

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO
Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI
Paolo Ridola e la forma di governo
- 587 MASSIMO SICLARI
Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI
Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dottrina e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA
Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo
- 621 CESARE PAGOTTO
Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI
Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI
La rappresentanza politica nella forma di governo
- 691 RENATO IBRIDO
Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare
- 709 FULCO LANCHESTER
Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale
- 727 ELEONORA RINALDI
Brevi note su libero mandato e forma-partito
- 741 ELENA TASSI SCANDONE
Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAIITTO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

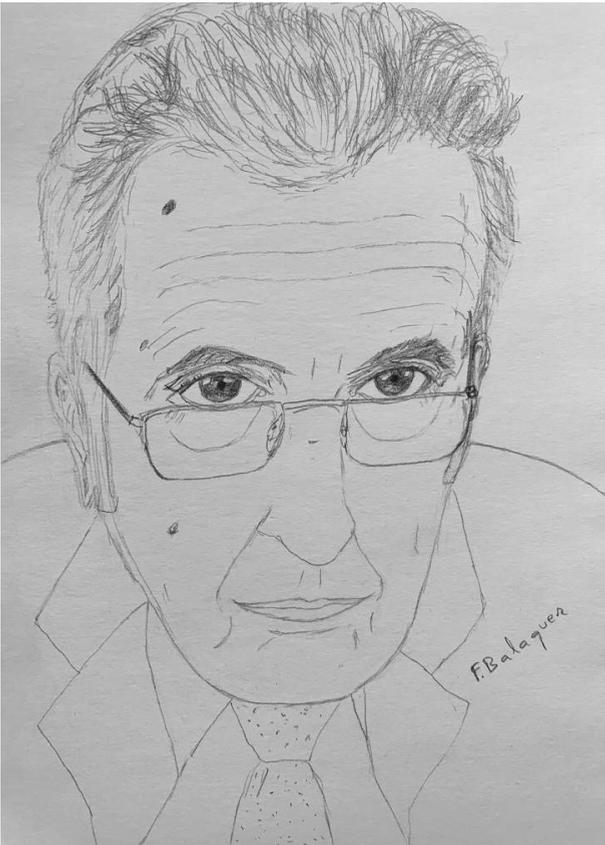
RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA



LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

L'interpretazione dei diritti e delle libertà costituzionali è stata condotta da Paolo Ridola con sguardo strabico: rivolto da un lato alla società, dall'altro alle prerogative del potere. In fondo, sin dai suoi primi studi sulle libertà associative, ma anche quelli sui partiti politici, emerge chiaramente l'idea che nelle democrazie pluraliste tanto i diritti quanto le libertà devono trovare i loro strumenti di integrazione entro lo Stato costituzionale. Una prospettiva che è certamente il frutto anche della particolare attenzione rivolta alla specifica esperienza costituzionale tedesca. È questa prospettiva – io credo – che ha reso immune la ricostruzione di Ridola dal vizio delle interpretazioni individualiste ed antistataliste che spesso fuorviano le riflessioni su diritti e libertà. Certo, l'esperienza costituzionale tedesca, ancor più nel pensiero della dottrina dominante nel corso degli ultimi due secoli, fornisce un quadro sin troppo statalista, in cui le libertà rischiano di essere, anziché integrate nello Stato costituzionale, direttamente assorbite nello *Staatsrecht*, con una torsione autoritativa che è caratteristica della costruzione dello Stato liberale in Germania. V'è dunque la necessità di una presa di distanza e di un "riequilibrio" in chiave pluralista dei tratti dello Stato liberale. Ma proprio questo è un risultato che può essere il frutto di una lettura critica interna a quell'esperienza. A questa lettura Paolo Ridola ha da ultimo rivolto il suo sguardo più sistematico e maturo nel bel libro *Stato e Costituzione in Germania* (Giappichelli, 2016), da cui qui prendiamo le mosse.

È esaminando il ruolo dei *costruttori di regime* (Laband in Germania, Orlando in Italia) che può comprendersi la reale portata ideologica del sistema delle libertà costituzionali edificato alla fine del secolo XIX e agli inizi di quello successivo. Il proposito dichia-

* Queste brevi note prendono spunto dalle riflessioni di Paolo Ridola sulla storia della dottrina tedesca svolte in molte occasioni, da ultimo nel suo *Stato e Costituzione in Germania* (Giappichelli, 2016).

rato era quello di affermare, attraverso un metodo rigorosamente scientifico, la supremazia del diritto e con esso dello Stato sulle libertà individuali. Una superiorità che si voleva al di sopra dello scontro delle forze reali, al fine di ridurre ad unità la divisione pluralistica della società. Una priorità della sfera pubblica su quella privata che era certamente in grado di contrastare l'individualismo esasperato e disgregativo, ma che aveva in sé anche una decisiva torsione autoritaria.

Al fondo di tale atteggiamento culturale vi era la piena consapevolezza “politica” di questi giuristi di dover sostenere gli assetti istituzionali in costruzione (prima Laband in Germania, poi Orlando in Italia). Ciò li portò a rimuovere ogni legame con la tradizione passata considerata estranea allo spirito del tempo nuovo: fu parallela la critica labandiana in Germania e orlandiana in Italia alla dottrina precedente, troppo incline allo studio dei principi storici, sociali, politici degli istituti giuridici, con l'indicazione di un necessario ricupero di un metodo “puramente giuridico”. Il costo di un simile approccio fu una chiusura dogmatica, una ortodossia che finì per consolidare il “nuovo” diritto entro lo Stato, ma privandolo dell'apertura alle esperienze giuridiche e alla realtà sociale. Come ebbe a scrivere Paolo Riddola con riferimento all'opera di Paul Laband, questi studiosi finirono per operare “da copertura delle contraddizioni del Reich”. Fu questo il limite dei pur grandi giuristi che edificarono il regime, tanto in Germania, quanto in Italia. Essi finirono infatti per trascinare il diritto verso un completo isolamento. Occultando il conflitto sociale essi si allontanarono progressivamente dalla realtà, da ogni manifestazione della vita sociale. Disarmati di fronte all'irrompere del pluralismo sociale.

Ma quel che più importa rilevare sono i moti, lenti e controversi, che portarono tanto in Germania quanto in Italia alla riscoperta della realtà e del conflitto. Autori come Otto von Gierke o Georg Jellinek in Germania, Santi Romano in Italia mostrarono una inaspettata capacità di rinnovamento ed apertura della dottrina giurispubblicistica alla società ed alla storia. È vero che la difficile riscoperta della realtà e del conflitto non fu lineare, anzi a volte decisamente ambigua. Non può negarsi però che fu anche – forse soprattutto – grazie a Gierke che in Germania si tornò a guardare alla

tradizione della scuola storica e si cominciò a contrastare la “rigorosa oggettività” imposta dal metodo labandiano. Così come può dirsi per l’Italia, ove fu la scoperta dell’istituzionalismo romaniano che impose di prestare attenzione alla realtà dei fatti, incrinando in tal modo la tecnicità autoreferenziale del metodo orlandiano.

Ciò non portò ancora ad accettare il conflitto come tale o a ritenere legittimo, integrandolo entro un sistema di democrazia *pluralista e conflittuale*. Semmai produsse un equivoco “pluralismo organico”. In una prospettiva, cioè, di integrazione tra individuo e diritto, tramite la scoperta dogmatica della centralità dello Stato. In una prospettiva, direbbe Paolo Costa, di natura “statocentrica”. È in questo contesto che appare e poi si afferma la dottrina che più e meglio di ogni altra ha segnato il costituzionalismo tedesco, riconducibile con un po’ di sforzo entro la generale cornice della teoria dell’integrazione. In realtà, ancora a lungo i giuristi tedeschi furono fortemente condizionati dalla necessità di sostenere il processo di unificazione e affermazione dello Stato. Esempio di questa permanente torsione statualista è stata la convergenza tra gli studi di dottrina dello Stato e quelli di dottrina del diritto, che hanno trovato una sintesi – tendenzialmente autoritaria – nella dottrina della costituzione.

Quel che vorrei sottolineare è però un aspetto particolare. Non credo si possa dire, né con riferimento alla Germania, ma neppure considerando la parallela evoluzione in Italia, che la dottrina giuridica – almeno nel suo complesso – fosse inconsapevole della rottura determinata dall’affermarsi dello Stato pluralista nel secolo XX. Può anzi affermarsi che proprio tale consapevolezza indusse a porre al centro del sistema non l’individuo, ma lo Stato; non i diritti soggettivi, bensì solo il loro “riflesso”, alla fine sempre recessivi di fronte alla autorità statale. Una costante che unifica e spiega sia la declinazione autoritaria del liberalismo tedesco sia il suo approdo entro il campo teorico del decisionismo schmittiano.

Vero è che non tutti si piegarono alle logiche statocentriche, e Weimar si conferma un magico laboratorio che tutto sperimenta. Ciò non toglie, a mio avviso, che tra Stato e società, tra autorità e conflitto, si ebbe uno sbilanciamento a favore dei primi termini, che ha attraversato, a volte in modo sotterraneo a volte in termini espliciti,

l'intera dottrina del Novecento in Germania (non diversamente avvenne in Italia, sebbene attraversata da una maggiore debolezza e minore consapevolezza teorica). Di questa sostanziale egemonia di metodo e approccio culturale ne è riprova il fatto che quando un raffinato e partecipe studioso della storia e del pensiero tedesco come Paolo Ridola vuole indicare un autore che si sottrae alla unidimensionalità statualista, che sia in grado di afferrare una dimensione autonoma della vita intellettuale, sia indotto a pensare non ad un giurista, bensì ad un letterato: quel controverso ed amato Thomas Mann delle *Considerazioni di un impolitico*.

Credo sia questo uno spunto assai interessante e che dovrebbe essere attentamente sviluppato, poiché potrebbe spiegare molto dell'attuale stato della riflessione teorica di diritto costituzionale in Germania (ma anche in Italia). Dovremmo cioè interrogarci sul perché nella Germania del primo dopoguerra la denuncia e l'insofferenza, nonché la ricerca di un superamento delle centralità e dominio dello Stato sui diritti delle persone, fu perlopiù opera della cultura non giuridica: Thomas Mann, ma anche, su fronti assai diversi, Bertold Brecht, ovvero lo stesso espressionismo, ma anche il nichilismo. Anche in Italia, in fondo, se si pensa all'opera dei non giuristi che hanno riflettuto sui rapporti tra individuo e Stato (da Benedetto Croce ad Antonio Gramsci) si comprendono meglio le difficoltà della cultura giuridica nella sua riflessione sullo Stato, che condannava tutte le situazioni soggettive ad una necessaria minorità nei confronti dell'autorità. In fondo, proprio quel "grande e geniale inganno" (come l'ebbe a definire Giorgio Berti) che fu l'invenzione dell'interesse legittimo, almeno per come fu presentato nella dottrina amministrativistica italiana prevalente (Oreste Ranelletti prima, Guido Zanobini dopo), ne costituisce la più evidente dimostrazione.

Ma qui forse può registrarsi anche una differenza tra la storia del pensiero giuridico tedesco e quella italiana. Alla prova dei fatti, infatti, si dimostra più chiusa nel suo dogmatismo la prima, più eclettica, invece, la seconda. Una maggiore difformità della scienza giuridica italiana che è stata a lungo occultata, compressa da un *metodo giuridico* – quello "orlandiano" – che è valso come copertura ideologica e di auto-riconoscimento del ceto dei giuristi, ma che non ha invece operato sul piano della effettiva omogeneità di studi e di prospettive d'indagine.

È così che, nel nostro Paese, l'istituzionalismo prima, le teorizzazioni legate ai variegati filoni dell'esperienza giuridica, della storicità del diritto, del positivismo critico maturarono via via entro la scienza giuridica, nonostante un'apparente unità di scuola e di metodo. Tra questi Santi Romano, Giuseppe Capograssi e Riccardo Orestano furono coloro che introdussero, ciascuno a suo modo, la vita, la storia, l'esperienza degli uomini dentro il diritto. Un diverso modo di pensare al diritto, dopo quello formale e astratto di Vittorio Emanuele Orlando, il principale costruttore dello Stato liberale e della scienza giuridica nazionale.

I rapporti tra fatti e storia, tra vita e diritto, tra libertà e autorità sono sempre stati assai controversi e mai risolti nel pensiero dei giuristi. In particolare, coloro che edificarono il diritto pubblico nazionale – sia in Germania, sia in Italia – sfuggirono da ogni confronto con la dimensione propriamente giuridica del conflitto: è questo uno dei tratti distintivi che vale a contrassegnare tanto l'autoritarismo della costruzione dello Stato liberale in Germania, quanto la debolezza del modello liberale italiano. In caso, deve segnalarsi come in Italia – più che in Germania – la progressiva consapevolezza di dovere fare i conti con le complesse dinamiche sociali e la necessità di assegnare al diritto un ruolo importante per la gestione dei conflitti si imposero in via di fatto, introducendosi quasi furtivamente, tra i varchi e le aperture che i fatti e l'esperienza giuridica imponevano ai giuristi. Vorrei dire cioè che se i giuristi guardavano alla società era per ricondurre questa alle norme, alle regole, forse anche all'autorità dello Stato (si pensi alla ricostruzione effettuata da Romano degli ordinamenti giuridici e al compito che assegnava all'"organizzazione" per ricondurre i fatti al diritto), ma ciò non toglie che non ci si poté più sottrarre allo studio del rapporto tra potere e diritti dei singoli o dei gruppi.

Certo, anche in Germania ben presto irrompono due questioni, che faranno cambiar volto alla scienza giuridica, immettendo in essa una dose elevata di realismo. La questione democratica e quella della tutela dei diritti fondamentali. Due prospettive tra loro strettamente intrecciate, che andarono, entrambe, a conformare lo Stato costituzionale.

La questione democratica deflagra, in modo addirittura scomposto, a Weimar. Una società lacerata da spinte contrastanti che non trovarono una forma di stabilizzazione entro le istituzioni e nello Stato. Ma furono proprio le difficoltà a governare il conflitto estremo che indusse la dottrina più reattiva e sensibile alle trasformazioni ad elaborare nuove teorie in grado di coniugare la prospettiva della democrazia rappresentativa con quella della democrazia plebiscitaria; a porre la questione della democrazia economica; a cercare di ricondurre il pluralismo ad unità superando il dogma della sovranità della persona statale e l'impalcatura dello *Staatsrecht*.

Una discussione segnata da un alto tasso di conflittualità e divisione, forse anche da "improvvisazione" (è Paolo Ridola ad aver definito quella weimariana una "democrazia improvvisata"), eppure essa impose di affrontare un aspetto decisivo per ogni democrazia, anzi per ogni tipo di regime politico o forma di Stato. La questione del *consenso*.

Le risposte furono radicalmente diverse. Il pensiero conservatore fu portato ad immaginare una "democrazia senza necessità di consenso". Almeno senza un consenso ottenuto tramite le forme tradizionali della rappresentanza politica. Questa prospettiva si articolò in percorsi di pensiero tutti assai critici nei confronti del Parlamento, individuato come la principale causa della debolezza dell'esperienza weimariana, puro teatro della divisione pluralistica della società, incapace di produrre quell'unità – ovvero una qualsiasi altra sintesi – necessaria per garantire la sopravvivenza della repubblica. Nelle versioni più radicali – quelle di maggior forza teorica – la critica giunse ad analisi distruttive, di delegittimazione definitiva (non solo "storica", ma anche "spirituale") del parlamentarismo, sostituito da un sistema di rappresentanza alternativa, quella di natura identitaria, che operava in base ad un processo di forte verticalizzazione dei rapporti di potere. La forma di governo più conseguente di questa impostazione è rappresentata dal presidenzialismo plebiscitario, ove il "capo" doveva essere considerato legittimato ad assumere in ogni caso la decisione ultima. Corollario di tale impostazione era la convinzione che la capacità di governo rappresentasse il valore supremo, che dovesse prevalere su ogni tipo di divisione sociale. Un sacrificio della rappresentanza reale e una chiusura entro una nuova teoria

della supremazia dello Stato di fronte alle divisioni della società. Una risposta conservatrice che venne assunta in forme e con dinamiche (anche politiche) assai diverse: tra Weber e Schmitt.

Al problema del consenso – e del conflitto sociale – fu data anche un'altra risposta. Quella – rimasta minoritaria, ma non per questo superata – che fu fornita, ad esempio da Hermann Heller, il quale, impegnandosi a definire una nuova dottrina dello Stato, torna a pensare alla struttura sociale entro una dimensione storica, riuscendo a fuoriuscire – finalmente – dagli indirizzi organicistici dominanti in Germania, almeno dai tempi di Laband.

Un “salto” teorico di grande portata. È con la riflessione helle-riana che si riesce a strappare il velo dell'ipocrisia della dogmatica giuspubblicistica dominante, riuscendo a guardare finalmente in faccia al vero problema della democrazia dei moderni al tempo del pluralismo: un tipo di democrazia che deve necessariamente fare i conti con una struttura antagonista e conflittuale della società.

Personalmente ritengo che l'opera di Heller sia rimasta incompiuta e non solo per la scomparsa prematura dell'autore. Ciò che finisce per prevalere è la parte critica (la rottura rispetto all'epistemologia corrente), mentre incompiuta appare la riflessione più sistematica e ricostruttiva. Ciò non toglie però che quella indicata sia un'altra via rispetto a quella corrente e sino ad allora dominante in Germania.

Un terzo filone di pensiero può essere indicato. Quello che alla fine in Germania è prevalso, concluso il dominio del decisionismo. Quell'indirizzo che ha elaborato una solida teoria dell'integrazione con il suo primo e maggior esponente Rudolf Smend. Una prospettiva che si colloca al centro del pendolo: distante dalle concezioni schmittiane o weberiane della democrazia del capo, ma anche lontana dalle concezioni antagoniste e conflittuali alla Heller. In sintesi, potremmo dire che con Smend si ha consapevolezza della necessità di conseguire un consenso reale nelle democrazie pluraliste, non però in chiave antagonista, bensì in una prospettiva di sostanziale organicismo. Una terza via perché riconosce e segue il conflitto sociale e non vuole occultarne la realtà della divisione sociale, ma pretende di renderla organica al potere, interna ad essa.

Fu essenzialmente su questa base di dottrina dello Stato che si pose anche l'altra grande questione, quella della tutela dei diritti fondamentali. Una vicenda non priva di ambiguità, che inevitabilmente finì per intrecciarsi sul piano dogmatico con la visione complessiva dello Stato e l'interpretazione del conflitto sociale che si sviluppava in essa. Secondo Paolo Ridola "la concezione integrazionista dei *Grundrechte* avrebbe fatto scolorare le ragioni del conflitto dell'opposizione, del dissenso, che sono un fattore irrinunciabile della vitalità di un assetto che si fonda sul 'principio di libertà', per riassorbirle nel più rassicurante contemperamento dei valori costituzionali". Questo può essere indicato come l'obiettivo di chi punta – ancora oggi – ad un'armonizzazione organica dei conflitti in una cornice di rispetto dei diritti fondamentali. Mi chiedo, però, quale sia stato il costo sul piano dogmatico di questa pretesa armonizzazione.

Non credo si sminuiscano la portata storica o i pregi teorici e culturali che le teorie dell'integrazione hanno accumulato nel corso del tempo se ci si interroga sui limiti di tale metodo. Non vi è dubbio infatti che lo Stato costituzionale pluralista non può fare a meno di integrare i diritti al suo interno. Ciò non toglie però che non solo Smend, ma ancor più i suoi successori e le prospettive ad esse collegate (da Häberle sino ad Habermas), siano portate a sottovalutare la reale dimensione *fattuale* del conflitto, la incidenza propriamente politica che si riflette nel diritto e nelle costruzioni di una teoria dei *Grundrechte*. Appare giusta, ma monca, parziale, l'enfasi del fondamento etico necessario per la costruzione delle garanzie e il rispetto dei diritti fondamentali entro lo Stato pluralista. Basta accontentarsi della sostanziale identificazione della dottrina della costituzione come scienza della cultura da sviluppare entro un recinto ideale di una società aperta degli interpreti? Così come ci si deve interrogare se sia realistico limitarsi a sottolineare il "principio di responsabilità", l'etica del discorso, la centralità della sfera pubblica per poter assicurare il rispetto dei diritti fondamentali.

Non si può dubitare che il dialogo, la cultura, l'etica siano alla base del costituzionalismo moderno e si pongano a fondamento di una dottrina costituzionale democratica e non statocentrica. Non credo neppure si debba sottovalutare il ruolo che queste categorie riflesse abbiano in concreto esercitato per allontanarsi dall'autorità

rismo della prima dottrina giuspubblicistica, quella dei “costruttori di regime”, in Germania così come in Italia. Ritengo che ancor oggi le prospettive etiche e culturali possano rappresentare un importante antidoto e una necessaria indicazione di apertura alle dinamiche sociali utile al diritto e alla sua scienza, di fronte alle prospettive identitarie oggi rinate spesso sotto forma di un improvvisato neo-populismo giuridico. Mi chiedo solo se ci si debba limitare a questo orizzonte, ovvero non sia necessario affiancare al *realismo etico e culturale* anche un *realismo democratico e conflittuale*.

Riprendere magari la lezione interrotta di Heller e il suo invito a pensare ad un diritto come scienza della realtà. Una prospettiva che riconduca la scienza giuridica a diventare strumento di *lotta* per i diritti fondamentali; affinché siano questi a conformare lo Stato e non viceversa.

Si tratterebbe in fondo di affrontare con consapevolezza il nodo che ha legato e continua a legare la riflessione giuridica, costituzionale e culturale moderna e che – a me sembra – ancora nessuno è riuscito a sciogliere. Forse semplicemente perché le questioni di fondo non possono essere mai risolte. Ciò però non impedisce – anzi impone – di affrontarle con consapevolezza e capacità. Dovremmo porre cioè la questione del conflitto e dell’antagonismo come carattere proprio ed ineliminabile (per questo irrisolvibile) delle società democratiche pluraliste.

Abstracts

Il saggio ripercorre le principali evoluzioni della giuspubblicistica italiana e tedesca in materia di libertà e di diritti, evidenziando il diverso atteggiarsi degli in stessi rispetto al percorso di edificazione dello Stato liberale, prima, e dello Stato costituzionale poi. L’Autore, in particolare, rileva come all’interno di un simile percorso la reale portata fattuale del conflitto nella società tenda a rimanere – a volte più, a volte meno – strumentalmente sullo sfondo delle varie ricostruzioni, sottolineando come il costituzionalismo moderno imponga, invece, di guardare al diritto come scienza della realtà, dell’antagonismo e di lotta per i diritti fondamentali.

The essay retraces the main developments in Italian and German Public Law in the field of freedoms and rights, highlighting the

different ways in which the same ones have been interpreted in the construction of the liberal State, before, and of the constitutional State then. More specifically, the Author points out that within such process the real factual scope of the conflict in the society tends – sometimes more, sometimes less – instrumentally to remain in the background of those interpretations, underlining how modern constitutionalism requires, instead, to look at the Public Law as a science of reality, antagonism and struggle for fundamental rights.

Finito di stampare
nel luglio 2020
PL Print - Napoli