

IL “NEMICO” E IL “PARTIGIANO”

Le politiche penali odierne osservate
attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt

Andrea Apollonio

ABSTRACT

La conformazione “emergenziale” di alcuni settori del diritto penale spingono il giurista ad elaborare nuovi criteri di interpretazione della realtà normativa. Carl Schmitt, leggendo il Moderno come un'epoca in cui il rassicurante razionalismo kelseniano non può trovare cittadinanza, ci consegna alcune categorie concettuali di riferimento: “stato d'eccezione”, “nemico”, “partigiano”. Lo scopo di questo contributo è quello di verificare assonanze e coincidenze, simmetrie e distanze, tra l'impostazione schmittiana dell'ordinamento giuridico e le attuali tendenze e curvature della politica criminale.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Brevi cenni sullo “stato d'eccezione” nella dottrina di Carl Schmitt. – 3. L'eccezione come “perenne emergenza” nell'ordinamento penale. – 4. Il “nemico” e il “partigiano”: figure schmittiane nella sintassi penalistica. – 5. La cornice di legalità: il principio “*nullum crimen sine lege*”. – 6. Conclusioni: il diritto penale come forma di “contrapposizione politica”.

“Il teorico non può far di più che salvaguardare i concetti
e chiamare le cose con il loro nome”

Carl Schmitt, *Teoria del partigiano*

1.

Premessa

Storicamente, il diritto penale è sempre stato considerato il “braccio armato” dello Stato, l’aspetto più austero e qualificante del potere sovrano. Nessuna branca del diritto pubblico assume connotati tanto autoritari. Invero, immediatamente ci si ricollega alla narrazione hobbesiana della nascita dello Stato, a quel terribile Leviatano che mette sì fine alla guerra universale di tutti contro tutti, ma reclama per sé un’ autorità suprema, che annulla ogni diritto del singolo: *auctoritas, non veritas, facit legem*. Questo, del resto, il modello giuspositivista penetrato nella tradizione penalistica, integralmente giunto fino a noi.

Una siffatta ricostruzione del paradigma penale non può dunque ignorare le indicazioni di un illustre teorico dello Stato, protagonista (discusso) del Novecento e tra i più importanti studiosi dello stesso Hobbes: Carl Schmitt. Le sue riflessioni, talune elaborate in un periodo storico totalitaristico ed antidemocratico, hanno un raro pregio raffigurativo: delineano nettamente alcune delle più pericolose distorsioni che (anche) un sistema penale liberale ed illuminista, massima espressione di compiutezza di uno Stato di diritto, può produrre al suo interno. In altri termini, nonostante le sue dottrine abbiano un legame più o meno stretto con pensieri e derive autoritarie – o addirittura con la stessa politica nazista degli anni Trenta¹–, Schmitt può paradossalmente fornire le giuste chiavi di lettura per comprendere – da un punto di vista teorico – politico – alcune forme irregolari, alcune storpiature, alcune smagliature del moderno diritto penale. O, meglio dire, alcune inaccettabili forzature dell’ordinamento costituzionale e dei suoi principi fondativi in materia penale, sempre più spesso prodotte in ragione di una “perenne emergenza” criminale che minaccia, o minaccerebbe, l’esistenza stessa dello Stato.

Due sono i punti di interesse, che hanno costituito colonne portanti del pensiero di Carl Schmitt e su cui si intende incentrare la riflessione: lo “stato d’eccezione” e le categorie concettuali di “nemico” e “partigiano”. L’intenzione è quella di verificare assonanze e coincidenze, simmetrie e distanze, tra l’impostazione schmittiana della realtà normativa e le attuali tendenze e curvature della politica criminale.

Un tale confronto dialogico permette, a nostro avviso, una visione più nitida e “dall’alto” del continente penalistico. La grandezza di Schmitt infatti, pur al netto di tutte le critiche che possono legittimamente essergli rivolte, risiede nell’essere stato il più grande “destrutturatore” dell’ordinamento giuridico statale. Egli ha demistificato la pretesa unità legalistica dello Stato; andando oltre la forma, ha scorto il disordine e il conflitto, individuando il nocciolo della crisi dei sistemi democratici. Quella stessa crisi che ha fatto riemergere dal fondale del diritto penale istanze “partigiane” di difesa sociale, volte ad individuare il “nemico” da annientare, piuttosto che il reo da rieducare o il cittadino da proteggere.

In definitiva, prendere a prestito le raffigurazioni di Carl Schmitt vuol dire effettuare un esame autoptico sul sistema, buttare una luce nuova – comunque, da diversa angolatura – sul *deficit* di tutele e garanzie che oggi vive il magistero punitivo.

¹ Questa è, come si immagina, una delle questioni più dibattute dagli studiosi di Carl Schmitt, e non soltanto. Negli anni Venti i suoi lavori sulla crisi del liberalismo parlamentare e sull’esaltazione dei poteri di emergenza l’hanno reso tra i più letti ed influenti giuristi della Repubblica di Weimar: secondo alcuni, i suoi scritti hanno posto le basi per una giustificazione teorica del Nazionalsocialismo. Successivamente, con il regime hitleriano raggiunse compromessi ed intavolò un confronto sulle riforme costituzionali, tanto da essere accusato (e poi prosciolto) degli stessi crimini addossati alla nomenclatura nazista al processo di Norimberga. Non è questa la sede per ulteriori approfondimenti sul punto. Si richiama, però, la felice sintesi di Caracciolo, per chi scrive massimamente condivisibile: “Paradossalmente può dirsi che il nazismo fu schmittiano più di quanto Schmitt non sia stato nazista” (CARACCILO, *Presentazione*, in SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it., Milano, 1981, p. VII). Appare inoltre utile il rimando alla difesa di Schmitt (in punto “di fatto” e “di diritto”) rispetto alle accuse rivoltegli proprio a Norimberga, oggi contenute in SCHMITT, *Risposte a Norimberga* (a cura di Helmut Quaritsch), trad. it., Roma – Bari, 2006.

2.

Brevi cenni sullo “stato d’eccezione” nella dottrina di Carl Schmitt

Lo “stato d’eccezione” è l’orizzonte su cui si muovono le riflessioni di questo breve scritto. Un concetto che sta a significare la temporanea sospensione dell’ordinamento giuridico e dei suoi principi di garanzia a seguito del sorgere di realtà sociali difficilmente regolabili mediante ordinari strumenti legislativi, a partire dalle guerre di aggressione da parte di potenze straniere fino ad arrivare a disordini sociali di varia natura e fenomeni di criminalità collettiva ed organizzata. Situazioni che possono mettere in crisi l’esistenza stessa dello Stato, cui si risponde, in virtù di un preteso diritto all’autoconservazione, mediante la sospensione di talune regole dell’ordinamento giuridico.

Una deroga dell’assetto costituzionale difficilmente compatibile con uno Stato di diritto fondato su principi democratici². Eppure, Carl Schmitt ne ha fatto momento qualificante della stessa sovranità statale. Egli dice, aprendo “Teologia politica”: “Sovrano è chi decide sullo stato d’eccezione”³.

Questa decisione individuerrebbe inequivocabilmente i poteri dell’Autorità, che egli – fedele all’insegnamento di Hobbes – considera Autorità assoluta, cioè sciolta da ogni possibile inquadramento normativo. “Il caso d’eccezione rende palese in modo più chiaro l’essenza dell’autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l’autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto”⁴. Dunque, il Sovrano, lo Stato, decide tanto sul fatto che sussista l’emergenza, quanto sul come ed in che termini sospendere il diritto ed i suoi principi per fronteggiarla, e può farlo in quanto, pur appartenendovi, “egli sta al di fuori dell’ordinamento giuridico normalmente vigente”⁵.

Ma il teorico tedesco non legittima l’eccezione nei soli frangenti di patologia dello Stato; essa è considerata un vero e proprio “controcanto”, un elemento necessario di disordine rispetto ad un fisiologico ordine costituzionale, che però risulta quasi del tutto irrealizzabile in assoluto. Come ha scritto uno dei più autorevoli commentatori di Schmitt, “egli sa che l’ordine è necessario, e al tempo stesso sa che, nella sua configurazione moderna, è impossibile. Lo Stato, nel suo pensiero, continua a vivere oltre lo Stato, come esigenza di ordine mai perfettamente realizzabile”⁶. Dunque, in un certo qual modo, l’eccezione deve essere positivamente considerata, in quanto trattasi di uno *status quo* che richiama il disordine della società prima dell’avvento del Sovrano – pacificatore: è ontologicamente connessa all’ordine costituzionale, ne rappresenta una sfaccettatura. Egli dice: “l’eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell’eccezione”⁷. Insomma, connessi allo “stato d’eccezione”, verrebbero in essere giudizi sul funzionamento della struttura statale.

Schmitt sfugge così dalla morsa del razionalismo giuridico kelseniano, che pone la norma, la *Grundnorm*, al di sopra di tutto, e definisce lo Stato mera espressione del razionale funzionamento del diritto. Del resto, la nota polemica fra Kelsen e Schmitt procede per rigide antitesi, e poggia su differenti terreni assiologici. Quest’ultimo nega tutto alla radice, e ribalta gli schemi: la norma e lo stesso ordinamento giuridico sono soggetti alle istanze e alle pulsioni, talvolta irrazionali, del Sovrano, che può finanche decidere sullo “stato d’eccezione”. E, si badi bene, può farlo *legittimamente*⁸, nonostante l’evidente irrazionalità della decisione stessa.

Orbene, all’interno di queste premesse si può affermare che il diritto penale – in particolari momenti storici che il nostro Paese ha vissuto e tuttora vive – adotta una concezione puramente schmittiana dello “stato d’emergenza”, ricorrendo agli stessi strumenti derogatori

² Anche se va necessariamente sottolineata l’autorevole opinione del costituzionalista Santi Romano (molto lontano dal retroterra culturale di Carl Schmitt), il quale concepisce la necessità come una “condizione di cose” che non può essere disciplinata da norme precedentemente adottate; in questo senso, “la necessità si può dire che sia la fonte prima e originaria di tutto il diritto”: ROMANO, *Sui decreti – legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1990, p. 362.

³ SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972 (ed. 2013), p. 33.

⁴ *Ivi*, p. 40.

⁵ *Ivi*, p. 34.

⁶ GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, 2008, p. 58.

⁷ SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 41. Il rapporto tra eccezione e regola è mirabilmente spiegato da Galli: “Lo Stato è efficace se è capace di creare e di negare il suo stesso sistema di norme: è un cristallo percorso da una frattura originaria, l’eccezione e la decisione, che lo destabilizza ed al contempo lo rende efficace” (GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 12).

⁸ Il problema di ogni Costituzione è l’imprescindibile pretesa di poter racchiudere e delimitare completamente in leggi scritte tutto l’esercizio del potere statale, cosicché “non sia possibile nessuna attività politica [...], nessuna sovranità”. Difatti, “sono proprio le decisioni politiche essenziali che sfuggono alla delimitazione normativa”. Così SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it., Milano, 1984, p. 151.

(prerogativa del legislatore – Sovrano) ed assoggettandosi alle medesime pulsioni irrazionali dinanzi il disordine ed il caos.

3.

L'eccezione come “perenne emergenza” nell'ordinamento penale

Normalmente, lo stato d'eccezione viene associato a specifici momenti patologici della vita di uno Stato: guerra civile, insurrezione, occupazione straniera, e così via. Eppure, a partire del XX secolo, si assiste alla sempre più marcata tendenza alla sospensione di principi costituzionali mediante strumenti normativi c.d. “emergenziali”, per ragioni di mera opportunità politica. Si pensi al Terzo Reich o allo Stato fascista: sebbene all'interno degli assetti e delle procedure istituzionali, pur di rafforzare il potere dell'esecutivo si è proceduto ad una sorta di “legalizzazione” dell'eccezione mediante decreti temporanei, di fatto mai decaduti; un fenomeno che, per le sue caratteristiche, è stato efficacemente definito “guerra civile legale”. Una tendenza che, seppur meno estremizzata, è rimasta *in auge*, divenendo pratica costante negli Stati contemporanei, anche in quelli di lunga tradizione democratica: com'è stato autorevolmente affermato, “*lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante della società contemporanea*”¹⁰. Una tendenza che oggi è incanalata in percorsi di legittimità costituzionale.

A tal riguardo, va detto che nel novero delle tradizioni giuridiche degli Stati occidentali esiste una divisione netta tra ordinamenti che regolano lo stato di eccezione direttamente nel loro testo costituzionale – è il caso della Francia¹¹ – e ordinamenti che preferiscono non accennare al problema nei loro testi legislativi, come nel caso dell'Italia (opzione, quest'ultima, aspramente criticata dallo stesso Carl Schmitt). Eppure, dal punto di vista della costituzione *materiale*, lo stato d'eccezione è un'evenienza che si realizza in tutti gli ordinamenti, indipendentemente dalla sua formalizzazione in Costituzione o in testi legislativi. Si realizza, in special modo (e se ne vedranno di seguito le ragioni), nell'ambito della giustizia penale; più frequentemente, in quegli ordinamenti in cui viene adottato come paradigma delle politiche criminali la decretazione d'urgenza mediante decreti – legge.

Ebbene, se si considera che la produzione legislativa in materia penale denominata “legislazione d'emergenza” utilizza quasi esclusivamente lo strumento del decreto – legge, che *de facto* subordina il potere legislativo a quello esecutivo¹², la conformazione penalistica dello stato d'eccezione nel nostro Paese presenta un particolare interesse.

Gli anni Settanta, c.d. “di piombo” per le forti tensioni associate a fenomeni di stampo terroristico e mafioso, segnano una svolta normativa verso politiche punitive di stampo populista; a partire da allora, il monopolio governativo delle leggi – che Schmitt immaginava essere veicolo d'accesso allo stato d'eccezione – è oramai divenuto una realtà consolidata, nonostante sia oggettivamente difficile riscontrarne i presupposti costituzionali; secondo l'articolo 77 della Costituzione, è infatti permesso al Governo di legiferare mediante decreti – legge soltanto ove sussistano condizioni di “necessità ed urgenza”, caratterizzate dalla straordinarietà del momento¹³. Insomma, nessuna teorizzazione espressa di un modello “d'eccezione”, che però risulta operante nella prassi legislativa: un sintomo inequivocabile di una più generale deriva autoritaria che oggi vive il diritto penale, chiamato a regolare una presunta “perenne emergenza”¹⁴.

A titolo paradigmatico, si consideri l'atteggiamento dello Stato nei confronti della crimi-

⁹ SCHNUR, *Rivoluzione e guerra civile*, Milano, 1986, p. 15 s. In questo senso, cfr. anche AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 10.

¹⁰ AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 11.

¹¹ Nell'attuale Costituzione francese, lo stato di eccezione è regolato dall'articolo 16, il quale prevede che il Presidente della Repubblica acquisisca “pieni poteri” e prenda ogni misura necessaria “quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave e immediato e il funzionamento regolare dei pubblici poteri costituzionali è interrotto”.

¹² RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, p. 52. V. anche FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, p. 142, lì dove si definiscono i decreti – legge (divenuti a tal punto ordinario strumento di legislazione) “disegni di legge rafforzati a urgenza garantita”. Sul tema, si segnala inoltre il (ben più recente) lavoro di CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

¹³ Così RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 60.

¹⁴ L'accezione esplicitamente richiama l'importante lavoro di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

nalità organizzata di stampo mafioso. Com'è noto, a partire dagli anni Ottanta la legislazione antimafia, per rispondere alle violenze ed alle stragi perpetrate dalle organizzazioni mafiose, si è ingrossata di provvedimenti di natura emergenziale, approntati sull'onda dell'emotività e della contingenza, con tutti i connotati negativi ad essi correlati: incontrollato rigore sanzionatorio, approssimazione sul fronte della tipicità, corrosione delle garanzie, involuzione nella disciplina processuale, previsioni di "carcere duro", e via discorrendo¹⁵. Tutte caratteristiche che, se assemblate assieme, configurano uno dei grandi spauracchi del sistema penale: la simbolicità¹⁶.

Se l'emergenza ha determinato l'uso simbolico del diritto penale, trasferendo le sue funzioni in settori diversi da quelli di appartenenza e riducendolo ad uno strumento "di lotta" per "mero" ordine pubblico, allora potrebbe dirsi che – riorganizzando i termini della questione – l'emergenzialismo estrae la (genetica) componente simbolica del diritto per convertirlo in vero e proprio "diritto penale dell'ordine pubblico"¹⁷.

E' dunque evidente come (perlomeno) alcuni momenti dell'attuale diritto penale – le sue "emergenze" ed i suoi "slogan", i sacrifici continui delle garanzie connesse ed una sistematica violazione dei diritti fondamentali – si modellino perfettamente all'area di sospensione costituzionale che Carl Schmitt immaginava. Uno "spazio libero dal diritto", che perpetua un dominio giuridicamente incontrollato della politica sul diritto¹⁸; eppure, a ben riflettere, proprio questo è il punto d'arrivo della riflessione di Schmitt, che propugna l'indispensabilità della subordinazione del secondo alla prima. In altre parole, la legittimazione dell'emergenza e la prassi dell'eccezione si trovano in un rapporto di stretta complementarità. Se da un lato l'eccezione costituisce la fonte più o meno latente della difformità dalla prassi e dalle regole ordinarie, dall'altro l'emergenza si traduce nella giustificazione politica del cambiamento delle "regole del gioco" che in uno Stato di diritto disciplinano la funzione penale¹⁹.

Autorevolmente, si è finanche accennato ad una soluzione possibile, che restauri un diritto penale di matrice costituzionale rispetto alla punibilità, per esempio, degli atti preparatori o dei reati associativi nelle vicende mafiose o terroristiche, da sempre "banco di prova" della politica penale di stampo emergenziale. La formulazione, in sostanza, "di una regola legislativa previa, costituzionale o di attuazione della Costituzione, delle eccezioni possibili": cioè la disciplina specifica dei limiti e soprattutto della temporaneità di alcune norme derogatorie²⁰; un diritto costituzionale "di cornice", pensato soprattutto per il diritto penale "dell'emergenza", che più d'ogni altro contiene in sé parentesi derogatrici. Insomma, definire limiti temporali, strutturali, ordinamentali delle leggi speciali "d'eccezione", con eventuali verifiche di costituzionalità²¹.

Eppure, in questo modo si piomberebbe fatalmente nella "trappola schmittiana": è il Po-

¹⁵ I caratteri della legislazione emergenziale sono stati ripercorsi, con notevole lucidità d'analisi, da MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 53 s. Per uno sguardo d'insieme del sistema normativo antimafia (e – soprattutto – delle sue criticità), così come emerso dalla parentesi stragista della prima metà degli anni Novanta, cfr. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996; si permetta inoltre il rimando a APOLLONIO, *Critica dell'Antimafia. L'avanzare della paura, l'arretramento delle garanzie, l'imperfezione del diritto*, Cosenza, 2013, p. 26 s.

¹⁶ Prendendo a prestito un'autorevole definizione, per simbolica si intende "quel tipo di legislazione penale prodotta – per varie ragioni ed in vari settori – a scopo meramente placativo, per dare "messaggi rassicuranti" sull'effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività". PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 891. V. anche MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 54 s.; mostrando il carattere imprescindibile dell'intervento punitivo, ogni soluzione extrapenale viene accuratamente omessa, nonostante possa essere, talvolta, ben più idonea a regolare il fenomeno socio-criminale in oggetto (ed è il caso proprio di quello mafioso, come anche di quello terroristico di stampo politico).

¹⁷ In proposito, si rimanda all'autorevole pensiero di Franco Bricola, per il quale se la politica penale *tout court* è quella che riesce ad esprimere il diritto penale come (non *extrema*, bensì) unica *ratio*, la politica penale dell'ordine pubblico, sua riduzione ed ulteriore degradazione, coincide con la tutela *ad ogni costo* dei gangli essenziali del potere della classe borghese, e presenta determinate caratteristiche: è rapportabile a situazioni eccezionali, fa leva su componenti emotive e irrazionali, sacrifica incisivamente i diritti individuali. Inoltre, una politica penale dell'ordine pubblico, pur eccezionale e quindi transitoria, finisce sempre per diventare permanente e per rifrangersi sulla stessa politica penale generale, imprimendo alle riforme di politica criminale la stessa direzione: così BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 223 s. L'emergenza, come detto, gioca una partita decisiva nella legittimazione del diritto penale dell'ordine pubblico. A tal proposito, si riportano le parole di un altro Autore, il quale afferma: "il rapporto tra giustificazione e legittimazione del diritto penale a tutela dell'ordine pubblico (nelle varie accezioni, ordine pubblico *tout court*, democratico, internazionale) e legislazione delle emergenze diviene strettissimo, fino ad una sostanziale coincidenza dei due concetti": INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2002, p. 21.

¹⁸ In questo senso, DONINI, *Il diritto penale di fronte "al nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 768. Lo stesso A., riprendendo alcune tesi di Ferrajoli esposte negli anni Ottanta, è abbastanza rigido nel ravvisare una "vera e propria incompatibilità" tra Stato di diritto e "stato d'eccezione", perché quest'ultimo è mera espressione della ragion di Stato, ed elude platealmente il principio di legalità. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari, 1989 (ed. 2011), p. 868.

¹⁹ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844 s.

²⁰ DONINI, *Il diritto penale di fronte "al nemico"*, cit., p. 774.

²¹ *Ibidem*.

litico a decidere – discrezionalmente – sull'eccezione, sulla riconducibilità o meno di essa a parametri generali ed astratti. L'"emergenza" diviene "eccezione" lì dove non sia già astrattamente disciplinata, ed in concreto le leggi esistenti risulterebbero inefficaci, sempre secondo una valutazione puramente politica. Una problematica apparentemente indirimibile; come in un gioco dell'oca, si ritorna al punto di partenza.

4.

Il "nemico" e il "partigiano": figure schmittiane nella sintassi penalistica

Una delle più note teorie di Schmitt non pertiene allo "stato d'eccezione", bensì ad una sua derivazione: all'opposizione concettuale amico/nemico, quale criterio di identificazione del Politico e delle sue decisioni. E' proprio al momento decisionistico di cui sopra si è detto che è connessa una tale contrapposizione. Egli concentra il suo interesse sulla dinamica più nota che produce lo "stato d'eccezione": l'estrema criminalizzazione del nemico. Tale creazione concettuale è necessaria; se la politica è intesa come forma di guerra (e viceversa), essa senza un "nemico" non avrebbe alcuna ragion d'essere.

Non si tratta del semplice "avversario" (*adversarius*), nè del "rivale" (*rivalis*) o del "nemico personale" (*inimicus*), bensì del "nemico pubblico", del "nemico politico" (*hostis*), *assoluto* in quanto tale²². L'*hostis* non esprime un generico pericolo, una semplice minaccia. Egli è in grado di mettere in discussione l'Autorità costituita, è capace di minacciare il Politico e le sue strutture ordinamentali: "chi posso in generale riconoscere come mio nemico? Evidentemente soltanto colui che mi può mettere in questione"²³.

Ebbene, come affrontare il "nemico" della collettività, il "nemico pubblico"? Anzitutto, conferendogli un carattere "estremo, totale, assoluto"²⁴. La guerra, la lotta contro di esso non può che essere, parimenti, estrema, totale, assoluta: l'indicazione del nemico vuol dire, null'altro, che ragionare sul grado di intensità del contrasto. Del resto, come rimarca Schmitt, "la contrapposizione politica è la più intensa ed estrema di tutte"²⁵.

Nonostante il teorico tedesco si riferisse soprattutto alla guerra tra Stati (o, al massimo, a situazioni di guerra civile all'interno di uno Stato), la categoria del nemico schmittiano richiama drammaticamente le pulsioni e le politiche del diritto penale nei confronti del reo; non a caso, il concetto subirà, nel corso dei decenni, una lenta emigrazione dal diritto internazionale, riversando i propri contenuti anche in campo penalistico.

Nella visione di Schmitt, nemico è colui che si combatte per una qualche "ragion di Stato", per preservare la "cosa pubblica". Non può evitarsi, a priori, la profilatura del dualismo reo / nemico, soprattutto dopo che la dottrina ha concesso cittadinanza nel sistema penale ad un vero e proprio "diritto penale del nemico"²⁶. Il "nemico", infatti, è un elemento necessario della "perenne emergenza", ne è, anzi, l'indiscusso protagonista. Ogni qualvolta il diritto si muove a tutela dell'ordine pubblico, e disconosce la complessità dei fenomeni che è chiamato a regolare, diviene – come visto – "diritto penale dell'ordine pubblico", e la tutela di quest'ultimo "tende a diventare lo scopo dell'intero ordinamento giuridico"²⁷: il reo diviene allora, seguendo una perversa ma simmetrica logica, "nemico pubblico", colui che, con il suo atteggiamento antisociale e minaccioso nei confronti dell'Autorità, turba irrimediabilmente quell'ordine pubblico

²² In questo senso VOLPI, *L'ultima sentinella della terra*, in SCHMITT, *Teoria del partigiano*, trad. it., Milano, 2005, p. 162. Cfr. anche SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 111.

²³ SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano, 1987, p. 104.

²⁴ Così VOLPI, *L'ultima sentinella della terra*, cit., p. 163.

²⁵ SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 112.

²⁶ Si accenna qui, con ogni evidenza, al già citato saggio di Massimo Donini, che magistralmente analizza il fine "di tutela" – che spesso non coincide con finalità "di giustizia" – del diritto penale, talvolta utilizzato come strumento di lotta in funzione di difesa sociale. L'A., sulla scorta della distinzione idealtipica tra diritto penale del cittadino e diritto penale del nemico che Gunther Jakobs ha recentemente ripreso, evidenzia il rapporto che intercorre (seppur con molti distinguo) tra un siffatto sistema penalistico e le categorie concettuali di Carl Schmitt, e sarà preso in considerazione nel prosieguo. Per completezza, va detto che ancor prima Insolera metteva in correlazione la legislazione dell'emergenza con quel "plusvalore politico addizionale che si aggiunge al potere normativistico-legale", che Schmitt – in "Le categorie del politico" – associa allo Stato in quanto unità sostanzialmente politica. Cfr. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico*, cit., p. 24.

²⁷ FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1102; cfr. anche MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 54.

costituzionalmente costituito.

La problematicità di una tale assonanza concettuale risiede nel fatto che il diritto penale si ritroverebbe a svolgere un ruolo di mera difesa sociale, ove è ben presente il pensiero della lotta, addirittura della guerra: “la difesa è un concetto che si applica al nemico”²⁸. Il diritto che si risolve nella difesa accentua però il ruolo della prevenzione generale, e lì dove si individua il “nemico” si radicalizza la portata della prevenzione speciale. Si inquina irrimediabilmente il terreno delle garanzie, commisurando la pena non in base a criteri di giustizia, ma a quelli – per l'appunto – della difesa, parametrati sull'efficacia. Insomma, per riprendere quanto già detto al proposito, il “diritto penale del nemico” vive e prolifica entro una legalità penale *sospesa*²⁹.

Non soltanto: la sanzione che sia soltanto misura di difesa sociale si spinge in avanti, considera ogni futuro ed imminente pericolo; non guarda indietro, al fatto commesso, non risponde a logiche proporzionali e ragionevoli. Come ci spiega ancora Mathieu, “[a questo punto] i mezzi non obbediscono al criterio, lungo e laborioso, della giustizia, bensì a quello, più spiccio, dell'efficacia”³⁰. Un'incongruenza – il diritto stretto da una morsa, nel mezzo di una dialettica costante tra giustizia e difesa – che contraddice le fondamenta costituzionali del diritto.

Una radicalizzazione, quella appena esposta, che nondimeno si realizza con sempre maggior frequenza nel diritto penale contemporaneo; si realizza, ogni volta che la politica criminale perpetua novelle e prassi giudiziarie tese a definire parentesi di un diritto “eccezionale”, ove trovano spazio le c.d. “legislazioni dell'emergenza” e la criminalizzazione estrema di determinati *tipi d'autore*: come il mafioso o il terrorista, in tutto e per tutto accomunati, per l'appunto, al nemico schmittiano³¹.

E poichè, secondo Schmitt, “sovrano è chi decide lo stato d'eccezione”, sovrano è chi decide altresì i soggetti da punire e i nemici da annientare, ed in quale misura “si è costretti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali”³²: lo Stato avoca a sè la decisione sull'amico – nemico, perchè quando si decide sulla guerra, si decide anche sul nemico.

Proprio sulla scorta di un'altra figurazione concettuale di Schmitt, quella del “partigiano”, si riesce a meglio comprendere il ruolo belligerante dello Stato, del Sovrano, in simili contesti. Perchè, egli dice, è proprio quando si delinea il vero nemico che non sarebbe insensato procedere ad una “lotta partigiana”³³. Una lotta, cioè, particolarmente cruenta ed efferata, anticonvenzionale all'occorrenza; tuttavia, caratterizzata “dall'intenso impegno politico che contraddistingue il partigiano rispetto agli altri combattenti”³⁴. Ora, che il partigiano possa rappresentare una eventuale, ulteriore (forse, degenerata) sfaccettatura del Sovrano, Schmitt ce lo conferma in un altro passaggio: “il partigiano ha bisogno di una legittimazione se vuole restare nella sfera del politico e non sprofondare in quella del partigiano comune”³⁵. Il “riconoscimento politico” non può

²⁸ MATHIEU, *Perchè punire. Il collasso della giustizia penale*, Macerata, 2007, p. 222.

²⁹ BERNARDI – PASTORE – PUGIOTTO, *Legalità penale: tre atti di una crisi*, in BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 5.

³⁰ MATHIEU, *Perchè punire. Il collasso della giustizia penale*, cit., p. 222. Lo stesso A. indaga la possibilità della giustizia partendo da un gesto quasi banale: l'uccisione delle mosche. Si potrebbe infatti affermare che non è giusto sterminarle; ma si argomenterebbe poi *a contrario*: non è giusto che le mosche portino fastidio e malattie. Così, alla fine ci si accorgerebbe che “l'applicazione stessa della categoria di giustizia è fuor di luogo” (*Ivi*, p. 223). Suggestiva, inoltre, la tesi che propugna l'impossibilità della giustizia nella gran parte del dominio penalistico, autorevolmente sostenuta da STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, p. 221 s.

³¹ Non v'è dubbio: fenomeni di criminalità associata estremamente pervasivi quali la mafia o il terrorismo sono infatti in grado di “mettere in questione” l'assetto istituzionale dello Stato, talvolta addirittura penetrandovi, talaltra esercitando una potestà simile nei mezzi e nelle forme a quella statale. Illuminante ciò che ha affermato Santi Romano il secolo scorso: “È noto come, sotto la minaccia di leggi statuali, vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite”. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 101. Per una maggiore contezza della minaccia “ordinamentale” che hanno rappresentato mafia e terrorismo in determinati periodi storici, cfr. rispettivamente ARDITA, *Ricatto allo Stato*, Milano, 2011; SASSOLI-GAROFANI, *Il potere fragile. I consigli dei ministri durante il sequestro Moro*, Roma, 2013. Su quest'ultimo fenomeno criminale e sulla legislazione ad esso contrapposta, si vuole richiamare altresì, significativamente, il pregevole studio di BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; ivi, infatti, l'A. apre le proprie riflessioni rendendo esplicitamente omaggio alle tesi (ispiratrici) di Carl Schmitt, il cui pensiero risulta essere “implacabilmente coerente”.

³² Così SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it., Milano, 1991 (ed. 2006), p. 430.

³³ SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 123. Sono ulteriormente definiti i contorni del “partigiano” e delle sue caratteristiche in SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, 2005, p. 67 s. Si badi: egli ha in mente soprattutto il partigiano “fisico”, il combattente senza uniforme; tuttavia, a più riprese Schmitt ha utilizzato la figura come un modello di astrazione teorica, talvolta in antitesi proprio con il concetto di “nemico”.

³⁴ SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 26. Ed ancora, in SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso*, cit., p. 86: “E' questo il senso anche del nostro criterio di impegno politico: il partigiano è colui che ha preso partito al cento per cento”.

³⁵ SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 115.

slegarsi dall'attività partigiana³⁶, nè tantomeno l'irregolarità del combattimento determina *ex se* un'illegalità dell'azione. A ben vedere, se interpretata in chiave penalistica, questa riflessione – che potrebbe anche risultare antistorica, o eccessivamente astratta – si sovrappone e può talvolta coincidere con il rapporto complesso che lega consenso sociale e utilizzo del potere punitivo da parte dello Stato³⁷: in cosa consta il “riconoscimento politico” di una Istituzione, se non nel consenso elettorale e, dunque, sociale?

Ma da tale riconoscimento si può anche prescindere: il partigiano può ben essere *irregolare*; così, la figura bicefala del partigiano – sovrano si colloca sul più labile dei confini, tra legalità, legittimità, discrezione e autoritarismo. Addirittura, come afferma Schmitt, “*nel partigiano odierno generalmente le due opposizioni regolare – irregolare e legale – illegale, si confondono e si intrecciano*”³⁸.

E' così raffigurato quello Stato che dinanzi al suo “nemico” – e solo dinanzi ad esso, non al comune criminale – diventa “partigiano”, smarrendo le coordinate di legittimità del suo operato. Una potestà punitiva dettata dall'emozione, propria delle fasi patologiche della vita di un Paese, originata dalla violenza criminale, che replica con una stessa violenza, tipica della acerrima contrapposizione. Costantemente indiziata di essere lesiva di principi e valori costituzionali.

Che, poi, anche quest'ultima, estrema concettualizzazione possa essere applicata non soltanto a contesti di guerra civile, guerriglia interna, *occupatio bellica*, ma anche al campo che qui ci occupa, incardinata cioè nella grammatica penalistica, sembra che sia lo stesso teorico a suggerircelo: “*Chi potrà impedire che in maniera analoga, ma in misura infinitamente più grande, sorgano nuovi ed inattesi tipi di inimicizia, il cui realizzarsi susciterà inattese forme di un nuovo partigiano?*”³⁹. E non v'è dubbio alcuno, i due concetti polari fondamentali di amico e nemico, e quello onnicomprensivo di inimicizia, hanno perfettamente attecchito nelle sterminate ed incustodite periferie del liberalismo penale; verso cui, paradossalmente, si sta gradualmente spostando l'epicentro delle politiche penali odierne⁴⁰.

5.

La cornice di legalità: il principio “*nullum crimen sine lege*”

Nonostante le innegabili contraddizioni assiologiche, un dato, tuttavia, deve essere marcato prima di avventurarsi in brevi riflessioni conclusive: le argomentazioni di Schmitt sono, talvolta a dispetto del loro lignaggio, comunque racchiuse entro una stretta cornice di legalità. Per rimanere a quanto visto finora: da un lato, lo “stato d'eccezione” è una decisione sì irrazionale, ma assunta nel rispetto delle forme costituzionali – dunque, *lato sensu* legittima; dall'altro, le categorie di “nemico” e di “partigiano” raffigurano soggetti “istituzionali” di uno scontro politico, un antagonismo che Schmitt più volte afferma essere necessario per l'esistenza stessa dello Stato e delle sue forme legalitarie. Nello specifico, è sul principio del “*nullum crimen sine lege*” che egli ritornerà più volte lungo tutto il corso dei suoi studi. Un dato apparentemente sbalorditivo.

Difatti, non si può certo dimenticare che Schmitt è stato un esponente autorevole del pensiero giuridico tedesco durante la dittatura nazionalsocialista: un oscuro periodo per il diritto penale, soprattutto nella misura in cui il positivismo venne di fatto sovvertito in materia di

³⁶ Tanto che, proprio nello stesso saggio, Schmitt afferma che “*la teoria del partigiano sfocia nel concetto del Politico, nella domanda su chi sia il vero nemico e in un nuovo nomos della terra*” (SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 132).

³⁷ Lo Stato, è noto, necessita di legittimazione politica e sociale: per questo, nel processo di criminalizzazione che gli compete, manovra, manipola o solamente “veicola” il consenso sociale, divenendo così un vero e proprio *attore del consenso*. In questi termini, PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 172 s. Dello stesso A. si veda *amplius* PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 849 s. Si permetta anche un rimando alla stretta attualità: che l'esercizio statutale del diritto e (soprattutto) l'amministrazione statutale della giustizia siano spesso contrassegnati dall'“intenso impegno politico” improntato ad un “facile” ottenimento del consenso mediatico (dunque, sociale), lo ha autorevolmente ricordato FIANDACA, *La trattativa Stato – mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 67 s.

³⁸ SCHMITT, *Teoria del partigiano*, cit., p. 29.

³⁹ *Ivi*, p. 132.

⁴⁰ Va però rilevata, a riguardo, l'opinione contraria di Donini, secondo cui il tema del diritto penale “del nemico” non può – nonostante le pressanti analogie – essere ricondotto alle categorie di Schmitt, soprattutto perchè il sistema penale – almeno in teoria – sarebbe soggetto a controlli giurisdizionali tipici di uno Stato di diritto, che non permetterebbero degenerazioni sistematiche così accentuate. Cfr. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 172 s.

interpretazione e di applicazione delle norme⁴¹. Eppure egli, proprio in linea con la dottrina di Hobbes – riconosciuto come il teorico dello “Stato di diritto positivo”⁴² – e nel pieno dell'esperienza del nazionalsocialismo, si professa fautore del “positivismo giuridico”, che definisce “dottrina universalmente egemonica nell'ambito giuridico”⁴³. Una evidente contraddizione, che forse testimonia, una volta ancora, l'imperfetto incastro tra le sue teorie ed il Terzo Reich.

Così, riprendendo Schmitt, il diritto va posto in modo oggettivo, scientificamente neutrale rispetto ai valori: deve essere una “generale costruzione statale mirante alla neutralità”⁴⁴. Se dunque contenuti sostanziali di verità e di giustizia vengono esclusi nell'esteriorizzazione positivista delle norme, ciò però non esclude che in esse siano “già contenute quelle specifiche garanzie a cui aspira lo Stato di diritto borghese”⁴⁵.

In particolare, come si diceva, è affermata l'importanza del principio “*nullum crimen sine lege*”, da considerarsi pietra angolare del sistema giuridico. In aperta contrapposizione con Feuerbach – critico acerrimo del pensiero hobbesiano ed a cui il principio viene generalmente ricondotto in forma primigenia⁴⁶ – il teorico tedesco lo considera piuttosto un caso di applicazione particolare della teoria del diritto creata da Hobbes⁴⁷, il perno attorno al quale costruire l'impianto delle leggi penali, che egli definisce “leggi tipiche dell'ordinamento coattivo”⁴⁸. In questo modo, “il pensiero hobbesiano è riuscito a farsi valere, assai efficacemente ma per così dire in via apocrifia, nello Stato “di leggi” positivistico del XIX secolo”⁴⁹.

Il principio viene poi ripreso in seguito, in quel “tentativo di sistema” rappresentato dalla “Dottrina della Costituzione”, tanto da essere messo in cima, nell'enumerazione analitica dei principi dello Stato di diritto: “come Stato di diritto è considerato solo uno Stato, nel quale gli interventi nella sfera individuale di libertà possono essere ammessi soltanto sulla base di una legge”⁵⁰. Nell'opera citata sembra che Schmitt abbia voluto piantare paletti inamovibili, seppur nel terreno franoso e magmatico delle sue speculazioni spesso di stampo autoritario. In un afflato illuminista, afferma ancora, riferendosi alla moderna costituzione dello Stato: “il suo senso e scopo, il suo telos è in primo luogo non il potere e lo splendore dello Stato, non la gloire secondo la divisione di Montesquieu, ma la libertà, la protezione del cittadino di fronte all'abuso del potere statale”⁵¹. Sembra, qui, di ripercorrere davvero le orme dei penalisti più attenti alla matrice costituzionale del diritto: il principio del “*nullum crimen*” non può essere messo in discussione, e deve rappresentare momento qualificante dell'attività dello Stato borghese, che deve garantire a ciascuno il regime delle libertà fondamentali.

Interessante, infine, la posizione che Schmitt assume dinanzi al tribunale di Norimberga, chiamato a giudicare dei “crimini di guerra” e “contro l'umanità” compiuti dai nazisti nel corso del secondo conflitto mondiale. Dapprima, nell'estate del 1945, Schmitt scrive un lungo parere legale in difesa dell'industriale Friedrich Flick (sottoposto a procedimento penale dai

⁴¹ Sul punto, si veda molto autorevolmente BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 30 s. Tra l'altro, lo stesso A. (in *Ivi*, p. 31) cita Schmitt come uno dei fautori del decisionismo irrazionalistico, causa del collasso della legalità in Germania durante il nazionalsocialismo.

⁴² Schmitt afferma che “*gli specifici elementi propri di uno “Stato di leggi” presenti nella dottrina hobbesiana del diritto e dello Stato furono quasi sempre misconosciuti*”: SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in *Id.*, *Scritti su Thomas Hobbes*, trad. it., Milano, 1986, p. 120. Va inoltre aggiunto che Schmitt è interessato al diritto penale limitatamente alla sua funzione costituzionale, ed affronta le relative problematiche solo “indirettamente”, in quasi ogni lavoro; solo negli “*Scritti su Thomas Hobbes*” egli manifesta alcuni pensieri di natura prettamente penalistica, in polemica con Feuerbach.

⁴³ *Ivi*, p. 117.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, p. 120. Schmitt, in un altro testo, specifica che lo Stato “borghese” contiene in primo luogo una “decisione” nel senso della libertà borghese (libertà personale, proprietà privata, libertà commerciale, ecc.): così, “*la moderna costituzione dello Stato borghese di diritto è innanzitutto una costituzione liberale; e precisamente nel senso della libertà borghese*” (SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it., Milano, 1984, p. 172).

⁴⁶ Cfr. per tutti FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 1993, Torino, p. 35; GUARNIERI, *Le concezioni penalistiche di Giandomenico Romagnosi e di Paolo Anselmo Feuerbach*, in *La Giustizia Penale*, 1942, vol. XLVIII, p. 78 s. Da notare, però, come in quest'ultimo scritto si calchi l'accento su un aspetto forse poco noto della riflessione di Feuerbach, e che in un certo qual modo lo avvicinerrebbe proprio alle posizioni assolutistiche di Hobbes: l'estrema “supervalutazione” della legge come fonte del diritto, che rende lo Stato legislatore “assoluto”, senza che intercorra alcuna partecipazione del popolo.

⁴⁷ Al quale va ricondotta la netta divaricazione tra crimine e peccato, pur in un rapporto di *genus a species*. In questo senso, il principio del “*nullum crimen*” è certamente ravvisabile (assieme alle sue derivazioni: es. il principio di irretroattività) lì dove Hobbes afferma che “*un crimine è un peccato che consiste nel commettere (con fatti o parole) ciò che la legge vieta, o nell'omettere ciò che ha comandato*” e che “*nessuna legge costituita dopo che un fatto è stato compiuto può renderlo un crimine*”: HOBBS, *Leviatano*, trad. it., Firenze, 1976, p. 286 s. (Cap. XXVII).

⁴⁸ SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, cit., p. 119.

⁴⁹ *Ivi*, p. 122.

⁵⁰ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 178.

⁵¹ *Ivi*, p. 172. E' un concetto che l'A. riprenderà ancora nel 1931, in “Il custode della Costituzione”, soffermandosi sulla necessità della distinzione dei poteri: a partire dallo schema tripartito, ed in ragione di questo, si domanda al giudice soltanto una sentenza giudiziaria “sulla

giudici di Norimberga), ove scardina l'impianto accusatorio sostenendo l'impossibilità di un processo per crimini formulati per la prima volta nel c.d. Accordo di Londra, tipizzati cioè successivamente al fatto commesso⁵². Poi, essendo stato lui stesso imputato (e poi proscioltto) per gli stessi reati, riprende i medesimi concetti ampliando l'orizzonte teorico della sua difesa: "Sono giurista abbastanza per conoscere il valore inestimabile della giustizia e del procedimento legale. Infatti la responsabilità giuridica si regge su concetti definibili e su un procedimento sottoposto a regole, mentre l'accertamento della responsabilità non giuridica avviene spesso in modo selvaggio e caotico"⁵³.

Sia ben chiaro: la concezione di legalità che Schmitt ha professato nel corso della sua vita intellettuale non è certo paragonabile a quella – così carica di valore e di destino – di matrice costituzionale cui noi, oggi, prestiamo ossequio. Tutto il suo pensiero, va ricordato una volta ancora, è curvato sotto il peso (spesso insostenibile) dell'intrinseca politicità dell'azione statale: la legalità sarebbe certo da interpretare come una garanzia per il cittadino, ma soprattutto come un alveo (un *mero* limite) entro cui far scorrere impetuosa l'azione politica dello Stato e far funzionare i suoi poteri. Molto esplicitamente, così si esprime il teorico tedesco al riguardo: "il potere dello Stato, quando abbia un'autocoscienza politica, ha di volta in volta possibilità stupefacenti di determinare esso stesso sempre nuove situazioni e sempre nuovi fatti accompiuti carichi di conseguenze. La legalità statale procura al potere statale un plusvalore politico"⁵⁴.

Tuttavia, a nostro avviso il pensiero di Schmitt non può considerarsi un vero e proprio congedo dal diritto penale, oggi interpretato come fondazione razionale, liberale e costituzionale del diritto di punire: da un lato, egli pur sempre riconosce l'intrinseca validità di taluni principi a tutela del cittadino e fissa *comunque* dei "paletti", di modo da preservare un corollario "minimo" di garanzie penali; dall'altro, è lo stesso linguaggio penalistico ad essersi arricchito, nel corso del tempo, di elementi di matrice illiberale, in un certo qual modo disattendendo la propria ontologia. Piuttosto, le sue perigliose riflessioni rendono esplicito quanto autoritarismo e decisionismo possa subdolamente germogliare anche all'interno di perimetri formalmente legalitari.

6.

Conclusioni: il diritto penale come forma di "contrapposizione politica"

Comprendere Carl Schmitt vuol dire adottare la sua stessa dirittura visuale. Anzitutto, non si può spiegare la dimensione del Politico a partire da quella dello Stato, ma viceversa: lo Stato a partire da quella del Politico. La portata contraddittoria di alcune sue riflessioni discendono proprio da questo ruolo di assoluta preminenza assegnato alla politica rispetto alla sua cornice democratica ed istituzionale⁵⁵. Celeberrima e davvero molto significativa l'affermazione: "il concetto di Stato presuppone il concetto di politico"⁵⁶.

base" di una legge, e non già una "decisione politica", che è di competenza del legislatore, in ossequio al principio "nullum crimen sine lege". Cfr. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 62 s.

⁵² Trattasi dello scritto, ancora assente nella letteratura italiana, SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Berlin, 1994. E' del resto immediatamente riconoscibile e difficilmente contestabile il fatto che a Norimberga "le due regole fondamentali del diritto penale moderno, nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege – cioè, non vi è delitto né sanzione se una legge non li ha definiti in anticipo – erano violate": VERGÈS, *Strategia del processo politico*, Torino, 1969, p. 70.

⁵³ SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, cit., p. 109.

⁵⁴ SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso*, cit., p. 190. Per utilizzare un'immagine a noi nota, si direbbe che la concezione schmittiana di legalità si approssima a quella *in auge* nello Stato italiano liberale dell'Ottocento, che è stata ben descritta (non a caso in un lavoro dedicato ad una puntuale ricostruzione storica delle tecniche normative dell'emergenza utilizzate a partire dall'Unità) da TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Napoli, 2001, p. 193: "Se è pur vero che lo Statuto stabilì solennemente la fondamentale di taluni diritti personali e sociali del cittadino (ovvero regnicolo), è altrettanto vero che la forma elastica della disciplina statutaria e l'imprescindibile apicalità del potere non consentirono una certa ed incondizionata affermazione ed espansione dei diritti ivi previsti. I diritti individuali venivano di fatto condizionati dalle esigenze di salvaguardia dei diritti sovraordinati, costituiti sia dalla sicurezza dello Stato che dalla conservazione della forma di governo monarchico. Si trattò di un assetto ancora arcaico del sistema dei diritti fondamentali, fra i quali non era ancora possibile stabilire gerarchie di valori e di bilanciamento".

⁵⁵ Si noti bene (e questo può anche risultare un paradosso): in questa dinamica ancipite la rappresentanza non viene meno, tutt'affatto. Schmitt spiana, con le sue teorie, la strada a forme di "democrazia plebiscitaria" (che oggi possono dirsi essere state sconfessate dalla Storia, perché direttamente generatrici delle dittature fascista e nazista). Ad ogni modo, la rappresentanza legittima il "politico"; tanto che, secondo Schmitt, "la rappresentanza fa parte del politico ed è perciò nella sua essenza qualcosa di esistenziale" (SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 279). Cfr. anche CARACCILO, *Presentazione*, cit., p. XXVI s.; *amplius* MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Milano, 1974, p. 78 s.

⁵⁶ SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 101. Sullo Stato come costruzione "storica" imperniata sul Politico, cfr. invece CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991, p. 5 s.

Se e quale ruolo “politico” assegnare al diritto, che per sua natura appare rigido, vivo di un’immobile energia – e ciò vale a maggior ragione per il diritto penale, il cui eccessivo fermentare produce devastanti conseguenze umane –, è questione che affligge il giurista da secoli, ma oggi soprattutto, in un’epoca non più di totalitarismi ed assolutismi, ma di democrazia diffusa. In questo senso, Schmitt evidenzia, e non può farne a meno, note e coloriture del diritto tuttora oggettivamente presenti nell’esperienza giuridica contemporanea. Richiamando la frase che fa da esergo a questo scritto, il teorico chiama le cose con il loro nome.

L’opportunità politica non rimane slegata da teoria e prassi dell’ordinamento penale; anzi, è proprio il Politico – così come Schmitt lo intende: colui che a fini di lotta “politica” individua e combatte il “nemico”; un mondo senza alcuna distinzione tra amico e nemico sarebbe un mondo senza alcuna tensione politica – a dominare il processo compositivo di legislazione penale, tanto da rimanere poi impigliato nelle sue pulsioni ed emotività, che si riverberano puntualmente nella fase attuativa del diritto, nei confronti dei singoli consociati. Il diritto penale, indirizzando le sue strategie più deterrenti non tanto sugli individui in quanto consociati, sui cittadini, bensì sui “nemici” (nel più puro e schmittiano dei significati), si sovraesponde politicamente⁵⁷, diventa una concretissima forma di “contrapposizione politica”, che è – come detto – “la più intensa ed estrema di tutte”⁵⁸. E, si noti bene, il problema è tutt’altro che teorico. Nel modello del “diritto penale del nemico” l’accento cade – come la stessa terminologia ci indica – più sull’autore che sul fatto, e vengono lasciati spazi indebiti a giudizi sulla pericolosità sociale dell’individuo, con un conseguente abbassamento della soglia delle garanzie individuali⁵⁹.

Schmitt non è stato uno studioso del diritto penale: da chi lo fosse davvero, i suoi libri dovrebbero essere considerati come null’altro che “giornali di bordo” di un marinaio in mare aperto⁶⁰. Le sue riflessioni non servono a costruire contenuti del diritto attuale, né tantomeno possono improntare riforme di sistema. Ma se è vero che il giurista si occupa del *dover essere*, è altrettanto vero che egli deve, anzitutto, decryptare la complessa realtà socio-normativa entro cui si trova ad operare. E Carl Schmitt – ed è difficile immaginare con quanto “dolo accademico” – è divenuto punto di intersezione delle ataviche anomalie e contraddizioni che affliggono la società, lo Stato, il diritto.

Egli, per ciò che ci concerne, leggendo il Moderno come un’epoca in cui l’eccezione – e le sue derivazioni: tra tutte, il paradigma ancipite amico – nemico che contraddistingue l’azione politica – è una normalità di fatto⁶¹, consegna agli studiosi del sistema penale la cifratura per interpretare uno spaccato inquietante che sempre più spesso ci si para innanzi: normative penali arbitrarie e dal forte carattere “simbolico”, proiettate verso il conflitto e la stigmatizzazione ad ogni costo, non limitate alla regolamentazione dei fenomeni criminali; normative strutturalmente tarate, “imperfette”, “partigiane”, non più scortate dalle garanzie per i singoli, che si annacquano nella sovrastimata esigenza della difesa dello Stato. Per riprendere concetti già espressi, non può certo parlarsi di un’illegalità dell’azione penale, ma si evince una palese irregolarità del combattimento, nel momento in cui il “nemico” è eletto destinatario unico (o quasi) delle odierne politiche criminali. E per parafrasare lo stesso Schmitt, il *nomos* del diritto sembra davvero riportare alla sua radice etimologica: *nemein*, verbo greco che significa in primo luogo “conquistare”, presupponendo la dinamica stessa della conquista⁶².

Come si è visto, il problema della legalità (non tanto formale, quanto) sostanziale – di come, in altre parole, concepire l’individuo dinanzi lo Stato ed il diritto che ne è espressione – domina l’intera sistemica penale. A riguardo, non v’è alcun dubbio: “*la lezione tragica di Schmitt resta nondimeno paradigmatica e ineludibile: quella che più di ogni altra ci pare densa di insegnamenti in questa materia*”⁶³.

⁵⁷ In questo senso, molto autorevolmente, FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI – ORLANDI (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 188.

⁵⁸ Su di un piano epistemologico, impostando così il problema, si perviene ad un’unica finalità del diritto penale: quella di prevenzione speciale c.d. “negativa”; cioè a dire, nel rapporto con il reo, il diritto penale non soltanto non provvede alla sua “rieducazione” (così come stabilito dalla Costituzione all’articolo 27) per un suo pieno reinserimento nel contesto sociale, ma tende alla “neutralizzazione” del soggetto mediante strumenti punitivi fortemente afflittivi e marginalizzanti.

⁵⁹ Cfr. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 182 s.

⁶⁰ Così Schmitt invita a considerare i suoi scritti, in SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, cit., p. 79.

⁶¹ Com’è stato correttamente rilevato, Schmitt descrive (ed opera in) una dimensione di aggressività, parallela ed opposta a quella degli imperialismi del diciannovesimo – e ventesimo – secolo, in lotta “per il mondo”. Cfr. BONVECCHIO, *Il politico impossibile. Soggetto, ontologia, mito in Carl Schmitt*, Torino, 1990, p. 53 s.

⁶² Sulla speculazione etimologica del termine *nomos* con riferimento al significato attribuito dallo stesso Schmitt, v. CARLONI, *Terra e mare. Riflessioni di geopolitica e geo-diritto a partire da Carl Schmitt*, Lecce, 2013, p. 21 s.

⁶³ DONINI, *Il diritto penale di fronte “al nemico”*, cit., p. 741.