

COSTITUZIONALISMO INTERATTIVO NELL'«ETÀ DELL'INCERTEZZA».
SPUNTI DI RIFLESSIONE METODOLOGICA SULL'ATTUALITÀ
DEL «LABORATORIO WEIMAR»*

di **Ciro Sbailò****
(25 giugno 2013)

Sommario: 1. Ermeneutica dell'“altro” e crisi dei fondamenti: due facce della stessa medaglia. – 2. Vecchie/nuove sfide alla *Absolutheit* dei principi del costituzionalismo europeo. – 3. Il confronto sulla crisi del diritto pubblico europeo e il ruolo del giurista. La polarità Kelsen-Schmitt. – 4. Un tentativo di risposta razionale alla crisi della sovranità.

1. Ermeneutica dell'“altro” e crisi dei fondamenti: due facce della stessa medaglia

A ottant'anni dalla sua fine, la Repubblica di Weimar è oggetto non solo di studi di carattere storico-costituzionale, ma anche di accesi dibattiti di carattere politico: può bastare, per rendersi conto di ciò, dare una rapida occhiata alla rassegna stampa italiana del periodo compreso tra le elezioni politiche del 2013 e la formazione del governo di cosiddetta “Grande coalizione” guidato dall'on. Enrico Letta, passando, ovviamente, per la rielezione alla Presidenza della Repubblica dell'on. Giorgio Napolitano. Ciò, a nostro avviso, si deve al fatto che in quella esperienza costituzionale vengono al pettine i principali nodi dell'esperienza giurispubblicistica europea novecentesca. Il tentativo di passare dallo Stato autoritario allo Stato sociale, *incorporando*, però, all'interno di quest'ultimo, lo Stato liberale di diritto, nasceva principalmente dall'esigenza di dare forma giuridica a un patto politico estremamente complesso e articolato, tra attori fortemente asimmetrici sul piano della natura sociale, del peso politico e della rilevanza economica: la grande borghesia e il grande proletariato industriale, l'apparato burocratico-militare prussiano e il mondo cattolico, la piccola borghesia urbana e i ceti rurali. Dopo la sconfitta militare e la perdita della *Sekurität* imperial-guglielmina, apprezzata trasversalmente da gran parte della popolazione, i padri costi-

tuenti, mentre Berlino era insanguinata dalla “lotta per bande”, scelsero l’obiettivo di garantire il “progresso” della società tedesca, attraverso il cambiamento *nella* continuità. Per certi versi, si trattava di costruire una sorta di *Aufhebung*¹ del passato prussiano autoritario nel presente tedesco-democratico.

Che si tratti, dunque, di sciogliere il nodo della “continuità” con il sistema precedente o di legittimare questo passaggio rispetto all’“identità nazionale”, o, invece, di trovare un equilibrio tra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità, tra pluralismo partitico e razionalizzazione della decisione politica – in tutti questi casi, viene necessariamente chiamata in causa l’esperienza weimariana. Quelle questioni, cioè, sono oggi di estrema attualità, in particolare per quel che riguarda il rapporto tra innovazione costituzionale, ricostruzione storica del patto costituente e preservazione dei principi fondamentali dell’ordinamento. Si pensi, solo per fare un esempio, al grande dibattito in corso sul ruolo che la Corte costituzionale italiana ha svolto e svolge nel fissare i limiti della revisione costituzionale².

Da qualche anno, però, l’esperienza weimariana sembra stia assumendo un valore paradigmatico anche per il comparatista impegnato nell’analisi dei processi costituzionali della cosiddetta “età globale”. Si tratta, probabilmente, di un fenomeno connesso al primo, nel senso che il tema delle “transizioni costituzionali”, oggi, non può non essere affrontato anche nel contesto di una riflessione critica sulla cosiddetta crisi dello Stato-Nazione, quale “paradigma” dell’esperienza costituzionale europea³. L’ampliamento *critico* – nel senso tecnico-filoso-

¹ Intendiamo qui, il termine, nel senso hegeliano: «*Aufheben* ha nella lingua (tedesca) un duplice senso per cui significa da un lato conservare, ritenere, e dall’altro far cessare, metter fine. Il conservare racchiude già in sé il negativo, che qualcosa sia tolto alla sua immediatezza ... Così il superato è insieme un conservato il quale ha perduto soltanto la sua immediatezza ma non perciò è annullato» (G.W.F. Hegel, *Scienza della logica* [1812-16, 1831], a cura di V. Verra, Torino, 1981, pp. 105-106). Sul tema della continuità/discontinuità la bibliografia è vasta. Per i nodi di carattere paradigmatico qui evidenziati, si veda in particolare: F. Lanchester, “Le radici imperiali della forma di governo weimariana”, in *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, 1994, vol. I, pp. 201 e ss.; V. Frosini, “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”, *Il politico*, 1996, anno LXI,1. Per altri riff. Si veda C. Sbailò, *Weimar. Un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, Troina/Enna, 2007, pp. 116 e ss.

² Ben lungi dal volere dare, in questa sede, indicazioni bibliografiche su un tema di tale vastità, ci limitiamo qui a rimandare a una raccolta di studi che ha il merito di rendere in maniera immediata la complessità della questione, anche in una prospettiva comparata: S. Gambino, G. D’Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007

³ Sul nesso, tra le due questioni, si rimanda a: A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-Nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, pp. 85 e ss., 325 e ss.; L. Mezzetti, “Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia agli albori del XXI secolo”, in *Rivista di diritto comparato ed europeo*, 1, 2000; S. Gambino, “Transizioni costituzio-

fico della espressione, con riferimento al concetto di *Krisis* – del campo visivo del comparatista non può che provocare un aumento (“critico”, per l’appunto) dell’attenzione sulle proprietà “strutturali” del sistema studiato⁴. Per certi versi, può dirsi che la crescente attenzione critica verso i cosiddetti «crittotipi»⁵ e la conseguente diffusione, tra i comparatisti, dell’approccio funzionalistico, porti il giurista sempre di più a considerare le istituzioni non come realtà immutabili, ma come “progetti” ispirati a determinati ideali o “valori”. Si pensi, solo per fare un esempio, alla questione relativa all’individuazione del *tertium comparationis*. Come va inteso quest’ultimo? Certamente non si può fare riferimento al valore espressamente dichiarato dal legislatore. Bisogna considerare anche l’esigenza sociale palese, quella “latente” e così via. E si pensi a tutti i problemi connessi alla ricostruibilità unitaria dell’«identità politica euro-americana» e alla necessità, dunque, di un confronto con le “altre” culture giuspubblicistiche, a cominciare da quella islamico-sunnita mediterranea, che condivide con quella euroamericana importanti radici storiche e spirituali, pur essendo, per certi aspetti, in una posizione spiritualmente (e, oggi, anche geopoliticamente) “antagonistica” rispetto alle democrazie costituzionali formatesi nell’emisfero nord-occidentale a partire dalla fine del XVIII secolo⁶.

Questo intreccio di questioni teorico-giuridiche e pratico-politiche non può che portare il costituzionalista ad accedere, ancora, “al laboratorio-Weimar”, dove per la prima volta – o, quanto meno, per la prima volta in modo consapevolmente critico – fu sperimentato l’intreccio tra l’ampliamento dell’orizzonte

nali e forma di stato. Alcune riflessioni a partire dall’esperienza jugoslava”, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, pp. 315-346 (in particolare, per quel che riguarda la connessione tra mutamenti economico-sociali e destino dei modelli statuali).

⁴ Cfr. G. Pascuzzi, “L’insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane”, in www.law-tech.jus.unitn.it, ottobre 2010

⁵ O “formanti non enunciati”. Cfr. R. Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, in *The American Journal of Comparative Law* 39 (1) e (2), 1-34, (Winter, 1991), (Spring, 1991); R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; P. G. Monateri, “Methods in Comparative Law: an intellectual overview”, in P.G. Monateri (a cura), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2012, pp. 7-18; S. Glanert, “Method?”, in P.G. Monateri, *Methods of Comparative Law*, cit., pp. 82-105; J. Gaakeer, “Index translator: the reign of finitude”, in P. G. Monateri, *Methods of Comparative Law*, cit., pp. 252-269; H. Muir Watt, “Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide”, in P.G. Monateri, *Methods of Comparative Law*, cit., pp. 270-289. Sui risvolti specificamente giuspubblicistici del dibattito sui “formanti, v. R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006.

⁶ Sulla possibilità di parlare, in maniera unitaria, di un “diritto pubblico” dell’Islam sunnita mediterraneo, si rimanda a C. Sbaìlò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, pp. 52 e ss.

geopolitico e valoriale del giurista, l'affermarsi di esperienze giuspubblicistiche antagonistiche rispetto alla *Abendland-Kultur* e il ripensamento critico di alcune delle principali categorie giuspubblicistiche europee, a cominciare da quelle riconducibili alla nozione di sovranità stato-nazionale. Emblematica, nel merito, ci pare la polarizzazione, nella cultura tedesca tra le due guerre, tra la prospettiva troelstcheana della *Kulturkreistheorie* e quella elaborata da Carl Henirich Becker in *Der Islam im Rahmen einer allgemeinen Kulturgeschichte* – polarizzazione che racchiude, al di là di ogni semplicistica contrapposizione tra le posizioni dei due pensatori, il campo magnetico entro cui si sviluppano le linee di riflessione di un'intera generazione di intellettuali, impegnata nel ripensamento critico dell'identità culturale tedesca ed europea di fronte alle sfide delle "altre" culture giuridiche⁷.

Quel dibattito, infatti, rappresenta una straordinaria miniera per chi, come il comparatista dell'età contemporanea, sia impegnato nella ricerca di un approccio ermeneutico alle "altre" culture giuridiche, in forza del quale il "comprendere" (*Ver-stehen*) si svolga all'interno della coscienza "storica" dell'esperienza costituzionale europea, evitando nel contempo di scivolare dall'approccio critico-comparatistico verso quello meramente descrittivo, tipico del cosiddetto "diritto straniero"⁸.

In particolare, lo studio dell'esperienza weimariana può soccorrerci nella costruzione di un approccio "ermeneuticamente orientato" alle odierne dinamiche giuspubblicistiche del mondo islamico. La comparazione, infatti, presuppone un certo grado di "omogeneità" tra gli ordinamenti considerati. Ciò ha favorito, a lungo, la prevalenza netta, nell'ambito degli studi comparatistici, dell'attenzione verso l'area euro-americana e a privilegiare, per quel che riguarda il diritto islamico, la sfera privatistica, per evidenti ragioni legate allo sviluppo delle relazioni economico-commerciali. Ma oggi appare non più possibile evitare un confronto con le istanze di natura giuspubblicistica proveniente dal mondo islamico. Se da un lato, infatti, i processi di integrazione economica e la moltiplicazione dei flussi migratori fanno sì che il nostro confronto con l'Islam sia continuo e non eludibile, dettato cioè dalle circostanze e non subordinato a scelte consapevoli, dall'altro l'Islam è diventato il punto di riferimento per gran parte delle forze antagoni-

⁷ Cfr., nel merito, la dettagliata ricostruzione del dibattito contenuta in G. Morrone, *Incontro di civiltà: l'Islamwissenschaft di Carl Heinrich Becker*, Napoli, 2006. V. anche: E. Troeltsch, *Lo storicismo e i suoi problemi* (1922), cur. G. Cantillo, Napoli, 1991; C. Sbailò, *Weimar. Un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, 2007.

⁸ Nel senso inteso da G. Lombardi, cfr. *Premessa al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, pp. 17 e ss.

ste dell'Occidente, il che ha comportato un nuovo bipolarismo ideologico, che però, a differenza di quello tra USA e URSS nell'età della guerra fredda, non fa riferimento prevalentemente alle prospettive future dell'umanità, bensì alla storia e alle radici della civiltà⁹.

In generale, a partire da una riflessione sui mutamenti costituzionali in corso nei Paesi arabo-islamici, può constatarsi come i processi di "globalizzazione" costringano il giurista ad ampliare l'area delle esperienze giuspubblicistiche comparabili e a rielaborare il succitato concetto di "omogeneità", privilegiando l'analisi delle proprietà "intensive" del sistema studiato, pur senza trascurare l'analisi delle proprietà "estensive", che resta essenziale per la qualificazione pratico-funzionale della scienza giuridico-comparatistica, quale parte della famiglia delle scienze empiriche¹⁰. In altre parole, lo studio delle "forme" del potere, che connota il diritto pubblico comparato nell'attuale contesto geopolitico deve confrontarsi con la crescente *criticità* del paradigma Stato-nazionale – e con la tassonomia giuspubblicistica con quel paradigma costituito – e orientarsi fatalmente, come per l'appunto accade nella Germania tra le due guerre, verso la ricostruzione dei fondamenti stessi dell'esperienza giuspubblicistica. Siamo, cioè, ancora di fronte al problema della definizione dell'ambito di determinazione del "politico"¹¹.

2. Vecchie/nuove sfide alla Absolutheit dei principi del costituzionalismo europeo

Oggi, il diritto comparato, nella ricerca sulla "comparabilità" delle "altre" esperienze giuspubblicistiche, si configura, dunque, come scienza dei "limiti" – nel senso *kantiano* – del diritto pubblico e sconfinata, dunque, necessariamente,

⁹ Su questo esposto si rimanda a C. Sbaillò, "La riesplorazione del principio ordinatore islamico. Riflessioni di metodo comparativo e di dottrina costituzionale sulla 'Primavera araba'", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2012, pp. 801-835.

¹⁰ Nel senso di cui in R. Carnap, *Significato e Necessità* [1947], Firenze, 1976.

¹¹ Cfr.: C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität* [1934], in: C. Schmitt, *Le categorie del «politico»*, a c. di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 39 e ss., pp. 58-61; C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* [1938], in C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a c. di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 104-111; J. Taubes, *La teologia politica di San Paolo* [1993], Milano, 1997, pp. 119 e ss., 177 e ss., 228 e ss. Ci rifacciamo qui anche alla discussione sviluppatasi nell'ambito dell'"Incontro di discussione" dal titolo "Le metodologie e la valutazione del diritto comparato (dopo la creazione del settore 12E2)", a cura dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, tenutosi alla LUMSA di Roma Venerdì 16 dicembre 2011 e, in particolare, agli interventi, in corso di pubblicazione, di V. Lippolis, P. G. Monateri e V. Zeno Zencovich.

nella teoria generale del diritto, in quanto ricerca degli elementi strutturali comuni alle esperienze giuspubblicistiche. Per questa via, il giurista viene chiamato a riflettere sui “fondamenti” stessi della propria scienza. È lo stesso concetto di “Costituzione” a essere in crisi in questa fase storica. I processi costituenti (e in genere i processi giuridici) presentano una struttura sempre più “aperta” e, in qualche misura, indeterminata. Gli attori non sono più solo quelli di una volta – l’individuo, lo Stato, il “popolo”, il territorio. Ma sono molti di più: oltre a quelli tradizionali, ci sono le “comunità”, le “regioni” (nel senso di aree geo-politiche non coincidenti con i confini giuridici), le organizzazioni non governative, le *corporation* transnazionali, eccetera¹². Non solo, ma le relazioni sono molto più complicate di una volta: tutti tendono a relazionarsi con tutti, mettendo in crisi convenzioni e gerarchie. “Democrazia” e “statalità”, vale a dire le espressioni primarie della moderna “comunità politica”, sono esposte a un «vento contrario» che «minaccia di rendere friabili e gradualmente erodere le loro fondamenta, il terreno dove affondano le loro radici». Si pensi, ad esempio, a quanto accade, da qualche tempo a questa parte, nell’ambito della rappresentanza politica: l’appartenenza a una determinata “comunità” di carattere religioso, culturale o “di genere” è, sempre più spesso, fatta valere come elemento costitutivo della giustiziabilità dei diritti piuttosto che come questione attinente alla sfera privata. La neutralizzazione delle differenze, operata dallo Stato moderno attraverso il paradigma individualistico del “cittadino”, è sempre meno popolare fra i “cittadini” dell’Occidente. La giustiziabilità dei diritti si svolge sempre più spesso e in maniera sempre più diffusa secondo paradigmi “comunitari”, non solo nel mondo islamico, dove la modellistica costituzionale dell’Occidente viene ormai apertamente confutata nella sua assolutezza teorica, ma anche nei sistemi politici occidentali. Ne è segno evidente la crescente affermazione, anche a livello popolare, delle tesi neocomunitaristiche, nonché l’avallo che queste ultime ricevono dalla giurisprudenza e dal legislatore¹³.

¹² Il tema dell’“affollamento” dello scenario giuridico sul piano costituzionale è da qualche anno oggetto di numerosi studi. Ci limitiamo qui a segnalare: K. Jayasuriya, “Globalization Law, and the transformation of Sovereignty”, in *Indiana Journal of Global Studies*, 6/1999; K. Nowrot, “Legal Consequences of Globalization: the State if Non-Governmental Organization Under International Law”, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 6/1999; R. Higgins, “International Law in Changing International System”, in *The Cambridge Law Journal*, 58/1999; S. Hobe, “Global Challenge to Statehood: The Increasing Important Role of Nongovernmental Organization”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana University, www.globalpolicy.org, June 1998; R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, pp. 65 e ss.

¹³ Su questo punto, v. A. Barbera, “La rappresentanza politica: un mito in declino?”, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, pp. 853-888. Per ulteriori rife. v. C. Sbailò, *La rappresentanza mite. Le seconde camere e il futuro della democrazia parlamentare*, Enna, Troina, 2009, pp. 135 e ss.

Siamo ben oltre l'affermarsi del pluralismo giuridico e d'identità culturali configgenti con l'Occidente. Occorre riconoscere che si sta materializzando, sotto i nostri occhi un'alternativa concreta e praticabile al costituzionalismo occidentale, quale sistema di dottrine, di valori e di regole finalizzati alla limitazione del potere e alla razionalizzazione del suo esercizio, in forza di una neutralizzazione dello spazio pubblico rispetto alle identità religiose e alle appartenenze comunitarie. Non è, ci pare, nel merito, senza rilievo il fatto che i nostri sistemi politici, posti di fronte all'Islam, e nello sforzo di essere coerenti con il *progetto* democratico-costituzionale, pervengano, a seconda dell'orientamento politico della maggioranza di governo, a due esiti apparentemente opposti, ma tra loro, come è stato ripetutamente dimostrato, intimamente interconnessi: da un lato, al riconoscimento *tout court* delle istanze identitarie e comunitaristiche provenienti dal mondo islamico – sia quello “interno” (migranti) che quello “esterno” (gli Stati) – in nome di un pluralismo e di una tolleranza intesi in senso letterale, con conseguente apertura anche a istanze di carattere anti-democratico-costituzionale; dall'altro lato, ad una politica di “imposizione” della democrazia costituzionale, tanto allo interno dei confini nazionali (“assimilazionismo”) quanto all'esterno di essi (“esportazione della democrazia”). È evidente che laddove l'Islam venga trattato alla stregua di un qualsiasi fenomeno “religioso” e “culturale” “diverso” o, in alternativa, come un'irriducibile e letale minaccia per la civiltà occidentale, si evita anche di confrontarsi con la sua capacità auto innovativa e con la sua forza propositiva¹⁴. Ciò, a nostro avviso, si spiega con la peculiarità della critica islamica al costituzionalismo rispetto a quella sviluppatasi tra le due guerre. La differenza, consiste nella “profondità” della messa in discussione della tradizione costituzionale. La critica non investe più, come accadeva con la dottrina leninista, la “efficacia” e l'attualità di quella, bensì la sua radice teorica più profonda: lo stesso concetto di “uomo” posto alla base della sua costruzione teorica. Da un punto di vista islamico, non solo la libertà umana è appesa alla volontà

¹⁴ Specificatamente, su questo punto, v. D. Medina Morales e A. Marquez (a cura di), *Mundialización y multiculturalismo*, Córdoba, 2006; C. Pinelli, *Società multiculturale e stato costituzionale, relazione al Convegno “I diritti fondamentali nella società multiculturale. Verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?”*, Università di Cassino, il 26 e il 27 Novembre 2009, pubblicato su www.associazionecostituzionalisti.it; F. Viola, “La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo”, in *Ragion Pratica*, 11, 2003, pp. 33-71; L. D'Andrea, “Diritto costituzionale e processi interculturali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009; G. Gozzi, “Democrazia e diritti nella società multiculturale: verso una democrazia costituzionale multiculturale”, in *Scienza Politica*, 40/2009; G. Cacciatore, R. Diana (a cura), *Interculturalità. Religione e teologia politica*, Napoli, 2010.

di Dio, ma non esiste sovranità, in questo mondo e in quell'altro, se non quella del Creatore.

In una prospettiva rigorosamente islamica, infatti, i valori del costituzionalismo non vengono storicizzati e contestualizzati, come accade nella lettura comunista della storia, ma vengono contestati nella loro intrinseca validità. Essi, cioè, vengono trattati come il frutto di una filosofia e di un'antropologia a loro volta messe in discussione nei loro elementi costitutivi, in quanto incompatibili con la "sottomissione" a Dio, sia dell'uomo sia dello spazio pubblico¹⁵. Non da oggi, ma oggi con particolare efficacia e drammaticità, l'Islam è una civiltà che guarda sia al passato sia al futuro, e che sfida la cultura giuridica euro-americana sul suo stesso terreno, quello della razionalizzazione dei conflitti sociali, della sottrazione dell'uomo alle forze della natura, dell'efficiente organizzazione della vita pubblica e della limitazione del potere. Solo che tali sfide non riguardano esclusivamente le "soluzioni" ai problemi dell'umanità, come accadeva con il comunismo, ma anche il fondamento di legittimità di tali "soluzioni": non il dispiegarsi della libertà umana, bensì l'affermazione dei diritti di Dio.

Una messa in discussione così radicale della tradizione costituzionale occidentale si è avuta, forse, solo nel periodo compreso fra le due guerre mondiali, in Germania. Oggi, su scala europea ed euro-americana, sembrerebbe porsi – analogamente a quanto allora accadeva, ad esempio, nella Germania di Weimar¹⁶, su scala nazionale-tedesca – il problema di comprendere fino a che punto la democrazia costituzionale possa o debba essere "protetta" dai suoi nemici, quand'anche ciò dovesse comportare, quale estrema conseguenza, un misconoscimento della legittimità di determinati orientamenti politici e culturali. Oggi come allora, si pone il problema di una legittimazione della democrazia costituzionale, tanto in chiave diacronica quanto in chiave sincronica: in chiave diacronica, poiché sorge la questione del rapporto fra l'assetto attuale delle democrazie costituzionali e l'originario *progetto* democratico-costituzionale; in chiave sincronica, dal momento che occorre verificare la presenza o meno di alternative legittime e praticabili, tanto all'esterno (con riferimento alle cosiddette "altre democrazie") quanto all'interno (con riferimento alle istanze comunitarie provenienti dalla società multietnica).

Il problema della legittimazione diacronica può essere anche definito come quello della "democrazia protetta", mentre quello della legittimazione sincronica

¹⁵ Per un'esposizione di questo punto e la relativa bibliografia, si veda C. Sbailò, *Il governo della Mezzaluna. Saggi sul diritto islamico*, Enna, 2011, pp. 77 e ss.

¹⁶ Su questo punto ci permettiamo di rimandare a C. Sbailò, *Weimar: un laboratorio per il Costituzionalismo europeo*, Troina, 2007, pp. 33 e ss.

ca può essere definito come quello delle “democrazie imperfette”. Ci pare che, per diverse ragioni, da parte del giurista europeo, le due questioni debbano essere affrontate simultaneamente. In primo luogo, infatti, si assiste, a partire dagli attentati dell'11 settembre 2001, al diffondersi, in Occidente, di una lettura “aggressiva” del principio di sovranità, con il conseguente emergere di non poche contraddizioni tra i fini universalistici del costituzionalismo e le condotte di auto-tutela – oggettivamente liberticide – delle democrazie occidentali adottate nell'affrontare la minaccia terroristica internazionale¹⁷. In secondo luogo, ciò da cui il costituzionalismo occidentale sembra doversi, e volersi, innanzitutto difendere è proprio l'integralismo islamico, sia sul piano identitario/securitario “interno”, sia sul piano geopolitico “esterno”. In terzo luogo, nell'area islamica la difesa e la diffusione delle democrazie sono state assicurate nel passato prevalentemente attraverso la presenza di regimi politici molto stabili, in grado di operare le loro scelte anche a prescindere dagli orientamenti generali della popolazione, mediante logiche decisionistiche, fondate sulla predominanza pressoché assoluta del vertice dell'esecutivo. Infine, perché l'Islam è portatore di una propria ideologia politica in senso lato, che mette in discussione radicale i fondamenti del costituzionalismo, il che spinge le società occidentali a cercare risposte o nel “relativismo” – nel tentativo, fatalmente infruttuoso, di fare dell'Islam una “differenza tra le differenze” – o, in alternativa, nella difesa di carattere “identitario” del diritto e della cultura politica dell'Occidente.

3. Il confronto sulla crisi del diritto pubblico europeo e il ruolo del giurista. La polarità Kelsen-Schmitt

Non è difficile vedere come, nell'esperienza weimariana fossero già presenti i nodi teorici di cui ai paragrafi precedenti. La ricerca di una *via tedesca* alla democrazia costituzionale fatalmente andava a smuovere – a *co-agitare* – le masse rocciose presenti nel sottosuolo dell'esperienza giuspubblicistica europea. La Repubblica di Weimar rappresentò, infatti, uno sforzo gigantesco per portare a sintesi, in chiave tedesca, le più avanzate esperienze costituzionali del tempo. Per questo, il pluralismo territoriale e quello socio-economico vanno considerati

¹⁷ La questione è stata con molta efficacia sintetizzata con l'espressione *Lo Stato di diritto s'è fermato a Guantanamo*, (questo il titolo di un saggio di Tommaso Edoardo Frosini, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2005). Per ulteriori riferimenti, cfr. C. Sbaìlò, “Carl Schmitt alla Casa Bianca. La dottrina Bush-Obama nello stato di emergenza e i nuovi equilibri di potere negli Stati Uniti”, in *www.forumcostituzionale*, 2010.

come due facce della stessa medaglia. Le classi sociali, le organizzazioni professionali e lavorative e i gruppi politici sono chiamati a cooperare per il benessere della Nazione, senza che si permetta a una determinata *Weltanschauung* di dominare sulle altre. La società "civile", nelle sue varie manifestazioni formali e informali, viene considerata non spettatrice passiva rispetto all'azione dello Stato centrale, ma parte integrante della vita pubblica.

Ovviamente, siamo di fronte a uno Stato *democratico*, fondato sul principio della sovranità popolare, che tuttavia viene limitata dal principio della supremazia del diritto. Tutte le più importanti cariche hanno carattere elettivo, ma sono previsti strumenti di garanzia sottratti alla dinamica elettorale. È qui che gioca un ruolo importante l'esperienza americana della supremazia del diritto sulla legge e del sindacato di costituzionalità. Nel caso degli Stati Uniti, si trattava soprattutto di controbilanciare il principio dello *spoils system*, in base al quale l'occupazione delle cariche pubbliche segue l'andamento delle vicende elettorali. Nel caso della Germania si trattava, invece, di limitare il potere della pubblica amministrazione, con le sue tradizioni di formalismo e autoritarismo. In una certa misura si può parlare anche di democrazia *partecipativa*, laddove si intenda questa come un sistema nel quale «singoli cittadini o rappresentanti di formazioni sociali sono posti in grado di esprimere il loro punto di vista nell'ambito di un procedimento di formazione di un atto dei pubblici poteri che è destinato a concludersi con un provvedimento dotato di effetti giuridici»¹⁸. In questo senso, ad esempio, può essere letto l'art. 165, dove si istituisce il «Consiglio economico del *Reich*», composto dai «consigli operai di distretto e quello del *Reich*» e da «rappresentanti degli imprenditori» nonché di «rappresentanti i gruppi di mestiere importanti ed in misura proporzionale al loro rilievo economico e sociale», al quale devono essere sottoposti «i progetti di legge in materia sociale ed economica di più rilevante importanza» e che può a sua volta farsi parte attiva nel processo legislativo. Accanto agli istituti di democrazia rappresentativa, nelle sue varie forme, la Repubblica di Weimar aveva al proprio interno anche istituti di democrazia "diretta", che però erano essenzialmente concepiti come uno strumento di riequilibrio interno alla dinamica dei poteri e di contenimento delle spinte riformatrici troppo radicali, soprattutto in materia costituzionale¹⁹.

In merito alla questione della tutela giuridica soggettiva, la Repubblica di Weimar rientra pienamente nell'ambito dello *Stato di diritto*. Anzi, in questo

¹⁸ Cfr. A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, 2a edizione, Milano, Giuffrè, 1998, p. 195.

¹⁹ Sul rapporto tra democrazia diretta e dinamica dei poteri, cfr. A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001.

sensu essa eredita l'evoluzione che proprio in Germania c'era stata nei secoli precedenti dallo Stato assoluto al *Polizeistaat* e infine al *Rechtsstaat*. Si potrebbe, anzi, dire che, in questo senso, l'esperienza weimariana è una delle più avanzate del tempo. In essa, infatti, si andava ben oltre la soggezione dello Stato al diritto anche nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici, per approdare alla prospettiva di una limitazione dei poteri dello Stato per effetto dell'estensione della facoltà del cittadino di ricorrere anche contro atti politici e legislativi ritenuti in contrasto con le garanzie costituzionali.

Ma, come si diceva, proprio questo tentativo tanto audace di "rivoluzione" costituzionale non poteva non costringere la scienza giuridica a interrogarsi sui suoi stessi fondamenti e, in particolare, sui processi "orogenetici" che portarono, tra il XVII e il XX secolo, alla formazione del paesaggio giuspubblicistico europeo. Il dibattito sul destino della sovranità ne è, ci pare, un esempio lampante.

Sul tema, due pensatori *politicamente* contrapposti, pervennero a soluzioni concettuali tra loro molto vicine, a dispetto delle radicali diversità di stile. Se per Hans Kelsen, infatti, l'Occidente doveva liberarsi della sovranità, una volta per tutte, prima sul piano concettuale e poi su quello della prassi²⁰, per Carl Schmitt l'ordine politico presuppone una decisione sovrana, in senso *ontologico* e non solo banalmente cronologico²¹.

Al di là delle divergenze, i due giuristi prendevano entrambi atto della crisi della sovranità e delle nuove forme che andava assumendo la violenza politica, con la conseguente crescente difficoltà di razionalizzazione dei conflitti. Giuristi tra loro contrapposti, prima che sul piano giuridico, su quello filosofico – filosofi accomunati dalla medesima determinazione a non ignorare la "voragine" – Schmitt e Kelsen dividevano il seguente problema: la dissoluzione del fondamento dell'ordinamento legislativo. Di qui, la centralità del dibattito sul ruolo – e, anzi, sul destino e sulla stessa natura della figura – del giurista. Oggi, come allora, la *reductio* del giurista dentro il perimetro della tecnicità rappresenta una *scelta filosofica*, alla quale legittimamente può essere contrapposta una scelta di segno opposto, in favore del ruolo *teologico* del giurista²². Per Kelsen, ebreo della Mitteleuropa, laicizzato e di radicate convinzioni liberal-democratiche, la crisi della sovranità non è che l'esaurirsi del "mito" del fondamento: di ciò il giurista deve farsi carico, con rigore, senza cercare "miti" sostitutivi. Egli porta alle estre-

²⁰ Cfr. H. Kelsen, *Il paradigma della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di A. Carrino, Milano, 1989, p. 489.

²¹ Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, 1979, pp. 33 e 40.

²² Cfr. C. Sbailò, "Schmitt o Leopardi: quale politica nell'età della deterritorializzazione", in *Politica del diritto*, 1/2002, pp. 111-136.

me conseguenze il razionalismo moderno, riconducendo tutto all'Uno, alla norma fondamentale. Per Schmitt, cattolico della Vestfalia, animato da un radicalismo anti-liberale con forti venature anti-ebraiche, invece, quell'assenza è il limite del Moderno, ovvero il fallimento del razionalismo (di cui, ai suoi occhi, è responsabile soprattutto la cultura ebraica europea: da Spinoza a Kelsen!).

Schmitt reagisce al "fallimento" del razionalismo attraverso il primato della decisione, contro la "deriva" formalistica del diritto pubblico tedesco del tempo. Ma non cerca – egli sa che non è più possibile – un nuovo fondamento ontologico. Nel *Nomos della terra* egli stabilirà, poi, un nesso essenziale tra lo spazio – la terra – e il diritto. Attraverso gli atti della conquista del territorio e della sua distribuzione, la terra mostra la propria giuridicità. Ma al movimento moderno dello sradicamento e della deterritorializzazione, Schmitt non oppone un nuovo radicamento, una riconquista del territorio da parte della politica, bensì una radicalizzazione dello sradicamento, anzi una scelta per la violenza come apertura dell'ordine. Egli conosce il destino dell'Occidente – il destino del "livellamento" delle responsabilità, ovvero il destino dello sradicamento moderno. Egli sa che l'Occidente vuole il mare liscio, "infecondo", origine della potenza, come dice Tocqueville²³. Del resto, era sotto gli occhi di tutti la dissoluzione delle metafore montane e silvestri nel linguaggio dei giuristi (nel senso più ampio, compresi i sociologi del diritto²⁴) – il "tronco" e i "rami", il "vertice" e la "base" di un sistema, la sua "saldezza" o la sua possibilità di "franare" – con locuzioni dal sapore marinaro: i "nodi" da sciogliere, l'"orientamento" della dottrina, la "tenuta" del sistema. La giuridicizzazione della politica portava alla trasformazione del conflitto tra Stati in "guerra civile". La spazialità "marina" vinceva così su quella "terrestre". Fu significativa, al riguardo, la richiesta belga di processare il *Kaiser* – richiesta che alla fine decadde, ma che pesò non poco sul clima nel quale si svolgevano i lavori di Weimar, ovvero, pesò sulla Costituzione "materiale", sulla legittimazione dello stesso lavoro dei costituenti. La dissoluzione dello *jus publicum europaeum* andava a coincidere, così, con la deterritorializzazione della politica – ovvero, dal punto di vista di Schmitt, con l'annientamento stesso della politica, con la soppressione dei vincoli tra potere e responsabilità, comando e obbedienza, *leadership* e rischio. È a tutto ciò che Schmitt contrappone la sua *decisione*. Per questo, ai suoi occhi, il nucleo incandescente della crisi weimaria-

²³ Cfr. Omero, *Odissea*, Libro V; Alexis de Tocqueville, *Discorso parlamentare del 30 novembre 1840*, "Per l'indipendenza della politica francese", in *Discorsi parlamentari*, a cura di Coldagelli, Torino, 1994, 286. Su Schmitt e Tocqueville cfr. l'introduzione di U. Coldagelli.

²⁴ Cfr. G. Rebuffa, *Nel crepuscolo della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello Stato*, Bologna, 1991.

na non risiedeva nel problema della “legittimità” del processo costituente – ché anzi la decisione “di dare al *Reich* il carattere di una democrazia costituzionale”, ovvero di uno «Stato borghese di diritto nella forma di una Repubblica democratica, con struttura federale» viene da Schmitt difesa proprio per il suo carattere di immediatezza e originarietà. La debolezza dell’esperienza costituzionale tedesca consisteva, al contrario, proprio nella scarsa consapevolezza dei suoi attori dell’originarietà del proprio potere costituente. Era questo il cuore della crisi weimariana. In altre parole, il riconoscimento del carattere originario della decisione non è presente in maniera adeguata nei protagonisti della Repubblica, che pertanto non sono nelle condizioni di reagire con sufficiente determinazione ai tentativi di sovvertire la Repubblica utilizzando i diritti da questa stessa garantiti²⁵.

Simmetricamente, rispetto a Schmitt, Kelsen affronta il problema della “dissoluzione” del fondamento del diritto attraverso la riduzione totale del diritto a tecnica. Dal punto di vista kelseniano, la scienza del diritto non dice nulla su ciò che sia giusto o meno, e neanche sulle ragioni storiche e sociali, o sulle conseguenze effettive, di una norma giuridica. Il diritto è una tecnica. La “norma fondamentale” non è prodotta, per definizione, da un’altra norma. E di conseguenza, la sua validità resta affidata alla sua efficacia, ovvero, in ultima analisi, alla forza. Ma il paradosso è del tutto apparente. Esso nasce dal fatto che, di fronte al problema dell’“ultimo anello della catena giuridica”, si ha il bisogno di trovare un fondamento, un punto ultimo. Ma la “norma fondamentale” non è “qualche cosa” che viene elaborato a partire da una particolare interpretazione dell’analitica kantiana. Essa è la condizione di pensabilità delle norme, e si sottrae, per assenza, all’analisi. Se noi potessimo “descriverla”, per assurdo, essa non sarebbe già più la norma fondamentale²⁶. La decostruzione dei “fondamenti” del diritto, in questo senso, si identifica con la deduzione rigorosamente proceduralistica della democrazia: una democrazia «può essere uno Stato liberal-capitalistico, socialista o anche totalitario»²⁷ poiché è l’elemento procedurale ad essere importante, “mentre l’elemento liberale – come contenuto particolare dell’ordinamento sociale – è di importanza secondaria”²⁸. Si tratta, con tutta evidenza, di una visione antitetica rispetto a quella di Schmitt, dal punto di vista delle conclu-

²⁵ Cfr. C. Schmitt, *La dottrina della Costituzione (1928)*, Milano, 1984, pp. 39-42.

²⁶ La descrizione di una norma può darsi solo sulla base del presupposto di una norma fondamentale. La norma fondamentale non esiste, non *ci* è, né in senso storico-naturale, né in senso giuridico. Cfr. C. Sbaillò, *Weimar*, cit., pp. 369 e ss.

²⁷ Cfr. H. Kelsen, *La teoria del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Milano, 1981, p. 39.

²⁸ Cfr. H. Kelsen, “I fondamenti della democrazia”, in *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 188.

sioni politiche. Ma essa condivide con la posizione schmittiana la consapevolezza della crisi radicale del diritto euro-continentale – crisi che è il nucleo incandescente del processo costituente weimariano.

4. Un tentativo di risposta razionale alla crisi della sovranità

La consapevolezza della crisi – o, quanto meno, del venir meno della assolutezza e dell'universalità – delle categorie giuspubblistiche euro-continentali, manifestatasi in maniera così radicale nell'incontro/scontro tra la prospettiva kelseniana e quella schmittiana, non fu estranea ai costituenti di Weimar. Se pure accogliamo la tesi schmittiana circa la scarsa consapevolezza del carattere originario del loro potere, essi ci appaiono comunque alla ricerca di una risposta razionale e democratica al declino della sovranità: i costituenti tedeschi cercarono di re-interpretare in chiave positiva e costruttiva quella crisi, "alleggerendo" il vincolo tra il destino dello Stato nazionale e della politica di potenza, da una parte, e il destino della Germania, dall'altra. Con Weimar si tentava, cioè, di rispondere alla crisi del modello euro-continentale senza adottare *sic et simpliciter* quello "anglosassone", ma anche senza contrapporsi a questo. Insomma, si potrebbe dire con linguaggio schmittiano, che a Weimar si cercò di non re-suscitare, bensì di "storicizzare" il conflitto tra "terra" e "mare", tra la tradizione euro-continentale della sovranità e la cultura anglo-americana della supremazia dei diritti. Adottando, invece, il lessico di Troeltsch e di Becker, potremmo parlare di un ripensamento "dinamico" dell'"identità" culturale-costituzionale della Germania.

Il rapporto con gli Stati Uniti è, in questo senso, di straordinaria importanza. Sono gli USA a credere innanzitutto al tentativo democratico tedesco e a finanziarlo, permettendogli di resistere alle dure rappresaglie economiche franco-belghe. E tra Berlino e New York è un continuo e intenso scambio di influenze, esperienze, mode²⁹. È l'Amministrazione USA a scommettere innanzitutto sulla Germania post-imperiale, considerata dagli *opinion leader* di Washington DC un laboratorio per la trattazione costruttiva, in termini democratici e liberali, del superamento di quelle logiche giuspubblistiche e giusinternazionalistiche "euro-continentali" che, a loro giudizio, avevano trascinato l'intero pianeta nella più tragica esperienza bellica fino ad allora conosciuta.

²⁹ Cfr. M. Göbel, *The Americanisation of the Culture of Weimar Germany*, Course, HIS 496S, Ethnicity in 20th Century Popular Culture, April 7th, 1999, Humboldt-Universität.

I costituenti garantirono la centralità dello Stato nazionale, ma riconobbero un ruolo importante alla società civile nella difesa e promozione dei diritti fondamentali e sociali.

Così, si ha un riconoscimento delle leggi internazionali³⁰ accanto alla affermazione del principio di sovranità. Mentre la tutela negativa dei diritti viene affiancata da un chiaro richiamo ai “doveri” del cittadino. Non è rinnegata l’esperienza euro-continentale, ben presente, anzi, nei progetti di integrazione sociale. Di certo, quel progetto democratico è lontano dalla tradizione giacobina, in quanto non contempla al proprio interno il superamento dello Stato autoritario attraverso la mera declinazione al plurale del principio di sovranità (leggi: attraverso il primato dell’Assemblea). Al contrario, esso è animato da una forte istanza costituzionalistica: si pensi solo alla costante preoccupazione del Legislatore costituente di limitare e razionalizzare l’esercizio della sovranità popolare.

Si trattava di una risposta alla crisi dello Stato nazionale, dunque, non in termini di arroccamento, bensì di apertura ad altre esperienze costituzionali dello Occidente – in una parola, di sperimentazione del pluralismo istituzionale. È questa forse una delle più significative eredità di Weimar per l’esperienza costituzionale europea.

È stata un’esperienza pratica di comparazione giuridica, grazie alla quale è stato possibile far luce sui valori fondamentali del costituzionalismo occidentale, al di là delle formule istituzionali in cui questi si sono concretati.

In particolare, i costituenti di Weimar nel tentare di rispondere alla crisi del paradigma Stato-nazionale con le strategie costituzionali fondate sul dialogo e l’interazione tra le culture giuridiche, posero le premesse per la «rivoluzione copernicana» del Secondo dopoguerra, con la centralità della «dignità umana»³¹.

Se, nell’età in cui «tutto vacilla» (Ernst Troelsch, Victor Klemperer, Zygmunt Bauman) il giurista deve «comparare e non copiare»³², ovvero deve assumersi la responsabilità *politica* di proporre “soluzioni” e non “modelli”, allora non si può che ripartire dal laboratorio-Weimar.

³⁰ Per una panoramica anche bibliografica, sul punto, v. Staff, “Forme di integrazione sociale nella Repubblica di Weimar”, in G. Gozzi e P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Annali dell’Istituto storico italo-germanico, Quaderno 24, Bologna, 1987.

³¹ Cfr. C. Amirante, “Diritti fondamentali e giurisprudenza costituzionale nell’esperienza tedesca”, in S. Gambino (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2012, pp. 383-413.

³² Prendiamo a prestito un’espressione dell’Associazione Italiana di Diritto comparato, che ha dato questo titolo al suo convegno salernitano del 2013.

Si trattò di una grandiosa esperienza di costituzionalismo *interculturale*, positivamente aperta alle esperienze straniere, ma al tempo stesso profondamente radicata nella storia e nella cultura della Germania. È sicuramente di grande utilità discutere dei limiti di quell'esperienza costituzionale, il cui elenco fu scritto in bozza già dai padri costituenti della Germania e dell'Italia: si va dall'astrattezza dei professori alla "debolezza" del patto costituente, dal carattere ibrido della forma di governo all'"utopismo" della Costituzione economica, dai *vulnera* emergenzialistici all'ipergarantismo nei confronti dei nemici della Repubblica e così via. Ciò non toglie che la costruzione del tessuto costituzionale europeo dopo la seconda Guerra mondiale si sia sviluppato sulla trama dell'incontro tra Costituzionalismo anglo-americano e *jus publicum europaeum* disegnata in Germania tra la fine del II e l'inizio del III *Reich*. Ed è innanzitutto percorrendo e ripercorrendo quella trama che oggi è possibile costruire un dialogo, oltre ogni pregiudizio e oltre ogni rigida tassonomia eurocentrica (ed euro-centrata), con le "altre" esperienze costituzionali e con le "altre" culture giuridiche.

*P. A. Diritto pubblico comparato, Università Kore di Enna

** In corso di pubblicazione in C. Amirante, S. Gambino (a cura di), *Weimar e la crisi europea, economia diritti politica*, Milano, Giuffrè, 2013