portatrice dello Stato coincidevano. La classe dei funzionari tedeschi non è mai stata un semplice «apparato» burocratico nel senso delle liberaldemocrazie occidentali. Di questa classe dice Otto Mayer a ragione che è, «specialmente la classe colta dei funzionari di carriera, che occupa tutte le cariche decisive, non uno strumento, ma una forza indipendente nello Stato». Questa è la realtà storica che nella filosofia dello Stato di Hegel, nella sua teoria dello Stato come regno della ragione oggettiva, ha trovato un sistema teorico e filosofico. Certo la dottrina tedesca del diritto statale, sotto il pretesto

del positivismo, ha rinunciato presto, come s'è detto or ora, a ogni approfondimento e difesa scientifica di questa situazione. Solo nelle teorie di storici ed economisti tedeschi della passata generazione, per esempio in Adolf Wagner e Gustav Schmoller, si è mantenuto il grande concetto politico tedesco tradito dai giuristi, e rimase, viva benché relativizzata come concetto «storiografico», la coscienza che lo Stato della classe colta e incorruttibile dei funzionari tedeschi sta «sopra la società borghese». Così divenne possibile uno Stato di funzionari, con una politica sociale e culturale. Ma questo non bastava a sorreggere spiritualmente uno Stato che era minacciato dal dentro e dal fuori. Per un mezzo secolo la nostra classe tedesca dei funzionari educata quasi solo giuridicamente è inaridita spiritualmente e politicamente in un preteso «positivismo». Essa è diventata così incapace di adempiere ai compiti decisivi di una classe politicamente *dirigente*.

Finché la realtà di questo Stato tedesco di militari e di funzionari esisteva, e lo Stato poteva di conseguenza esser concepito come una sfera della «moralità e ragione oggettiva» che stava al disopra della società, era possibile uno Stato di funzionari con una politica sociale e culturale, che in tutti i casi non era un semplice strumento nelle mani di forze «sociali» estranee, palesi o occulte, visibili o invisibili. Pure la realtà di un tale Stato di militari e di funzionari faceva a pugni continuamente col sistema di norme allora valido e con tutti i principi della costituzione liberaldemocratica, anzi con tutto il «costituzionalismo» del secolo decimonono. Il successo politico straordinario che Bismarck riportò fra il 1866 e il 1871 lo poteva ingannare sul fatto che dal 1848 lo Stato di funzionari tedesco era affatto sulla difensiva, spiritualmente. Né la mistura di retorica e di sofistica che Friedrich Julius Stahl – il suo vero nome è Joll Jolson – fornì ai conservatori prussiani, né il positivismo cinico di un Laband erano dottrina statale e giuridica tedesca; nonostante tutti i contrasti apparenti essi non facevano infine che preparare tutti la strada alle forze e potenze politiche della liberaldemocrazia, che

si facevano innanzi in nome dello « Stato costituzionale », e al marxismo che premeva immediatamente dietro a essa.

Certo neppure la costituzione liberaldemocratica di Weimar e quattordici anni di dominio di un sistema pluralistico di partiti poterono distruggere completamente la grande tradizione dello Stato di funzionari tedesco. Pure si era mostrato già prima della guerra mondiale che la classe dei funzionari tedeschi, ripartita fra più di venti Stati singoli, da se stessa non era più in grado di adempiere ad ambedue le funzioni, a quella cioè di apparato di autorità statale, oggettivo e neutrale, e a quella di ceto politicamente dirigente, portatore dello Stato. Era naturale che il funzionario cercasse sempre più il suo vero valore nella sicurezza e calcolabilità positiva e professionale di un funzionamento amministrativo e giudiziario esemplare, invece che nella responsabilità di risoluzioni politiche. Per oggettività, neutralità e positivismismo non era più in grado di riconoscere da sé, con chiara risolutezza politica, il nemico dello Stato, e tantomeno di vincerlo. Esso si perdette in una positivistica fedeltà assoluta alla legge, che infine era ormai solo la legalità di uno Stato a legislazione parlamentare, e la cui base, la legge, aveva più poco da fare col « diritto » in senso positivo e sostanziale. Perché questa legge era ormai solo il risultato dei compromessi di una coalizione eterogenea. Così nessuna seria difesa poteva più ostacolare la pretesa alla direzione politica dei partiti parlamentari. Durante la guerra mondiale un gruppo di politici dei partiti parlamentari poté penetrare nello Stato tedesco senza presentare alcun servizio politico, portato solo dalla necessità che il vuoto della direzione politica doveva pure essere in qualche modo riempito. Dopo il crollo dello Stato monarchico di funzionari, nello Stato pluralistico dei partiti della costituzione di Weimar, dal 1919 al 1932, la classe dei funzionari tedeschi trovò la sua giustificazione ormai solo in una funzione di accomodamento mediatore e in una specie di posizione di arbitro neutrale fra gli interessi di partito organizzati. Essa non stava più *sopra* la società, ma

fra gli strati della società. A questo modo però cadde essa stessa nel gioco del sistema pluralistico; dovette alla lunga, per mantenersi, diventare compagna di gioco e complice politica del commercio dei compromessi, far getto così della sua essenza accrescendo il sistema pluralistico di una ulteriore unità. L'« accomodamento neutrale » meglio intenzionato, benché fosse certo moralmente superiore a un sistema di partiti internamente corrotto, poteva pur sempre essere solo un cattivo e insufficiente surrogato della direzione politica mancante. Né la classe neutrale dei funzionari, né il sistema pluralistico dei partiti col suo funzionamento parlamentare hanno adempiuto al loro compito statale e prodotto dal loro interno una direzione politica. Per questo essi sono falliti.

Solo le esperienze del 1932 hanno fatto diventare questa conoscenza feconda anche per la grande maggioranza del popolo tedesco. Il « colpo di stato prussiano » del 20 luglio 1932 ha allontanato dalla Prussia il governo del sistema di Weimar e gli ha strappato di mano lo stato prussiano, potente complesso di forza e potente meccanismo di comando. Ma nessuno dei due pretesi governi « autoritari » von Papen (dal giugno 1932 al novembre 1932) e Schleicher (dal novembre 1932 al gennaio 1933), appoggiati soltanto sulla *Reichswehr* e sull'apparato del potere statale prussiano, poté riempire il vuoto politico, cioè la mancanza di direzione politica. Ritterbusch nel suo scritto apparso nel novembre 1932 *Il compromesso costituzionale di Weimar, l'esperimento del governo presidenziale e l'idea statale nazionalsocialista*¹⁶ ha mostrato dal punto di vista della dottrina del diritto statale la disperazione insita in questo stadio di sviluppo del pluralismo. La decisione della Corte di giustizia dello Stato del 25 ottobre 1932 non ha restituito a dir vero il sistema di Weimar, ma essa non poteva dare al governo del Reich quello che a esso mancava e che

16. WILLI RITTERBUSCH, *Der Verfassungskompromiß von Weimar, der Experiment der Präsidialregierung und die nationalsozialistische Staatsidee*, Wittenberg, s. e., 1932.

esso non poteva osar prendere; questa sentenza rifiutò anche di riconoscere il nemico dello Stato come nemico dello Stato, e di aiutare a metterlo nell'impossibilità di nuocere. Soltanto quando il presidente del Reich, il 30 gennaio 1933, nominò cancelliere del Reich il capo del movimento nazionalsocialista, Adolf Hitler, il Reich tedesco ebbe di nuovo una direzione politica e lo Stato tedesco trovò la forza di annientare il marxismo nemico dello Stato.

In questo 30 gennaio lo Stato di funzionari hegeliano del secolo decimonono, per il quale era caratteristica l'unità di classe fra i funzionari e il ceto portatore dello Stato, è stato sostituito da un'altra costruzione statale. In questo giorno perciò, si può dire, «Hegel è morto». Ma questo non significa che la grande opera del filosofo dello Stato tedesco sia diventata senza significato, e che sia stata gettata via l'idea di una direzione politica che stia al disopra dell'egoismo degli interessi sociali. Quello che nella potente costruzione spirituale di Hegel è, al disopra del tempo, grande e tedesco rimane ancora attivo anche nella nuova forma. Solo le forme dello Stato hegeliano di funzionari, forme corrispondenti alla situazione interna dello Stato nel secolo decimonono, sono messe da parte, e sostituite da altre formazioni corrispondenti alla nostra odierna realtà.

Oggi il Reich tedesco, l'unità politica del popolo tedesco, si può comprendere ormai solo con l'aiuto del triplice accordo di Stato, movimento, popolo. L'immane compito politico del partito nazionalsocialista è solo a questo modo riconoscibile. Il funzionario di carriera tedesco è liberato da una posizione ibrida diventata poco chiara e insostenibile, ed è stato salvato dal pericolo di essere abbassato, alla maniera liberaldemocratica, alla parte di strumento cieco di potenze non statali, sociali, cioè politicamente irresponsabili, invisibili. D'altra parte, però, il compito del movimento non si esaurisce in questo, nel portare nuovo sangue al corpo irrigidito di uno Stato di funzionari, e poi, una volta risoltosi nello «Stato», dimettersi. Distinte, ma non divise, unite, ma

non fuse, le tre grandi «ruote motrici», come le ha chiamate una volta il presidente dei ministri di Prussia, Göring, debbono correre l'una accanto all'altra, ciascuna secondo la sua legge interna e tutte all'unisono con la totalità politica che dal movimento è portata.

Guida [Führertum] e uguaglianza di specie [Artgleichheit] come concetti fondamentali del diritto nazionalsocialista

1. Il nazionalsocialismo non pensa astrattamente e meccanicamente. Esso è nemico di ogni artificio normativistico e funzionalistico. Assicura e coltiva ogni vera sostanza nazionale dove la incontra, nel paese, nella specie o nella classe. Esso ha creato per i contadini l'*Erbhofrecht*; ha salvato la classe del contadino; purificata la classe dei funzionari tedeschi da elementi di specie estranea, ne ha così restituito il carattere di ceto. Esso ha il coraggio di trattare con diverse misure le cose diverse, e di imporre differenziazioni necessarie. Perciò esso riconoscerà, dove questo ha senso, una giurisdizione di classe, come, con la legge del 12 maggio 1933 (*R. G. Bl.*, 1, p. 264), 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. In altra maniera, ma con lo stesso senso per la spontaneità specifica e concreta, il nazionalsocialismo può render giustizia nel campo dell'autonomia comunale alle differenze oggettive fra villaggio, città di campagna, comune industriale, grande città e metropoli, senza essere impacciato dalle false idee egualitarie di uno schema liberaldemocratico.

a) Il riconoscimento della molteplicità della vita particolare e specifica condurrebbe però subito di nuovo a una

infelice dilacerazione pluralistica del popolo tedesco in confessioni, specie, classi, ceti, e gruppi di interessi, se uno *Stato forte* non ne elevasse, garantendola sopra ogni multiformità, la totalità dell'unità politica. Ogni unità politica ha bisogno di una connessione e di una logica interna alle sue istituzioni e ai suoi sistemi di norme. Le occorre un pensiero formale unitario, che configuri totalmente tutte le sfere della vita pubblica. Anche in questo senso non c'è Stato normale che non sia totale. Quanto molteplici sono i punti di vista per le regole e le istituzioni delle diverse sfere di vita, altrettanto decisamente deve essere riconosciuto e tenuto fermo d'altro lato un principio fondamentale unitario e conseguente. Ogni incertezza e ogni scissione diventa un punto d'inserzione di formazioni prima neutrali di fronte allo Stato, poi nemiche dello Stato e centro di scheggiature e lacerazioni pluralistiche. Uno Stato forte è il presupposto di una forte vita propria delle diverse membra dello Stato stesso. La forza dello Stato nazionalsocialista sta in questo, che esso è dominato e pervaso dall'idea del comando dall'alto al basso e in ogni atomo della sua esistenza questo principio, mediante il quale il movimento è diventato grande, deve essere applicato sino in fondo, come il suo senso vuole, tanto nell'amministrazione statale come nelle diverse sfere di amministrazione autonoma, tenendo naturalmente conto delle modificazioni comandate dalla particolarità della materia. Non sarebbe ammissibile voler escludere dal dominio dell'idea del comando una qualsiasi importante sfera della vita pubblica.

Lo Stato militare e di funzionari dell'Ottocento tedesco, esteriormente così forte, ha commesso il grave errore politico di lasciar sorgere nell'*amministrazione autonoma comunale* un principio informativo diverso da quello del «potere esecutivo» statale (secondo il senso che le parole avevano allora) dello Stato stesso. Che la rappresentanza comunale risultasse da elezioni, di per sé non avrebbe dato di necessità la base di una scissione dentro lo Stato, data la diversità essenziale fra comune e Stato; ma la rappresentanza comunale eletta fu intesa

come il *vero* portatore e rappresentante del comune appunto perché essa era *eletta*, e con ciò era riconosciuto per il comune un principio formale che contraddiceva allo Stato monarchico. L'autonomia comunale divenne così un punto di invasione del principio parlamentare liberaldemocratico in uno Stato di funzionari monarchico-autoritario. Il barone von Stein ha compreso già nel 1810 che egli non aveva «badato abbastanza attentamente alla differenza fra costituzione [*Verwaltung*] e amministrazione». Sotto il tipico pretesto che si trattasse di faccende «apolitiche» di amministrazione autonoma, la borghesia liberale si creò una sfera sottratta allo Stato, di diritto pubblico eppure «libera dallo Stato», nella quale valevano altri ideali politici e altri principi formali e informativi che nello Stato. Sotto coperture di diritto tedesco come «idea cooperativa», «libertà di amministrazione», «affari propri», e così via, una dottrina giuridica che sapeva quello a cui mirava scosse il principio del comando [*Führerprinzip*] della costruzione statale prussiana. La teoria della uguaglianza essenziale di tutte le associazioni umane, in particolare anche di comune e Stato, appoggiò in maniera assai efficace la conquista dello Stato prussiano da parte di un principio informativo a esso radicalmente estraneo.

È vero che lo Stato militare e di funzionari tedesco mostrò una tenace forza di resistenza di fronte all'avanzata apparentemente irresistibile delle idee liberali; esso creò una compenetrazione organizzativa esemplare fra amministrazione statale e amministrazione autonoma comunale, della quale il *Landrat* (presidente di distretto) prussiano è l'esempio più celebre. Anche il diritto elettivo a tre classi che era in vigore per le elezioni comunali impedì le ultime conseguenze di una coerente liberaldemocrazia. Ma non è da disconoscere che lo Stato non era all'altezza dell'avversario che avanzava ora come nazional-liberale, ora come liberale conservatore, ora come partigiano del principio cooperativo, ora come communal-liberale; e che anche qui, come sopra si è mostrato, esso combatté stando sulla difensiva. Di conseguenza esso fu

infine vinto. Non occorre che sia dimostrato a lungo che nel nostro diritto statale e amministrativo odierno le cose debbono andare diversamente. In uno Stato totale non possono darsi dimostrazioni politiche di protesta di un parlamento comunale come per esempio quella risoluzione del consiglio municipale di Berlino dell'anno 1898 – che si pretendeva affatto «apolitica», una «pura faccenda di amministrazione», un «semplice atto di pietà» – di deporre una corona sulle tombe dei rivoluzionari del marzo 1848 (Sentenza dell'ovg¹⁷ del 9 luglio 1898), o quel conflitto di bandiere di Potsdam tra Stato e comune¹⁸, che con la sentenza della Corte di giustizia per il Reich tedesco del 9 luglio 1928¹⁹ fu deciso a favore del comune.

b) L'applicazione organizzativa del principio della Guida [*Führergedanken*] chiede prima di tutto, negativamente, che cadano tutti i metodi essenziali e conformi alla maniera di pensare liberaldemocratica. Cessa l'elezione dal basso, con tutti i residui delle solite manovre elettorali (le nuove elezioni del parlamento del Reich del 12 novembre 1933 possono essere intese, come è stato mostrato sopra, solo come parte costitutiva di una consultazione popolare). Anche le vecchie procedure di votazione, col cui aiuto una maggioranza messa insieme in qualche modo faceva diventar maggioranza una minoranza e faceva della votazione un mezzo di potere per

17. *Oberverwaltungsgericht*, tribunale amministrativo di secondo grado ovvero Corte d'appello. (N. d. R.)

18. Anche nella monarchia asburgica le forze dissolventi dello Stato, particolarmente le nazionalità in lotta con la totalità statale, si sono servite dell'autonomia comunale come porta d'entrata. Avvenne che il borgomastro di un capoluogo di distretto vietò ai militari di marciare per certe strade della città. Cfr. in «*Verwaltungsarchiv*», 1911, p. 448, un passo che contiene insieme una bella illustrazione del senso e dell'essenza dello «Stato costituzionale».

19. HANS-HEINRICH LAMMERS, WALTER SIMONS (a cura di), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, vol. I, 1920-1928, Berlin, Stilke, 1929, p. 276.

vincere e mettere in minoranza gli altri, non si possono più continuare o ripetere in uno Stato a un solo partito. Infine le divisioni e i dualismi tipicamente liberali di *legislativo ed esecutivo*, e nell'organizzazione comunale di organi di *risoluzione* e organi di *amministrazione* o di esecuzione, hanno perduto il loro senso. La competenza legislativa del governo del Reich è un primo esempio, che apre una nuova strada, di questo annullamento di artificiose lacerazioni. Dappertutto bisogna che il sistema della *ripartizione e dello scarico delle responsabilità* sia sostituito dalla chiara *assunzione di responsabilità* della Guida [*Führer*] che riconosce apertamente il suo ordine, e la *elezione* sia sostituita dalla *scelta*.

Alla idea nuova della Guida, che per lo Stato nazional-socialista è di importanza specifica e determinante, appartiene come complemento naturale la istituzione di un *consiglio della Guida*. Questo sta a fianco alla Guida con consigli, suggerimenti e pareri; lo appoggia e lo aiuta, lo tiene in un collegamento vivo col seguito e con la nazione, ma non può togliere alla Guida stessa nessuna responsabilità. Esso non è una organizzazione di diffidenza, di controllo e di scarico delle responsabilità, né deve rappresentare ed esprimere un dualismo interno (rappresentanza popolare contro governo, rappresentanza comunale contro direzione comunale), o tantomeno un pluralismo. Perciò non può essere permesso che il consiglio della Guida sia *eletto* dal difuori o dal basso, ma esso deve essere *scelto* dalla Guida, secondo determinati principi di scelta che tengano d'occhio anzitutto il collegamento con l'organizzazione del partito che porta Stato e popolo. A questo modo diventa anche possibile tener conto ampiamente delle particolari condizioni e necessità locali e regionali, come anche di quelle oggettive e delle varie classi. Guida e consiglio sono specie di formazioni tanto semplici quanto elastiche nella loro applicazione concreta ai più diversi campi di vita. Esse hanno trovato la prima forma, intuitiva ed esemplare, nel consiglio di Stato prussiano, la grande opera costruttiva del presidente dei ministri di Prussia Göring. Nella legge prussia-

na del consiglio provinciale del 17 giugno 1933 (G. s.²⁰, p. 254) l'idea è già stata trasportata dalla sfera del *governo* [Regierung] a quella dell'*amministrazione*. Oggi essa dovrebbe essere penetrata e riconosciuta universalmente come principio.

2. Davanti al significato fondamentale del concetto della Guida diventa tanto più necessario distinguere anche teoricamente in modo chiaro, e garantire il carattere particolare del concetto essenziale del diritto statale nazionalsocialista, *il concetto di direzione* [Führung]. Per riconoscere il concetto nel suo pieno significato e tener lontano il pericolo di falsificazioni e intorbidamenti è necessario prima di tutto un chiaro confronto con alcuni altri concetti apparentemente affini. Poiché tali concetti, che sono affatto necessari e nella loro sfera indispensabili, ma sono anche già impregnati di un altro spirito, vengono utilizzati volentieri per assimilare a essi l'idea di Guida, e così, paralizzare la sua vera forza. È noto che è peculiare della liberaldemocrazia conseguente di vedere il suo ideale nella «mancanza di Guide» politiche. Ma non è ancora venuto a coscienza scientifica della maggior parte dei giuristi tedeschi che da un secolo in qua tutto un sistema di specifiche formazioni di concetti lavora a questa eliminazione dell'idea di Guida e che le leve di tali concetti vengono puntate soprattutto là dove esse debbono necessariamente agire in modo politicamente distruttivo e addirittura annihilatore.

Il pensiero giuridico statale dominato dal principio fondamentale della sicurezza, calcolabilità e misurabilità trasforma tutte le rappresentazioni, concetti e istituzioni, sotto il pretesto di elaborare concetti giuridici, in astrattezze normativisticamente *predeterminate*. Viene detto per esempio che ogni dovere, se deve essere un *dovere legale* e giuridicamente rilevante, ha sempre un contenuto controllabile normativa-

20. *Preußische Gesetzessammlung*, repertorio legislativo dello Stato prussiano. (N. d. R.)

mente e di conseguenza suscettibile del riscontro del giudice. In questo semplice modo viene espulsa dalla vita legale un'altra specie di doveri, inaccessibile al pensiero giuridico individualistico-liberale, e viene procurato il monopolio della scientificità giuridica a una ideologia politica del tutto determinata (che non è in nessun modo di specie particolarmente giuridica o particolarmente scientifica). I *doveri di fedeltà*, per esempio, del seguito, dei funzionari, dei connazionali, vitalmente necessari per il diritto di uno Stato fondato dalla Guida [Führerstaat] e che sono del tutto, nel senso pieno della parola, doveri legali, vengono ridotti con questa interpretazione a faccende «semplicemente morali» o «semplicemente politiche», e privati del loro nocciolo giuridico. Nel processo di Lipsia iniziato dal governo prussiano del sistema di Weimar, esonerato dall'ufficio, contro il Reich tedesco, questo ordine di idee ha celebrato i suoi trionfi. Il dovere di fedeltà dei *Länder* di fronte al Reich, che naturalmente è un dovere legale di contenuto politico, con l'aiuto di una tale separazione liberale di diritto e politica fu distrutto nella sua essenza, e da un rappresentante particolarmente tipico del sistema di Weimar fu ironizzato come qualche cosa di «sentimentale». Per questa concezione era «diritto», a differenza della «politica», mettere politicamente su uno stesso piano nazionalsocialisti e comunisti; distinguere l'organizzazione comunista, ossia un nemico mortale pericoloso dello Stato tedesco, da un movimento nazionale tedesco era ritenuta al contrario una mancanza contro la «uguaglianza di fronte alla legge», e una valutazione «politica», in contrapposto a una «legale» o «giuridica». Qui diventava evidente il nocciolo antistatale della antitetica liberale fra diritto e politica. Certo la Corte di giustizia del Reich tedesco cercò nella sua sentenza del 25 ottobre 1932 di restare anche per questo riguardo severamente «legale e neutrale», e di sottrarsi alla decisione. Così si spiega il seguente passo, significativo parola per parola e frase per frase, delle ragioni decisive di questa celebre sentenza:

Può essere concesso che in tempi di altissima tensione politica in attacchi pubblici particolarmente violenti di ministri di un *Land* alla politica del Reich possa essere trovata in certi casi una trasgressione del dovere di fedeltà. La possibilità di scorgere in tali attacchi una mancanza al dovere da parte del *Land* non viene senz'altro esclusa neppure dal fatto che il ministro non agisca nella sua qualità ufficiale, ma come uomo privato o come membro di un partito. Ma dall'esame delle dichiarazioni del ministro Severing, anche intrapreso alla luce della situazione generale di allora, risulta che esse non oltrepassano i limiti del dovuto riserbo in modo tale che si possa scorgere in esse una mancanza al dovere del *Land* di fronte al Reich.

Un altro esempio è il concetto della *soprintendenza* [*Aufsicht*], svolto in un mezzo secolo di prassi liberalistica a concetto antitetico del concetto della direzione politica. S'intende da sé che di «soprintendenza» in diversi usi della parola (soprintendenza di servizio di fronte a funzionari, soprintendenza scolastica; soprintendenza comunale, soprintendenza ecclesiastica, eccetera) ce n'è ancora oggi, e la sua sfera di validità rimane. E in ogni specie di direzione si può anche trovare qualche modo di «soprintendenza». È però necessario distinguere chiaramente le particolari sfere di validità della soprintendenza, e opporsi alla confusione che minaccia il concetto della vera direzione da parte del concetto della soprintendenza.

La costituzione federale di Bismarck del 18 aprile 1871 era la costituzione di una federazione *egemonica*; la Prussia aveva l'egemonia, cioè la direzione politica. Questo era incontestato e incontestabile. Ma non era espressamente scritto nel resto della costituzione, e siccome il concetto della direzione politica si sottrae alla maniera di pensare del positivismo liberalistico, proprio questo concetto decisivo del diritto dello Stato federale tedesco incontrò poco interesse nella teoria del diritto statale. Uno si sarebbe esposto al rimprovero di essere «politico» e «non scientifico», se avesse reso giustizia

alla verità e realtà di questa formazione di Stato federale costruito tutto e interamente su base egemonica. Così non fu colto il concetto centrale di questa costituzione del Reich, e il concetto della *soprintendenza del Reich* trovò una cura e uno sviluppo tanto più ampi. È un risultato logico di questo tipo di pensiero giuridico statale che l'ultimo lavoro sistematico sul diritto federale della costituzione di Bismarck, l'opera di Heinrich Triepel, *La soprintendenza del Reich*²¹, considerasse tutto questo diritto *sub specie* della soprintendenza del Reich. Che uno scienziato tedesco come Triepel, che di fronte agli svisamenti normativistici del diritto statale ha dimostrato spesso il suo senso per la realtà politica, giungesse a questo spostamento di accento, mostra la forza suggestiva delle abitudini di pensiero liberali-costituzionali, e la logica interna di tali modi di pensare che passano dalla direzione alla soprintendenza, e per i quali persino la *Reichsexecution* era ormai soltanto un caso della «soprintendenza del Reich».

Con la costituzione di Weimar questa tendenza al concetto di soprintendenza doveva ancora ulteriormente svilupparsi e completarsi. Non soltanto perché la costituzione di Weimar è un documento particolarmente tipico dello Stato costituzionale borghese e perché la sua base ideologica racchiude in sé le scissioni liberali fra diritto e politica, diritto e forza, spirito e forza, e così via, ma soprattutto perché essa ha eliminato del tutto l'egemonia prussiana, e così ha completamente cancellato l'ultimo elemento direttivo dalla organizzazione a Stato federale nel resto mantenuta. Inoltre: questa costituzione faceva decidere su controversie di diritto federale persino tra Reich e *Länder*, invece del consiglio federale di una volta, una corte statale di giustizia, con procedimento giudiziario (articolo 19): così forniva all'annientamento dell'idea politica di Guida e a tutte le forze distruttrici del Reich a ciò interessate – tanto il pluralismo dei partiti politici quanto il particolarismo

21. HEINRICH TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zur Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin, Springer, 1917.

degli Stati singoli – una nuova arma politica, cioè quella del processo dinanzi alla Corte statale di giustizia. Negli autori della costituzione di Weimar c'erano stati ancora parecchi impedimenti contro questi metodi; e nella prassi statale, con la crescente difficoltà della situazione politica interna, doveva imporsi sempre più chiaramente la necessità della direzione politica. Ma il normativismo dominante della scienza del diritto statale di allora e la mancanza di ogni vera dottrina statale cooperarono con zelo alla giuridicizzazione della politica interna. Anche questo stato di cose culminò in un concetto di soprintendenza. Come ultima parola della vecchia concezione della soprintendenza nacque (nel saggio di J. Heckel sopra la sentenza della corte di Stato del 25 ottobre 1932)²², il nuovo conio: *soprintendenza della costituzione*. Dopo che nel diritto federale della costituzione di Bismarck il concetto di «soprintendenza del Reich» era stato un buon mezzo di relativizzazione normativistica della direzione politica, alla fine del sistema di Weimar è diventato possibile questo concetto, volto tutto in senso normativistico, di una «soprintendenza» della costituzione. Nella espressione «soprintendenza del Reich» era almeno riconoscibile ancora il soggetto che aveva la soprintendenza, il Reich; in altre formulazioni di concetti, come soprintendenza scolastica, soprintendenza comunale, è contenuto almeno l'oggetto sottomesso alla soprintendenza. Nella espressione «soprintendenza della costituzione» non viene invece alla luce né un soggetto né un oggetto, ma soltanto la misura base della soprintendenza, la costituzione. E questo concetto, del resto bene intenzionato, doveva servire come base teorica alla facoltà politica decisiva di ogni sistema federale, alla *ultima ratio* dell'unità politica di un Reich costruito a Stato federale, cioè alla *Reichsexecution!* Con ciò era raggiunto il grado estremo di distruzione della direzione politica.

22. JOHANNES HECKEL, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungstreit Reich-Preussen*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 23, p. 211.

Tre momenti contraddistinguono la formazione e il perfezionamento liberale-legalitario del concetto di soprintendenza a vero e proprio concetto antitetico del principio della direzione politica. Primo, la sua *tendenza normativistica*. Essa consiste in questo, che al concetto della soprintendenza è collegata la rappresentazione di una misura di questa soprintendenza, misura regolata in precedenza conforme al fatto, quindi misurabile e riscontrabile. A questa regola, pre-determinata e quindi prescindente da ogni situazione concreta, vengono sottoposte tutte le relazioni tra il soprintendente e il sorvegliato. Anche i concetti indeterminati e perfino i concetti di criterio personale di un tale sistema a soprintendenza sono dominati da questa tendenza. Anch'essi debbono trovare nell'«eccesso di criterio proprio» e nell'«abuso di criterio proprio» il loro limite, anzi un limite riscontrabile dal giudice. Anche il «divieto di arbitrio» che viene immesso e interpretato in tutti questi concetti di soprintendenza ha il senso politico di imporre la finzione di una misurabilità e calcolabilità sulla base di una precedente norma, e la regulatezza di tutte le reciproche relazioni di soprintendenza.

La seconda nota caratteristica della formazione di un concetto di soprintendenza contro quello di direzione sta nella tendenza a *equiparare soggetto e oggetto della soprintendenza*. Essa risulta senz'altro con logica coerenza dal normativismo ora ricordato, insito nella concezione della soprintendenza. Poiché non appena la misura della soprintendenza, a quanto si dice, è lì fissa, calcolabile e riscontrabile, si può partire dalla finzione che sia determinato e fissato già in precedenza in che misura chi ha la soprintendenza si possa permettere «intromissioni» (questa parola carica di polemica politica è caratteristica di una tale concezione, che si dice puramente «giuridica»); che cosa il sorvegliato debba tollerare che di lui si diffidi; e perciò il sottoposto può sempre richiamarsi contro la soprintendenza alla norma come unica misura decisiva. Allora si vede che egli in verità non deve essere affatto soggetto alla gerarchia che ha la soprintendenza e tantomeno a

un capo politico, ma sempre soltanto a un preteso contenuto normativo oggettivo e impersonale, riscontrabile da un terzo estraneo. E si vede poi che anche il soprintendente è soggetto alla stessa norma e di conseguenza non si può più affatto parlare di direzione e sottomissione, ma da ambo i lati soltanto ancora di interpretazione «oggettiva» della norma e di delimitazione «impersonale» delle competenze. Allora anche la parola «soprintendenza» è sbagliata e deve essere sostituita da «validità oggettiva di norme» e «applicazione di norme».

La terza proprietà di questo concetto di soprintendenza antitetico a quello di comando si sviluppa, con la medesima logicità, dai due caratteri precedenti. Se si ha dinanzi a noi una norma misurabile e ambo la parti del rapporto di soprintendenza sono equiparate nella soggezione a questa norma, è inevitabile che solo un terzo estraneo, parimenti «oggettivo» – dunque una istanza giudiziaria indipendente – sieda a giudizio sopra ambo le parti come organo di quella norma oggettiva. Un tale concetto di soprintendenza richiede ineluttabilmente una *istanza giudiziaria e il disbrigo processuale di tutte le differenze tra oggetto della soprintendenza e soprintendente*. In tutte le specie fra loro così oltremodo diverse del concetto di soprintendenza appare perciò infine una istanza giudiziaria, che dice l'ultima parola in un procedimento più o meno giudiziario. L'idea della protezione e dell'assicurazione che è essenzialmente necessaria al concetto liberale dello Stato costituzionale, trasforma allora, portata sino in fondo, i tribunali amministrativi per la decisione di controversie del diritto di soprintendenza comunale, in autorità per la soprintendenza *sopra* la soprintendenza statale; i tribunali per punizioni di servizio, i quali, servendosi della giurisprudenza riguardante i funzionari, debbono essere stretti tribunali di classe, vengono trasformati in semplici congegni difensivi contro il diritto della soprintendenza di servizio, che decidono invece del superiore su tutte le possibilità di applicazione e sulle realizzazioni importanti della sorveglianza di servizio; e la Corte di giustizia statale o costituzionale diventa un organo per la so-

printendenza politica del governo, limitato alla soprintendenza della costituzione. Il risultato è sempre *amministrazione di giustizia invece che direzione politica*. Un giudice non è una Guida politica, e i metodi della controversia legale odierna non sono un modello per uno Stato legale a capi. Nel caso politico decisivo la normativizzazione e processualizzazione significa solo un vincolo della Guida a vantaggio del disubbidiente; l'equiparazione delle parti significa solo equiparazione del nemico dello Stato e della nazione col compagno di Stato e di nazione; la decisione mediante un giudice indipendente significa solo la sottomissione della Guida e dell'uomo del seguito a una non-Guida politicamente non responsabile.

3. Guidare [*führen*] non è comandare [*komandieren*], esser dittatore non è un governare centralistico-burocratico o una qualunque specie del dominare [*Herrschen*]. Ci sono parecchie forme di dominio e comando, anche di buono, giusto e ragionevole dominio e potere di comando, che non sono *Führung*. Il dominio degli inglesi sull'India o l'Egitto potrà essere giustificato da molte ragioni, ma è tutt'altro che una direzione degli indiani o degli egiziani da parte degli inglesi. Lo sfruttamento delle colonie tedesche di una volta da parte delle cosiddette potenze mandatarie conforme all'articolo 22 dello statuto della Società delle Nazioni si spaccia sotto paludamenti umanitari per «tutela» e «educazione», ma parimenti non è direzione. Altrettanto poco sono direzione nel nostro senso la maggior parte dei casi di *dittatura*, che pure possono essere necessari e salutari. Anche qui dobbiamo difenderci dal pericolo che un concetto specificamente tedesco e nazional-socialista sia intorbidato e indebolito con una assimilazione a categorie estranee.

Ci sono immagini e paragoni di parecchie specie che debbono rendere evidente il rapporto di dominatore e dominato, governante e governato, e mi sembra anche giuridicamente più giusto diventar consapevoli del significato oggettivo di queste diverse designazioni che parlare, con l'aiuto delle note

falsarighe concettuali, di uno «speciale rapporto di forza», trovante naturalmente il suo limite tanto nella norma prestabilita quanto nella «vita privata». La Chiesa cattolica romana per il suo potere di dominio sopra i credenti ha trasformato e completato l'immagine del pastore e del gregge in un'idea teologico-dogmatica. Essenziale in questa immagine è che il pastore rimane assolutamente *trascendente* al gregge. Questo non è il nostro concetto di «direzione». Un celebre passo nel *Politico* di Platone tratta dei diversi paragoni che si presentano per l'uomo di Stato, con un medico, un pastore, o un pilota, per confermare l'immagine del pilota. Essa è passata mediante il *gubernator* in tutte le lingue influenzate dal latino dei popoli romanici e anglosassoni, ed è diventato la parola per «governo» [*Regierung*] come *gouvernement*, *governo*, *government*, o come il *gubernium* della monarchia absburgica di una volta. La storia di questo *gubernator* contiene un bell'esempio del come un paragone immaginoso diventi un concetto giuridico-tecnico. Un'altra immagine caratteristica è quella del cavallo e del cavaliere, che il grande storico francese Hippolyte Taine adopera per la signoria di Napoleone sul popolo francese. Essa calza grandiosamente alla figura imperatoria di questo soldato italiano che si impadronì dello Stato della nazione francese – perché dà la spiegazione più profonda della necessità interna nella quale stava questa signoria: di normalizzarsi precipitosamente al difuori e al didentro con successi militari sempre nuovi e nello stesso tempo con sempre nuove legittimazioni (plebisciti, incoronazione papale, matrimonio con un Absburgo) e istituzionalizzazioni (nuova nobiltà).

Nessuna di queste immagini coglie essenzialmente quello che si deve intendere con direzione politica [*Führung*] nel senso essenzialmente tedesco della parola. Questo concetto di direzione proviene interamente dal pensiero concreto, sostanziale, del movimento nazionalsocialista. È sintomatico che ogni immagine fallisca affatto, e che ogni immagine calzante sia subito già più di un'immagine, o di un paragone, sia appunto già direzione nella cosa stessa. Il nostro concetto

non ha bisogno né è capace di un'immagine che gli faccia da intermediaria o di un paragone che lo rappresenti. Esso non discende né da allegorie e rappresentazioni barocche, né da una *idée générale* cartesiana. È un concetto dell'immediato presente [*Gegenwart*] e di reale presenza [*Präsenz*]. Per questa ragione esso implica, anche, come esigenza positiva, una *assoluta uguaglianza di specie tra Guida e seguito*. Sulla uguaglianza di specie [*Artgleichheit*] è fondato tanto il continuo e infallibile contatto tra Guida e seguito quanto la loro fedeltà reciproca. Solo la uguaglianza di specie può impedire che il potere della Guida diventi tirannia e arbitrio; solo essa è la ragione della differenza da ogni dominio di una volontà eterogenea, per quanto intelligente o vantaggiosa.

4. *Uguaglianza di specie* del popolo tedesco in sé unito è dunque il presupposto e la base più indispensabile per il concetto della direzione politica del popolo tedesco. L'idea della razza [*Rasse*] al parlamento nazionalsocialista tedesco dei giuristi, a Lipsia nel 1933, fu riposta sempre al centro, nel potente discorso di chiusura della Guida, nelle trascendenti allocuzioni del capo del Fronte giuridico tedesco, il dottor G. Franck, e in eccellenti relazioni di specialisti, come specialmente nella conferenza di H. Nicolai: e non si tratta di un postulato astrattamente escogitato. Senza il principio della uguaglianza di specie lo Stato nazionalsocialista non potrebbe esistere, e la sua vita giuridica non sarebbe pensabile; esso sarebbe ridato subito in balia, insieme con tutte le sue istituzioni, ai suoi nemici liberali o marxisti – che ora criticano con aria di superiorità, ora si assimilano servilmente.

Per il giurista scienziato del nuovo diritto tedesco è particolarmente necessario prender consapevolezza della energia *sistematica* di questo concetto dell'uguaglianza di specie, forza compenetrante tutte le considerazioni giuridiche. La finzione del vincolamento normativistico del giudice a una legge è diventata oggi teoricamente e praticamente insostenibile per molte sfere essenziali della vita giuridica pratica. La legge non

può più affatto trovare la calcolabilità e sicurezza che per la concezione costituzionale appartengono alla definizione della legge stessa. La sicurezza e calcolabilità non sta nella norma, ma nella situazione presupposta come «normale». Da tutte le parti e in circonlocuzioni innumerevoli sono penetrate in tutti i campi della vita giuridica, persino anche nel diritto penale, le cosiddette *clausole generali e concetti indeterminati*: «fedeltà e fede», «buoni costumi», «motivo importante», «durezza ingiusta», «sospettabilità», «particolare necessità», «svantaggio sproporzionato», «interessi preponderanti», «divieto di abuso», «divieto di arbitrio», «pretesa di riguardo agli interessi» – questi sono soltanto alcuni esempi di questa dissoluzione di un normativismo legalitario. Tali clausole generali sono diventate da gran tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico. Uno scritto apparso recentemente del professore di diritto Hedemann, di Jena, *Il richiamo eccessivo alle clausole generali*²³, ci trasmette una viva impressione della enorme diffusione di queste clausole; esso mette in guardia con serie parole dal pericolo di una completa dissoluzione del diritto in generalità normativisticamente indeterminate e incalcolabili. Ma io non credo che il grande problema delle clausole generali sia con ciò risolto. La dissoluzione e indeterminatezza di tutti i concetti, specialmente davanti a quanto oggi si scrive in tutte le discipline giuridiche, mi sembra ancora molto più avanzata di quanto Hedemann la rappresenti. Persino «effettivo» e «possesso immediato» poterono essere riconosciuti come concetti indeterminati, non da un qualche talmudista ma da un ragguardevole professore tedesco di diritto, Philipp Heck, di Tubinga. Nella teoria e nella prassi giuridica noi siamo giunti già a porre con tutta serietà pratica la questione gnoseologica: fino a qual punto una parola o un

23. JUSTUS WILHELM HEDEMAN, *Die Flucht in die Generalklausen. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr, 1933.

concetto del legislatore possa vincolare in generale in modo veramente calcolabile gli uomini che applicano le legge. Noi abbiamo fatta l'esperienza che ogni parola e ogni concetto diventa subito controverso, malsicuro, indeterminato e oscillante, se in una situazione vacillante si impadroniscono di lui spiriti e interessi di diversa natura. Specialmente tutto il nostro diritto amministrativo è dominato da tali concetti indeterminati, non legati a una norma ma a una situazione (come «sicurezza e ordine pubblico», «pericolo», «caso di bisogno», «proporzionalità», eccetera), e anche concetti come «iniziativa doverosa», «arbitrio» e «divieto di arbitrio» sono in caso di conflitto così incalcolabili, che possono diventare essi stessi il peggiore arbitrio.

Da questo punto di vista, oggi ci sono ormai soltanto concetti giuridici «indeterminati». Che sarebbe possibile ritornare oggi all'antica fede in una regolazione legale di tutti i casi possibili, calzante in precedenza e nella fattispecie, senza lacune, e sicuramente calcolabile, nessuno lo vorrà affermare. La finzione e l'illusione di una legge abbracciante in precedenza tutti i casi e tutte le situazioni in modo conforme al fatto e mediante sussunzione non si lascia più richiamare in vita, anzi l'idea di un tentativo di codificazione o di regolazione senza lacune è oggi difficilmente pensabile. «Di tornare indietro al rigoroso positivismo non si può neppure far questione», dice anche Philipp Heck a buon diritto²⁴. Così tutta l'applicazione delle leggi sta fra Scilla e Cariddi. La via in avanti sembra condurre a un mare senza sponde e allontanarsi sempre più dal terreno fermo della sicurezza giuridica e dell'adesione alla legge, che pure è nello stesso tempo il terreno della indipendenza dei giudici; la via all'indietro, verso una formalistica superstizione della legge che è stata riconosciuta senza senso e storicamente da gran tempo superata, non è pur essa meritevole di considerazione.

24. Recensione a HEDEMAN, *Die Flucht in die Generalklausen*, cit., in «Juristische Wochenschrift», 1933, p. 1449.

C'è qui solo una via: 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 dalla 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 (per non dover distinguere fra uguale di specie ed estraneo di specie), perché si parlava soltanto di «personalità» in 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 essenziali, 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», «la bouche, qui prononce les paroles de la loi», 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 sentiamo come esse «pronunciano» le stesse parole molto diversamente. Noi sappiamo che la stessa parola sulla bocca di diversi popoli non soltanto suona diversamente, ma significa qualche cos'altro anche nel senso e nella cosa, e che in questioni di interpretazione di una legge e del rilievo di un fatto, piccole differenze hanno alla lontana effetti sorprendenti. Ciò nonostante noi

dobbiamo e vogliamo tener fermo tanto alla posizione legalmente assicurata del funzionario tedesco, quanto specialmente alla indipendenza dei giudici. Perciò noi domandiamo di necessità quei *vincoli*, senza dei quali tutte le garanzie e libertà, ogni indipendenza dei giudici e prima di tutto anche quella « creatività », sarebbero soltanto anarchia e una fonte particolarmente cattiva di pericoli politici. 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? Anche qui, davanti alla connessione inscindibile di vincolo legale, funzionario e indipendenza del giudice, tutte le questioni e le soluzioni sboccano nell'esigenza di una uguaglianza di specie senza la quale uno Stato totale fondato sulla Guida non può esistere neppure un sol giorno.