

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

6

2015



JOVENE EDITORE

SAGGI

Itinerari della *deutsche Reise* dei giuspubblicisti italiani: tra Weimar e *Grundgesetz*

Paolo Ridola

SOMMARIO: 1. I costituzionalisti italiani e Weimar. – 2. Il giudizio sulla Costituzione di Weimar. – 3. *Verfassungsrecht* e *Verfassungswirklichkeit*. L'esperienza weimariana nell'interpretazione della Costituzione repubblicana. – 4. *Staatsrecht* e *Verfassungsrecht*. Suggestioni weimariane nella riflessione teorica dei costituzionalisti italiani. – 5. La «costituzione in senso materiale» di Costantino Mortati: dal «partito unico» al «pluralismo ordinato». – 6. Il rapporto tra *Freiheit* e *Gleichheit*. La *Wirtschaftsverfassung* weimariana ed il governo del conflitto sociale. L'unità nelle «contrapposizioni frontali». 7. La comunicazione tra «esperienze» costituzionali come problema di comparazione tra culture. – 8. Il *Grundgesetz* tedesco e la Costituzione italiana nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra. – 9. Le basi della democrazia pluralistica: gli *Strukturprinzipien* del *Grundgesetz* e l'ispirazione della Costituzione repubblicana. Dignità dell'uomo e diritti fondamentali. – 10. Democrazia di partiti e parlamentarismo razionalizzato. Divisione orizzontale e verticale dei poteri. – 11. Costituzione come *Wertordnung*, *Abwägung* e giudizio di ragionevolezza. La riserva di legge. Il principio di costituzionalità e le sfide dello «stato costituzionale aperto».

1. *I costituzionalisti italiani e Weimar*

Il tema dei rapporti della scienza giuridica italiana, e di quella costituzionalistica in particolare, con la Germania è stato oggetto di rivisitazioni frequenti e di ricerche puntuali (v. almeno gli scritti di M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, voll. 2, Milano, 2001), suscitate dalla mole e dalla intensità dei rapporti fra la cultura giuridica italiana e quella tedesca, sviluppatasi in un arco temporale ampio che ha abbracciato esperienze costituzionali e indirizzi metodologici differenti. Potrebbe dirsi, per la scienza giuridica italiana, o almeno per tanti dei suoi protagonisti, quel che Benedetto Croce ebbe a scrivere di sé in una lettera Thomas Mann del 1931, a proposito del giudizio molto duro espresso nella *Storia d'Europa nel secolo XIX* sulla vita politica e culturale della Germania guglielmina: «ma pensi che io mi sono educato nei libri e nel pensiero tedesco, e che molte delle mie critiche sono critiche a me stesso, alle mie idee di un tempo. E ormai tutti abbiamo fatto e facciamo il nostro *esame di coscienza*» (cfr. B.

CROCE, *Lettera a Thomas Mann*, 6 dicembre 1931, in B. CROCE, T. MANN, *Lettere 1930-1936*, a cura di E. Cutinelli Rendina, Napoli, 1991, 5). E certo, per tanti giuristi italiani scrivere sulle grandi correnti della *Rechtswissenschaft* tedesca o sui passaggi centrali della esperienza costituzionale tedesca è stato un po' come fare dell'auto-biografia.

In questa vicenda culturale, un momento centrale è stato sicuramente rappresentato da quel grande laboratorio della cultura europea del Novecento, del rinnovamento della scienza giuridica e di idee guida del costituzionalismo democratico del Novecento, sviluppatosi in Germania nella breve esperienza della Repubblica di Weimar. Nell'interesse dei giuristi italiani per Weimar si intersecano profili diversi, che abbracciano le grandi correnti della filosofia tedesca dei primi tre decenni del Novecento, dal neokantismo alla fondazione delle scienze dello spirito all'ermeneutica, dalla fenomenologia all'esistenzialismo, così come gli indirizzi metodologici ed i protagonisti delle scienze sociali e della cultura giuridica. Se già questi accenni rapidissimi sono sufficienti a mettere a fuoco la complessità del confronto con la esperienza della Germania negli anni della Repubblica, il quadro risulta particolarmente intricato per la scienza costituzionalistica. Fondata nel 1922 a Berlino, nei primi anni della Repubblica, su iniziativa di Triepel, Anschütz e Stier Somlo, la *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* si sarebbe affermata sin dall'inizio non solo come un fondamentale luogo di incontro dei giurispubblicisti delle università di lingua tedesca, ma soprattutto come un fattore costitutivo della loro identità culturale, del loro *Selbstverständnis* e del riconoscimento pubblico del loro ruolo sociale (sulla storia della *Vereinigung* v. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, 2002, 186 ss.). L'appartenenza alla *Vereinigung* di studiosi svizzeri ed austriaci si rivelò peraltro non soltanto l'effetto di una comunanza linguistica, ma avrebbe attivato processi di comunicazione culturale, divenuti più intensi nel secondo dopoguerra (come ricostruisce ora P. HÄBERLE, *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, Tübingen, 2010, 89 ss., 125 ss.), ma già molto significativi negli anni weimariani, soprattutto grazie al contributo che ad essa diedero figure eminenti della scienza giuridica austriaca e svizzera.

Nel ricostruire le influenze della cultura giuridica weimariana sui costituzionalisti italiani del Novecento, si focalizzerà l'attenzione sul periodo compreso tra l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e la metà degli anni Settanta: assumendo dunque come punto di partenza l'avvio della prima esperienza italiana di democrazia pluralistica, la quale apriva necessariamente al confronto con il laboratorio culturale della prima Repubblica tedesca e scioglieva peraltro il giudizio storico (e soprattutto l'orizzonte di osservazione) dei giuristi italiani dal pregiudizio della torsione della democrazia di massa nello stato totalitario; e come punto di arrivo il completamento (ma si trattò invero piuttosto di un *exploit*) di un programma di traduzioni dei grandi classici weimariani (oltre a Schmitt e a Kelsen, le opere di Smend, Heller, Neumann, Kaufmann, Leibholz), al quale è seguita peraltro una mole notevole di monografie e di letteratura critica. E tuttavia, proprio nel periodo in cui si è dilatata la conoscenza degli autori weimariani, lo sviluppo della dottrina costituzionalistica è apparso indirizzarsi e rinchiudersi sempre più entro i confini di un diritto giurisprudenziale, con la conseguenza che, con poche e peraltro assai significative eccezioni, i giuristi weimariani sono divenuti interlocutori privilegiati piuttosto dei filosofi della politica e del diritto, così come degli storici del pensiero giuridico e politico.

Nella riflessione della scienza giuridica italiana negli anni Cinquanta e Sessanta, il rapporto con l'esperienza costituzionale weimariana è controverso e ricco di chiaroscuri, e imporrebbe pertanto l'esigenza di una ricostruzione analitica. Tanto più che il periodo che ho preso in considerazione copre un trentennio di storia costituzionale e politica che è caratterizzato da faticosi processi di assestamento della forma di governo, delineata dalla Costituzione repubblicana secondo uno schema parlamentare a basso livello di razionalizzazione; dal consolidamento del ruolo egemone del «sistema» dei partiti nel processo politico, destinato a convivere peraltro con una fase accentuata di radicalizzazione del conflitto politico e con la *conventio ad excludendum* nei confronti della maggiore forza politica della sinistra, e per altro verso con la concorrenza crescente delle organizzazioni degli interessi e, dalla fine degli anni Sessanta, dei movimenti e di soggetti non strutturati del pluralismo; da un tormentato itinerario dell'attuazione della Costituzione, e soprattutto del pro-

getto di innovazione in campo economico e sociale prefigurato dall'art. 3 II co. della Carta costituzionale; ed infine dai segnali sotterranei ma ricorrenti, provenienti da settori della pubblica opinione così come da deviazioni degli apparati dello stato e dei servizi, i quali lasciavano intravedere i contorni di una democrazia ancora complessivamente debole, non perché conflittuale ma perché percorsa da tentazioni di involuzione autoritaria. Sullo sfondo, le sfide che la nuova Costituzione, con il suo ricco impianto di principi chiamati a svolgere una funzione pervasiva non solo dell'ordinamento ma di molteplici ambiti della società civile e dei suoi «rapporti di vita», lanciava alla scienza giuridica, in particolare a quella costituzionalistica, ancora fortemente segnata dai condizionamenti della dogmatica dello *Staatsrecht* preweimariano, ai quali la lezione orlandiana aveva offerto un puntello robusto ed autorevole.

Già questi primi rilievi sembrano sufficienti a «contestualizzare» il rapporto dei nostri giuristi con Weimar, con un'esperienza che, come modello o come «antimodello», offriva lezioni e suggestioni importanti per la comprensione dell'esperienza costituzionale italiana in un frangente delicato del suo consolidamento e del suo sviluppo: dalla ricchezza del catalogo dei *Grundrechte* alle contraddizioni di una democrazia costituzionale assediata e insidiata da una società civile ad essa complessivamente ostile; dalle aporie di una forma di governo che non era riuscita a trovare un equilibrio fra le istanze della decisione plebiscitaria e quelle della democrazia rappresentativa, tra *Volksdemokratie* e *Bürgerdemokratie*, ad una «costituzione economica» che fallì clamorosamente il disegno ebertiano di incanalare e armonizzare il conflitto sociale, ad una *Verfassungslehre*, infine, che tutte queste contraddizioni rivisitò e rielaborò puntando ora sul relativismo neutrale delle «regole» del processo democratico, ora sulla radicalizzazione di polarità (*Freund/Feind*) fondate sulla «decisione», ora sul superamento dell'antagonismo liberale tra sfera civile e sfera politica e sull'idea dell'«integrazione» come perno di una cittadinanza attiva, ora sulla dialettica tra le «contrapposizioni frontali» del conflitto politico democratico ed i congegni della «omogeneità sociale». Si fa qui riferimento alle posizioni dei principali protagonisti della *Verfassungslehre* weimariana, segnatamente a Kelsen, Schmitt, Smend ed Heller (nella sterminata letteratura rinvio almeno a I. STAFF, *Lehren vom Staat*, Baden Baden, 1981, 347 ss.;

M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und der Nationalsozialismus*, III, München, 2002, 90 ss.; nonché la monumentale ricostruzione di E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VI, Stuttgart, 1981, *passim* e 24 ss.).

2. *Il giudizio sulla Costituzione di Weimar*

E tuttavia, a fronte dei tanti spunti di suggestione che l'esperienza e la cultura costituzionali weimariane offrivano alla riflessione dei costituzionalisti italiani, l'interesse di questi per gli scenari problematici della prima Repubblica tedesca appare nel complesso limitato e non scevro da riserve. Colpisce invero il grande fascino che la Germania di Weimar ha esercitato, nel trentennio che ho considerato, sugli storici e sugli storici della cultura (basti ricordare gli studi fondamentali di Delio Cantimori e di Carlo Antoni, così come le ricerche di Enzo Collotti), sugli storici dell'arte e della letteratura (Ladislao Mittner, Bonaventura Tecchi, Cesare Cases, Alberto Asor Rosa). Va segnalato ancora che in questo periodo, grazie ad un imponente sforzo di traduzione e ad una importante letteratura critica, figure chiave della cultura weimariana, come Thomas Mann, Martin Heidegger e, per quel che interessa più da vicino la scienza giuridica, Max Weber, divennero largamente familiari nel panorama culturale italiano. A fronte di ciò, l'attenzione dei giuristi, molto spiccata negli anni Trenta e Quaranta in studiosi che svolgeranno peraltro un ruolo eminente nei decenni successivi, come Carlo Lavagna e Franco Pierandrei (v. C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938; F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1941), appare nel complesso episodica. Se si eccettua il contributo di Alberto Predieri, sul quale avrò modo di ritornare nelle pagine successive, si ha l'impressione che anche le numerose suggestioni del volumetto di Costantino Mortati del 1946 non siano state recepite, né che abbia trovato sviluppi l'interpretazione della Costituzione di Weimar, che il maestro romano aveva additato, lungo la polarizzazione tra organicismo e conflitto sociale. Come è noto, Mortati aveva sostenuto che la crisi della democrazia weimariana fosse da imputare ad un «difetto di organicismo», al mancato funzionamento dei congegni di organizzazione del pluralismo e segnatamente al fallimento del «sistema dei

consigli», perno del disegno di pacificazione sociale condiviso dalla socialdemocrazia e dal centro cattolico, piuttosto che ad assetti di governo che stimolavano la conflittualità fra gli organi costituzionali (in particolare, presidente del *Reich* e *Reichstag*) e che, coniugandosi con la radicalizzazione dello scontro politico-sociale e con i contraccolpi crescenti della depressione economica degli anni Venti, favorirono la torsione autoritaria dei difettosi congegni plebiscitari predisposti dalla Costituzione (cfr. C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), in ID., *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1972, 293 ss.). E peraltro una valutazione attenta della interpretazione mortatiana della Costituzione di Weimar non deve trascurare che il confronto con quella esperienza ha accompagnato l'itinerario intellettuale di questo autore dalla rivisitazione del rapporto tra costituzione e forze politiche nella dottrina della «costituzione materiale» elaborata alla fine degli anni Trenta fino alle più tarde elaborazioni sulla sovranità ed il *referendum* degli anni Settanta. È significativo, e peraltro emblematico di una qualche difficoltà di approccio, che anche un costituzionalista sensibile ai nodi tipicamente weimariani del rapporto tra costituzione e politica come Temistocle Martines, nel volume del 1967 su *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, proponesse una lettura degli assetti di governo della Costituzione del 1919 sostanzialmente avulsa da valutazioni «di contesto» e declinata secondo lo schema della (difettosa) formalizzazione dei congegni del parlamentarismo razionalizzato (T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967, 101 ss.).

Un'indagine sulle ragioni del senso di estraneità che i costituzionalisti italiani manifestano in questi anni nei confronti della cultura weimariana rinvia ad una ricognizione problematica di nodi risalenti negli itinerari della scienza giuridica del Novecento (se ne v. una ricognizione molto attenta in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 119 ss.). È sicuramente emblematico, ma non esaurisce – a mio avviso – la complessità del tema, il capitolo della forte recezione del pensiero kelseniano, che si ebbe in Italia in questi anni grazie soprattutto al fitto programma di traduzioni che ebbe come protagonisti Norberto Bobbio, Sergio Cotta, Giacomo Gavazzi, Mario Losano e Renato Treves. Ed invero l'insegnamento di Kelsen appare molto simpatico in un clima culturale che da un lato riscopriva nella nuova Costituzione le risorse di

una supremazia formale garantita dal controllo giuridizionale di costituzionalità delle leggi, e dall'altro non stentava a cogliere nella riflessione sulla democrazia un baluardo contro le degenerazioni del totalitarismo che altre correnti della scienza giuridica non erano riuscite ad apprestare. E tuttavia esso restava in complesso marginale rispetto ai temi dominanti il dibattito costituzionale weimariano: perché il sistema all'epoca delineato negli *Hauptprobleme* ancora nella seconda edizione del 1923 non corrispondeva al forte impianto assiologico della Costituzione di Weimar e segnatamente della parte relativa ai *Grundrechte*, così come il relativismo democratico dei saggi sulla democrazia ed il parlamentarismo era molto lontano dalla concezione molto più ambiziosa e comprensiva del principio democratico che i costituenti weimariani travasarono nella Costituzione del 1919 (lo rilevò molto lucidamente O. KIRCHHEIMER, *Analisi di una Costituzione. Weimar. E poi?* (1930), in Id., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, a cura di A. Bolaffi, Bari, 1982, 45 ss.). Un rilievo, questo relativo alla recezione di Kelsen, che risulta peraltro molto significativo, qualora si considerino, in parallelo, la eclissi del pensiero di Carl Schmitt dopo la timida scoperta cantimoriana negli anni della dittatura e fino al recupero degli anni Settanta (si v., sulla fortuna di Carl Schmitt in Italia, il fondamentale saggio di C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 81 ss.), ed il disinteresse per altre figure eminenti della cultura giuridica weimariana, come nel caso di Rudolf Smend o di quello di Hermann Heller, se si fa eccezione, quanto a quest'ultimo, per uno scritto di Renato Treves negli anni Cinquanta (si v. R. TREVES, *La dottrina dello stato di Hermann Heller*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 50 ss.).

Sono convinto che i motivi del disagio della dottrina costituzionalistica italiana nei confronti della cultura weimariana nel tornante della metà del Novecento vadano ricercati soprattutto nella forte influenza della personalità e dell'insegnamento di Santi Romano, che di quella era ancora il punto di riferimento e l'interlocutore principale. Mi riferisco, in particolare, al Romano degli *Scritti minori* e de *L'ordinamento giuridico*, un maestro che si era formato all'interno della tradizione della dogmatica dello *Staatsrecht* ed avverte peraltro con grande lucidità il cambiamento in atto; che assorbe e rielabora

con grande originalità le suggestioni dell'istituzionismo francese e del *Sozialrecht* gierkiano, ma continua a considerare il pluralismo come il fattore determinante della «crisi» dello stato moderno; un maestro che non riuscì mai a prendere le distanze dalla dogmatica statualistica, restando, per così dire, nel mezzo di quel guado che proprio la *Verfassungslehre* weimariana aveva oltrepassato indirizzandosi verso approdi talvolta assai audaci. Non meraviglia pertanto che proprio l'influenza di un maestro che, soprattutto attraverso la teoria dell'ordinamento giuridico, avrebbe dischiuso gli scenari più innovativi alla scienza giuspubblicistica italiana del Novecento (è sufficiente ricordare i nomi di Vezio Crisafulli e di Massimo Severo Giannini), abbia finito per operare come una diga nei confronti di una penetrazione più incisiva della cultura giuridica weimariana. Di questa aporia irrisolta tra la continuità con la dogmatica statualistica preweimariana e la permeabilità alle suggestioni che provenivano dalla prima Repubblica tedesca è emblematico peraltro proprio l'insegnamento del più weimariano dei giuristi italiani di questo periodo, Costantino Mortati, il quale non recise mai i legami con la *Staatslehre* del primo Reich, ma fu anche l'esponente più significativo di un indirizzo antiformalistico che risaleva anche, sebbene non in modo esclusivo, al variegato laboratorio della *Verfassungslehre* weimariana.

A questi fattori di disagio, che affondavano le radici negli itinerari della scienza giuridica italiana del Novecento e nel rapporto di questa con quella tedesca, ancora fortemente condizionato dal programma orlandiano di rinnovamento del metodo del diritto pubblico, se ne aggiungono altri, i quali conducono fuori dai confini e soprattutto al di là dell'oceano, al fascino esercitato dall'esperienza statunitense sulla cultura costituzionale italiana, da Amato ad Elia a Boggetti a La Pergola, un fascino mediato da importanti contributi della storiografia di indirizzo liberaldemocratico (Alberto Aquarone, Vittorio De Caprariis, Rosario Romeo, Nicola Matteucci), e propiziato altresì da una fitta opera di traduzioni di classici del costituzionalismo statunitense, da Corwin a McIlwain a Friedrich. Non può negarsi che, in uno spettro ampio della nostra cultura costituzionale, che congiungeva i filoni liberaldemocratici con quelli del cattolicesimo democratico e del socialismo riformista, la forte ispirazione antitotalitaria delle elaborazioni teoriche nordamericane sul costituzionalismo e sulla democrazia costituzionale offrisse ancoraggi più tran-

quillizzanti di quelli, assai più inquietanti, che provenivano da un'esperienza nella quale la democrazia era rimasta schiacciata fra la fuoriuscita traumatica dalla rivoluzione sovietista del biennio 1918-1919 e lo scivolamento progressivo dei ceti conservatori dal manniano arroccamento nelle *Betrachtungen eines Unpolitischen* verso l'avventura totalitaria, e da una cultura costituzionale che non eluse mai peraltro tutte le insidie del rapporto tra costituzione e politica nella nascente società di massa, e di quello tra democrazia e conflitto sociale, e fu pertanto essenzialmente una «cultura della crisi». E peraltro anche il dibattito sul costituzionalismo, assai vivace negli anni Sessanta, vede contrapposte due chiavi di lettura differenti, quella, ancora sostanzialmente minoritaria, di Costantino Mortati, che punta decisamente sul tema della «crisi» del costituzionalismo, che egli, richiamando Carl Schmitt, faceva discendere «dalle profonde trasformazioni sociali intervenute» (cfr. C. MORTATI, voce «Costituzione (dottrine generali)», in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 167 ss.), e quelle, sviluppatasi fuori da suggestioni simpatetiche con la «cultura della crisi» ed anzi nel sostanziale rifiuto di essa, sia che esaltassero nella dottrina del costituzionalismo il retaggio duraturo del giusnaturalismo, così come filtrato dalle rivoluzioni costituzionali sei-settecentesche (come nel caso di Nicola Matteucci), sia che giungessero a configurare il positivismo giuridico come l'approdo (e l'affinamento) del costituzionalismo (è il caso di Norberto Bobbio) (rinvio a P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 293 ss.).

3. Verfassungsrecht e Verfassungswirklichkeit. L'esperienza weimariana nell'interpretazione della Costituzione repubblicana

Anche il dibattito sull'interpretazione della Costituzione repubblicana, assai vivace e ricco di sfaccettature nel periodo considerato, sembra muoversi all'interno di uno scenario culturale molto articolato. La posizione dei costituzionalisti nei confronti della «nuova» Costituzione sembra oscillare invero tra l'esegesi testuale, sebbene orientata da una spiccata consapevolezza delle radici storico-politiche della Repubblica (è emblematico di questo orientamento il volume di Paolo Barile su *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953), e (primi) approcci di tipo sistemico, tendenti a ordi-

nare la costituzione intorno ad alcuni «principi fondamentali» (si v., per questa posizione, soprattutto C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ediz., I, Padova, 1967, 132 ss.). Sono le prime avvisaglie di una discussione che, avviatasi lungo coordinate di taglio essenzialmente teorico, avrebbe trovato sviluppo solo con l'entrata in funzione della Corte costituzionale. Si sarebbe avverata allora quella «svolta» verso il «diritto costituzionale vivente», preconizzata da Carlo Esposito in un saggio del 1950. In esso l'Autore avvertiva che il controllo di costituzionalità doveva essere inteso non come «artificio» per far valere la superiorità gerarchica della costituzione, ma come strumento di «tutela di alcuni principi fondamentali di vita del popolo italiano», cosicché – aggiungeva Esposito – con l'affermarsi del controllo di costituzionalità «la ricostruzione puramente esegetica dei testi dovrà considerarsi superata», per lasciare spazio a ricostruzioni «inverate» dalla storia, in un processo di concretizzazione nel quale sarebbe divenuto essenziale seguire la «storia reale» dell'istituto del controllo di costituzionalità (cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 263 ss.). Non è difficile ravvisare in questi passaggi, così come nell'accesa polemica sulla inattuazione della Costituzione che anima il primo decennio di vita della Carta, echi della *Verfassungslehre* weimariana, sebbene essi appaiano talvolta oscurati dall'acceso tono politico del dibattito. Anche nel distaccato e solenne passaggio espositiano, con quell'auspicio sulla capacità della Costituzione di guidare gli assetti della «vita» di un popolo, si avverte la consapevolezza che il cammino verso la costruzione di un'identità costituzionale condivisa era, nel clima delle «contrapposizioni frontali» di quegli anni, un cammino difficile, perché la capacità di tenuta del patto costituente era quotidianamente esposta alle prove ed alle sfide del conflitto politico-sociale e della divaricazione del quadro internazionale. Sotto questo profilo, il concreto avvio della giustizia costituzionale e, solo qualche anno dopo, con l'apertura della maggioranza di governo ai socialisti, l'affermarsi di un clima politico più disteso e soprattutto ispirato dal superamento dell'«ostruzionismo» denunciato da Piero Calamandrei, si prestano ad una lettura congiunta, come un segnale della presa d'atto dell'apertura del diritto costituzionale alla società, con ricadute forti del l'attuazione costituzionale sul terreno dei diritti civili, della partecipazione politica, del superamento degli squilibri econo-

mico-sociali, e come acquisizione della consapevolezza che il problema della «attuazione» della Costituzione passava necessariamente attraverso il recupero delle risorse di «integrazione» che essa è capace di sviluppare, e che «concretizzazione» del testo costituzionale e «attualizzazione» dei valori ad esso sottesi non potevano restare disgiunte.

Se tuttavia si procede ora dal piano delle grandi direttrici dello sviluppo della Costituzione repubblicana sul terreno dei nodi problematici della forma di governo, il rapporto con l'esperienza weimariana appare ben più tormentato. È plausibile che a ciò abbia contribuito la percezione diffusa che la crisi della prima Repubblica tedesca fosse da imputare alle contraddizioni dei suoi assetti organizzativi (è una posizione, questa, chiaramente espressa da C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 199 ss.), il che appare convincente, sebbene non chiuda il discorso ma spinga ad indagare sulle ragioni di fondo del fallimento del disegno costituzionale weimariano, le quali attinsero ai rami alti di esso, all'illusione di avere edificato un progetto ambizioso di democrazia su una base sociale che, nei suoi strati più estesi e anche culturalmente più forti, era alimentata peraltro da pervicaci e radicali pulsioni antidemocratiche. Questa ristrettezza di orizzonti nella comprensione del rapporto tra «costituzione legale» e «costituzione reale» spiega perché anche in uno dei capitoli più interessanti della dibattito costituzionale italiano tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento il tema dell'egemonia (o dell'occupazione) partitica della forma di governo e la polemica contro la «partitocrazia» siano stati declinati non solo con un forte eccesso di *pathos* politico ma anche con una sopravvalutazione «prescrittiva» un po' semplicistica del modello disegnato dalla Costituzione (su ciò rinvio alle penetranti critiche di L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 77 ss.), e perché a tale dibattito le pieghe problematiche della *Spannung* weimariana tra *Verfassungsrecht* e *Verfassungswirklichkeit* siano rimaste sostanzialmente estranee (su di esse G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, 277 ss.). Mi sembra di poter dire che, in questo frangente della storia politica repubblicana, gli studiosi della forma di governo italiana si siano misurati con le sfide della politica nella democrazia di massa senza incontrare Weimar. Con la significativa eccezione del saggio di Antonio Negri sullo «stato di partiti» (il sag-

gio, scritto nel 1964, si può ora leggere in A. NEGRI, *La forma stato*, Milano, 1979, 111 ss.), ricchissimo di riferimenti alla *Parteienlehre* weimariana, le grandi campate teoriche di questa, che possono riassumersi nella formula del partito come «parte totale» ed in quella del *Parteienstaat*, restano sostanzialmente ai margini dei principali contributi al dibattito sull'art. 49 Cost., tanto concentrati sulla ambiguità fra il partito come istituzione e il partito come associazione da lasciare sullo sfondo i nodi assai più complessi del rapporto tra i partiti e la forma di stato (emblematico, in tal senso, l'approccio rigorosamente «privatistico» di Pietro Rescigno, pure assai seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza).

Quanto poi al dibattito sugli sviluppi della forma di governo, sebbene non siano mancate prese di distanza molto marcate da visioni antagonistiche del rapporto fra diritto e realtà costituzionale, esse appaiono influenzate piuttosto da altri filoni della cultura costituzionale europea, come il «panconvenzionalismo» di derivazione anglosassone (Marshall) o l'attenzione ai «sistemi di partito» interna alla tradizione francese delle *institutions politiques* (Duverger). Su un altro versante del dibattito, l'elaborazione del «parlamentarismo razionalizzato», alla quale hanno recato un contributo decisivo gli studi di Massimo Severo Giannini, di Giuseppe Guarino, di Mario Galizia e di Temistocle Martines (mi riferisco a M.S. GIANNINI, prefazione a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare*, Milano, 1950, III ss.; G. GUARINO, *Il presidente della Repubblica italiana: note preliminari*, Milano, 1951; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia* (1960), in ID., *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 147 ss.; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972; T. MARTINES, *Governo parlamentare*, cit.), ha certamente risentito di un atteggiamento assai dubbioso circa la plausibilità dell'inquadramento all'interno di essa dell'esperienza weimariana, nella consapevolezza che la deriva dei *Präsidialkabinette* avesse completamente oscurato l'attenzione ai congegni di razionalizzazione del parlamentarismo in democrazia, diffusa all'interno di nutriti (ed influenti) circoli della dottrina costituzionalistica coeva della *Nationalversammlung* del 1919 (si v. in particolare gli scritti di H. PREUR, *Gesammelte Schriften. IV. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, a cura di D. Lehnert, Tübingen, 2008; e di R. THOMA, *Rechtsstaat. Demokratie- Grundrechte*, a cura di H. Dreier,

Tübingen, 2008, 91 ss., 161 ss., 231 ss.: si tratta dei saggi sulla democrazia ed il parlamentarismo pubblicati tra il 1923 ed il 1929).

Questa lettura è confermata in modo emblematico dal tornante decisivo nella discussione sulla posizione costituzionale del Presidente della Repubblica, coincidente con l'esperienza, fra il 1955 ed il 1962, di una presidenza assai interventista come quella di Gronchi. Ed invero né la tesi di Paolo Barile, che riconobbe al Presidente una funzione «indirizzo politico costituzionale» (cfr. P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, Milano, 1958), né quella di Carlo Esposito, che riconobbe al capo dello stato un ruolo di riserva, come «supremo reggitore» nei frangenti di crisi della funzionalità dei regimi parlamentare (cfr. C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello stato e altri saggi*, a cura di D. Nocilla e M. Siclari, Milano, 1992, 38 ss.), influenzate entrambe palesemente dal contesto politico-costituzionale che ad esse faceva da sfondo, sembrano risentire in alcun modo degli echi del dibattito sull'art. 48 WRV, poiché in entrambi i casi il capo dello stato non si profilava come lo schmittiano «decisore ultimo», e l'indubbia valorizzazione del ruolo costituzionale del Presidente si collocava ancora all'interno del sistema di equilibri (e di garanzie) propri della tradizione parlamentare.

4. Staatsrecht e Verfassungsrecht. *Suggerimenti weimariane nella riflessione teorica dei costituzionalisti italiani*

Se ora si allarga il discorso sulle questioni generali del metodo, alla ricerca delle risonanze weimariane nella letteratura costituzionalistica italiana, emergono ulteriori aspetti problematici, che delinearò in alcuni passaggi essenziali. Una prima impressione che si ricava è che il cammino della letteratura italiana dallo *Staatsrecht* al *Verfassungsrecht*, un mutamento di prospettiva che viene generalmente ritenuto il retaggio più significativo del dibattito costituzionale weimariano (si v., per una lucidissima e provocatoria messa a fuoco del tema, H. RIDDER, *Verfassungsrecht oder Staatsrecht? Die Realverfassung(en) des deutschen Nationalstaates auf dem Prüfstand der Demokratie* (1988), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, a cura di D. Deiseroth, P. Derleder, C. Koch, F.W. Steinmeier, Tübingen, 2010, 203 ss.), sia stato difficoltoso. Ne offrono una conferma la sistematica delle migliori trattazioni organiche della materia, come quelle di Biscaretti di

Ruffia, di Crosa, di Balladore Pallieri, ancora decisamente costruite su un impianto preweimariano, e soprattutto il disegno sistematico delle *Istituzioni di diritto pubblico* di Costantino Mortati. Ed invero anche il più «weimariano» dei costituzionalisti italiani di questo periodo, l'autore che negli anni Quaranta, con *La costituzione in senso materiale*, aveva decisamente spostato il campo di osservazione dallo stato alla costituzione, misurandosi in questo itinerario con i grandi classici weimariani, e con Carl Schmitt in modo particolarmente simpatetico, lascia ancora intravedere, nell'impianto sistematico delle successive *Istituzioni*, tracce decisive della lezione orlandiana, muovendo dalla dogmatica degli «elementi costitutivi» dello stato per approdare ad una rivisitazione della *allgemeine Soziallehre* dello stato di Georg Jellinek piuttosto che della *Verfassungslehre* weimariana.

E tuttavia sarebbe sbagliato fermarsi qui e concludere che la continuità della dogmatica giusstatualistica formatasi nell'alveo dello *Staatsrecht* del Reich guglielmino abbia reso la cultura costituzionalistica italiana, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, impermeabile alle tante sconvolgenti (e contraddittorie) suggestioni che provenivano dal dibattito weimariano, ed in particolare a quelle che investivano il rapporto fra il diritto costituzionale e la politica. Un problema, questo, che aveva rappresentato il filo conduttore e la direzione di senso del dibattito weimariano: è il tema, invero, dell'eredità del costituzionalismo, costretta a fare i conti ed a misurarsi non solo con l'irrompere delle masse, ma anche con l'inquietante prepotenza della politica novecentesca. Nella letteratura italiana degli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, il tema del rapporto fra diritto costituzionale e politica, in precedenza soffocato dal peso del programma metodologico orlandiano e confinato nell'alveo della nascente scienza politica, delle teorie elitistiche e della dottrina della classe politica, torna ad occupare uno spazio rilevante nel dibattito costituzionalistico, liberandosi peraltro dal condizionamento delle esperienze dello stato totalitario, che erano state prevalenti nei due decenni precedenti: uno spazio che andrà purtroppo smarrito nei decenni successivi, soprattutto per l'affermarsi di una prospettiva quasi integralmente schiacciata sul diritto giurisprudenziale, con un impoverimento complessivo dello spessore culturale della scienza costituzionalistica che ha provocato anche una colpevole crisi di ruolo ed una perdita di identità del costituzionalista.

E peraltro anche su questo decisivo nodo teorico del costituzionalismo del Novecento il rapporto con la cultura weimariana è controverso. Si profila certo in modo particolarmente intenso in alcune correnti della dottrina, come nel personalissimo «realismo» di Vincenzo Gueli, in particolare nella sua riflessione sul «regime politico» (si v. *Il regime politico*, Roma, 1949): questo autore, nel riformulare criticamente la classificazione jellinekiana dei «tipi di stato», in quanto essa esprime «l'accordo tra concezioni politiche e ordinamento dello stato», assorbì suggestioni svariate, ma soprattutto la critica dei giuristi weimariani al normativismo kelseniano, sebbene filtrata dagli autori italiani degli anni Trenta e Quaranta (sui filoni del realismo nella dottrina costituzionalistica italiana fra le due guerre rinvio al variegato affresco di F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica: personaggi e problemi nel diritto pubblico nel XX secolo*, Milano, 1998; ID., *Pensare lo stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004). Va menzionato ancora il *Contributo alla teoria giuridica delle forze politiche* di Temistocle Martines (Milano, 1957), il quale rielaborava un tema familiare alla letteratura europea della fine del XIX secolo, rivisitandolo alla luce della riflessione suscitata nel XX secolo dall'avvento della democrazia di massa, e soprattutto nel quadro degli indirizzi della scuola teleologica del diritto. In quest'opera Martines riconosceva espressamente il proprio debito nei confronti della dottrina tedesca. Il contributo di questa allo studio dei rapporti tra politica e diritto (da Schmitt a Triepel, da Weber a Smend, da Schindler a Koellreutter) «costituisce un punto fermo dal quale partire per la nostra ulteriore ricerca»: un'attenzione che il maestro messinese spingeva fino al limitare dell'esperienza weimariana e alla elaborazione leibholziana del *Parteienstaat* negli anni Cinquanta (*op. ult. cit.*, 71 ss.). E peraltro altri protagonisti della discussione sul metodo, assai vivace in questo periodo, sembrano collocarsi su posizioni differenti. Mi riferisco al volume di Mario Galizia su *Scienza giuridica e diritto costituzionale* (Milano, 1954), nel quale l'indagine sulle «operazioni» del giurista nella formazione dei concetti del diritto costituzionale muove da premesse epistemologiche molto influenzate dalla filosofia della scienza del Novecento (Wittgenstein, Whitehead, Carnap, Russell, Neurath, Dewey) e molto critiche nei confronti della fondazione delle scienze dello spirito in Dilthey, in una prospettiva particolarmente attenta a segnare i

confini delle aperture interdisciplinari del costituzionalista. Va menzionata ancora la riflessione dell'ultimo Esposito sulla consuetudine costituzionale (1961/62), della quale egli delineava una concezione assai larga e comprensiva, di autentico snodo della normatività del diritto costituzionale, in funzione confermativa delle norme scritte sulla produzione del diritto, «completiva» delle lacune costituzionali e costitutiva degli «stabili principi generali dell'ordinamento» (cfr. C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente* cit., 283 ss.). Una concezione nella quale non mi sembra di trovar traccia peraltro della polarizzazione dialettica weimariana tra *Verfassungsrecht* e *Verfassungswirklichkeit*: la critica che Esposito muove sia alle concezioni normativistiche di stampo kelseniano che alle dottrine della costituzione di Schmitt e Mortati sembra piuttosto rielaborare, in modo peraltro originalissimo, spunti di derivazione istituzionistica e quelli del Romano degli *Scritti minori*.

Nel clima di grande entusiasmo nei confronti della nuova Carta costituzionale e della forte capacità pervasiva dei suoi principi in tutti i campi dell'ordinamento, il confronto con la cultura giuridica weimariana non poteva non investire anche i temi della «*normative Kraft der Verfassung*» (riprendo qui il titolo di un classico saggio di K. HESSE, *La forza normativa della costituzione* (1959), ediz. ital. a cura di P. Costa, Seregno, 2008) e della interpretazione di questa. Il modello della struttura e dell'ampiezza di contenuti della Costituzione di Weimar spingeva a valorizzare il profilo della *dirigierende Verfassung*, da intendersi come fondamentale direttrice di orientamento della comunità politica (la formula ripresa nel testo si deve a P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, rist. dell'ediz. del 1961 con una nuova introduzione dell'A., Goldbach 1999, 61 ss.). Si trattava peraltro di un approdo tormentato, e non privo di ripensamenti, come testimonia l'itinerario della riflessione sulla costituzione e sulle fonti normative di Vezio Crisafulli: un itinerario che prese le mosse dalla riscoperta, carica di suggestioni weimariane, della valenza espansiva delle «disposizioni di principio» della Costituzione (*Le norme «programmatiche» della Costituzione*, 1952, per approdare ad una ricostruzione del sistema delle fonti imperniata sui criteri di risoluzione delle antinomie (si v., fra i molti scritti dedicati a questo tema, soprattutto V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 776 ss.). Che in

questo svolgimento del pensiero crisafulliano dal principio di costituzionalità in senso materiale al principio di costituzionalità in senso formale, o più esattamente dalla forza espansiva dei contenuti di principio della costituzione ad una dogmatica della forza formale delle fonti imperniata sul rapporto tra gerarchia e competenza, svolgimento segnalato con particolare decisione dalle *Lezioni* patavine del 1962 e dalla prolusione romana su *La continuità dello stato* del 1963, abbia giocato un ruolo determinante il confronto con l'insegnamento kelseniano non sembra dubbio, sebbene non vadano trascurati i chiaroscuri e le aperture problematiche dell'autore anche dopo la troppo enfaticizzata *Kehre* degli anni Sessanta. Mi limito a segnalare la consapevolezza del legame tra un assetto delle fonti governato dal criterio della competenza ed il risalto del pluralismo autonomistico e del pluralismo istituzionale nella nuova Costituzione, la quale liberava l'impianto delle fonti da una prospettiva rigidamente chiusa nel formalismo. Ed è ancora arduo ricondurre a siffatta prospettiva la elaborazione crisafulliana sul rapporto tra disposizione e norma, formulata in modo compiuto nella voce dell'*Enciclopedia del diritto* del 1964, tutta costruita sull'apertura ai (molteplici) «significati» normativi che il testo è virtualmente capace di esprimere (questo aspetto della elaborazione crisafulliana delle fonti è opportunamente valorizzato da A.A. CERVATI, voce «Disposizione e norma», in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1456 ss.).

Si intravedono certo in queste posizioni aperture significative sui temi dell'interpretazione costituzionale, sebbene abbastanza isolate o comunque tutt'altro che largamente recepite e condivise dai costituzionalisti in un panorama dottrinale che si sarebbe orientato sempre più, nei decenni successivi, verso opzioni ricostruttive del sistema delle fonti di esiti assai più rigidamente formalistici rispetto a quelli cui era pervenuta la dottrina civilistica delle fonti nella prima metà del XX secolo (ne offrono un panorama molto suggestivo G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari-Roma, 2000, 150 ss.; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002). E la penetrazione fra i costituzionalisti della *geisteswissenschaftliche Richtung* della scienza giuridica weimariana (rappresentata da Kaufmann, Holstein ed in modo eminente da Rudolf Smend: si v. K. RENNERT, *Die «geisteswissenschaftliche Rich-*

tung» in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, Berlin, 1987) resta un fenomeno isolato, sebbene a queste posizioni minoritarie abbia conferito grande respiro e forte spessore storico-culturale l'insegnamento di Emilio Betti, la cui *Allgemeine Auslegungslehre* si dipana attraverso una interlocuzione costante con Dilthey e con la fondazione filosofica delle «scienze dello spirito» (sull'influenza di Betti sulla cultura costituzionalistica v. A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 75 ss.). Una segnalazione particolare meritano infine gli studi di Franco Pierandrei sulla costituzione, i quali sottolineavano con forza la «specificità» ed il «carattere evolutivo» dell'interpretazione costituzionale. Secondo Pierandrei, essa «differisce dalle altre per il fatto di dover considerare le istanze politiche, sulle quali la costituzione si fonda; e ne differisce nella stessa misura, per cui le regole costituzionali si contraddistinguono dalle altre regole dell'ordinamento. Certamente, sia le une che le altre sono norme di diritto: però la materia dalle prime contemplata, in quanto materia veramente "costituzionale", ha caratteri del tutto peculiari. È ben noto che, nell'interpretare le diverse leggi, i giudici devono occuparsi di rapporti delle più varie specie, compresi i rapporti politici, economici e sociali; ma ciò non ha rilevanza decisiva. Si tratta di tenere presente che la particolare materia della legge suprema dello Stato condiziona, in buona misura, il processo ermeneutico diretto a stabilire l'esatta portata dei suoi precetti» (cfr. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione* (1952), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, a cura di L. Elia, I, Torino, 1965, 143 ss., e spec. 206 ss. Lo scritto cit. si inserisce in una riflessione generale sulla teoria della costituzione, sviluppata soprattutto in ID., *Saggio sulla teoria della costituzione* (1951), in ID., *La Corte costituzionale e le modificazioni tacite della costituzione* (1951), entrambi nella raccolta cit., 71 ss.). Sebbene Pierandrei tenga distinta l'interpretazione della costituzione dalla interpretazione della legge, il pensiero di questo Autore, pervenuto a configurare l'interpretazione costituzionale come «integrazione costruttiva», rappresenta uno snodo davvero decisivo, per tutto l'itinerario culturale che esso sottende e che peraltro riconduce nel vivo di temi ricorrenti nel dibattito weimariano: la presa d'atto della «pervasività» della costituzione nell'ordinamento, la crisi dei criteri tradizionali dell'interpretazione secondo la dogmatica dello *Staatsrecht*, la consapevolezza, in-

fine, della crisi dello stato di legislazione e dell'impatto di ciò sull'interpretazione giudiziaria.

5. *La «costituzione in senso materiale» di Costantino Mortati: dal «partito unico» al «pluralismo ordinato»*

In una panoramica delle suggestioni della cultura weimariana sui costituzionalisti italiani campeggia peraltro, nel periodo che ho considerato, la figura di Costantino Mortati, che a quel clima culturale appare particolarmente legato anche nell'approccio realista che ne caratterizza l'opera scientifica. Ed il realismo rappresenta invero una cifra di lettura importante, anche se non l'unica, di essa. Lo stesso Mortati esplicita in una pagina quasi autobiografica delle *Istituzioni* l'adesione ad un indirizzo realista: «Il concetto di costituzione materiale – egli scrive – si riannoda sotto qualche aspetto alla corrente che va sotto il nome di *realismo politico*, perché identifica la *realtà* dello stato col sistema delle forze sociali organizzate, in modo da garantire loro una posizione di supremazia» (cfr. C. MORTATI, *Istituzioni* cit., 31). In questo itinerario era giocoforza che Mortati incontrasse sulla sua strada, sin dalla classica monografia del 1940, gli indirizzi *lato sensu* antiformalistici della scienza giuridica europea del Novecento, che nella Germania di Weimar avevano trovato un terreno particolarmente propizio. Nelle prime pagine delle *Istituzioni* egli avverte ancora che «la sola considerazione del sistema normativo legale» non riesce «a fornire la esatta conoscenza dell'ordinamento statale, e quindi rischia, isolandosi in una visione esclusivamente formalistica, di dar vita a interpretazioni o ricostruzioni che non trovano riscontro nella realtà, alla quale pur bisogna guardare, una volta che si tenga fermo il principio secondo cui diritto non è quello che risulta consacrato nei testi di legge o pel solo fatto di tale consacrazione, bensì l'altro *vivente*, quale si palesa negli effettivi rapporti e comportamenti, allorché essi, pur se contrastanti con le leggi stesse, presentino aspetti e caratteri che ne facciano presumere la stabilizzazione» (cfr. C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 26). Ed è palese che le teorie istituzionistiche francesi di Hauriou e Duguit, la *Integrationslehre* di Rudolf Smend e la *verfassungsrechtliche Grundentscheidung* di Carl Schmitt rappresentino tasselli insostituibili (l'ultima in particolare) della costruzione teorica della costituzione materiale. E peraltro que-

sti indirizzi costituiscono a ben vedere, forse almeno quanto il formalismo kelseniano e la galassia del giuspositivismo statualistico, anche interlocutori ed antagonisti del realismo mortatiano. Mortati osserva criticamente che concetti quali l'«istituzione», l'«integrazione», la «decisione politica fondamentale», pur dando evidenza al sostrato dei rapporti sociali sottostanti alla costituzione, restano su di un piano troppo astratto (e, nel caso dell'*Integrationslehre* smendiana, troppo fluido ed impalpabile), approdando in tal modo ad una visione troppo eterea e troppo distanziata del rapporto fra società, politica e costituzione. Al contrario, Mortati rivendica a sé stesso il merito di essere andato più in profondità, per cogliere il fondo di questa relazione e per scorgerlo in un «rapporto di dominio-soggezione», il quale storicamente fa sì che determinate forze sociali assumano «una posizione di predominio sulle altre e si ordinino intorno ad interessi ideali, rapporti politici, imposti autoritativamente come fondamentali per il tipo di stato cui si dà vita» (cfr. C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 33. Ed *amplius*, dello stesso A., voce «Costituzione» (dottrine generali), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 155 ss.). Mortati esclude peraltro, prendendo con ciò le distanze dal realismo soreliano, che la costituzione materiale si identifichi con la «pura forza», e che il rapporto di dominio-soggezione sia sufficiente da solo «a dar ragione dell'effettivo modo di essere dell'assetto statale». Tale rapporto costituisce tuttavia il punto di attacco della sua costituzione materiale, e precisamente il «sostrato» sul quale poggia questo assetto, con il quale le forze dominanti riescono ad assicurare «la stabilità di una consociazione, il che vuol dire anche contemplare una certa costanza nel tempo nel loro modo di operare e garantire con essa una almeno approssimativa certezza ai rapporti associativi» (cfr. C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 30 s.). In questo passaggio si avverte in modo davvero efficace che la comprensione della teoria mortatiana della costituzione materiale è inseparabile dalla riflessione novecentesca sulla politica nella società di massa, e che Mortati ha avuto il merito di portare all'interno della *Verfassungslehre* le dinamiche e le contraddizioni della politica novecentesca. Misurandosi, in questo itinerario sia con l'esplosione del conflitto politico-sociale nelle democrazie, seguita alla crisi dello stato liberale (mi riferisco ancora alla sua lettura dell'esperienza weimariana), sia con la risposta luciferina a questa crisi, apprestata dalle esperienze dello stato autoritario.

Ed incontrando, lungo questo itinerario, non solo (e non tanto) Max Weber, che occupa un ruolo non centrale nella riflessione di Mortati, ma soprattutto le teorie elitiste della classe politica (Mosca, Pareto, Michels), nei confronti delle quali il debito della costituzione materiale è invece molto forte, e la riflessione degli anni Venti del suo maestro Sergio Panunzio, in particolare nell'opera di questi *Diritto forza violenza*.

In questa cornice, il rapporto con Carl Schmitt, molto valorizzato da studiosi tedeschi di Mortati (si v. soprattutto D. SCHEFOLD, *Mortati e la dottrina tedesca*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, 130 ss.), appare più problematico. Mortati è tornato spesso a riconoscere che la dottrina della costituzione materiale è stata molto influenzata dal decisionismo schmittiano in uno dei suoi ultimi scritti dei primi anni Settanta (si v. C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, II, Milano, 1973, 511 ss.), così come lo accomuna a Schmitt l'adesione convinta ad una concezione monistica della sovranità e delle forme di governo, che lo conduce a proporre una scansione storica dei regimi parlamentari che rifiuta, con Schmitt, come deboli o interlocutorie le teorie dell'equilibrio, e viene invece condotta alla stregua della prevalenza assunta di volta in volta da un polo del sistema di governo (il capo dello stato, il *Cabinet*, il corpo elettorale). Più in generale anche per Mortati, come si legge nel suo ultimo scritto con forti consonanze con la dialettica *Freund-Feind* schmittiana, «il riconoscimento della sovranità ad uno o altro soggetto è il risultato di un processo storico attraverso cui si realizza la preminenza di alcune forze sociali portatrici di una determinata concezione politica; ciò che spiega il carattere polemico che ogni tipo di potere sovrano viene ad assumere, in quanto risultante dalla vittoria conseguita contro quello che era prevalso in precedenza» (cfr. C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario della Costituzione diretto da G. Branca*, Artt. 1-12, Bologna-Roma, 1974, 21). E tuttavia per altri aspetti il realismo costituzionale di Mortati appare più profondo e concreto di quello schmittiano, perché più proiettato alla comprensione delle dinamiche sociali e dello scontro fra gli interessi. Emblematica, sotto questo profilo, la lettura mortatiana del problema della rappresentanza politica. Pur non alieno dal condividere

la tesi di Schmitt e poi di Leibholz sul legame indissolubile fra rappresentanza e liberalismo oligarchico, la concezione mortatiana della rappresentanza politica come «rappresentanza di interessi politici» è lontana peraltro dalla *Repräsentation* schmittiana, nella quale il trascendimento del datità reale del sociale ha reminiscenze teologiche (radicandosi nella forma politica del cattolicesimo romano), dalle quali la concezione mortatiana, con un approccio più laico e secolarizzato, sembra mantenersi distante.

A ben vedere, peraltro, sarebbe eccessivo leggere nella freddezza di Mortati nei confronti del poderoso laboratorio di studi sulla *Repräsentation*, che nelle opere di Leibholz e Wolff, oltre che negli scritti di Carl Schmitt aveva espresso gli approdi più significativi, il segnale di una lontananza più generale di Mortati dai temi e dai problemi centrali del costituzionalismo weimariano. Così come sarebbe altrettanto superficiale schiacciare la dottrina della costituzione materiale sugli archetipi del partito unico e dello stato totalitario, e concludere che il problema (tipicamente weimariano) del pluralismo sia rimasto fuori dagli orizzonti intellettuali di Mortati. La smentita più convincente di queste conclusioni proviene proprio dalle opere mortatiane degli anni Cinquanta e Sessanta, con le quali il maestro, dopo la nascita della Repubblica, intraprende un complesso itinerario di coniugazione della costituzione materiale con il pluralismo, realizzata trasferendo il perno della sua teoria della costituzione dal partito unico ad un «sistemi dei partiti» evidentemente pluralistico, ma capace di esprimere un momento di unificazione politica, raccordandosi organicamente con il processo di decisione politica attraverso l'istituzionalizzazione del principio maggioritario (si v. soprattutto C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), in ID., *Raccolta di scritti cit.*, III, 374 ss. Su questo snodo del pensiero di Mortati sia consentito rinviare a P. RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 259 ss.).

Lungo questo itinerario, sollecitato da una considerazione attenta delle dinamiche politico-istituzionali italiane negli anni del centrismo degasperiano, l'originario impianto schmittiano, che postulava l'affermarsi di forze politiche dominanti come prodotto della risoluzione di rapporti di forza antagonisti, si stempera incontrando

sul proprio cammino le esperienze del pluralismo dell'Italia degli anni Cinquanta, quelle, precisamente, di un pluralismo organizzato, o forse più esattamente egemonizzato dai partiti e dal raccordo, all'epoca molto accentuato, fra questi e le organizzazioni degli interessi, e peraltro preservato nelle sue virtualità di radicale innovazione dalla *conventio ad excludendum* e dalla conseguente chiusura delle dinamiche maggioritarie. Tra gli scritti degli anni Cinquanta sui partiti e la forma di governo ed il loro proemio nel commento alla Costituzione di Weimar non è difficile intravedere pertanto una linea di continuità, che non risiede soltanto nella condivisione di un disegno organico di armonizzazione dei conflitti, ma, scavando molto in profondità nei grandi problemi della cultura weimariana, nella comprensione del pluralismo dei partiti come espressione dei rapporti di forza nella società, un esito che, nella riflessione fra le due guerre, Mortati non aveva esitato, seguendo Schmitt, a stigmatizzare, al confronto di approcci monistici al problema della sovranità, come interlocutori o mediocrementemente compromissori. Non in contraddizione con il laboratorio weimariano, dunque, ma piuttosto collocandosi all'interno di uno dei suoi filoni culturali, la dottrina della costituzione materiale si converte nella visione di una democrazia innervata da un pluralismo ordinato, e le «forze politiche dominanti» si trasformano da base di rapporti di sovra- e di sottordinazione in strumento di una democrazia maggioritaria (si v. C. MORTATI, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 214 ss.).

Resta l'impressione di un pensiero complesso, nel quale le suggestioni del dibattito costituzionale weimariano offrono a Mortati gli strumenti per connettere il tentativo della dottrina preweimariana di collocare le forze politiche all'interno della dogmatica giusstatualistica con gli stimoli provenienti dalle esperienze di organizzazione politica della società in contesti pluralistici. Affonda anche in ciò le radici la forte sottolineatura mortatiana della «normatività» del sostrato sociologico dello stato, sebbene ciò conduca anche a posizioni critiche nei confronti di alcuni filoni di pensiero weimariani, ed in particolare al rifiuto della *Integrationslehre* di Rudolf Smend. Ad essa Mortati muove l'obiezione che, seguendone gli svolgimenti, i «supremi valori politici» che caratterizzano lo stato non riescano ad essere adeguatamente «positivizzati». In quanto tali valori si attualizzano attraverso l'incessante mutamento della coscienza sociale, la co-

stituzione che li incarna rischia di smarrire il carattere della stabilità, per restare subordinata completamente al fluire dinamico del processo di integrazione. Al contrario, in tanto la costituzione può risultare espressiva della volontà collettiva del gruppo, in quanto questa sia «obiettivata e resa costante nelle sue manifestazioni». Residui legami con la dogmatica giusstatualistica, filtrati attraverso le suggestioni delle dottrine istituzionali francesi ed italiane, spingono Mortati a prendere le distanze sia dagli approdi del positivismo sociologico radicale di stampo schmittiano che dalla dottrina smendiana dell'integrazione, in quanto essa avrebbe risolto la giuridicità nell'«intreccio intimo di valore (norma) e realtà (integrazione)» (Per la critica della dottrina smendiana dell'integrazione v. C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 160 s.; ID., *Istituzioni* cit., 26 s.). Nella più matura teorizzazione mortatiana, dunque, la costituzione è inseparabile da un processo di «stabilizzazione», che vede sì come attrici e protagoniste le forze sociali, in quanto capaci, peraltro, di dare corpo a posizioni di predominio «intorno ad interessi ideali, valori politici, imposti *autoritativamente* quali fondamentali per il tipo di stato cui si dà vita» (così ancora C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 31).

6. *Il rapporto tra Freiheit e Gleichheit. La Wirtschaftsverfassung weimariana e il governo del conflitto sociale: l'unità nelle «contrapposizioni frontali»*

Un inventario completo delle suggestioni dell'esperienza weimariana sul dibattito politico-costituzionale in Italia non può essere rappresentato in questa sede. Mi limito a segnalare alcuni passaggi più rilevanti. Anzitutto il dibattito sulla sovranità e sulla rappresentanza, il quale vede impegnati in questi anni i maggiori costituzionalisti italiani, con lo sguardo rivolto, da un lato, a misurare le distanze del principio costituzionale della sovranità popolare dal dogma della sovranità statale elaborato dalla giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento, e dall'altro al confronto con il ricco laboratorio di studio sulla rappresentanza sviluppatosi nel periodo fascista nell'ambito degli assetti dello stato corporativo, del quale il saggio di Esposito su *La rappresentanza istituzionale* (1940) era stato l'espressione più raffinata. Certo, nel clima di grandi speranze accese dalla Costituzione repubblicana, la letteratura weimariana appariva davvero al paragone,

dopo il crollo del *Kaiserreich*, come una impietosa e tormentata riflessione su scenari di «crisi», vuoi che l'obiettivo fosse puntato sul declino del dogma della sovranità costruito sull'archetipo dello stato nazione (Heller, Kaufmann, Smend), oppure sul declino degli istituti del parlamentarismo dello stato liberale ottocentesco (Schmitt, Thoma, Leibholz). E tuttavia sullo sfondo della «crisi» si delineavano gli scenari della (nascente) democrazia di massa e della weberiana *Politik als Beruf*, il problema della continuità dell'eredità del liberalismo giuridico e l'interrogativo se la coniugazione fra democrazia e parlamentarismo fosse capace di prestazioni di unità politica, che è – si è già osservato – il dilemma che percorre come un filo rosso il dibattito weimariano sulla *Repräsentation*. Sebbene questi siano stati nodi ineludibili per l'approccio alle costituzioni democratiche del Novecento, e ben presenti alla riflessione della nostra dottrina, le posizioni di questa seguono strade parzialmente diverse. In primo luogo, essa rifiuta soluzioni radicali dell'antitesi fra *Identität* e *Repräsentation*, orientandosi verso soluzioni interpretative nel segno della armonizzazione fra il principio democratico e il principio rappresentativo (V. Crisafulli, C. Lavagna). In secondo luogo, essa si volse ad affrontare il problema della sovranità e dell'interpretazione dell'art. 1 da altre angolazioni prevalenti, quella del rapporto tra sovranità dello stato apparato e sovranità dello stato ordinamento (è – mi sembra – l'approccio centrale della riflessione di Egidio Tosato, che «dialoga» piuttosto con i classici della *Staatsrechtslehre* preweimariana, e di quella di Giorgio Ballardore Pallieri, più carica di suggestioni kelseniane) (si v. rispettivamente E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello stato* (1957), in ID., *Persona, società intermedie e stato. Saggi*, Milano, 1989, 25 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato*, Padova, 1964, 97 ss.), o quella del rapporto fra sovranità popolare e pluralismo, declinato secondo l'idea della «diffusione» della sovranità in una pluralità di luoghi attraverso i quali il «popolo» si manifesta (nella quale riecheggiano piuttosto la «società civile» gramsciana e il tema dell'«egemonia» che opera attraverso una varietà di istituzioni) (l'influenza gramsciana è molto evidente in V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)* (1954), in ID., *Stato, popolo, governo*, cit., 89 ss.; ID., *Stato e popolo nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 851 ss.), ovvero sulla scia delle suggestioni di Laski e del plura-

lismo anglosassone fra le due guerre (si v. G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 74 ss.).

Va situato in questo contesto il già ricordato dibattito sulla razionalizzazione della forma di governo parlamentare, sviluppato in modo vivace nell'arco temporale di questo scritto, stimolato anche dai concreti sviluppi della forma di governo italiana i quali ponevano in misura crescente interrogativi sul rapporto fra aspetto prescrittivo e aspetto descrittivo nell'interpretazione degli assetti di governo. In questa controversia si delinearono (e si fronteggiarono) due posizioni. Da un lato quella espressa da Giannini nella prefazione del 1950 alla edizione italiana de *Il regime parlamentare* di Burdeau. La critica gianniniana a Burdeau si incentrava su un giudizio molto radicale sulle trasformazioni della politica nelle democrazie, segnate dalla transizione dallo «stato monoclasse» allo «stato pluriclasse», la quale renderebbe implausibile lo sforzo di trapiantare i principi e i congegni del parlamentarismo ereditati dalla tradizione liberale. Una posizione nella quale erano assai evidenti le suggestioni della critica weimariana del parlamentarismo, filtrata in Giannini attraverso l'opera di Redslob e soprattutto attraverso la lezione di Max Weber, il cui pensiero avrebbe rappresentato peraltro uno dei punti di riferimento nella ricostruzione delle «premesse storico-sociologiche» del diritto amministrativo nelle lezioni pisane del 1950. L'altro indirizzo, sul quale convergono, sebbene con accentuazioni differenti, altri autori (da Galizia a Biscaretti a Martines a Galeotti) mosse invece dalla premessa che il variegato spettro di soluzioni organizzative del «parlamentarismo razionalizzato» abbia rappresentato una risposta inedita (ma obbligata) al fine di realizzare l'innesto fra i principi del parlamentarismo di derivazione liberale sul tronco della democrazia di partiti. Un indirizzo nel quale è stata sicuramente prevalente l'influenza della dottrina francese (Burdeau, Mirkin Guetzevitch), ma che era stato rappresentato anche in modo significativo nella letteratura del primo dopoguerra dagli scritti kelseniani sul parlamentarismo e la democrazia e dalle letture di stampo liberal-democratico della Costituzione di Weimar (Thoma e Hugo Preuß) (Per indicazioni più puntuali su questo dibattito rinvio a P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 132 ss.).

Se le incertezze e le riserve della dottrina costituzionalistica italiana sulla forma di governo weimariana furono molto condizionate,

come si è già rilevato, dal fallimento della prima democrazia tedesca, che finiva per avvolgere in un'atmosfera tetra ed inquietante anche le grandi campate della *Verfassungslehre* che si sviluppò nella cornice di essa, a conclusioni differenti occorre giungere con riferimento al tema dei diritti fondamentali, anche a causa dell'influenza che la ricchezza del catalogo dei *Grundrechte* weimariani aveva esercitato sulla prima parte della Costituzione repubblicana (Un'accurata ricostruzione può leggersi in S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze tedesche*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. I. Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, 1980, 45 ss.). Nel ricco panorama offerto dalla dogmatica dei *Grundrechte* nel periodo weimariano, sembra più forte l'influenza dei filoni liberali di essa, favorita dalla struttura delle norme costituzionali sui diritti, incentrata su limitazioni puntuali e presidiata da riserve rinforzate. Si colloca in questo contesto la fortuna dell'insegnamento di Richard Thoma, la cui elaborazione dell'istituto del *Vorbehalt des Gesetzes* è molto presente nella fondamentale ricostruzione di Sergio Fois, sebbene filtrata attraverso la quasi coeva monografia di Dietrich Jesch (i riferimenti sono alle due opere di S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; e di D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, Tübingen, 1961). Altri profili dell'elaborazione weimariana dei *Grundrechte* sono peraltro più controversi. Mi riferisco alle prime formulazioni, poi sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche a partire dagli anni Cinquanta dopo il *Lüth-Urteil*, relative alla dimensione istituzionale dei *Grundrechte* (ne offre una ricostruzione oramai classica la *Freiburger Dissertation* del 1962 di P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, III ed., Heidelberg, 1983). Nella classica opera su *La libertà di manifestazione del pensiero* del 1958, Carlo Esposito si scagliava con molta durezza nei confronti delle concezioni «funzionali» dei diritti di libertà, rivendicando, con accenti che ricordavano la radicale critica schmittiana del catalogo weimariano dei *Grundrechte*, la assoluta priorità della dimensione individuale di essi: i diritti di libertà non corrispondono dunque – secondo Esposito – ad «una necessità dell'ordinamento» ma solo «ad un bisogno dell'individuo», come diritti

inviolabili dell'individuo «isolato di fronte allo Stato». Tale contrapposizione non è invero una «astrazione», ma racchiude il significato più profondo della garanzia dei diritti di libertà nella Costituzione repubblicana, in quanto diritti «attribuiti all'uomo come tale e a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo», e non per le «utilità sociali» che da essi derivino (cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, 4 ss. Il riferimento nel testo è al classico saggio di C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, IV ediz., Berlin, 2003, 181 ss.). Sebbene anche i diritti espositiani non vivano al di fuori dell'ordinamento, dalla critica della concezione «funzionale» avrebbe preso le mosse nei decenni successivi, in alcune correnti della dottrina costituzionalistica italiana, il rifiuto radicale dell'idea dell'incardinamento dei diritti in una *Wertordnung*, che ha costituito invece il lascito più prezioso della pur controversa eredità weimariana dopo il 1949 nel *Grundgesetz* (sulla vicenda, oggetto di una copiosa letteratura, vi è oggi l'importante ricostruzione di T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tübingen, 2007), e forma peraltro parte del patrimonio costituzionale europeo, come anche la giurisprudenza costituzionale italiana avrebbe testimoniato, prendendo le distanze dalla tesi espositiana solo pochi anni dopo e qualificando la libertà di manifestazione del pensiero come «pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte cost. 19/1962).

Un discorso a parte merita la *Wirtschaftsverfassung* weimariana, che, sul piano delle grandi opzioni di principio più che nella sua concreta attuazione, rappresentò un indicatore significativo dell'apertura delle costituzioni del pluralismo alla società, sforzandosi di riassorbire gli antagonismi radicali in un disegno di composizione dell'antitesi tra *Freiheit* e *Gleichheit* (il problema è al centro di uno dei grandi classici della letteratura weimariana: v. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), II ediz., München, 1959, partic. 16 ss.). Si avverte qui fra gli studiosi italiani non solo la consapevolezza di un retroterra di cultura costituzionale comune alle due esperienze, che pone al centro dei rispettivi cataloghi dei diritti l'*homme situé*, il soggetto calato nella realtà delle condizioni di vita, ma la presa d'atto che ciò non poteva non tradursi nella fissazione nella costituzione di

un quadro di principi e di istituti di composizione del conflitto sociale, indirizzati ad assicurare un *Ausgleich* delle condizioni di vita ispirato ad obiettivi di giustizia sociale. Un'ispirazione che, negli anni Cinquanta e Sessanta, è condivisa da ampi settori della dottrina costituzionalistica. Ricordo qui il saggio di Crisafulli del 1954 su *Individuo e società nella Costituzione italiana*, che svolse un ruolo pionieristico nella fondazione teorica della efficacia dei diritti nei rapporti tra soggetti privati e nell'interpretazione del principio di eguaglianza materiale, tracciando, insieme al già citato lavoro di Leibholz, una via che avrebbe sviluppato la monografia di Livio Paladin su *Il principio costituzionale di eguaglianza* del 1965. Né va trascurata l'influenza della elaborazione weimariana sulle *Institutsgarantien* negli scritti di Mortati sul sindacato (1952), sul lavoro (1952) e sulla proprietà terriera (1953), nei quali può dirsi peraltro prevalente, in solo parziale sintonia con gli autori weimariani, una declinazione delle garanzie di istituto della «costituzione economica» piuttosto che come baluardi di conservazione, come varchi, aperti dalla Costituzione nella direzione della riforma delle strutture economico-sociali.

Nel panorama della letteratura italiana, una posizione eminente occupa la monografia di Alberto Predieri su *Pianificazione e costituzione* (Milano, 1963), non solo per l'attenzione dell'autore al modello dei consigli economici prefigurato dalla Costituzione di Weimar, ma soprattutto perché essa pone al centro della «costituzione economica» il governo del conflitto sociale. Secondo Predieri, la costituzione di Weimar «è il primo tentativo contemporaneo di costruire uno stato fondato sulla scelta della democrazia di tipo moderno e della trasformazione per arrivarvi, il cui apparato fosse predisposto ad una azione sociale non episodica, istituzionalizzata, a garanzia di un effettivo godimento di diritti politici, secondo il principio affermato dall'art. 151». Interessa fino a un certo punto – aggiunge Predieri – che questo tentativo sia fallito o che non sia stato neppure iniziato, o che, nella mente di molti, fosse solo schermo per giungere alla definitiva liquidazione delle spinte innovatrici suscitate dalla rivoluzione tedesca ed alla restaurazione dell'ordine sociale preesistente. Resta il fatto che «alla Costituzione di Weimar siano debitorie formulazioni posteriori», in particolare per quel che riguarda le norme sui diritti e l'azione sociale. Giova ricordare che l'attenzione di Predieri è attratta non solo dal «sistema dei consigli», considerato

come lo strumento per realizzare i principi della «costituzione economica», e quindi come il necessario corollario di «un ordinamento che assumeva una costituzione economica nella costituzione formale», ma più ancora dall'esperienza delle *Massnahmegesetze* sviluppatasi nella cornice della «costituzione economica», letta come il segnale del tramonto delle concezioni liberali della funzione legislativa (*op. ult. cit.*, 76 ss.): un tema, questo, sul quale ritorneranno ancora Mortati nel libro su *Le leggi provvedimento* (Milano, 1967), e Augusto Barbera in quello su *Le leggi di piano* (Milano, 1968).

Mi sembra importante sottolineare che questa stagione di ripensamento di alcuni nodi della *Wirtschaftsverfassung* weimariana si collochi fra il 1963 ed il 1968, cioè nella fase più fertile dal punto di vista riformatore delle coalizioni di centrosinistra. In definitiva, la lettura della Costituzione di Weimar come un tentativo di tenere a freno il conflitto sociale all'interno di principi della costituzione economica carichi di virtualità di innovazione in campo economico-sociale, era perfettamente coerente con gli obiettivi di fondo dell'alleanza fra cattolici democratici, socialisti riformisti e democrazia laica, che segnarono il momento più alto di quella esperienza ed ispirarono un retaggio di cultura politica ricco di suggestioni per il futuro. Né è casuale che nel 1960, proprio negli anni di preparazione dell'esperienza dei governi di centrosinistra, la cui maturazione fu accompagnata anche da gravi episodi di radicalizzazione del conflitto politico-sociale, abbia visto la luce un'opera, *l'Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* di Gino Giugni, che era, nella sua ispirazione, perfettamente coerente con il progetto di governo del conflitto sociale elaborato dalle socialdemocrazie europee tra le due guerre mondiali. La ricostruzione di Giugni si muoveva su uno sfondo culturale che non era solo tedesco, perché dava grande spazio alle esperienze del laburismo anglosassone. Si muoveva, potrebbe dirsi, tra Laski ed Ebert, ma l'attenzione che l'autore riservava al modello weimariano dei consigli rendeva forse giustizia al giudizio storico sul *leader* della socialdemocrazia tedesca, di avere liquidato nel sangue la rivoluzione del 1918 e di non aver saputo apprestare argini alle ondate montanti della reazione antidemocratica. Perché se invero l'affermazione di Scheidemann, affacciatosi il 9 novembre del 1918 ad una finestra del *Reichstag* («*wir haben auf der ganzen Linie gesiegt; das Alte ist nicht mehr*»), risulta, ad una considerazione re-

trospettiva del dramma vissuto dalla prima Repubblica tedesca del 1949, disarmante, la Costituzione del 1919 sarebbe rimasta come una testimonianza fondamentale di un grande laboratorio di innovazione del costituzionalismo democratico del Novecento, lasciando alla cultura costituzionale della resistenza europea tra le due guerre un retaggio che l'esperienza costituzionale repubblicana non avrebbe potuto ignorare. Ed invero sarebbe errato guardare alla Costituzione di Weimar come ad un «modello», ma non invece assumerla a «paradigma», precisamente nel senso in cui un'esperienza storica particolare viene resa «intelligibile» attraverso la sua collocazione in un contesto più ampio. Sotto questo profilo l'interesse, tormentato e non privo di contraddizioni, dei costituzionalisti italiani nel tornante della seconda metà del XX secolo, ha davvero una posizione centrale nell'itinerario del rapporto con l'esperienza weimariana: non più condizionato dal pregiudizio della torsione della democrazia di massa nel totalitarismo, come era accaduto alla generazione degli anni Quaranta; non ancora messo in crisi dalla successiva torsione culturale della dottrina costituzionalistica verso il diritto giurisprudenziale, che è coincisa, paradossalmente, con la stagione della conoscenza capillare e diffusa dei classici weimariani, i quali sono però divenuti, nel frattempo, interlocutori privilegiati dei filosofi della politica e degli storici. Nel periodo che ho considerato, invece, quella esperienza sembra avere, pur nella diversità delle posizioni individuali, una centralità «metodologica», e la via weimariana apparve davvero come un percorso obbligato nella lettura delle «costituzioni del pluralismo».

7. *La comunicazione tra «esperienze» costituzionali come problema di comparazione tra culture. Il caso della Germania e dell'Italia*

Passando ora a trattare delle suggestioni della Legge fondamentale tedesca nella dottrina costituzionalistica italiana, il discorso deve prendere avvio da una notazione di carattere ricognitivo. Diffusi e frequenti sono nella dottrina italiana i riferimenti al *Grundgesetz*, e quella tedesca appare sicuramente tra le esperienze costituzionali più studiate, anche grazie al contributo, pure tra studiosi giovani e giovanissimi, di una fitta schiera di specialisti (si v., per un quadro d'assieme, P. RIDOLA, *Kommentar zum Bericht Italien*, in U. BATTIS - E.G.

MAHRENHOLZ - D. TSATSOS (Herausg.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen. 40 Jahre Grundgesetz*, Berlin, 1990, 81 ss.; J. LÜTHER, *Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetz (1949-2009)*, in *JöR*, 57, Tübingen, 2009, 15 ss.). Assai diffusa, anche grazie ad una fitta opera di traduzione, è la conoscenza dei maestri che hanno rappresentato punti di riferimento insostituibili nel dibattito costituzionalistico tedesco dopo il 1949, da Ernst Forsthoff a Gerhard Leibholz, da Konrad Hesse a Helmut Ridder, da Josef Kaiser a Ernst Wolfgang Bökenförde, da Peter Häberle a Hasso Hofmann, da Erhard Denninger a Robert Alexy. In ciò va ravvisata peraltro solo una linea di continuità con le suggestioni durature e risalenti della *Rechtswissenschaft* tedesca nella cultura giuridica italiana, alle quali hanno contribuito una forte consonanza, a lungo protrattasi, nell'assetto degli studi di diritto nelle università tedesche ed italiane. Si colloca in questa cornice più generale l'interesse della cultura costituzionale italiana per l'esperienza costituzionale tedesca, un interesse che dal *Vormärz* e dalla Costituzione della *Paulskirche* si spinge fino alle ultime revisioni del *Grundgesetz*, passando per la Costituzione del *Reich* del 1871 e per quella della Repubblica di Weimar del 1919. È significativo peraltro che due fra i più grandi maestri italiani del diritto pubblico, Vittorio Emanuele Orlando e Costantino Mortati, siano stati, in tempi diversi e con approdi e sensibilità metodologica differenti, grandi studiosi della cultura giuridica e dell'esperienza costituzionale della Germania, con le quali hanno mantenuto, nella loro opera scientifica, una interlocuzione costante.

Continuità risalente, dunque, e peraltro, per quanto riguarda la Legge fondamentale, un interesse sostenuto da forti ragioni ulteriori: le radici comuni del *Grundgesetz* e della Costituzione repubblicana nell'atmosfera culturale e politico-costituzionale europea del secondo dopoguerra; le molte (significative) affinità nell'impianto e nell'ispirazione complessiva delle due costituzioni; i molti (e significativi) fattori di comunicazione e di dialogo fra le due esperienze costituzionali, sviluppatasi nel contesto del processo di integrazione europea e, più in generale, nell'attuale condizione storica dello «stato costituzionale aperto». Avverto, per una necessaria notazione di metodo, che ho parlato non a caso di «comunicazione» *tra* «esperienze» costituzionali, per significare che interferenze e influenze mutue tra

esperienze costituzionali differenti si hanno solo all'interno di processi di comunicazione, i quali non comportano recezione meccanica di testi o di formanti, ma sono anzitutto processi di «migrazione culturale», intrinsecamente dinamici e dialettici; e per sottolineare che la comparazione costituzionale è, come ci ha insegnato Peter Häberle, comparazione fra «culture», la quale richiede sensibilità storica, grande attenzione alla profondità degli «strati temporali» (gli *Zeitschichten*, nel significato fatto proprio da Reinhard Koselleck) dell'esperienza giuridica. In questo senso, dallo studio dei rapporti fra la Legge fondamentale e la Costituzione repubblicana sembra emergere un quadro articolato, ricco di riferimenti a convergenze, così come di chiaroscuri ed aspetti problematici.

Svilupperò questa seconda parte del mio scritto, dedicata alle suggestioni del *Grundgesetz* sull'esperienza costituzionale italiana su due piani. Nel primo tenterò di fare emergere i principali punti di contatto ed i più significativi elementi di diversità fra l'assetto costituzionale tracciato dalla Legge fondamentale e quello tracciato dalla Costituzione italiana. Nel secondo tenterò di ricostruire, almeno su alcune questioni focali, i canali di comunicazione fra le «culture» costituzionali sviluppatesi nel quadro delle due esperienze. Più che di parti rigidamente distinguibili, dunque, si tratterà di due angolazioni differenti ma complementari, che terrò sempre presenti in parallelo nello svolgimento del discorso.

8. *Il Grundgesetz tedesco e la Costituzione italiana nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra*

Inizio con i punti di contatto fra la Legge Fondamentale del 1949 e la Costituzione italiana 1947. Essi sono anzitutto quelli resi evidenti dalle date. Le due Costituzioni sono, insieme alla Costituzione della IV Repubblica francese del 1946, i testi chiave del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra. Ne hanno condiviso l'ispirazione di fondo: la rivendicazione del valore assolutamente prioritario della persona, la reazione ferma nei confronti dei totalitarismi, l'obiettivo di porsi come argine al «volto luciferino» della politica novecentesca, le suggestioni della ripresa di tematiche giusnaturalistiche, suscitate dalle rovine dello sterminio e delle distruzioni di massa. In questa cornice si colloca anzitutto la marcata sottolinea-

tura della centralità dei diritti nell'assetto costituzionale complessivo: diritti riferiti non all'individuo astratto, considerato come mero centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive, ma all'*homme situé*, al soggetto calato nella realtà dei rapporti e delle condizioni di vita. Si comprende pertanto l'attenzione manifestata dalla dottrina italiana, sebbene non senza contrasti e resistenze, per il tema dei diritti come elemento costitutivo di una *Wertordnung*, e l'indubbio risalto, nelle letture dell'art. 2 della Costituzione, della dogmatica dei *Grundrechte* avviatasi, come ho già accennato, nel periodo weimariano e poi sviluppatasi nel quadro costituzionale della *Bundesrepublik*, la quale, con una presa di distanza dalle risalenti elaborazioni dei diritti pubblici soggettivi, aveva indirizzato a ricostruire i diritti non solo come *Abwehrrechte*, ma come «diritti fondamentali», cioè come diritti posti a fondamento del sistema costituzionale complessivo (per il confronto con la dogmatica tedesca dei *Grundrechte* si rinvia, anche per ulteriori indicazioni, a A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006).

Un altro elemento di affinità, il quale si sarebbe rivelato particolarmente fruttuoso di scambi incrociati sia sul terreno dei rapporti con l'ordinamento comunitario che su quello dei rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, discende dalle aperture, dischiuse dalle due costituzioni, della dimensione della statualità al diritto internazionale e alla cooperazione fra gli stati. Un itinerario inaugurato in modo «pionieristico» dall'art. 4 della Costituzione di Weimar, nato nel clima di fiducia seguito alla nascita della Società delle Nazioni, e ripreso con più forza dopo la fine del secondo conflitto mondiale, dagli artt. da 24 a 26 *alte Fassung* del GG e dagli artt. 10 e 11 della Costituzione italiana, in quel clima di rinnovate speranze di cooperazione internazionale sopranazionale, di cui sono espressione peraltro le quasi coeve Dichiarazione Universale dell'ONU del 1948 e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950: primi segnali, sul piano statuale e su quello sovrastatale, dell'affermazione dello «stato costituzionale aperto», consolidatisi e intensificatisi a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, e dello sforzo, in particolare, di sottrarre la protezione dei diritti umani alla dimensione assorbente della statualità.

Sul piano dell'organizzazione costituzionale, va menzionata ancora l'opzione decisa delle due costituzioni per le soluzioni del parlamentarismo razionalizzato e per il primato del principio della democrazia parlamentare rappresentativa, che è stato ribadito con forza non a caso dal *Bundesverfassungsgericht* sia nel *Maastricht-Urteil* che nel *Lissabon-Urteil*. Ciò ha comportato il sacrificio di spazi più significativi di «democrazia diretta», che appare più marcato in Germania che in Italia, la cui Costituzione ha previsto svariate forme di *referendum*, sebbene configurate dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionali soprattutto come correttivi (secondo l'espressione di Mortati come «controforze») del parlamentarismo maggioritario. Comune alle due costituzioni fu peraltro il rifiuto di modelli «plebiscitari» di aggregazione della volontà politica, con ricadute importanti (in entrambi gli ordinamenti) circa la posizione del capo dello stato, valorizzata nel suo profilo di garanzia piuttosto che nelle funzioni di «arbitrato» politico o addirittura di «decisore ultimo». Occorre aggiungere che la centralità riconosciuta al principio democratico-rappresentativo si connette indissolubilmente con il risalto che entrambe le costituzioni danno al ruolo dei partiti, configurati come strumenti imprescindibili di organizzazione del processo politico, sebbene con una marcata sottolineatura del carattere monopolista del ruolo dei partiti e dei vincoli nascenti da un modello di «democrazia protetta» nel quadro costituzionale tedesco (art. 21 GG), ed invece con una più forte accentuazione della dimensione associativa dei partiti e di un modello di partecipazione politica ad ampio raggio di legittimazione alla formazione della «politica nazionale» in quello italiano (art. 49 Cost.). E peraltro, nonostante queste significative differenze, le due costituzioni sembrano condividere l'adesione al modello del parlamentarismo razionalizzato, ed all'itinerario, che delle molteplici esperienze di questo rappresenta il filo conduttore, dell'innesto della «democrazia di partiti» sul tronco dell'eredità del parlamentarismo liberale.

È necessario peraltro allargare il discorso. Comune alle due esperienze è invero l'idea stessa di costituzione che esse sottendono. In questo senso, sia il *Grundgesetz* che la Costituzione italiana si inscrivono nel solco aperto dalla Costituzione della Repubblica di Weimar agli albori del costituzionalismo democratico del XX secolo. Sebbene l'eredità weimariana sia stata rivisitata da entrambe le costi-

tuzioni criticamente soprattutto nelle soluzioni relative agli assetti di governo, e dal *Grundgesetz* poi anche attraverso congegni di contenimento del conflitto politico-sociale e opzioni riformatrici meno ardate della «costituzione economica», sembra comune ad entrambi i testi costituzionali l'idea guida di una *dirigierende Verfassung*, della costituzione che «si apre» alla società, al pluralismo ed ai suoi conflitti, che persegue l'obiettivo di indicare direttrici di orientamento per svariati ambiti della vita sociale, e che peraltro, aprendosi alla società, si misura anche con il «compito» di imbrigliare la forza dirompente della politica della democrazia di massa (cfr. U. SCHEUNER, *Verfassung* (1963), in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlin, 1978, 171 ss.).

Si coglie qui peraltro una differenza significativa tra le due esperienze, che delle linee ispiratrici del costituzionalismo novecentesco hanno condiviso la consapevolezza delle inedite potenzialità racchiuse nel principio di costituzionalità, giungendo peraltro a declinarlo con intonazioni diverse. Nell'esperienza tedesca maturata dopo il 1949, invero, il principio di costituzionalità è stato inteso non soltanto in un'ottica di formalizzazione e di neutralizzazione, e come riconducibile ad un mero obiettivo di «razionalizzazione» della politica nella democrazia di massa, e conseguentemente il ruolo centrale esercitato dalla giustizia costituzionale è stato fondato sui contenuti di valore della costituzione prima che su criteri formali di gerarchia delle fonti (tutta la discussione è ora ripercorsa ampiamente dai saggi raccolti in O. DEPENHEUER - C. GRABENWARTER (Herausg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010; nonché, con particolare considerazione del (difficile) rapporto della dottrina tedesca con il formalismo, da M. JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2009). È questa, mi sembra, la grande (e peraltro contestata: si v. ad es. H. RIDDER, *Vom Wendekreis der Grundrechte* (1977), in ID., *Gesammelte Schriften*, Baden Baden, 2010, 355 ss.; e successivamente, in una differente prospettiva, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), ediz. ital. a cura di L. Ceppa, Milano, 1996, 285 ss. Molto recentemente poi v. M. JESTAEDT - O. LEPSIUS - C. MÖLLERS - C. SCHÖNBERGER (Herausg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt a.M., 1911) lezione

del modello tedesco del *Bundesverfassungsgericht* (sulla quale v., per una efficace ricostruzione storica, U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München, 2004), con la quale la dottrina italiana si è misurata, sebbene in modo controverso e con approdi parzialmente differenti (rappresentati in modo emblematico, oltre che dalla classica opera di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.2, Padova, 1984, da studiosi autorevoli della generazione più giovane: v. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008), anche perché in esso, a tacere degli sviluppi giurisprudenziali, la *Verfassungsbeschwerde* e il vincolo dei giudici alla *verfassungskonforme Auslegung* hanno favorito la penetrazione dei contenuti di valore della costituzione in tutte le pieghe dell'ordinamento, e la ricerca di *Optimierungsleistungen*, di prestazioni di ottimizzazione del rendimento dei principi costituzionali attraverso gli accomodamenti di una *praktische Konkordanz*. (per gli sviluppi di questa ricostruzione del principio di costituzionalità v. almeno, tra i contributi più significativi, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, XX ediz., Heidelberg, 1999, 20 ss.). Mi sembra che il dibattito sulla giustizia costituzionale svoltosi in Italia abbia seguito strade parzialmente diverse, e che la costruzione del rapporto fra costituzione e legge, più condizionata dal paradigma dello *Stufenbau* kelseniano e dal principio della gerarchia formale delle fonti, abbia reso più contrastato il giudizio sugli indirizzi in tema di interpretazione della costituzione affermatasi nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche quanto meno a partire dal *Lüth Urteil*.

9. *Le basi della democrazia pluralistica. Gli Strukturprinzipien del Grundgesetz e l'ispirazione della Costituzione repubblicana. Dignità dell'uomo e diritti fondamentali*

Già queste prime notazioni gettano luce su talune differenze importanti fra gli assetti delineati dal *Grundgesetz* e dalla Costituzione italiana. Provo a tracciarne un quadro sintetico. Meritano di essere richiamate anzitutto le differenze riconducibili agli svolgimenti delle rispettive *Entstehungsgeschichten* ed alle condizioni storiche dei rispettivi processi costituenti, differenze che non si arrestano sul piano

della ricostruzione storiografica, ma hanno lasciato tracce profonde negli sviluppi delle due esperienze costituzionali. Mi riferisco non solo al contesto politico-internazionale del secondo dopoguerra e al ruolo dei *Länder* nel processo costituente tedesco, ma soprattutto al diverso quadro delle forze politiche che ad esso parteciparono. Intendo dire che le intese fra cristiano-democratici, socialdemocratici e liberali nel *Verfassungskonvent* di *Herrenchiemsee* e poi nel *parlamentarischer Rat* sfociarono in un assetto costituzionale molto compatto e molto strutturato nelle sue linee ispiratrici di fondo (non a caso l'espressione ricorrente nella letteratura tedesca, per riassumerne i tratti caratterizzanti, è quella degli «*Strukturprinzipien*»), unificato intorno ad una «tavola di valori» («*Würde des Menschen*», «*soziale Rechtsstaat*», «*freiheitlich-demokratische Grundordnung*»), la quale esprimeva una sostanziale omogeneità delle forze politiche e delle «culture» costituenti, delle quali la lettura delle *Erinnerungen* di Carlo Schmid o dei discorsi di Theodor Heuss offre una testimonianza illuminante (Per la storia del *Grundgesetz* v., nell'ampia letteratura, la ricostruzione molto puntuale di K. NICLAUSS, *Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1998; nonché, per la storia degli sviluppi costituzionali dopo il 1949, J. IPSEN, *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München, 2009).

Completamente diverso fu invece, come è noto, lo svolgimento del processo costituente italiano, il quale sfociò anch'esso in un «compromesso alto» (e non soltanto tattico, come si è sostenuto da alcuni con non poche forzature polemiche: si v. criticamente P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente tra politica e storia*, Bologna, 1990; ID., *La Costituzione contesa*, Torino, 1998) sui principi fondamentali della Costituzione repubblicana, ed in particolare sul legame fra i diritti della persona ed il principio di eguaglianza sostanziale, tra l'art. 2 ed il II co. dell'art. 3, e peraltro in un compromesso che non poteva che preservare spazi di pluralismo ad un quadro politico assai più conflittuale di quello tedesco, e profilarsi perciò come un «compromesso a maglie larghe» e con protagonisti segnati peraltro da contraddizioni profonde: un partito democratico cristiano che, cresciuto in una società che non aveva mai conosciuto davvero l'esperienza di movimenti religiosi riformatori, restò lacerato fra le spinte innovative prodotte dal cattolicesimo sociale fra le due guerre (e

dalle stesse encicliche sociali), i pesanti condizionamenti delle gerarchie ecclesiastiche ed un interclassismo chiamato a drenare (più che ad arginare) le spinte reazionarie (e sovente eversive) ancora forti soprattutto nelle regioni del Mezzogiorno; un partito comunista che, pur avendo imboccato dal 1944 la via dell'impegno risoluto nell'opera di fondazione della Repubblica attraverso l'alleanza fra masse cattoliche e movimento operaio, non aveva ancora abbandonato i vincoli di dipendenza dall'URSS né messo da parte obiettivi di trasformazione rivoluzionaria delle strutture economico-sociali; ed infine un composito schieramento di forze liberali, che sembravano più preoccupate della conservazione di interessi economici costituiti (facenti capo anche all'istituto monarchico) che di farsi portatrici delle tendenze innovative e riformatrici che erano state elaborate dalla cultura democratico-liberale europea del Novecento ed avevano trovato accoglienza significativa, ad esempio, nelle opere di Guido Calogero e di Guido De Ruggiero.

Tutto ciò ebbe esiti non trascurabili nella definizione delle strutture portanti della Costituzione, e – per quel che interessa in questa sede – marca differenze significative rispetto al *Modell-Grundgesetz*. Segnalo almeno tre punti. Il primo riguarda la «costituzione economica». Secondo Giuliano Amato sarebbe fallito nel processo costituente italiano l'incontro fra il cattolicesimo democratico e il socialismo riformista (fra Mounier e Laski, fra le encicliche sociali e Keynes, per intenderci) (per questo giudizio v. G. AMATO, *Aspetti del politico e del sociale nell'Italia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti tra stato e società civile*, a cura del Consiglio regionale della Toscana, Bologna, 1981, 67 ss.). Diversamente, l'intesa fra i cristiano democratici e la socialdemocrazia e, sullo sfondo, le suggestioni delle correnti «ordoliberali» del pensiero economico ispirarono in Germania una «costituzione economica» saldamente incentrata sul principio della *soziale Marktwirtschaft*. Mi sembra emblematico che la stessa espressione «costituzione economica» (*Wirtschaftsverfassung*) abbia acquistato una familiarità, nel panorama scientifico tedesco (si v. H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, Königstein/Ts. 1981, 208 ss.), molto maggiore che non in Italia, sebbene con qualche significativa eccezione, come quella rappresentata da Alberto Predieri, il quale, nella fase di gestazione delle esperienze riformiste delle coalizioni di centrosinistra, avrebbe guardato con

grande interesse, come ho già ricordato, sia ai principi weimariani sulla vita economica che al modello della *Mitbestimmung* dopo il 1949. A differenza che nel quadro sostenuto dal *Grundgesetz*, in Italia l'interpretazione dei principi fondamentali della Costituzione si è dovuta muovere fra i due poli del personalismo solidarista cattolico e dei varchi dischiusi dal principio di eguaglianza sostanziale nella direzione di riforme strutturali del sistema economico. Una «costituzione economica» – potrebbe dirsi – molto «pluralistica» nei suoi esiti possibili ed aperta a virtualità di sviluppo molteplici (come intuì molto lucidamente C. MORTATI, *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), in ID., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, 277 ss.), la quale avrebbe inquadrato – va rimarcato con forza –, soprattutto dagli anni Sessanta, politiche coraggiose di superamento degli squilibri economico-sociali, ma avrebbe allo stesso tempo sacrificato la garanzia della pluralità e della apertura del mercato (e *nel* mercato), le quali erano condizione essenziale di modernizzazione dell'economia e di crescita della società e che peraltro l'affermarsi dell'integrazione comunitaria avrebbe imposto sempre più come valori prioritari (si v. ancora su ciò la critica di G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1991, 35 ss.).

Un secondo aspetto tocca l'impianto dei diritti fondamentali. Nel *Grundgesetz* esso poggia sul principio cardine della intangibilità della dignità dell'uomo (art. 1.1), che rappresenta la struttura portante della *Wertordnung* della Legge fondamentale prima che il piedistallo nel quale si impianta il sistema dei *Grundrechte*. E tuttavia non mi sembra che si possa spingere molto oltre l'accostamento con il nostro art. 2, poiché i diritti inviolabili della persona che questo riconosce, così come la sottolineatura della «anteriorità» dei diritti rispetto allo stato, hanno un'accentuazione diversa, più radicata nella dimensione sociale dell'individuo che in una avvolgente «immagine dell'uomo» (*Menschenbild*). È significativo che, nella Costituzione italiana, il tema della dignità venga declinato essenzialmente con riferimento alla dimensione della socialità e dei rapporti di vita (la «pari dignità sociale» di cui all'art. 3 I co.) o come perno di principi in materia di rapporti economico-sociali (il diritto del lavoratore alla retribuzione *ex* art. 36, i limiti della libertà iniziativa economica *ex* art. 41, II co.). Sebbene recenti pronunce giurisprudenziali sul rapporto tra intangibilità della dignità dell'uomo e stato sociale lascino

intravedere significative convergenze argomentative tra gli orientamenti del *Bundesverfassungsgericht* e quelli della Corte costituzionale (si v. BVerfG, 9 febbraio 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 (*Hartz IV-Gesetz Urteil*; e Corte cost., sentenza n. 10 del 2010. Su questi indirizzi v. ora il bel lavoro di F. SAIITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, 182 ss.), nel quadro costituzionale italiano la collocazione dei riferimenti alla dignità umana sembra lasciare margini più significativi a operazioni di bilanciamento con altri beni costituzionali, in una prospettiva intrinsecamente «dinamica», che, sebbene non assente negli svolgimenti più recenti del dibattito sulla *Menschenwürde* nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, si rivela ancora, all'interno di queste, controversa (per una ricognizione degli sviluppi più recenti del dibattito sulla *Menschenwürde* si v. almeno R. GRÖSCHNER - O.W. LEHMBKE (Herausg.), *Das Dogma der Untastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde*, Tübingen, 2009; N. TEIFKE, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Hoehstrangigen*, Tübingen, 2011).

Un terzo aspetto riguarda il riconoscimento dei diritti sociali. Qui balza ancora agli occhi il divario fra l'approccio strutturale-ordinamentale del *Grundgesetz*, il quale muove dal principio di struttura del *Sozialstaat* dell'art. 19 per far discendere da questo come un effetto riflesso, ed attraverso il varco della «effettività» dei *Grundrechte* garantita da obblighi statali di protezione (*staatliche Schutzpflichten*), una dimensione «*leistungsstaatlich*» dei diritti fondamentali (si v. P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat* (1972), in ID., *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980, 163 ss.; D. GRIMM, *Staatsaufgaben-eine Bilanz*, in ID. (Herausg.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt a.M., 1996, 771 ss.; K.P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997); e quello della Costituzione italiana, che, con un itinerario inverso, ha preso le mosse dalla «soggettivizzazione» dei diritti sociali ed ha inquadrato i servizi ed i compiti pubblici nello «stato di prestazione» (*Leistungsstaat*) nella cornice di «diritti» e situazioni soggettive. Non sembra difficile intravedere, sullo sfondo del capovolgimento di prospettiva che ho indicato, un differente approccio delle due costituzioni sugli esiti di trasformazioni strutturali

del sistema economico, che il *Grundgesetz* ha puntato ad imbrigliare entro il modello coeso della *soziale Marktwirtschaft*, e la Costituzione italiana ha invece sostanzialmente prefigurato attraverso il principio di eguaglianza sostanziale. È molto significativo che a questo la dottrina italiana abbia ricondotto altresì la efficacia dei diritti nei rapporti tra soggetti privati (si v. già, per questa impostazione, V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Diritto del lavoro*, 1954, 73 ss.), che invece la dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno ricostruito all'interno della dimensione istituzionale dei diritti, la quale ne comporta la *Drittwirkung* e si irradia sulle clausole civilistiche dei rapporti interprivati (*Austrahlungskraft der Grundrechte*).

10. *Democrazia di partiti e parlamentarismo razionalizzato. Divisione orizzontale e verticale dei poteri*

Un ulteriore aspetto problematico, nel confronto tra le esperienze tedesca ed italiana, riguarda i principi della partecipazione politica e gli assetti di governo, poiché, anche in questo campo, il diverso livello di omogeneità che è stato alla base del patto costituente ha comportato differenze significative. Il *Grundgesetz* ha assunto come centrale l'obiettivo di coniugare il pluralismo dei partiti con meccanismi di coesione del processo politico. L'obiettivo è stato perseguito anzitutto attraverso misure di coesione ideologica e l'adozione dei dispositivi della *werhafte Demokratie* (su di essi v., per un quadro problematico molto accurato, E. DENNINGER (Herausg.), *Freiheitliche Demokratische Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, Frankfurt a.M., 1977), ed inoltre, sul terreno degli assetti di governo, attraverso la ricerca di congegni di stabilizzazione, ritenuti essenziali alla edificazione di un parlamentarismo, se non decisamente maggioritario, certo molto strutturato. Scaturita da vicende storiche differenti, le quali avevano indirizzato alla saldatura tra una nuova cittadinanza costituzionale repubblicana e gli antagonismi del tessuto pluralistico, la Costituzione italiana ha invece seguito la via di offrire riconoscimento ad un pluralismo politico ad ampio raggio di legittimazione, ciò che ha comportato, da un lato, la mancata previsione di limiti ideologici nella competizione politica (in funzione di baluardo

nei confronti di partiti antisistema), e dall'altro una razionalizzazione *souple* del modello parlamentare adottato, più attenta a salvaguardare le dinamiche frammentate (e spesso rissose) dei governi di coalizione che l'unità dell'indirizzo politico.

E tuttavia queste differenze significative non hanno impedito la comunicazione fra le «culture» costituzionali dei nostri due paesi. Un primo esempio è rappresentato dagli svolgimenti del dibattito sul diritto dei partiti. Ricordo la fredda accoglienza, da parte della dottrina italiana, del *Parteiengesetz* del 1967, il quale meritò un giudizio forse troppo severo, e, più in generale, la diffidenza profonda a configurare un «diritto dei partiti» guidato da principi in parte differenti da quelli del diritto privato comune delle associazioni; e poi la crescente attenzione nei confronti della disciplina della istituzionalità interna e del finanziamento della politica a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, nel quadro di indirizzi che si sono molto ispirati al dibattito tedesco sul diritto dei partiti, ma soprattutto si sono collocati nel solco del tentativo di elaborare le linee fondamentali di un *europäisches Parteienrecht* (sulla fondazione di un «diritto europeo dei partiti» sono fondamentali le ricerche promosse, a partire dagli anni Novanta, dal *Forschungsinstitut für deutsches und europäisches Parteienrecht* (Hagen/Duesseldorf): v. D. TH. TSATSOS - D. SCHEFOLD - H.P. SCHNEIDER (Herausg.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, Baden Baden, 1990; D. TH. TSATSOS - D. SCHEFOLD (Herausg.), *Parteienfinanzierung im europäischen Vergleich*, Baden Baden, 1992). Occorre aggiungere che questa tendenza alla comunicazione tra le esperienze europee del diritto dei partiti si è indubbiamente rafforzata per effetto delle trasformazioni delle democrazie, segnate per un verso dalla crisi dei partiti e dalla diffusione della *Politikverdrossenheit*, e per altro verso dal problema di preservare spazi di decisione politica unitaria di fronte al processo di frammentazione delle identità nelle società complesse e del trasferimento del processo politico in luoghi di decisione sopranazionali.

Spostando ora l'attenzione sui problemi della organizzazione costituzionale, le differenze che ho segnalato non hanno ostacolato, bensì reso più profondo l'interesse della dottrina costituzionalistica italiana nei confronti dell'esperienza tedesca, studiata, piuttosto che come un modello da recepire, come un paradigma della stabilizzazione degli assetti di governo delle democrazie. In questa prospet-

tiva, i congegni di razionalizzazione predisposti dal *Grundgesetz* sono apparsi come paradigmatici delle risorse di stabilità che il modello parlamentare è capace di sviluppare: un paradigma talora ricostruito secondo le categorie più consuete agli studi sul parlamentarismo razionalizzato, e dunque con prevalente attenzione ai dispositivi costituzionali di regolazione dell'indirizzo politico (voto di sfiducia costruttivo, poteri del cancelliere etc.), talora ponendo l'accento sui caratteri del sistema partitico (a «multipartitismo temperato»), assunti come fattori «costitutivi» e non meramente «condizionanti» degli assetti di governo (secondo la formula coniata da L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 196 ss.).

Tutto il dibattito tedesco sugli assetti di governo si è mosso peraltro all'interno di coordinate teoriche molto ampie, le quali hanno spostato la riflessione dei costituzionalisti dalle dinamiche dei rapporti tra gli organi costituzionali al nesso fra processo politico democratico e formazione dell'indirizzo politico. Con questa prospettiva teorica, che aveva finito per investire, da Weimar in poi, non soltanto la questione del rapporto tra democrazia e parlamentarismo, ma più in generale il nodo del rapporto tra il diritto e la realtà costituzionale, è stato giocoforza che la dottrina italiana si misurasse. Mi riferisco anzitutto alla elaborazione teorica, messa a punto da Gerhard Leibholz, del *Parteienstaat* come forma razionalizzata di democrazia plebiscitaria, costruita su basi identitarie anziché su quelle della *Repräsentation*, ed ancora alla dialettica tra componenti rappresentative e componenti plebiscitarie delle democrazie, colta nei suoi riflessi problematici sul tasso di pluralismo degli assetti costituzionali da Ernst Fränkel, e da questi risolta confidando nelle risorse del «plebiscito di tutti i giorni» realizzato dai partiti (fra le opere della letteratura italiana che si sono misurate con queste elaborazioni teoriche mi limito a citare C. ROSSANO, *Partiti e parlamento nello stato contemporaneo*, Napoli, 1972, 257 ss.; G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, 2005, 51 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa*, cit., 63 ss.). Elaborazioni teoriche molto legate, come è noto, alla situazione politico-costituzionale della *Bundesrepublik* dopo il 1949, e condizionate dal contesto di un sistema politico-partitico molto coeso e capace di imporsi come snodo identitario della relazione tra popolo e stato, e tuttavia meritevoli di at-

tenzione, ancora una volta, come varchi alla comprensione paradigmatica di *Strukturprobleme* della democrazia, seguendo l'esplicita formulazione «problematica» del titolo del fondamentale saggio di Leibholz, così come della tensione fra *Verfassungsrecht* e *Verfassungswirklichkeit*.

Un giudizio più problematico merita il tema dello «stato federale», poiché la nostra dottrina ha molto insistito, fin dagli anni Settanta, sulla «peculiarità» del regionalismo italiano, ritenuto sostanzialmente irriducibile alla elaborazione dogmatica del *Bundesstaat* di derivazione tedesca (emblematici, in questo senso, i contributi di uno dei più autorevoli studiosi del regionalismo italiano, che è anche un conoscitore profondo del *Bundesstaat* tedesco: v. A. D'ATENA, *Costituzione e regione*, Milano, 1991; ID., *L'Italia verso il federalismo*, Milano, 2001). Si tratta invero di una posizione che ha avuto giustificazioni storiche innegabili, dal momento che la storia delle «autonomie» e delle «collettività locali» presenta in Italia peculiarità risalenti all'età medievale e riconducibili ad un processo storico «peculiare» di formazione della statualità (di questa «peculiarità» offre un'affascinante affresco storico-giuridico G. BERTI, *Caratteri dell'ordinamento comunale e provinciale*, Padova, 1969), ma essa ha subito un graduale ripensamento alla stregua di tendenze evolutive degli ordinamenti decentrati, manifestatesi anche in Europa dalla fine degli anni Sessanta, e poi soprattutto dopo la riforma costituzionale del 2001. Ricordo la discussione sul «regionalismo cooperativo», avviata da Sergio Bartole in uno scritto fondamentale del 1970 sulla scia della riforma tedesca dei *Gemeinschaftsaufgaben* del 1969 e ripresa con echi molto significativi anche dalla giurisprudenza Costituzionale (si v., per lo scritto cit. nel testo, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3 ss., ove il dibattito tedesco, sul quale v. G. KISKER, *Kooperation im Bundesstaat*, Tübingen, 1971, è ricostruito con molta cura). E ancora la discussione sulla sussidiarietà, divenuta anch'essa un *topos* del *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* delle autonomie, e a quella, più recente, sull'innesto di elementi di *Konkurrenzföderalismus* (sulla prima v. almeno P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, VII ediz., Baden Baden, 2011, 161 ss., 307 ss.; sulla seconda S. OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, 1998). Meno significative mi sembrano, invece, nel dibattito italiano

sul bicameralismo, le suggestioni del *Modell - Bundesrat*, ritenuto non a torto, a mio avviso, troppo intrinsecamente radicato nella storia culturale e politica del principio federativo in Germania.

11. *Costituzione come Wertordnung, Abwägung e giudizio di ragionevolezza. La riserva di legge. Il principio di costituzionalità e le sfide dello «stato costituzionale aperto»*

Nella parte conclusiva del mio contributo ritorno a quello che a me sembra, scorrendo di «suggestioni» del *Grundgesetz* sul dibattito italiano, il profilo più problematico, segnatamente il rapporto tra costituzione, diritti e legalità, e cioè il nodo del significato del principio di costituzionalità. Ho già rilevato che sia il *Grundgesetz* che la Costituzione repubblicana sono accomunate, sebbene per motivazioni storiche e culturali in parte differenti, da un carattere di fondo, quello di poggiare su *Wertordnungen*, sentite come costitutive di un progetto fondativo (e integrativo, in senso smendiano) di un'identità costituzionale. È questa l'idea di fondo che ha alimentato, come è noto, il tema del *Verfassungspatriotismus*, espressione familiare al dibattito tedesco ma non priva di eco significativa anche nel nostro paese, sebbene con i condizionamenti derivanti dalla nostra storia e dalla tensione tra l'acquisizione di una cittadinanza costituzionale repubblicana e un minore *Selbstverständnis* della forza dell'identità nazionale (si v., per il dibattito tedesco, D. STERNBERGER, *Immagini enigmatiche dell'uomo. Saggi di filosofia e politica*, Bologna, 1991; e per gli echi in Italia G. Rusconi, *Se cessiamo di essere una nazione. Tra etnodemocrazie regionali e cittadinanza europea*, Bologna, 1993; ID., *Resistenza e postfascismo*, Bologna, 1995; ID., *Patria e repubblica*, Bologna, 1997).

Né sono mancate puntuali (e significative) ricadute del legame tra costituzione e *Wertordnung*. È interessante ad esempio la discussione sull'istituto della «riserva di legge», che ha utilizzato molto le suggestioni della dottrina tedesca, da Thoma a Jesch e Böckenförde (S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1965), nonostante che tale istituto abbia in Italia una fisionomia in parte diversa da quella che, in Germania, ha prodotto la distinzione fra *einfacher, qualifizierter Gesetzesvorbehalt* e *vorbehaltlose Grundrechte* (il

dibattito sul *Vorbehalt des Gesetzes* nell'ordinamento tedesco è riassunto da F. OSSENBÜHL, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, III. *Das Handeln des Staates*, Heidelberg, 1988, 315 ss.). Ciò in quanto questa elaborazione dogmatica si è sviluppata sul tronco della riflessione su «clausole generali» limitative, ritenute «immanenti» al *Wesensgehalt* dei diritti fondamentali, mentre in Italia l'istituto della riserva di legge è incastonato in un quadro di limiti puntuali, e non generali, dei diritti costituzionali. Nonostante questa differenza di fondo, il riferimento ad una *Wertordnung*, alla cui attualizzazione le riserve di legge risulterebbero funzionali, non può dirsi estraneo al dibattito svoltosi in Italia su tale istituto. Mi limito a menzionare il risalto che la Costituzione ha dato alle «riserve rinforzate», configurate come uno strumento essenziale per far penetrare il principio di costituzionalità nelle varie pieghe dell'ordinamento, soprattutto sul terreno della garanzia dei diritti, e ritenute peraltro coessenziali alla propagazione di un quadro di valori sottratto al potere di disposizione delle maggioranze parlamentari ed operante in modo più stringente sulla discrezionalità del legislatore (si v., in questo senso, la ricostruzione di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 101 ss.).

Con riferimento alla concezione della costituzione come *Wertordnung* non vanno trascurate peraltro differenze importanti, in quanto l'esperienza tedesca ha sviluppato, complessivamente con maggiore coerenza, l'assunto del tessuto valoriale sotteso alla carta costituzionale. Tale concezione ha stabilito infatti un legame molto stretto fra *Vorbehalt des Gesetzes* e *Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes*, legame realizzato, come è noto, dalle operazioni di *Abwägung* fra i diversi beni costituzionali (per l'approfondimento di questo profilo rinvio ancora a P. LERCHE, *op. cit.*, 81 ss., 223 ss.; nonché, in una prospettiva critica, B. SCHLINCK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976). In questo modo, il principio di costituzionalità ha acquisito una fisionomia che dà risalto anzitutto ai «contenuti di principio» della costituzione, a quella «materializzazione» del diritto costituzionale evocata polemicamente da Ernst Forsthoff fin dagli inizi di questa vicenda, che è stata efficacemente sintetizzata come quella del passaggio dal *Legalismus* al *Konstitutionalismus* (la critica di Forsthoff può leggersi in E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasfor-*

mazione (1964), traduz. ital. a cura di C. Amirante, Milano, 1973, spec. 287 ss. Sulla transizione dal *Legalismus* al *Konstitutionalismus* v. R. DREIER, *Das Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht* (1985), in ID., *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*, Frankfurt a.M., 1991, 73 ss.). Nell'esperienza italiana l'approdo a questa concezione del principio di costituzionalità è stato più contrastato. Ne offrono testimonianza – sebbene su crinali differenti, anzi contrapposti – da un lato una diffidenza ancora abbastanza diffusa verso interpretazioni dei diritti di tipo *wertsystemisch*, in quanto assunte come potenzialmente (ma spesso indiscriminatamente) pregiudizievoli del profilo di tutela individuale espresso in modo prioritario da ogni diritto (questo indirizzo, tracciato negli anni Cinquanta da Carlo Esposito, è stato rappresentato, nella dottrina italiana, da A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35 ss.; ID., *Libertà e diritti di libertà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*); dall'altro la fisionomia tutt'affatto peculiare del «giudizio di ragionevolezza» delle leggi costruito dalla nostra Corte costituzionale, che è progressivamente scivolato dalla ricerca di un solido ancoraggio delle operazioni di bilanciamento in un «sistema di valori», sulla scia della *Güterabwägung* elaborata dal *Bundesverfassungsgericht* (è questa la linea che sembra prevalere nella giurisprudenza degli anni Ottanta, come sviluppato sul piano teorico da uno dei più significativi artefici di questa linea: v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 115 ss.), verso approcci più flessibili, affermatasi successivamente, costruiti filosoficamente su una base «empiristica» piuttosto che «idealistica» (e dunque più lontani dal contesto culturale tedesco), e forse più accostabili all'esperienza del *balancing test* di tipo statunitense (per una compiuta disamina di questi sviluppi rinvio a A. CERRI, voce «Ragionevolezza delle leggi», in *Enc. giuridica Treccani*, aggiorn. 1994; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 1999; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Sulle differenti «radici filosofiche» del giudizio di ragionevolezza v. ancora F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009). Non stupisce allora che, a fronte di questo quadro di incertezze o forse di radicale divaricazione, resti ancora molto familiare, sia nella dottrina che nella giurisprudenza costituzionale,

perché percepita in qualche misura come più rassicurante, una concezione del principio di costituzionalità costruita secondo le categorie di tipo formale (o formalistico) della astratta disposizione gerarchica delle fonti del diritto, ancorché essa sconti l'inadeguatezza alla comprensione del farsi del diritto nell'esperienza storica.

È difficile sfuggire peraltro all'impressione che gli approdi tranquillizzanti del giuspositivismo formalistico siano sostanzialmente illusori, e che il dibattito svoltosi sia in Germania che in Italia abbia percorso anche itinerari certo più tormentati, ma più rispondenti alle sfide della complessità pluralistica alle costituzioni. Sfide divenute ancora più evidenti, peraltro, nello scenario dello «stato costituzionale aperto», il quale ha reso più pressanti le spinte alla «comunicazione» fra le esperienze costituzionali. Questo scenario ha indubbiamente favorito ed accresciuto le occasioni di scambio fra studiosi e operatori del diritto in Italia e Germania, le quali vedono l'università ancora una volta come luogo privilegiato di questo «ponte» culturale, così come il «dialogo» fra le rispettive corti costituzionali si iscrive, in modo dialettico ma allo stesso tempo costruttivo, nella cornice della giurisprudenza delle corti europee, con le quali le nostre corti (con)dividono sostanzialmente la vocazione di giudici costituzionali della tutela dei diritti in Europa. Non mancano anche in questo campo – e vanno segnalate – dissonanze significative. Così, ad esempio, sebbene Germania ed Italia condividano la soluzione «dualista» quanto alla posizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, precisamente nel senso della *Nicht-Inkorporierung* di questa nel livello costituzionale nazionale, le rispettive corti costituzionali hanno sviluppato questa premessa con esiti differenti, perfettamente coerenti, peraltro, con la diversa accezione del principio di costituzionalità che ho segnalato. Perché il *Bundesverfassungsgericht*, muovendo dalle potenzialità racchiuse nel principio costituzionale della *Völkerrechtsfreundlichkeit*, è pervenuto ad elaborare la dottrina della *Berücksichtigung* del «sistema convenzionale», inclusivo della Convenzione e della giurisprudenza della *sua* Corte, e dunque sembra muoversi sul terreno dell'integrazione materiale e dell'armonizzazione in via interpretativa. Svolgendo l'approccio dualistico in termini di gerarchia formale delle fonti, la Corte italiana è sembrata muoversi invece, a partire dalla giurisprudenza del 2007, su una linea differente, solo parzialmente sfumata da pronunce successive, la

quale ha privilegiato l'utilizzo della categoria del parametro interposto *via* art. 117 I co. Cost. rispetto alle potenzialità di armonizzazione materiale con il sistema convenzionale racchiuse in altre norme costituzionali: una strada, quest'ultima, che si rivelerebbe peraltro assai più produttiva alla luce delle interrelazioni tra diritto convenzionale, diritto dell'UE e diritti costituzionali degli stati prefigurate (e imposte) dal nuovo testo dell'art. 6 del TUE.

Chi scrive è convinto che lo studio comparativo delle «esperienze» costituzionali abbia uno spessore storico e culturale che rende non congruente con esso l'utilizzo di categorie e metodologie dogmatiche elaborate nel contesto della esperienza dello «stato nazionale introverso». E che solo lasciandosi alle spalle (o riconsiderando con occhio disincantato) il retaggio della dogmatica del giurispositivismo statalista, sia possibile muovere «criticamente» (nel senso reso manifesto dall'etimo greco del termine, il quale rinvia ad operazioni essenzialmente valutative) alla «*comprensione*» di «*esperienze*», per fare della comparazione giuridica un fattore fondamentale di confronto e di dialogo fra le culture giuridiche, i quali sono, l'uno e l'altro, condizioni irrinunciabili, peraltro, dello «stato costituzionale aperto». La vicenda dei rapporti tra le culture costituzionali tedesca ed italiana nell'ultimo sessantennio, che ho tentato qui di ripercorrere per grandi linee, può forse rivelarsi anche come un capitolo di questo passaggio.