

# Possibilismo del pensiero costituzionale

di Gustavo Zagrebelsky

PETER HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di Paolo Ridola, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993, pp. 7-298, Lit 49.000.

Il testo che qui si presenta è la traduzione di tre capitoli di uno tra i più importanti libri di teoria costituzionale pubblicati in Germania nel secondo dopoguerra, (*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Freiburger Rechts- und

dente da (e preminente su) questo o quel contenuto specifico di questa o quella costituzione positiva. Si può dunque dire che è una trattazione di diritto costituzionale generale o di teoria della costituzione, la cui validità dipende dai caratteri essenziali delle odierne società pluralistiche e democratiche.

L'opportunità della segnalazione di questo libro, fuori dalle sedi specifiche del dibattito giuridico, non nasce tuttavia solo dalla portata generale del

stessa esegesi e in genere il significato che i testi costituzionali vengono ad assumere. Questa interpretazione non può oggi essere monopolio di nessuno. L'interpretare la costituzione è attributo della sovranità, esattamente come il dare o modificare una costituzione. Ma nello Stato democratico pluralista l'idea stessa di sovranità, come potere concentrato e incondizionato, viene meno. La sovranità — se ancora può essere usato questo termine — è un processo a tanti lati, con

desimi oggetti e problemi di cui si occupa il diritto. Viene così lanciato un appello in vista di un'opera comune che i giuristi non possono reggere interamente sulle loro spalle. Questa insufficienza disciplinare inizia ormai a essere avvertita negli studi giuridici della costituzione. E invece è ancora diffusa presso chi giurista non è l'idea di una scienza del diritto arroccata sulla sua pretesa autosufficienza. Il libro di Häberle dovrebbe aiutare a superarla.

La "società aperta" degli interpreti della costituzione corrisponde a una costituzione a sua volta "aperta". Si intende dire che la costituzione del pluralismo (*Die Verfassung des Pluralismus*, come suona il titolo di un altro [tra i giuristi] famoso lavoro di Häberle, Athenäum, Königstein 1980) non può essere pensata come il pronuntio già bell'e fatto di soluzioni date in anticipo a problemi astrattamente preventivati da un legislatore dotato del dono dell'antiveggenza. Questa costituzione è invece essenzialmente la proclamazione — diciamo così — di "nuclei di valore" che nulla o poco dicono su che cosa ha da essere compiuto in questa o quella circostanza ma che pongono agli attori costituzionali del futuro il compito di trovare essi stessi i modi della loro concreta realizzazione. In breve: la costituzione del pluralismo non è fatta da regole ma di principi. Questi sono destinati ad assumere significati storicamente variabili, e sono in questo senso "aperti", a seconda delle concezioni di essi che verranno prevalendo e delle circostanze in cui essi si trovano a valere. Solo a questa condizione si può parlare di una costituzione che vive, cioè che dimostra la sua vitalità col variare delle esigenze storiche.

Proprio il tema dei diritti fondamentali offre in tutti i suoi aspetti la riprova più irrefutabile di questo carattere aperto della costituzione. Lo testimoniano, per esempio, le trasformazioni e la capacità di adattamento della *equal protection of law* o della *due process of law clause*, nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti e in genere tutte le giurisprudenze dei tribunali costituzionali, solo che si lasci loro il tempo di svilupparsi. In Germania, i diritti fondamentali, intesi come nuclei iniziali di valore, hanno compiuto una spettacolare traiettoria storica, che non ha nulla a che vedere con la mera applicazione passiva e deduttiva di regole già predeterminate una volta per tutte. Si parla in proposito del carattere "pluridimensionale" dei diritti fondamentali, destinati a essere posti in luce — e quindi a "crescere" — a seconda delle diverse esigenze con le quali essi vengono a contatto.

Così, dall'originaria e storica concezione "difensiva" dei diritti, quali garanzia contro gli abusi dell'autorità statale (la concezione "negativa" dei diritti, propria dello Stato di diritto liberale), è stato possibile passare a una visione più ampia, una volta accettata l'idea che non solo lo Stato, ma qualsiasi potere, anche privato, può nascondere un'insidia. E così i diritti fondamentali hanno aggiunto alla loro originaria struttura verticale (singolo *versus* Stato) una valenza orizzontale (singolo *versus* singolo). La concezione "individuale" o "soggettiva" dei diritti fondamentali ha potuto poi essere integrata da una concezione "istituzionale" o "obiettiva", per consentire una "protezione" di più ampia scala, cioè la garanzia di "sfere di vita regolate e organizzate secondo principi di libertà". Così, il diritto fondamentale è divenuto il fondamento della regolazione della vita sociale come tale, nei suoi diversi aspetti: dal contratto alla proprietà, dal matrimonio alla famiglia, dagli strumenti di comunicazione di massa all'organizzazione sindacale, ecc. I diritti individuali si sono così "istituzionalizzati", attraverso

## Europeo tedesco

di Joerg Luther

Nato nel 1934 a Göppingen, una piccola città del Württemberg nel sud della Germania, Peter Häberle ha studiato giurisprudenza nelle università di Tübinga, Bonn, Montpellier e Friburgo e insegna oggi diritto pubblico, filosofia del diritto e diritto ecclesiale nell'ateneo di Bayreuth (Baviera). A Friburgo, il grande centro dei costituzionalisti tedeschi nella Repubblica federale, aderisce alle idee della costituzione come processo di integrazione, coltivate dalla scuola dei cosiddetti "smendiani", contrapposta alle idee della costituzione come decisione politica sostenute dalla scuola dei cosiddetti "schmittiani". Nel 1961, quando Häberle scrive la sua tesi di dottorato sui diritti fondamentali per il maestro Konrad Hesse, la vita costituzionale della Repubblica federale di Bonn viene vissuta e interpretata sulla base delle idee di Rudolf Smend e Carl Schmitt, i due grandi studiosi della costituzione della Repubblica di Weimar: "Noi tutti oggi in Germania traiamo vita fortemente da Weimar"; da epigoni sediamo sulle "spalle di giganti", e proprio grazie a questo riusciamo a vedere un po' più in là". La ricerca di una nuova teoria dello stato e della costituzione "come processo pubblico" diventa preminente nell'interesse pubblico come problema giuridico (Öffentliches Interesse als juristisches Problem), che gli vale la libera docenza a Friburgo nel 1969, l'anno di cesura della vita politica e culturale della Germania. Peter Häberle allarga l'orizzonte filosofico della teoria della costituzione, riconsidera Habermas e scopre Popper, dal quale trae l'ispirazione per la teoria di una "costituzione del pluralismo" (*Verfassung des Pluralismus*, 1980) in una "società aperta di interpreti della costituzione". Il pluralismo ha per Häberle non soltanto un aspetto liberale, ma anche un aspetto sociale. Alla critica dello stato sociale da parte di un Ernst For-

sthoff, egli risponde nel 1972 con una teoria dei "diritti fondamentali nello stato delle prestazioni" (*Grundrechte im Leistungsstaat*, 1972). Ma la vera base della "costituzione del pluralismo", anche nelle nuove società multietniche, non può che essere la cultura, alla quale egli dedica numerose opere anche monografiche: *Diritto costituzionale della cultura nello Stato federale* (1980), *Compiti dell'educazione e valori orientativi nello Stato costituzionale* (1981), *Dottrina della costituzione come scienza della cultura* (1982), *La costituzione dei letterati. Lo Stato costituzionale nello specchio (o nella caricatura) delle belle lettere* (1983), *L'immagine dell'uomo nello Stato costituzionale* (1988), ecc. *La cultura giuridica fa parte di una cultura più ampia, ma non pretende esclusività ed egemonia. Da qui nasce l'interesse comparatistico dell'autore e l'idea di un "diritto costituzionale europeo comune"* (Comparazione giuridica nel campo di forza dello Stato costituzionale, 1992). Peter Häberle non è un tecnico o un ingegnere, la sua formazione ha componenti artistiche, teologiche e filosofiche. Non ha mai fatto l'avvocato di parte, non scrive "pareri pro veritate" e non considera l'ateneo come trampolino per la carriera politica. Il suo mondo è l'universitas, i suoi interlocutori sono gli studenti di Marburg (1969-76), Augsburg (1976-81), Bayreuth (dal 1981) e St. Gallen (Svizzera, dal 1980), i lettori delle sue riviste scientifiche (ad esempio l'"Annuario del diritto pubblico", "Jahrbuch des öffentlichen Rechts"), gli intellettuali di tutta l'"accademia europea delle scienze", le assemblee costituenti della Polonia e dell'Estonia, ecc. La sua innumerevole produzione si legge non come un software di dati positivi e regole certe, ma come una biblioteca di interpretazioni e principi ideali; non offrono risposte facili, ma pongono domande difficili.

Staatswissenschaftliche Abhandlungen - Band 21, Müller, Heidelberg 1983). La selezione operata dal curatore Paolo Ridola, oltre a rendere più facilmente accessibile il nucleo del pensiero dell'autore (nell'edizione completa, sviluppato per oltre quattrocento densissime pagine, molte delle quali dedicate a questioni specificamente legate alla situazione tedesca e quindi meno interessanti per il pubblico italiano), mette in chiaro il significato proprio del libro. Il lavoro originale ha un titolo sibillino per i non specialisti — *La garanzia del contenuto essenziale dell'articolo 19, comma 2, della legge fondamentale* —, che può far pensare a un commento di una proposizione contenuta in un articolo della Costituzione federale ("In nessun caso, un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale"). Non è così già nell'edizione originale, ma ancor meno nella selezione presentata in traduzione italiana. Si tratta infatti di una compiuta concezione della costituzione del pluralismo democratico contemporaneo, indipen-

discorso che vi è condotto. Peter Häberle è noto per le numerose, felici immagini che ha introdotto nel lessico costituzionalistico. Una è la "società aperta degli interpreti della costituzione" (*die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*). Un'altra è la "costituzione come processo pubblico" (*Verfassung als öffentlicher Prozeß*, espressione assunta come titolo di una raccolta di saggi che portano come sottotitolo *Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1978). Ciò comporta che "l'affare dell'interpretazione dei diritti fondamentali" [ma, si potrebbe dire, di ogni questione di diritto costituzionale] non è questione esclusiva di una corporazione, come ad esempio i professori di diritto pubblico e le Corti giudicanti, né del solo legislatore democratico. Questo è un punto essenziale. L'interpretazione della costituzione non è da intendere solo come esegesi di testi scritti, ma soprattutto come concezione o teoria della costituzione che precede e condiziona la

andate e ritorni continui e con molti protagonisti, che produce unità sempre da creare di nuovo. I caratteri dell'interpretazione della costituzione conseguono a questa trasformazione. Non esistono più interpreti autorizzati a dire la parola definitiva. L'argomento *ex auctoritate* — così caratteristicamente presente nella tradizione del diritto dello Stato sovrano moderno — non ha più corso. L'interpretazione della costituzione diviene parte dell'autocomprensione che una società, nelle sue diverse parti attive, ha di sé. Detto in breve: caduta la sovranità, la costituzione e la scienza della costituzione, se hanno da sopravvivere a questa caduta, possono cercare una base e un titolo di legittimità solo in una cultura politico-costituzionale. La sovranità deve cambiare titolare e così deve cambiare natura: dal potere su una società alla concezione che questa ha di sé.

In questo modo viene ripristinato il ponte tra il diritto costituzionale e tutte — proprio tutte — le altre scienze sociali che hanno a che fare con i me-

UNOVITÀ  
GIUFFRÈ

Salvatore ACCARDO

INDIVIDUO, SOCIETÀ, STATO  
IN GIUSEPPE CAPOGRASSI

p. 94, L. 12.000

Giovanni BOGNETTI

LA COSTITUZIONE  
ECONOMICA ITALIANA

p. X-206, L. 25.000

Antonio BRENNIA (a cura di)

SAGGI DI ECONOMIA  
SANITARIA

p. XV-512, L. 58.000

Gaetano DE LEO

Annamaria DELL'ANTONIO (a cura di)

NUOVI AMBITI LEGISLATIVI  
E DI RICERCA  
PER LA TUTELA DEI MINORI

p. VI-230, L. 25.000

Augusto DEL NOCE

RIVOLUZIONE,  
RISORGIMENTO,  
TRADIZIONE

Scritti su "L'Europa"  
(e altri, anche inediti)

p. IX-592, L. 75.000

Gliadio GEMMA

COSTITUZIONE  
ED ASSOCIAZIONI: DALLA  
LIBERTÀ ALLA PROMOZIONE

p. VII-350, L. 40.000

L'INSEGNAMENTO  
DELLA STORIA DEL DIRITTO  
MEDIEVALE E MODERNO

Atti dell'incontro di studio  
Firenze, 6-7 novembre 1992

A cura di Paolo Grossi

p. VIII-440, L. 50.000

Loredana NAZZICONE

LE SOCIETÀ UNIPERSONALI

p. IX-208, L. 24.000

John E. ROEMER

VALORE  
SFRUTTAMENTO E CLASSE

p. 118, L. 15.000

Manlio SECHI

TEORIE DEL VALORE

p. XVI-490, L. 55.000

Vittorio VOLPI

IL GIAPPONE

Nemico o concorrente?  
(Edizioni EGEA)

p. IX-188, L. 27.000

GIUFFRÈ EDITORE • MILANO

VIA BUSTO ARSIZIO 40  
TEL. 38089.290 • CCP 721209