

Ernst-Wolfgang Böckenförde

# Lo Stato come Stato etico

*cura e traduzione di*  
Elisa Bertò

***vai alla scheda del libro su [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)***



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*,  
Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik  
und Geistesgeschichte, Band 14, Dunker & Humboldt,  
Berlin 1978, pp. 5-41.

© Copyright 2017

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675060-0

*al mio Maestro, Mario Lorenzo Calabi,  
per avermi insegnato che l'operazione del tradurre  
è un momento di civiltà comunicativa fondamentale.*

### *Ringraziamenti*

Desidero ringraziare i miei genitori per quel che mi hanno consentito di fare.

E Filippo, per quello che pensiamo insieme, per quanto stiamo costruendo.

Ringrazio la Prof. T. Stein (Christian-Alberts-Universität zu Kiel), la Prof. M. Künkler (Princeton University) per la disponibilità al confronto con la traduzione inglese – che hanno da poco curato – e la dott.ssa D. Cusin per il serio e importante lavoro di consulenza all’edizione italiana. La responsabilità della traduzione è naturalmente soltanto mia.

Un sincero ringraziamento va al Prof. Fabris e al Prof. Bellotti che hanno creduto e reso possibile questa pubblicazione.

## PRESENTAZIONE E NOTA ALLA TRADUZIONE

Per quanto ci si sforzi di trovare un'altra *idea* altrettanto significativa per rendere ragione della forma della coesistenza umana, quella di *statualità* pare essere la più complessiva. Il significato sta in quel processo storico che ha portato nell'età moderna in Europa allo strutturarsi del cosiddetto «Stato (moderno)», un'unità politica integrata nella condivisione di scopi e attraverso argomentazioni terrene. Non è un caso allora che per pensare il suo presente, un presente come storia<sup>1</sup>, Böckenförde parta proprio da qui, dalla teoria e dalla storia dello Stato moderno, dal “dilemma” dello Stato liberale<sup>2</sup>, per misurarsi con i temi e le questioni più importanti della filosofia politica, della teoria del diritto, della costituzione del Novecento. Uno straordinario

<sup>1</sup> Cfr. F. SCHILLER, *Lezioni di filosofia della storia*, tr. it. L. Calabi (a cura di), Edizioni ETS, Pisa 2012.

<sup>2</sup> Cfr. «Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire», in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie. Ebrachen Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart 1967, pp. 75-94 ora in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1991, pp. 92-114, tr. it. M. Nicoletti (a cura di), *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia 2006, p. 6.

percorso intellettuale che, sulla scorta del pensiero di grandi maestri<sup>3</sup>, ha saputo aprire spazi di riflessione pubblica di singolare ricchezza<sup>4</sup>. I piani in cui si possono collocare i lavori di questo studioso – quello del giurista con quello storico e filosofico – si intrecciano e dialogano a costruire un discorso che mai si scosta dalle fonti del diritto<sup>5</sup>, che rimanda continuamente alla tradizione del pensiero e che si articola sempre attraverso le maglie della genealogia del concetto. Tema di fondo e insieme *problema*, qui come altrove, è quello della legittimità dello Stato che deve pensarsi poggiato sulla sua stessa idea di statualità, indipendente da fondamenti religiosi o ideologici.

Böckenförde<sup>6</sup> interpreta lo Stato moderno

<sup>3</sup> Tra i principali riferimenti teorici dell'autore troviamo H.J. Wolff, F. Schnabel, J. Ritter, E. Fortshoff, C. Schmitt, H. Heller.

<sup>4</sup> Cfr. all'ampia opera in due volumi appena pubblicata in inglese da MIRJAM KÜNKLER - TINE STEIN, *State, Constitution, and Law. E.-W. Böckenförde's Political and Legal Thought in Context*, in *Ernst-Wolfgang Böckenförde: Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, Oxford University Press, New York 2017, p. 34.

<sup>5</sup> M. FIORAVANTI, *Sulla dottrina dello Stato. L'opera giuspubblicistica di E.-W. Böckenförde*, in «Filosofia politica», vol. 2, 2008, pp. 279-286.

<sup>6</sup> È considerato uno dei massimi *Staatsrechtslehrer* della tradizione tedesca. Si è addottorato nel 1956 all'Università di Münster in giurisprudenza (sup. Hans Julius Wolff) e nel 1961 in filosofia all'Università di Monaco (sup. Franz Schnabel). È stato professore nelle Università di Heidelberg, Bielefeld e Freiburg i. B.; cofondatore della rivista «Der Staat»; giudice del Tribunale Costituzionale tedesco dal dicembre 1983 al maggio del 1996. È stato insignito del titolo

non solo come concentrazione di un'autorità, ma come frutto di un processo di secolarizzazione, di affrancamento delle istituzioni politiche dal fondamento religioso<sup>7</sup>. In questa distinzione necessaria che la storia del mondo, una storia di separazioni<sup>8</sup>, ha reso possibile, «lo Stato cessa di rapportarsi alla religione in modo *teologico*» e «si rapporta alla religione come Stato, cioè *politicamente*», affermandosi così «nella

di dottore in teologia *honoris causa* dall'Università di Bochum nel 1999. Tra i molti, ha ricevuto anche il Premio Hannah Arendt (2004) e il Premio Sigmund Freud (2012). In italiano sono stati pubblicati: *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono: problematica e modelli d'epoca*, a cura di P. Schiera, Giuffrè, Milano 1970; la più ampia raccolta di saggi a cura di M. Nicoletti e O. Brino, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006; e la raccolta di saggi a cura di G. PRETEROSSÌ, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Bari 2010; *Democrazia e rappresentanza*, in «Quaderni costituzionali», 5, 1985, pp. 227 ss.; *Commissioni parlamentari d'inchiesta e autonomia comunale*, in «Problemi di amministrazione pubblica», 1979, pp. 125 ss.; *Il potere costituzionale del popolo*, in G. Zagrebelsky - P.P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino 1996, pp. 231 ss.; *Verità e libertà. Responsabilità della Chiesa nel mondo d'oggi*, in «Il Regno-attualità», 20, 2004, pp. 271 ss.; *Teoria politica e teologia politica. Osservazioni sul loro rapporto reciproco*, in «Hermeneutica», 1997, pp. 65 ss.; M. Nicoletti (a cura di), *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia 2006. Da segnalare inoltre un importante lavoro di A. CAVALIERE, *Le ragioni della secolarizzazione. Böckenförde tra diritto e teologia politica*, G. Giappichelli Editore, Torino 2016.

<sup>7</sup> Cfr. M. NICOLETTI, *La formazione dello Stato*, cit.

<sup>8</sup> Cfr. A. FERGUSON, *An Essay on the history of civil society* (1767), tr. it. P. Salvucci (a cura di), *Saggio sulla storia della società civile*, Vallecchi Editore, Firenze 1973; J. MILLAR, *Observations Concerning the distinctions of Ranks in Society*, London 1771.

sua forma compiuta»<sup>9</sup>. Confinandola dal diritto pubblico al diritto privato, la religione «non è più l'essenza della *comunità*, ma l'essenza della *differenza*»; e – insegna Marx – «la differenza tra l'uomo religioso e il cittadino è la differenza tra il commerciante e il cittadino, tra il bracciante e il cittadino, tra il proprietario terriero e il cittadino (...) tra l'*individuo vivente* e il *cittadino*»: è quella tra il *bourgeois* e il *çitoyen*. Solo in opposizione a queste (differenze), «*al di sopra* degli elementi *particolari*»<sup>10</sup> necessariamente presupposti, lo Stato si fa valere come universale<sup>11</sup>. La religione, diventando lo spirito della società civile, è ormai una faccenda puramente individuale e l'uomo nello Stato è l'«uomo di mondo», l'individuo che condivide un universale<sup>12</sup>. Quella che si con-

<sup>9</sup> K. MARX, *Zur Judenfrage*, in «Deutsch-Französische Jahrbücher», A. Ruge e K. Marx (a cura di), Parigi 1844, in K. Marx - F. Engels, *Werke*, Dietz, Berlino 1969, vol. 1, tr. it., *Sulla questione ebraica e altri scritti giovanili*, Editori Riuniti, Roma 1978, p. 53.

<sup>10</sup> «Nur so über den besondern Elementen konstituiert sich der Staat als Allgemeinheit» (*ivi*, p. 57).

<sup>11</sup> Si rimanda al riferimento hegeliano (§ 270, *Lineamenti di filosofia del diritto*) che Marx fa in *Sulla questione ebraica*, cit., p. 57: «Affinché [...] lo Stato giunga ad esistere come la realtà etica consapevole dello spirito, è necessario che esso si distingua dalla forma dell'autorità e della fede; ma tale distinzione compare solo in quanto la parte ecclesiastica in se stessa perviene alla separazione; soltanto così, al di sopra delle Chiese *particolari*, lo Stato ha acquistato l'*universalità* del pensiero, il principio della sua forma, e li reca ad esistenza».

<sup>12</sup> Sul concetto di «uomo di mondo» si veda C. CESA, *Note e Notizie*, in «Giornale critico della filosofia italiana», vol. III, 1982, pp. 977-988; N. PIRILLO, *L'uomo di mondo tra morale e ceto*, Il Muli-

figura è allora un'istituzione propriamente secolare legata alla necessità di garantire beni umani, la vita *in primis*. E per questa ha rinunciato ad utilizzare i mezzi di coercizione in campo religioso e morale. Dal punto di vista dell'individuo la neutralità dello Stato viene percepita come l'atteggiamento di una potenza politica che si ferma davanti a religione e moralità volendo difenderle e dichiarandole inviolabili. Il fondamento dello Stato liberale sta nel rispetto che lo Stato ha verso la coscienza: la rinuncia ad offenderla<sup>13</sup>. In quanto si sa come opposto agli interessi particolari, non li nega, ma li neutralizza<sup>14</sup> e li presuppone come termini del suo proprio rapporto.

Se nello scritto più famoso – quello del 1967<sup>15</sup> – la trattazione seguiva le tappe del processo di secolarizzazione per descrivere la natura dello Stato in rapporto al suo fondamento (religioso), in quello di dieci anni successivo – *Der Staat als sittlicher Staat*, qui proposto in traduzione italia-

no, Bologna 1987; ID., *Morale e civiltà. Studi su Kant e la condotta di vita*, Loffredo, Napoli 1995.

<sup>13</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Il diritto fondamentale della libertà di coscienza*, in *Stato, costituzione, democrazia*, in M. Nicoletti (a cura di), *op. cit.*, pp. 263-344.

<sup>14</sup> Cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 167-185.

<sup>15</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, tr. it. M. Nicoletti (a cura di), Morcelliana, Brescia 2006.

na – quel rapporto con il fondamento si spoglia della sola dimensione confessionale e si determina come rapporto tra lo Stato e le sue funzioni. Invece di guardarlo uscire dalla storia, in questo saggio lo vediamo mentre si dimena nel presente. Questo non significa che si tralasci il discorso sui presupposti dell'unità politica, ma che qui lo si ripensa nella dimensione dello Stato quale ordinamento legittimato *dalla* e per *la* libertà.

Tale questione pone il problema dell'elaborazione di un'altra importante categoria, quella di eticità. La scelta della traduzione dell'aggettivo *sittlich* richiede più di una precisazione. Com'è noto il termine tedesco può essere reso in italiano con “morale” o “etico”. Il riferimento filosofico di Böckenförde – l'Hegel dei *Lineamenti di Filosofia del diritto*<sup>16</sup> – non lascia dubbi. È nota infatti la distinzione hegeliana degli anni jenesi tra una morale vissuta – *Sittlichkeit* – e una morale universale – *Moralität* –, che portò il Croce traduttore dell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche* a preferire “etico” per rendere il tedesco *Sitte*, “costume”<sup>17</sup>. Ciò a cui ci si vuole riferire è quell'*ethos* che sta dentro le istituzioni – familiari,

<sup>16</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tr. it. G. Marini (a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005<sup>5</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. B. CROCE, *Etica e politica*, a cura di A. Musci, Bibliopolis, Napoli 2015; C. CESA, *Verso l'eticità. Saggi di storia della filosofia*, a cura di C. De Pascale, L. Fonnesu, A. Savorelli, Edizioni della Normale, Pisa 2014.

sociali, statali –, nello spirito di un popolo<sup>18</sup> – le sue leggi, i suoi costumi –, e non al *mos* della coscienza soggettiva. Nel nostro caso però si tratta di tradurre *sittlicher Staat*, cioè *Stato etico*, con la paura che questo avrebbe potuto far inciampare, viste le dinamiche della storia contemporanea, in sinistri fraintendimenti. È però il testo a non consentirne affatto. Quello di Böckenförde non è uno Stato ideologicamente determinato ma, al contrario, uno Stato che si fa garante di un *ethos* di libertà; uno Stato che si fa carico della libertà di ciascuno per garantirla a tutti. La sua eticità è la misura della sua universalità. Un'universalità non generica: il soggetto è sempre quell'uomo che la critica alla religione ha disvelato<sup>19</sup>; l'uomo dentro ad un ordinamento di sovranità; il cittadino e non l'essere umano in generale; l'uomo dei diritti. L'eticità dimostra la relazione profonda, necessaria, dello Stato con la società civile. In queste pagine non c'è ambiguità: l'eticità è condizione della normatività ma non il suo effetto.

<sup>18</sup> Cfr. J. HYPPOLITE, *Introduzione alla filosofia della storia di Hegel*, tr. it. L. Calabi (a cura di), Edizioni ETS, Pisa 2016.

<sup>19</sup> Cfr. «*Aber der Mensch, das ist kein abstraktes, ausser der Welt hockendes Wesen. Der Mensch, das ist die Welt der Menschen, Staat, Sozietät*», K. MARX, *Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie. Einleitung* (1843), in «Deutsch-Französische Jahrbücher», A. Ruge e K. Marx (a cura di), in K. Marx - F. Engels, *Werke*, Dietz, Berlino 1969, vol. 1, cit., p. 378, tr. it. Nicolao Merker (a cura di), Editori Riuniti, Roma 1976, p. 190. Per approfondire si veda anche L. CALABI, *Ancora su Löwith e la filosofia della storia*, in «Rivista di Storia della Filosofia», Franco Angeli, 2016, fasc. suppl. (4), pp. 321-337.

A questo riguardo è bene ricordare che Böckenförde scrive negli anni del *Grundwertdebatte*, quelli della Legge sul divorzio e sull'aborto, dove ci si chiedeva fino a che punto lo Stato potesse fornire un *ethos* comune; fino a che punto le sue azioni e le sue politiche mirassero a rappresentare una certa visione del mondo. Erano i mesi di poco successivi a quello che la storia ha definito l'“autunno tedesco”, quello del 1977, insanguinato da una serie di atti terroristici da parte della RAF – Rote Armee Fraktion –, un gruppo terroristico di estrema sinistra responsabile, tra gli altri, del sequestro di Hanns Martin Schleyer<sup>20</sup> – presidente degli industriali tedeschi e membro della CDU – e di aver dirottato un aereo della Lufthansa – il *Landshut* – pretendendo la liberazione di tre dei loro capi in cambio della vita degli ostaggi. La scelta della presidenza Schmidt fu di mantenere una linea dura, di non cedere. Gli ostaggi vennero liberati con un'azione di forza, Schleyer venne ucciso e i tre leader della Raf morirono in carcere.

In *Der Staat als sittlicher Staat*<sup>21</sup> – e in alme-

<sup>20</sup> La risposta del governo federale – di non cedere al ricatto – è ripresa *ad exemplum* da Böckenförde nelle pagine conclusive del presente saggio, p. 39.

<sup>21</sup> Nasce come discorso pronunciato in occasione del conferimento del premio Reuchlin da parte della città di Pforzheim e poi pubblicato in una versione leggermente ampliata: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, in *Wissenschaftliche Abhandlungen*

no altri cinque articoli<sup>22</sup> ad esso correlati – Böckenförde si rivolge direttamente a quei fatti per riflettere sui propositi dello stato democratico e sulle risposte che esso deve essere in grado di dare – anche quelle più violente – senza corrodersi. Paradossalmente è proprio il richiamo a quei particolari episodi – in chiusura – e a quelle circostanze politico-sociali in cui versava la Repubblica Federale – in sede di prefazione – a permettergli di schierarsi dalla parte dello Stato di diritto che deve essere in grado di difendere il fondamento della sua unità politica con la libertà. Infatti, il suo “*Um-willen*”<sup>23</sup> è una componente vincolante dell’ordinamento legale: è all’interno dei con-

*gen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*, Dunker & Humblot, Berlino 1978, vol. 14.

<sup>22</sup> Per gli altri quattro si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem*, in *Extremisten und öffentlicher Dienst. Studie der Friedrich-Eber-Stiftung*, Baden-Baden 1981, pp. 9-33; *Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, pp. 1881-1890; *Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue? Sicherung der freiheitlichen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 dicembre 1978, tr. it. M. Nicoletti e Omar Brino (a cura di), *Garanzia di un comportamento o fedeltà per convincimento interiore? Salvaguardia della democrazia liberale nelle forme dello Stato di diritto*, in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 363-374; *Ausnahmerecht und demokratische Rechtsstaat*, in *Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch*, Nomos, Baden-Baden 1981, pp. 259-272.

<sup>23</sup> Cfr. *Der Staat als sittlicher Staat*, cit., pp. 12 e 18. Si richiami anche, dello stesso autore, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, pp. 214-215 e *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitt*, p. 358, tr. it. p. 129.

tenuti delle leggi che va difesa la sua legittimità. Diversamente non potrà più dirsi liberale<sup>24</sup>.

Con questo, lo Stato, lasciato privo della sua consistenza oggettiva, non si espone al rischio di suicidarsi? Al contrario – come ci fa leggere in parte già nel 1967 – la sua possibilità di sopravvivenza sta nell'alimentare quei presupposti culturali e morali che spingono i cittadini ad essere solidali tra loro e a riconoscere nella pace e nell'ordinamento un valore che consente di esprimere la loro libertà. Non è violando le coscienze ma affidandosi ad esse e alla loro formazione – attraverso la scuola, l'istruzione, l'esempio delle istituzioni – che lo Stato può mantenere viva la sua legittimità.

È ancora, significativamente, in quegli episodi che viene colto il problema che la democrazia ha di articolare l'uguaglianza e la libertà di ciascuno nelle sue funzioni, di ordinarsi come *Herrschaftsordnung* proprio in quanto *Freiheitsordnung*. Quell'entità politica che assicura pace e unità non può essere disarticolata, confusa. Serve un sistema di norme, leggi, provvedimenti. E la costituzione assolve questa funzione: è usata per

<sup>24</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue? Sicherung der freiheitliche Demokratie in den Formen des Rechtsstaats*, in «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 8 dicembre 1978, pp. 9-10, tr. it., *Garanzia di un comportamento o fedeltà per convincimento interiore?*, in M. Nicoletti (a cura di), *Stato, costituzione, democrazia*, cit., Giuffrè Editore, Milano 2006, pp. 363-374.

regolare le relazioni tra sistema politico e sistema giuridico. «Senza la forma costituzionale dello Stato la politica moderna non sarebbe esistita com'è esistita, ma non si esaurisce in tale forma e non trova neppure in essa la ragione ultima della sua essenza»<sup>25</sup>. Non è insomma la costituzione il luogo dove trovare l'espressione dello Stato come unità politica. Perché la costituzione è il recinto, la forma che il terreno della politica assume, ma non può esaurirla, contenerla tutta. Il diritto deve sottoporsi alla prospettiva del rischio perché può solo evitare l'attuarsi violento dei conflitti, la guerra civile<sup>26</sup>. Non può tutelare dei valori<sup>27</sup> ma solamente ispirarvisi: non posso giudicare le opinioni dei cittadini sulla base della conformità ai valori morali costituzionali, perché questi non sono immediatamente imponibili con la coazione giuridica. E allora lo schema si ripropone: non è in un sistema di valori fatto valere giuridicamente che si può trovare il limite della libertà. Quei limiti oltre i quali non potersi spingere sono quelli dell'esistenza stes-

<sup>25</sup> P. SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'occidente moderno*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 32.

<sup>26</sup> Cfr. D. TOSINI, *Niklas Luhmann: il diritto nella teoria dei sistemi sociali*, in G. Campesi - I. Populizio - N. Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale: Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Carocci, Roma 2009, pp. 6-35.

<sup>27</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forstboff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stoccarda 1967, tr. it. G. Gurisatti (a cura di), *La tirannia dei valori*, Pellicani, Roma 1996.

sa dello Stato moderno in quanto garante della difesa dei diritti. E perché possano essere esercitati si ha bisogno, certo, di una *cornice* che in qualche modo consenta a questi diversi diritti di manifestarsi e di essere tutelati. Il rivendicare di avere un diritto, affinché sia fondato, ha bisogno di un riconoscimento da parte di altri soggetti e di una cornice che preveda strumenti per difenderli; rivendicare un diritto significa far rispettare una facoltà giuridica: rivendico un'autorità pubblica che abbia l'ultima parola, un'autorità normale razionale, chiedo che "qualcuno" preveda sanzioni per chi viola tale diritto. Perché la difesa del diritto è la difesa della cornice. Lo Stato moderno non è fatto per garantire la felicità – un contenuto sostanziale – dei cittadini, ma per definirne le condizioni di possibilità.

La nostra democrazia – non si dimentichi – non è solo lo Stato dell'uguaglianza ma anche lo Stato della differenza. La differenza che bisogna imparare a pensare distinta dal privilegio – che invece viola l'uguaglianza, la cornice. *Dopo Auschwitz* la democrazia si deve aprire allo spazio di una serie di principi e valori fondamentali dove la stessa volontà dello Stato trova dei limiti, si deve aprire ad un mondo di principi che non sono a sua disposizione. Il diritto ha bisogno di mantenersi costantemente disponibile non solo a quei valori che hanno portato alla formazione statale, ma a tutti i valori (senza lasciare che

venga declinato in termini fondamentalistici). In questo risiede il significato della delimitazione di cui parla Böckenförde: non è un ostacolo [*Schranke*] alla libertà, non la esclude, ma la porta dentro ai suoi confini, in quell'unico spazio dove può realizzarsi legittimamente<sup>28</sup>.

Che cosa va presupposto, allora, nella società perché lo Stato possa dirsi un'unità politica organizzata<sup>29</sup>? Che cos'è l'*ethos* comune cui ci si riferisce senza dargli un nome? Una morale naturale<sup>30</sup>? Böckenförde, sulla scia di Hermann Heller, insiste su una *relativa omogeneità* (un certo *Wirgefüh*l, una certa *Gemeinsamkeit*). Ben lontani da quella *sostanziale* di eco schmittiano, in questa omogeneità si trova una dimensione laboratoriale, di costruzione del collante "sovrafunzionale"

<sup>28</sup> Cfr. I. KANT, *Prolegomeni ad ogni futura metafisica che potrà presentarsi come scienza*, § 57, Laterza, Bari 1996, pp. 219 ss.

<sup>29</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in G. Miglio e P. Schiera (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 112. Si veda anche: J.-F. KERVEGAN, *Que faire de Carl Schmitt?*, Editions Gallimard, 2011, tr. it. F. Mancuso (a cura di), *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari 2016.

<sup>30</sup> «Woraus lebt der Staat, worin findet er die ihn tragende, homogenitätsverbürgende Kraft und die inneren Regulierungskräfte der Freiheit, deren er bedarf, nachdem die Bindungskraft aus der Religion für ihn nicht mehr essentiell ist und sein kann? Lässt sie Sittlichkeit innerweltlich säkular begründen und erhalten, kann der Staat sich auf eine natürliche Moral erbauen? Wieweit können staatlich geeinte Völker allein aus der Gewährleistung der Freiheit des einzelnen leben ohne ein einigendes Band, das dieser Freiheit vorausliegt?», in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006, p. 111.

– come dirà nelle pagine che seguono. È la *Sittlichkeit* hegeliana, una “compartecipazione di soggettivo e oggettivo”, una struttura unitaria fondamentale alla quale ricondurre “i diversi modi della razionalità pratica”<sup>31</sup>. Non c’è niente di pre-politico, di connaturato a tenere insieme chi abita lo Stato; anzi, ciò a cui si riferisce è proprio la politica come decisione, volontà. Quello che accomuna nasce all’interno della società civile, dalla coesistenza umana; ha una dimensione politica e socio-economica. Servono cioè condizioni sociali indispensabili perché la libertà si realizzi. Ciò che manca alla società civile per essere Stato è la dimensione politica che ne fa un’unione. Solo così «lo Stato è la realtà dell’idea etica, – lo spirito etico, inteso come volontà sostanziale»<sup>32</sup>. La «disposizione d’animo politica», «la volontà razionale»<sup>33</sup> è la base sostanziale del diritto.

Se in questo scritto – come nella maggioranza di quelli raccolti in un ricco volume da M. Nicoletti<sup>34</sup> – il confine della riflessione è quello dello “Stato” nazionale, in quelli più tardi – raccolti da

<sup>31</sup> J.-F. KERVÉGAN, *La razionalità normativa. Spunti hegeliani*, in «Filosofia politica», fasc. 1, Il Mulino, Bologna 2016, pp. 59-74, p. 59.

<sup>32</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, § 257, pp. 413-14, ed. it. di G. Marini (a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005<sup>3</sup>, p. 195.

<sup>33</sup> J.-F. KERVÉGAN, *La razionalità normativa*, cit., p. 59. Si veda anche F. BIASUTTI, *Etica della politica*, Morcelliana, Brescia 2016.

<sup>34</sup> Cfr. M. NICOLETTI - O. BRINO, *op. cit.* (nota 6).

G. Preterossi<sup>35</sup> – la prospettiva si allarga alle nuove istituzioni sovranazionali, l'Europa su tutte. Prospettiva che fa risuonare ancora con più insistenza le preoccupazioni finora poste. E ancora di più oggi, quando si paventa la scomparsa dei confini nazionali proprio mentre si costruiscono muri. L'idea di Stato non è in crisi perché è categoria incapace di farci dire qualcosa sul mondo, ma perché ha bisogno di significarsi ulteriormente: le Nazioni, a lungo pensate dentro lo Stato – non come spazio, bensì come cultura, lingua, etc. – oggi come le pensiamo? In parte tornano a porsi come “spazio nazionale”, in parte come lingua, cultura, religione “originarie” dentro gli Stati che le ospitano: qual è allora la prospettiva?

Come hanno scritto gli allievi di Böckenförde nella *Festschrift* dedicatagli per il suo sessantacinquesimo compleanno: «*Statualità aperta* è un concetto chiave dello sviluppo dello Stato nell'Europa attuale: lo status considerato per certo dello Stato è posto in un processo di trasformazione e in un contesto di rapporti giuridici che oltrepassano la sfera nazionale, anche in merito ai diritti umani. Che cosa è e cosa rimane “Stato” in questo contesto?»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. G. PRETEROSSÌ, *op. cit.* (nota 6).

<sup>36</sup> Cfr. M. NICOLETTI, *Presentazione*, in *Stato, costituzione, democrazia*, cit., p. VI. Cfr. A. MUSCI - R. RUSSO (a cura di), *Filosofia civile e crisi della ragione. Croce filosofo europeo*, Storia e Letteratura, Roma 2016.

La sfera pubblica che oggi si trova a ripensare la sua dimensione spaziale<sup>37</sup>, le sue mappe di riferimento, non ha alcun vantaggio a mettere tra parentesi le motivazioni profonde di ciascuno, perché lasciar esprimere le ragioni dà possibilità di costruire, perché per restare uniti ha bisogno di un lavoro di bilanciamento tra valori diversi coi quali relazionarsi. Böckenförde non pronuncia sentenze, ma consente di pensare, apre il campo dell'indagine scientifica e fornisce elementi utili a rintracciare l'origine del problema insegnandoci che «lo Stato» non deve smettere di essere «il mediatore tra l'uomo e la libertà dell'uomo»<sup>38</sup>. Senza Stato non ci sarebbe il meglio della modernità politica, non ci sarebbe democrazia.

<sup>37</sup> Tra i molti riferimenti possibili si veda J. OSTERHAMMEL - N.L. PETERSON, *Geschichte der Globalisierung: Dimensionen, Prozesse, Epochen*, C.H. Beck Wissen, 2012; C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, Il Mulino, Bologna 1999; M. MERIGGI - L. DI FIORE, *World History. Le nuove rotte della storia*, Laterza, Bari 2011; S. CONRAD, *Storia globale. Un'introduzione*, Carocci, Roma 2015; J. BROTON, *La storia del mondo in dodici mappe*, Feltrinelli, Milano 2015<sup>3</sup>; L. BLANCO - C. TAMANINI (a cura di), *La storia attraverso i confini. Esperienze e prospettive didattiche*, Carocci, Roma 2015; C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna 2002; D. D'ANDREA e E. PUCINI, *Filosofie della globalizzazione*, ETS Edizioni, Pisa 2002; F. FARINELLI, *La crisi della ragione cartografica*, Einaudi, Torino 2009; S. SASSEN, *A Sociology of Globalisation*, W.W. Norton & Co, NY 2007.

<sup>38</sup> K. MARX, *Sulla questione ebraica*, cit., p. 56.

*Nota alla traduzione*

Riporto qui alcune scelte lessicali:

**Um-willen** – proposito. I riferimenti sono ai seguenti testi di E.-W. Böckenförde in traduzione italiana: *Sviluppo storico e mutamento di significato della costituzione*, p. 50 – tr. it. di O. Brino e M. Tomba; *Il diritto fondamentale della libertà di coscienza*, p. 269, p. 320 – tr. it. di O. Brino e M. Tomba; *La democrazia come principio costituzionale*, p. 491 – tr. it. di F. Ghia e G. Ghia, in M. Nicoletti e O. Brino (a cura di), *Stato, costituzione, democrazia*. Si poteva mantenere la scelta fatta nei casi appena citati e rendere l'espressione con "per amore di". Il significato da parafrasare è sicuramente quello del famoso "dilemma": «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, da sein, um der Freiheit willen, eingegangen ist» («Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire. Questo è il grande rischio che si è assunto per amore della libertà», in *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, M. Nicoletti (a cura di), tr. it. di C. Bertani, *op. cit.*, p. 70). Nel caso di *Der Staat als sittlicher Staat* si trattava però di tradurre sempre un sostantivo e di doverlo fare cercando di mantenere la doppia accezione che Böckenförde gli assegna: da un lato è, sì, il fondamento dello Stato, dall'altro però è anche il suo scopo. Mi spiego: la libertà è la ragion d'essere dello Stato, ciò su cui poggia e si legittima e per questo deve essere suo proposito quello di garantirla, la direzione del suo operare per garantire – di nuovo – ancora se stesso.

**Gesinnung** – convincimento interiore/convinzione. Si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue?*, cit., p. 363, p. 366.

**Gewalt** – potere/forza (fisica). Il principale riferimento è E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassunggebende Gewalt der Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, in «Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a.M. 1986, p. 10, tr. it. di O. Brino e M. Tomba, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 113-142.

**Macht** – potere/forza. Il riferimento è E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., Frankfurt a. M. 1976, pp. 336-348.

**Herrschaft** – dominio. Il riferimento è a M. Nicoletti e O. Brino (a cura di), *Stato, costituzione, democrazia*, cit., p. XLVI. Ho preferito mantenere questa forma desueta dell'italiano, quasi poco piacevole all'occhio che legge, perché quella che sembra più capace di rendere il pensiero dell'autore. In proposito si veda anche *Geschichtliche Grundbegriffe (GG)*, *Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Klett Cotta, Stuttgart 1972-1992, Bd. 3, pp. 61-63; in Id., *Herrschaft*, GG, p. 49; in Id., *Der Herrschaftsbegriff im Zeitalter der Revolutionen: Grundzüge seiner Geschichte*, in *Herrschaft*, GG, pp. 64 ss.

## PREFAZIONE

La vita politica e sociale nella Repubblica Federale ha assunto negli ultimi anni tratti tali da riproporre l'urgenza di interrogarsi sulla rilevanza e le funzioni dello Stato come forma di ordine politico per la convivenza degli individui nella libertà.

Nel raccogliere questo interrogativo, le riflessioni che seguono – presentate nell'aprile di quest'anno in occasione dell'assegnazione del Premio Reuchlin della Città di Pforzheim – hanno trovato, in parte, un'ampia eco. Le riproponiamo qui in una versione leggermente modificata e completata da una sezione di commento.

Anche in questa forma restano però dedicate al Consiglio comunale e ai cittadini di Pforzheim.

Friburgo, giugno 1978

*Ernst-Wolfgang Böckenförde*



## INTRODUZIONE

Nella prima metà del XVI secolo gli umanisti europei, fossero essi teologi come Erasmo e Melantone o giuristi come Giovanni Reuchlin e Tommaso Moro, dedicarono la loro attenzione non solo all'educazione umanistico-filosofica e allo stile di vita umanistico, ma anche all'ordine politico del loro tempo mettendosene al servizio. Reuchlin fu giudice della Lega Sveva per dodici anni, contribuendo a uno dei tentativi di fondare un ordine di pace permanente nell'Impero<sup>1</sup>; Tommaso Moro fu invece per anni Gran Cancelliere del re d'Inghilterra. Se non riuscirono a costruire uno Stato come sistema di pace permanente, ne gettarono le fondamenta con le loro idee e le loro azioni. Vi è pertanto un motivo non solo attuale, ma anche storico, a indurci oggi, in occasione di questa premiazione, a parlare di Stato.

Cos'è questo Stato, lo Stato in cui viviamo e che malgrado qualche letteraria dichiarazione di

<sup>1</sup> Per i dettagli sulla vita e l'attività professionale di Reuchlin si rimanda alla ricca e ben documentata bibliografia di LUDWIG GEIGER, *Johann Reuchlin sein Leben und seine Werke*, Dunker & Humblot, Leipzig 1871. Sulla Lega sveva e i suoi sviluppi odierni si veda ADOLF LAUFS, *Der Schwäbische Kreis. Studien über Einungswesen und Reichsverfassung im deutschen Südwesten zu Beginn der Neuzeit*, 1972, pp. 58 ss.

morte<sup>2</sup>, determina ancora, nel mondo d'oggi, la forma della coesistenza umana senza avere una valida alternativa? La formulazione della tematica: 'Lo Stato come *Stato etico*', racchiude una sfida. Può questo Stato, concepito oggi come Stato democratico, Stato di diritto [*Rechtsstaat*] e Sta-

<sup>2</sup> Ernst Forsthoff (cfr. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München 1971) parla solo della "memoria dello Stato" (Cap. 1, pp. 11-20); lo scritto non lascia dubbi sul fatto che l'autore consideri lo Stato europeo – entità universale concreta sorta dal superamento delle guerre civili di confessione – "davvero morto" (cfr. pp. 30, 158 ss.); Carl Schmitt, nella premessa alla terza edizione del suo scritto (*Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin 1963, p. 10, ed. it. *Il concetto di politico*, in *Le categorie del politico*, tr. it. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera (a cura di), Il Mulino, Bologna 1972) afferma: "L'epoca della statualità [*Staatlichkeit*] volge ora al termine. Su questo non c'è più niente da dire". Il primo volume dell'opera – ne erano previsti cinque – più importante di Klaus Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München 1977), dedicato ai concetti cardine e ai fondamenti del diritto pubblico, tratta anche quelli di *Staatsrecht* (diritto statale), *Staatsrechtswissenschaft* (scienza del diritto statale), *Verfassung* (Costituzione), *Verfassungsrecht* (diritto costituzionale) ma – significativamente – non il concetto di *Staat* (Stato) che resta inesplicito; ci si trova così, letteralmente, ad avere un diritto statale senza uno Stato. Al contrario, negli ultimi anni le scienze politiche hanno visto un "rinnovato interesse per lo Stato" (W. Hennis in *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Politische Vierteljahresschrift Sonderhefte (PVS 7), Köln-Opladen 1976, p. 11) dopo che in precedenza, sulla scorta dell'attenzione per il processo politico democratico, il concetto di Stato era stato in parte ommesso e in parte veniva considerato superato. Sulla riscoperta dello Stato nella moderna teoria comunista dello Stato, segnatamente in Santiago Carillo, vedasi CARL SCHMITT, *Die Legale Weltrevolution*, in «Der Staat» (17), 1978, pp. 321 ss., tr. it. di G. Agamben (a cura di), *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio sulla legalità e sulla superlegalità giuridica*, in *Carl Schmitt. Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Neri Pozza, Vicenza 2005.

to sociale, essere più di un'istituzione destinata a certi scopi, che rimane all'interno della cornice di ciò che è strumentale e piegato ad un particolare fine? Può essere più di un'istituzione che garantisce la sicurezza comune e crea equilibrio sociale fra i diversi gruppi e interessi; più di una "comunità pluralista funzionale", come Max Imboden<sup>3</sup> ha descritto il nuovo sistema politico che va delineandosi in non pochi stati democratici?

Molti ritengono che una caratterizzazione limitativa dello Stato, che non vada oltre la sua dimensione funzionale, sia necessaria ad impedire che lo Stato si trasformi in una macchina del terrore (Moloch) e quindi a rivendicare il primato della libertà dell'individuo. Se lo Stato è concepito e definito come Stato etico, vale a dire, come portatore di un significato che supera il solo valore funzionale, detentore di autorità e responsabilità, non rappresenta un pericolo per la libertà individuale, assoggettata a obblighi, obiettivi e scopi che sono, in ultima analisi, fissati solo da persone o da gruppi di persone? E questo non trasforma lo Stato in una "totalità della vita"<sup>4</sup> che assorbe

<sup>3</sup> MAX IMBODEN, *Die Staatsformen*, in, *Politische Systeme – Staatsformen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1974, pp. 62 ss.

<sup>4</sup> Lo Stato come "totalità della vita": RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), ora in, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, pp. 136 ss., p. 189, *ivi*, 1966<sup>2</sup>, ed. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, F. Fiore e J. Luther (a cura di), Giuffrè Editore, Milano 1988.

lo status dell'individuo – inteso come soggetto – e quindi la sua singolarità?

Altrettanto facilmente si può porre la domanda al contrario: possono i compiti e le funzioni che lo Stato, il nostro Stato, assume e deve assumere, affrancarsi da un fondamento etico-morale? Non hanno e non necessitano di un punto di riferimento etico-morale? Questi compiti e queste funzioni non sono minacciate proprio quando acquisiscono uno status di mera strumentalità? Non è esattamente una simile riduzione che dà luogo ad una sorta di mostruosa automaticità funzionale? E come può il compito di garantire la sicurezza – ad esempio – che lo Stato deve assumersi, non diventare l'“assicurazione dell'egoismo”, come diceva, non senza lungimiranza, Karl Marx<sup>5</sup>? Vi è dunque ragione di interrogarsi a proposito dello Stato come Stato etico.

*Ernst-Wolfgang Böckenförde*

<sup>5</sup> KARL MARX, *Zur Judenfrage*, in *Die Frühschriften*, a cura di Siegfried Landshut, Kröner, Stuttgart 1953, p. 194, ed. it. di Umberto Cerroni (a cura di), *La questione ebraica e altri scritti*, Editori Riuniti, Roma 1954, p. 71: “La sicurezza è il più alto concetto sociale della società civile, il concetto della *polizia*, secondo cui l'intera società civile esiste unicamente per garantire a ciascuno dei suoi membri la conservazione della sua persona, dei suoi diritti e della sua proprietà. In tal senso Hegel chiama la società civile: «Lo Stato del bisogno e dell'intelletto». Col concetto di sicurezza la società civile non si innalza oltre il suo egoismo. La sicurezza è piuttosto l'*assicurazione* del suo egoismo”.

## INDICE

Presentazione e nota alla traduzione di <i>Elisa Bertò</i>	7
<i>Nota alla traduzione</i>	23
Prefazione	25
Introduzione	27
I. Caratteristiche strutturali dello Stato	31
1. Unità di pace, di decisione e di potere	32
2. Ordinamento di dominio e ordinamento di libertà	37
II. Il proposito [ <i>Um-willen</i> ] dello Stato e l'orientamento sostanziale dei suoi scopi	41
1. Organizzazione e funzionamento	43
2. Portata e limiti dell'azione dello Stato	45
a) Libertà esterna e sicurezza (Stato del bisogno e dell'intelletto)	46
b) Libertà sostanziale e autorealizzazione	49
<i>Nessun ricorso all'unità per convincimento interiore</i>	51
<i>Il problema degli estremisti</i>	54

<i>Lo Stato e la sua funzione di tutela e sostegno</i>	61
3. Presupposti che lo Stato non può garantire	69
III. Percorsi di realizzazione	73

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com) - [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Finito di stampare nel mese di novembre 2017