

**NOMOS**

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

TRA SPAZIO DI ESPERIENZA E ORIZZONTE DI ASPETTATIVA. IL PRESENTE QUALE SFERA TEMPORALE DECISIVA PER LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE*

di Marco Benvenuti**

Sono particolarmente grato al professor Fulco Lanchester non solo per l'invito a questo convegno dal titolo – oserei dire – universale, ma soprattutto per avermi collocato nella sessione dedicata al “presente”; ciò per un duplice ordine di ragioni che il breve tempo a disposizione non mi consentirà forse di illustrare, ma almeno – questo sì – di indicare. Per un verso, infatti, ritengo che il presente, al pari e forse anche più del passato e del futuro, sia al centro dell'esperienza giuridica e dunque, a maggior ragione, della dimensione costituzionale. Per un altro verso, se si considerano il passato e il futuro coesenziali al presente – com-presenti, potremmo dire – entrambi trovano proprio nel presente, all'interno di una riflessione qual è quella odierna sul costituzionalismo e sull'Europa, il loro anello, per così dire, naturale di congiunzione.

Si tratta di un problema che è stato messo a fuoco, in maniera secondo me eccellente, da Reinhart Koselleck nella sua riflessione sul tempo storico, con riferimento alla nota tematizzazione delle categorie dello “spazio di esperienza” e dell’“orizzonte di aspettativa”, più di recente riprese e applicate al processo di integrazione europea anche da Paul Ricoeur. Scrive Koselleck: “l'esperienza è un passato presente, i cui eventi sono stati conglobati e possono essere ricordati. [...] La

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno “*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*”, che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

situazione dell'aspettativa è analoga... anche l'attesa si compie nell'oggi, è futuro presentificato, tende a ciò che non è ancora, al non esperito, a ciò che si può solo arguire e scoprire. Speranza e paura, desiderio e volontà, preoccupazione, ma anche analisi razionale, visione ricettiva o curiosità, intervengono nell'aspettativa", il cui tratto comune all'esperienza è, per l'appunto, la "presenzialità". Come mi è stato gentilmente richiesto, svolgerò di seguito qualche breve considerazione sulla sfera temporale del presente, che reputo decisiva per "riflettere sui temi del costituzionalismo e dell'integrazione europea in una prospettiva giudica, valutando la situazione storico-spirituale degli stessi", come riporta la traccia di questo nostro convegno.

* * *

Vi è un dato preliminare dal quale ritengo di dovere partire, perché foriero di conseguenze di rilievo su un piano sia di metodo sia di contenuto, che caratterizza strettamente il presente e che contrasta con l'esperienza del passato e, per taluno, anche con l'aspettativa del futuro: quello per cui, dopo la stagione "magica" che ha attraversato gli ultimi anni del secolo scorso e i primi del secolo nuovo, il moto di "progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e [di] erosione dei confini nazionali determinati dalla globalizzazione", per riprendere le parole della sent. n. 42/2017 della Corte costituzionale, è segnato nella sua fase attuale da spinte centrifughe prevalenti su quelle centripete, come ha messo in evidenza Giuliano Amato nella sua relazione, e più in generale – riprendendo un celebre luogo weberiano – da un certo "disincantamento"; il che, se è vero, richiede al contempo una sua novella "intellettualizzazione e razionalizzazione", alla quale i costituzionalisti, tra gli altri, sono chiamati. Se ciò non accade, il rischio paventato da Lanchester nell'introduzione scritta per questo convegno attiene alla china pericolante a cui ci troviamo oggi confrontati nell'osservazione delle relazioni interordinamentali, per cui "il costituzionalismo rischia di svuotarsi e di divenire

sempre più un guscio formale, fino ad essere negato e sostituito con sucedanei di bassa qualità che ne alterano o negano la stessa essenza”. Com’è facile avvedersi, la questione investe frontalmente la qualità del nostro comune sapere disciplinare, direi la sua profondità, sulla quale rischia di avere aggio una sua poco meditata estensione.

Se questo è lo scenario nel quale è dato muoversi oggi (piaccia o non piaccia è un altro discorso), una prima considerazione critica merita di essere formulata. Vi è, infatti, da un punto di vista metodologico una vera e propria frattura che vorrei evidenziare, data dall’approccio talora adottato da quanti studiano, nella prospettiva del diritto costituzionale, ora l’ordinamento statale ed ora l’ordinamento inter- e soprattutto sovranazionale ed anzi ne approfondiscono le vicendevoli interrelazioni. Forzando un poco la realtà delle cose, ma così delineando le linee di tendenza in atto, l’uno è oggetto di interpretazioni sempre più minuziose e affinate, comunque presidiate dai confini talora angusti del positivismo giuridico; l’altro, invece, è viepiù proiettato in favolose (e talvolta favolistiche) suggestioni *de iure condendo*. Detto altrimenti, l’ordinamento statale lo si studia per quello che è; l’ordinamento sovranazionale lo si affronta per quello che si vorrebbe che fosse, obliando, però, in questo modo, proprio la sfera temporale del presente e creando, in assenza di uno spazio di esperienza convissuta e condivisa, un orizzonte di aspettativa artificioso e inappagato – per cui “l’Europa dovrebbe essere...”, “l’Europa dovrebbe avere...”, “l’Europa dovrebbe fare...”; e ciascuno ben potrebbe a proprio gusto riempire i puntini – tale da ingenerare nella contraddizione tra la realtà e la rappresentazione, come in un drammatico *crescendo* musicale, disillusione, insofferenza, rancore.

Si potrebbe però ipotizzare che questa natura congenitamente incompiuta propria dell’ordinamento sovranazionale, connessa alla stessa dinamica processuale dell’integrazione europea – potremmo dire: di un presente che è subito tra-passato – sia in qualche modo imposta dalla sua stessa configurazione giuspositiva. E si potrebbe all’uopo invocare l’art. 1, co. 2, del Trattato sull’Unione europea, che definisce quello stesso documento fondamentale, anche se non fondativo, come una “tappa”, finalizzata alla “creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli

dell'Europa". Vi è però da dubitare che questa enunciazione di principio sia di per sé sola capace di incarnare lo *Zeitgeist* a livello sovranazionale e non sia, invece, suscettibile di contemperamento con quanto emerge, prima di tutto, dalla folta schiera di principi di cui quello stesso Trattato, specialmente nel titolo I relativo alle "disposizioni comuni", è costellato. Tra questi campeggia, in particolare, all'art. 4, § 2, il rispetto dell'"identità nazionale", la quale, essendo anch'essa collocata nel tempo e nello spazio, non può mai essere assunta come un dato o un fatto, ma piuttosto come un darsi o un farsi, ancora una volta nel presente; e che per questo fondamentalmente si espande e si contrae, muta materia e forma, cambia verso e fa sì che proprio il processo di integrazione europea sia bidirezionale e non unilineare, né tantomeno irrelato.

Sarebbe – io credo – un po' limitativo ritenere che la reversibilità nelle relazioni interordinamentali sia un demone sprigionato il fatidico 23 giugno 2016, all'indomani del quale ci siamo tutti svegliati scoprendo che, sì, è possibile esprimersi negativamente sul quesito "should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?" e qualcuno lo ha fatto davvero, consapevole o meno di tutte le conseguenze del caso. Senza arrivare a tanto, è però da riconoscere che la reversibilità del percorso intrapreso costituisce un elemento congenito del moto di integrazione tra ordinamenti giuridici, in quanto coesistente – per quel che qui ci riguarda – allo stesso riferimento costituzionale al "consen[so] alle limitazioni di sovranità", per come questo si ritrova formulato nella seconda proposizione dell'art. 11 della Carta repubblicana del 1947. La reversibilità, nel porsi al crocevia di un passato che potrebbe non esserlo ancora e di un futuro che potrebbe non esserlo mai, centra ancora una volta, quanto alla dimensione costituzionale, la sfera temporale del presente.

Se poi volgiamo, per un momento, l'attenzione ai profili sostanziali dell'Unione europea e del suo diritto, mi pare che questa divaricazione tra gli alterni destini del diritto costituzionale e del diritto sovranazionale emerga quale elemento non solo consustanziale, ma forse anche crescente in questo nostro tempo, nonostante una

qualche ricorsività di una parte importante della riflessione scientifica anche italiana nell'estendere quasi fatalmente l'uno (il diritto costituzionale), con i suoi metodi e i suoi modelli, con le sue categorie e i suoi concetti, ad un ambito disciplinare ad esso storicamente e teoricamente lontano, qual è quello proprio dell'altro (il diritto sovranazionale). Ho chiamato questa postura intellettuale iperconstituzionalismo o, parafrasando Jean Carbonnier, pancostituzionalismo, con ciò intendendo una concezione per cui tutto ciò che orbita intorno al lemma "Costituzione" sarebbe "espansibile all'infinito, e parimenti assolutamente omogeneo"; tenderebbe a "riempire tutto l'universo sociale senza lasciarvi nessun vuoto"; oblitererebbe – aggiungerei – il problema epistemologico del limite, laddove proprio l'universo concettuale del diritto costituzionale, a partire dalla solenne formulazione dell'art. 1, co. 2, Cost., si alimenta di una costante ermeneutica della finitudine.

Se si osservano non i grandi principi scolpiti nei Trattati e, anzi, i "valori" elencati all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea e si rivolge uno sguardo meno elevato – ma forse per questo meno distratto dal "seducente spettacolo delle stelle", come paventava Santi Romano nella sua memorabile prolusione pisana del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi* – alle politiche portate avanti dallo e nell'ordinamento sovranazionale, è facile avvedersi della distanza talora siderale (piaccia o non piaccia è, anche in questo caso, un'altra questione) con la dimensione costituzionale anche e soprattutto nella sua fase attuale. Non vorrei soffermarmi qui una volta ancora sull'inusitata durezza e, a monte di essa, sulla geometrica potenza delle misure anticrisi approntate dall'Unione europea a partire dall'ormai lontano 2010 e dispiegatesi fino ad oggi; un tema sul quale in tante occasioni, a Roma come a Granada, grazie alla benevola ospitalità di Francisco Balaguer Callejón, ci siamo piacevolmente confrontati. Se volessimo invece dedicare questa volta una parola in più a un secondo settore cruciale di interrelazione sia del diritto statale sia del diritto sovranazionale, solo apparentemente lontano dal primo, qual è quello delle politiche migratorie, dovremmo concludere che il termine capace di esprimere le dinamiche in atto, e che non compare a buon titolo in nessun manuale di diritto costituzionale, è

quello della condizionalità; non certo la “solidarietà” o la “responsabilità” – due parole queste sì familiari alla lingua del costituzionalista – che pure campeggiano all’art. 80 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e reggono (dovrebbero reggere) le politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione. È la condizionalità e non sono la solidarietà e la responsabilità a fondare l’istituto della ricollocazione dei richiedenti la protezione internazionale, a fronte del trattenimento e dell’uso della forza nel rilevamento delle impronte digitali degli stranieri presenti nei punti di crisi (i famigerati *hotspot*), con buona pace, se me lo consentite, dell’art. 13 Cost. È la condizionalità e non sono la solidarietà e la responsabilità a combinare l’erogazione del Fondo asilo, migrazione e integrazione alla presenza sul campo di funzionari di Frontex, che affiancano la polizia di frontiera, e di funzionari dell’Easo, che coadiuvano le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, sempre nel compimento di funzioni tipicamente attinenti all’esercizio della sovranità statale. E potrei proseguire innanzi con altri e non meno trascurabili esempi, che danno la cifra della distanza, e forse anche dell’allontanamento, dell’ordinamento sovranazionale dall’*idem de constitutione sentire* che accomuna noi tutti qui presenti.

Da questo punto di vista, il recente volume di Dieter Grimm, il cui titolo fa quasi letteralmente da sfondo a questo nostro incontro odierno, mi pare di una limpidezza esemplare. Nel libro si mette a tema, certo, l’erosione, a cui si assiste nel tempo presente, della doppia coppia oppositiva pubblico *versus* privato e interno *versus* esterno; ma si conclude senza infingimenti – cito, per l’appunto, la frase finale – che la trasposizione sul piano inter- e sovranazionale di quei metodi e di quei modelli, di quelle categorie e di quei concetti rischia di rivelarsi fallace o, peggio, di far sì che “the illusion that these challenges could be met by using a model that was invented for a different object [cioè lo Stato] tends to obstruct the search for solutions that are oriented towards the new situation and will suit it better”. Detto in altri termini, mi pare di cogliere anche dalla sua relazione di stamattina che l’incrocio tra il diritto costituzionale e il diritto inter- e sovranazionale in una chiave asovrana, eterarchica

e fondamentalmente anestetizzata rischia di presentarsi più come un problema che come una soluzione; di non saper spiegare in termini euristicamente credibili ed operativamente efficaci la nostra condizione giuridica attuale, a fronte di un dibattito pubblico – lo vediamo in questi giorni confusi e inquieti – che sull’Unione europea alterna pericolosamente il “servo encomio” e il “codardo oltraggio”; di non consentirci di svolgere, in definitiva, quella funzione di direzione intellettuale e morale che in ragione del nostro ufficio (qualcuno potrebbe spingersi a dire: della nostra *Berufung*) ci compete.

* * *

E allora: se ritenessimo, invece, che da giuristi siamo chiamati a presentare soluzioni, oltre che a sollevare problemi – ché la parola responsabilità richiama etimologicamente e concettualmente l’attitudine a fornire risposte – risulterebbe urgente, nel momento in cui da più parti in Europa viene proposto (e talora imposto) un punto di vista sull’Italia, interrogarsi su quale possa ed anzi debba essere il punto di vista dell’Italia sull’Europa, come esiste un punto di vista tedesco, un punto di vista francese e così via; perché senza un’esplicita tematizzazione di ciascuno e di tutti quei punti di vista non può darsene alcun superamento. Così, per un verso, vale la coscienza di essere europei, il che significa – lo ha espresso con parole forti Federico Chabod – “differenziazione dell’Europa, come entità politica e morale, da altre entità, cioè, nel caso nostro, da altri continenti o gruppi di nazioni”; così anche, per un altro verso, vale la consapevolezza che qualunque progetto di integrazione tra ordinamenti giuridici in tanto si giustifica in termini kantiani in quanto i popoli, cioè i soggetti reali di ogni forma democratica di organizzazione politica, vi vedono un “reciproco tornaconto”. Senza quella coscienza e quella consapevolezza l’Unione europea rischia di ridursi ad un’*idée reçue* e dunque, purtroppo, ad una povera cosa.

Da dove è possibile (ri)partire? Ho voluto poc'anzi riportare un argomento cruciale dello scritto di Immanuel Kant *Per la pace perpetua*, forse il principale dei manifesti del cosmopolitismo filosofico-politico moderno, perché, proprio al fine di cogliere il presente in tutte le sue sfaccettature, soccorrono i classici, quei giganti grazie alle cui spalle siamo in grado di guardare più lontano. Ce lo ricorda magistralmente, una volta ancora nella sua relazione presentata a questo convegno, Peter Häberle, nel paventare molto opportunamente l'offesa alla nostra intelligenza collettiva che si farebbe regalando il concetto di popolo al populismo, immemori di Cicerone e della sua riflessione germinale sulla “res publica, res populi”; ma aggiungerei anche il concetto di nazione al nazionalismo, di ogni tempo e di ogni luogo, di sovranità al sovranismo, di cui a torto o a ragione in questi giorni tanto si parla, ed anche di presente al “presentismo che non sa uscire da sé”, evocato stamattina con preoccupazione da Amato.

Vorrei quindi concludere queste mie sommarie considerazioni sollecitando una riflessione collettiva sulla questione se vi sia e, nel caso, quale sia il *proprium* del contributo che la riflessione giuridica italiana può dare nel condividere con quella degli altri Stati membri dell'Unione europea l'inesausta perimetrazione della giusta distanza tra l'ordinamento statale e l'ordinamento sovranazionale, che tanto ricorda la schopenhaueriana favola dei due porcospini. Formulerei, a quest'ultimo riguardo, due ordini di considerazioni. In primo luogo, la riflessione giuridica italiana appare forse meno incline di altre, grazie alla propria matrice storico-critica, a dogmatismi impalpabili e astrattizzanti, laddove fonda la dimensione giuridica su storia ed esperienza e, quindi, coglie in tutta la sua carica problematica la continuità-contiguità tra testo e contesto. In secondo luogo, la riflessione giuridica italiana sembra forse più capace di altre, grazie al proprio retroterra teorico-politico, di riattivare un'“attitudine affermativa, o comunque inclusiva, nei confronti del conflitto”, come ha scritto di recente Roberto Esposito nel ricostruire intorno a questa chiave di lettura le fila di un “Italian thought” nella filosofia pratica, dotato di caratteristiche peculiari e distintive rispetto a un “German philosophy” e a un

“French theory”. Si tratta di piste che, magari in un prossimo convegno, varrebbe la pena di esplorare, perché potenzialmente suscettibili di ampliare e di approfondire anche il nostro comune sapere disciplinare.

Cosa se ne potrebbe fare discendere? Anche qui non posso che limitarmi a qualche frammento di suggestione. Evocherei, in proposito, il primato della politica all'interno di un campo che potremmo qualificare come repubblicano e, perciò, alimentato dal carattere attivo, volontario e relazionale del legame tra soggetti liberi ed eguali, nonché colto dal punto di vista non delle strutture istituzionali, ma dei soggetti reali che compongono un certo ordinamento giuridico; la conseguente capacità di disegnare il potere pubblico dentro lo Stato, ma anche senza lo Stato, come si è dolorosamente cercato di fare in Italia per molti e lunghi secoli, e quindi più facilmente oltre lo Stato, tema su cui tanto oggi ci si arrovella; il coesenziale riconoscimento in positivo del conflitto, della dialettica e della dinamica, perché sono “quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma” (non potrei non citare, a questo proposito, Niccolò Machiavelli).

Si tratta, certamente, solo di alcuni dei molti possibili punti di partenza e non necessariamente di solidi punti di arrivo; perché i classici – amava ripeterlo Franco Fortini – “sono ‘vivi’... nella misura in cui sono ‘morti’, ossia sono stati successivamente abbandonati dalle diverse forme di energia antagonista che furono capaci di incarnare lungo le generazioni”. E qui le diverse generazioni, che Lanchester ha tanto cortesemente voluto riunire a questo tavolo per farle dialogare tra loro, hanno senz'altro in comune la consapevolezza che tra l'esperienza del passato e l'aspettativa del futuro vi è una sfera temporale decisiva anche per la dimensione costituzionale, tutta da vivere e da praticare: quella del presente.