



P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 149.\*

**I**l Volume di Paolo Ridola scaturisce dall'intento di ripercorrere le più importanti elaborazioni scientifiche della giuspubblicistica tedesca del XIX e del XX secolo attraverso un viaggio, condotto non tanto con la pretesa di offrire un quadro accademicamente completo della riflessione su Stato e Costituzione, ma piuttosto con l'intento di condividere l'itinerario personale di studio e ricerca che, in maniera trasversale, della cultura tedesca ha abbracciato la letteratura e la filosofia ancor prima del versante giuridico. Quattro punti cardinali, in particolare, orientano la *deutsche Reise* dell'Autore (così egli stesso la definisce nella sua introduzione, a p. VI). L'analisi spazia così dalla nascita del *Reich* guglielmino – cui la prima sistematizzazione dello *Staatsrecht* tedesco è contemporanea – all'approvazione della Costituzione della Repubblica di Weimar. Da ultimo, le disamine del rapporto fra Costituzione e democrazia e del concetto di “spazio pubblico” conducono agli approdi della dottrina giuspubblicistica tedesca più recente.

Nel primo capitolo, in particolare, l'Autore ripercorre la discussione sui fondamenti scientifici del diritto pubblico che hanno accompagnato il processo di unificazione del *Reich* tedesco. Il pensiero di Paul Laband e la sua opera più importante, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876-1914) costituiscono la sistemazione più imponente del diritto pubblico del *Reich* guglielmino e pertanto rappresentano il punto di partenza dell'analisi. Nel positivismo formalcostruttivistico di Laband, il diritto è un “sistema costituito da connessioni logiche di categorie, in sé completo e concluso, autosufficiente e completamente privo di lacune” (p. 2) e pensabile solo all'interno di concetti generali. Il ricorso a criteri esclusivamente logico-formali e l'irrilevanza di ogni valutazione di ordine storico, politico e filosofico per la ricostruzione della scienza giuridica sono funzionali, da un lato, alla stabilizzazione degli assetti politico-costituzionali del nuovo stato nazionale

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

tedesco e, dall'altro, alla protezione di un certo blocco sociale egemone di cui quel diritto era espressione: da quest'ultimo doveva rimanere esclusa la società, con le sue tensioni e divisioni. Nel rifiuto di qualsiasi contaminazione dell'argomentazione giuridica con valutazioni di ordine storico si cela la volontà di "lasciarsi alle spalle il passato tormentato della storia costituzionale tedesca, per concentrare l'attenzione della *Staatsrechtslehre* esclusivamente sulla nuova fase apertasi con il compimento della unificazione del *Reich*" (p. 4), laddove proprio le contraddizioni del *Reich* lasciavano intravedere "tutti i nodi ancora irrisolti del problema della sovranità" (p. 6).

In netta antitesi con il pensiero labandiano si pone la teoria organicistica di Otto Gierke (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868-1913), più volte ripresa in altre parti del libro. Secondo Gierke lo *Staatsrecht*, lungi dall'esserne avulso, "scorre" assieme alla vita – storica, politica, culturale - dello Stato (*Staatsleben*). La giurisprudenza, pertanto, non deve operare su degli *apriori*, ma lavorare sul dato del diritto positivo come realtà storica; anche i concetti che la scienza giuridica elabora posseggono una validità storica (*geschichtliche Gesetzmäßigkeit*) e non puramente logica. Fra società e diritto intercorre infatti una relazione "genetica", di modo tale che la scienza del diritto dello Stato non può non prendere in considerazione le "condizioni – anche di natura politica – sotto la cui influenza le norme e gli apparati concettuali dello *Staatsrecht* sono venuti ad esistenza e rispetto alle quali sviluppano la loro efficacia" (p. 10). Su tali premesse, Gierke critica l'idea labandiana di *Staatspersönlichkeit* che, imbrigliando lo Stato fra le categorie civilistiche della personalità giuridica, lo ha ricondotto all'archetipo del soggetto individuale titolare di diritti e doveri invece di considerarlo un corpo collettivo (*Gesamtpersönlichkeit*). Al contrario, per Gierke lo Stato e gli altri aggregati umani sono aggregati sociali che, pur essendo costituiti da individui, in quanto "organismi collettivi" (*Genossenschaften*), hanno un'esistenza propria, superiore e distinta. In tal modo, Gierke riesce a ricondurre il "poderoso edificio dello *Staatsrecht* del primo stato nazionale tedesco alle remote scaturigini consociative e comunitarie del diritto germanico" (p. 17). Il diritto positivo, dunque, non può porsi su un piano di separatezza autoreferenziale rispetto alla società ma è, al contrario, solo la forma esteriore che storicamente assume lo "spirito della collettività" (*Gemeingeist*).

Nell'economia narrativa del primo capitolo la prospettiva di Georg Jellinek rappresenta il terzo stadio di una triade dialettica. Sottolinea l'Autore che il pensiero di Jellinek, da un lato, tenta di reinnestare motivi della tradizione liberale sull'impianto statualistico-autoritario della dogmatica labandiana dello *Staatsrecht* e, dall'altro, è caratterizzato da una "robusta consapevolezza delle reali dinamiche sociali del potere e dell'imponente processo di modernizzazione degli apparati e dei compiti pubblici che il primo *Reich* aveva messo in opera" (p. 19). In tal senso, Jellinek distingue in via preliminare fra dottrina generale dello Stato (*Allgemeine Staatslehre*), che considera lo Stato come un "prodotto della società", e dottrina generale del diritto dello Stato (*Allgemeine Staatsrechtslehre*), il cui oggetto sono le

norme che costituiscono la struttura giuridica dello Stato; l'anello di congiunzione fra i due piani – sociale e normativo – è costituito dai fini fondamentali che ogni istituzione sociale si impone di perseguire, i quali rispecchiano i frangenti storici nei quali essa si sviluppa. Nel sistema concepito da Jellinek il legame fra *Soziallehre* e diritto non ricostruisce il rapporto fra potere e diritto in termini antagonisti; al contrario, Jellinek riconduce il diritto ad un “sostrato sociale di rapporti di forza, cui esso è funzionale” (p. 23). Secondo il giurista di Lipsia, infatti, il diritto “nasce dall’interiorizzazione nella coscienza collettiva della forza normativa di rapporti di potere affermatasi in via di fatto” (alla *normative Kraft des Faktischen* si riporta l’Autore a p. 23).

Nel secondo capitolo l’Autore ha declinato la Costituzione di Weimar alla stregua di un’“esperienza” storica e di un “paradigma” dogmatico per sottolineare l’importanza che la Costituzione di Weimar ha assunto per gli sviluppi del costituzionalismo del XX secolo. In un primo momento, la Costituzione di Weimar viene considerata alla stregua di un’“esperienza” storica. Soccorre a tal proposito l’insegnamento di Orestano per cui le manifestazioni del giuridico si alimentano di esperienze particolari delle persone, i cui “vissuti individuali concorrono a comporre un ordine intessuto non di astrazioni concettuali ma di frangenti storici concreti” (p. 35). Attraverso tali esperienze, pertanto, il diritto prende corpo nella sua complessità, comprensiva di comportamenti e di riflessioni e non solo di norme, in un continuo farsi che origina dalla storia delle singole esperienze; Ridola evidenzia come, nel caso della Costituzione di Weimar e del periodo successivo alla *Novemberrevolution* del 1918, si tratti per lo più di esperienze che ai destini individuali sono drammaticamente legate. In questo senso la *Umorientierung* di Thomas Mann, che ripercorre problematicamente la distanza (*Spannung*) fra le prospettive inconciliabili di *Kultur* e *Zivilisation*, rappresenta a pieno titolo il tassello di una transizione costituzionale dall’*establishment* del *Reich* guglielmino (cui egli aderisce in maniera assai decisa nelle *Betrachtungen eines Unpolitischen* del 1918) al nuovo ordine democratico plasmato dalla Costituzione di Weimar (si veda, al riguardo, il *Saggio autobiografico* del 1930).

L’analisi dell’“esperienza” di Weimar si snoda attraverso i suoi aspetti caratterizzanti e, nella maggior parte dei casi, problematici, come “il salvataggio, la preservazione e il consolidamento dell’unità nazionale” (p. 47) e, all’un tempo, l’“accoglimento del principio della democrazia parlamentare come pilastro fondamentale degli assetti di governo” (p. 47); la “conflittualità latente fra il *Reichstag* ed il Presidente del *Reich*, [che] si innestava sulla medesima legittimazione, derivante dall’investitura del corpo elettorale” (p. 49); il potere d’ordinanza del Presidente, esteso dall’art. 48 sino al limite della sospensione dei diritti fondamentali (p. 52); il catalogo dei diritti fondamentali, considerata la parte più innovativa della Costituzione di Weimar. Ricorda l’Autore che quest’ultimo aspetto ha rappresentato in maniera paradigmatica “uno snodo decisivo del costituzionalismo democratico del secolo XX”, poiché “ha dato peculiare risalto all’apertura delle costituzioni alla società, alle

reali condizioni di vita ed alla trama di relazioni sociali entro le quali si dispiega la libertà umana” (p. 55); e sempre i diritti fondamentali sono stati oggetto delle critiche più acute da Carl Schmitt (in quanto espressione di un “compromesso dilatorio” fra ideologie in antagonismo) e da Rudolf Smend (che invece nella concezione dei *Grundrechte* come diritti negativi di difesa riconosceva “gli angusti limiti della mentalità borghese”: p. 60). In conclusione: non solo la parte organizzativa, ma anche il catalogo dei *Grundrechte* della Costituzione weimariana rispecchia “le contraddizioni che hanno segnato la vicenda storica ed i destini della Repubblica tedesca” (p. 64).

Evidenzia l’Autore che il “pensare per paradigmi” non è “funzionale alla costruzione di generalizzazioni astratte, ma tende a far scaturire dalla complessità e dalla varietà delle esperienze criteri e orientamenti per la comprensione del reale” (p. 66), nello stesso modo in cui l’“esperienza” weimariana è il risultato e la sommatoria di esperienze individuali e concrete, storicamente determinate. La lettura della Costituzione di Weimar come “paradigma degli sbocchi, non privi di elementi di incertezza e di ambivalenza, degli ordinamenti costituzionali democratici del primo Novecento” (p. 67) è allora il secondo *Leitmotiv* che l’Autore imprime al capitolo. In tal senso, l’opera di Hermann Heller, costretto all’esilio dall’avvento del nazismo, è quella che più efficacemente è in grado di rappresentare il paradigma della crisi della Repubblica di Weimar. Per Heller alla base delle norme vi sono “atti di volontà che si proiettano verso la produzione di effetti giuridici”; il diritto ha la “funzione di dare forma ai contenuti di senso espressi dall’unità organizzata dello Stato, trasformando in un ordinamento giuridico gli impulsi di azione e di decisione che provengono dalla realtà sociale” (p. 71).

Nel terzo capitolo l’Autore approfondisce il pensiero di diversi Maestri nella prospettiva del rapporto fra costituzione e potere politico nella democrazia di massa. Si prendono le mosse dalla dottrina della costituzione di Carl Schmitt, secondo il quale è impossibile armonizzare costituzionalismo e democrazia e la costituzione, piuttosto, è espressione della “decisione esistenziale” (*existentielle Entscheidung*) di un ordinamento totalizzante, nel quale non possono trovare posto “limiti del potere, concorrenza delle opinioni e degli interessi, dialettica fra maggioranza e minoranze, così come lo stesso pluralismo è concetto sostanzialmente ricacciato fuori dalle dinamiche sociali” (p. 81). Sull’elaborazione schmittiana fra identità e rappresentazione come principi basilari della forma politica si innestano il pensiero di Gerhard Leibholz, che sostiene che lo Stato democratico si manifesta come “Stato di partiti” (*Parteienstaat*) ed è basato su una “relazione di tipo identitario (o plebiscitario) fra popolo, partiti e organi di direzione politica” (p. 84), e di Ernst Fränkel, che propone una classificazione degli ordinamenti democratici in base al rapporto fra componenti rappresentative e plebiscitarie al loro interno.

Oggetto di ampia parte del capitolo è, poi, la parabola della riflessione di Max Weber sul rapporto fra potere e diritto che sottolinea, nei suoi esiti finali, “la funzione della forza

e della predisposizione di un apparato coercitivo come base della giuridicità dell'ordinamento” e, convertendosi in una “sociologia «comprendente» che ricongiunge diritto e potere, *ratio* e *voluntas*, in un nesso funzionale indissolubile” (p. 100), approda all'affermazione della superiorità del governo delle leggi, già per altra via fatta propria dal positivismo giuridico.

L'Autore individua le due linee di tendenza nelle quali si è sviluppato il rapporto tra costituzionalismo e democrazia: quella di Carl Schmitt e quella di Hans Kelsen. La prima si pone al di fuori della cornice del costituzionalismo (quando con essa non espressamente in contrasto), perché tenta di tradurre le dinamiche delle democrazie secondo una concezione machiavelliana della politica. La seconda, invece, rielabora forme di razionalizzazione del potere politico, “con l'obiettivo di calare principi ed istanze basilari del costituzionalismo nella cornice della democrazia di massa” (p. 101). Secondo Kelsen, il principio di rappresentanza è lo strumento con cui un processo di decisione può giungere alla massima approssimazione all'idea di libertà (e non a quella di eguaglianza): il principio maggioritario, infatti, cerca di assicurare la libertà al maggior numero possibile di persone, così contribuendo alla trasformazione del concetto di libertà in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato. La procedura parlamentare è il banco di prova per saggiare il rendimento del principio di maggioranza; il “compromesso”, fondato sulla reciproca tolleranza, è l'anello essenziale del rapporto fra libertà politica e integrazione sociale. Per Kelsen “garanzie della costituzione significa garanzie della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzie della costituzionalità delle leggi” (p. 107). La sua ricostruzione sfocia allora nell'innestare l'impianto teorico del controllo di costituzionalità sul tronco del parlamentarismo e nel costruire la legge incostituzionale come atto annullabile da un sindacato di costituzionalità. Ciò in netta polemica con Carl Schmitt, che attribuisce il ruolo di “custode della costituzione” al Presidente della Repubblica, il solo che potrebbe garantire l'unità dello Stato (p. 110).

All'ultima parte del capitolo è dedicata la riflessione sulla “dottrina dell'integrazione” (*Integrationslehre*) di Smend, nata dalla reazione al giuspositivismo di Laband e Jellinek e al formalismo di Kelsen. A questi l'approccio smendiano rimprovera di non analizzare i contenuti materiali, in primo luogo sociologici e teologici, che sono il presupposto e al tempo stesso l'oggetto delle norme. L'individuo e la comunità sono “momenti di una coordinazione dialettica i cui membri sono [...] polarmente coordinati fra loro (p. 114): coordinamento inteso come integrazione degli individui nel “contenuto di senso” (*Sinngehalt*) e nella “sostanza omogenea” dello Stato. Per Smend lo Stato è entità dinamica e non statica, che viene ad esistenza grazie a più modelli di integrazione fra individui differenti e fra questi e la comunità politica.

Nel quarto e ultimo capitolo l'Autore si interroga sulla nozione di "spazio pubblico" e sul rapporto problematico fra pluralità sociale e unità statale. Secondo l'Autore, tutte le riflessioni riguardanti la relazione fra Stato e società nelle democrazie pluralistiche si collocano nello spazio compreso fra i due assi estremi della loro "integrazione" (Smend, Heller, Hesse) e della loro "contrapposizione" (Luhmann, Böckenförde, Isensee); il tema della sussidiarietà, osserva l'Autore, rappresenta "un angolo di osservazione privilegiato" di tale rapporto (p. 129), perché nasce e si sviluppa oscillando costantemente fra questi due poli. La riflessione di Giovanni Althusius, coeva alla nascita dello Stato moderno in Europa, apre a un assetto federale basato sulla sussidiarietà, nel quale il popolo è un insieme organizzato di corpi collettivi e la politica un processo fortemente unitario dove l'individuo e gli antagonismi individuali sono lasciati sullo sfondo. Hugo Preuß, sulla scia dell'insegnamento di Althusius e sviluppando la categoria gierkiana della *Genossenschaft*, elabora una teoria della sovranità secondo cui i Comuni, gli Stati e il *Reich* sono livelli di una stessa "articolazione su più piani del potere politico-sociale" (pag. 125).

Rileva l'Autore che nella discussione sulla "sfera pubblica" sono confluite esperienze culturali differenti: l'una, riconducibile alle parole tedesche *öffentlich* e *Öffentlichkeit*, "dà risalto alla condizione dell'essere «aperto» ed accessibile alla conoscenza"; l'altra, "di derivazione latina (*publicus*), ma ripresa dalla tradizione anglosassone (*public*, *publicity*), collega il significato del termine ad un «popolo organizzato» a vari livelli, al mondo di valori ed alla struttura organizzativa di una comunità politica" (pp. 130-131). A seguito della contaminazione delle originarie varianti semantiche, il concetto di "pubblico" ha assunto, in particolare, due accezioni. La prima mette in luce l'accessibilità dei luoghi dove si forma l'opinione pubblica e gli interessi della collettività vengono dibattuti (Kant la definisce "formula trascendentale del diritto pubblico"). La seconda pensa la pubblicità come elemento essenziale dell'organizzazione sociale, in quanto è nello spazio pubblico che il gruppo sociale "si realizza" e "impara ad essere consapevole del proprio compito" (Smend).

Negli sviluppi del dibattito successivo assume importanza centrale la ricostruzione di Jürgen Habermas secondo cui il diritto delle moderne società pluralistiche si legittima nell'autodeterminazione dei cittadini, artefici del diritto al quale sono sottoposti per il tramite della partecipazione al "processo" democratico; possono dunque pretendere legittimità solo quelle leggi che scaturiscono da un "processo legislativo discorsivo", che rinviene la sua fonte di legittimazione nei presupposti comunicativi e procedurali della formazione dell'opinione pubblica. La complessità delle società pluralistiche configura lo spazio pubblico come uno "schema di rapporti centro-periferia" (p. 135); mentre il centro è costituito dalle istituzioni, la periferia è composta dai gruppi sociali che agiscono come interlocutori dei parlamenti, delle amministrazioni e della giurisdizione, sollevando i problemi della collettività e cercando di immetterli nel processo legislativo.

L'Autore ripercorre gli itinerari delle critiche all'eccessivo formalismo della concezione habermasiana. Secondo alcuni (Alfred Rinke), il rapporto fra spazio pubblico istituzionalizzato e non istituzionalizzato non potrebbe essere ricondotto *sic et simpliciter* alla dicotomia "centro-periferia": nelle moderne società occidentali le due aree operano a stretto contatto e frequenti sono le compenetrazioni reciproche. Un secondo filone di critiche, sviluppatosi nel quadro della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, rimprovera ad Habermas di aver sopravvalutato la forza dei legami consensuali e di non aver considerato che l'intersoggettività può sfociare tanto nell'accordo, quanto nella disunione. Altri pensatori (Arno Scherzberg) hanno lamentato l'incapacità dell'*Öffentlichkeit* habermasiana di offrire soluzioni che tengano conto della differenziazione degli ambiti della comunicazione nelle società contemporanee. Gli indirizzi di pensiero neoliberali hanno invece criticato il "tentativo di costruire lo spazio pubblico come trascendimento della sfera privata, concepita come il luogo dell'individualismo egoistico, anziché come quello dell'autorganizzazione della società che alimenta le stesse prassi discorsive dello spazio pubblico" (p. 140).

L'ultimo capitolo del libro si chiude con la ricostruzione, da parte di Peter Häberle, della costituzione come "processo pubblico" (*Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978). Secondo Häberle, poiché la Costituzione come base di una società aperta si fonda sull'equilibrio fra continuità e mutamento, essa deve reggersi non solo sui congegni che ne assicurino la formale supremazia, ma soprattutto su "processi evolutivi" che ne rendano possibile l'adeguamento flessibile agli sviluppi del tempo, sia con riguardo alle tradizioni ed ai contesti storico-culturali che in essa si stratificano, sia in una prospettiva di proiezione verso il mutamento e sviluppi futuri. In tale processo, lo "spazio pubblico" è quello in cui vengono formulati opzioni e punti di vista che possono dare impulso a sviluppi dell'interpretazione costituzionale e che, per questa via, divengono costituzionalmente rilevanti (c.d. "società aperta degli interpreti": p. 147). La democrazia perde il connotato "identitario" di ascendenza smendiana e diviene essenzialmente "organizzazione nella società di interessi antagonisti e del conflitto": diviene così più stringente il nesso che la lega allo spazio pubblico, all'*Öffentlichkeit* intesa come "spazio in cui la società si organizza democraticamente" (p. 148).

Non è semplice dare un giudizio al Volume di Paolo Ridola. Tuttavia, per far sì che il metodo con cui viene formulato il primo possa essere all'altezza del secondo (pur con la cautela che sempre s'impone a chi scrive quando si ha a che fare con dei Maestri), si può provare ad utilizzare quegli stessi concetti di "esperienza" e "paradigma", con cui nel libro si è dato conto dell'importanza della *Weimarer Reichsverfassung*. Attraverso la lente dell'itinerario della propria ricerca, l'Autore ha magistralmente messo a fuoco i risultati cui è pervenuta la dottrina giuspubblicistica tedesca, ordinando a sistema gli studi intrapresi nel tempo e ridando linfa e vigore a elaborazioni talvolta risalenti e, proprio per questo,

dimenticate o date per scontate dall'odierna letteratura scientifica. In definitiva, l'Autore ha ripercorso ciò che l'evoluzione scientifica ha significato per i destini individuali, fra cui il proprio; ma questa, a ben vedere, altro non è che la consegna, a chi legge, della *propria* esperienza storica.

La *deutsche Reise* è allora prima di tutto una *innere Reise*, la cui direzione (*Richtung*) parte da Smend, collega Hesse e Häberle (p. 143) e giunge sino a Ridola. In ciò, invece, può leggersi “Stato e Costituzione in Germania” come “paradigma”: che di Häberle – cui il libro è dedicato – l'Autore fa proprio l'insegnamento per cui la scienza giuridica è il prodotto di fattori culturali (“*ein Stück Kulturwissenschaft*”), comprensivi delle “correnti del pensiero filosofico, delle manifestazioni artistiche, delle tendenze estetiche e letterarie, della mentalità, del gusto, del costume” (p. 36), ma la cui individuazione – va qui rilevato – è tuttavia problematicamente rimessa all'interprete. A ciò è connessa la prospettiva critica nei confronti del positivismo giuridico, introdotta nell'analisi su Gierke (p. 9) e ripresa dall'Autore in più punti del Volume; purtuttavia, proprio il positivismo ha messo in luce che la nascita dello Stato moderno è dovuta alla necessità di un “distacco, una certa misura di «distanza» dalla società, così come la neutralità dello Stato rispetto ai conflitti che si agitano all'interno di essa” (p. 127).

Nel complesso, il Volume di Paolo Ridola si dimostra non solo una validissima sintesi della dottrina giuspubblicistica del XIX e XX secolo, pur rielaborata secondo i tratti caratterizzanti appena menzionati, ma soprattutto un prezioso strumento per avvicinarsi – né si potrebbe esprimerlo meglio che con le stesse parole dell'Autore – a “quei giganti, stando sulle cui spalle riusciamo a comprendere meglio, e soprattutto con un orizzonte più largo, il fascinoso universo dell'ordine politico della società” (p. VI).

Lucio Adalberto Caruso

