



# *Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2024

*Sub conditione:* Dieter Grimm  
e la crisi della legislazione  
democratica

di Matteo Bozzon

EDITORIALE SCIENTIFICA

# *SUB CONDITIONE*: DIETER GRIMM E LA CRISI DELLA LEGISLAZIONE DEMOCRATICA\*

*di Matteo Bozzon*

Assegnista di ricerca in Filosofia politica  
Università di Roma 'La Sapienza'

SOMMARIO: 1. IL DIBATTITO GRIMM-HABERMAS: UNA DIATRIBA SULL'EUROPA?; 2. LA CRISI DELLA LEGISLAZIONE DEMOCRATICA: CONDIZIONAMENTI E PRE-SUPPOSTI; 3. LA "CONQUISTA DEL COSTITUZIONALISMO" MODERNO; 4. RIPENSARE LA DEMOCRAZIA: VERSO UN NUOVO COSTITUZIONALISMO?

## 1. Il dibattito Grimm-Habermas: una diatriba sull'Europa?

Per il lettore italiano il confronto tra il costituzionalista Dieter Grimm e il filosofo Jürgen Habermas rievoca immancabilmente la diatriba che si impose con forza nella seconda metà degli anni '90 sulla necessità di dotare l'Europa di una costituzione<sup>1</sup>. All'epoca, nel dibattito politico europeo, era ampiamente diffusa l'idea che il livello di integrazione raggiunto con Maastricht avesse reso i trattati una base di legittimazione insufficiente per le istituzioni unionali e che fosse ur-

---

\* Questo lavoro è stato supportato dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del progetto "Science in times of emergency: the role of scientific knowledge in policy-making during crises" (CUP Master: B53D23032600001; CUP: B53D23032600001; Codice Progetto: P2022ACHYA) – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Missione 4, Componente 2, Investimento 1.1 – Fondo per il Programma Nazionale della Ricerca (PNR) e Progetti di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN).

<sup>1</sup> Cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* e J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, entrambi in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 339-367 e pp. 369-375, rispettivamente; per un inquadramento, in luogo di molti, cfr. A. SCALONE, *Le istituzioni europee: carenza di legittimazione o superamento del principio rappresentativo?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2016, pp. 180-186. Infine, sui risvolti più recenti del confronto tra Grimm e Habermas, cfr. M. BOZZON, *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, in *Pandoravista.it*, 2023; a questo proposito si veda anche J. HABERMAS, *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa*, in Id., *Questa Europa è in crisi*, trad. it. di C. Mainoldi, Roma-Bari, 2012, pp. 33-98.

gente l'adozione di una costituzione. Sebbene questa prospettiva fosse generalmente accolta con favore, nel suo intervento *Braucht Europa eine Verfassung?* (München, 1995) Grimm sollevò dubbi sia sulla sua possibilità sia sulla sua utilità, stimolando una breve ma incisiva replica polemica da parte di Habermas che contribuì a conferire significativa visibilità internazionale al dibattito<sup>2</sup>.

La disputa ruotava attorno a due questioni fondamentali strettamente interrelate tra loro: la possibilità di concepire una costituzione senza un popolo e l'esistenza stessa di un popolo europeo. Le tesi di Grimm sono state così generalmente recepite come espressione di una posizione "euro-scettica", in contrapposizione a quella "euro-ottimista" di Habermas. Tuttavia, tale polarizzazione appare riduttiva e, specie nel caso di Grimm, incapace di rendere giustizia al senso complessivo della sua analisi. Una delle problematiche centrali che egli poneva all'attenzione – allora come anche nei suoi lavori più recenti – è che l'Unione Europea debba essere preservata e sviluppata nella sua natura specifica di istituzione sovranazionale, evitando di replicare modelli propri degli Stati nazionali<sup>3</sup>. La sua critica si concentra soprattutto su una propensione ancora attuale: proiettare a livello europeo lo schema di legittimazione democratica tipico dello Stato nazionale con l'intento di colmare il cosiddetto deficit democratico delle istituzioni europee<sup>4</sup>. Una simile proiezione avrebbe, secondo il giurista, due ricadute inevitabili: la trasformazione dell'Unione in uno Stato (federale) e l'adattamento della sua architettura istituzionale ai sistemi di governo rappresentativi, centrati sul ruolo predominante del parlamento. La sfida europea, tuttavia, non sta tanto nel reiterare modelli preesistenti,

<sup>2</sup> Cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., pp. 340-342; inoltre, si veda ID., *»Ich bin ein Freund der Verfassung«*, Tübingen, 2017, pp. 243-245.

<sup>3</sup> Cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., p. 364-365 (trad. modificata): «Se (...) è preferibile evitare di premere sull'acceleratore di una formazione di tipo statale in Europa, ciò è perché attualmente essa non soddisferebbe i requisiti democratici. (...) Si tratta piuttosto di conservare l'Unione europea nella sua specificità di istituzione sovranazionale e di consolidarla rispettandone la specificità, senza copiare modelli improntati allo Stato nazionale».

<sup>4</sup> Dal ricorso irriflesso a modelli desunti dagli Stati nazionali dipende anche l'aver ignorato una delle cause principali del deficit di legittimazione europeo, quella che Grimm ha denominato "iper-costituzionalizzazione" (*Über-Konstitutionalisierung*) dell'Unione, cfr. D. GRIMM, *Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung – Der Fall Europa*, in ID., *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, 2016, pp. 112-116.

quanto nel riconoscere e valorizzare la specificità dell'Unione come entità politica unica nel suo genere.

Se una costituzione nel senso pregnante e moderno del termine richiede una comunità discorsiva e una sfera pubblica per esprimere l'autodeterminazione collettiva sulle finalità e sulle forme del potere politico, Grimm constata l'assenza empirica di tali presupposti sociali a livello europeo. Ma ignorare questo fatto equivale a travisare altresì la natura profondamente innovatrice e strutturalmente plurale dell'Unione, che rappresenta una configurazione politica del tutto eccedente le forme note di associazione. E non a caso Grimm ritiene che in effetti «i trattati assumono quelle funzioni essenziali che sul piano statale interno spettano alla costituzione»<sup>5</sup>, benché la loro base di legittimazione vada rintracciata negli Stati membri (si deve ammettere insomma la presenza di «una costituzione giuridica in senso materiale», come in consonanza è stato notato<sup>6</sup>). In quest'ottica, rubricare la posizione di Grimm come manifestazione di “euro-scetticismo” appare avere senso solo se si assolutizza formalisticamente il modello rappresentativo come imprescindibile e insuperabile per poter comprendere e valutare politicamente e costituzionalmente l'Europa, disinteressandosi invece della questione cruciale sollevata fin dal titolo anche della sua più recente raccolta di saggi sull'Europa: *Europa ja – aber welches?*, in cui il *leitmotiv* rimane, non a caso, proprio quello della *Verfassung* della democrazia europea<sup>7</sup>.

Il confronto teorico tra Grimm e Habermas, tuttavia, è ben lungi dall'esaurirsi nella discussione sulle possibilità e sui limiti di una costituzionalizzazione democratica a livello sovranazionale<sup>8</sup>. Un aspetto

---

<sup>5</sup> D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., p. 353 (trad. modificata).

<sup>6</sup> H. HOFMANN, *L'essenza della costituzione*, in Id., *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 2009, p. 37.

<sup>7</sup> Cfr. D. GRIMM, *Europa ja – aber welches?*, cit., dove, nell'incipit del *Vorwort* (p. 7), si legge: «Come suggerisce il titolo di questo libro, i contributi qui raccolti si fondano su un conflitto di fondo. Da un lato, essi esprimono la convinzione profonda che l'integrazione europea sia una necessità imprescindibile. Dall'altro, sono animati da una inquietudine non meno profonda: il timore che l'integrazione stia imboccando una strada sbagliata. L'Unione Europea paga questo prezzo con un crescente distacco dai suoi cittadini. Senza la loro fiducia, tuttavia, il progetto di integrazione è destinato al fallimento. Al centro di questo volume si trova quindi una critica allo stato attuale dell'Unione, non con l'intento di chiedere 'meno Europa', ma di auspicare una 'Europa migliore'».

<sup>8</sup> E a quello di seguito indicato andrebbe aggiunto perlomeno il confronto sul si-

del loro dialogo passato del tutto in secondo piano, ma che in realtà è ben presente in filigrana proprio nei contributi sull'Europa<sup>9</sup> e, a ben vedere, risulta decisivo in relazione ai tentativi di “transnazionalizzare la democrazia”, riguarda la crisi di legittimazione democratica registrabile già al livello dello Stato nazionale – tema su cui entrambi si sono soffermati nei primi anni '90<sup>10</sup>. Se, secondo lo stesso costituzionalista di Kassel, l'idea di una democrazia sovranazionale ricalcata sul modello statale appare utopistica e controproducente, questo è anche dovuto al fatto che il processo di mediazione necessario alla democrazia appare già significativamente incrinato a livello nazionale a causa di fenomeni come l'autoreferenzialità dei partiti, le asimmetrie rappresentative e i deficit comunicativi registrabili su questo piano. In questo contesto, due opere di rilievo condensano riflessioni cruciali sulle trasformazioni costituzionali già in corso negli anni '80: *Die Zukunft der Verfassung* (Frankfurt a.M., 1991) di Grimm e *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt a.M., 1992) di Habermas<sup>11</sup>. Prima ancora di proiettarsi sul piano europeo, dunque, il dialogo tra i due autori si intensifica attorno alle difficoltà che affliggono le istituzioni rappresentative all'interno degli Stati nazionali.

---

gnificato e la legittimità della “giurisprudenza costituzionale” nello Stato democratico di diritto: cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Roma-Bari, 2013, pp. 268-321; D. GRIMM, *Habermas zur Verfassungsrechtsprechung*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 2021, pp. 182-203.

<sup>9</sup> D. GRIMM, *Europa ja – aber welches?*, cit., pp. 25, 123-124; ma si veda già D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 358.

<sup>10</sup> Una significativa eccezione è rappresentata da S. CHIGNOLA, S. MEZZADRA, *Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2008, pp. 132-134, dove si segnala la rilevanza delle indagini di Grimm sui processi di deconstituzionalizzazione per la comprensione dei suoi interventi sull'Europa.

<sup>11</sup> Da ricordare e tenere presenti sono però anche altri due scritti più risalenti dei due autori: J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M. 1973, p. 154, trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, a cura di G. BACKHAUS, Roma-Bari, 1975; D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987.

## 2. La crisi della legislazione democratica: condizionamenti e presupposti

Il saggio di Dieter Grimm che presentiamo in traduzione si innesta direttamente su questo dibattito “entro lo Stato” ed è incluso nella *Festschrift* in onore di Habermas, curata da Lutz Wingert e Klaus Günther, *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*<sup>12</sup>. La collettanea, apparsa nel 2001, proponeva i contributi del simposio tenutosi nel luglio 1999 presso la Johann Wolfgang Goethe-Universität di Francoforte in occasione del 70° compleanno del filosofo. Lo scritto di Grimm, in particolare, può essere letto, a ragion veduta, come una sorta di contro-critica sistematica alla concezione proceduralista del diritto delineata nel nono e ultimo capitolo di *Faktizität und Geltung*, avanzata da Habermas con l'intento di superare proprio una serie di “impasse costituzionali” evidenziate dall'allora giudice presso il *Bundesverfassungsgericht*.

Fin da *Die Zukunft der Verfassung* Grimm aveva espresso preoccupazioni riguardo alla perdita di significato delle costituzioni moderne nel contesto delle società complesse e dello sviluppo di uno Stato sociale con funzioni sempre più ampie e onerose. Già col titolo si opera un decisivo ribaltamento del significato classico di costituzione: da strumento che organizza l'unità politica e dischiude il futuro, essa stessa diventa oggetto di incertezza riguardo al suo stesso destino. Grimm si interrogava, in particolare, sulla capacità della costituzione di preservare la propria forza normativa e vincolante, paventando il rischio di un suo irreversibile deperimento a ordinamento parziale. Nelle pagine finali della sua opera Habermas raccoglieva la sfida posta da Grimm e, attraverso il suo paradigma proceduralista del diritto, affrontava il problema strutturale dell'espansione dei compiti statali che, sovraccaricando il diritto, ne comprometteva la capacità regolativa<sup>13</sup>.

Pur riconoscendo che la strumentalizzazione del diritto a fini di controllo politico mina la legittimità democratica e disgrega il sistema giuridico, Habermas non ritiene che questa situazione sia di per

---

<sup>12</sup> Cfr. D. GRIMM, *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung*, in L. WINGERT, K. GÜNTHER (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt a.M., 2001, pp. 489-506.

<sup>13</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., pp. 436-438, 483-490 (in relazione anche alla disamina che segue).

sé insolubile. Al contrario la considera un'opportunità per ripensare il significato della divisione dei poteri e le modalità di legittimazione democratica andando al di là sia del cosiddetto paradigma del diritto formale borghese sia di quello del diritto materializzato dello Stato sociale. In linea con la "ricostruzione del diritto" esposta nei capitoli terzo e quarto di *Faktizität und Geltung*, il paradigma proceduralista ribadisce l'ipotesi di fondare la legittimità del diritto non su contenuti normativi predeterminati, ma sul processo discorsivo attraverso cui le norme vengono elaborate e giustificate, riformulando la questione dell'autonomia in termini di co-originarietà tra autonomia privata e pubblica. In tal senso il modello si basa sull'interazione tra diritti fondamentali e procedure democratiche: se i primi garantiscono condizioni di partecipazione libera ed egualitaria, le seconde permettono a tutti i soggetti interessati di contribuire, attraverso il discorso, alla formazione delle norme giuridiche. Habermas rimarca così la necessità di procedure trasparenti, aperte e inclusive, in cui le norme siano giustificate mediante argomentazioni razionali.

Affrontando le tesi di Grimm sul declino del diritto costituzionale, Habermas, come accennato, ne individua il nodo centrale nella crisi di vincolatività e di controllo dei poteri pubblici. Interrogandosi sul futuro della costituzione Grimm sembra, cioè, oscillare tra due alternative: reinterpretare la costituzione per adattarla alle società complesse o ridurla a ordinamento parziale, accettandone il declino normativo. Secondo Habermas, questa visione riflette in ogni caso le difficoltà del diritto quando è strumentalizzato dalla politica, perdendo la propria funzione regolativa e integrativa. La proposta proceduralista vorrebbe offrire una via d'uscita, intendendo il diritto non solo come una cornice normativa, ma anche come medium che trasforma il potere comunicativo dell'opinione pubblica in norme legittime. Piuttosto che cedere alla politicizzazione o alla burocratizzazione, il diritto deve fondarsi su processi discorsivi che garantiscano trasparenza, partecipazione e legittimità. Lungi dal proporre un ritorno a modelli giuridici del passato, dunque, Habermas invita a ripensare in modo *riflessivo* la divisione dei poteri e il rapporto tra diritto e politica; e la proceduralizzazione consentirebbe proprio di fronteggiare la complessità delle società moderne senza sacrificare la funzione normativa del diritto. In questo modo, il diritto continua a rappresentare non solo un argine contro l'arbitrio, ma anche uno strumento dinamico di integrazione sociale e di emancipazione democratica.

Il nucleo della concezione proceduralista habermasiana è insomma ancorato all'idea che la democrazia si fondi sull'istituzionalizzazione di processi discorsivi in grado di tradurre il potere comunicativo dell'opinione pubblica in norme giuridiche legittime, garantendo così l'integrazione sociale attraverso l'equilibrio tra autonomia privata e pubblica. Il suo obiettivo è decifrare l'idea di autodeterminazione democratica come un processo discorsivo inclusivo, in cui i destinatari delle leggi cogenti partecipano alla loro elaborazione come autori. Si realizzerebbe così l'ideale di sovranità popolare attraverso la co-legislazione.

Nella sua replica, significativamente intitolata *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung*, Grimm muove una critica rigorosa e serrata al paradigma habermasiano, focalizzandosi sul funzionamento concreto della democrazia rappresentativa e delle sue procedure legislative. In relazione a ciò, alcuni degli esiti più significativi delle sue precedenti ricerche – ben noti anche a Habermas – sono così ripresi e riordinati in questa sede, mentre il focus della sua analisi diviene la specifica razionalità democratica della legislazione, che appare progressivamente erosa in termini strutturali. Col *Bedingungen* del titolo si richiamano, pertanto, sia i “presupposti” sia i “condizionamenti” concreti della legislazione democratica, come emerge fin dal primo dei tre paragrafi in cui si articola l'esposizione. Grimm evidenzia come i presupposti del modello democratico-rappresentativo, basato sul nesso sovranità-rappresentanza, siano già venuti meno nella realtà degli Stati stessi: questo declino è imputabile a condizionamenti strutturali che limitano la capacità del parlamento di funzionare come centro della produzione legislativa e come garante della legittimità democratica. L'analisi di Grimm, tuttavia, non si limita a documentare la crisi delle strutture rappresentative, ma appare suggerire che il futuro della democrazia richiede un ripensamento radicale dei suoi fondamenti, in grado di integrare la complessità e le asimmetrie del potere in un nuovo modello di legittimazione.

### 3. La “conquista del costituzionalismo” moderno

Per comprendere appieno l'indagine sui presupposti e i condizionamenti della legislazione democratica è indispensabile considerare brevemente ciò che altrove Grimm ha definito l'*Errungenschaft des*

*Konstitutionalismus*, la “conquista del costituzionalismo”<sup>14</sup>. Con questa espressione Grimm descrive l’ordine giuridico tipico delle costituzioni moderne, in cui democrazia e diritti fondamentali si intrecciano per fondare e organizzare il potere pubblico, garantendo l’autonomia individuale e collettiva. Le origini di questo modello risalgono a quelle rivoluzioni americana e francese che non si limitarono a trasformare dei regimi politici esistenti, ma introdussero un nuovo paradigma di legittimità fondato su principi razionali e universali. Questi eventi storici incarnarono un’aspirazione inedita: creare un ordine politico fondato sulla sovranità popolare e sui diritti fondamentali, ispirandosi ai principi del giusnaturalismo moderno. Se prima delle rivoluzioni, le dottrine giusnaturalistiche si erano limitate a fornire dei criteri critici con cui si potevano valutare le realtà politiche esistenti, i rivoluzionari americani e francesi le resero uno strumento progettuale, giustificando la rottura con i vecchi regimi e delineando un nuovo sistema di governo.

Il costituzionalismo moderno emerge così come risposta a questa sfida: istituire e delimitare il potere pubblico, facendo dei principi del giusnaturalismo il fondamento del diritto positivo. Le costituzioni scritte non proclamano solo i diritti fondamentali, ma definiscono anche le strutture istituzionali per garantirne il rispetto, introducendo la distinzione cruciale tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*: mentre il primo rappresenta il potere originario del popolo di creare una costituzione, il secondo rappresenta quello delle istituzioni da esso derivate<sup>15</sup>. Questa distinzione assicura la supremazia della costituzione come norma fondamentale, regolando l’esercizio della sovranità popolare attraverso un quadro giuridico stabile. In un contesto democratico dove la sovranità popolare non può essere esercitata immediatamente, l’organizzazione del potere richiede una delega ben strutturata. Le costituzioni non sono semplici dichiarazioni di principio, ma strumenti operativi che regolano l’esercizio del potere, fissandone i limiti e

<sup>14</sup> Cfr. D. GRIMM, *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in *Scienza & Politica*, n. 59/2018, pp. 131-156. Ma in relazione ai punti salienti ripercorsi di seguito, si veda Id., *Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung*, cit., pp. 95-99.

<sup>15</sup> Cfr. H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, a cura di M. ASCHERI e S. ROSSI, Roma, 2008, pp. 116-118; sui concetti di “sovranità popolare” e “sovranità nazionale”, cfr. D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, a cura di G. Preterossi e O. Malatesta, Bari-Roma, 2023, pp. 34-47.

garantendo la protezione dei diritti individuali. I cataloghi dei diritti fondamentali, parte integrante delle costituzioni moderne, vincolano i governanti a rispettare le libertà dei cittadini, radicando la legittimità del potere nel rispetto di tali diritti. Tuttavia, secondo Grimm, il costituzionalismo non è privo di tensioni. La relazione tra democrazia e diritti fondamentali è spesso delicata: se una democrazia radicale, fondata esclusivamente sul principio di maggioranza, rischia di sacrificare le minoranze, d'altro canto, un' enfasi eccessiva sui diritti fondamentali può ostacolare l'adattabilità della democrazia ai mutamenti sociali e politici. Questo equilibrio sembra dunque richiedere un bilanciamento costante per mantenere il costituzionalismo efficace nel legittimare e delimitare il potere.

Grimm evidenzia in ogni caso come *in termini costituzionali* la legittimazione democratica si fonda su un dispositivo articolato, ma molto ben determinato: un popolo sovrano, cittadini uguali, elezioni e una funzione rappresentativa del potere legislativo. Questo sistema intreccia uguaglianza, partecipazione e rappresentanza in una struttura che conferisce razionalità e stabilità al potere pubblico. La democrazia attribuisce al popolo la fonte originaria della legittimità, ma la complessità del governo richiede una delega organizzata. Le elezioni, in questo quadro, creano un "legame", attraverso l'autorizzazione, tra cittadini e rappresentanti, trasformando la volontà collettiva in norme attraverso il potere legislativo. Tali norme, a loro volta, sono vincolate dai principi costituzionali che regolano e delimitano l'esercizio della sovranità. Così, la costituzione diventa non solo un manifesto di valori, ma l'architettura operativa che sostiene e disciplina il potere democratico, garantendo al tempo stesso la sua legittimità e i suoi limiti.

Confrontandosi con Habermas sulle condizioni della legislazione democratica, Grimm mette ora in luce un nodo cruciale: il dispositivo legittimante della democrazia costituzionale poc' anzi ricordato non si realizza nella realtà contemporanea ostacolato da limiti strutturali intrinseci e dinamiche sistemiche<sup>16</sup>. Pur non soffermandosi sulle contraddizioni teoriche insite negli stessi concetti alla base delle costituzioni moderne, la sua analisi illumina le difficoltà di applicare oggi i

---

<sup>16</sup> Sull'esaurimento del modello giusnaturalistico in relazione tanto ai processi di decostituzionalizzazione nazionali quanto alle modalità specifiche di produzione normativa a livello europeo, si veda H. HOFMANN, *L'essenza della costituzione*, cit., pp. 49-51.

principi originari della legittimazione democratica. In particolare, la partecipazione paritaria e l'eguaglianza nel processo normativo, requisiti fondamentali, appaiono compromesse dalla complessità delle decisioni politiche, dalla professionalizzazione della politica e dal ruolo egemone dei partiti. Questi fattori creano una frattura tra cittadini e rappresentanti, dissolvendo l'identificazione del cittadino come supposto co-autore delle leggi. Proprio le leggi che sono il fulcro del potere rappresentativo non svolgono più la funzione legittimante che dovrebbe essere loro propria.

Per richiamare solo alcuni degli aspetti trattati da Grimm nel testo di seguito tradotto, si può ricordare come la centralizzazione del potere decisionale nei partiti sposti la deliberazione dal parlamento alle loro strutture interne, riducendo il dibattito pubblico e minando trasparenza e responsabilità. In parallelo, l'emergere di sistemi negoziali implica il coinvolgimento diretto di attori privati nel processo legislativo, spesso sottraendoli ai vincoli costituzionali e ai meccanismi di *accountability*. Questo fenomeno, aggravato dalla perdita intrinseca di forza regolativa delle leggi e dalla frammentazione del processo decisionale, erode la razionalità e la legittimità del diritto. Infine, l'espansione delle funzioni statali e il ricorso a strumenti indiretti, come incentivi e negoziazioni, anziché comandi imperativi, indeboliscono il principio di legalità e il legame tra legge e legittimazione democratica. A risultare drasticamente insidiata è in tal modo la divisione dei poteri, mentre le minoranze, incapaci di influenzare in modo significativo le decisioni, sono neutralizzate (due condizioni, la divisione dei poteri e il rispetto dei diritti delle minoranze, che sono ritenute indispensabili per una costituzione che si intenda come democratica).

#### 4. Ripensare la democrazia: verso un nuovo costituzionalismo?

Grimm, alla luce di queste trasformazioni, adotta un approccio *latu sensu* "pragmatico" che bilancia ideali e realtà, consapevole che la democrazia contemporanea opera in contesti di crescente complessità e imperfezione. Egli riconosce la ridotta efficacia della costituzione nelle nuove forme di cooperazione pubblico-privata e negli accordi informali, ma sottolinea l'importanza di non rinunciare a disciplinarle nei limiti del possibile. Tra le sue proposte vi sono il rafforzamento delle strutture esistenti, come il ruolo del parlamento, l'aumento della

trasparenza e l'introduzione di nuovi meccanismi istituzionali, come il controllo giurisdizionale, per contenere i deficit di legittimità. Proprio nella consapevolezza che la democrazia non si realizza mai compiutamente, Grimm la considera un valore normativo essenziale, un obiettivo regolativo verso cui tendere. La costituzione, in questa prospettiva, si configura come una cornice flessibile, capace di adattare il funzionamento democratico alle mutevoli esigenze della società.

Tuttavia, nella stessa misura in cui le osservazioni di Grimm suggeriscono che il modello di democrazia costituzionale, oggi, non solo è disatteso, ma irrealizzabile, esse sono state ritenute imporre, con non meno coerenza, la necessità di ripensare profondamente il concetto stesso di democrazia<sup>17</sup>. Un mero accomodamento con la realtà, in effetti, è esposto al rischio di girare a vuoto: la natura "strutturale" dei problemi significa precisamente che non sono risolvibili tramite regolamentazione<sup>18</sup>. Se, come dimostra Grimm, i presupposti della democrazia costituzionale risultano inattuabili, come giustificarne il mantenimento senza cadere in una difesa retorica e sterile? È legittimo continuare a sostenere ideali di partecipazione paritaria e trasparenza *nella forma dell'autodeterminazione*, sapendo che le condizioni delle società moderne li rendono irraggiungibili, ma soprattutto che la loro stessa realizzazione finisce per produrre l'opposto di quanto promesso? Occorre dunque interrogarsi su come integrare le inevitabili asimmetrie del potere in un processo democratico che resti inclusivo e legittimo. In un'epoca di globalizzazione, interdipendenza tra pubblico e privato e crescente autonomia dell'amministrazione, quali principi e strumenti possono allora fondare un nuovo costituzionalismo capace di garantire la legittimazione del potere e la tutela dei diritti fondamentali?

Seguendo le premesse di Grimm, c'è chi giunge a una conclusione ancor più radicale di quanto egli stesso ammetta: la democrazia, così come originariamente concepita nella modernità, non esiste né può

---

<sup>17</sup> Per questa direttrice interpretativa si veda G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, 2022, pp. 229-234 e 302-309, in particolare; inoltre, ID., *Come pensare un'Europa federale. La lezione di Althusius*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2024, parte II, pp. 131-140.

<sup>18</sup> Per limitarsi ad un esempio si può ricordare quanto Grimm afferma a proposito della costituzionalizzazione dei gruppi di interesse sul modello dei partiti: sebbene possibile, essa nulla potrebbe mutare rispetto alla loro natura di portatori di interessi *particolari*; cfr. D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., p. 159.

esistere nella contemporaneità. E il pregio del suo contributo risiederebbe proprio nella capacità di rivelare questa verità con una lucidità disarmante<sup>19</sup>. Per evitare la riduzione della democrazia a un'illusione appare allora necessario ridefinirne i principi, tenendo conto dei processi che sono concretamente in atto, governandoli “democraticamente”. Solo attraverso questa revisione sarà possibile preservare il valore normativo della democrazia e riaffermarne la centralità in una società in costante trasformazione. Mentre Habermas tenta di superare queste aporie attraverso il proceduralismo, dunque, l'indagine di Grimm rivela che senza un rinnovamento delle strutture rappresentative, le garanzie discorsive restano inefficaci. La sfida è anzitutto quella di ripensare la costituzione democratica in modo che possa riconoscere una pluralità di soggetti politici, disciplinare la complessità emergente e salvaguardare i principi di uguaglianza e partecipazione. Solo attraverso un simile ripensamento si potrà restituire alla democrazia una funzione regolativa autentica, capace di integrare i cittadini come veri protagonisti della vita politica, garantendo il controllo del potere e la dignità di tutti.

In ogni caso, una trasformazione profonda della costituzione, resa necessaria dall'analisi della situazione attuale, viene presentata come compito urgente proprio da Grimm. Del resto, riflettendo di recente sulla condizione della democrazia a livello europeo, egli stesso ha segnalato come, al di là della presenza o meno di adeguati “presupposti sociali”, le tendenze predominanti della “scientificizzazione” e “internazionalizzazione” della politica entrino in diametrico conflitto col parlamentarismo già sul piano interno agli Stati nazionali, nella misura in cui, rimpiazzando deliberazione e decisione con negoziazione e accordo, finiscono per andare a vantaggio esclusivamente dei governi<sup>20</sup>. Entrambe amplificano, una volta di più, la distanza tra cittadini e rappresentanti: se la crescente dipendenza da esperti e saperi specialistici concentra il potere decisionale in ambiti sottratti al dibattito pubblico e alla trasparenza parlamentare, riducendo il carattere discorsivo e democratico del processo legislativo, parallelamente l'internazionalizzazione della politica accentua questa dinamica, limitando l'autonomia degli Stati e vincolandoli a normative sovranazionali o a pressioni dei mercati globali. Questi fenomeni non solo rafforzano il peso degli at-

<sup>19</sup> Cfr. G. DUSO, *Reinventare la democrazia*, cit., p. 305.

<sup>20</sup> Cfr. D. GRIMM, *Europa ja – aber welches?*, cit., pp. 25, 124, 142.

tori privati, ma sottraggono spazio al controllo democratico, rendendo ancora più complessa la possibilità di garantire la legittimazione delle norme in un quadro politico sempre più frammentato e interdipendente.

Anche in questo caso Grimm ricorda queste dinamiche anzitutto per illustrare la miopia di quelle proposte di rafforzamento della democrazia europea che si limitano a puntare tutto sul potenziamento del parlamento e sulla replica dei modelli nazionali. In relazione alle questioni che si è poc' anzi cercato di esplicitare, esse forniscono un ulteriore elemento di complicazione in relazione al compito di ripensare la democrazia: tale compito, infatti, non si può che sviluppare su un doppio livello, nazionale e sovranazionale, e richiede una riflessione profonda sulla loro interrelazione<sup>21</sup>. La sfida, dunque, sembra essere quella di riconsiderare l'intero sistema democratico in una realtà in cui i confini tra i due piani si fanno sempre più fluidi e interconnessi.

Nel suo tracciare le tappe salienti di un percorso critico rivolto ad Habermas, il testo di Grimm è dunque indirizzato principalmente a quei processi di de-costituzionalizzazione che già prima del 2001, anno di pubblicazione del saggio, risultavano visibili e allarmanti<sup>22</sup>. Sotto questo profilo, Grimm sottolineava, in particolare, il deterioramento del funzionamento delle istituzioni democratiche, minacciate dai meccanismi di privatizzazione negoziale, allora in progressiva espansione, che mettevano in discussione le basi stesse delle procedure della democrazia rappresentativa. Il saggio, dunque, sembra anticipare in modo quasi profetico gli sviluppi che si sarebbero concretizzati nel nostro presente, sia dal punto di vista politico che costituzionale. Rispetto al 2001, si potrebbe affermare che siamo realmente entrati in una terra incognita, dove ciò che all'epoca si intravedeva era ben poca cosa se confrontato con quanto è effettivamente accaduto su tutti i piani: politico, economico, tecnologico, sociale e internazionale. Confrontarsi con la questione più radicale sollevata da Grimm – ossia che la democrazia, così come originariamente concepita nella modernità, non

---

<sup>21</sup> In relazione a questo aspetto è da tenere presente D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, 2011, in cui l'autore affronta analiticamente i processi "esterni" di erosione della costituzione in forza dell'uropeizzazione e dell'internazionalizzazione.

<sup>22</sup> Cfr. H. HOFMANN, *L'essenza della costituzione*, cit., pp. 49-54; sul tema cfr. anche A. BRANDALISE, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, in *Filosofia politica*, n. 3/2006, pp. 403-414.

esiste né può esistere nella contemporaneità – significa anche cercare di misurare quanto l’urgenza di questa problematica si imponga oggi. Tale urgenza marca una distanza dall’inizio del secolo, quando molte illusioni, fraintendimenti e inadeguatezze nella comprensione storico-concettuale hanno contribuito a portarci alla soglia di un tornante epocale. In Occidente e oltre, la tenuta del “costituzionalismo” (per come è stato fino ad ora concepito in base al modello dello Stato democratico nazionale) appare oggi assai meno garantita, e i margini di azione possibili sono diventati estremamente incerti.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

Si presenta, per la prima volta in traduzione italiana, il saggio di Dieter Grimm *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung* (2001), un contributo fondamentale al dibattito sull’erosione della razionalità democratica della legislazione e un momento chiave, spesso trascurato, del confronto teorico tra l’ex giudice presso il *Bundesverfassungsgericht* e Jürgen Habermas sulla crisi di legittimazione democratica delle istituzioni rappresentative negli Stati nazionali.

Grimm analizza i presupposti/condizionamenti strutturali che indeboliscono il modello democratico-rappresentativo, mostrando come la sovranità popolare risulti erosa dall’autoreferenzialità dei partiti, dalla predominanza di sistemi negoziali e dalla deformalizzazione del diritto. Questi fenomeni, esacerbati dalla crescente scientificizzazione e internazionalizzazione della politica, frammentano il processo legislativo, riducendo la capacità regolativa e legittimante della legge. Il ricorso a strumenti normativi indiretti, come incentivi e accordi informali, compromette trasparenza, responsabilità democratica e il principio di legalità. L’affidamento a esperti e saperi specialistici concentra il potere decisionale al di fuori del dibattito pubblico, mentre la pressione delle normative sovranazionali e dei mercati globali riduce ulteriormente l’autonomia statale.

Il saggio dialoga criticamente con il proceduralismo habermasiano, evidenziandone i limiti nel rispondere alle complessità delle democrazie contemporanee. Grimm sottolinea l’impraticabilità dell’equilibrio tra autonomia privata e pubblica proposto da Habermas in contesti politici e sociali sempre più

asimmetrici. Nel contributo introduttivo si colloca lo scritto di Grimm nel dialogo con Habermas e oltre, proponendolo come base per ripensare il costituzionalismo democratico di fronte ai processi di decostituzionalizzazione. Il testo invita a riflettere sulle sfide contemporanee, delineando i margini di un nuovo modello di legittimazione adatto alla complessità istituzionale odierna.

EN

This introduction presents, for the first time in Italian, Dieter Grimm's essay *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung* (2001), a key work on the erosion of democratic rationality in legislation and the crisis of legitimacy affecting nation-states' representative institutions. It marks an important yet often overlooked milestone in the theoretical dialogue between the former judge of the German Federal Constitutional Court and Jürgen Habermas on these issues.

Grimm examines structural factors that undermine the democratic-representative model, highlighting how popular sovereignty is weakened by party self-referentiality, dominance of negotiation systems, and deformatisation of law. These trends, exacerbated by the scientificisation and internationalisation of politics, fragment legislative processes and reduce the law's regulatory and legitimating power. The reliance on indirect normative tools – such as incentives and informal agreements – undermines transparency, democratic accountability, and legality, while delegating decisions to experts marginalises public debate. Additionally, supranational regulations and global market pressures further limit state autonomy.

Grimm critically engages with Habermas's proceduralist approach, exposing its limitations in addressing the complexities of contemporary democracies. He argues that Habermas's balance between private and public autonomy becomes impractical in increasingly asymmetric contexts. The introductory note situates Grimm's work within and beyond this dialogue, proposing it as a foundation for rethinking democratic constitutionalism amid processes of deconstitutionalisation. It invites reflection on today's challenges, outlining a new model of legitimacy to address the institutional complexities of our time.

CONDIZIONI DELLA LEGISLAZIONE DEMOCRATICA<sup>1</sup>

di Dieter Grimm

Professore emerito di Diritto pubblico  
Università Humboldt di Berlino

1. Fin dagli esordi della sua riflessione Jürgen Habermas ha rivolto grande attenzione al processo legislativo e alla pretesa di validità delle norme giuridiche in relazione alla legittimazione del potere politico, ritornando su questo argomento più volte nel corso del tempo. Riprendendo due dei suoi studi più recenti<sup>2</sup>, si può affermare quanto segue: poiché il potere politico è esercitato nella forma della legge, esso si nutre della pretesa di legittimità di essa. Quest'ultima è garantita in due modi nel contesto dello Stato costituzionale democratico: materialmente attraverso la conformità ai diritti fondamentali; formalmente tramite una procedura di formazione delle norme che consenta a tutti i possibili interessati di partecipare discorsivamente. Queste due garanzie non sono scollegate l'una dall'altra, ma si sostengono a vicenda. I diritti fondamentali assicurano, tra l'altro, i presupposti comunicativi necessari alla formazione della volontà democratica, così come, viceversa, le procedure democratiche accrescono le possibilità che le libertà garantite dai diritti fondamentali vengano rispettate.

<sup>1</sup> Traduzione a cura di Matteo Bozzon di D. GRIMM, *Bedingungen demokratischer Rechtsetzung*, in L. WINGERT, K. GÜNTHER (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt a.M., 2001, pp. 489-506.

<sup>2</sup> J. HABERMAS, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in ID., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., 1996, p. 293-305, trad. it., *Il nesso interno tra stato di diritto e democrazia*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. CEPPA, Milano, 1998, pp. 249-259; ID., *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, in ID., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt a.M., 1998, p. 170-192, trad. it., *Legittimazione tramite diritti umani*, in ID., *L'inclusione dell'altro*, cit., pp. 216-232. Ambedue si basano su ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. 1992, trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Roma-Bari, 2013.

Il modello è tuttavia carico di presupposti<sup>3</sup>. La condizione elementare per la legittimità delle norme giuridiche è la partecipazione paritaria e in condizioni di uguaglianza di tutti i cittadini al processo di formazione del diritto. Tuttavia, poiché oggi questo risulta impraticabile a causa del numero degli aventi diritto, della complessità delle materie da regolamentare e della quantità di decisioni richieste, i referendum popolari sulle questioni giuridiche rappresentano l'eccezione. Di regola, invece, sono rappresentanti della collettività eletti, che operano in maniera sempre più professionale, a discutere e decidere sul contenuto delle norme. Il luogo in cui agiscono è il Parlamento, da cui poi l'esecutivo riceve le proprie direttive. Nella loro attività legislativa i parlamentari sono nondimeno osservati, stimolati e criticati dai loro elettori. Costoro, inoltre, necessitano di osservatori e interpreti professionisti nei mezzi di comunicazione, senza i quali i rappresentanti non potrebbero farsi a loro volta un'idea della risonanza pubblica delle loro attività.

La separazione tra titolarità ed esercizio del potere statale pone, inevitabilmente, il problema del vincolo tra i rappresentanti e l'elettorato. Se nella democrazia rappresentativa gli autori e i destinatari della legge non coincidono, ma cionondimeno l'idea di autonomia dei cittadini richiede che i destinatari possano allo stesso tempo considerarsi anche autori<sup>4</sup>, allora l'uguaglianza e la parità di opportunità devono essere garantite non solo nel processo di produzione delle norme, ma fin dall'elezione dei rappresentanti. Questo vale per i singoli elettori, perché altrimenti il corpo rappresentativo non possiederebbe sufficiente rappresentatività e le convinzioni e gli interessi di coloro che non sono rappresentati, o che lo sono in misura minore, potrebbero essere ignorati senza ripercussioni. D'altra parte, questo vale anche per i gruppi emergenti dalla popolazione che si contendono i voti, perché le restrizioni a questo livello produrrebbero lo stesso effetto di distorsione della rappresentanza.

Inoltre, il voto deve necessariamente essere libero. Ciò presuppone la libera formazione di alternative tra cui scegliere ed esclude restrizio-

---

<sup>3</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., anzitutto pp. 208 ss., trad. it. cit., pp. 190 ss.; D. GRIMM, *Die politischen Parteien*, in E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Boston-Berlin, 1994, pp. 599-656.

<sup>4</sup> J. HABERMAS, *Über den internen Zusammenhang*, cit., p. 298, trad. it. cit., pp. 253-254.

ni e impedimenti dei concorrenti a favore o a discapito di singoli gruppi. Ancora, la libertà del voto vieta qualsiasi pressione sugli elettori e qualsiasi discriminazione sulla base del voto espresso. Ma libertà significa anche possibilità di una discussione senza ostacoli sui candidati e sui programmi elettorali. Se dalla minoranza ci si aspetta che si pieghi alla volontà della maggioranza, essa deve perlomeno aver avuto l'opportunità di introdurre il suo punto di vista nel dibattito. Limitazioni del dibattito sono incompatibili con questo. Inoltre, i mezzi di comunicazione devono necessariamente avere anche l'opportunità di porsi ad una distanza critica dalla politica e, da questa posizione, di informare gli elettori in modo esaustivo. Infine, a chi trionfa alle elezioni non è lecito impiegare il potere legislativo, che è stato così loro conferito, per fare fuori gli sconfitti dal processo politico o, nella competizione che prosegue tra un'elezione e l'altra, per penalizzarli.

Per la capacità di riconoscimento del diritto è fondamentale che il processo discorsivo che precede l'adozione di una legge influenzi la decisione finale. In un sistema democratico basato sulla competizione partitica, ciò non può significare che tutte le convinzioni e gli interessi vengano soddisfatti. La maggioranza ha il diritto di far prevalere, in ultima istanza, la propria opinione. Ciò richiede, tuttavia, che essa partecipi apertamente al confronto e che la decisione sia presa sulla base delle informazioni raccolte e tenendo conto dei differenti contributi. Questo può verificarsi solo se i parlamentari dispongono di un mandato libero, poiché altrimenti il dibattito parlamentare non avrebbe alcuna rilevanza decisionale. Inoltre, le discussioni e le decisioni devono necessariamente svolgersi pubblicamente, affinché il dibattito extra-parlamentare possa essere collegato a quello condotto in Parlamento e gli elettori siano messi in condizione di compiere scelte basate su preferenze motivate in occasione delle elezioni successive.

Infine, i risultati del processo decisionale devono essere applicabili a tutti, autori della legge compresi, poiché altrimenti si romperebbe il vincolo moderatore degli interessi tra autori e destinatari delle decisioni. La generalità appartiene concettualmente alla legge e la distingue dall'atto singolo. Non è consentito obliterare questa differenza attraverso decisioni individuali travestite da leggi, se si vuole preservare la forza razionalizzante che, indipendentemente dal suo contenuto, è propria della legge in virtù della sua generalità. Un tale divieto si applica, in particolare, alle leggi retroattive, perché la regolazione della condotta che la legge ha di mira può manifestarsi solo con la sua pubblica-

zione. Inoltre, la forma di legge offre ulteriori vantaggi: l'eliminazione del potere arbitrario, la prevedibilità dell'impiego del potere statale, l'inserimento dell'amministrazione, che non è direttamente legittimata democraticamente, nel nesso democratico di legittimazione, e la possibilità di controllo giudiziario del rispetto della legalità.

Molti di questi presupposti si pongono di traverso agli interessi degli attori politici, che vorrebbero imporre ciò che ritengono giusto o necessario il più possibile senza ostacoli e, inoltre, sono sempre tentati di utilizzare il potere legislativo per rafforzare la propria posizione o per indebolire quella degli avversari. È proprio per questo motivo che tali presupposti sono costituzionalmente garantiti. Tuttavia, la Costituzione non può tutelarli tutti insieme direttamente. Alcune delle condizioni della legislazione democratica dipendono dalla disponibilità interiore, che sfugge ad una disposizione, delle parti coinvolte. La Costituzione si limita, in questi casi, a fissare le condizioni di possibilità, prestabilendo strutture e procedure che favoriscano il conseguimento dell'obiettivo. Senz'altro, però, la posizione della Costituzione è più precaria di quella delle leggi ordinarie, perché essa è indirizzata a chi detiene il potere e, quindi, non ha un'istanza superiore in grado di farla rispettare. Questa debolezza del diritto costituzionale non può essere superata dalla presenza di corti costituzionali, ma può solo essere mitigata da essa.

I presupposti del diritto legittimo saranno soddisfatti, quindi, sempre e solo in maggiore o minore misura. Se, alle origini dello Stato costituzionale, il deficit più significativo consisteva nel fatto che i rappresentanti erano nominati sulla base di un diritto di voto ristretto o censitario, dalla diffusione del suffragio universale i problemi risiedono innanzitutto nei partiti politici. Questi sono indispensabili nelle democrazie su vasta scala con elezioni ripetute e una necessità continua di prendere decisioni. Solo in virtù della loro capacità di riduzione della complessità e di aggregazione l'elettore è in grado di esercitare il proprio diritto di voto. La concorrenza tra i partiti funge anche da principale meccanismo di retroazione tra mandanti e mandatari. Sono i partiti emergenti dalla società a colmare il divario tra quest'ultima e lo Stato, rendendo lo Stato, attraverso l'occupazione delle sue posizioni di vertice in seguito alle elezioni, uno Stato del popolo [*Staat des Volkes*]. Allo stesso tempo, tuttavia, nel contesto di una politica sempre più professionalizzata rappresentano il punto di maggiore vulnerabilità del sistema democratico.

Il problema ha le sue radici nel fatto che i partiti politici, per poter elevare il loro programma a norma vincolante di carattere generale entro i limiti consentiti costituzionalmente, dipendono dall'acquisizione del potere statale che viene loro conferito attraverso la vittoria elettorale. Dal loro punto di vista, pertanto, è razionale tutto ciò che favorisce l'acquisizione del potere e ne previene la perdita. Essi, quindi, operano in base all'imperativo dell'acquisizione e della conservazione del potere. In base a questo codice comunicano tra loro, attraverso di esso percepiscono i segnali dall'ambiente esterno e con esso misurano il successo e l'insuccesso. Il codice può essere di certo interpretato in modi diversi, ma può essere ignorato solo a costo del fallimento. Si comporta professionalmente chi si orienta a questo codice. Non si tratta del resto di una peculiarità della politica, ma di una condizione in base a cui qualsiasi sistema parziale opera in società funzionalmente differenziate. Tuttavia, il sistema politico, in cui i partiti sono le principali forze motrici, ha il compito di affrontare le conseguenze negative degli egoismi degli altri sistemi nell'interesse della società nel suo complesso, pur non potendo sottrarsi alle stesse condizioni operative.

Questo ha delle ripercussioni anche sull'attività legislativa. Il controllo del funzionamento della politica da parte dei partiti politici ha comportato la separazione tra deliberazione e decisione. La discussione rilevante per i risultati si è spostata dal Parlamento alle direzioni dei partiti. Se, per ragioni politiche o costituzionali, sono necessarie maggioranze trasversali, la deliberazione si trasferisce ai tavoli di coalizione o ai colloqui di vertice tra maggioranza e minoranza. Nel luogo deputato alla deliberazione, il Parlamento, viene meno la disponibilità a discutere con effetti sul risultato. È vero che solo il Parlamento può dare validità giuridica alle decisioni politiche, ma il dibattito che precede il voto non è più condotto al fine di persuadere, si limita bensì a presentare i diversi punti di vista al pubblico. Di conseguenza può svolgersi anche davanti a banchi vuoti e persino in sede di voto è sufficiente la presenza di pochi parlamentari, a condizione che i rapporti di maggioranza siano preservati e nessuno sollevi la questione del numero legale.

In tali circostanze la realtà parlamentare tende ad avvicinarsi a un mandato imperativo, che però non è legato alle indicazioni degli elettori, bensì alle decisioni dei gruppi parlamentari. La garanzia costituzionale del mandato libero ha così la sola funzione, certamente non di secondaria importanza, di assicurare ai dissidenti una posizione temporaneamente inattaccabile, creando i presupposti per il pluralismo e il

dibattito all'interno dei partiti. Sebbene il *plenum* parlamentare intervenga regolarmente solo una volta che la volontà dei deputati si è già formata, il dibattito parlamentare, anche nella sua forma dissolvente, consente ancora l'attribuzione di posizioni ai diversi partiti e aiuta il pubblico nella formazione del proprio giudizio. Laddove, d'altra parte, il contenuto della legge nasca da negoziati non pubblici tra parti concorrenti, viene meno questa rappresentazione pubblica dei punti di vista contrapposti, con la conseguente perdita della possibilità di un'attribuzione di responsabilità politiche.

Queste trasformazioni che spesso sono state descritte, tuttavia, non privano completamente del suo significato il processo legislativo previsto dalla Costituzione, ma producono comunque l'effetto voluto per vie indirette. La deliberazione non è eliminata, ma si sposta e si frammenta. È condotta principalmente negli organi di partito. Poiché, tuttavia, il risultato deve passare attraverso il procedimento parlamentare per acquisire forza di legge, il dibattito resta collegato ad esso. Le discussioni interne ai partiti non possono ignorare le critiche dell'opposizione né le reazioni dell'opinione pubblica – che devono essere anticipate, rendendo, per così dire, opposizione e pubblico virtualmente presenti. Di seguito ci si concentrerà, d'altra parte, su due tendenze recenti che incidono sulle premesse di questo modello e rischiano di compromettere la razionalità democratica della produzione legislativa. La prima riguarda la perdita di significato della legge; la seconda è una nuova modalità di formazione della stessa e, con essa, l'emergere di un surrogato della legge.

2. L'affermazione secondo cui la legge perderebbe di significato sembra certo mal conciliarsi con la diffusa lamentela circa la produzione alluvionale di leggi registrabile in Germania. Tuttavia, quest'ultima è solo in misura limitata riconducibile alla smania regolatoria della politica, essendo perlopiù determinata da fattori oggettivi. Tra questi spiccano i costi esterni che i diversi sistemi parziali della società generano a carico di altri sottosistemi nel perseguimento dei propri obiettivi. Originariamente si ponevano al centro i costi sociali dell'economia di mercato. Attualmente, invece, i rischi connessi al progresso scientifico-tecnologico e all'utilizzo commerciale dei suoi risultati rappresentano la principale fonte della necessità di regolamentazione. In questi settori, la regolamentazione è talvolta addirittura imposta dalla Costituzione.

Secondo l'interpretazione odierna i diritti fondamentali non pongono solo limiti allo Stato, ma lo obbligano anche a proteggere le libertà fondamentali da minacce provenienti da terzi. Tali obblighi di protezione vengono adempiuti principalmente mediante leggi. Inoltre, la clausola dello Stato sociale impedisce che lo Stato si affidi esclusivamente al potenziale regolatore del mercato.

Ciò è evidente anche in relazione alla più recente fonte di regolamentazione legislativa, ovvero la privatizzazione di servizi pubblici finora in mano allo Stato. Questa tendenza trova le sue radici in parte nel diritto comunitario europeo, in parte nell'avanzata delle concezioni neoliberali e in parte nelle difficoltà finanziarie dello Stato. Le privatizzazioni sono generalmente giustificate con l'aspettativa di una maggiore efficienza, prezzi più competitivi e una vicinanza più stretta ai cittadini grazie alla concorrenza. Tuttavia, esse presentano anche un lato negativo: mentre l'autorità pubblica, nell'erogazione di servizi, è direttamente soggetta ai vincoli giuridici derivanti dalla Costituzione – in particolare dai diritti fondamentali e dalla clausola dello Stato sociale –, il gestore privato non è vincolato a tali obblighi. Al contrario, i diritti fondamentali garantiscono al privato la libera disposizione del proprio patrimonio. Tuttavia, se si vogliono assicurare standard minimi di parità di trattamento, sostenibilità sociale e rispetto degli interessi legittimi di terzi, ciò è possibile solo attraverso regolamentazioni legislative. Di fatto, quindi, tutte le privatizzazioni realizzate finora hanno aumentato, e non ridotto, il fabbisogno di regolamentazione.

L'apparente contraddizione tra l'aumento delle leggi e la loro perdita di significato, tuttavia, si risolve distinguendo quantità ed efficacia. Si osserva allora che, sebbene il numero di leggi aumenti, la loro forza regolatoria [*Steuerungskraft*] diminuisce<sup>5</sup>. Con ciò non si allude alle carenze nell'attuazione, che priva molte leggi della loro efficacia e non è un problema nuovo. I deficit di implementazione emergono solo laddove le norme possiedano sufficiente forza regolatoria, ma manchino la volontà o i mezzi per farle valere nei confronti di destinatari riluttanti. Tali carenze sono dunque estrinseche alla norma. Qui, invece, il problema riguarda una proprietà interna della norma: la perdita della forza regolatoria del comportamento, indipendentemente dal livello di implementazione. Questo fenomeno è particolarmente evidente nel

---

<sup>5</sup> Cfr. D. GRIMM (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990.

diritto amministrativo, non solo nella regolazione del comportamento degli attori privati, ma anche in quella della stessa amministrazione statale. Le cause di questa situazione sono spesso imputate a un fallimento del legislatore, ma in realtà risiedono più in profondità.

Da tempo si osserva che, in questo ambito giuridico, accanto al tipo classico di regolazione, se ne sta diffondendo uno nuovo, che si discosta significativamente da esso. Il tipo classico è solitamente descritto come programma condizionale, basato sullo schema “se-allora”. L’azione statale nei confronti del singolo è determinata con precisione e completezza in ordine ai presupposti e agli effetti giuridici, lasciando all’amministrazione il compito di attuare il programma astratto rispetto a un caso concreto. Come spesso capita nell’ambito della regolamentazione giuridica, possono sorgere incertezze o essere necessarie formule in bianco: queste permettono all’amministrazione di affrontare situazioni di particolare gravità o casi eccezionali, per i quali la legge, con la sua formulazione generale e astratta, potrebbe risultare insufficiente. Tuttavia, l’operato dell’amministrazione rimane sostanzialmente predelineato dalla norma generale. In questo modo si garantiscono i benefici dello Stato di diritto, quali la prevedibilità e la verificabilità dell’azione statale.

La diffusione di questo modello si deve al liberalismo, che ha rotto con l’obiettivo di promuovere il bene comune, limitando lo Stato alla conservazione di un ordine preesistente, in cui non ci si attendeva la giustizia sociale da un’azione politica pianificata, bensì dalla libera attività individuale. La legge serviva a prevenire pericoli e a ripristinare l’ordine in caso di turbative. L’attività dello Stato in questo modello ha tre caratteristiche: è reattiva – può intervenire solo di fronte a un pericolo concreto o a un danno già verificatosi; è puntuale – la reazione dello Stato si limita a neutralizzare il pericolo o a ristabilire l’ordine; ed è bipolare – l’azione si svolge tra l’autorità statale e il privato responsabile della turbativa. Limitato in tal modo, l’intervento statale può effettivamente essere inquadrato nello schema condizionale “se-allora”. Proprio dalla delimitazione della finalità dello Stato deriva l’elevata capacità determinativa della legge.

Attività statali di questo tipo continuano a esistere, principalmente nel settore centrale della polizia, dove i programmi condizionali mantengono il loro ruolo. Tuttavia, l’attività statale si è estesa ben oltre tale ambito. In un lungo processo che ha avuto avvio già nel XIX secolo, la capacità di autoregolazione sociale, che non era in grado di soddisfare

le aspettative riposte in essa, è stata progressivamente ridimensionata, mentre lo Stato ha assunto nuovamente, in misura crescente, compiti di regolamentazione sociale e di previdenza sociale. Rispetto all'attività statale classica, l'attività statale "ampliata" si distingue per essere stata svincolata dal riferimento a un ordine presupposto allo Stato, in cui tutte le configurazioni sostanziali erano lasciate ai privati. Al contrario essa ha rimesso la responsabilità dell'ordine stesso nell'ambito dello Stato. A differenza dell'attività orientata alla mera conservazione dell'ordine, tuttavia, l'attività di configurazione dell'ordine non è né reattiva, né puntuale, né bipolare: essa è, invece, prospettica, capillare e multipolare, producendo quindi ampie ripercussioni.

I programmi condizionali si sono dimostrati in larga misura inadatti per regolare giuridicamente un'attività di questo tipo. Al loro posto emerge un altro tipo di norma, comunemente denominata sulla scorta Luhmann<sup>6</sup>, "programma finale". Norme di questo tipo stabiliscono determinati obiettivi per l'amministrazione, identificano gli aspetti di cui dovrebbe tenere conto nel perseguimento di essi, specificano i mezzi applicabili e disciplinano la procedura da seguire. Programmi di questo tipo non possono essere attuati nel senso classico dei programmi condizionali. Essi richiedono passo per passo scelte decisionali adatte al contesto, che sono solo debolmente determinate normativamente proprio a causa della loro dipendenza dalla situazione particolare. Il programma normativo a cui si orienta l'amministrazione viene completato solo nel corso dell'applicazione della norma. La legge, in questo caso, fornisce solo un orientamento e un quadro generale. All'interno di esso, l'amministrazione statale si autogoverna. Il concetto di "potere esecutivo" non è più in grado di descrivere adeguatamente questa realtà.

Senonché la legge rappresenta il mezzo attraverso il quale si realizzano sia la democrazia sia lo Stato di diritto<sup>7</sup>. Se essa perde la sua forza determinativa, tuttavia, vengono meno anche alcune delle garanzie di razionalità proprie della legislazione democratica che erano strettamente associate al modello normativo classico. In assenza di una determinazione precisa da parte del legislatore parlamentare, la decisione sul programma operativo dell'amministrazione si sviluppa

<sup>6</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt a.M., 1977, pp. 257 ss.

<sup>7</sup> Cfr. D. GRIMM, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 1994, pp. 159-175.

a un livello di concretizzazione debolmente determinato, attraverso un processo discorsivo. Tuttavia, non sono più i rappresentanti eletti a condurre tale discorso e a giungere a una decisione, bensì i membri dell'amministrazione statale. A differenza del discorso parlamentare, che deve necessariamente culminare in una fase pubblica, quello amministrativo non si svolge pubblicamente. È vero che un certo numero di leggi, in particolare quelle relative alla costruzione e all'omologazione di grandi impianti tecnici, prevedono la partecipazione pubblica dei soggetti interessati. Finora, però, questa non è andata al di là di una loro consultazione – la decisione finale, infatti, è presa internamente all'amministrazione – ed è solamente indicata nella motivazione che l'amministrazione deve fornire.

Nella misura in cui la legge non determina l'attività statale viene meno anche il principio di legalità dell'amministrazione, il quale ricollega l'azione amministrativa al circuito di legittimazione democratica. Quando la legge non vincola più l'amministrazione, quest'ultima opera in modo autonomo, senza però essere tenuta a rendere conto democraticamente delle proprie decisioni. La falla democratica che ne risulta non può essere generalmente colmata attraverso il potere di indirizzo politico del governo, poiché le sue capacità operative sono spesso insufficienti per esercitare tale funzione in modo sistematico. Ma lo stesso principio dello Stato di diritto risulta compromesso. Se l'amministrazione non è vincolata dalla legge, essa agisce liberamente; e quando agisce liberamente, mancano criteri sufficienti per verificare se essa abbia rispettato la legge. Se i tribunali rinunciano al controllo, il deficit dello Stato di diritto si aggrava; se, invece, tentano comunque di esercitare un controllo per colmare la falla dello Stato di diritto, ne aprono una democratica.

Le strategie con cui la scienza giuridica si acquieta di fronte a tale quadro allarmante appaiono poco efficaci<sup>8</sup>. In particolare, l'ipotesi che i deficit si limitino alle nuove forme di attività statale, mentre nel settore tradizionale il modello classico funzionerebbe ancora senza compromessi, non dissipa le preoccupazioni. Piuttosto, la svolta preventiva che caratterizza l'attività statale influisce anche su quest'ultimo ambi-

---

<sup>8</sup> A riguardo cfr. H. ROSSEN, *Vollzug und Verhandlung: die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs*, Tübingen, 1999, pp. 269 ss., segnatamente la sua discussione di R. PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, München, 1990, e H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, 1991.

to<sup>9</sup>. Persino il diritto di polizia, su cui si è sviluppato il modello classico di controllo giuridico, offre esempi significativi in tal senso. In origine, la legge definiva, con la massima precisione possibile, le condizioni e le modalità di intervento laddove il potere statale incontrava il singolo con la massima intensità. Per le funzioni di prevenzione dei pericoli la soglia di intervento era costituita da un pericolo concreto: doveva esservi un processo causale in atto che, qualora non fosse stato prontamente interrotto, minacciava di danneggiare un bene giuridico. Nella repressione penale tale soglia era rappresentata dal sufficiente sospetto di reato, ossia da un indizio concreto che una determinata persona avesse commesso l'illecito.

Queste delimitazioni non sono più pienamente in vigore da tempo. L'ampliamento dei rischi associati al progresso scientifico e tecnologico, il mutato atteggiamento della società nei confronti di tali rischi e l'entità dei potenziali danni hanno condotto a un'estensione dei compiti e dei poteri della polizia. Non si tratta più soltanto di prevenire pericoli e perseguire reati, ma anche di minimizzare i rischi attraverso misure preventive. In questo contesto, persino il concetto di obbligo positivo di protezione [*Schutzpflichtgedanken*] può essere invocato a giustificazione di tali interventi. Tali obblighi richiedono tuttavia un'estensione dell'attività di polizia al campo antecedente al manifestarsi di pericoli e reati. Il mandato della polizia si estende, quindi, alle fonti di pericolo e ai comportamenti che potrebbero suggerire una predisposizione a commettere reati. Non si tratta più di indagare su un sospetto da perseguire, ma di raccogliere elementi che contribuiscano a fondare tale sospetto. Di conseguenza, l'attività di polizia si amplia sotto il profilo materiale, spaziale, temporale e personale. Lo Stato di prevenzione [*Präventionstaat*] deve essere tendenzialmente onnipresente e onnisciente.

Ad essere in questione qui non è l'utilità della prevenzione, che è difficilmente contestabile, ma le sue implicazioni sul piano giuridico. Queste consistono nell'abolizione dei confini tradizionali dell'attività statale, senza che vi siano vincoli giuridici altrettanto forti per le funzioni ampliate. Nel momento in cui si tratta di accertare se esista il "pericolo di un pericolo" o se una persona sia predisposta a diventare in futuro autore di crimini, si apre un campo di osservazione ormai privo di contorni ben definiti, in cui qualunque elemento può poten-

---

<sup>9</sup> Cfr. D. GRIMM, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 197-220.

zialmente assumere rilevanza. Una delimitazione giuridica appare, in tale contesto, quasi impossibile. Ciò ha ripercussioni anche sul controllo giurisdizionale, che risente ulteriormente del fatto che la segretezza rappresenta una condizione necessaria per il successo di questa attività di prevenzione “anticipata”. Alla legge non resta che definire alcune garanzie procedurali stringenti. Tra queste è possibile includere l’elenco delle situazioni di pericolo che giustificano l’attività di polizia estesa, l’esclusione di specifici metodi di indagine e la regolamentazione delle modalità di utilizzo delle informazioni raccolte.

3. L’ampliamento dei compiti statali si riflette non solo nelle nuove forme giuridiche, ma conduce anche a un cambiamento degli strumenti a disposizione dello Stato. Proprio nelle attività orientate alla configurazione dell’ordine e alla garanzia del futuro, il mezzo propriamente statale del comando e della coercizione si scontra coi propri limiti. In parte, l’impiego di mezzi imperativi è impossibile di fatto, poiché gli oggetti in questione si sottraggono a una regolazione mediante disposizione. Risultati scientifici, riprese economiche congiunturali o mutamenti di mentalità non possono essere imposti a comando. In parte, tale utilizzo è giuridicamente inammissibile, in quanto i diritti fondamentali garantiscono la libertà decisionale degli attori sociali. Obblighi di investimento, imposizioni sull’assunzione di personale, oppure obblighi o divieti di perseguire determinati obiettivi di ricerca, non troverebbero copertura costituzionale. In altri casi, pur essendo possibile e ammissibile, l’impiego di mezzi imperativi non risulta opportuno sia perché lo Stato manca delle informazioni necessarie per elaborare programmi efficaci di regolazione imperativa, sia perché i costi di implementazione di tali strumenti sono così elevati che lo Stato non può, o non vuole, farsene carico.

In questi settori, pertanto, lo Stato ricorre da tempo a strumenti indiretti di motivazione, incentivi e disincentivi, prevalentemente di natura finanziaria, volti a incoraggiare i destinatari della regolazione a adeguarsi volontariamente alle esigenze di interesse collettivo individuate da parte dello Stato. Così facendo, tuttavia, lo Stato abbandona la sua posizione di supremazia, che gli compete nell’interesse generale, e si pone sullo stesso piano degli attori privati. La realizzazione degli obiettivi statali diviene, in misura crescente, dipendente dalla disponibilità di questi ultimi a collaborare. Ciò conferisce agli attori privati

una posizione di veto nei confronti dello Stato, che accresce significativamente le loro possibilità di affermare i propri interessi a discapito delle esigenze del bene comune. Questa posizione di veto si rafforza ulteriormente man mano che la globalizzazione avanza, ampliando i margini di azione degli attori privati mentre quelli dello Stato si restringono. Di regola, però, la posizione di veto non si manifesta in rifiuti espliciti, ma in una disponibilità alla cooperazione, che lo Stato è tuttavia chiamato a onorare attraverso concessioni nell'ambito dei programmi di regolazione.

Lo Stato ha reagito a questa nuova realtà mediante l'istituzione di sistemi negoziali, in cui attori statali e privati dialogano per concordare programmi di regolazione. A livello amministrativo tali negoziati non sono una novità. Essi trovano il loro spazio soprattutto laddove il diritto amministrativo lascia margini di discrezionalità e possibilità di intervento, che vengono poi colmati attraverso l'intesa con i destinatari della regolazione. Tuttavia, essi si estendono anche all'amministrazione strettamente vincolata giuridicamente; ad esempio, nel diritto tributario, dove l'elevato carico investigativo spinge spesso le autorità del fisco a preferire la ricerca di un'intesa con i contribuenti attraverso vie negoziali. Per ragioni analoghe si riscontrano negoziazioni perfino nell'ambito dell'azione penale. Non è raro che, seguendo il modello del *plea bargaining* statunitense, si rinunci ad accertare o a perseguire determinati reati in cambio della disponibilità dell'imputato a confessarne altri riducendo così l'onere investigativo.

Le negoziazioni si stanno diffondendo anche nell'ambito della legislazione<sup>10</sup>. Talvolta, dopo la formazione della volontà statale sulle esigenze di interesse generale, seguono trattative con i responsabili del problema di interesse collettivo volte a determinare cosa possa essere realizzato dell'obiettivo prefissato senza che cresca in misura eccessiva il fabbisogno di risorse economiche o di consenso. In alcuni casi lo Stato si limita a definire un problema che, nell'interesse generale, richiede una soluzione, ma delega la soluzione stessa alle negoziazioni. Queste conducono o a un accordo sui contenuti legislativi tra attori statali e privati oppure a una rinuncia da parte dello Stato a regolamentare,

---

<sup>10</sup> Cfr. A. BENZ, W. SEIBEL (Hrsg.), *Zwischen Kooperation und Korruption*, Baden-Baden, 1992; A. BENZ, *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden, 1994; A. HELDBERG, *Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrument des Umweltrechts*, Sinzheim, 1999.

in cambio di impegni di buona condotta da parte dei privati. In tali circostanze il diritto dello Stato di legiferare funge solo da strumento di pressione per accrescere la disponibilità a fare concessioni da parte dei privati. Questa dinamica presenta vantaggi per entrambe le parti: i privati si vedono attribuiti obblighi meno gravosi, mentre lo Stato acquisisce informazioni necessarie per una regolamentazione efficace o evita i costi di implementazione, che potrebbero risultare molto elevati in caso di imposizione unilaterale delle norme.

Sebbene tali accordi restino informali, essi possono raggiungere l'effetto a cui aspirano solo se entrambe le parti si sentono ad essi vincolati. Proprio per questa ragione, il processo non può più essere interpretato solo attraverso categorie di influenza, ma richiede l'utilizzo di categorie di partecipazione. Tuttavia, ciò comporta una deroga a determinate garanzie di razionalità che, nel modello tradizionale di regolamentazione, contribuiscono alla legittimità del diritto. In primo luogo, emergono soggetti privati che non si limitano più al loro *status* generale di cittadini, che consente loro di partecipare alle elezioni, al dibattito pubblico e alla rappresentanza dei propri interessi nei confronti dello Stato. Essi intervengono direttamente nella formazione della volontà statale senza però essere soggetti ai vincoli di legittimazione e responsabilità democratica previsti per chi esercita poteri pubblici. In secondo luogo, le istanze e le procedure decisionali previste dalla Costituzione vengono svuotate di significato nella misura in cui lo Stato si vincola preliminarmente a determinati comportamenti, prima ancora che il processo legislativo formale abbia inizio.

Le implicazioni di tale situazione si ripercuotono soprattutto sulla principale istanza legislativa, il Parlamento. Quest'ultimo non prende parte alle negoziazioni, che sul versante statale sono condotte esclusivamente dal governo. Se dalle negoziazioni emerge un disegno di legge, questo può acquisire validità giuridica solo attraverso l'approvazione parlamentare. Tuttavia, il Parlamento si trova in una situazione di ratifica simile a quella che si verifica nell'approvazione di trattati internazionali: può accettare o respingere il risultato delle negoziazioni, ma non modificarlo. A differenza dei trattati internazionali, questa limitazione è solo fattuale e non giuridica. Tuttavia, non è meno vincolante, poiché qualsiasi intervento di modifica rischierebbe di compromettere l'intero risultato negoziato. Nel caso in cui sia stata concordata una rinuncia alla regolamentazione, il Parlamento rimane completamente escluso. Certo, una rinuncia alla regolamentazione da

parte del governo non impedisce al Parlamento di intraprendere autonomamente un'iniziativa legislativa. Tuttavia, in tal caso, la maggioranza parlamentare dovrebbe sconfessare il governo che sostiene, una circostanza poco probabile.

L'esclusione del Parlamento in caso di rinuncia concordata alla regolamentazione comporta anche il venir meno dei benefici propri della fase parlamentare del processo legislativo. Tra questi, vi è la discussione pubblica, in cui la necessità, gli scopi e i mezzi di una proposta devono essere giustificati e sottoposti a critica. Questo processo consente anche al pubblico di prendere posizione e influenzare il procedimento. La discussione parlamentare è particolarmente rilevante per quei gruppi che non sono stati consultati nello stadio preparatorio. Nel caso in cui dalle negoziazioni emerga invece un disegno di legge che deve comunque passare attraverso il procedimento parlamentare, il dibattito parlamentare può aver luogo, ma perde la capacità di connettere il discorso sociale a quello statale. Dato che l'esito della negoziazione è già stabilito, esso non offre più un forum che consenta al pubblico di rivendicare interessi trascurati o di esprimere visioni alternative.

Queste debolezze si manifestano anche nel contenuto della legge o nel suo substrato informale, ossia negli impegni assunti da attori privati. In genere, tali norme non raggiungono il livello di riconoscimento generale necessario per fondarne la legittimità. Infatti, le negoziazioni non coinvolgono tutti gli interessati, ma solo i titolari di posizioni di veto. Gli interessi di questi ultimi godono di una maggiore probabilità di essere presi in considerazione e ciò non solo per la forza accumulata in ambito prestatale, ma anche a causa delle procedure predisposte dallo Stato. Tali procedure premiano posizioni di potere sociale che, paradossalmente, la regolamentazione costituzionale mirava proprio a neutralizzare. Dove il principio costituzionale fondamentale dell'uguaglianza dovrebbe prevalere, si formano nella realtà privilegi. In egual misura si riduce il significato delle elezioni, poiché queste non distribuiscono più equamente il peso politico nel processo legislativo. Qualora si cerchi comunque di incorporare democraticamente i sistemi negoziali, come enfatizzato da Luhmann contro Willke, si rompe inevitabilmente ogni connessione con l'istituzione delle elezioni politiche<sup>11</sup>.

Queste considerazioni hanno recentemente indotto anche il Comitato consultivo scientifico presso il Ministero Federale dell'Economia

---

<sup>11</sup> N. LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 2000, p. 137, nota 72.

e della Tecnologia a mettere in guardia di fronte alla diffusione del modello negoziale<sup>12</sup>. Per il Comitato si collocavano al centro dell'attenzione gli effetti di tale modello sull'economia di mercato. Tuttavia, anche i costi democratici hanno attirato la sua attenzione. D'altro canto, l'aspetto della razionalità legislativa legato allo Stato di diritto è stato trascurato. Per garantire un adeguato bilanciamento degli interessi nella legislazione, il controllo giudiziario delle norme è diventato sempre più rilevante. Alla luce delle carenze sopra menzionate della democrazia dei partiti, tale controllo contribuisce oggi in modo significativo alla legittimazione del diritto. Il diritto negoziato dipende sempre più da questa funzione. Tuttavia, se le norme negoziate rimangono nell'ambito dell'informalità, il controllo giudiziario non può essere esercitato. In questi casi, anche per l'adempimento degli impegni presi esistono unicamente sanzioni politiche, non giuridiche. Se il contenuto dell'accordo non è reso pubblico, risulta persino difficile stabilire se la parte privata lo stia rispettando o meno.

Habermas stesso, tuttavia, ha riconosciuto le negoziazioni, accanto alla discussione, come procedura di produzione normativa<sup>13</sup>. Egli individua la differenza tra le due nella loro finalità. Nella discussione, i partecipanti cercano di convincersi reciprocamente con argomentazioni e di giungere insieme a una soluzione accettabile per tutti. Nella negoziazione, invece, si mira a un bilanciamento tra interessi differenti. Nondimeno, il concetto di negoziazione appare meno elaborato rispetto a quello di discorso. Habermas accenna comunque ai presupposti in base a cui potrebbe essere considerata un modello razionale di produzione normativa. Egli ritiene che ciò sia possibile quando gli interessi in gioco sono bilanciabili, le parti negoziali sono di forza comparabile e le ricadute dell'accordo sono circoscritte ad esse. In tale contesto egli ritiene sufficiente che le negoziazioni si svolgano sotto garanzie statali di equità, che a loro volta richiedono una istituzionalizzazione giuridica<sup>14</sup>. Diversamente lo Stato sarebbe costretto ad abbandonare il pro-

---

<sup>12</sup> BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE (Hrsg.), *Aktuelle Formen des Korporatismus*, Berlin, 2000.

<sup>13</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 173 ss., pp. 204 ss., trad. it. cit., pp. 158 ss., pp. 186 ss.

<sup>14</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M. 1973, p. 154, trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, a cura di G. BACKHAUS, Roma-Bari, 1975, pp. 124; ID., *Faktizität und Geltung*, cit., p. 206, trad. it. cit., p. 188; ID., *Über den internen Zusammenhang*, cit., p. 300, trad. it. cit., pp. 255-256.

prio ruolo di moderatore e a determinare unilateralmente i contenuti normativi.

La maggior parte dei negoziati pubblico-privati, in cui vengono concordati contenuti legislativi o parametri di condotta sostitutivi della legge, non soddisfa di solito queste condizioni. Tuttavia, appare poco promettente vietare tali negoziazioni per via costituzionale, poiché esse hanno cause strutturali largamente immuni rispetto a divieti di carattere costituzionale. D'altra parte, il modello negoziale scardina profondamente i meccanismi di razionalità costituzionale preposti alla produzione legislativa. Se si vuole mantenere intatti i principi democratici e dello Stato di diritto, è necessario che questa nuova forma di azione venga costituzionalizzata. Spetta alla Costituzione definire il campo di applicazione delle soluzioni negoziali, regolare le condizioni di accesso in base al criterio dell'interessamento piuttosto che a quello della forza, prescrivere la pubblicità riguardo all'esistenza di tali negoziazioni e, laddove conducano a regole di comportamento informali, anche rispetto ai loro risultati, oltre a predisporre adeguati meccanismi di controllo<sup>15</sup>.

Nel suo libro *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* del 1973 Habermas ha comparato le teorie democratiche "esigenti" con gli approcci "riduzionistici". La realtà sembra confermare questi ultimi. Ciò che conferisce un particolare peso a questa diagnosi è il fatto che la causa non risieda tanto in una carente "disponibilità alla democrazia" quanto negli ostacoli strutturali crescenti che si frappongono alla realizzazione di modelli democratici esigenti. Le tendenze qui discusse, che riducono le possibilità di produrre diritto legittimo, ne sono un esempio. Una resa costituzionale sarebbe comunque una conclusione errata. Certo, si dovrà accettare l'idea che la Costituzione non possa più regolare nella stessa misura la produzione di decisioni collettive vincolanti come avveniva quando lo Stato era limitato alla sola funzione di conservazione dell'ordine<sup>16</sup>. Ciò non rende però superfluo proteggere lo Stato costituzionale dal vortice riduzionistico e adeguarlo, entro i limiti del possibile, alle nuove condizioni.

<sup>15</sup> Non mi occupo qui della legislazione nell'Unione Europea che segue in larga misura il modello negoziale; cfr. H.A. GRAMS, *Zur Gesetzgebung der Europäischen Union*, Berlin, 1998.

<sup>16</sup> D. GRIMM, *Verfassung*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 24-26; ID., *Die Zukunft der Verfassung*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 399-439, trad. it., *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 129-163.



# *Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*