

Il caso *Röhm* tra *Rechtsvakuum* e nuovo assetto costituzionale: una discussione nella scienza giuridica tedesca nei primi anni del dominio nazionalsocialista*

FERNANDO D'ANIELLO

Introduzione

Nel corso dei quindici mesi tra la nomina a Cancelliere (30 gennaio 1933) e gli eventi del 30 giugno 1934 (la c.d. *notte dei lunghi coltelli*), Adolf Hitler dovette fronteggiare due crisi, diverse ma profondamente connesse: una istituzionale, l'altra interna al suo partito. La prima riguardava la sua posizione all'interno del sistema istituzionale weimariano: Hitler sapeva di non aver ancora conseguito un potere assoluto e che poteva ancora essere minacciato dalla presenza di altri soggetti *costituzionali* (la *Reichswehr* e il Presidente del *Reich* Hindenburg). La crisi del partito, invece, nasceva dalle *incomprensioni* sui possibili sviluppi della rivoluzione nazionalsocialista: il 30 gennaio 1933 era stato un punto d'arrivo o, invece, l'inizio di ben più profonde trasformazioni, non solo istituzionali, ma anche economiche e sociali? Come si può facilmente comprendere queste due crisi si alimentavano a vicenda. Alla fine, Hitler scelse la soluzione drastica, l'eliminazione

fisica dei principali avversari, che minacciavano la sua piena e totale affermazione come autorità indiscussa della Germania e una specifica caratterizzazione – ovvero compatibile con le istanze di parte dell'industria pesante tedesca e della grande borghesia – della rivoluzione. Dal 30 giugno al 2 luglio 1934 i principali nemici del Führer furono assassinati o arrestati in base all'accusa di preparare un colpo di stato contro il governo e la Repubblica. Questo cinico realismo politico permise a Hitler, poche settimane dopo, di assumere anche la carica di *Reichspräsident* a seguito della morte di Hindenburg nell'agosto del '34.

Nel discorso che tenne al *Reichstag* (13 luglio 1934) il Führer tornò più volte sulla propria responsabilità nel difendere gli interessi del popolo tedesco: un (presunto) tentativo di colpo di Stato aveva richiesto una risposta rapida ed efficace, libera dagli aggravati delle normali procedure giuridiche. Il Führer si presentava come protettore del popolo e giudice supremo di quanti attentavano alla stabilità e al bene della nazione.

Inoltre, mentre il massacro era ancora in corso, egli aveva ordinato al ministro della giustizia Franz Gürtner di redigere il testo di una legge per legittimare i provvedimenti assunti.

Nelle settimane successive alcuni giuristi si misurarono con la *Rechtsfertigung* del massacro: l'articolo di Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, è uno dei più noti e sicuramente fra i più contestati (perché rappresenta la piena giustificazione di un vero e proprio bagno di sangue).

La prima, quasi ovvia, considerazione è che si sia trattato di un mero esercizio di violenza, per mezzo del quale il diritto, tramite la legge del 3 luglio, divenne la comoda foglia di fico del potere. C'è, ovviamente, del vero in questa impostazione, che, però, rischia di impedire un'analisi profonda delle tesi avanzate dai giuristi nazionalsocialisti. Si trattò allora di uno Stato d'eccezione, così ricorrente negli scritti di Carl Schmitt nel corso della Repubblica di Weimar, e cioè di un momento fondativo del politico? O di un *Ausnahmestand* in un'accezione più *limitata*, spiegabile, cioè, con le *classiche* categorie adottate anche durante la Repubblica di Weimar, ad esempio in riferimento all'art. 48? Qui si registra, ad avviso di chi scrive, una sorta di disarticolazione tra la concreta esperienza giuridica del III *Reich* e l'analisi dei giuristi che la accompagnò, perlomeno in questa prima fase.

L'analisi che fu avviata in quelle settimane può essere riassunta brevemente. Dopo il gennaio del '33 era necessario provare a definire giuridicamente il rapporto tra due concetti chiave della *Staatslehre* nazionalsocialista: da un lato il *Volkstum*, che, tramite il concetto di *Volk* usato in senso razziale, permetteva di superare l'astrat-

tezza e la genericità del suo uso nella *Staatslehre* liberale del XIX secolo (ad esempio nella teoria di Georg Jellinek) e di fondare in senso sostanziale (cioè escludente e gerarchico) la *Volksgemeinschaft*, e dall'altro il concetto di *Führertum*, il principio della rilevanza della *guida*. In questo senso, quindi, i fatti di sangue del '34 non furono giustificati, perlomeno dalla *Staatslehre* più *militante*, come la decisione del Sovrano sullo stato di eccezione – in una circostanza ancora caratterizzata da un *vuoto* giuridico, una zona *anomica* – quanto piuttosto essi sancivano la definitiva affermazione di un nuovo modello giuridico, segnato da precise caratteristiche (tra cui la coincidenza di *Führertum* e *Richtertum*) e da differenze sostanziali con la tradizione liberale. Si può, dunque, parlare della teorizzazione di una (tentata) fusione tra modelli ordinamentali e organicistici – in tal senso il riferimento alla razza era indispensabile – e il modello più marcatamente decisionistico della teoria di Schmitt elaborata nel corso del decennio precedente.

Prima di procedere con la discussione sulla *Rechtsfertigung* è indispensabile provare ad abbozzare brevemente il contesto storico nel quale si svolsero gli eventi.

1. Il 30 gennaio 1933: Hitler padrone della Germania?

Quando, tra la fine del 1932 e l'inizio del 1933, andava materializzandosi la possibilità di affidare la cancelleria ad Adolf Hitler, si era prossimi a un'evoluzione della crisi politica e sociale che, dal 1930, aveva colpito la Germania¹. Sin dai primi anni trenta, infatti, la Repubblica di Weimar – o meglio:



Maggio 1933: le SA di Ernst Röhm bruciano i libri "di spirito non tedesco"

il compromesso weimariano dell'integrazione, in uno schema rappresentativo-parlamentare e non radicale, delle istanze del lavoro e del proletariato tedesco – non esisteva più e una coalizione conservatrice esercitava, anche grazie al frequente ricorso all'art. 48 della Costituzione e alla mancata disciplina del suo esercizio, una vera *dittatura* che, nel lessico schmittiano, si potrebbe definire *commissaria*.

Hitler era, però, il capo di un partito dichiaratamente *anticostituzionale* e affidargli la Cancelleria in un momento molto delicato come quello – bisognava procedere a nuove elezioni – rappresentava un azzardo, se non un vero attentato alla Costituzione stessa, poiché il capo della NSDAP avrebbe potuto servirsi della macchina statale per volgersi proprio contro la stessa Carta

di Weimar. Questa riflessione fu condotta, diversi anni dopo, proprio da Carl Schmitt e sintetizza efficacemente il contesto che si venne a creare². Si può aggiungere che il rischio preconizzato da Schmitt alludeva a una mutazione qualitativa dell'assetto istituzionale, ovvero la materializzazione di una *dittatura sovrana*³.

Era palese, inoltre, la crisi politica dei partiti conservatori: da poco era fallito il tentativo del generale von Schleicher⁴ di costituire un nuovo governo, includendo lo stesso Gregor Strasser⁵, che era stato il leader della NSDAP nel nord della Germania ed era fautore di un programma economico prossimo al corporativismo fascista italiano. Proprio sulla base di questa crisi e nonostante tutte le proprie riserve, alla fine del gennaio 1933 Hindenburg si decise a

nominare Hitler Cancelliere, in un governo apparentemente moderato, con von Papen⁶ vicecancelliere.

Poco meno di un mese dopo, in seguito all'incendio del *Reichstag* (28 febbraio 1933), attribuito senza alcuna prova a un militante comunista, furono emanati prima il *Decreto per la tutela del popolo e dello Stato* [*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, del 29 Febbraio 1933]⁷, con il quale veniva eliminata una parte consistente dei diritti fondamentali⁸, e poi il cosiddetto *Ermächtigungsgesetz* [*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, del 24 Marzo 1933], che determinava una vera trasformazione istituzionale⁹. In questo modo veniva definitivamente superato il compromesso istituzionale weimariano¹⁰ e al *Reichstag*, quale organo investito della funzione legislativa, si sostituiva l'esecutivo¹¹: prese così avvio, proprio tramite la sostanziale *sospensione* della Costituzione di Weimar – mai abrogata formalmente – una lunga e drammatica stagione che è stata definita come un vero *stato di eccezione permanente*¹².

Hitler aveva certamente fatto sfoggio di straordinarie capacità politiche e di cinismo senza uguali; in appena poche settimane, egli era riuscito non solo a conquistare la cancelleria ma a ottenere poteri inimmaginabili per l'assetto istituzionale della Repubblica di Weimar: l'attribuzione delle funzioni del *Reichstag* all'esecutivo, la marginalizzazione del potere del Presidente del *Reich*¹³ e la limitazione dei diritti fondamentali. Eppure, nonostante questi successi, la sua posizione era tutt'altro che salda e il suo partito continuava a dibattersi in una profonda crisi¹⁴.

2. *I malumori nel partito. La parola d'ordine di una seconda rivoluzione*

In effetti, nonostante l'indubbia abilità politica dimostrata dal capo della NSDAP, egli era perfettamente consapevole che il suo potere doveva essere consolidato: alle elezioni del 5 marzo 1933, nonostante potesse sfruttare i vantaggi di essere ormai un partito *di governo*, la NSDAP non aveva ottenuto la maggioranza dei voti¹⁵ (fermandosi, anzi, al 43,9%), Hindenburg era ancora vivo e poteva sempre ricorrere all'esercito, facendo riferimento nuovamente all'art. 48, per privare il Cancelliere e il suo partito del potere.

Motivi di dissenso maturavano, però, soprattutto negli ambienti del partito più attenti a una maggiore incisività della rivoluzione in senso sociale¹⁶: del resto il primo gabinetto di Hitler era formato anche da personalità del vecchio apparato dello Stato, tanto odiato da molte camice bruno. Il malcontento trovava una sua manifestazione nella parola d'ordine, agitata sempre più frequentemente, di una *seconda rivoluzione*, e, in particolare, erano le SA a farse-ne interpreti. Hitler provò a chiarire sin dal luglio 1933 come l'idea di un proseguimento della rivoluzione non avesse alcun senso – dimostrando così che non si trattava di una semplice diversità di opinioni con alcune frange del partito, ma di una centrale e rilevante questione politica – e che essa doveva considerarsi, al contrario, conclusa¹⁷.

Si profilava così uno scontro tra chi riteneva che la rivoluzione si fosse compiuta con il 30 gennaio 1933 – quando, cioè, i nazionalsocialisti si erano impossessati, almeno in parte, della macchina dello Stato: una rivoluzione, per così dire, *lega-*

le, cioè conforme all'assetto istituzionale weimariano – e chi, al contrario, intendeva radicalizzare gli esiti di quella notte con un progetto dichiaratamente anticapitalista e antiborghese (ovviamente nell'accezione nazionalista e antimarxista), da condurre proprio attraverso una nuova, seconda, rivoluzione.

Ernst Röhm (1887-1934) era il capo delle SA, braccio armato del partito di Hitler, nonché tra i militanti della prima ora della NSDAP (protagonista del fallito putsch di Monaco, per il quale fu condannato a 15 mesi di reclusione). Sebbene in passato avesse già avuto qualche incomprensione con Hitler – nel 1928 aveva addirittura lasciato la Germania e si era trasferito in Bolivia per addestrarne l'esercito – nel 1930 era stato richiamato e aveva ridato nuovo slancio a quella che, nelle sue intenzioni, doveva diventare una vera milizia popolare, che avrebbe addirittura sostituito la *Reichswehr*¹⁸. Nel 1931 era, inoltre, stato nominato *Oberster Stabführer der SA* e nel 1933 era entrato, come ministro senza portafoglio, nel governo di Hitler.

Röhm non era soltanto un rappresentante delle istanze più radicali della NSDAP, sostenitore quindi della necessaria liquidazione non solo dei comunisti, ma anche dei rappresentanti del vecchio ordine *borghese* che la rottura del 30 gennaio 1933 non aveva cancellato. Egli era anche a capo di una forza che poteva contare ormai migliaia, se non milioni, di affiliati¹⁹ (di cui solo una parte era iscritta anche alla NSDAP) e che intendeva proporsi come il nerbo del nuovo esercito nazionale e di popolo, progetto che, ovviamente, lasciava inorriditi i vertici della *Reichswehr*.

La parola d'ordine di una *Seconda rivoluzione* va, pertanto, contestualizzata e, in-

dipendentemente dal fatto se essa fosse un mero slogan o celasse una progettualità politica e operativa, anche soltanto per raccogliere il malcontento diffuso nel partito ed evitare che esso potesse assumere forme di aperta ostilità verso Hitler²⁰. Non è difficile immaginare come ampi settori della grande borghesia tedesca e della vecchia élite militare prussiana fossero seriamente preoccupati dagli slogan che le SA continuavano a ribadire nel corso delle loro parate.

Oltre alle ambizioni di Röhm di sostituire l'esercito con le *sue* SA – esito che non convinceva lo stesso Hitler, persuaso della necessità di restituire alla Germania un esercito professionale e tecnicamente preparato, del tutto diverso da una semplice milizia popolare, per quanto consistente potesse essere²¹ – la Seconda rivoluzione avrebbe dovuto procedere sulla strada della socializzazione dell'apparato economico e la liquidazione della grande economia privata tedesca²². Il punto di conflitto era, dunque, rappresentato dalla fisionomia che il regime avrebbe assunto e la natura da imprimere alla rivoluzione, se nazionale o anche anticapitalista, rompendo, in quest'ultimo caso, con i grandi industriali tedeschi che fino a quel momento avevano sostenuto Hitler o, perlomeno, guardato con simpatia al movimento nazionalsocialista.

Nel 1934, inoltre, le condizioni di Hindenburg si erano aggravate: era evidente che il Presidente del *Reich* avesse ormai pochi mesi di vita. Hitler contava di assumere la sua carica affiancandola a quella di Cancelliere: una simile operazione poteva essere condotta solo con il sostegno della *Reichswehr*, che avrebbe dovuto giurare fedeltà al nuovo Presidente e Führer della Germania. Una simile partecipazione dell'esercito ai piani di Hitler non era compatibile con le

minacce delle SA, negli ultimi mesi sempre più scontente e turbolente²³. La crisi subiva, dunque, un'accelerazione improvvisa.

3. *La notte dei lunghi coltelli e la definitiva affermazione di un nuovo potere*

Hitler si convinse a manifestare chiaramente la definitiva conclusione della rivoluzione, prendendo la decisione "più difficile della sua vita": dal 30 giugno al 3 luglio 1934 le SS, la polizia e l'esercito procedettero all'eliminazione degli elementi rappresentativi delle SA, nonché di tutti coloro che avevano mantenuti atteggiamenti ostili verso il nuovo regime, tra cui il Generale Kurt von Schleicher²⁴, assassinato insieme alla moglie nella sua casa di Berlino, e Gregor Strasser. Tutti furono accusati di preparare un colpo di Stato contro il Governo e la Repubblica: le vittime dichiarate dallo stesso regime furono ottantatré, ed è perciò ragionevole supporre che, in realtà, la cifra sia più consistente.

Non è necessario descrivere i dettagli del massacro: numerose fonti riportano che i principali esponenti delle SA, tra cui proprio Röhm (che Hitler sorprese nella mattinata del 30 giugno a Bad Wiessee, dove egli trascorreva le vacanze), erano stati tratti agli arresti sin dall'alba del primo giorno, senza incontrare alcuna difficoltà²⁵. Roland Freilser poté addirittura scrivere, con estremo cinismo, che il compito della *pulizia* [*Säuberung*] (!) era stato condotto con l'esattezza di una *macchina di precisione* [*Präzisionsmaschine*]²⁶.

Si trattò comunque di una mattanza che, sin dai primi momenti, andò ben oltre i militanti delle SA: sembrò una vera ese-

cuzione mirata di quanti avessero in passato ostacolato il regime o si ripromettevano di farlo in futuro. Dopo essere iniziate nel sud – tra Monaco e Bad Wiessee – le azioni si estesero in tutta la Germania, in particolare a Berlino.

La storiografia si mostra unanime nel considerare del tutto infondata l'ipotesi che il capo delle SA stesse progettando un colpo di Stato²⁷: in realtà, per quanto le frizioni con Hitler, aumentassero a causa dell'indifferenza prima e della piena ostilità poi all'ipotesi di una Seconda rivoluzione, non era in programma nessun vero putsch, perlomeno da parte della *destra* del partito²⁸. È, invece, probabile che la macchinazione sia da attribuire alla collaborazione tra alcuni vertici dell'esercito e i nemici di Röhm nel partito, ovvero Göring, Himmler e Heydrich, che riuscirono nell'intento di allertare le SA a sufficienza perché fossero costrette a prendere minimi provvedimenti (ad esempio un semplice stato di preallerta) contro una temuta ritorsione dell'esercito, per poter poi essere accusate di preparare un colpo di Stato.

Si sarebbe trattato, in estrema sintesi, di una resa dei conti all'interno del partito nazionalsocialista, con la partecipazione attiva dei militari, ben disposti a liberarsi di quanti nutrivano preoccupanti progetti sulla natura del futuro esercito tedesco.

Eppure, per quanto interessanti, queste analisi sulle vicende e le gesta dei singoli sono forse incapaci di spiegare la vera posta in gioco: la liquidazione di Röhm e delle SA, maturata come reazione a una (tentata) torsione *socialista* (ovviamente in senso nazionalista e antimarxista) del movimento della NSDAP, contribuì anche a definire la struttura sociale e i punti di forza del regime. Non si trattò soltanto di una resa dei

conti nel partito: o, perlomeno, gli effetti di quelle giornate non si esaurirono nella modificazione dei rapporti di forza tra i maggiori della NSDAP.

In tal senso parte della storiografia ha provato a inserire l'analisi degli eventi dell'estate del '34 in un contesto più generale, relativo alla fisionomia che Hitler imprime al nuovo regime, poco più di un anno dopo la presa del potere. Correttamente, dunque, Mau parla di due anime all'interno del partito, ma esse erano il prodotto di interessi politici, economici e sociali diversi se non addirittura antitetici: Hitler si rese conto, pertanto, che una decisione tra quei modelli non fosse rinviabile, sia in ragione della delicatezza del momento, sia anche per evitare che le istanze più radicali privassero il regime del necessario sostegno di parte consistente dell'economia tedesca.

Il 30 giugno 1934 rappresenta, in questa prospettiva, la definitiva vittoria di quelle istanze, pragmaticamente attente verso la grande industria tedesca e, perciò, poco sensibili alle radici operaie e popolari del partito, sulle ali più radicali, favorevoli a uno sviluppo dichiaratamente anticapitalista, anche se questo avesse determinato la fine del sostegno di importanti pezzi della borghesia tedesca (i vari Kirdof, Thyssen, etc.). Lo stesso Göring, uno dei grandi avversari di Röhm, rappresentò sin dall'inizio dell'esperienza nella NSDAP proprio il contatto verso la grande borghesia tedesca e, addirittura, gli ambienti monarchici²⁹.

In realtà, quindi, il colpo di Stato fu solo un pretesto che Hitler utilizzò con la consueta disinvoltura per chiudere i conti con un'irrequieta area del partito ma, soprattutto, per imprimere una svolta nella natura del potere all'interno dello Stato nazional-socialista: la rivoluzione era, così, definiti-

vamente compiuta e il partito sceglieva una strada chiara (gerarchica e totalitaria) per integrare le masse all'interno dello Stato. Ridotti al silenzio i vecchi rappresentanti nel partito degli operai, dei lavoratori e, più in generale, del proletariato tedesco, la NSDAP e con essa lo Stato si prestavano ormai chiaramente a difendere gli interessi della grande industria e dei suoi rappresentanti³⁰.

Dunque, se è vero che l'azione condusse alla definitiva affermazione del modello del *Führertum*, piegando alle sue ragioni gli stessi presupposti *völkisch* e rendendo, di fatto, il *Volkstum* sempre subordinato alla volontà del Führer³¹, è altrettanto necessario ribadire come non si trattasse solo di una questione interna al partito o alla forma di Stato, ma essa era il presupposto della piena integrazione tra il nazionalsocialismo e la grande economia tedesca, condotta tramite la marginalizzazione (o, per meglio dire, la loro inclusione coercitiva in un'economia gestita centralmente) delle istanze sociali e del lavoro.

Chiariti brevemente questi aspetti, è possibile procedere oltre: il vero problema non è, almeno in questa sede, stabilire se Röhm e le SA pianificassero o meno un colpo di stato, anzi, in base alla prospettiva della teoria giuridica, questa valutazione è *secondaria* o addirittura *ininfluente*. La questione che qui interessa è analizzare la prospettiva che la scienza giuridica adottò per iscrivere i fatti di quei giorni nel linguaggio del diritto, poiché la reazione del Führer era stata così rapida da impedire l'attivazione di qualsiasi garanzia costituzionale e da violare così platealmente i procedimenti giuridici classici.

4. *Il discorso di Hitler al Reichstag*

Immediatamente Hitler sentì il bisogno di dover spiegare le ragioni di questa sua decisione: già questo si rivela un elemento interessante per chi affronta il tema del rapporto tra diritto e nazionalsocialismo. Il Führer, cioè, volle che la sua azione fosse giustificata e considerata pienamente legittima. Ciò anche se la maggior parte del popolo tedesco guardò la liquidazione degli elementi più radicali delle SA come a una vera e propria liberazione da un incubo, vista la loro crescente violenza, in particolare negli ultimi mesi³².

La prima legittimazione di quanto avvenuto fu realizzata tramite l'approvazione di una legge: il ministro della Giustizia Gürtner fu incaricato di formularne il testo che fu approvata il 3 luglio 1934. La *legge sui provvedimenti per la difesa dello Stato* [*Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*] era composta di un solo articolo: *Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens* [I provvedimenti assunti il 30 giugno, il 1 e il 2 luglio, per la repressione dell'alto tradimento e del tradimento della patria, sono legittimati dalla difesa dello Stato]³³.

Si trattava, dunque, di misure eccezionali condotte in ragione di una vera e propria legittima difesa, giustificata dalla concreta minaccia di alto tradimento e di un putsch contro il legittimo governo della Repubblica. Fu così, implicitamente ed *ex post*, attribuita ai condannati la qualifica di traditori intenti a realizzare un colpo di Stato e che, pertanto, avevano messo a rischio la sicurezza dello Stato: il Cancelliere aveva, pertanto, agito correttamente (meglio: legittimamente) sventando il com-

plotto e mettendo in sicurezza lo Stato. In altri termini: l'urgenza rendeva legittimo il mancato ricorso alle normali procedure costituzionali.

Il primo luglio – quindi mentre il massacro era ancora in corso – Hitler nominò Viktor Lutze³⁴ successore di Röhm alla guida delle SA, pretese obbedienza assoluta, ammonì che chi non avrebbe accettato l'autorità del nuovo *Stabschef* non avrebbe più fatto parte della milizia e ribadì alcuni capi di accusa (non solo il tradimento, ma anche la condotta giudicata immorale³⁵ ed eccessivamente lussuosa per un militante della NSDAP). L'ordine impartito alle SA era strutturato in dodici punti³⁶ nei quali Hitler evidenziava le accuse rivolte a Röhm che in seguito ripeterà al *Reichstag*. Bisogna ricordare inoltre che, in quella sede, Hitler ammonì le SA che in futuro comportamenti penalmente rilevanti sarebbero stati perseguiti dagli organi statali senza alcuna remora: la cosa tranquillizzò alcuni ambienti conservatori e persino alcuni giuristi – come il ministro Gürtner – ma suona come un vero paradosso se si osserva che gli uomini cui Hitler si stava rivolgendo, erano proprio le vittime di una (sua) condotta illecita.

Il 13 luglio, invece, Hitler spiegò al *Reichstag* le sue ragioni in un lunghissimo intervento: il Cancelliere prima ricordò i meriti del proprio governo e i suoi straordinari successi, che avevano permesso di superare il *caos politico ed economico* nel quale la Germania si dibatteva. Dopodiché elencò i nemici che ancora attentavano alla rivoluzione nazionalsocialista: i primi erano, ovviamente, i comunisti. Ma anche all'interno dello stesso partito si nascondevano pericolosi traditori: ad esempio l'ex *Stabschef* Röhm, accusato non solo di tradimento ma anche di una condotta intollerabile [*uner-*

träglich] per il movimento nazionalsocialista³⁷. Proprio insieme a Röhm, il generale von Schleicher aveva tramato per rovesciare il legittimo governo della Germania.

Di fronte a una minaccia così grave, era stato necessario agire con urgenza e senza tentennamenti: «Se qualcuno intende muovermi il rimprovero di non aver fatto ricorso ai tribunali ordinari per una sentenza definitiva, a costui posso solo dire: in quell'ora ero responsabile per il destino della nazione tedesca e così supremo giudice del popolo tedesco [...]. Ho dato, quindi, l'ordine di giustiziare i principali colpevoli di questo tradimento [...]»³⁸. Efficaci, in relazione al rapporto tra gli eventi determinatisi e alla loro valutazione giuridica, sono anche le parole che Hitler pronuncerà qualche istante dopo: «Se mi si obietta che solo un procedimento giuridico avrebbe potuto determinare una precisa ponderazione della colpa e della pena, allora contro questa opinione sollevo proteste solenni. Chi si solleva contro la Germania, tradisce la patria [...]. Chi osa tramare una rivolta [...], non può attendersi altro che essere egli stesso la prima vittima»³⁹.

Adolf Hitler si auto qualificava così giudice supremo, spinto dalla *necessità* di provvedere alla difesa del popolo e dello Stato: le sue azioni erano giustificate dalla *responsabilità* di tutelare il popolo tedesco da possibili attacchi, sia che provenissero dall'interno che dall'esterno.

5. *La legge del 3 luglio 1934 e il ruolo del Ministro Franz Gürtner*

Come già ricordato, la legge del 3 luglio '34 fu redatta dal ministro della Giustizia Franz

Gürtner (1881-1941), sul quale, ovviamente, diversi e contrastanti sono stati i giudizi degli storici. C'è chi – senza mezzi termini – ne ha ricordato l'ignavia, sottolineando come egli, purtroppo, non avesse nulla del giurista romano Papiniano, che osò negare all'imperatore Caracalla il suo aiuto per legittimare l'assassinio del fratello e che, per questo, fu condannato a morte⁴⁰.

Un giudizio più equilibrato è riscontrabile, invece, nel testo di Ekkehard Reitter, dedicato interamente alla *biografia politica* di Franz Gürtner e nel quale, ovviamente, la vicenda relativa al bagno di sangue del 30 giugno acquista una rilevanza centrale. A giudizio di Reitter, dalla fine del 1933, dopo l'approvazione delle leggi sulla *Sicherung der Einheit von Partei und Staat* (1 dicembre 1933) e sul *Neuaufbau des Reichs* (20 gennaio 1934), Gürtner si sarebbe convinto della possibilità di incidere positivamente nel superamento di una condizione caotica e instabile e di poter guidare personalmente la riforma del diritto e della giustizia⁴¹. Proprio questo ritorno alla normalità era ostacolato dalle SA e dalla loro ostilità a considerare conclusa la fase rivoluzionaria. In questo senso, quindi, Gürtner avrebbe senz'altro peccato di ottimismo, pur maturando una chiara (anche se vana) strategia di ricostruzione dell'ordinamento giuridico: «Politische Wohlverhalten durch vorübergehende Preisgabe einer unabhängigen Justiz verbunden mit der Hoffnung, durch eine neue Rechtsordnung wieder das Maß an Rechtssicherheit zu erlangen, welches allein geordnete Verhältnisse garantieren könnte»⁴².

Quest'ultima impostazione non ha convinto, invece, Lothar Gruchmann, che la considera inadatta nel cogliere la vera natura del Ministro: «Die Brandmarkung Gürt-

ners zum Machiavellisten – er habe sich Hitler durch seine Zustimmung verpflichten wollen, um ihn auf den Weg zu einer „wenn auch veränderten Rechtsstaatlichkeit“ zurückzuführen – überzeugt nicht und verkennt Gürkners Mentalität»⁴³. Si sarebbe trattato, invece, della volontà di evitare che il diritto rimanesse muto di fronte a alcuni eventi, attribuendo così maggiore forza alle istanze di quanti credevano che in Germania non vi fosse più alcun ostacolo a forze disgreganti e antisistemiche: la legge, pur approvata dopo quegli eventi, permetteva di continuare a indicare l'autorità del diritto nel definire quali condotte fossero lecite e quali, invece, no. Gruchmann, ricostruendo l'intera fase di preparazione e approvazione della legge all'interno del Governo, ritiene che, nonostante il tentativo di un uso limitato e circoscritto della legge, Gürkner fosse del tutto consapevole della contrarietà di Hitler a qualsiasi ricerca e indagine, successiva all'approvazione della legge, per verificare quali eventi fossero realmente in connessione con il putsch e quali, al contrario, richiedessero l'attivazione delle normali procedure giuridiche (perché non *coperti* dalla scriminante della *Staatsnotwehr*). Non solo: per quanto fosse convinto della possibilità (persino della necessità) di ricostruire un ordinamento giuridico, Gürkner era comunque pienamente consapevole della fine dell'indipendenza della giustizia e del sistema giuridico: «Mit der Hinnahme dieser Entscheidung Hitlers [di non continuare nelle indagini, verificando caso per caso le responsabilità] lud Gürkner weiteres Unrecht auf sich»⁴⁴.

È del tutto evidente come non sia possibile entrare, in questa sede, in una disputa sulla valutazione complessiva del contributo di Franz Gürkner alla stagione nazionalso-

cialista. Tuttavia, analizzando brevemente la legge, sarà possibile comunque ricavare anche un profilo, seppur minimo e incompleto, di uno dei *protagonisti* di quegli eventi.

Innanzitutto bisogna sottolineare nuovamente l'insistenza con cui Hitler ordinò la legge, pretendendo anche che essa sanasse interamente l'intera vicenda e non si limitasse ad alcuni episodi specifici. Il Führer sapeva perfettamente che non sarebbe stato possibile riportare ogni assassinio verificatosi tra il 30 giugno e il 2 luglio del '34 (periodo nel quale pesarono soprattutto gli arbitri delle SS) al tentativo del colpo di Stato e voleva così evitare possibili strascichi giudiziari, che avrebbero inevitabilmente turbato nei mesi successivi il suo governo. Si disse, perciò, contrario all'iniziale ipotesi di Gürkner di un provvedimento che sanasse singoli episodi e che fosse limitato a precisi soggetti e pretese, al contrario, una legge di amnistia generale.

È facile notare come questa insistenza di Hitler tradisse una certa diffidenza nei confronti del sistema giudiziario tedesco. Occorre comunque ricordare come egli non avesse mai avuto molto da temere dalla giustizia della Repubblica di Weimar, affidata per lo più a funzionari conservatori esponenti del vecchio sistema del II Reich: alcune vicende – tra cui ovviamente l'esito del processo ai fautori del fallito putsch di Monaco del '23 – sono una chiara dimostrazione della benevolenza verso il partito nazionalsocialista, di contro a una durissima repressione dei movimenti comunisti o operai. Tuttavia Hitler sapeva che quel sistema non era del tutto *normalizzato* (cioè pronto a riconoscere l'assoluta autorità del Führer) e che, com'è stato acutamente sottolineato, per quanto pochi, c'erano ancora in Germania giudici autonomi e indipen-

dentì: «Noch gab es Richter und Staatsanwälte in Deutschland, die wenigstens in ihrem Denken unabhängig waren»⁴⁵.

In secondo luogo, bisogna porre l'accento su quello che è il concetto chiave della legge, ovvero la *Staatsnotwehr*, che compare tanto nel titolo che nel testo dell'articolo. Non potendo proporre un'amnistia specificamente rivolta ad alcuni episodi – strada come detto politicamente impraticabile per espresso divieto del Führer – Gürtner ricorse tacitamente al § 53 del Codice penale⁴⁶, ovvero alla scriminante della legittima difesa, potendo così affermare che non c'era stata una rottura complessiva dell'ordinamento giuridico tedesco. Il Ministro si affidò così al Codice penale e – come acutamente notato da Gruchmann – a un principio generale dell'ordinamento e cioè la possibilità, riconosciuta al governo, di ricorrere a misure straordinarie in caso di un attacco contro la stabilità dello Stato⁴⁷. In sostanza Gürtner si *limitava* a utilizzare un istituto disciplinato dal codice penale per giustificare le misure adottate: definiti i criminali come traditori e le loro azioni come un attentato alla patria, il governo era stato obbligato ad assumere provvedimenti straordinari, che potevano dirsi legittimi proprio in ragione della necessità per la quale erano stati adottati⁴⁸.

In questo modo, il Ministro, invocando uno stato di eccezione o di necessità – ovvero una momentanea interruzione della *Rechtsordnung*, peraltro prevista e disciplinata dall'ordinamento stesso – permetteva all'ordinamento di sopravvivere nella sua totalità, evitandone l'imbarbarimento e auspicando un'immediata conclusione dello Stato di emergenza.

La legge era, indubbiamente, poco chiara e si prestava ad un uso ulteriormente di-

storto; restava ancora da chiarire, ad esempio, quale fosse la sorte di coloro che, nel corso del massacro, non erano stati uccisi ma, *semplicemente*, arrestati. Soprattutto, essa non poteva comunque dirsi giuridicamente legittima perché, per quanto l'ordinamento prevedesse il § 53 del codice, le misure assunte erano prive di una diretta relazione con la causa dell'emergenza (della quale, tra l'altro, si sapeva pochissimo). Un prezioso documento di un anonimo giudice è esemplificativo di queste critiche: «La legittima difesa può essere utilizzata solo contro un attacco illegale. Ancora oggi non si può valutare, se e in che misura simili attacchi abbiano avuto luogo. [...] La legge crede di essere sollevata da questo obbligo [...]. Come si può considerare un'azione come legittima, se non si conosce l'azione stessa e non si tenta di conoscerla o di verificarla?»⁴⁹.

La legge non poteva sanare, ovviamente, tutti i delitti realizzati nel corso dei tre giorni, ecco perché Gürtner si sforzò di evitare il ricorso all'amnistia della legge per tutti gli eventi che non avevano nulla a che fare con il presunto putsch: questo a sottolineare ulteriormente la volontà del ministro di una legge che non potesse essere generalizzata e che concludesse in tempi rapida la sua efficacia, legata esclusivamente al putsch. Tuttavia la palese insufficienza di questo strumento è data dalla stessa lista delle vittime che, per diretto ordine del Führer, salì da 77 a 83, per includervi altri soggetti e altri episodi⁵⁰.

In un caso, però, fu necessario comunque arrivare al processo: si trattava dell'assassinio di Kuno Kamphausen a Waldenburg (oggi Wałbrzych, in Polonia) per il quale furono accusati otto appartenenti alle SS. Interessantissime sono le motivazio-

ni della sentenza della Corte d'appello di Breslau, che nel condannare tre imputati (pur riconoscendo alcune *attenuanti*, come il fatto che essi *volessero sempre il meglio per la loro patria*, mentre cinque furono assolti), affermò che: «[nel caso seguente] non si può parlare di una autentica legittima difesa dello Stato [*Staatsnotwehr*]. Rileva allora la legittima difesa putativa. In base a principi giuridici generali questa Corte non esita a utilizzare il concetto di legittima difesa putativa anche per l'emergenza dello Stato. Perciò l'imputato nell'esecuzione di una sua azione cade in un errore senza colpa sulla sussistenza di un'emergenza per lo Stato e, sulla base di questo errore, se ne esclude il dolo»⁵¹.

Per concludere queste valutazioni, appare interessante rimarcare che la sospensione del diritto, come momento necessario per non distruggere interamente l'ordinamento, fu invocata proprio da Gürtner: il suo tentativo fu quello di conciliare le pretese del Führer con le categorie classiche della scienza giuridica tedesca e con l'ordinamento vigente. Ricorse così a invocare uno stato di necessità e di legittima difesa del Governo in carica: una breve sospensione delle tutele giuridiche tradizionali – per altro esplicitamente ammessa in alcune circostanze – poteva a suo avviso permettere la prosecuzione dell'ordinamento.

Questa impostazione, infine, differenzia Gürtner da altri autori della *Staatslehre* nazionalsocialista, che, al contrario, si rifiutarono di parlare di Stato di eccezione – persino Carl Schmitt che ne aveva fatto, nel corso della repubblica di Weimar, oggetto delle proprie ricerche – e che invece sottolinearono il mutamento costituzionale che era avvenuto con la rivoluzione nazionalsocialista, suggellato dagli eventi del '34.

Essi, al contrario di Gürtner, giustificarono la decisione di Hitler perché videro nel suo gesto l'azione di un Führer, *che riuniva in sé, senza distinzione alcuna, i poteri dello Stato, l'esecutivo, il legislativo e il giudiziario*.

Si realizza così, dunque, un primo tentativo di interpretazione degli eventi che si stanno analizzando. Con Franz Gürtner il ricorso va direttamente a un (momentaneo) stato di eccezione, peraltro previsto dall'ordinamento, che, con la legge, era stato immediatamente chiuso, determinando così il ritorno a una normalità. In realtà il 12 luglio, Herman Göring, commentando la legge, espresse ben più di un semplice dato di fatto: «[...] Le sentenze di morte che sono state pronunciate senza un giudice, ma dalla responsabile Guida [*Lenker*] dello Stato, in ragione della difesa dello Stato, sono legittime [*rechters*]»⁵². Tant'è che Reitter parla di un diritto praticamente ridotto alla volontà del Führer: «Das Recht hatte dem nationalsozialistischen Staat zu dienen und was Recht war, bestimmte der Führer, denn sein Wille war das Recht»⁵³. E, ancor più chiaramente Werle: «Das Gesetz über Staatsnotwehr geht freilich einen Schritt weiter als das frühere über Verhängung und Vollzug des Todesstrafe: Jenes Gesetz hatte nur die Rückwirkung der Todesstrafe verfügt, der Justiz dagegen die Normanwendung überlassen. Das Gesetz über Staatsnotwehr dagegen liefert bereits das fertige Ergebnis nebst Begründung: Die ‚Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechters‘. Die Verfügbarkeit des Gesetzes als Mittel der politischen Führung und der Vorrang der politischen Führung bei der Gesetzeshandhabung werden durch das Staatsnotwegesetz dokumentiert»⁵⁴.

Eppure, se la volontà del Führer è diritto, perché è così importante giustificarla?⁵⁵

Si potrebbe rispondere che la legge serve proprio a dare forma *giuridica* alla volontà del Führer e che è ad essa sempre subordinata. Se, però, si analizzano gli interventi con i quali la legge fu commentata, si scopre che la realtà è ben diversa.

6. Lo Stato di eccezione

Come detto, sono sostanzialmente due i tentativi fin qui emersi per giustificare a posteriori gli eventi dell'estate 1934. Innanzitutto un'amnistia circoscritta a specifici eventi: la strada era, però, impraticabile, come già ricordato, per espressa contrarietà del Führer. In secondo luogo restava la strada della legge, quella, cioè, dello Stato di necessità, che poteva sanare – con i problemi ricordati – l'intera operazione. Lo stato di necessità o di emergenza andava velocemente superato: tuttavia, agli occhi dei commentatori futuri, la legge del 3 luglio '34, ancor più che quella del marzo '33, segnò l'inizio di uno stato di eccezione *permanente*. «Das Vorgehen Hitlers mochte man auf dem Stand des Jahres 1934 als ‚Ausnahme‘, als ein Auftreten im vorübergehenden ‚Ausnahmezustand‘ begreifen. Hitler selbst freilich zeigte in seiner Rede vor dem Reichstag am 13. Juli 1934, daß er seine Maßnahme nicht als Ausübung von Diktaturgewalt im Ausnahmestand ansah: Er bezeichnete sich als ‚des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr‘ und gab damit die dem ‚Führerstaat‘ gemäße Deutung seines Verhaltens»⁵⁶.

A questo punto occorre chiedersi: i fatti del 30 giugno definiscono uno stato di eccezione? Il punto è controverso. Il ricorso al § 53 del Codice penale presupponeva uno

stato di eccezione in una sua forma *blanda*, ovvero il riferimento a una momentanea e tutto sommato giuridicamente accettabile sospensione dell'ordinamento. Ma, come dimostra il riferimento alle parole pronunciate da Hitler al Reichstag, si andò affermando la tesi che il Führer detenesse anche la funzione di giudicare e, pertanto, le sue condanne fossero perfettamente *legittime* (in quanto l'autorità che le aveva emanate sarebbe stata pienamente *legittimata* ad adottarle). Il testo della legge, al contrario, prevedeva che le misure fossero giustificate non in ragione della *fonte* dalla quale esse provenivano, ma in virtù delle *circostanze* nelle quali si erano realizzate, cioè di estrema necessità e urgenza.

Va da sé che nel primo caso, era il Führer a porre il diritto e quindi a sostanziare un nuovo ordinamento giuridico. Il secondo caso, invece, definiva una situazione *straordinaria* comunque prevista dall'ordinamento giuridico esistente, che, quindi, continuava a essere pienamente valido.

Proprio quest'ultimo aspetto sarà messo in discussione e contestato, perché determinava un pericoloso cedimento a formule giuridiche proprie di un altro tempo e dell'impostazione liberale, che andavano, invece, superate nell'ottica di una *Rechts-erneuerung* nazionalsocialista; ovvero non una semplice riforma del diritto, ma una sua sostanziale trasformazione a partire dai principi che avevano ispirato il movimento.

Certamente questi provvedimenti definirono una condizione quotidiana di sospensione non solo delle tutele giuridiche tradizionali, ma dell'intero ordinamento (nonostante, quindi, le velleità di Gürtner). Ma essi costituirono anche la premessa di una riflessione teorica che non può essere spiegata comodamente come un

asservimento al potere (per cui tornerebbe comoda l'immagine del giurista come *notaio del potere*): si trattò invece di tentativi, spesso fra loro diversi, di definire la natura giuridica del nazionalsocialismo e di provare a codificare nel linguaggio giuridico le ambizioni del partito. Quest'operazione, ovviamente, presupponeva che quelle azioni non fossero giustificate da uno stato di necessità o di eccezione, quanto piuttosto dall'appartenenza a un (nuovo) determinato ordinamento giuridico e, in quanto tali, legittime.

Se, dunque, è il Führer a creare il diritto, sembrerebbe confermata, indirettamente, la nota critica di Gustav Radbruch al positivismo giuridico, che sarebbe la categoria con la quale meglio potrebbe essere interpretata la *Rechtserneuerung*. Apparirà, invece, palese la distanza di questi giuristi dalla teorizzazione di una riduzione del diritto alla pura volontà del Führer, come nella celebre impostazione di Eichmann, in base al quale *le parole del Führer hanno forza di legge*.

Come si vedrà, però, le riflessioni di questi giuristi non poterono mai svilupparsi pienamente e in modo del tutto coerente, proprio a causa della realtà del III Reich, il cui capo non tentò mai di definire un ordine giuridico nuovo, ma si limitò a perseguire con terribile lucidità i propri progetti, tralasciando e disinteressandosi apertamente di tutto ciò che non aveva con essi un rapporto immediato. Lo stato di *eccezione* che divenne *regola*, rappresentò la palese sconfitta anche di quelle riflessioni e ne determinò l'incapacità di spiegare la realtà più autentica del Reich, sino a servire, quasi esclusivamente, come giustificazione per gli arbitri più scellerati.

7. *I giuristi e i fatti del 30 giugno: un nuovo ordinamento giuridico. L'intervento di Roland Freisler*

L'analisi di Roland Freisler (1893-1945), celebre presidente del *Volksgesichtshofes* e soprannominato, per le innumerevoli sentenze di morte che formulò (celebri quelle ai componenti della *Rosa bianca* e ai congiurati dell'attentato contro Hitler del 20 luglio 1944), il *Blutrichter*, comparve il 6 luglio 1934 sulla *Deutsche Justiz*⁵⁷. In quella sede l'azione del Führer era qualificata come la realizzazione di un suo supremo diritto e obbligo di proteggere e tutelare la vita della nazione, messa a repentaglio, ovviamente, dal tradimento che si stava perpetrando⁵⁸. Di fronte a questi obblighi supremi, il popolo aveva il dovere di obbedire e di accettare incondizionatamente le decisioni della sua guida.

Inutile sottolineare come il testo di Freisler sia a tratti insopportabile per il cinismo (ad esempio il riferimento all'*aria*, che diventa nuovamente *pura* dopo la fulminea azione del Führer, o l'insistenza eccessiva sulla conferma dell'ipotesi del tradimento) e per la spregiudicatezza (i criminali vanno *sterminati*). Ad appena tre giorni, però, dall'approvazione della legge, egli introdusse alcuni argomenti che verranno poi meglio formalizzati da Schmitt. «Und dann wurde Gericht gehalten, ein Gericht, wie es gerechter und notwendiger in der Welt noch nie gehalten wurde; ein Gericht, dessen Spruch unmittelbar aus dem klaren und tiefen Quell unserer deutschen Sittenordnung geschöpft war; ein Gericht, das also Recht im höchsten Sinne verwirklichte»⁵⁹. Poco più avanti: «[...] was der Führer in diesen zwei Tagen geleistet hat, die rettende Tat, die Verwirkli-

chung des höchsten Rechtes und der höchsten Pflicht ist, der Pflicht und des Rechtes, das Leben der Nation zu schützen und zu sichern»⁶⁰. Il resto dell'articolo può essere tralasciato, visto che si tratta di una vera e propria glossa ai già citati ordini che Hitler impartì al nuovo *Stabschef* Lutze.

I concetti cui Freisler fa riferimento sono diritto, tribunale e *costumi* [*Sittenordnung*]. In sostanza il Führer come capo e guida del nazionalsocialismo non decide arbitrariamente, ma sulla base dei compiti precisi che egli ha assunto e, cioè, la difesa del popolo e della nazione tedesca. Conseguire questi obiettivi rappresenta, insieme, diritto e obbligo del Führer, di modo che, in caso di tradimento, la sua azione, rapida e immediata, sia, non solo giusta, ma l'unica azione giuridicamente ammissibile. Come si può ben vedere, in questo caso il riferimento alla condizione di emergenza è del tutto secondario, quasi che essa permettesse di analizzare meglio la novazione dell'ordinamento giuridico nella sua quotidianità. Decisivo appare, invece, il riferimento alla *Sittenordnung*, anticipando così un tema fondamentale, quello dell'autonomia del diritto: il Führer decide, ma la sua volontà serve a ricavare e codificare il diritto dal *Volk* stesso. Egli, perciò, non *inventa* il diritto, ma assegna al popolo il suo (cioè del popolo) diritto⁶¹.

In tal modo non si definisce uno spazio vuoto, anomico, nel quale non c'è più diritto, ma si teorizza un sistema istituzionale nel quale solo il Führer è nella condizione di dare piena manifestazione e attuazione al diritto. Freisler, cioè, cerca di giustificare le azioni del Führer perché esse sono conformi alla *Sittenordnung* e non perché prodotte in uno stato di necessità.

In questa prospettiva, dunque, restano ben distinti i concetti di "diritto", di "Führer" e di "*Sittenordnung*". Tale distinzione sembra voler evitare, seppur in modo debole, una riduzione di un concetto all'altro, in modo che il diritto, ad esempio, possa ridursi del tutto alla volontà della Guida del movimento, quasi in una classica impostazione giuspositivista. Inoltre questa natura del capo del movimento nazionalsocialista, che non si limita a esercitare una funzione, ma che è il Führer, è un tema fondamentale, che tornerà spessissimo nella *Staatslehre* nazionalsocialista.

Non riesce, però, a Freisler l'intento di strutturare giuridicamente questo rapporto tra la Guida, il diritto e la *Sittenordnung* tant'è che, in definitiva, senza una specifica formalizzazione giuridica e proprio in ragione della sostanziale uguaglianza tra persona e funzione nel Führer, per mezzo della quale solo la Guida decide della conformità alla *Sittenordnung*, il diritto si riduce alla mera volontà del Führer⁶². In tal senso si potrebbe quindi affermare che con Freisler lo Stato di necessità si fa *permanente*: eppure, egli si confronta direttamente con il concetto di *Notwehr* e le conclusioni che ne trae sembrano indicare una prospettiva teorica diversa.

L'anno successivo, infatti, comparve nella *Deutsche Justiz* l'analisi, a cura della redazione, di un intervento di Freisler, tenuto il 29 Maggio nell'ambito delle conferenze organizzate dalla *Deutschen Hochschule für Politik*⁶³. Il tema con cui si misurò Freisler era interessantissimo: la *Staatsnotwehr* alla luce del nazionalsocialismo. In questa sede, Freisler, ancor più chiaramente che nell'intervento preparato nel luglio 1934, si esprime con eccezionale chiarezza, utilizzando concetti divenuti poi

classici nella successiva riflessione schmittiana.

Viene riportato, infatti, che a giudizio di Freisler: «Die Beantwortung der Frage der Zulassung von Notwehrhandlungen des einzelnen für den Staat hängt ab von der Betrachtung der Organstellung des einzelnen im Volke»⁶⁴. Solo il Führer è posto al vertice dello Stato, come *Organ höchster Verantwortlichkeit*: come tale solo lui, o coloro che eseguono i suoi ordini, possono non tanto addurre una scriminante, quanto piuttosto avanzare i diritti di una funzione specifica. Ancora più chiaramente è citata la legge del '34, sottolineandone palesemente l'incompletezza, in quanto essa si sarebbe limitata a disciplinare determinati fatti ed avvenimenti, senza rispondere alla questione decisiva della collocazione giuridica del Führer nello Stato nazionalsocialista. Ecco perché si può affermare: «[...] dass alle die Einschränkungen, die bei Notwehrhandlungen für das Verhalten jedes einzelnen gelten, nicht für das höchste Organ der Volksführung gelten können, weil in ihm alles Volksführungsbefugnisse und -funktionen zusammenfließen»⁶⁵.

Anche in questo caso, dunque, è esplicitamente citato la legittima difesa, non al fine di segnalare uno spazio anomico, che interrompe l'ordinamento per ricostruirne uno diverso, esso serve piuttosto a palesare una caratteristica del Führer rispetto agli altri *Volksgenossen*: è il Führer, cioè, il soggetto che detiene la responsabilità di stabilire quando è necessario assumere provvedimenti di emergenza ed è lui solo che, all'interno della *Volksgemeinschaft*, è dotato di questo potere (non attribuibile perciò ad altri). Ritorna, anche in questo caso, la qualificazione del Führer come un soggetto costituzionale dotato, però, di

specifiche peculiarità attribuite in ragione della sua stessa personalità: è chiaramente affermata, inoltre, la tesi del Führer come soggetto che, in sé, racchiude la funzione legislativa, quella esecutiva e quella di *ius dicere*. Ovvero, contrariamente all'impostazione di Gürtner, il quale provava a muoversi all'interno di un quadro ancora legato alla tradizione liberale, l'approccio, che proveniva da quei giuristi che tentavano di cogliere la novità della rivoluzione nazionalsocialista, era finalizzato a colpire i presupposti teorici dei modelli giuridici passati. La separazione dei poteri era uno di questi presupposti e andava, pertanto, superato.

Non si può non segnalare come nell'analisi di Freisler, però, permangono troppe ambiguità e la totale assenza di una strutturazione giuridica del rapporto tra gli elementi *costituzionali* citati rende complicato (se non impossibile) definire un esito diverso dalla *normalizzazione* dell'arbitrio della Guida.

8. Der Führer schützt das Recht: *L'articolo di Carl Schmitt e il confronto con Ernst Rudolf Huber*

L'articolo di Carl Schmitt⁶⁶ è probabilmente uno dei suoi testi più famosi, sicuramente fra quelli più spregiudicati e *militanti*, anche perché comparso all'indomani degli eventi sanguinosi, con l'espressa intenzione di legittimare l'operato del Führer. Egli *nobilita* l'autoproclamazione di Hitler come giudice supremo e, anzi, la teorizza esplicitamente come caratteristica centrale del *Führertum*, la quale, va ricordato, apprezzata da Freisler, non aveva appassionato

né Gürtner né altri funzionari statali: «In preußischen Justizministerium wurde diese Lehre vom Führer als „oberstem Richter“ allerdings von kaum jemandem anderen als von Freisler vertreten [...]»⁶⁷.

La tesi di Schmitt tenta di sottolineare gli elementi di novità che la rivoluzione nazionalsocialista produce rispetto alla stagione weimariana e, più in generale, rispetto all'intera fase liberale. Schmitt sin dal 1933 aveva chiaramente interpretato gli eventi determinatisi in Germania e riteneva che una nuova fase avesse avuto inizio con il cancellierato di Hitler (evento decisivo erano state, come detto, le *plebiscitarie* elezioni del 5 marzo '33). Schmitt si convinse che neanche la sua classica divisione tra dittatura sovrana e commissaria⁶⁸ potesse spiegare la natura della rivoluzione avvenuta: si trattava di dover mettere completamente in discussione le categorie giuridiche adottate sino a quel momento al fine di definire un nuovo ordinamento giuridico, pienamente nazionalsocialista.

Un tale giudizio è fatto proprio anche da un altro grande giurista del III Reich, Ernst Rudolf Huber (1903-1990), il quale pubblicò un interessante articolo nello stesso numero della rivista sul quale comparve quello di Schmitt e che, quindi, può essere certamente qualificato come una valutazione, seppur indiretta, dei fatti del 30 giugno⁶⁹.

Schmitt ipotizza che il *Führertum* cancelli la tradizionale distinzione tra i poteri dello Stato, tanto che «Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Mißbrauch wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft [...]. Der wahre Führer ist immer auch Richter. Aus dem Führertum fließt das Richtertum»⁷⁰.

Similmente E.R. Huber afferma che «Das Prinzip der politischen Totalität ist eines der fundamentalen Merkmale des nationalsozialistischen Staatsaufbau»⁷¹: questa totalità si esprime nell'unità di volere e di azione, nell'irriducibilità a presunte divisioni del potere e, di conseguenza, nel rifiuto di attribuire a diversi soggetti funzioni costituzionali diverse («Der Grundbegriff der Politische Führung setzt schliesslich auch die Rechtsprechung wieder in die ihr gebührende innere Beziehung zum völkischen und staatlichen Ganzen»⁷²). Essa, inoltre, si oppone a quella *disarticolazione*, caratteristica dell'intera modernità, per cui il popolo, pur essendo *formalmente* sovrano, necessita di specifici organi per esprimere la propria volontà (per cui il popolo è sovrano solo nella misura in cui delega ad altri la modalità di costituzione e manifestazione della propria volontà, secondo lo schema moderno inaugurato dal Leviatano di Hobbes: Huber coglieva chiaramente un tratto costante della tradizione giuridica e politica moderna, ovvero la disarticolazione permanente tra i cittadini e i soggetti che ne rappresentavano la volontà).

Dunque, divelta la tradizionale separazione dei poteri, appare indispensabile consegnare al Führer un'*autorità* del tutto nuova rispetto a quella preconizzata dal sistema liberale⁷³.

Schmitt considera il Führer come investito della capacità di giudicare, di *ius dicere*: si tratta di un passaggio qualitativo decisivo nella transizione dal *Volkstum* al *Führertum* e nella definitiva supremazia di questo rispetto a quello. Eppure, non si tratta di un'impostazione semplicemente positivista, per cui il diritto non è altro che ciò che il Führer comanda: in Schmitt il diritto sembra conservare una sua auto-

nomia, ovvero una irriducibilità alla mera volontà.

Schmitt, che negli anni della repubblica di Weimar aveva fatto dello Stato di eccezione la cifra del politico, in questa nuova fase appare decisamente orientato a definire un nuovo modello giuridico, nel quale l'*autonomia* della decisione sia temprata da una dimensione sostanziale proveniente dalla concretezza stessa dell'ordinamento. Ecco perché Schmitt afferma esplicitamente come l'azione del Führer non sia paragonabile a quella di un dittatore che agisce in uno spazio vuoto, *rechtsleeren*, ma la sua funzione di giudice è inserita all'interno di una precisa organizzazione istituzionale, dunque: «Der Richtertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt»⁷⁴. Se a Freisler mancava lo spessore teorico per approfondire e fissare definitivamente questo punto, Schmitt, il quale ha dedicato proprio alla dittatura e allo Stato di eccezione pagine fondamentali, è in grado di operare una distinzione decisiva.

Quello di Hitler non è il gesto di un dittatore che annulla il vecchio diritto, creandone di nuovo: per questa ragione Schmitt ritiene che l'azione del Führer non si svolga in un *rechtsleeren Raum*, che contraddistingue lo stato eccezione nel quale (più correttamente: sul quale), com'è noto, il potere sovrano decide. In questo caso, invece, l'ordinamento, pur se in una sua dimensione ancora *primitiva*, esiste perché esso è espresso da quello stesso popolo definito in senso sostanziale, secondo precise caratteristiche razziali che, pur non direttamente presenti nell'articolo in questione, caratterizzano l'attuale fase del pensiero schmittiano. Esse rappresentano, infatti, la condizione necessaria per cui il concetto di

popolo perde la sua caratterizzazione esclusivamente formale, propria dell'impostazione liberale, nella quale sarebbe più corretto parlare di *Bevölkerung* (popolazione), cioè l'insieme di coloro che abitano in un medesimo luogo, e diventa autenticamente *Volk*, fondato in senso naturale, per cui i singoli membri sono *Volksgenossen*, individui che condividono la medesima origine razziale.

Il Führer, quindi, deve trarre il diritto proprio dal popolo e le azioni del 30 giugno sono lecite perché esse rispondono al dovere di difendere il *Volk*, fonte ultima del diritto: «Alles Recht stammt aus dem *Lebensrecht des Volkes*»⁷⁵: anche in questo caso la giustificazione delle azioni del Führer non ha nulla a che fare con il contesto nel quale esse si verificano, a rilevare è la fonte dalle quali provengono. Tant'è che la legge esprime: «in der Form eines Regierungsgesetzes den zeitlichen und sachlichen Umfang des unmittelbaren Führerhandelns»⁷⁶. C'è dunque una relazione materiale che unisce la volontà – la decisione, per dirla con Schmitt – del Führer e la concreta vita del popolo, una relazione che non procede direttamente da un capo all'altro, ma piuttosto struttura un rapporto complesso nel quale l'ordinamento giuridico può sviluppare i propri caratteri *völkisch* solo a condizione che la decisione sia in grado di innalzarsi dal caos e ad imporsi su tutte le altre. In questo senso, ovvero nella prevalenza della decisione sull'ordinamento, si compie in modo definitivo la transizione dalla priorità del *Volkstum* e del *Volksstaat* a quella, ben più pregnante e teoricamente fondata, del *Führertum* e del *Führerstaat*.

Non è un caso, quindi, che Hasso Hofmann abbia individuato proprio in questi anni di adesione al nazionalsociali-

simo una transizione da un puro pensiero *decisionista* a quello dell'*ordinamento concreto*: «Mentre Schmitt precedentemente concepiva, per lo meno sotto certi punti di vista, l'ordinamento come prodotto di una decisione non derivabile, che non si giustificava e in questa misura solo come "normalità di fatto", come mera calcolabilità di una situazione, ora vuole che l'ordinamento concreto venga inteso del tutto come "ordinamento sostanziale, conforme all'essere, essenzialmente pubblico" di istituzioni e forme sovrapersonali, come il risultato di uno sviluppo naturale della peculiarità di un popolo»⁷⁷.

Appare dunque chiaro come proprio Schmitt, che aveva dedicato allo Stato di eccezione lavori molto significativi – anche rispetto alla rilevanza dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar – proprio nel corso della rivoluzione nazionalsocialista ritenga che *la pietra angolare [Angelpunkt] di tutte le riflessioni non sia più lo stato di eccezione, ma la situazione normale*⁷⁸.

È da questa impostazione che la giustificazione dei fatti del 30 giugno assume una rilevanza del tutto diversa, nella quale non gioca più alcuna funzione la presenza di una condizione segnata dall'assenza del diritto, perché anzi il Führer si giustifica proprio attraverso l'esercizio della sua funzione, che non può essere delegata o attribuita ad altri, di sviluppare il diritto del popolo. Si chiude in questo modo il rapporto tra Führer e popolo, nella rilevanza costituzionale che in questo modello assumono la razza e l'identità di stirpe [*Artgleichheit*]. Solo attraverso il riferimento alla razza che lega i *Volksgenossen*, infatti, il Führer può attribuire al popolo il suo diritto ed è in questa connessione tra l'elemento giuridico e quello razziale che si trova la garanzia che

l'azione del Führer non si trasformi in arbitrio⁷⁹.

Si legga, ancora, il riferimento di E. R. Huber: «Die Lebensnotwendigkeiten des Volkes, die Prinzipien der völkischen Existenz werden im Staate durch die Führer gewahrt und verwirklicht, und das Gesetz ist eines der Mittel, die der Führung für diese Aufgabe zu Gebote stehen»⁸⁰ e lo si confronti con quello di Schmitt per il quale nel nuovo stato nazionalsocialista, «Inhalt und Umfang seines Vorgehens bestimmt der Führer selbst»⁸¹: si tratta di una precisazione decisiva per la legittimazione degli atti del 30 giugno. Se era stata addotta, quale ragione di una simile procedura, una situazione di emergenza, che giustificava la legittima difesa, è anche vero che, per la scienza giuridica tradizionale, essa poteva essere esercitata soltanto all'interno di limiti precisi. Schmitt cita come esempio proprio il *Reichsgericht* che, appena due anni prima, aveva ribadito l'indipendenza del giudice proprio quale fondamento per la protezione del cittadino dall'arbitrio: ma questo modo di procedere non fa che ripetere motivi liberali che devono essere rimossi. Schmitt, quindi, è perfettamente consapevole come gli eventi del 30 giugno '34 non possano essere interpretati semplicemente come una *classica* previsione della legittima difesa contro un nemico, interno o esterno, ma che essi debbano definire la nuova forma costituzionale assunta dal *Reich* dopo la rivoluzione nazionalsocialista: lo Stato di eccezione viene così del tutto espunto dalla riflessione della *Staatslehre* nazionalsocialista, tanto nella sua formulazione *limitata* e prevista dell'ordinamento stesso, che in quella *radicale* come momento fondativo del politico.

Occorre adesso che la valenza della legge del 3 luglio sia addirittura *generalizzata*, non nel senso di fare dell'emergenza una condizione permanente, ma, al contrario, di prendere definitivamente atto della funzione giudiziaria attribuita al Führer: «Der Führer der Bewegung hat als solcher eine richterliche Aufgabe, deren inneres Recht von keinem anderen verwirklicht werden kann»⁸². Con tutta evidenza, qui Schmitt si avvicina, perfezionandola, alla stessa critica che Freisler aveva mosso alla legge di Gürtner: gli eventi del 30 giugno vanno interpretati non solo quali condotte da giustificare giuridicamente, ma nella loro valenza costituzionale, ovvero nella capacità di esprimere un nuovo ordine giuridico.

9. Ancora su Schmitt e oltre Schmitt. Conclusioni

È forse opportuno tornare brevemente su alcuni concetti che sono emersi nella lettura dei testi di Schmitt e Huber, perché essi non si limitarono a spiegare gli eventi dell'estate del '34 ma costituirono il nucleo della *Staatslehre* nazionalsocialista. La *notte dei lunghi coltelli*, infatti, determinò una profonda e irreversibile trasformazione del regime, sancita di fatto, appena un mese dopo il massacro, dall'unificazione delle cariche del Cancelliere e del *Reichspräsident* (operazione resa possibile dalla morte di Hindenburg)⁸³. Fu, dunque, il *caso Röhm* a segnare una svolta istituzionale decisiva nella fase di definitiva presa del potere della NSDAP e del suo Führer. Non è un caso, ad esempio, che Heinrich Himmler, diversi anni dopo, quando dovrà *giustificare* la *Endlösung* e l'annientamento degli ebrei, citerà

proprio il 30 giugno 1934 come esempio di supremo obbligo [*Pflicht*] di difesa del popolo tedesco, che non si arresta neanche di fronte ai vecchi *camerati*⁸⁴. Ecco quindi che il *caso Röhm* rappresenta una prospettiva interessante per analizzare gli sviluppi della *Staatslehre* nazionalsocialista.

Come aveva intuito sin dagli anni '30 Carlo Lavagna, in realtà, non esiste una scienza giuridica nazionalsocialista, compatta e coerente: il riferimento, dunque, non va a una sorte di matrice comune della scienza giuridica tedesca degli anni '30, quanto piuttosto all'utilizzo di un medesimo grappolo di concetti che, pur essendo fondati spesso diversamente dai singoli autori, rispondevano all'esigenza di provare a delineare la teoria giuridica del nuovo Stato nazionalsocialista⁸⁵. Ovviamente non sarà possibile né affrontare tutti gli autori impegnati in questo tentativo, né, tantomeno, tutti i concetti da essi utilizzati. Tuttavia, sempre a partire dagli eventi dell'estate del '34, sembra interessante concentrarsi sulla figura del Führer e sulla sua natura giuridica nell'ambito dell'architettura istituzionale nazionalsocialista.

Come detto, è la presenza della Guida che permette di evitare il riferimento allo Stato di eccezione e di determinare un'autentica novità nel modello costituzionale tedesco post '33. Il principio della Guida è, per Schmitt, presupposto dello Stato nazionalsocialista che «[...] è dominato e pervaso dall'idea del comando dall'alto in basso [...]»⁸⁶. Huber specifica ancora meglio questa impostazione e, superando la classica tripartizione delle funzioni, attribuisce alla guida il compito di rendere possibile la totalità politica: «Die Führung steht nicht als etwas Selbständiges neben den drei klassischen Gewalten, sondern wirkt als

verbindende Kraft über und zwischen und in ihnen, und sie begründet deshalb keine Verteilung der Gewalten, sondern die Einheit der Staatsgewalt»⁸⁷.

In questo modo la guida, però, parrebbe dotata di un potere quasi illimitato e il diritto altro non sarebbe che una manifestazione della sua volontà: in tal senso sarebbe corretto parlare di positivismo giuridico *tout court*. In realtà questa impostazione non può essere accettata perché, come si è visto, nell'impostazione schmittiana il Führer, pur dotato di specifiche caratteristiche, non è un soggetto che agisce creando il diritto, ma, come un demiurgo, attribuisce forma alla specifica natura del popolo.

Il popolo è strutturato in base a precise caratteristiche razziali: esse non definiscono solo un criterio di individuazione dei *Volksgenossen*, quanto piuttosto contribuiscono a determinare la concreta azione della guida tant'è che: «Solo la uguaglianza di specie può impedire che il potere della guida diventi tirannia ed arbitrio; solo essa è la ragione della differenza da ogni dominio di una volontà eterogenea, per quanto intelligente o vantaggiosa»⁸⁸.

Questa impostazione presuppone, però, l'idea che la Guida non definisca semplicemente una *funzione*, un potere come nel vecchio Stato liberale, ad esempio nella previsione degli organi costituzionali del Presidente dell'impero e del Cancelliere. Il Führer è, invece, un determinato *Volks-genosse*, al quale il popolo accetta di sottomettersi. Guida e Hitler sono, perciò, la stessa cosa. Nessun altro *Volks-genosse* può, di conseguenza, essere la Guida – o ambire a esercitarne la funzione – perché non vige più il sistema elettorale liberale, basato sull'idea dell'uguaglianza tra tutti gli

uomini (che competono per occupare una specifica funzione dello Stato).

In questo senso, quindi, il Führer non si limita a *rappresentare* la volontà del popolo, ma è la sua decisione che permette al popolo di prendere coscienza di sé: il popolo non potrebbe volere nulla di diverso da quello che la guida vuole. In senso stretto, quindi, non si può nemmeno parlare di rappresentanza, in quanto manca del tutto il ruolo attivo del popolo nel trasmettere la sua volontà al Führer. È invece la Guida che, con la sua decisione, rende una volontà individuale volontà della *Volks-gemeinschaft*, perché finalizzata a preservarne l'esistenza. Il Führer, dunque, non è un semplice organo dello Stato⁸⁹, ma è il soggetto che attribuisce alla naturalezza del popolo una sua politicità, ad esempio nella lotta contro gli altri *Völker*.

Sembra che l'operazione qui tentata consista nella promozione della totalità politica come superamento di una distinzione tra *Sein* e *Sollen*, tra piano empirico e piano normativo. Il *Sein* è rappresentato dal Popolo, con le sue caratteristiche naturali e razziali. Dal popolo proviene la Guida, la quale, però, s'impone su di esso, che accetta così di obbedirgli. In questo rapporto tra la Guida e il popolo, si definisce l'elemento giuridico del *Sollen*, tramite la decisione della Guida che, come già visto, non è semplicemente arbitraria, ma è direttamente connessa all'identità di specie (proprio perché il diritto è sempre diritto di un determinato popolo). Ed è proprio la dimensione totalitaria che dovrebbe garantire il superamento della distinzione classica tra il piano deontologico e quello naturale.

A ragione Hubert Rottleuthner, nel rifiutare la categoria classica di positivismo giuridico, per caratterizzare la scienza giu-

ridica nazionalsocialista, parla di un *substantieller Dezisionismus*, il quale, determinato da un rapporto reciproco tra sostanza – il dato naturale del *Volk* (sangue, razza...) – e decisione (ovviamente riferita a quella del Führer), risulta essere infine: «[...] das ideologische Pendant zum strukturellen Chaos des nationalsozialistischen Herrschaftssystem»⁹⁰.

Si è detto che Schmitt ritenesse necessaria la definizione di un ordinamento giuridico nazionalsocialista: sempre in *Staat, Bewegung, Volk* Schmitt considerò solo *provvisoria* l'attuale costituzione del *Reich* (e cioè il *Ermächtigungsgesetz*), in attesa di una nuova costituzione che codificasse i principi giuridici del nazionalsocialismo. In questo senso Schmitt e Gürtner sono molto più vicini di quanto si possa pensare nella lettura delle loro reazioni agli eventi dell'estate '34: c'è un'insistenza anche di Schmitt nel superare lo stato di emergenza e nel definire in tempi rapidi un nuovo ordinamento giuridico⁹¹.

Tuttavia c'è da chiedersi se il riferimento alla razza come unica garanzia sostanziale di una legittimità della decisione (e con essa del giuridico) non degradi piuttosto, come poi realmente avvenne, la *Rechtsordnung* a mero prodotto di una volontà arbitraria, per giunta resa incontestabile dalla suo presunto fondamento *naturale*. La concreta esperienza giuridica del III *Reich* si risolse in un autentico stato di eccezione permanente, contro il quale naufragarono tanto i tentativi di Franz Gürtner (di limitare questo *Ausnahmestand*, anche a costo di sacrificare l'autonomia della giustizia), quanto quelli di Carl Schmitt (di escluderlo del tutto e di fondare un nuovo ordinamento giudicio).

* Desidero ringraziare il Prof. Hubert Rottleuthner, direttore dell'*Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung* della *Frei Universität* di Berlino, per avermi dato la possibilità di prendere parte al suo corso di Filosofia del diritto per il semestre invernale 2011/2012 e di partecipare, con questo *Referat*, che ho discusso il 30 gennaio 2012, alle attività del seminario dedicato al diritto nazionalsocialista. La permanenza a Berlino è stata resa possibile da una borsa di studio concessa dal DAAD.

¹ Cfr. K.D. Bracher, *Die Krise Weimars und die Stufen der Machtergreifung*, in W. Michalka (Hrsg.),

Die nationalsozialistische Machtergreifung, München-Wien-Zürich, Schöningh, Paderborn, 1984, p. 16. Si legga anche D.J.K. Peukert, *Die Weimarer Republik. Krisenjahre der Klassischen Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987; tr. it. *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica*, a cura di E. Crillo, Milano, Bollati Boringhieri, 1996, p. 281: «Nel 1930 la politica dei regimi presidenziali distrusse quanto ancora rimaneva della Costituzione repubblicana, e creò un vuoto di potere di fronte al quale fallirono gli stessi piani autoritari. In tal modo tutte le alternative a "Weimar" furono

bruciate».

² Si veda l'intervista che Schmitt rilasciò nel 1972 a Dieter Groh e Klaus Figge e disponibile in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Venezia, Neri Pozza editore, 2005, p. 55.

³ Per questa definizione, come anche per quella precedente, il riferimento va, ovviamente, a Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964; tr. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, a cura di B.

- Liverani, Roma-Bari, Laterza, 1975, pp. 148-149: «La dittatura commissaria sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza. [...] Quando è in pericolo l'esistere stesso della costituzione, questa deve essere messa in salvo con una sua temporanea sospensione. In altre parole, la dittatura difende una determinata costituzione da un attacco che minaccia di sopprimerla. [...] La dittatura sovrana vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non sospende una costituzione vigente facendo leva su di un diritto da essa contemplato, e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica. In altre parole, la dittatura sovrana si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare». Cfr. anche H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, zweite Auflage, Berlin, Dunker & Humblot, 1992; tr. it. *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, a cura di R. Miccù, Napoli, ESI, 1999, p. 222. Interessante è anche il contributo, teso a sottolineare l'identità di genere tra le due dittature, di M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Cozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi Istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1987, nt. 54, p. 79.
- ⁴ Kurt von Schleicher (1882-1934) fu l'ultimo Cancelliere (per appena 57 giorni) della Repubblica di Weimar. Era stato ufficiale dell'esercito e si era formato nell'*Oberste Heeresleitung*. Nel 1932 era stato nominato ministro dell'esercito nel Governo von Papen. Fu assassinato proprio nel corso degli eventi legati alla *notte dei lunghi coltelli*.
- ⁵ Gregor Strasser (1892-1934) fu tra i leader della NSDAP, prendendo parte anche al fallito putsch di Monaco, per il quale fu condannato a 18 mesi di reclusione. Dal 1928 si occupò dell'organizzazione del partito in tutta la Germania: sono indubbiamente da ascrivere alle sue capacità l'aumento degli iscritti e i ripetuti successi elettorali. Strasser, inoltre, insieme al fratello Otto, rappresentava la linea di un socialismo nazionale, dichiaratamente antimarxista, ma anche anticapitalista (il modello cui guardava era il corporativismo fascista) e, perciò, la sua influenza sul partito poteva rappresentare un ostacolo all'accordo, voluto da Hitler, con la grande industria tedesca. Anche lui fu assassinato nelle purghe del 1934.
- ⁶ Franz von Papen (1879-1969) era membro del partito del *Zentrum*, nonché Cancelliere (1932-1933) e vicecancelliere nel primo governo di Hitler. Nel corso degli eventi legati alle purghe, gli fu consigliato di restare a casa, per la sua sicurezza. Successivamente fu indirizzato verso la diplomazia e, come Ambasciatore in Austria, preparò l'*Anschluss* dell'Austria al Terzo Reich. Dopo la guerra fu processato a Norimberga, ma venne assolto.
- ⁷ Il decreto è noto anche come *Reichstagsbrandverordnung* ed è in *Reichsgesetzblatt* (d'ora in poi RGBl.) I, 1933, p. 83, consultabile anche in formato digitale all'indirizzo <<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1933&size=45&page=208>>.
- ⁸ Il decreto all'art. 1 aboliva gli articoli 114 (libertà personale), 115 (inviolabilità del domicilio), 116 (principio della tipicità del reato penale), 118 (libertà di opinione), 124 (diritto di associazione) e 153 (garanzia costituzionale della proprietà) della Costituzione di Weimar. Inoltre veniva potenziato lo strumento della pena di morte.
- ⁹ La legge, composta di cinque articoli, comparve sul RGBl. I, 1933, p. 141, <<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1933&size=45&page=266>>. La sua durata – inizialmente era previsto un termine fissato al 1 aprile 1937 – venne più volte prorogata (nel 1937, RGBl. I, p. 105, nel 1939, RGBl. I, p. 95 e, infine, nel 1943, RGBl. I, p. 295). Si può leggere il resoconto del dibattito al Reichstag sull'approvazione della legge direttamente in internet tramite la digitalizzazione degli atti ufficiali: <http://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_w8_bsb00000141_00029.html>. La legge fu approvata con 444 voti a favore, i soli 94 voti contrari vennero dalla socialdemocrazia (i deputati comunisti erano stati dichiarati decaduti così come vietata l'organizzazione tedesca, cfr. di seguito nt. 14).
- ¹⁰ Esemplificative sono le parole di Carl Schmitt, in *Staat, Bewegung und Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933; tr. it. *Stato, movimento e popolo*, a cura di D. Cantimori, in Id., *Un giurista davanti a se stesso* cit., p. 255: «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».
- ¹¹ Art. 1: *Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden. Das gilt auch für die in den Artikeln 85 Abs. 2 und 87 der Reichsverfassung bezeichneten Gesetze*.
- ¹² Cfr., Bracher, *Die Krise Weimars und die Stufen der Machtgreifung* cit., p. 21 e G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 11, per il quale, però, lo Stato di eccezione ha già inizio con il – *mai ritirato* – Decreto di febbraio. Sul quale, infatti, è stato scritto: «Sie bedeutet das Ende der Rechtsstaatlichkeit

im Deutschen Reich und den Beginn des dauernden Ausnahmezustandes unter der nationalsozialistischen Herrschaft. Sie blieb bis zum 8.5.1945 in Kraft und bildete die Rechtsgrundlage für die folgende Schreckensherrschaft der Polizei, SS und Geheimen Staatspolizei im Deutschen Reich», cfr. J. Biesemann, *Das Ermächtigungsgesetz als Grundlage der Gesetzgebung im nationalsozialistischen Staat*, Münster, Lit-Verlag, 1988, p. 253. Biesemann sottolinea, inoltre, la crescente incidenza della legislazione di emergenza già a partire dal 1930 (p. 267). Occorre, inoltre, aggiungere che con la legge del 14 luglio 1933, *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*, RGBl., 1933, p. 479, la NSDAP fu riconosciuta come partito unico della Germania e venne vietata l'organizzazione di altri partiti politici.

¹³ Per quanto l'ultimo capoverso dell'art. 2 del *Ermächtigungsgesetz* prevedesse che le prerogative del Presidente del Reich restavano inalterate, *Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt*.

¹⁴ Cfr. K.D Bracher, W. Sauer, G. Schulz (Hrsg.), *Die nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftsystems in Deutschland 1933/34*, Zweite Erweiterte Auflage, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1962, pp. 897, 905.

¹⁵ Alla NSDAP andarono 288 seggi su 647: fu possibile equiparare l'esito delle elezioni ad un *plebiscito* per Hitler e per il suo partito, su cui esisti *costituenti* si soffermò anche Schmitt in *Staat, Bewegung und Volk*, solo annullando i seggi ottenuti dai comunisti (81) e modificando così il quorum per la maggioranza assoluta al *Reichstag*. Cfr. *Das «Ermächtigungsgesetz» vom 24.März 1933. Quellen zur Geschichte und Interpretation des «Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich»*, Hrsg. von R. Morsey, Düsseldorf, Droste Verlag, 1992, pp. 27-30.

¹⁶ C. Bloch, *Die SA und die Krise des*

NS-Regime 1934, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1970, p. 44: «Die "Machtergreifung" löste nicht die Probleme der NSDAP; im Gegenteil, sie verschärfte die inneren Gegensätze in der Partei».

¹⁷ Così Hitler il 6 luglio 1933: «Die Revolution ist kein permanenter Zustand, sie darf sich nicht zu einem Dauerzustand ausbilden. Man muß den freigewordenen Strom der Revolution in das sichere Bett der Evolution hinüberleiten», cfr. I. Kershaw, *Hitler. 1889-1945*, München, Pantheon, 2009, p. 327.

¹⁸ Hermann Mau fa notare come il nazionalsocialismo sia nato dall'incontro di due realtà molto diverse, il Partito e il *Wehrverband*, dalle quali si sono poi sviluppate due diverse forme organizzative e politiche (una genesi simile a quella del fascismo italiano). Röhm incarnava, appunto, questa seconda realtà, che era però, soprattutto nei primi anni del movimento, preponderante rispetto alla presenza dei 'civili', cfr. H. Mau, *Die "Zweite Revolution" der 30. Juni 1934*, in «Vierteljahrhefte für Zeitgeschichte», n. 1, 1953, pp. 119-137, particolarmente pp. 120-121 (interamente disponibile on line: <<http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv.html>>): è questo, in assoluto, il primo contributo che tentò di spiegare gli eventi del '34. Mau definisce, perciò, — ad avviso di chi scrive impropriamente — come un vero malinteso, un'incomprensione [Mißverständnis], databile sin dall'inizio del loro sodalizio, quella tra Hitler e Röhm relativa alla natura del futuro esercito e, in secondo luogo, alla funzione delle SA (ovvero se come strumento di lotta politica per l'uno, o come nerbo del futuro esercito popolare per l'altro). Ma non si trattava solo di questo visto che, come detto, la questione era strutturale: «[...] Der Streit [...] lag in der Natur der Sache. Die SA konnte

auch nach ihrer Neugründung durch Hitler im Jahre 1925 nicht verleugnen, dass sie soziologisch anderer Herkunft war als die Parteiorganisation. Es blieb, wie es von Anfang an gewesen war, daß SA und Partei zwei völlig selbständige Organisationen waren, die in der Person Hitlers lediglich eine gemeinsame Spitze hatten. Daran hat sich bis zum Sommer 1934 nicht geändert», ivi, p. 122. Un'interessante analisi della composizione sociale delle SA è in P. Longerich, *Geschichte der SA* (1989), München, C.H. Beck, 2003, pp. 78 ss. Si veda anche H. Krausnick, *Der 30. Juni 1934. Bedeutung – Hintergründe – Verlauf*, in «Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung "Das Parlament"», Band XXV, 1954, pp. 319-324, particolarmente p. 318. Su questi aspetti si sofferma anche Charles Bloch, che sottolinea le profonde differenze tra Hitler e Röhm (p. 13) ma soprattutto sulle diverse 'anime' che componevano la NSDAP. In particolare interessante era il connubio tra Gregor Strasser, rappresentante dell'ala sinistra del partito, e le istanze 'socialiste' e anticapitaliste delle SA, di contro a posizioni molto più morbide e concilianti tenute da Hitler nei confronti della grande borghesia e, soprattutto, della grande industria tedesca, cfr. Bloch, *Die SA und die Krise des NS-Regime 1934* cit., pp. 11-43.

¹⁹ Sulla consistenza delle SA si avverte una sorta di disagio nella letteratura a indicare con esattezza il numero di membri. Röhm a volte parlava di poter contare addirittura su quattro milioni di uomini al proprio comando. Senz'altro tra il '33 e il '34 il numero delle SA crebbe vorticosamente: nell'agosto del '34 esso si attestava a poco meno di 3 milioni, secondo Longerich, *Geschichte der SA* cit., p. 223. La difficoltà è data dal fatto che attorno alle SA gravitavano gruppi di giovani, di disoccupati, di delusi dalla po-

litica tradizionale, il cui numero è di difficile determinazione. In ogni caso, anche se si assumono cifre più basse, il confronto con la *Reichswehr* è comunque impietoso per quest'ultima, costretta a contenere i propri coscritti entro i parametri fissati dal Trattato di Versailles.

²⁰ Mau, *Die «Zweite Revolution» der 30. Juni 1934* cit., p. 124, il quale esclude quindi qualsiasi ipotesi di tradimento da parte di Röhm.

²¹ H.U. Thamer, *Verführung und Gewalt. Deutschland 1933-1945*, Berlin, Siedler Verlag, 1986, pp. 324-325.

²² «Wir haben keine nationale, sondern eine nationalsozialistische Revolution gemacht, wobei wir besonderes Gewicht auf das Wort „Sozialistisch“ legen», parole dello stesso Röhm citate in Krausnick, *Der 30. Juni 1934. Bedeutung – Hintergründe – Verlauf* cit., p. 318.

²³ Thamer, *Verführung und Gewalt. Deutschland 1933-1945* cit., p. 320.

²⁴ Sull'uccisione del generale e di sua moglie nella loro casa di Berlino, cfr. *Zur Ermordung des Generals Schleicher*, in «Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte», n. 1, 1953, pp. 71-95.

²⁵ Per i dettagli dell'azione: Bloch, *SA und die Krise des NS-Regime 1934* cit., p. 102; O. Critschner, «Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt...». Hitlers „Röhm-Putsch“ – Morde vor Gericht, München, Verlag C.H. Beck, 1993, p. 17; Thamer, *Verführung und Gewalt. Deutschland 1933-1945* cit., p. 329.

²⁶ R. Freisler, *Der Führers Tat und unsere Pflicht*, in «Deutsche Justiz», n. 27, 1934, p. 850.

²⁷ Per quanto Mau ricostruisca come le SA, sin dai giorni precedenti al putsch, fossero in una situazione di allarme perché temevano l'intervento dell'esercito sotto il pretesto di un colpo di Stato proprio delle SA. Sarebbero state favorite la diffusione di voci tese a allertare le SA, tra

cui l'ordine di mobilitazione del 24 giugno 1934, circostanza confermata anche in H. Bennecke, *Die Reichswehr und der „Röhm-Putsch“*, München-Wien, Gunter Olzog Verlag, 1964 p. 51, per spingerle a assumere misure inconsuete per poter poi denunciare il tentativo di una seconda rivoluzione contro il governo di Hitler, cfr. anche Mau, *Die „Zweite Revolution“ der 30. Juni 1934* cit., p. 132. La regia di queste macchinazioni sarebbe da individuare proprio nell'esercito con l'ausilio di Göring, Himmler e Heydrich, cfr. Thamer, *Verführung und Gewalt. Deutschland 1933-1945* cit., pp. 325, 329.

²⁸ Cfr. L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, München, R. Oldenburg Verlag, 1988, p. 433: «Röhm wiederum suchte seine Machtbasis durch Vermehrung und fortschreitende Bewaffnung der SA zu vergrößern, nicht um Hitler zu stürzen, vielmehr um Hitler eines Tages durch einen Gewaltstreich aus dem – wie er glaubte, durch die Umstände nur erzwungenen – Taktieren mit den Konservativen Kräften zu befreien und ihm die Handlungsfreiheit zur Verwirklichung der vermeintlich gemeinsamen Ziele wiederzugeben».

²⁹ Bloch, *SA und die Krise des NS-Regime 1934* cit., pp. 11, 26.

³⁰ Ivi, pp. 137 ss., in particolare «Die Wirtschaftspolitik des Nazi-Regime entfernte sich immer mehr vom Liberalismus des 19. Jahrhunderts. Doch dies kommt keineswegs einer Abwendung vom Kapitalismus gleich. Im Gegenteil, die weitgehende Zwangskartellisierung unter dem Dritten Reich ermöglichte den großen Industriegesellschaften und Banken, die mittleren und kleinen Betriebe immer mehr in ihre Abhängigkeit zu bringen», pp. 143-144. Importante e pionieristico è il contributo di uno storico dell'ex Repubblica de-

mocratica tedesca, Kurt Gossweiler, che, muovendo da un'ottica marxista, sottolineò per primo la rilevanza di un'analisi economica e sociale nell'interpretazione degli eventi del '34. Egli, però, iscrive la stessa disputa tra Röhm e Hitler in uno scontro interno al grande capitale tedesco, con il capo delle SA prossimo ad alcuni grandi capitalisti. Il testo è a tutt'oggi interessante, anche per evitare un appiattimento della ricerca storica nel senso di una semplice raccolta di fatti e di gesta, e, pur se non sia possibile condividere interamente le conclusioni, merita comunque di essere analizzato. Se ne ricava un'immagine molto più sfaccettata, segnata da una serie di crisi all'interno del capitalismo tedesco, come ad esempio quella tra la Deutscher Bank e la Dresder Bank e lo scontro all'interno dell'industria chimica. cfr. *Der Putsch, der keiner war. Die Röhm-Affäre 1934 und der Richtungskampf im deutschen Faschismus* (1983), Köln, Papyrossa Verlag, 2009. Gli studi di Gossweiler sono orientati alla struttura del potere nel fascismo tedesco e a evidenziare i rapporti di forza tra blocchi di interessi economici all'interno dello stesso sistema borghese, cfr. «Der 30. Juni kennzeichnet somit den Abschluss einer Etappe der inneren Konsolidierung der faschistischen Diktatur. Am Beginn dieser Etappe stand die Zerschlagung aller legalen Organisationen der Arbeiterklasse im Auftrage des gesamten Monopolkapitals, aber mit den Händen der radikalisierten Kleinbürger, die das Gros der Gefolgschaft der Nazipartei und der SA bildeten. Am Ende dieser Etappe stand die Abrechnung des Monopolkapitals mit der Opposition eben dieser kleinbürgerlichen Nazi-gefolgschaft gegen die Allmacht der Monopole. Der 30. Juni vollendete somit nicht die „Macht-ergreifung Hitlers“, sondern die Errichtung der unumschränkten

terroristischen Diktatur des Finanzkapitals über alle übrigen Klassen und Schichten des deutschen Volkes», ivi, p. 428.

- ³¹ Bracher, *Die Krise Weimars und die Stufen der Machtergreifung* cit., p. 25. Il 20 novembre 1934 Erik Wolf si esprimeva chiaramente al *Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*: «Es gehört deshalb zu den Kennzeichen der Echtheit der nationalsozialistischen Revolution, daß die Bewegung eine zuvor versiegte Rechtsquelle: das *Volkstum*, wieder entdeckt und eine neue: das *Führertum*, erschlossen hat», cfr. E. Wolf, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Band XXVIII, 1935, p. 348.
- ³² Krausnick, *Der 30. Juni 1934. Bedeutung - Hintergründe - Verlauf* cit., p. 324 e Thamer, *Verführung und Gewalt. Deutschland 1933-1945* cit., p. 333.
- ³³ RGBl. I, 1934, p. 529, cfr. <<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1934&size=40&page=643>>. La distinzione tra *Hochverrat* e *Landesverrat* era frequente nella dottrina tedesca. Il primo si caratterizza esclusivamente come un attacco contro lo Stato, mentre nel secondo caso l'aggressione presupponeva un attentato alla sicurezza e alla potenza dello Stato, ovvero essa si qualificava nel rapporto con altre potenze straniere. Cfr. F. v. Listz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, XXV Auflage, Berlin e Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1927, p. 768: «Die Verbindung des Täters mit einem fremden Gemeinwesen unterscheidet den Landesverrat vom Hochverrat». Nel suo discorso Hitler, però, non menzionò precisamente questi contatti con presunte potenze straniere. Per una rapida rassegna delle diverse opinioni sulla distinzione tra le due fattispecie, cfr. J.W. Frind, *Das Landesverrat im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe*, Breslau, Schletter'ssche

Buchhandlung, 1931, pp. 8 ss., in particolare p. 11: «Die hochverräterischen Angriffe treffen den Staat in seinen Grundbedingungen – Gebiet und Verfassung –, die landesverräterischen nur indirekt, nur in seinen Beziehungen zu anderen Staaten».

- ³⁴ Victor Lutze (1890-1943), sin dal 1923 membro della NSDAP. Ricoprì diversi incarichi nel partito, anche dopo la nomina a successore di Röhm. Restano da chiarire i suoi ultimi anni di vita, come pure le circostanze della sua morte (avvenuta in un incidente stradale), anche tenendo presente i dissidi che ebbe con i vertici del Partito.
- ³⁵ Sino a quel momento l'omosessualità di Röhm era fatto noto e Hitler non ne era mai stato particolarmente infastidito (la sua *sopresa* per gli atteggiamenti scandalosi di Röhm divenne oggetto di satira, soprattutto internazionale).
- ³⁶ Li si può leggere in Bloch, *SA und die Krise des NS-Regime 1934* cit., p. 104. Rappresentano una richiesta di obbedienza incondizionata ma soprattutto definiscono un ampio capo d'accusa (delle più varie, tra cui quella di condurre una vita troppo lussuosa e fastosa).
- ³⁷ Sono le stesse accuse che Hitler aveva già rivolto il giorno dopo la destituzione di Röhm.
- ³⁸ «Verhandlungen des Reichstages», Band 458, n. 3, 1933. Sitzung Freitag den 13 Juli 1932, p. 30. Disponibile in internet all'indirizzo: <http://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_w9_bsb00000142_00025.html>.
- ³⁹ Ivi, p. 31.
- ⁴⁰ Gritschneider, «*Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt...*» cit., pp. 46 ss.
- ⁴¹ E. Reitter, *Franz Gürtner. Politische Biographie eines deutschen Juristen 1881-1941*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pp. 161-162.
- ⁴² Ivi, p. 168.
- ⁴³ Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* cit., p. 451.

⁴⁴ Ivi, p. 455.

⁴⁵ K.D. Bracher, W. Sauer, G. Schulz (Hrsg.), *Die nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933/34*, Zweite durchgesehene Auflage, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1962, p. 963.

⁴⁶ § 53 *Strafgesetzbuch* (in vigore dal 1 gennaio 1872): (1) Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war. (2) Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden. (3) Die Überschreitung der Nothwehr ist nicht strafbar, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist.

⁴⁷ «Das ungeschriebene Recht einer Regierung, zur Abwehr eines unmittelbar drohenden Angriffs auf die bestehende staatliche Ordnung auch Maßnahmen zu ergreifen, die vom positiven Recht nicht gedeckt sind bzw. ihm zuwiderlaufen, war damals und ist heute in der deutsche Staatslehre – wenn auch nicht unbestritten – anerkannt», cfr. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* cit., p. 452. Si veda anche Frind, *Das Landesverrat im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe* cit., «Jeder Staat hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht gegen jeden Angriff, woher er auch komme, zu schützen», p. 10.

⁴⁸ «In keinem Falle aber konnte die Erschießung Röhm's und anderer Verdächtiger mit Staatsnotwehr gerechtfertigt – und damit durch das „Staatsnotwehrgesetz“ gedeckt – werden, nachdem die „Hochverräter“ hinter Schloss und Riegel gebracht und ihnen alle Möglichkeiten für Angriffshandlungen genommen worden

waren. Die Schuld der verhafteten hätte durch die Justiz festgestellt und ihre Bestrafung aufgrund der bestehenden Gesetze erfolgen können». ivi, p. 455. La critica di Gruchmann coglie il segno: né l'evocazione del *Hochverrat* o del *Landesverrat*, né tantomeno la *Notwehr*, potevano giustificare l'omicidio dei presunti colpevoli: una volta tratti in arresto, infatti, sarebbero venute meno le condizioni di emergenza e di straordinarietà, come pure i presupposti stessi del tradimento.

- ⁴⁹ Cfr. *Promemoria eines Bayerischen Richters zu den Juni-Morden 1934*, in «Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte», n. 5, 1957, Heft 1, p. 103.
- ⁵⁰ Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* cit., p. 463; Bennecke, *Die Reichswehr und der "Röhm-Putsch"* cit., pp. 86 ss.
- ⁵¹ Cfr. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* cit., p. 467. La corte quindi confermava implicitamente la preoccupazione di Hitler, ovvero l'impossibilità di ricondurre tutti gli eventi determinatisi tra il 30 giugno e il 2 luglio del '34 sotto la matrice comune della *Staatsnotwehr*. Nelle pagine seguenti (pp. 468-469) Gruchmann riporta anche dettagliatamente il seguito del processo, ovvero la decisione di non precedere con la revisione del processo da parte del *Reichsgericht* e l'avvio della richiesta di grazia (le pene per i tre imputati riconosciuti colpevoli erano state di cinque, due e un anno di reclusione). Pochi mesi dopo, grazie all'interessamento di Himmler che contattò lo stesso Hitler, smentendo la stessa Corte di Breslau, e riconoscendo l'operato dei tre come un servizio reso al Führer, a due dei tre imputati, quelli con le pene più consistenti, fu permesso di scontare solo metà della pena. Himmler, che avrebbe preferito una liberazione immediata, si scontrò così con Görtner che, al contrario, difendeva l'opera-

to della Corte e non accettava la scriminante del motivo politico. Ma alla fine prevalse Himmler, di cui Hitler accettò le richieste. Ecco perché Gruchmann afferma: «[Mit dem Prozess] wollte Görtner dem außernormativen Maßnahmenstaat einen deutlichen Grenzpflock stecken: konnten die gesetzesentbundenen Instanzen für alles "Politische" die Gesetze suspendieren, so sollten sie aber auf diesen Bereich auch beschränkt werden. Das Problem dabei war, daß die Entscheidung darüber, was als "politisch" anzusehen war, nicht rechtlich begründet wurde, nicht mit justitiellen Mitteln und nicht durch die Gerichte erfolgte, sondern durch die politischen Instanzen willkürlich selbst getroffen wurde», ivi, p. 470.

- ⁵² H. Göring, *Rede vor Generalstaatsanwältin und Oberstaatsanwältin Preußens am 12. Juli 1934 über die Morde an den SA-Führer*, in *Dokumente zur deutschen Geschichte 1933-1935*, Hrsg. von W. Ruge, W. Schumann, Berlin, VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1977, p. 87.
- ⁵³ Reitter, *Franz Görtner. Politische Biographie eines deutschen Juristen 1881-1941* cit., p. 166.
- ⁵⁴ C. Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 135-136.
- ⁵⁵ A questa domanda c'è ovviamente una risposta fondata sulla relativa limitatezza del potere di Hitler nell'estate del 1934 e, quindi, alla necessità di dover spiegare quanto commosso: la legge del 3 luglio paleserebbe una sorta di debolezza del regime, ancora incapace di imporre una propria volontà come automaticamente efficace sul piano giuridico perché legittima. Ma questa risposta legata a fattori contingenti non può essere sufficiente alla filosofia e alla teoria generale del diritto.
- ⁵⁶ Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im*

Dritten Reich cit., p. 136.

- ⁵⁷ R. Freisler, *Der Führers Tat und unsere Pflicht*, in «Deutsche Justiz», n. 27, 1934, pp. 850-851. Costituisce un ottimo spunto introduttivo per lo studio di Roland Freisler l'articolo di Uwe Wesel, *Drei Todesurteile pro Tag*, comparso il 3 febbraio 2005 su *Die Zeit*, disponibile in internet: <<http://www.zeit.de/2005/06/A-Freisler>>.
- ⁵⁸ Freisler, *Der Führers Tat und unsere Pflicht* cit., p. 850.
- ⁵⁹ *Ibidem*.
- ⁶⁰ *Ibidem*.
- ⁶¹ Sono estremamente efficaci le parole di Carlo Lavagna (redatte per definire il sistema di Karl Larenz): «La collettività [...] viene immaginata naturalmente (politicamente) composta di una "guida politica" (*Führung*) e di un seguito (*Gefolgschaft*): la prima quindi non è creata dal diritto, ma a questo legata, in quanto solo per mezzo di un organismo giuridico può esercitare le sue funzioni di direzione. In sostanza è nel Führer che lo Spirito giuridico del popolo si trasforma in volontà collettiva», cfr. C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 56. Questo testo è il primo contributo ad un'analisi complessiva delle teorie giuridiche nazionalsocialiste e, per quanto inevitabilmente invecchiato, esso si confronta criticamente con le tesi tedesche e rappresenta un ottimo punto di partenza per chi si accosta a questi studi.
- ⁶² «[...] daß vielmehr Nationalsozialismus all das und nur das ist, was der Führer verlangt», Freisler, *Der Führers Tat und unsere Pflicht* cit., p. 851.
- ⁶³ R. Freisler, *Staatsnotwehr im Lichte des Nationalsozialismus*, in «Deutsche Justiz», n. 23-24, 1935, pp. 856-857.
- ⁶⁴ Ivi, p. 857.
- ⁶⁵ *Ibidem*.
- ⁶⁶ C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», n. 15, 1934, pp. 945-

- 950.
- ⁶⁷ Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940* cit., p. 453.
- ⁶⁸ Sulle novità che assume in questa fase il potere del Führer e che lo distingue dalla dittatura sovrana classica, cfr. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* cit., p. 222.
- ⁶⁹ E.R. Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt*, in «Deutsche Juristen Zeitung», n. 15, 1934, pp. 950-960. Huber è noto nella Germania Federale per il suo monumentale studio sulla *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Zweite Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 1975-1990, in otto volumi. Laureatosi a Bonn nel 1926 fu uno dei giovani studiosi che cominciò a collaborare con Carl Schmitt, Aderi al partito nazista nel maggio del '33: divenuto docente a Kiel, ebbe modo di prendere parte, insieme, tra i tanti, a Karl Larenz, alla cd. *Kieler Schule*, attivissima nel progetto della *Rechtserneuerung* nazionalsocialista. Dopo la guerra scontò un breve periodo di *Entnazifizierung*, ma già dal 1952 tornò attivo nell'università di Friburgo, inizialmente occupandosi solo di storia costituzionale, poi anche di *Wirtschaftsrecht*, che sin dai suoi studi giovanili aveva rappresentato un altro campo di interesse e di ricerca.
- ⁷⁰ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* cit., p. 946.
- ⁷¹ Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt* cit., p. 950 e continua: «Jede Trennung und Aufteilung der Staatlichen Gewalt ist mit den nationalsozialistischen Staatsgedanken unvereinbar». Per approfondire questi aspetti nell'opera di Huber, si può fare anche riferimento ad un suo testo 'classico', Id., *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Zweite, stark erweiterte Auflage, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939, e in particolare pp. 230 ss.
- ⁷² Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt* cit., p. 959.
- ⁷³ Ancora E.R. Huber «Der nationalsozialistische Staat braucht die begriffliche Unterscheidung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nicht in Frage zu stellen [...]. Der nationalsozialistische Staat ist im Unterschied zu diesen Staatstypen [Exekutivstaat oder Justizstaat] ein Führerstaat. Die Einheit des Staatsgewalt wird nicht durch die Vorherrschaft einer der drei Gewalten hergestellt, sondern durch die politische Führungsgewalt, aus der alle einzelnen Staatsfunktionen hervorgehen», ivi, pp. 954, 955. E ancora: «Der Führer vereinigt in sich alle hoheitliche Gewalt des Reiches; alle öffentliche Gewalt im Staat wie in der Bewegung leitet sich von der Führergewalt ab. [...] Die im Weimarer Staat gegebene „Teilung der Gewalten“ ist im völkischen Reich durch die *Einheit der Führergewalt* überwunden worden», cfr. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* cit., pp. 230-231.
- ⁷⁴ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* cit., p. 947.
- ⁷⁵ *Ibidem*. Correttamente, quindi, è stato scritto che: «La norma e la decisione, secondo il costituzionalista tedesco, non producono l'ordine giuridico ma lo presuppongono», cfr. M. La Torre, *La «Lotta contro il diritto soggettivo». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 43-44. Si legga, inoltre, il riferimento di Huber: «Das Recht [ist] aber auch keine bloßes Mittel des Staates [...]. Das Recht ist vielmehr die in der völkischen Idee begründete Ordnung des Gemeinschaftslebens; es ist völkisches Recht, Volksrecht», E.R. Huber, *Die Totalität des völkischen Staates*, in «Die Tat», I, 1934, p. 41.
- ⁷⁶ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* cit., p. 948. Ma poco prima si legge: «Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus die-
- ser Quelle zufließt» p. 947. Interessante è anche il riferimento di Huber: «Diese Entscheidung [des Führers] wird gerecht sein, da Gerechtigkeit nicht eine über-völkische und überstaatliche, abstrakte Idee, sondern die Sachgerechtigkeit und Vernünftigkeit im Hinblick auf Volkstum und Staat bedeutet», Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt* cit., p. 958.
- ⁷⁷ Hofmann, *Legitimität gegen Legalität* cit., pp. 221-212.
- ⁷⁸ Ivi, p. 212.
- ⁷⁹ In questo modo, quindi, il fondamento del diritto non è più una semplice volontà, presupposto della critica di Schmitt al positivismo. Interessante è a questo punto verificare se la dimensione *naturalistica* del popolo sia in grado di limitare la decisione politica del Führer. Sembrebbe di poter rispondere affermativamente e cioè di imbrigliare l'aspetto decisionistico in un dato oggettivo e naturale. Al contrario, è opinione di chi scrive che, in ultima istanza, proprio in virtù della dimensione *ideologica* dell'argomento razziale, contrariamente all'impostazione avanzata da Schmitt, la decisione sia sempre prevalente rispetto alla concretezza, persino alla natura, dell'ordinamento.
- ⁸⁰ Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt* cit., p. 956.
- ⁸¹ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* cit., p. 948.
- ⁸² Ivi, p. 949. E ancora, similmente, Huber: «Das lebendige völkische Recht wird im Volke in erster Linie durch den Führer verwirklicht, und der rechtsprechende Richter des neuen Reiches ist notwendig dem Führerwillen, der eben Ausdruck des höchsten Recht ist, untergeordnet», Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* cit., pp. 278-279.
- ⁸³ Operazione resa possibile da un plebiscito popolare (19 agosto 1934) che si esprime per l'unificazione delle due cariche.
- ⁸⁴ Si tratta di un discorso di Himm-

ler del 4 ottobre 1943, con il quale il capo delle SS parlava delle ragioni per procedere con la *soluzione finale*. Il testo è disponibile in rete all'indirizzo <<http://www.nationalsozialismus.de/dokumente/texte/heinrich-himmler-posener-rede-vom-04-10-1943-volltext.html>>. «Genau so wenig, wie wir am 30. Juni 1934 gezögert haben, die befohlene Pflicht zu tun und Kameraden, die sich verfehlt hatten, an die Wand zu stellen und zu erschießen, genau so wenig haben wir darüber jemals gesprochen und werden je darüber sprechen».

⁸⁵ Per un'analisi della *Staatslehre* tedesca negli anni '30, si faccia riferimento a M. Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994 e, soprattutto, al saggio ivi contenuto *Im Bauch des Leviathan – Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus*, pp. 126-146.

⁸⁶ Schmitt, *Stato, movimento e popolo* cit., p. 294.

⁸⁷ Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt* cit., p. 955, ma dello stesso

autore si può fare riferimento anche *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, pp. 81 s.

⁸⁸ Schmitt, *Stato, movimento e popolo* cit., p. 307. Sul rapporto tra *Führung* e razza si legga anche E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, pp. 37-38.

⁸⁹ Cfr. ad esempio O. Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935, p. 130. Ad insistere su questo punto è particolarmente Reinhard Höhn nella sua lettura critica dei testigkiani, cfr. R. Höhn, *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Rechtssystem des 19. Jahrhunderts*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1936, pp. 69 s.

⁹⁰ H. Rottleuthner, *Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in Id. (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr.

18, Wiesbaden, Steiner, 1983, p. 29. L'autore ritiene, poi, che questa impostazione ideologica produca: «[...] einen Beitrag zur Sicherung der Konformität durch Verunsicherung». La totale oscurità delle fonti e l'insicurezza sulla loro gerarchia – come pure la confusione sui soggetti chiamati a intervenire (polizia, SS, funzionari del partito...) – determinò una situazione di incertezza e di disorientamento che divenne un dato strutturale della riflessione giuridica nazionalsocialista e della stessa pratica giuridica (ivi, pp. 30-31).

⁹¹ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione* cit., p. 75: «Ma quello che Schmitt non poteva in nessun caso accettare era che lo Stato di eccezione si confondesse integralmente con la regola».

