

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**52**  
(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO I

 **GIUFFRÈ**  
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

GIUSEPPE DUSO

UNA NUOVA 'INVENZIONE'  
PER UN NUOVO COSTITUZIONALISMO?

1. Lavoro storico e pensiero critico. — 2. Diritto e politica nel 'dispositivo ordinante' moderno. — 3. Il concetto moderno di legge. — 4. La costituzione democratica e l'invenzione dei Padri costituenti. — 5. La costituzione democratica supera l'orizzonte moderno della sovranità? — 6. Un nuovo costituzionalismo per l'Europa? — 7. Reinventare la democrazia.

1. *Lavoro storico e pensiero critico.*

Il lavoro di Paolo Grossi è stato sempre presente e rilevante nel mio percorso. Cerco allora di mostrare alcuni punti della mia ricerca che considero consonanti con il suo itinerario, sia pure con la consapevolezza che non è l'ambito giuridico, ma il terreno della riflessione filosofica quello in cui mi muovo. Il tema, posto al centro del Quaderno, di una riflessione sul nodo fondamentale costituito dal diritto come forma dell'esperienza, mi viene in aiuto, dal momento che la filosofia politica, quale la intendo, è intrinsecamente legata all'esperienza, intesa nella sua concretezza e storicità. In questo modo continuo anche un dialogo che ha dato luogo negli anni ad uno scambio epistolare e un saggio recente, nel quale ho cercato di mostrare quale sia la rilevanza dello storico del diritto per pensare oggi il nesso di politica e diritto <sup>(1)</sup>. Intendo qui in modo particolare mostrare come il volume recente « Reinventare la democrazia » si richiami, già a partire dal titolo, a quell'*invenzione* nella quale Grossi identifica la natura del diritto in relazione alla concreta realtà

---

<sup>(1)</sup> G. Duso, *Fare storia e pensare il presente: in dialogo con Paolo Grossi*, in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, a cura di M. Bertolissi, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 199-226.

sociale (2). Il punto focale della riflessione consiste nella questione se non si presenti un compito nuovo, non solo alla filosofia politica, ma anche al diritto, in un momento, come quello odierno, in cui la costituzione democratica sembra trovarsi in una fase di crisi e di trasformazione (3).

Riprendendo alcune osservazioni presenti nel saggio sopra indicato, è innanzitutto da ribadire la rilevanza del lavoro di Grossi in relazione alla comprensione della storicità che caratterizza i concetti che usiamo (i concetti moderni), una comprensione che non si identifica con lo storicismo, in quanto non intende i concetti moderni come inevitabile progresso, ma, al contrario, ne riscontra alcune aporie costitutive, alcuni aspetti mitologici, che occultano gli effetti contraddittori che essi producono nella realtà. Una tale consapevolezza va di pari passo con l'analisi della ricchezza del pensiero del passato, in particolare del Medioevo, e contemporaneamente con l'identificazione del problema che dobbiamo avere la capacità di pensare oggi, che si può cogliere solo se ci si libera dal paraocchi costituito dai concetti moderni. Perciò il suo lavoro storico ha una caratura critica che appare indispensabile per una riflessione radicale (e perciò filosofica) sul diritto (4).

La critica alle mitologie del moderno non è, certamente, accompagnata dalla volontà di riproporre una « verità » antica (5). Il

(2) G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2022.

(3) Naturalmente non posso qui riprendere le argomentazioni che ho svolto nei miei lavori. Ricordo, una volta per tutte, che nel libro sulla democrazia sopra indicato si possono trovare quelle analisi e quei riferimenti ai testi dei classici, letti con una consapevolezza storico-concettuale (o, in alcuni casi, almeno il richiamo a quelle analisi e letture), che chiariscono e motivano le cose dette nel presente saggio.

(4) Per questo ho ritenuto la rilevanza attribuita all'atteggiamento storico ai fini di una riflessione radicale — e perciò filosofica — sul diritto assai vicina a quella « storia concettuale come filosofia politica » in cui ravviso la linea della mia ricerca. Che filosofia e diritto non siano attitudini del pensiero separate tra loro lo conferma il fatto che i concetti che stanno alla base del diritto pubblico e che caratterizzano la filosofia politica moderna emergono in quel giusnaturalismo che è costantemente il bersaglio della critica di Grossi, e la cui analisi costituisce il primo e decisivo passo del lavoro del gruppo di ricerca padovano sui concetti politici (vedi n. 7).

(5) Avvertenza questa spesso ribadita (cfr. ad es. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, p. XIX, d'ora in poi ID), che si accompagna con la

principio della libertà della coscienza, che comporta un avanzamento del pensiero, si è imposto anche storicamente con la Rivoluzione francese e il concetto di uguaglianza ha permesso di superare l'organizzazione dell'*ancien régime* con i privilegi che lo connotavano <sup>(6)</sup>. Tuttavia una tale uguaglianza è stata intesa nel suo carattere meramente formale, ed è divenuta il fondamento di una politica che ha perso la ricchezza delle differenze e, proprio in quanto ha inteso i cittadini, in modo atomistico, come fondamento del potere, ha finito con il renderli succubi di esso. Insomma, il suo lavoro apre un orizzonte in cui la ricchezza del passato insieme alla consapevolezza delle conquiste e delle aporie che contraddistinguono il pensiero moderno, permette nei confronti del nostro presente un atteggiamento consapevole, critico, e non condizionato da concetti dogmaticamente accolti.

## 2. *Diritto e politica nel 'dispositivo ordinante' moderno.*

Il nesso di diritto e politica, grazie al dispositivo dei concetti moderni che nascono nel giusnaturalismo (quello che Grossi chiama il « dispositivo ordinante »), ha un destino che può apparire paradossale: proprio il fatto che il politico sia inteso mediante la forma giuridica (si dice infatti che con Hobbes nasca il diritto pubblico), produce il risultato che il diritto diviene il prodotto della volontà politica. Tale dispositivo ha come suoi poli, intrinsecamente legati l'uno all'altro, il concetto di libertà, come autoreferenzialità della volontà dell'individuo, e il potere sovrano, che si fonda sulla libera volontà degli individui e, insieme, la garantisce. È proprio il dispositivo della sovranità, nato nelle dottrine giusnaturalistiche del contratto sociale <sup>(7)</sup>, a produrre la riduzione del diritto alla legge e dunque alla volontà del legislatore. La considerazione, da Grossi esplicitamente avanzata — in contrasto, mi sembra, con le opinioni diffuse tra i giuristi —, che giusnaturalismo e assolutismo giuridico

---

critica al « suadente ricorso modellistico » (P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58, d'ora in poi SDS).

<sup>(6)</sup> Questa conquista non viene certo negata (cfr. ad es. ID., p. 41).

<sup>(7)</sup> Cfr. *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Bologna, il Mulino, 1987 (Milano, FrancoAngeli, 2006<sup>2</sup>).

non siano contrapposti, ma piuttosto due lati della stessa costruzione teorica <sup>(8)</sup>, coglie con lucidità la logica della concettualità moderna. Infatti, nella dottrina del contratto sociale, al di là delle differenze tra i diversi autori, si manifesta un processo, indirizzato al rigore scientifico, che parte dai diritti degli individui e si conclude con il diritto di coazione, attribuibile solo all'intero corpo politico ed esercitato rappresentativamente. Come si può riscontrare leggendo i cap. XVI, XVII e XVIII del *Leviatano*, è solo il moderno concetto di rappresentanza a permettere di concepire la sovranità con l'irresistibilità che comporta. Il suo primo movimento consiste nel processo di *autorizzazione*, mediante il quale gli individui, dichiarandosi *autori* delle azioni del rappresentante, ne fondano l'autorità. Su di esso si basa il secondo movimento, secondo il quale il comando espresso dal rappresentante è inteso come la volontà del popolo. Il diritto, come insieme delle leggi, diventa così il prodotto della volontà del legislatore, il quale non ha niente sopra di sé che possa condizionarlo. Perciò appare logicamente fondata la convinzione che il moderno giuspositivismo non sia opposto al giusnaturalismo, ma sia da esso razionalmente fondato <sup>(9)</sup>: si può dire che sarebbe stato impensabile senza la costruzione razionale del giusnaturalismo.

### 3. *Il concetto moderno di legge.*

Il ruolo centrale in questo dispositivo è svolto dalla legge. A questo proposito è da ricordare la lezione (dal mio punto di vista, *storico-concettuale*) che viene dall'*Ordinamento giuridico medievale*, quando si afferma la necessità, nel momento in cui si accostano le fonti, di liberarsi da quel concetto di legge — che la identifica con l'espressione di una volontà e con il comando — a cui inevitabilmente ricorriamo se non abbiamo la consapevolezza critica sopra indicata. La legge nel Medioevo è tutt'altra cosa. Non è il *prodotto* della volontà, ma, al contrario, ciò che la *condiziona*; esprime le radici di una civiltà, tutto ciò che nel tempo ha costituito la sua storia, l'*ethos* collettivo di una società. Intesa in questo senso, la

---

<sup>(8)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007<sup>3</sup>, p. 182 (d'ora in poi MG).

<sup>(9)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, ora in SDS, p. 48.

legge richiede non un atto di volontà, non una creazione, ma lo sforzo di cercare, di trovare, appunto una *invenzione* nel significato che ha il verbo *invenire*. Invece, a partire dal giusnaturalismo, la legge consiste nell'espressione della volontà del soggetto collettivo, del popolo, il cui comando è l'unico legittimo in quanto eliminerebbe il dominio tra gli uomini, dal momento che i cittadini risultano sottoposti alla legge, della quale, mediante il processo di autorizzazione, si sono dichiarati *autori*: obbediscono perciò, in fondo, al loro stesso comando. L'identificazione tra il soggetto che esprime il comando e coloro che obbediscono — che comporta la negazione della differenza tra chi governa e chi è governato — sarebbe garantita dal concetto, tutto moderno, di *popolo*, che indica sia il soggetto collettivo, sia la totalità degli individui uguali. Qui sta la chiave della negazione del diritto di resistenza <sup>(10)</sup>.

In un tale contesto non appare legittima la domanda se la legge sia *giusta* (domanda esclusa sia da Hobbes che da Rousseau), in quanto la legge è *giusta* per la sua stessa forma di legge. Ma ciò comporta che possa veicolare i contenuti più disparati, ad arbitrio della volontà del legislatore, che è teoricamente il popolo, ma in realtà il corpo rappresentativo, e nei Parlamenti moderni lo sono i partiti che riescono ad affermarsi come maggioranza <sup>(11)</sup>. La riduzione della questione della giustizia — che costituiva la stella polare delle concezioni della politica (pure diverse e anche in contrapposizione tra di loro) fino al moderno giusnaturalismo — alla razionalità formale di questo dispositivo ha lo scopo di impedire che essa si

---

<sup>(10)</sup> Per la linea della presente riflessione, che tende a mostrare la persistenza della logica della sovranità anche nella costituzione democratica, è significativo ricordare come, nel dibattito dei Padri costituenti sull'articolo della Costituzione che avrebbe dovuto sancire il diritto di resistenza, tale diritto sia apparso ovvio all'inizio della discussione, sul fondamento della libertà dei cittadini, affermata proprio nel momento in cui si era usciti dalla dittatura fascista, ma sia stato ben presto messo in questione, e poi abbandonato, in seguito alla considerazione che nel potere legislativo è la volontà del popolo a manifestarsi. Il risultato è che l'articolo (diventato poi il 54), anziché affermare il diritto di resistenza, non fa che ribadire quell'obbligo dell'obbedienza alle leggi che la sovranità impone grazie al processo rappresentativo. La sovranità del popolo implica di necessità la negazione di qualcosa come il diritto di resistenza.

<sup>(11)</sup> Certamente una tale assolutezza del legislatore è messa in questione nelle costituzioni contemporanee, ma, come si vedrà, non in modo radicale.

ripresenti continuamente, risultando in tal modo destabilizzante per l'ordine esistente. In un fondamentale libretto, che ora finalmente sta aparendo anche in traduzione italiana <sup>(12)</sup>, Hasso Hofmann, confrontando tra di loro l'affresco del *Buon governo* di Lorenzetti e il frontespizio del *Leviatano*, mostra la frattura che si viene a determinare tra due modi radicalmente diversi di concepire la politica. Mentre nel primo la giustizia appare come la questione decisiva per la prassi dei cittadini e dei governanti, nel secondo si verifica l'oblio della giustizia, in quanto viene neutralizzata la domanda sull'essere giusto o meno del comando politico. E questo perché il concetto chiave della politica diviene quello di libertà, una libertà formale, basata sull'autoreferenzialità del soggetto e della sua volontà. Restano fuori dalla considerazione la *relazione con l'altro*, così come i contenuti della determinazione della volontà, in un orizzonte vuoto che manifesta un aspetto nichilistico.

Anche Grossi ritiene che questo concetto di legge, basato sui concetti di uguaglianza e libertà, costituisca « la pietra angolare del nuovo edificio costituzionale » <sup>(13)</sup>. Bisogna tenere ben presente che è proprio l'identificazione del comando con la legge a costituire la chiave di quell'ordinamento politico che si è affermato con la forma-Stato. In ciò consiste non solo la modalità del comando, ma anche la sua legittimazione, che in seguito si affermerà come *legittimazione democratica*. Ne consegue che, nel momento in cui questo concetto appare contraddittorio in relazione alle intenzioni che ne hanno determinato la genesi, esso debba essere superato, per pensare in modo diverso la costituzione e la democrazia. In effetti la concezione della legge come comando viene da Grossi interrogata criticamente in relazione non solo ad una corretta comprensione del Medioevo, ma anche al compito di pensare il presente. Ciò com-

---

<sup>(12)</sup> H. HOFMANN, *Bilder des Friedens oder die vergessene Gerechtigkeit*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1997.

<sup>(13)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, in MG, p. 211. Questo saggio, che è stato aggiunto alla terza edizione del libro, risulta di particolare rilevanza, soprattutto se si considera che doveva costituire l'introduzione ad un manuale di Diritto costituzionale. Infatti, non solo emerge una piena consapevolezza del fatto che le costituzioni moderne, a partire dalle Rivoluzioni, si fondano su quel dispositivo concettuale che nasce nel giusnaturalismo, ma anche che la legge costituisce, a causa della sua rappresentatività, la chiave della legittimazione democratica del potere.

porta la necessità di superare quella nozione del diritto che lo sottomette alla volontà statale, in favore di un diritto che sia aperto insieme all'istanza superiore della giustizia e alla concreta e plurale realtà della società. Non dunque una giustizia ridotta alla legge, ma piuttosto la legge come continua e sempre provvisoria determinazione della giustizia<sup>(14)</sup>. Con gli occhi rivolti alla giustizia, il diritto ha il compito di fornire la forma necessaria ad una società, un compito che non può essere assolto riferendosi a principi astratti e dogmatici, a norme fisse, ma comporta una prassi in cui l'idea eccedente e mai compiutamente oggettivata della giustizia deve informare una realtà sempre diversa e contingente, affrontando i problemi che di volta in volta la società presenta. Il compito proposto è dunque quello di « liberarci dall'idea nefasta del valore taumaturgico della legge, cioè di una giuridicità pensata e risolta come legalità »<sup>(15)</sup>, il che significa ritornare a pensare il *diritto oltre lo Stato*<sup>(16)</sup>. Ma non si può non osservare che riconquistare una tale concezione del diritto appare logicamente possibile solo se, contemporaneamente, si intende in modo diverso quella realtà politica che è stata concepita mediante la forma-Stato, in quanto è proprio la teoria dello Stato, basata sulla sovranità, ad avere comportato la riduzione del diritto alla volontà politica<sup>(17)</sup>.

---

(14) Cfr. P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, in MG, p. 24; ma si veda anche *L'ordine giuridico medievale*, ivi, p. 139 e tutto il cap. VI.

(15) GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, cit., p. 48.

(16) Si veda a questo proposito P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

(17) Intendere il diritto come « prassi autoordinante della società » mette in questione la logica della sovranità, ma non toglie la necessità di pensare il *politico*. Se è un politico tutto centrato sul concetto di potere ad essere superato, tuttavia non è possibile evitare la questione di intendere il politico in modo diverso, per quanto riguarda sia l'ordine concreto di una società (la politica come dimensione architettonica, come direbbe Aristotele), sia l'insopprimibilità del governo (cfr. DUSO, *Fare storia e pensare il presente*, cit., pp. 213-216). Il rischio di una pretesa autosufficienza del nesso diritto-società e la mancanza di un modo diverso di intendere il *politico* mi pare si possano ravvisare in alcune riprese odierne del tema dell'istituzione (cfr. ID., *L'istituzione e il "politico"*, in « Filosofia politica », 2022, 1, pp. 143-157).



#### 4. *La costituzione democratica e l'invenzione dei Padri costituenti.*

I due concetti di *sovranità* e *rappresentanza*, che risultano strutturare la *forma politica* nelle dottrine del contratto sociale, diventano i pilastri portanti della costituzione che nasce con la Rivoluzione francese (18). La stessa genesi della costituzione richiede l'esistenza del soggetto che la pone, il quale non è condizionato da niente, in quanto è solo esso a poter determinare vincoli e obblighi (19). Mentre prima il termine di *costituzione* indicava quell'insieme di realtà materiali e ideali che condizionavano la volontà di colui che governava, la costituzione moderna è invece il prodotto della volontà di un soggetto non condizionato, *ab-solutus*. Si determina in tal modo una rottura che non permette di delineare una lunga storia delle costituzioni che parte dalla *Magna Carta* e arriva fino a noi (20). Muta contemporaneamente anche il senso della rappresentanza: non c'è più un popolo che, nella sua pluralità, presenta esigenze, bisogni e diritti al re che lo governa, come nell'*ancien régime*, dal momento che è esso stesso il sovrano. La rappresentanza ora non rispecchia più realtà e volontà determinate, ma esprime un compito radicalmente nuovo, quello di *dare forma*, di produrre l'unità politica, di esprimere la volontà del popolo come soggetto unitario, il quale non esiste se non come prodotto della rappresentazione. E il primo movimento della rappresentanza si determina in quel procedimento costituzionale che consiste nelle elezioni, a cui segue la legittimità del comando espresso dalla legge.

Ma non è il caso di soffermarsi su ciò, in quanto anche Grossi ritiene che questo primo stadio delle costituzioni moderne sia totalmente dominato dalla logica della sovranità, e proprio per questo l'assetto costituzionale che si estende all'Ottocento viene

---

(18) Si veda per tutti D. GRIMM, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, 2012, pp. 315-344, trad. it., *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in «Scienza & Politica», 30 (2018), 59, pp. 131-156.

(19) Si tenga presente il modo in cui Sieyès fa dipendere la costituzione dalla volontà *incondizionata* della nazione.

(20) La critica ad una storia continuista della costituzione è presente anche in Grossi (cfr. *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2003, pp. 86-87).

criticato fin dalla sua genesi, come risulta dalla messa in questione della divisione dei poteri basata sulla preminenza della legge (21).

Appare invece utile sottolineare lo scarto che nei confronti di questa prima manifestazione del costituzionalismo moderno vengono a rappresentare le costituzioni del Novecento, alle quali Grossi riserva in senso proprio il termine di *costituzione*. Lo scarto è così radicale da fare pensare all'inaugurazione di un'epoca *post-moderna*, per il fatto che ora le costituzioni si presentano come un « complesso organico di principi e regole fondamentali [...] desunte dai valori portanti di un popolo in un determinato momento storico » (22). La costituzione non è qui intesa come il prodotto della volontà del potere costituente, bensì come l'insieme delle regole di giustizia che caratterizzano una determinata società, e che devono orientare gli organi dello Stato e l'agire dei cittadini. Si tratta non tanto di comandi, quanto piuttosto di regole a cui la prassi politica si deve riferire.

È nel laboratorio in cui nasce la costituzione che compare quell'opera del giurista che Grossi intende come *invenzione*, la quale non consiste nella creazione, ma nella capacità di intendere ciò che emerge dal concreto della società, dalla sua storia, dal suo *ethos*, dalla sua cultura (23). Un tale lavoro è riscontrabile nella costituzione di Weimar, e in modo particolarmente esemplare nella costituzione italiana. Il lavoro dei Padri costituenti evidenzia peraltro come non si tratti di una invenzione che abbia un carattere esclusivamente tecnico-giuridico. Se il contributo dei giuristi appare essenziale, tuttavia nel lavoro dei Costituenti emerge un *accordo*, che ha carattere politico, sui valori che possono accomunare forze e parti della società diverse nei loro bisogni, nei loro interessi e nella loro cultura. Si tratta allora di un'invenzione complessivamente *politica*, per la quale il diritto risulta essere strumento indispensabile.

Sugli elementi innovativi che connotano la nostra costituzione è più volte intervenuto con efficacia Grossi, ma anche, sia pure in

---

(21) Cfr. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 3 e ss.

(22) Cfr. MG, p. 191.

(23) Cfr. ID., p. X. In questa pagina si dice anche che l'invenzione « riguarda in primo luogo i legislatori, ma poi anche i giuristi teorici e pratici ».

modo diverso, Maurizio Fioravanti (24). Qui ci si può limitare a mettere in rilievo solo alcuni aspetti. Innanzitutto è da osservare che gli elementi innovativi (e inventivi) riguardano non tanto i poteri dello Stato e la loro articolazione (normalmente intesa come *divisione dei poteri*), quanto piuttosto i principi e i valori che sono espressi nella prima parte della costituzione. Sono, infatti, le finalità ivi poste ad eccedere quella razionalità formale dell'obbligazione politica e quell'affermazione dei diritti di stampo individualistico che erano state decisive nella prima costituzione francese. Ciò emerge già nell'articolo 2, nel quale l'affermazione dei diritti si accompagna a quella dei doveri. Si badi bene che questi ultimi non consistono nell'ovvio corrispettivo dei diritti (se tutti hanno gli stessi diritti, ognuno *deve* rispettare quelli degli altri), bensì nei doveri che il singolo ha per il fatto di essere concretamente in relazione con gli altri, in una serie di rapporti determinati, dalla famiglia, al mondo del lavoro, ai diversi tipi di associazione che si danno nella società. La volontà del singolo, lungi dall'essere libera, nel senso dell'indipendenza, appare invece *condizionata*. Ora, se si tiene presente il ruolo fondante che l'individuo nella sua autosufficienza ha assunto nel dispositivo moderno, si può comprendere che in tale articolo traspare un mutamento radicale. L'unica via, infatti, per superare la logica ferrea di quel dispositivo (che è quella del passaggio *dai molti all'uno*, presente già in Hobbes) consiste nel riconoscere alla base della concezione della politica non l'individuo, ma la *relazione*.

Tutto ciò comporta il superamento del concetto astratto di libertà, o meglio del suo aspetto meramente formale, che riguarda la certezza del singolo di essere autore delle sue scelte. La consapevolezza che l'individuo è determinato da molteplici relazioni non comporta la negazione della libertà, ma una sua nozione più complessa e concreta, che non si riduce al punto di vista del soggetto che agisce. È il singolo a decidersi nelle sue scelte, ma il suo agire è condizionato dalle relazioni in cui si trova, da cui provengono anche degli obblighi. Allora nessuno è veramente *padrone* di sé, del suo corpo, delle sue azioni. Questa più concreta nozione di libertà implica la dimensione della *responsabilità*, che non appare, invece,

---

(24) Si veda il suo rilevante lavoro M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, Milano, Giuffrè, 2018.

ravvisabile nel meccanismo rappresentativo, grazie al quale ci sono *autori* di azioni che non sono essi a compiere, e *attori* di azioni che sono da attribuire ad altri.

Che sia l'individualismo del dispositivo concettuale moderno ad essere messo in questione in questa parte che riguarda i principi è evidenziato dal richiamo alla *solidarietà*, che non ha un significato meramente morale e relegato nella sfera dell'interiorità dei singoli, ma intende assumere la natura di principio giuridico, costituzionale <sup>(25)</sup>. Ciò appare confermato dal modo in cui è intesa la proprietà, che fin dal giusnaturalismo è stata associata alla libertà individuale. Nell'articolo 41 la libertà di iniziativa economica viene bensì affermata ma messa in relazione con le esigenze sociali. E nell'articolo successivo viene riconosciuta e garantita la proprietà privata, ma nell'ambito dell'interesse generale, che può comportare anche la sua espropriazione.

Insieme alla libertà è anche l'uguaglianza ad essere intesa in un modo più complesso di quello astrattamente giuridico, secondo il quale i cittadini solo uguali di fronte alla legge. Già l'articolo 3 indica come l'uguaglianza si estenda alle condizioni materiali della vita, che per tutti deve essere adeguata alla dignità umana. Il fatto che una tale uguaglianza non esista in realtà, ma sia posta come fine, comporta che i cittadini, quando sono sottoposti al giudice che rende effettiva la legge, debbano essere considerati non uguali, ma nelle differenze che li caratterizzano. In questo modo emerge un aspetto fondamentale di queste costituzioni contemporanee, che riconoscono alcuni valori e indicano precise finalità ai poteri statali, in modo tale da mettere in questione l'assolutezza della volontà del legislatore affermata dal dispositivo moderno sopra ricordato <sup>(26)</sup>.

Nel momento di genesi della nostra costituzione, al di là della dogmatica riguardante il potere costituente, più che la decisione di

---

<sup>(25)</sup> Anche se la domanda che si intende qui porre è se l'assetto costituzionale e le procedure della costituzione democratica (elezioni, modalità di formazione del corpo rappresentativo, modo di produzione della legge, e ruolo di quest'ultima) siano effettivamente consonanti con il carattere costituzionale dei principi affermati, o invece rischiano di produrre effetti che lo contraddicono.

<sup>(26)</sup> È tuttavia da riconoscere che questi sono principi generali, che rischiano di essere generici, soprattutto se si tiene presente che ci troviamo all'interno di una economia di mercato e capitalistica: la loro interpretazione può dar luogo a scelte politiche tra loro assai lontane o addirittura in contrasto.

un soggetto sovrano è da riconoscere la ricerca da parte di forze diverse di quell'orizzonte *comune* che permette ad una pluralità di stare assieme e costituire un'unità politica. Il gesto che appare necessario è quello dell'*accordo*, tipico di una situazione di pluralità. Questa è una scelta a cui i costituenti sono anche stati costretti dalla necessità di produrre un ordine nel quale convivere, ma si tratta della costrizione che necessariamente investe una realtà politica contrassegnata da qualche forma di pluralità. Una scelta favorita, nel nostro caso, dall'opposizione a quel fascismo da cui si stava uscendo.

Alla luce di un lavoro storico-concettuale, che tiene presente la *Trennung* operata dal dispositivo concettuale moderno nei confronti della lunga tradizione precedente, si può qui riconoscere una funzione della legge (costituzionale) diversa da quella del comando, e congiuntamente l'emergere di un senso *antico* del termine *costituzione*, quello dell'insieme di realtà materiali e ideali che caratterizzano una società e condizionano la volontà e le scelte politiche. Nello stesso tempo riemerge anche la centralità di quella questione della giustizia che il dispositivo moderno aveva esorcizzato grazie ad una soluzione di tipo formale. Nella costituzione si indicano, infatti, quelle regole di giustizia senza di cui non è possibile la vita di una società. E queste regole non sono più ridotte alla dimensione formale del nesso tra libertà individuale e potere sovrano, ma riguardano il concreto della vita e dei rapporti sociali. L'organo nuovo che sancisce questo ritorno della questione della giustizia, che riguarda la realtà concreta e materiale dei cittadini, è la Corte costituzionale, la cui funzione non si riduce al mero controllo della congruità delle leggi con gli aspetti formali della costituzione, ma comporta un intervento che tiene costantemente presente i principi che in essa sono affermati. Così i giudici riprendono e continuano il gesto inventivo proprio dei Padri costituenti, e lavorano a rendere operanti nella realtà politica quelle regole di giustizia su cui è stato trovato l'accordo <sup>(27)</sup>.

Ma, a questo punto, si tratta di chiedersi se la costituzione democratica abbia veramente superato il dispositivo moderno della sovranità, con le aporie e l'effetto di spoliticizzazione che inevitabil-

---

(27) Cfr. ID., p. 62.

mente produce; se, cioè, abbiamo effettivamente abbandonato nella nostra navigazione la terraferma del moderno (28).

5. *La costituzione democratica supera l'orizzonte moderno della sovranità?*

Per rispondere a questa domanda è di aiuto tenere presente gli stessi interrogativi che Grossi muove alla democrazia quale si presenta a partire dalla Rivoluzione francese. Si tratta di questioni centrali per l'assetto che viene ad assumere la costituzione (29). Innanzitutto quella del significato e della funzione del popolo sovrano, il quale dovrebbe garantire la presenza politica dei cittadini, ma in realtà finisce con il disattenderla, a causa di quella rappresentanza che costituisce « un mito » da cui è difficile liberarsi (30). E lo iato prodotto dalla rappresentanza non è risolto nemmeno dai partiti, che dovrebbero costituire il tramite della presenza della società nello Stato. Essi danno luogo ad una *democrazia partitocratica*, nella quale è difficile riconoscere la presenza del popolo — nella concretezza dei suoi bisogni e dei suoi interessi — e la partecipazione dei cittadini. Dunque sono i due capisaldi del popolo sovrano e della rappresentanza a dover essere messi in questione. Inoltre viene identificato come punto critico la riduzione della giustizia alla legge, in quanto questa, essendo il prodotto della volontà del legislatore, è « passibile di ogni contenuto ». Infine viene denunciata l'irresponsabilità giuridica dei detentori del potere politico, una irresponsabilità che è conseguente alla logica del potere rappresentativo, grazie alla quale, come si è visto, sono i cittadini ad essere considerati gli *autori* del comando politico.

Se ci si chiede se tali interrogativi risuonino ancora criticamente nei confronti della situazione attuale, mi pare che la risposta

---

(28) Lo stesso Grossi, pur utilizzando il termine di « pos-moderno », afferma che « siamo ancora in mezzo al guado, senza avere raggiunto un approdo appagante » (ID, p. 20). Se poi si riconoscesse che la politica pensata mediante il dispositivo moderno è non solamente in crisi, ma anche connotata da aporie strutturali, allora si dovrebbe dire che una vera terraferma non la ha mai costituita.

(29) Questi interrogativi critici sono posti nell'introduzione a MG, p. 7, e sono significativamente ripresi nelle pagine introduttive (« Ultima verba ») di ID., p. XIII.

(30) Cfr. P. GROSSI, *Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare*, in MG, p. 201 e ss.

non possa essere che affermativa. È sufficiente tenere presente la ricorrente denuncia della crisi della rappresentanza <sup>(31)</sup>, collegata alla crisi dei partiti, di cui è sintomo la sempre più esigua partecipazione dei cittadini alle elezioni; segno questo che essi non sentono la politica come cosa *propria*, come invece affermava l'antico detto « *res publica res populi* ». Ma poi si può considerare come siano intese come legittime, e dunque *giuste* secondo le procedure democratiche, e conseguentemente irresistibili, leggi che cozzano contro un comune senso di giustizia di gran parte dei cittadini, come le leggi che sanciscono evidenti privilegi, o quelle che contribuiscono ad aumentare il numero di morti tra i migranti. Ora, il fatto che appaiano presenti anche oggi degli effetti che contraddicono ciò che i concetti di sovranità del popolo e di rappresentanza promettevano (cioè il protagonismo politico dei cittadini) non dipende (solo) da situazioni contingenti, ma dal fatto che i processi costituzionali ispirati a quei concetti sono ancora presenti.

Infatti, se è vero che le costituzioni del Novecento operano uno scarto nei confronti di quelle nate con la Rivoluzione francese, tuttavia, se si guarda non tanto ai principi, ma alle norme prescrittive e al modo in cui sono concepiti i poteri, pare che si possa dire che lo scarto è solo parziale. Il modo in cui è organizzato l'ordine politico, il processo di legittimazione e di formazione della legge e il ruolo che ad essa è attribuito evidenziano che non è superata la logica della sovranità. Questa comporta infatti che siano i due movimenti della rappresentanza a dar luogo a quel « potere compiuto » dello Stato che costituisce l'obiettivo critico di Grossi. Questa compiutezza del potere non è frutto di condizioni o di scelte accidentali, ma del dispositivo logico della sovranità, che nega quella relazione di governo che è stata al centro delle dottrine politiche a partire dalla Grecia antica <sup>(32)</sup>. La *compiutezza* (assolutezza?) deriva dalla teoria secondo la quale si elimina il dominio tra gli uomini se

---

<sup>(31)</sup> Denuncia però che, lungi dal mettere in questione la rappresentanza, la mantiene come valore indiscusso, in quanto tende solo ad individuare le cause contingenti del suo mancato funzionamento nel presente.

<sup>(32)</sup> È il comando politico inteso nella forma del *governo* a costituire l'orizzonte di ciò che Grossi qualifica come « potere incompiuto », in quanto comporta un orizzonte considerato reale nel quale orientarsi per navigare (costituito dalla costituzione materiale

questi obbediscono al comando che essi stessi hanno generato. Questo altro non è che il *potere rappresentativo*, che comporta alla base le elezioni e ripone il comando politico nella legge, prodotta da quel potere legislativo in cui consiste la manifestazione primaria della sovranità.

Anche nel caso in cui si operi una distinzione tra il significato che nella carta costituzionale viene ad assumere la *Repubblica* nei confronti dello Stato <sup>(33)</sup>, resta pur sempre centrale e « prevalente » l'ordinamento dello Stato, che è innanzitutto « Stato legislatore » <sup>(34)</sup>. Perciò, se è vero che la legge costituzionale, qualora venga esaminata nella parte riguardante i principi, manifesta quella novità e quel carattere inventivo che è stato sopra ricordato, tuttavia permane nella costituzione la legge ordinaria, prodotta dal Parlamento, e questa viene intesa come comando legittimo <sup>(35)</sup>. Anche se la presenza della Corte costituzionale mostra la non assolutezza del potere legislativo, tuttavia non sostituisce, ma presuppone la legge, la quale continua ad avere un ruolo spesso determinante. Il processo autoritativo, in cui consistono le elezioni, e il modo di formazione della legge — che non consiste in un accordo tra forze diverse, ma, al contrario, nel presentarsi come volontà generale di quella volontà particolare che conquista la maggioranza — restano processi decisivi

---

della repubblica, dalle regole di giustizia, dai costumi, dall'*ethos* complessivo della società), e poi, di fronte a chi governa, i governati capaci di azione politica.

<sup>(33)</sup> Distinzione che però appare labile non appena ci si chieda come sia possibile attribuire ad un tale soggetto le operazioni effettive, a cui alludono espressioni quali: la repubblica « riconosce », o « tutela », o « promuove con provvedimenti ». Queste azioni posso avere effettualità solo mediante gli organi e i poteri dello Stato, il quale non appare come un semplice ordinamento tra gli altri, ma la forma dell'ordine complessivo in cui si danno ordinamenti particolari. Non può allora non sorgere la domanda se in questo quadro la nozione di *autonomia* possa avere il suo autentico significato e riesca veramente a superare un'unità monolitica e centralista.

<sup>(34)</sup> Cfr. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 25, ma anche 111.

<sup>(35)</sup> Cfr. MG, p. 230. Che non si ponga l'esigenza di pensare in modo diverso la legge ordinaria e, perciò, quello che ora è il potere legislativo, mi pare dipenda dalla condivisibile consapevolezza che il comando politico non è eliminabile nella vita di una società. Nell'orizzonte della mia ricerca ciò però significa che il *governo* è insopprimibile, e che in questo è da riconoscere il comando e non nella legge.



per il significato che viene attribuito alla democrazia <sup>(36)</sup>, non solo, ma condizionano in modo rilevante la vita politica, venendo paradossalmente a costituire un vero ostacolo nei confronti della dimensione politica dei cittadini.

Non intendo soffermarmi anche in questa sede su quelle che ritengo le aporie strutturali della democrazia concepita sulla base della logica della sovranità. Mi limito a ricordare che, anche se il modo *moderno* di intendere la democrazia fosse ritenuto indiscutibile e privo di contraddizioni e la crisi presente fosse attribuibile solo a cause contingenti, tuttavia è da riconoscere che una tale democrazia non c'è di fatto. A questo proposito è illuminante un saggio di Dieter Grimm <sup>(37)</sup> nel quale, dopo aver ricordato come il concetto di *autodeterminazione*, a cui resta ancorato Habermas, si effettui attraverso la logica rappresentativa, constata che le decisioni del Parlamento sono in realtà prese fuori di esso, e che lo stesso potere legislativo ha perso il suo ruolo primario (e legittimante) dal momento che governo e amministrazione tendono ad autodeterminarsi. Tutto ciò è aggravato dal condizionamento che vengono ad esercitare processi di portata mondiale, che rendono illusorie le decisioni sovrane prese secondo le procedure democratiche, e dall'influenza esercitata dai gruppi di interesse sia sul governo che sulle leggi, influenza che elude ogni trasparenza democratica e produce scelte da parte dello Stato che, contro il principio costituzionale dell'uguaglianza, danno luogo a privilegi. Ne risulta che la legittimazione democratica, come è stata intesa, per il costituzionalista tedesco non è effettuale. Non solo, ma, in relazione ai processi reali in corso, non appare nemmeno possibile <sup>(38)</sup>. Così Grimm. Viene in tal modo ad

---

<sup>(36)</sup> Si pensi a come spesso si ritenga tradita la democrazia quando il comando e la decisione provengono dal Governo invece che dal Parlamento.

<sup>(37)</sup> D. GRIMM, *Bedingungen demokratischer Rechtssetzung*, in *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, a cura di L. Wingert, K. Günter, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2001, pp. 489-506.

<sup>(38)</sup> A minare la fiducia in *questa* legittimazione democratica sta la constatazione che la presenza dei partiti annulla la divisione dei poteri (le decisioni del Parlamento sono prese *fuori* di esso da quei leader dei partiti di maggioranza che verificano quotidianamente nell'azione di governo la loro compossibilità), rendendo di fatto illusori sia il controllo dell'esecutivo da parte del Parlamento, sia la stessa funzione legislatrice di quest'ultimo.

evidenziarsi uno scarto tra la logica legittimante della costituzione formale e la concreta realtà costituzionale; ma più che di un divario si può parlare di una contraddizione, in quanto quella realtà che è in contrasto con quanto la democrazia per la sua stessa struttura sembra richiedere è non solo permessa, ma in buona parte anche prodotta, dai procedimenti della legittimazione democratica.

Si può dire che proprio il mantenimento della centralità costituzionale della rappresentanza produce nella realtà una situazione che contraddice la funzione legittimante che le viene attribuita. Si pone, perciò, il problema di quale sia l'elemento che caratterizza la costituzione come effettivamente democratica. Indubbiamente appare rilevante la funzione dei giudici e della Corte, anche perché essa, oltre a riattivare la questione della giustizia, viene a costituire un controllo effettivo del legislativo. Ma questa funzione di un organo non elettivo appare necessaria proprio in quanto non appare sufficiente e decisiva la legittimazione che viene dal processo rappresentativo. Ma allora, se non è il Parlamento ad essere garante della vita democratica, ci si può chiedere se, per un nuovo modo di intendere la democrazia, sia sufficiente appellarsi alla funzione dei giudici. Mi pare che la risposta non possa essere positiva.

L'introduzione della Corte nella carta costituzionale problematizza la sovranità, ma, lungi dall'apparire risolutiva, mi pare richieda un mutamento più radicale, che non può non toccare il potere legislativo e il ruolo attribuito alla legge. Insomma è l'insieme della costituzione democratica che sembra necessario ripensare. Lo stesso Maurizio Fioravanti, nel suo complesso e rilevante lavoro sulla costituzione democratica, riconosce la crisi dello Stato costituzionale e della democrazia che in esso si è realizzata. Egli afferma: « si consuma in modo forse definitivo *un certo modello storico di costituzione e di democrazia*, che in fondo è quello scaturito dalla Rivoluzione francese, ed è imperniato sulla centralità del fattore politico-rappresentativo e del parlamento, inteso come strumento assolutamente privilegiato di attuazione della stessa costituzione »<sup>(39)</sup>. Ma è stato soprattutto Hasso Hofmann colui che, nella

---

<sup>(39)</sup> FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 418. Anche per Fioravanti tale crisi risulta legata a fattori interni, quali la rappresentanza e la funzione assunta dai partiti, ed esterni, come la dimensione globale dei processi economici, che rende vano il

*lectio magistralis* conclusiva della sua vita accademica, ripercorrendo l'arco storico della genesi e del tramonto della costituzione — intesa nella sua forma statale —, ha posto il compito che ci sta di fronte all'altezza del compimento di quella storia: quello cioè di riuscire a concepire (con un pensiero che sappia dar luogo ad un diverso senso della costituzione) in modo diverso l'unità politica e la rappresentanza (potremmo dire *l'unità politica come prodotto della rappresentazione*)<sup>(40)</sup>. Se si ha consapevolezza della razionalità specifica che caratterizza la costituzione statale e democratica, si può bene intendere che si tratta di un compito teoretico radicale: bisogna ripensare la costituzione e la democrazia<sup>(41)</sup>. E per quanto riguarda la direzione da prendere per concepire in modo nuovo l'ordine politico, i termini indicati sono quelli di *pluralità* e di *federalismo*<sup>(42)</sup>. Da

---

richiamo all'autodeterminazione democratica e insufficiente la dimensione degli Stati nazionali (pp. 142-145). Anche se la prospettiva della ricerca di Fioravanti è diversa da quella del presente lavoro, tuttavia, mi pare che le due strade si incrocino nel ravvisare nella rappresentanza il nodo centrale della crisi della costituzione. È anche significativo che, pur rinunciando a dare indicazioni sulla via nuova che sembra aprirsi, egli, contestualmente alla constatazione della crisi «*forse definitiva*» del modello costituzionale, si riferisca al ruolo dei gruppi e ad un'immaginazione di tipo federale.

<sup>(40)</sup> Cfr. H. HOFMANN, *Vom Wesen der Verfassung*, Berlin, Humboldt Universität, 2002, p. 23.

<sup>(41)</sup> Senza voler attribuire a Grossi l'indicazione del compito che io mi sono assunto nel libro a cui faccio qui riferimento, non posso non ricordare che in una recente intervista (cfr. F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)* pubblicata in «*Lo Stato*», 2020, p. 245) egli dice: «*io avverto l'esigenza forte di non procrastinabili revisioni da parte dei costituzionalisti italiani sulla rappresentanza, riprendendo le analisi innovatrici di Hasso Hofmann*». Ora, se si tiene presente la strutturalità per la democrazia del nesso rappresentazione-unità politica e la radicalità della indicazione offerta da Hofmann, nella quale la democrazia va ripensata alla luce del pluralismo e del federalismo, può sembrare che anche a Grossi si presenti il problema di una trasformazione di carattere strutturale. Dal momento che nell'intervista al nome di Hofmann è collegato anche il mio, osservo che le indicazioni sulla direzione in cui è da ripensare la rappresentanza non sono contenute nel mio libro sulla *Rappresentanza politica*, ma nei saggi successivi dedicati al superamento della sovranità grazie ad un federalismo inteso come modo diverso di concepire la democrazia.

<sup>(42)</sup> Cfr. HOFMANN, *Vom Wesen*, cit., p. 24. In relazione alla sintonia tra i nostri itinerari di ricerca è anche significativo che egli, per questo compito *nuovo*, si riferisca al vecchio e trascurato classico Althusius, il cui pensiero sembra anche a me indispensabile per una proposta di costituzione federale (vedi il cap. IX del libro *Reinventare la democrazia*).

queste considerazioni risulta che il compito di ripensare la democrazia si presenta come inaggirabile, che appare cioè necessaria una nuova *invenzione*, insieme filosofica e giuridica.

#### 6. *Un nuovo costituzionalismo per l'Europa?*

Alla stessa conclusione di dover reinventare la democrazia porta anche la riflessione sull'Unione Europea. Tutti coloro che, per colmare il *deficit* di democrazia che viene ravvisato nell'Europa, invocano il rafforzamento del ruolo del Parlamento (così come è oggi concepito), altro non fanno che concepire l'Europa con lo schema della costituzione democratica statale. In tal modo avremmo un mega-Stato e si perderebbe l'autonomia dei membri che la compongono. Questa via è esplicitamente scartata da chi, riconoscendo che la legittimazione democratica è connaturata alla forma Stato, non la considerano praticabile per l'Europa a causa della sua costitutiva pluralità, che non permette la realizzazione di un governo parlamentare: insomma per poter concepire l'Europa bisogna superare la concettualità dello *Stato* e della *sovranità* (43). Come si è visto, la legittimazione che si basa sulla rappresentazione non consente di concepire una pluralità di soggetti, non permette di pensare una *unità costitutivamente plurale*, come non può che essere l'Europa, il cui stesso processo genetico si è realizzato mediante l'accordo di soggetti diversi e non grazie alla decisione di un potere costituente. E questi soggetti diversi intendono mantenere il loro protagonismo politico e la loro autonomia all'interno dell'unità che hanno costituito.

Allora, se di *costituzione*, nel senso etimologico del termine, sembra necessario parlare anche per l'Europa, bisogna superare quel nesso di costituzione e Stato che si è imposto nell'epoca moderna, e concepire un *nuovo costituzionalismo*. È questa una considerazione

---

(43) Esempio a questo proposito A. v. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011. Ma la negazione che l'Europa possa costituirsi come uno Stato, o uno Stato di Stati, accomuna intellettuali, giuristi (esemplare O. Beaud e la sua proposta di costituzione federale), e filosofi (come J. Habermas).

avanzata da molti giuristi <sup>(44)</sup>. Bogdandy, riconoscendo che il diritto costituzionale ha come presupposto la costituzione statale democratica, individua il problema di « un diritto costituzionale europeo come ambito e disciplina specifici » <sup>(45)</sup>, e lucidamente dichiara che ciò comporta la necessità di intendere in modo diverso il potere (la *Herrschaft*) e anche la democrazia, dal momento che questa nello Stato trova la sua espressione primaria nel ruolo del Parlamento. Ma la novità del compito viene in luce anche in Habermas, il quale, identificando il principio democratico con quello che si realizza nello Stato, e negando che l'Europa si possa costituire come nuovo Stato, avanza l'esigenza di *trans-nazionalizzare* la democrazia in una *comunità federale* e transnazionale: e questo è per il pensiero un compito che è strutturale e non può dare luogo ad operazioni di mera « cosmesi » <sup>(46)</sup>.

Tuttavia, il problema di un nuovo costituzionalismo presenta ai giuristi la difficoltà dovuta al fatto che il diritto costituzionale ha come suo presupposto la costituzione statale caratterizzata dalla legittimazione democratica. Perciò è oltre l'assetto che la disciplina ha avuto che bisogna andare per pensare in modo diverso la costituzione, cioè una *costituzione senza Stato*. Per quanto riguarda l'essenza *democratica* di questo costituzionalismo, non si tratta di rintracciare elementi che costituiscano quasi un surrogato a quella *vera* democrazia che sarebbe ancora da ravvisare nell'autodeterminazione con cui si pensa la sovranità democratica degli Stati. Nemmeno può rappresentare una soluzione la convinzione, spesso dif-

---

<sup>(44)</sup> Si veda anche D. GRIMM, *Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung — Der Fall Europa*, in Id., *Europa ja — aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, Beck, 2016, p. 105.

<sup>(45)</sup> Cfr. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 15-19. Se si tiene presente che la *Herrschaft* moderna è quella della sovranità, e che questa ha determinato una *Trennung* nei confronti del lungo periodo in cui il termine indicava il rapporto del signore con il popolo (io direi la relazione di governo), si può bene intendere la radicalità del compito che con le affermazioni di Bogdandy si presenta. Nella prospettiva della presente riflessione, l'esigenza che lui pone non sarebbe tanto quella di aggiungere una nuova disciplina al diritto costituzionale, ma di problematizzare quest'ultimo per un nuovo significato di *costituzione*. Infatti concepire una costituzione europea comporta di necessità pensare in modo diverso quella statale.

<sup>(46)</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Cosa significa transnazionalizzare la democrazia? Un'analisi a partire dall'Unione Europea*, in « Micromega », 2014, 3, pp. 3-4.

fusa, che ci sia per Europa una legittimazione indiretta che viene dalla costituzione democratico-rappresentativa degli Stati. E questo non solo per le aporie e la crisi della costituzione democratica di cui si è detto, ma anche perché una tale legittimazione democratica fa tutt'uno con quella logica della sovranità che si deve abbandonare per poter concepire politicamente l'Europa. Piuttosto il problema di un costituzionalismo europeo è da considerare come un'occasione felice, in quanto *impone* la necessità di ripensare la democrazia.

Uno degli ostacoli maggiori a prendere decisamente la via di un nuovo costituzionalismo viene dalla riluttanza che, nonostante le dichiarazioni, filosofi e costituzionalisti hanno ad abbandonare il concetto di *autodeterminazione* e a concepire la legittimità in modo diverso dal *potere rappresentativo* <sup>(47)</sup>. È Hasso Hofmann ad avere chiara consapevolezza che un nuovo costituzionalismo europeo fa tutt'uno con un nuovo modo di pensare la democrazia. Infatti la necessità che egli pone di ripensare il nesso di unità e rappresentazione risponde proprio all'esigenza di poter concepire *giuridicamente* l'integrazione europea <sup>(48)</sup>. In tal modo il problema dell'unità plurale dell'Europa si intreccia con quello della trasformazione che in questo processo di integrazione si determina all'interno degli stessi Stati, i quali, non potendo più essere pensati come sovrani, diventano qualcosa di diverso da quello che erano prima del patto federativo. È ciò che, non solo da Hofmann, viene nominato come processo di *destatalizzazione*.

Il costituzionalismo europeo non solo impone la necessità di ripensare la democrazia, ma ci presenta anche il problema di una dimensione politica sovranazionale, che oggi appare necessaria per la stessa vita degli Stati. Questi infatti non hanno più la possibilità e la capacità di controllare e governare quei processi che hanno un'estensione e una dinamica mondiale. Se il riconoscimento che

---

<sup>(47)</sup> Esempio la posizione di Habermas sull'autodeterminazione come chiave della democrazia, ma significativo anche il recente articolo di D. GRIMM, *Welche Souveränität?*, in « Frankfurter Allgemeine Zeitung », 13 settembre 2022, la cui critica nei confronti dell'attribuzione all'Europa della sovranità giuridica, caratterizza tuttavia quest'ultima mediante il concetto di autodeterminazione.

<sup>(48)</sup> « Um die europäische Integration rechtlich angemessen zu begreifen und gewisse interstaatliche Entwicklungen zu verstehen » (HOFMANN, *Vom Wesen*, cit., p. 23).

una serie di processi economici e la loro regolamentazione giuridica avvengono al di là della volontà degli Stati rivela la velleità della loro pretesa sovranità, tuttavia, lungi da presentare una soluzione, ci pone un problema inquietante, in quanto l'intreccio di quei processi produce situazioni di dominio che non sono controllate e condizionano le decisioni degli Stati e la vita stessa dei cittadini. Ma non ci può essere *politica* se non si governano tali processi alla luce della questione della giustizia e attraverso il coinvolgimento dei cittadini, mediante una partecipazione che non consiste nel fatto che la loro volontà sia il fondamento delle decisioni, ma che i loro interessi, bisogni, esperienze e competenze vengano ad avere una funzione nel processo complessivo di governo (appunto, una *democrazia* secondo un nuovo significato). Perciò la politicità dei cittadini non può che avere l'Europa come proprio orizzonte, in quanto questa ha la dimensione che può essere congrua al compito di tentare di governare quei processi insieme alle grandi potenze presenti sulla scena mondiale. Ma una tale Europa non può essere pensata che mediante una struttura federale, in modo tale che i membri che la costituiscono rimangano protagonisti (non come sovrani, ma come *autonomi* in una realtà unitaria del tutto nuova), e che i cittadini siano *cittadini europei*, ma attraverso le diverse appartenenze che li caratterizzano, da quelle territorialmente più vicine (come l'ambito municipale) a quelle delle aggregazioni sociali. È allora un nuovo costituzionalismo che bisogna concepire per poter pensare insieme sia l'Europa come potenza unitaria, sia l'autonomia e il protagonismo dei suoi membri, così come la partecipazione dei cittadini. Queste due esigenze sono spesso avanzate, ma, se non si concepisce un federalismo che riesca ad intendere come strettamente congiunte unità e pluralità (un'unità plurale), decisione e partecipazione, esse sono destinate a rimanere tra loro in opposizione.

### 7. *Reinventare la democrazia.*

Le due vie, quella dell'analisi interna della costituzione democratica e quella che cerca di pensare politicamente e giuridicamente l'Europa, si congiungono, presentando lo stesso compito: di pensare la democrazia in modo diverso da come è stata concepita nell'orizzonte della sovranità. Non in opposizione, ma proprio sulla base di

quella problematizzazione del dispositivo moderno che è presente nelle costituzioni democratiche odierne, appare necessaria una nuova *invenzione*, che riesca ad intendere in modo diverso l'obbligazione, la dimensione politica dei cittadini, la funzione della rappresentanza, il ruolo della legge, la modalità del comando politico, l'articolazione e l'assetto costituzionale, e il ruolo politico della pluralità.

Certamente una tale invenzione è richiesta ai giuristi, la cui opera è indispensabile per poter concepire un assetto costituzionale e il suo stesso funzionamento, ma, prima ancora, appare necessario un pensiero dell'uomo, della società e della politica, un pensiero che mi pare debba intendersi come filosofico. Quando la Corte europea afferma che la *solidarietà* è un principio giuridico, ciò significa è un presupposto del diritto europeo, non che è un suo prodotto <sup>(49)</sup>. Lo stesso si può dire anche per i concetti nati con il giusnaturalismo moderno: essi stanno alla base del diritto pubblico, ma non sono *in quanto tali* giuridici. Intendo il valore dell'individuo, i suoi caratteri o diritti, quali sono libertà e uguaglianza, il concetto di popolo, la funzione della rappresentanza come autorizzazione, il concetto di un potere irresistibile in quanto legittimato e prodotto della volontà di tutti. Se questi concetti sono stati alla base del modo di pensare *giuridicamente* la realtà politica, nascono però dall'intenzione di pensare in modo filosofico l'uomo, la società e la politica.

Ugualmente per una nuova invenzione appare necessario un movimento di pensiero che da una parte mostri le aporie del dispositivo moderno, e dall'altra tenti di avanzare alcune linee orientative per pensare la realtà politica in modo diverso. Questo non significa contrapporre una nuova verità alla *scienza politica moderna*, ma operare un suo superamento nel senso dell'*Aufhebung* hegeliana, che mantiene la conquista del moderno principio della libertà soggettiva, mostrando che, affinché questa sia reale, deve essere superata l'unilateralità della sua affermazione meramente formale. Questo duplice movimento caratterizza, secondo me, la

---

<sup>(49)</sup> Sul carattere costituzionale del principio di solidarietà in relazione all'Europa si veda G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, di prossima pubblicazione.



*filosofia politica*, una modalità del pensiero che può, forse, interagire in un dialogo fecondo con il lavoro del giurista.

In questa sede mi sono proposto solo di indicare le ragioni che motivano la necessità di « reinventare la democrazia », in dialogo e con riconoscenza nei confronti del lavoro magistrale di Paolo Grossi. Non è qui possibile non solo argomentare, ma nemmeno esporre schematicamente le linee del tentativo di ripensare l'ordine politico. Si può solo dire che questo non si oppone alla innovazione che caratterizza la nostra costituzione democratica, ma va nella direzione del superamento di quelle procedure che producono effetti contraddittori nei confronti delle intenzioni e delle finalità che in essa sono espresse. Che un tale ordine costituzionale, e dunque un nuovo modo di intendere la democrazia, possa essere designato mediante il termine di *federalismo* forse non è l'aspetto più rilevante, ma può risultare illuminante, e anche giustificato dalla funzione centrale che in esso hanno la pluralità e il gesto dell'accordo, del patto <sup>(50)</sup>. In effetti a questo termine si richiamano anche quei filosofi e quei costituzionalisti che sono consapevoli che, per poter concepire politicamente e giuridicamente l'Europa, è necessario rintracciare una via diversa da quella dello Stato. Ma allora tale termine deve assumere un significato diverso nei confronti di quella tradizione che, muovendosi all'interno dell'alternativa tra Stato federale e confederazione di Stati, resta imprigionata nella logica dello Stato e della sovranità. Si tratta piuttosto di un nuovo modo di intendere la democrazia, nel quale la questione della giustizia — riemersa nella costituzione democratica — comporti un diverso ordine costituzionale, che superi le dinamiche legittimanti del potere rappresentativo mediante la presenza politica dei cittadini, sia attraverso una rappresentanza in cui si manifestano le diverse parti della società, sia una partecipazione al complessivo processo di governo che riguardi non tanto le loro opinioni, quanto piuttosto il concreto dei loro bisogni, desideri, esperienze e competenze.

---

(50) Alcune linee orientative per questo nuovo modo di intendere l'ordine politico sono presenti nell'arricchito tentativo in cui consiste la seconda parte del libro *Reinventare la democrazia*. Sulla rilevanza della figura del patto per un costituzionalismo diverso da quello statale si veda il recente volume di O. BEAUD, *Le pacte fédératif*, Paris, Dalloz, 2022.