



DALLA *STAATSRECHSLEHRE* ALLA SOCIETÀ APERTA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO ED EUROPEO.

Peter Häberle

in un'intervista di

Robert Christian van Ooyen

(estate 2014)*

SOMMARIO: 1. Elementi di continuità nell'ambito della giuspubblicistica tedesca e la "Scuola di Friburgo". – 2. I classici, con particolare riguardo a quelli viennesi e weimariani. – 3 La teoria costituzionale della società aperta. – 4. La cultura costituzionale e la dottrina costituzionale comparata (europea). – 5. Diritti umani, libertà e democrazia.

R. Chr. van O¹.: Caro Prof. Häberle, nel corso del Suo lavoro ha proposto una lunga serie di concetti e chiavi di ricerca: "interesse pubblico", "società aperta degli interpreti della Costituzione", "dottrina della Costituzione come scienza culturale", "Costituzione del pluralismo", "la comparazione giuridica quale quinto metodo interpretativo", "la cultura quale quarto elemento costitutivo dello Stato", e infine "la dottrina del costituzionalismo europeo".

Non vorrei insistere molto su certi aspetti della sua biografia che sono ben noti; piuttosto, per la Collana "Staatsverständnisse"² risulta di grande interesse il suo originale approccio alla teoria della Costituzione che, naturalmente, nell'ambito del Volume viene discussa criticamente, anche con riguardo all'opera, alle influenze e alle posizioni che ne condizionano il "contesto".

1. Elementi di continuità nell'ambito della giuspubblicistica tedesca e la "Scuola di Friburgo"

R. Chr. van O.: Quanto è stata "tedesca" la sua percezione della "giuspubblicistica tedesca" nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta? C'è mai stato a suo tempo un dibattito sul contributo dell'outsider marxista Wolfgang Abendroth?

* Traduzione e note di Astrid Zei.

¹ Professore di Scienze dello Stato e della Società presso la *Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung* a Lubeca.

² Curata da Rüdiger Voigt per l'editore Nomos Verlag.

P. H.: Di fatto mi sono curato continuamente di pochi concetti pregnanti. Posso ricordare la metafora della “cultura costituzionale” (“*Verfassungskultur*”) (1982), i concetti del “diritto costituzionale della religione” (“*Religionsverfassungsrecht*”) (1976) e della “riserva parlamentare” (“*Parlamentsvorbehalt*”) (1972). Alcuni sono stati recepiti fino al punto che si sono diffusi nel linguaggio comune, come ad esempio la caratterizzazione del Tribunale costituzionale federale quale “Tribunale dei cittadini” (“*Bürgergericht*”).

Vengo alla sua prima domanda. Anche nella mia percezione di allora, negli anni Cinquanta e Sessanta, la giuspubblicistica tedesca era “molto tedesca”, dal momento che non si praticava alcuna forma di comparazione giuridica e la CEDU del 1950 non veniva trattata. Ci si concentrava in tutto e per tutto sulla Legge Fondamentale, sulla sua genesi e sul suo sviluppo, ed era un lavoro comunque impegnativo. Apparivano all’orizzonte le Costituzioni della “*Paulskirche*” del 1849 e quella di Weimar del 1919, ad esempio nelle belle lezioni di *Ernst Rudolf Huber (1903-1990)*. Naturalmente sullo sfondo c’era *Rudolf Smend (1882-1975)*; e *Konrad Hesse (1919-2005)*, attraverso i suoi famosi seminari di Friburgo che si tennero a partire dal 1956, ci ha introdotto presto a *Herman Heller (1891-1933)*. Per la stessa ragione ringrazio anche *Horst Ehmke (1927-)*. Degli “outsider” non ci si occupava. Non si trattavano neppure gli autori che si erano compromessi con il nazionalsocialismo, né “gli outsider marxisti”, come *Wolfgang Abendroth (1906-1985)*. Questi ultimi si misero in luce quando nel 1954 l’Associazione dei giuspubblicisti tedeschi votò riguardo alle relazioni che si sarebbero tenute nell’ambito del Convegno sullo Stato sociale di diritto di quell’anno³. La Rivoluzione del ’68, che ho vissuto con particolare intensità nel corso degli ultimi anni che ho trascorso a Friburgo, e poi a Tübingen (2° semestre 1969) e Marburg (dal 1969), d’un colpo ha travolto tutto, con enormi costi sul piano umano per me, ma anche talune conquiste sul piano scientifico.

R. Chr. van O.: Questo vale anche per la “Scuola di Friburgo” costruita sul pensiero di *Rudolf Smend* da *Konrad Hesse*? In questo caso che cosa c’è di diverso? La “dottrina dell’integrazione” del tedesco-nazionale *Rudolf Smend* ha pure contribuito alla dottrina weimariana e in molti punti non si distingue molto dalle ricostruzioni di *Carl Schmitt*. Come mai *Smend* dopo il 1945 – per usare le parole di *Wilhelm Hennis (1923-2012)* – è stato considerato “moderno”?

P. H.: Quella che *Roman Herzog (1934-)* ha presto (1971) etichettato come la “Scuola di Friburgo” per me è caratterizzata da un “pensare a partire dalla Costituzione” (anziché dallo Stato). La grande arte della costruzione giuridica del mio Maestro accademico *Konrad Hesse (1919-2005)*, quale si evinceva a lezione, ma anche dal suo oramai classico manuale “Fondamenti di diritto costituzionale della Repubblica federale tedesca”⁴, ci ha profondamente influenzato. Il pensare per principi e la tolleranza di uno sguardo aperto alla molteplicità ne era un tratto distintivo. Per il resto si rimane fermi sulla Legge Fondamentale

³ *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn am 15. und 16. Oktober 1953*, Berlin, de Gruyter, 1966.

⁴ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1999.

– conformemente al postulato della forza normativa del *hic et nunc* normativo. L'introduzione della comparazione giuridica, a Friburgo, con uno sguardo agli Stati Uniti (dal 1961) è merito di *Horst Ehmke*. Personalmente mi è stata assai utile l'idea di *Günter Dürig (1920-1996)* di un sistema di valori atto ad opporre dei limiti, che è stata accolta dal Tribunale costituzionale federale non solamente con riguardo ai diritti fondamentali; c'è stata la scoperta della comparazione giuridica nell'ambito del diritto civile, e l'apertura a ciò connessa, per la quale ringrazio gli scritti di *Josef Esser (1910-1999)* che avevo conosciuto di persona già a partire dal 1966 (oltre che per il suo grande progetto "Principio e norma nell'evoluzione giurisprudenziale del diritto privato" del 1956⁵). Non so se le posizioni di *Wilhelm Hennis (1923-2012)* siano corrette. Questi, del resto, si era anche distanziato un poco da *Rudolf Smend* sul piano scientifico. Infine non potrei mai dimenticare, a Friburgo, *Werner von Simson (1908-1996)*, che mi ha aperto lo sguardo sul diritto europeo e sul diritto internazionale (dal 1966).

2. I classici, con particolare riguardo a quelli viennesi e weimariani

R. Chr. van O.: *La pregherei di commentare, anche solo con un paio di frasi, la "forza" e la "debolezza" delle teorie dello Stato e della Costituzione dei "quattro grandi costituzionalisti". Cosa hanno colto e cosa è sfuggito a questi grandi?*

P. H.: Anziché rispondere alla Sua domanda, preferisco rifarmi all'immagine dei "giganti", sulle cui spalle siamo seduti. Anche se riusciamo a vedere un poco oltre rispetto agli stessi giganti, restiamo comunque dei nani. La classicità di Weimar nel diritto costituzionale dal mio punto di vista resta fino ad oggi insuperata, e aggiungerei volentieri ai "quattro grandi" un quinto gigante: *Erich Kaufmann (1880-1972)*, (si vedano le sue raccolte di *Scritti* in tre volumi, del 1960, cui si presta troppo poca attenzione⁶).

Rudolf Smend – Forza e debolezza

P. H.: La sua forza resta a tutt'oggi il suo approccio culturale e umanistico. Senza *Smend* non avrei mai potuto sviluppare la mia piccola "Tetralogia": Festività nazionali⁷, inni⁸, bandiere nazionali⁹ e cultura della rimembranza¹⁰ (1987-2011). Aggiungo l'assunto di *Rudolf Smend* in base al quale lo Stato esiste nella misura stabilita dalla Costituzione, che è stato ripreso e sviluppato nell'interpretazione della Legge Fondamentale: il grande giurista del partito socialdemocratico *Adolf Arndt (1904-1974)* si è espresso successivamente in termini simili. La

⁵ J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956.

⁶ *Gesammelte Schriften: Autorität und Freiheit*, E. Kaufmann, A. H. van Scherpenberg, K. J. Partsch (Eds.), Göttingen, O. Schwartz, 1960.

⁷ P. Häberle, *Feiertage als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

⁸ Id., *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007.

⁹ Id., *Nationalflaggen: bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

¹⁰ Id., *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat. »Denk-Mal« Themen, Geschichtsorte, Museen, nationaler und universaler Kulturgüterschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.

concezione dello Stato e della Costituzione di *Rudolf Smend* rimane tutt'oggi convincente. Essa è risultata particolarmente fruttuosa per la giovane Costituzione e per la coesione della società civile, in quanto rinvia ad una processualità e ad un rinnovamento permanente. Attraverso la lezione di *Konrad Hesse*, che accentua fortemente i profili normativi, le possibili debolezze della proposta di *Rudolf Smend* vengono superate.

Carl Schmitt – Forza e debolezza

P. H.: *Carl Schmitt (1888-1985)*, con la sua dottrina costituzionale del 1928, resta fino ad oggi insuperato: per la forma e il contenuto, la struttura e la chiarezza, l'innovatività e l'acutezza concettuale. Potrei mettere in discussione il suo decisionismo (“*normativ aus dem Nichts*”) e i suoi smarrimenti del periodo del nazional-socialismo con una mia vecchia massima: “Con *Carl Schmitt* non si può spiegare la Svizzera, né costruire l'Europa!”. In Svizzera si scuote la testa dinanzi al fascino che *Carl Schmitt* esercita, a tutt'oggi, in Germania. Giustamente, la sua contrapposizione amico-nemico viene accolta criticamente nell'ambito della fiorente democrazia semi-diretta.

Herman Heller – Forza e debolezza

P. H.: *Herman Heller* per me continua ad esercitare una grande influenza attraverso la sua definizione della “dottrina dello Stato come prodotto della cultura”.

A mio parere Heller era troppo incentrato sullo Stato in quanto tale. La sua proposta metodologica, che si apre al sociale, ci ha regalato il concetto centrale di “stati sociale”. La sua critica a *Hans Kelsen (1881-1973)* convince ancora oggi. Anche la sua personalità mi ha molto impressionato.

Hans Kelsen – Forza e debolezza

P. H.: Come uomo, e per i suoi sentimenti democratici, *Hans Kelsen*, che negli anni Sessanta non era presente in Germania, costituisce un modello. Il suo contributo per un sindacato di costituzionalità (sulle tracce di *Georg Jellinek [1851-1911]*) non deve essere però sopravvalutato. Le critiche di *Rudolf Smend* e *Erich Kaufmann* a *Hans Kelsen* del resto rimangono dei classici. Il suo formalismo e positivismo (“Ogni Stato è uno Stato di diritto”) rientrano tra le sue debolezze, sebbene la teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico (*Adolf Merkel [1890-1970]*) sia illuminante, anche se non bisogna rimanere impigliati in una concezione univocamente gerarchica. *Kelsen* resta importante come ammonimento per una razionalizzazione delle premesse concettuali e della scelta del metodo.

Mi permetta [infine] una parola su *Erich Kaufmann*, che Lei non ha menzionato. Io mi sarei potuto ricollegare a Lui nella mia Dissertazione sul contenuto essenziale dei diritti

fondamentali per via della sua visione istituzionale dei diritti fondamentali ¹¹. I suoi continui riferimenti al diritto internazionale e la sua formazione classica mi hanno affascinato anche nell'ambito di alcuni colloqui del 1963, ai quali mi aveva invitato in privato anche per l'eco della mia Dissertazione.

R. Chr. van O.: Certi approcci alla teoria dello Stato e del diritto con spunti spiccatamente sociologici hanno condizionato fortemente la giuspubblicistica tedesca, ovvero hanno alimentato accese controversie: basti pensare alla "dottrina dei due lati dello Stato" di Jellinek ¹². Lo stesso Kelsen, per il quale il concetto di "sociologia giuridica" di Eugen Ehrlich (1862-1922) risultava una provocazione nell'ambito della teoria della conoscenza, era comunque un deciso "realista del potere" in senso weberiano. Carl Schmitt è stato influenzato da Max Weber (1864-1920) tanto quanto dalla teoria delle istituzioni di Maurice Hauriou (1856-1929). Vorrei chiederLe ancora un paio di battute su Hauriou – in particolare, riguardo alla sua concezione dei diritti fondamentali - e su Max Weber.

P. H.: Mi sono accostato da Maurice Hauriou grazie al mio soggiorno di studio a Montpellier nel 1956/57. Il Preside Georges Péquignot me l'aveva raccomandato espressamente. Preso dall'entusiasmo giovanile acquistai quasi tutte le edizioni dei suoi libri. Da sola, la sua teoria delle istituzioni, che nella Germania della *Grundgesetz* era caduta nel dimenticatoio, mi ha permesso di approdare nel 1961 al doppio carattere dei diritti fondamentali, alla loro "funzione sociale", e alla necessaria ulteriore declinazione di tutti i diritti fondamentali, teorie che oggi risultano pacificamente accolte.

Max Weber l'ho letto quando ero ancora studente (1955): "Economia e società" così come gli studi sul protestantesimo e sulla "musicologia" (per via dei miei interessi musicali). Detto questo, non posso affermare di essere stato direttamente influenzato da lui sul piano scientifico.

3. La teoria costituzionale della società aperta

R. Chr. van O.: Il Suo concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione" mi suggerisce un collegamento con Habermas e Kelsen, oltre che con Karl Popper. A questo riguardo vorrei formulare una domanda di carattere "religioso": Lei crede, così come Popper e Kelsen, in un "progresso attraverso la ragione e la civilizzazione"? Inoltre, ritiene eventualmente che il "diritto" a questo riguardo possa configurarsi come uno strumento cruciale di intervento sul sociale?)

P. H.: Il concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione" ("*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*") – che oggi va letto sullo sfondo della cultura – l'ho formulato nel 1975,

¹¹ E. Kaufmann [et al.], *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i. W. am 29. und 30. März 1926*, Berlin, de Gruyter, pp. 2 ss.

¹² G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre (Das Recht des Modernen Staates, 1)*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1900.

dopo che nel 1971 era uscita la tesi dell'interpretazione costituzionale aperta. All'epoca conoscevo solamente il razionalismo critico di *Karl Popper (1902-1994)*, le cui tesi mi convincono tutt'oggi anche per altri versi. *Jürgen Habermas (1929-)* mi ha impressionato attraverso la sua tesi di abilitazione a Marburg sulla dimensione pubblica, mentre le sue teorizzazioni successive all'epoca non erano ancora conosciute. In ogni modo, proprio grazie a lui, nel 1969 sono giunto a formulare la teoria della "Costituzione come processo aperto" ("*Verfassung als öffentliche Prozesse*"). Nella storia della scienza spesso il rapporto tra *post* e *propter* non viene risolto. Il discorso libero di *Habermas* è un'importante utopia corredata di concretezza, per la quale nell'ambito di uno Stato costituzionale dovremmo sempre lottare, anche se ad un certo momento ci deve essere la forza di legge e l'esecuzione giudiziaria. Così come affermato dal Tribunale costituzionale federale nell'ambito della sentenza Lisbona: non dovremmo mai pensare che la nostra è l'ultima parola.

Ora vengo alla sua "domanda religiosa": finora ho continuato a mantenere uno spirito che accoglie l'ottimismo della scienza, in contrapposizione al pessimismo di uno *Helmut Schelsky (1912-1984)* degli anni Settanta. Nel *lungo* periodo si compie un progresso attraverso la ragione la civilizzazione, anche grazie ai testi classici di Platone fino a *Hans Jonas (1903-1993)*. Basti pensare, sul piano del diritto positivo, alla progressiva imposizione del divieto di tortura, ai diritti universali dell'uomo, alla tutela delle minoranze, al federalismo, ovvero al regionalismo, e al sindacato di costituzionalità. Il concetto di "progresso" si chiarisce in una prospettiva interdisciplinare: nello sviluppo coordinato della dignità dell'uomo, della democrazia, dello stato di diritto, della separazione dei poteri, dell'equità e del bene comune.

Assistiamo a qualcosa di simile alla processione danzante di Echternach: due passi in avanti e uno indietro.

Anche la riforma incrementale ("*Stuckwerkereform*") di *Karl Popper* per me resta decisiva. Lo studioso della Costituzione deve fare un respiro molto lungo in "Spazio e tempo". Oggi Internet, quale spazio a-statale e a-giuridico (*status naturalis*) ci pone quasi dinanzi a compiti che nell'ambito della scienza sono stati affrontati da *Hobbes* e da *Locke* (la parole chiave sono la tutela della sfera privata, il diritto d'autore, la neutralità della rete intesi come elementi di uno *status culturalis*). Nel determinare il rapporto tra libertà e sicurezza ci ritroviamo improvvisamente dinanzi ai quesiti classici.

R. Chr. van O.: La dottrina della costruzione a gradi di Hans Kelsen, ovvero di Adolf Merkel ha avuto anzitutto la funzione di superare la classica tripartizione tra i tre poteri dello Stato, che la scuola di Vienna, formata sul costituzionalismo del XIX secolo, sembra risolvere a favore dell'autorità, dello Stato sovrano, e dell'antidemocraticità. Accogliendo l'idea di una gerarchia tra le norme della Costituzione, della legge, del regolamento, la massima giurisprudenziale, e l'atto amministrativo, ogni attività statale deve essere compresa in quanto attuativa (rispetto alla norma di grado sovraordinato) e al contempo anche creativa (rispetto a quella di grado inferiore). In questa maniera Kelsen poteva far salvo il primato del potere "democratico" (il potere legislativo) in quanto collocato al vertice della gerarchia, e la giurisdizione (costituzionale) veniva concepita come ogni altra attività dello Stato, che è anche genuinamente politica, e dunque si configura come un momento di

“decisionismo” del potere politico, che trova così una sua collocazione nell’ambito della sua dottrina normativa dello Stato.

Questo ci permette di chiarire preventivamente – se capisco bene la sua idea – come la “società aperta degli interpreti della costituzione” si configuri come un radicale ampliamento della scuola di Vienna, posto che si tratta di una teoria che non ricomprende più solamente l’ambito di attività dei “tre poteri” dello Stato, ma si estende per ricomprendere anche la società. L’obiettivo sembra quello di democratizzare ulteriormente la dottrina kelseniana, che si informa ad una concezione ancora “statualista”, dove l’interpretazione costituzionale viene concepita come questione primariamente giurisprudenziale/giuridica, mentre, per quanto concerne la teoria democratica, essa si limita piuttosto alle istituzioni rappresentative parlamentari e della politica dei partiti. Si potrebbe sintetizzare così: società civile e interpretazione costituzionale come processo democratico della società?

P. H.: Il concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione”, che oggi risulta utilizzata in modo fruttuoso nel diritto costituzionale processuale soprattutto in America Latina, e in particolare in Brasile (*Public Hearings, amicus curiae*) è basata su un duplice ordine di argomenti. Anzitutto, sul piano della *teoria democratica*, l’ambito delle attività dello stato si estende nell’ambito della società pluralista. In questa prospettiva, il concetto di “società civile” che pure si rinviene in talune giovani costituzioni, risulta particolarmente felice. L’interpretazione costituzionale diviene un processo che si svolge nell’ambito dell’intera società. Quarant’anni addietro non potevo saperlo: probabilmente, sul piano della scienza della cultura, è possibile cogliere un parallelismo con il protestantesimo, vale a dire con la dottrina di Lutero rispetto al “clero di tutti i credenti”. In questa maniera possiamo riconoscere un secondo fondamento di questo paradigma elaborato nel 1975, che attiene alla *teoria dei diritti fondamentali*: ogni cittadino che viva la norma costituzionale in qualche misura contribuisce alla sua interpretazione. Ciò appare particolarmente chiaro quando si consideri ad esempio la rilevanza giuridica della libertà degli scienziati e degli artisti sul piano della teoria dei diritti fondamentali. Per questo, già nel 1969 mi ero concentrato sulla “coscienza di sé” come categoria giuridica. Oggi abbiamo dinanzi il compito di riprendere il paradigma della “società aperta degli interpreti della Costituzione” per applicarlo anche al diritto costituzionale europeo e al diritto internazionale in tutto il mondo. Appaiono delle costituzioni parziali in ambito nazionale ed internazionale.

R. Chr. van O.: *Nel quarto volume della Storia del diritto pubblico di Michael Stolleis* ¹³ (1941-) *si legge che il concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” mira alla rottura del “monopolio dei giuristi” e da quella sponda “come è prevedibile” tale teoria viene criticata* ¹⁴. *Dal suo punto di vista, si tratta di un comprensibile “riflesso di Pawlow” da parte della corporazione dei giuristi di fronte alla minaccia di perdere potere, oppure una parte della giuspubblicistica soffre di un profondo deficit democratico?*

P. H. Io sono cauto quando si tratta di attribuire deficit ad altri scienziati. Tuttavia credo si possa affermare che la teoria del 1975 ha avviato, o sollecitato, un cambiamento di pensiero

¹³ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 2012.

¹⁴ V. p. 327.

nell'ambito della corporazione dei giuristi. L'interpretazione costituzionale non è più preclusa, sia come tema che per quanto concerne le persone. La scienza giuridica si apre. Forse nel lungo periodo sarà possibile lo sviluppo di una giurisprudenza universale in quanto parte di una dottrina costituzionale universale.

R. Chr. van O.: Quale apporto, ma anche deficit, ravvede nello sviluppo della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale in tema di "democrazia"?

P. H.: I grandi apporti del Tribunale costituzionale federale vengono continuamente enfatizzati, anche da parte delle professioni. Per quanto mi riguarda ricordo oggi la mia vecchia definizione di "tribunale dei cittadini" per sottolineare il suo persistente radicamento nella società civile tedesca. Per quanto attiene alla democrazia non ravviso alcuna mancanza da parte del "Tribunale mondiale di Baden con sede a Karlsruhe". Posso valutare spontaneamente in modo positivo la giurisprudenza sul principio democratico del Tribunale costituzionale federale in quattro ambiti: anzitutto, con riguardo all'approfondimento del processo democratico sul piano della teoria costituzionale, con la vecchia sentenza sul partito comunista tedesco (*KPD-Verbot* del 17 agosto 1956¹⁵), che è stata pionieristica; in secondo luogo, con riguardo alla forte accentuazione della libertà di pensiero e di stampa in quanto diritto fondamentale originario (*Urgrundrecht*) (essenzialmente a scapito della tutela dell'onore personale), così come con riguardo all'accentuazione della libertà di riunione (sentenza *Brokdorf* del 14 maggio 1985¹⁶); in terzo luogo, le pronunce sulla pubblicità delle attività del governo e sui suoi limiti; infine, vorrei menzionare la rielaborazione del rapporto tra la dignità dell'uomo e il principio democratico, vale a dire tra gli artt. 1 e 20 della Legge Fondamentale. La scienza in questo caso ha preso le mosse dal mio contributo del 1987¹⁷ (la tesi era che dalla dignità dell'uomo deriva un diritto fondamentale alla democrazia).

*R. Chr. van O.: Mi piacerebbe discutere ancora, e più in dettaglio, del rapporto tra la dignità dell'uomo e la democrazia che Lei ha appena menzionato, e a questo proposito avrei due questioni particolari da sottoporle che riguardano il Tribunale costituzionale federale: nel dibattito pubblico è emersa nuovamente con forza, e su più ampie basi, una controversia sul Tribunale costituzionale federale che appare forse "troppo forte", il quale, dopo essersi concesso da solo la necessaria autorizzazione con la sentenza *Lüth* [del 15 gennaio 1958, BVerfGE 7, 198], ha prodotto da allora decisioni connotate da una certa pervasività che attengono a tutti gli ambiti del vivere. Matthias Jaestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger¹⁸ tracciano un bilancio dei "sessant'anni del Tribunale costituzionale federale" trattando di un "tribunale senza confini", che stabilisce anche i parametri di giudizio, nonché, ricollegandosi al famoso lavoro di Bernd Rüter (1930-) del 1968¹⁹, di una "interpretazione illimitata"; la stampa ha scritto di uno "stato dei giuridici arbitrari"*

¹⁵ BVerfGE 5, 85.

¹⁶ BVerfGE 69, 315.

¹⁷ P. Häberle *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, J. Isensee e P. Kirchhof (Eds.), I, München, Beck, 1987, pp. 815 ss.

¹⁸ M. Jaestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht - Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

¹⁹ B. Rüter *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968.

(Christian Rath²⁰) e Governo e Parlamento tornano spesso a ragionare di riforme legislative o addirittura di modifiche costituzionali, non da ultimo quale reazione alla recente giurisprudenza sull'Unione europea. Le chiedo se Lei condivide questo disagio e – senza voler paventare la drammatizzazione schmittiana dello “stato giurisdizionale” – se Karlsruhe ha troppo potere.

P. H.: Il Tribunale costituzionale federale nel corso di molti decenni è divenuto molto “forte”, forse persino “dominante”. Io non direi che “si è autorizzato” con la sentenza Lüth, dal momento che si tratta di una pronuncia basata sul rispetto dei diritti fondamentali intesi come valore, che giova a tutti i Tribunali ed inoltre anche all'amministrazione pubblica del bene comune. Inoltre nelle clausole generali del diritto civile restano molte massime (*weisheiten*) che sono espressione di una cultura giuridica che si può far risalire fino al diritto romano. Il valore particolare assegnato all'ordinamento legislativo e l'autonomia dei giudici nei “*propria*” si sono mantenuti. Non bisognerebbe parlare del Tribunale costituzionale federale come di un tribunale “privo di limiti”. Anche il richiamo alla “interpretazione illimitata” di Bernd Rütters mi pare proposto troppo alla leggera. Si tratta di definizioni che non andrebbero associate; sarebbe del tutto sbagliato, posto che la formula di Rütters era stata coniata sullo Stato totalitario del periodo del nazionalsocialismo, e si riferiva al primato accordato sul piano giuridico all' “ordine del Führer” (“*Führerbefehl*”). Semmai si potrebbe trattare di tendenze verso una “statualità giurisdizionale” riprendendo un vecchio concetto (“*Richterstaat*”) formulato in Austria (da René Marcic [1919-1971]). Il concetto di “Stato dei giudici arbitrali” (“*Schiedsrichterstaat*”) è sbagliato. Difatti il Tribunale costituzionale federale nelle sue delicate operazioni di bilanciamento ha sempre posto l'accento sulla discrezionalità del legislatore democratico. In questa maniera ha esercitato una spiccata forza integratrice, che risulta adeguata all'esercizio di un sindacato di costituzionalità nell'ambito di uno stato costituzionale cooperativo dei giorni nostri.

In effetti a Berlino occasionalmente vengono valutate revisioni legislative o costituzionali ed è una fortuna che, nel rispetto di una separazione culturale (spaziale) tra i poteri, il Tribunale costituzionale federale abbia sede a Karlsruhe, così come il Tribunale federale svizzero ha sede a Losanna, vale a dire ad una certa distanza materiale dalla Capitale.

Non bisognerebbe discutere di revisioni costituzionali. Si tratta di prospettive che mettono in discussione l'architettura della separazione dei poteri iscritta nella Legge Fondamentale che ha mantenuto la sua integrità nel corso di decenni.

Si potrebbe in ogni caso ipotizzare di eliminare il controllo astratto di costituzionalità. Ma ci sono delle ragioni se esso è stato essenzialmente mantenuto sino ad oggi. Tra le modifiche legislative si è ipotizzata l'introduzione di un “procedimento basato sul libero accoglimento” delle questioni sollevate con un ricorso individuale; tuttavia anche questa ipotesi di riforma andrebbe bocciata, posto che proprio il libero accesso al Tribunale costituzionale ne fa un “Tribunale dei cittadini”.

²⁰ C. Rath, *Der Schiedsrichterstaat. Die Macht des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Verlag Klaus Wagenbach, 2013.

Si discute anche di una modifica delle competenze del Tribunale costituzionale federale in materia di giustizia elettorale. Ad una riforma del genere si potrebbe tuttavia opporre la necessità che il Tribunale costituzionale federale disponga di un potere di controllo rafforzato, posto che attraverso la legge elettorale lo stesso legislatore fissa le regole che lo riguardano più direttamente. Peraltro, a mio parere la pronuncia del 25 luglio 2012²¹ si spinge troppo oltre, perché, anche con tutta la buona volontà, dalla Legge Fondamentale non si ricava alcun numero prestabilito (tanto meno 15) riguardo ai mandati in eccedenza: “*Judex non calculat*”.

Riguardo ad una modifica della procedura di nomina dei giudici mi sono già espresso ricogliendomi alla proposta di *Ernst Friesenbahn* (1901-1984) formulata sin dal 1972 nell’ambito del Convegno di Bonn. Avevamo proposto un’audizione pubblica sul modello del Senato statunitense. L’argomento a sfavore consiste, e a ragione, nel rischio che i candidati alla carica di giudice escano danneggiati da tale dibattito. Se oggi sussiste questo pericolo è per via del potere sfrontato esercitato dai Media nella nostra Repubblica. Pertanto si potrebbe semmai ipotizzare di ottenere una maggiore legittimazione democratica dei giudici affidando la loro elezione non più alla Commissione del Bundestag bensì all’assemblea. Questo esempio dimostra, peraltro, quanto siano diverse le singole culture giuridiche pure nell’ambito dello stato costituzionale, e le identità nazionali che esse custodiscono. Negli Stati Uniti si procede pacificamente ad una audizione pubblica dei candidati alla carica di giudice. Nella nostra repubblica di oggi ciò – con ogni probabilità – non sarebbe possibile. Forse nel futuro si compirà un processo di maturazione della nostra cultura democratica, e anche dei Media.

4. La cultura costituzionale e la dottrina costituzionale comparata (europea)

R. Chr. van O.: Accanto al concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” vi sono altri due orientamenti che assumono un’importanza fondamentale nell’ambito della Sua dottrina costituzionale: la comparazione e i riferimenti alla scienza culturale. Sulla comparazione giuridica si era sempre lavorato – così anche i grandi costituzionalisti del XX secolo, come Georg Jellinek e Hans Kelsen, e, nella seconda metà del XX secolo, anche Karl Loewenstein (1891-1973). La stessa “dottrina della democrazia” di Schmitt e le sua polemica con la democrazia e con il parlamentarismo non sarebbero quasi immaginabili senza lo sguardo filofrancese. Al contempo qui la comparazione appare limitata essenzialmente a certi profili della teoria delle forme di Stato. Di contro quale è la peculiarità di quello che Lei ha definito il “quinto metodo interpretativo” e in che misura esso implica una particolare accentuazione della comparazione tra orizzonti culturali nella prospettiva europea?

P. H.: Io ho cercato di lavorare su tutte le varie tematiche e sulle funzioni dello “Stato costituzionale”, inteso come un particolare *tipo* di Stato, con riguardo sia alla disciplina dei diritti fondamentali, sia ai profili organizzativi.

²¹ BVerfGE 131, 316.

Questo lavoro ha preso le mosse dai Preamboli (v. la mia Lezione introduttiva di Bayreuth del 1981) e si è concluso con le disposizioni finali e transitorie contenute nelle varie Costituzioni. Ho imparato soprattutto dai lavori di diritto comparato nell'ambito del diritto civile, come quelli di *Max Rheinstein* (1899-1977), *Ernst Rabel* (1874-1955) e *Josef Esser* (1910-1999). Inoltre i francesi già a suo tempo avevano prodotto molto utilizzando il metodo della comparazione nell'ambito del diritto civile e del diritto costituzionale. Accanto a *Georges Burdeau* (1905-1988), basti pensare a *Maurice Hauriou* (1856-1929). I grandi nomi di *Georg Jellinek* (1851-1911) e *Hans Kelsen* li ha già fatti Lei. I Preamboli della Costituzioni si comprendono considerando quella che è la loro funzione: essi devono letteralmente “conquistare” i cittadini, e creare “pieno assenso” circa il contenuto della Costituzione. I buoni Preamboli spesso sono un “avvenimento testuale” (“*Textereignis*”). Essi rielaborano il tempo (la storia, il presente e il futuro) e enunciano il contenuto essenziale del testo costituzionale che segue. Preamboli impressionanti nel periodo recente si rinvencono nelle costituzioni del Sud-Africa (1996), della Polonia (1997) e dell'Albania (1998). Le disposizioni finali delle Costituzioni, che spesso vengono considerate solamente come norme di carattere tecnico si possono esaminare attraverso la comparazione giuridica, che consente di evidenziarne la struttura e le diverse tipologie. Io mi permetto al riguardo di rinviare al mio saggio pubblicato negli Scritti in onore dello svizzero *Martin Lendi*²². Volendo spostare la comparazione sul piano culturale i Preamboli corrispondono ai Preludi e alle Ouverture nella musica, e al Prologo delle opere teatrali. Queste riflessioni di diritto comparato su cui esercitavo la mia penna hanno avuto grande slancio dopo l’ “*annus mirabilis*” dello Stato costituzionale: il 1989. Ma si potrebbe facilmente portare avanti una comparazione intranazionale, con lo sguardo alle costituzioni dei Länder dell'Est e ai processi di recezione che lì si sono avuti. In Italia e in Spagna, dove vi è un regionalismo aperto, risulta parimenti fruttuosa una comparazione tra gli Statuti regionali, intesi come “piccole Costituzioni”.

Mi spesi per intronizzare la comparazione giuridica intesa come “quinto metodo interpretativo” intervenendo per la prima volta nel 1989; significativamente fu nell'ambito di un'audizione nel senato spagnolo a Madrid. L'idea che la comparazione tra i diritti fondamentali andasse intesa come una comparazione tra orizzonti culturali risale al 1979; l'idea di comparare le diverse culture costituzionali è del 1982. L'idea che la comparazione corrisponda al quinto metodo ha una valenza pedagogica, e risulta efficace, diciamo, come manifesto. Dovrebbe risultare particolarmente facile da memorizzare.

Al riguardo bisogna prestare attenzione al fatto che i quattro, ovvero i cinque metodi interpretativi non vanno considerati in successione. Fino ad oggi nessun giurista è stato in grado affermare esattamente quando e come debbano essere collegati i diversi metodi interpretativi. Si presume che un giudice esperto, nell'ambito di un controllo di legittimità, applichi tali metodi *ex post*. Questi potrebbe iniziare dal testo e dalla storia, da lì procedere ad

²² P. Häberle *Strukturen und Funktionen von Übergangs- und Schlußbestimmungen als typisches verfassungsstaatliches Regelungsthema und – instrument*, in *Festschrift für Martin Lendi. Das Recht in Raum und Zeit*, A. Ruch, G. Hertig e U.C. Nef (Eds.), Zürich, Schulthess, 1998, pp. 137 ss.

una interpretazione di tipo sistematico, e infine approdare ad una interpretazione di tipo teleologico. È significativo a questo proposito che *Konrad Hesse* nell'ambito del Convegno dei giuspubblicisti di Innsbruck (1980) abbia affermato che il Tribunale costituzionale federale non affronta alcuna discussione astratta sul metodo quando assume una decisione ²³. Mi pare che giudice *Renate Jaeger* mi abbia riferito qualcosa di molto simile a proposito della CEDU nell'ambito di una conversazione.

Risulta determinante a questo riguardo la tesi del contesto che avevo formulato nel 1979, legata ad una comparazione tra i diversi orizzonti culturali: non vi è testo, senza contesto! Più precisamente: non esistono norme giuridiche, ma solo “norme giuridiche *interpretate*” a seconda del contesto. Qui trova spazio una ricerca sui processi di recezione. In Europa, in particolar modo, una comparazione giuridica attenta al contesto si alimenta della cultura, nei suoi singoli aspetti e nel suo insieme. I testi costituzionali si formano attraverso processi straordinariamente incrementali. Cito volentieri una massima di Papa Gregorio Magno: “*Scriptura cum legentibus crescit*”. Io lo posso completare così: *Constitutio cum legentibus et viventibus crescit*.

R. Chr. van O.: *Restando in tema, potremmo fare un passo indietro con qualche nota su Gerhard Leibholz (1901-1982) – magari anche di carattere biografico – e sull'apertura dello Jahrbuch des öffentlichen Rechts al diritto internazionale e comparato.*

P. H.: *Gerhard Leibholz* per me è stato un grande esempio, anche nella direzione editoriale dell'Annuario. Io l'ho potuto incontrare solamente due volte: la prima quando ero studente a Freiburg in occasione di una lezione tenuta presso la *Amerikahaus* (nel 1967, su una questione spinosa: se il Parlamento di Bonn potesse sorprendere il Tribunale costituzionale riapprovando una disposizione che quest'ultimo aveva espressamente dichiarato illegittima), e la seconda in occasione del suo 80esimo compleanno nei Colloqui di Göttingen (documentati nel volume del 1982 curato da C. Link ²⁴). Devo ringraziare *Leibholz* per avermi consentito di proseguire regolarmente nell'illustrazione delle Costituzioni dei Länder tedeschi nello *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*; inoltre, seguendo le sue orme, ho lasciato che la rivista si diffondesse in Paesi stranieri e finanche Oltremare. La sua personalità mi ha affascinato per la sua brillante retorica e la sua formazione ampia e profonda. Con sua moglie (nata *Bonhoeffer*), per gratitudine, ho mantenuto i contatti ancora per alcuni anni.

R. Chr. van O.: *Lo “Stato” e i suoi tre elementi per Lei non sono nulla che sia dato in natura – tanto meno l'elemento “popolo” – così come invece si rinviene nell'ambito della dottrina conservatrice-organica e come era per il già giudice costituzionale Paul Kirchhof (1943). Piuttosto Lei concepisce lo Stato della tradizione di Cicerone, Kant e anche Kelsen, vale a dire sul piano normativo, come una comunità di diritto, che si costituisce attraverso il diritto, e in particolare attraverso la Costituzione. Questa è anche una delle ragioni per cui Lei,*

²³ K. Hesse, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980*, Berlin, de Gruyter, 1981.

²⁴ C. Link, G. Leibholz *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1982.

attraverso la Sua “Dottrina costituzionale europea” (“Europäische Verfassungslehre”) concepisce e riesce a descrivere l’integrazione nel quadro dell’Unione europea sul piano giuridico in maniera molto più elegante rispetto a quanto non consenta la nozione di “Staatenverbund”, elaborata a partire dalla sentenza Maastricht, che piuttosto oscilla inesorabilmente tra il classico dualismo della Confederazione di Stati del diritto internazionale e la Federazione del diritto degli Stati nazionali. Diversamente dal neopositivismo normativo per Lei, come per Heller, il diritto e la costituzione non vanno intesi in una accezione puramente “di diritto positivo”, ma soprattutto sul piano “culturale” (come prodotto della “cultura”?).

Per questo Lei una volta – richiamandosi a Günter Dürig²⁵ – aveva parlato della “cultura” come del “quarto elemento della statualità”. Devo intenderlo semplicemente come una stiletta alla tradizione della “dottrina dei elementi”, a fini “euristici”, ovvero – per usare termini fuori moda – nel senso che lo “Stato culturale” (“Kulturstaat”) costituisce uno degli “obiettivi dello Stato”, ovvero per questa via – lo dico con un po’ di sarcasmo – arriveremmo ad un lungo elenco di Stati i quali, presentando delle “lacune culturali” si potrebbero vedere negate le qualità statali e conseguentemente anche un posto nell’ambito delle Nazioni Unite?

P. H.: L’idea della cultura come quarto elemento dello Stato la devo al grande Günter Dürig (1920-1996). Purtroppo lui non l’ha sviluppata ulteriormente. Forse il grande lavoro di commento alla costituzione (il Maunz/Dürig) l’ha letteralmente trattenuto molto. Dal mio punto di vista, se dovessimo indicare un ordine, la cultura è addirittura il primo degli elementi dello Stato. Per questo parlo di “Costituzione come cultura” (“Verfassung als Kultur”) e “dalla cultura” (“Verfassung aus Kultur”) (da ultimo nuovamente nel 2013). Con la dottrina costituzionale europea ho tentato di fatto di lasciarmi alle spalle le diverse teorie confederali per affrontare l’Unione europea. Preferisco parlare dell’Unione europea come una “comunità costituzionale” (“Verfassungsgemeinschaft”).

La cultura va concepita anzitutto in una accezione pluralista. Nel 1979 avevo parlato di una “concezione aperta della cultura” (“offenen Kulturkonzept”). Anche gli animisti africani devono essere presi sul serio, così come le ninfe in Grecia, la tutela della natura intesa come tutela della cultura. Esiste una cultura alta, una cultura popolare, e culture alternative. Le nuove costituzioni in America-Latina e in Africa rispettano spesso in modo nuovo le culture native. Pertanto, la sua proposta sarcastica di negare ad una comunità il carattere della statualità in mancanza di cultura, va respinta. L’alterigia delle potenze coloniali europee nei confronti delle popolazioni sottomesse era irresponsabile. La formulazione che si riferisce ai “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (art. 38, primo co., lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia del 1945) è ancora più arrogante.

R. Chr. van O.: Da un paio di anni si torna periodicamente a discutere animatamente di introdurre nella Legge Fondamentale la “cultura” come principio costituzionale, vale a dire come compito della politica, forse anche come reazione alla “economizzazione” del mondo nel quadro della c.d. “svolta neoliberale”, sintetizzata

²⁵ A. Freiherr von der Heydte, G. Dürig, R. Naumann, H. Spanner [et al.], *Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither*, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, *Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither. Die Berufsbeamten und die Staatskrisen*, Berlin, de Gruyter, 1955, pp. 23 ss.

col richiamo alla dottrina della “Scuola di Chicago”, per arrivare al “reaganomics” e al “tatcherismo”. Anche se in questo senso sarebbe auspicabile imporre alla politica, nel definire gli aggiustamenti necessari al bilancio, di non procedere sempre anzitutto con tagli ai bilanci della cultura e della formazione, al contempo mi chiedo se l'introduzione di un vincolo costituzionale non significherebbe anche una tendenziale “statalizzazione” della cultura che comporta anche il pericolo di una “cultura di Stato”.

All'inizio Lei ricordava l'apporto di Horst Ehmke, il quale – probabilmente in forza dei suoi studi a Princeton – ha introdotto la prospettiva americana nella “Scuola di Friburgo”. Riguardo alla tanto paventata “economizzazione” si pone una questione che, proprio nella prospettiva tedesca, risulta un'eresia: non sarebbe opportuna, al contrario, una riforma costituzionale che, riannodandosi al grande motto della democrazia americana – “life, liberty and pursuit of happiness” – perseguisse come obiettivo “meno Stato”, anziché uno “Stato culturale”?

Ancora, con riguardo al ruolo del Tribunale costituzionale federale, che abbiamo dianzi affrontato nella sua problematicità, sul piano della politica del diritto mi chiedo se un principio costituzionale che ricomprenda il concetto di “cultura”, connotato da una certa vaghezza, non darebbe adito a Karlsruhe di occuparsi anche della politica della cultura.

P. H.: Partiamo dal presupposto che con il successo delle democrazie occidentali sul materialismo scientifico del blocco orientale nel 1989 il mondo libero ha conosciuto un'economizzazione senza precedenti. Tale fenomeno riguarda quasi tutti gli ambiti della vita, basti pensare solamente all'infelice espressione “capitale umano”. Forse a questo riguardo stavolta vale veramente la dialettica di *Hege*: il materialismo si trasferisce in Occidente. Solo un'economia di mercato sociale può essere congeniale allo stato costituzionale, anche se ciò lo si trova, espresso testualmente, solamente in alcune costituzioni, in particolare nell'Europa orientale (v. l'art. 20 della Costituzione polacca). L'economia deve essere intesa solamente in senso strumentale. La svolta neo-liberale e il *tatcherismo*, di cui Lei parla, secondo me costituiscono un grande pericolo. Dal 1980 mi schierai a favore dell'introduzione di una clausola sullo Stato culturale nella Legge Fondamentale, e ho scritto al riguardo anche prima della Commissione istituita a suo tempo dal Bundestag. Sul piano della legislazione ordinaria, un modello lo si rinviene nelle leggi austriache sulla promozione della cultura. Se si assume un concetto aperto, pluralista, di cultura, il pericolo da Lei paventato di una “cultura di Stato” non sussiste, posto che esisterebbe invece un pluralismo dei portatori di cultura.

Il concetto di cultura non è affatto vago se ci si proietta nei singoli ambiti di vita: nella formazione e nell'istruzione, negli obiettivi dell'educazione e della tutela dei beni culturali, nelle libertà culturali, come la libertà della scienza e dell'arte. Il Tribunale costituzionale federale in una pronuncia recente sulla tassazione per la promozione della cinematografia [sentenza del 28 gennaio 2014, BVerfGE 135, 155] ha felicemente indicato questa strada e ha nobilitato i miei sforzi per una dottrina costituzionale della cultura, a partire dal 1982, con una citazione. Karlsruhe di certo non intraprenderebbe alcuna politica della cultura, posto che si tratterebbe piuttosto di controllare solamente le competenze della Federazione, dei Länder e dei Comuni. Tale politica resterebbe sempre prerogativa del legislatore democratico e delle istanze culturali.

R. Chr. van O.: *In questa quarta parte vorrei passare infine a tutt'altra questione, vale a dire al "problema linguistico" in Europa: senza dubbio il pluralismo linguistico è espressione di un multiculturalismo inteso in una accezione altamente positiva. La Svizzera, che Lei per certi aspetti valuta positivamente, da lungo tempo ci dimostra come si possa costruire una Res Publica in uno spazio politico transnazionale. Ciò nonostante in Europa la "confusione linguistica" resta uno dei talloni di Achille dell'integrazione, posto che non si tratta di tre o quattro lingue, ma quasi di una "Babilonia".*

Se proviamo a spiegare il processo politico europeo riprendendo da Aristotele e Cicerone l'idea che la Polis, vale a dire la Res Publica, si costituisce attraverso la partecipazione comune alle questioni pubbliche, dobbiamo poi considerare, che, sul piano pratico, senza una comune comprensione della lingua, questo processo nel lungo periodo non può funzionare se non con difficoltà.

Questo è forse l'argomento utilizzato da coloro che difendono la sovranità dello Stato nazionale per opporsi agli integrazionisti; non da ultimo perché in questa maniera l'Europa resta il progetto di una élite poliglotta ed estremamente mobile, oppure perché semplicemente si ripone molta fiducia nel rapido progresso delle tecnologie informatiche per la traduzione. Vorrei chiederLe se dal suo punto di vista esiste una proposta che offra una (rapida) "soluzione".

P. H.: La Svizzera è il mio modello da molti punti di vista: anzitutto per la democrazia semi-diretta, per la lentezza contrapposta al "Velocifero" già paventato da Goethe, per la struttura federale, nell'ambito della quale la cultura costituisce l'"anima" del federalismo, per il cantiere aperto delle Costituzioni cantonali sempre rivedibili, parzialmente o totalmente, che da decenni hanno fatto della Svizzera un laboratorio di politica costituzionale di primo rango. Non da ultimo, la libertà linguistica, rielaborata sul piano testuale, scientifico e giurisprudenziale, costituisce un modello. In Europa la pluralità delle lingue di fatto è un problema. Tuttavia esistono anche altre forme per esprimere la partecipazione comune alle questioni pubbliche. Penso agli inni nazionali (all'inno europeo di Beethoven). Penso alle bandiere nazionali (alla bandiera europea). Penso a molte tematiche e forme che danno espressione ad una cultura della rimembranza (ad esempio ai musei e ai cimiteri di guerra). Tutto questo l'ho rielaborato nella mia piccola Tetralogia.

Non bisogna farsi trascinare da una mobilità superficiale e dall'ideologia del progresso tecnico. Di fatto l'Europa ha bisogno anzitutto dei cittadini, vale a dire una democrazia dei cittadini, come continuo ad auspicare dal 1977. Detto questo, i traduttori digitali possono offrire un aiuto limitato. Io e un rinomato giurista francese ci comprendiamo dai tempi di un Convegno di Montpellier (nel 2013) proprio in questo modo. Io comprendo il suo elegante francese e faccio tradurre dal suo computer il mio tedesco svevo.

5. Diritti umani, libertà e democrazia

R. Chr. van O.: *Lei distingue la libertà "pubblica", repubblicana, da quella "privata", concepita in senso liberale come "libertà dallo Stato". Neppure quest'ultima, tuttavia, è "data in natura", perché invece è mediata,*

vale a dire determinata dalla cultura, posto che la comunità si costituisce come tale solo a partire dalla Costituzione. Da qui il Suo netto rifiuto nei confronti dei sostenitori del diritto naturale, i quali, richiamandosi ad una natura dell'uomo "vera", immodificabile sono presto sospettabili di ideologia.

Al contempo Lei pone espressamente l'accento sul significato della dignità umana, con un richiamo diretto ai diritti umani e alla democrazia. Lei parla della dignità umana come un "diritto(-parametro) alla democrazia", come "presupposto che ha un fondamento nell'antropologia culturale", e lo fa anche per la democrazia, e concepisce la "democrazia pluralista come conseguenza della dignità umana sul piano organizzativo".

Nella dottrina di area tedesca, e soprattutto nell'ambito della giuspubblicistica, non è affatto comune tematizzare la democrazia e lo Stato di diritto (come pure la democrazia e il liberalismo) se non proprio come contrapposti, quanto meno come qualcosa di completamente diverso. Mi vengono in mente, a parte Habermas, solamente altri due autori, che hanno concepito questo rapporto in termini analoghi: Hannah Arendt, che formulando un "diritto ad avere diritti" considera i diritti dell'uomo identici ai diritti del cittadino, poiché altrimenti essi risulterebbero subordinati allo status politico del cittadino, e poi di nuovo Kelsen. Per Kelsen lo "Stato" e la "cittadinanza" si costituiscono attraverso le leggi (attraverso la "soggezione alle norme"), e naturalmente in una repubblica libera è necessario che esse possano essere approvate. Entrambi tipicamente concepiscono la democrazia diversamente dall'area tedesca, dove si concettualizza comunemente un'"uguaglianza nazionale": si tratta invece di una "eguale libertà". Riprendendo la Sua teoria della "società aperta degli interpreti della Costituzione" questo in definitiva verrebbe a significare che, posta questa condizione minima di "eguale dignità" e "autonomia" dell'uomo occorre continuamente rinegoziare la libertà e l'uguaglianza nell'ambito del procedimento legislativo democratico. Ovviamente si tratta di un processo negoziale e interpretativo che, dal punto di vista culturale, può variare nel tempo e nello spazio, così che, per quanto concerne il risultato, la democrazia resta "aperta".

Se ho ben compreso, in questa prospettiva la critica avanzata, tra gli altri, da Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-) all'interpretazione relativista dell'art. 1, primo co., LF consegnata recentemente da Matthias Herdegen (1957-) al Commentario di Maunz/Dürig non fa che riaprire un dibattito "pre-democratico" di "ieri".

P. H.: La mia idea di distinguere tre ambiti repubblicani è sempre culturalmente mediata: dipende dalla Costituzione. Uno sguardo alla "vera" natura dell'uomo non ci è quasi possibile, non con un approccio interdisciplinare, mentre sul piano del diritto costituzionale si può dire molto sull'immagine dell'uomo nello Stato costituzionale: nel senso dell'immagine dell'uomo moderatamente ottimista di un Montesquieu (la separazione dei poteri come un soldo di sfiducia, ma anche la presunzione di innocenza, come un soldo di fiducia).

Sin dal 1987 la dignità dell'uomo costituisce per me una premessa che trova un fondamento nell'antropologia-culturale per rivendicare un diritto fondamentale (parametro) alla democrazia. L'idea di Hannah Arendt (1906-1975) di un diritto ad avere diritti, è risultata presto convincente. Non trovo utile Kelsen. Le leggi non significano "soggezione alle norme". Di fatto occorre sempre rinegoziare le condizioni minime dell'eguale dignità e dell'autonomia, così come la partecipazione culturale (così si è espresso il Tribunale costituzionale federale) al procedimento legislativo democratico, anche lavorando sul consenso di fondo. Questi processi

possono variare nel tempo e nello spazio, e diversificarsi anche a seconda dell'identità nazionale. Ciò sta sullo sfondo dello Stato costituzionale "cooperativo", che costituisce una tipologia dei giorni nostri.

La clausola relativa alla dignità dell'uomo, quale che sia il contesto culturale, deve essere concepita in senso "assoluto" (io concordo sul divieto assoluto di tortura). La proposta di *Böckenförde* per me risulta problematica da diversi punti di vista, come del resto accade in genere. La tesi secondo cui la democrazia dovrebbe essere intesa "propriamente" come democrazia rappresentativa, nell'esperienza comparativa, e considerando la Svizzera, risulta semplicemente sbagliata.

Io evito "il gergo dell'autenticità", molto tedesco (mi riferisco ad Adorno), di ciò che è "propriamente". Per il resto la tesi preferita di *Böckenförde* secondo cui lo stato vive di presupposti - tesi che, peraltro, questi non ha formulato autonomamente - è banale, ovvero falsa. Tutto ciò che è su questa terra vive di presupposti che non siamo stati noi a creare, ma lo stato costituzionale altrocché se crea esso stesso dei presupposti. Basti pensare anche solo agli obiettivi educativi nella prospettiva generazionale e in particolare al tema di "*Zeit und Verfassung*", così come ad altri fattori di integrazione quali i preamboli, gli inni e le bandiere, e anche le festività.

R. Chr. van O.: Il legame essenziale tra dignità dell'uomo e democrazia non determina anche un generale "diritto di voto degli stranieri"?

Dal collegamento essenziale tra la dignità dell'uomo e la democrazia discende coerentemente un diritto di voto degli stranieri europei nelle elezioni comunali. Difatti gli stranieri vivono e lavorano nella quotidianità in un luogo che ha una dimensione comunale, nell'ambito di comunità locali. Un generale diritto di voto degli stranieri nello stato costituzionale in questo stadio sarebbe utopistico. Già esiste una cittadinanza mondiale, di carattere platonico, che riguarda la cultura, e che può essere reclamata con riguardo al patrimonio culturale dell'umanità dell'UNESCO e al patrimonio naturale, così come attraverso diritti di partecipazione culturali. Tuttavia un generale diritto di voto degli stranieri farebbe saltare l'identità culturale dello Stato nazionale. La peculiarità dell'Unione europea di oggi è che i cittadini non sono più stranieri gli uni rispetto agli altri. Tutta l'Unione europea è un "territorio amico".

R. Chr. van O.: Professor Häberle, La ringrazio molto per l'intervista e per la Sua ospitalità!

P. H.: Sono io che La ringrazio per l'accurata articolazione di questa intervista e al contempo per il volume. Le interviste scientifiche hanno una grande e risalente tradizione in America Latina, così come in Italia e in Spagna (negli ultimi 15 anni non ne ho concesse poche). Forse questo piccolo testo potrà contribuire a rendere questo "genere letterario" un poco più domestico, e questo per via dei suoi spontanei riferimenti alle mie vicende personali, sarebbe un di più.