

Sergio STAMMATI

## Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato europea

Sulla relazione dei principi di Stato di diritto (e di legalità) e il principio democratico nell'ordinamento dell'UE. Ovvero sui rapporti fra "democrazia giuridica" e "democrazia politica" in quell'ordinamento.

(Napoli, 6 aprile 2004)

di prossima pubblicazione in "*Rassegna parlamentare*", n. 4/2004

### 1. La questione secondo il diritto positivo dei Trattati e secondo l'opinione più diffusa: presentazione di un paradosso

Ciò che attira l'attenzione quando si scorre il catalogo dei principi generali del diritto comunitario non è di vedervi insieme principi come quello dello "Stato di diritto", di rispetto del diritto, di legalità, di sussidiarietà, di trasparenza e di altri simili, ma quello di vedervi inclusi accanto ad essi, altri come quelli di diritti fondamentali e di democrazia che non siamo soliti includere fra i principi generali del diritto, almeno prima di aver fatto qualche precisazione. Per altro verso la curiosità è accresciuta dalla circostanza assai nota dell'occorrenza, non incontestata ma pur sempre assai diffusa dell'opinione, onde l'ordinamento giuridico comunitario faccia registrare quello che, con espressione già un po' logorata dall'uso, si denomina "deficit di democrazia". Un'opinione questa, largamente presente come noto nella riflessione scientifica, dove pure non mancano posizioni che vi consentono tiepidamente (considerando che l'ordinamento dell'UE non potrà mai fondarsi sul principio rappresentativo altrettanto solidamente quanto gli Stati democratici) o che vi dissentono (per questi ultimi l'Unione europea soffrirebbe soltanto di una crisi di efficienza), e che l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la volata finale verso l'approvazione (venuta a mancare nel dicembre del 2003, ma realizzatasi il 27 giugno del 2004) della prima costituzione (rectius del primo trattato costituzionale) dell'Unione europea sembra aver contribuito a ripensare, ma non certo a superare.

Per l'una e per l'altra ragione la curiosità è spinta più che verso la misurazione dei rapporti (nell'ordinamento comunitario) fra principio dello Stato di diritto e principio di legalità, quest'ultimo solitamente considerato anche nel diritto comunitario come un aspetto particolare del primo, una sorta di aspetto specifico che insieme ad altri concorre a comporre quell'autentico caleidoscopio concettuale che denominiamo Stato di diritto, non ostanti le peculiarità che in quell'ordinamento esso notoriamente esibisce

rispetto all'omonimo principio degli ordinamenti nazionali, piuttosto, invece, verso la considerazione di quell'altro rapporto, quello fra principio dello Stato di diritto e principio della democrazia, che si presenta assai meno scontato, visto se non altro il semplice dato avanti riferito onde, nel mentre che non si fa troppa fatica a riconoscere che l'ordinamento non statale dell'UE, pur non essendo per ciò stesso rappresentabile come "forma di Stato" (come sembrerebbe suggerire, però virgolettando, l'intitolazione del convegno) tuttavia dichiara di volersi attenere alle regole dello "Stato di diritto" e presenta almeno alcuni dei caratteri dai quali siamo soliti identificare quest'ultimo, anche se certamente non tutti, (e la mancanza di alcuni - come quello della separazione dei poteri o quello della priorità degli organi non rappresentativi o non immediatamente rappresentativi, su quelli rappresentativi- è senz'altro vistosa e si presta a non semplici e a non risolutive discussioni), non si può allo stesso tempo non riconoscere che lo stesso ordinamento presenta caratteri tali che rendono assai più difficile il suo inquadramento all'interno della categoria dello "Stato di diritto", oltre che all'interno dei canoni classici attraverso i quali siamo usi a riconoscere come democratica la fisionomia di certi ordinamenti giuridici.

2. La questione secondo un primo approccio, meramente logico – lessicale, alle locuzioni del diritto positivo dei Trattati su Stato di diritto, democrazia e diritti

La prima osservazione è che la definizione delle due nozione sembra avvenire nel diritto comunitario attraverso un gioco di rimandi reciproci fra i due principi (dello Stato di diritto e della democrazia) e si avvolga per ciò in quello che si chiama logicamente un diallelo. In effetti la semplice giustapposizione dei due principi non aiuta in alcun modo, anzi impedisce, una chiara individuazione di quello dei due termini chiamato a svolgere la funzione da definiente e di quello chiamato a svolgere quella di definito. Di guisa che una prima e del tutto astratta ipotesi esplicativa è quella che per l'ordinamento comunitario i due termini (quello di "Stato di diritto" e quello di "democrazia") debbano essere considerati alla stregua di termini dotati del medesimo significato. Debbono essere considerati, in base a quella che dovrebbe essere considerata una tacita convenzione stipulativa, niente di più che sinonimi, così che l'uno potrebbe essere senza problemi usato in luogo dell'altro.

Tuttavia, prima di rassegnarsi ad accettare il punto di vista esposto, la nostra formazione mentale ci spinge ad effettuare un'incursione, almeno breve, e proprio perché breve in certo modo specialmente complicata, nel campo della teoria del diritto costituzionale, o della filosofia del diritto o della teoria generale, dove stanno di casa i principi dello "Stato di diritto" e della democrazia per non lasciarsi avvolgere dalle definizioni positive e conquistare se possibile un criterio interpretativo superiore che giovi a decifrare un po' meglio la relazione di andata e ritorno concettuale alla quale ci vorrebbero piegare quelle definizioni.

Un primo accostamento ai due principi dal punto di vista teorico ci porta intuitivamente verso l'affermazione che essi, non solo si presentino strutturalmente diversi, ma che tendano a disporsi in posizione di reciproco conflitto. E tuttavia sentiamo anche che un accostamento di questo tipo non ci garantisce che nei due termini, pure escludendo che abbiano il medesimo significato, non possono essere individuati significati talora,

almeno, compatibili e dunque non necessariamente espressione di significati in conflitto. Un dubbio come questo lo insinua nelle nostre teste proprio l'ordinamento comunitario nella sua apparente ribellione ai modelli concettuali più ricorrenti. In definitiva questo ordinamento spinge a formulare l'ipotesi che i significati dei due principi tendenzialmente divergano, ma che in certe particolari accezioni essi possano anche convergere. Più specificamente che essi in senso statico convergano; in senso dinamico, invece, divergano.

### 3. Complessità della questione da un punto di vista teorico per la polisemia delle nozioni di Stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali

Dal momento che una delle cause, forse, la principale, che rende la questione complessa sembra da riporre nella non univocità dei significati dei termini "Stato di diritto" e "democrazia", appare opportuno un rapido esame dei principali significati dell'uno e dell'altro.

#### 3.1 La concezione tradizionale di Stato di diritto

Per concezione tradizionale si vuole qui intendere la nozione di Stato di diritto ereditata dalle formulazioni scientifiche della prima metà dell'800, quelle che, come è noto, accompagnano la prima nascita degli Stati unitari i quali vengono generalmente formandosi lungo quel secolo, pure se in differenti periodi del suo svolgimento. In questo senso quella tradizionale è quella dello Stato legislativo di diritto, o, più riduttivamente, dello Stato di diritto meramente legale. (la distinzione è comune. Si può vederla nitidamente declinata in L. Ferrajoli "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in *Lo Stato di diritto, storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, II ed. 2003, pp. 349 e ss.), caratterizzato decisamente dalla superiorità della legge come atto di volontà dello Stato, adottata dalle autorità competenti secondo procedure formalmente stabilite, che vale in quanto esiste salve eccezioni marginali, dalla soggezione rigida del giudice alle disposizioni da essa dettate e dalla circostanza che ogni autorità sia titolare dei soli poteri ad essa conferiti dalla legge. Si tratta, dunque, di un modello del tutto generico che non corrisponde a una particolare forma di Stato (liberale o non), né a una particolare forma di governo (parlamentare o meramente costituzionale per esempio). In un modello tanto comprensivo i Parlamenti, perciò, possono avervi autorità politico-giuridica considerevole o, al contrario, essere confinati in un ruolo politicamente subordinato ed esercitare un potere legislativo limitato e dall'efficacia controversa. Quanto ai diritti, essi vi sono generalmente riconosciuti dalle costituzioni e tuttavia le pretese che attraverso essi possono essere fatte valere debbono cedere quando entrino in conflitto con i comandi delle autorità espressi in forma legislativa.

L'accostamento di questo modello a quello dell'ordinamento giuridico della CE (che è stato recentemente – a partire dall'approvazione del Trattato costituzionale - unificato

in una medesima personalità giuridica con quello dell'Unione europea) solleva immediatamente la domanda se quest'ultimo, tenuto conto naturalmente che si sta cercando di paragonare un modello organizzativo statale con uno non statale, possa essere ricondotto entro i lineamenti che caratterizzano lo Stato di diritto legislativo o meramente legale. La risposta non può essere data in forma univoca. Per un verso, infatti, l'ordinamento comunitario esibisce un modello organizzativo che non corrisponde a nessuna delle specie tradizionalmente incluse nel modello considerato di Stato di diritto e che rispetto a tali specie si caratterizza negativamente per l'assenza di profili essenziali nelle stesse, per esempio quello della separazione dei poteri, che si manifesta nella forma particolare dell'attribuzione di una funzione normativa più forte a un potere non rappresentativo, titolare di altre funzioni, per esempio quella di governo. Per altro verso in quell'ordinamento è stata da più parti registrata (vedi per tutti, recentemente, G. Morbidelli *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in uno dei Quaderni della Rivista Il diritto dell'Unione europea, 2001) la presenza di un tratto comune alle costituzioni moderne (ivi comprese quelle democratiche) rappresentato dal "diritto alla tutela giurisdizionale davanti a un giudice indipendente e imparziale, attraverso un giusto processo, idoneo a dare effettività alla tutela, e dal principio dell'unificazione della tutela giurisdizionale.." Se, per un verso, dunque, l'ordinamento comunitario sembra mancare dei requisiti necessari per essere ascritto financo al modello tradizionale dello stato di diritto, per altro verso esso presenta allo stesso tempo la caratteristica di accordare ai diritti che vi siano riconosciuti una tutela più significativa di quella che poteva essere ad essi garantita nella prima forma dello Stato di diritto, a causa della posizione preminente, comparativamente senz'altro più solida e più garantita che vi occupa il potere giurisdizionale, il quale non è tenuto solo a vigilare sull'applicazione del diritto comunitario, ma può intervenire correttivamente anche sui prodotti non validi ai quali abbiano messo capo le fonti legalmente riconosciute che alimentano quello stesso diritto.

Il modello giuridico complessivo dell'ordinamento giuridico comunitario fuoriesce, dunque, dalla forma tradizionale tratteggiata per schemi, tanto per maggior debolezza quanto per maggior forza, ciò che lo rende difficilmente comparabile anche con il modello di "Stato di diritto" storicamente succeduto al primo.

### 3.2 La nozione evolutiva e "adattata alla democrazia" della nozione di Stato di diritto. Lo "Stato di diritto costituzionale"

Il modello storicamente susseguente dello "Stato di diritto" è caratterizzato, notoriamente, in negativo, dal venir meno non solo della preminenza politica del potere esecutivo su quello legislativo (che caratterizzava l'ordinamento del primo Reich tedesco) ma anche della preminenza politica e creativa di diritto dello stesso potere legislativo, e in positivo, dall'affermarsi della superiorità sostanziale e formale della costituzione nei riguardi dei processi di formazione del diritto, oltre che prodotti legislativi dei medesimi, alla quale si accompagna l'accrescimento del tasso di creatività

della funzione giurisdizionale, chiamata, in varie forme, a controllare la regolarità formale e sostanziale dell'attività di creazione del diritto e per ciò a fissare interpretativamente (e dunque entro certi limiti creativamente) i parametri sostanziali di tale attività di controllo.

Per quest'ultimo aspetto, relativo ai caratteri della giurisdizione, si potrebbe in sostanza tentare di assomigliare la forma dell'ordinamento comunitario a quella di questo secondo modello di Stato di diritto, se tuttavia una serie cospicua di elementi non dissuadesse dal portare avanti tale tentativo. Oltre ai consueti rilievi relativi alla singolarità dei tratti costitutivi dell'organizzazione comunitaria, persuadono nel senso appena detto l'osservazione della posizione preminente e, anche in questo caso, più incisivamente direttiva degli organi giudiziari comunitari rispetto a quella dei supremi organi giudiziari nazionali nel contesto dei rispettivi ordinamenti, a dispetto del fatto che la caratterizzazione della corte di giustizia come giudice di legittimità costituzionale sia assai più debole di quella delle corti nazionali, sulle quali prevale solo per effetto della superiorità del diritto comunitario sui diritti nazionali; e, accanto a quella precedente, l'osservazione che il modello dello Stato costituzionale di diritto si presenta come struttura ordinamentale strettamente corrispondente a quella di strutture politico – sociali caratteristiche della democrazia rappresentativa e pluralista, le quali hanno cercato nella superiorità e rigidità delle costituzioni un argine alle potenzialità dissolventi degli spiriti animali (o anarchici), non solo del capitalismo, ma della stessa democrazia. Un'impetuosità quest'ultima certamente non riconoscibile fra le caratteristiche debolmente rappresentative, oltre che nelle dinamiche socialmente e politicamente specialmente asfittiche, dell'ordinamento comunitario, dove, per il primo aspetto, il Parlamento è configurato, al più, come un collaboratore variamente importante dell'esercizio del potere normativo e dove, quanto al secondo, è assente una vera e propria intelaiatura di corpi intermedi. Quest'ultimo, dunque, esibisce una propria suità, non sovrapponibile con quella, tanto del primo quanto del secondo modello di “Stato di diritto”, la quale, per certi aspetti, appare espressione di un modello transitivo fra la prima e la seconda forma caratteristica di quello “Stato”, e tuttavia non per questo escludibile in assoluto dal modello organizzativo così denominato se con quel nome si voglia significare, ricorrendo a una definizione stipulativa, che l'ordinamento comunitario, per il fatto di reggersi su propri originali principi giuridici di unificazione interna e su dichiarazioni, differenti per consistenza giuridica, ma sempre più insistenti e circostanziate della volontà di proteggere i diritti ai quali attribuisce la maggiore importanza, è effettivamente ordinato secondo i criteri di una legalità in certo modo intermedia fra quella ordinaria e quella costituzionale, o forse mista di legalità ordinaria e di legalità costituzionale.

### 3.3 La nozione classica e quella attenuata di “democrazia”. Ovvero democrazia politica e democrazia giuridica.

Anche la nozione, anzi il principio della democrazia, che il diritto positivo comunitario costantemente associa al principio dello Stato di diritto, può essere declinato come è noto e può essere perciò rapidamente detto, secondo una concezione classica e tuttavia ben presente negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, e secondo più recenti enunciazioni, secondo una concezione, attenuata e debole, oppure semplicemente diversa. Può essere in altre parole declinata, come per lo più inconsapevolmente avviene, come “democrazia politica” o come “democrazia meramente giuridica”. Recentemente in uno studio del più alto interesse, *Le pouvoir judiciaire et la démocratie*, in *I diritti umani fra politica, filosofia e storia*, pp.269- 300, del volume II, a cura di A. Carrino e P. Barcellona, M. Troper si sofferma lungamente sulla distinzione delle due forme di democrazia e in particolare sull’ultima e meno nota accezione del concetto di democrazia, analizzando le proposte teoriche con le quali costituzionalisti e filosofi del diritto difendono, non solo, prima di ogni altra cosa, la compatibilità con la struttura di ordinamenti democraticamente caratterizzati in senso classico, di un potere sotto tale profilo infondato come quello dei giudici, ma più perspicuamente si spingono a sostenere il carattere democratico del potere giudiziario. In effetti secondo un gruppo di teorie, che qui non è possibile richiamare distintamente senza sorpassare i limiti ai quali è tenuta questa riflessione, quest’ultimo potere appare concettualmente in conflitto con il potere per antonomasia democratico solo qualora si assolutizzi la nozione classica della democrazia come potere intrinsecamente popolare che si esercita, quando non direttamente (secondo la concezione premoderna), attraverso la mediazione di corpi rappresentativi i quali ripongono nella volontà popolare la fonte della propria legittimazione (secondo la concezione moderna, aperta, si ritiene comunemente, dalla teorizzazioni hobbesiana dello Stato). Ma, secondo i teorici che danno voce a quell’orientamento, la democrazia non può essere risolta esclusivamente in quella sua classica accezione, ma deve essere vista anche come un insieme di principi sistematicamente collegati e complessivamente rispecchiati nel principio, si faccia attenzione, dello” Stato di diritto”!

In queste tesi sembrerebbe, dunque, a prima lettura, che la democrazia, allo stesso modo del principio di legalità, venga inclusa come subcategoria particolare entro la categoria comprensiva del modello teorico di quel tipo di “Stato” Si tratta, per altro, di tesi che obbediscono, invece, a un intento più ampio, quello di affermare la compresenza necessaria entro uno stesso ordinamento costituzionale evoluto, degli istituti della democrazia politica (non riducibili entro la categoria troppo generica dello “Stato di diritto”) e degli istituti caratteristici di quella che essi chiamano “democrazia in senso giuridico” (quest’ultima al contrario riducibile entro la categoria appena citata), i quali sarebbero entrambi necessari alla realizzazione di un superiore, equilibrato, concetto di democrazia, quella denominabile, e generalmente denominata, per la complessità dei suoi elementi costitutivi, “democrazia costituzionale”.

La riflessione intorno a queste teorizzazioni offre a Troper l’occasione, da lui afferrata al volo, per saggiarne l’applicabilità, ma egli mostra fin dal principio di ritenerle senz’altro applicabili, all’ordinamento comunitario, dove l’idea della democrazia come Stato di diritto, a sua volta concepito come insieme di principi fondamentali fra loro sistematicamente interconnessi in funzione della tutela dei diritti, è precisamente quella che ha conosciuto il più ampio sviluppo nel quadro della costruzione giuridica europea,

nella quale, tuttavia, non è certo facile, anzi sembra del tutto impossibile, trovare quella connessione fra tali principi, caratteristici dello “Stato di diritto” e della “democrazia giuridica” e i diversi principi caratteristici della “democrazia politica”, direttamente o mediatamente fondati sulla volontà di rappresentazione di un fino a qui inesistente popolo (europeo) sovrano. La corte di Lussemburgo, per la verità ha talora tentato di individuare un collegamento fra le due serie di principi anche all’interno dell’ordinamento comunitario, allorché si è sforzata di reperire una legittimazione democratica (in senso classico) di quell’ordinamento, derivandola dalla centralità dei Parlamenti nelle costituzioni degli Stati e dal potere che questi avrebbero di esercitare un controllo sugli indirizzi ai quali i propri governi dovrebbero attenersi nelle sedi deputate dell’Unione, e dalla stessa posizione del Parlamento della CE nell’ordinamento comunitario, alla quale viene da essa riconosciuta una rilevanza che non trova alcun conforto nelle considerazioni sostanzialmente concordi in senso contrario della dottrina giuridica. Ma la debolezza di argomenti cosiffatti ne svela piuttosto la funzione di mascheramento dell’effettiva natura difforme dai canoni classici della democrazia delle istituzioni comunitarie, anziché assicurare ad esse carattere minimamente persuasivo. Più convincente, in quanto essa stessa è più intimamente convinta, è la corte di giustizia allorché, come fa senza sosta da quarant’anni, non ripone la legittimazione democratica dell’ordinamento comunitario sui principi della democrazia classica o politica, ma si limita a poggiarla piuttosto sui principi espressi dalle tradizioni costituzionali comuni ai singoli Stati membri o sui diritti proclamati dalla CEDU. L’ordinamento giuridico europeo documenta con questo suo singolare modo d’essere, in definitiva, la nascita di un diritto comune europeo fondato sui principi dello Stato di diritto e sulla protezione dei diritti fondamentali, nel quale esiguo, e in ogni caso fino a qui secondario, è lo spazio riservato alle decisioni politiche assunte nelle forme della democrazia costituzionale, essendo i principi transnazionali sui quali esso si fonda, imposti attraverso procedure strettamente giurisdizionali, dunque neutre e imparziali.

Se le cose stanno così, si comprende come le considerazioni appena esposte facciano risaltare in piena luce l’operazione riduttiva operata da Troper nel distaccare dalle teorie precedentemente richiamate le considerazioni relative alla democrazia giuridica e nell’utilizzare solo queste ultime per includere l’ordinamento giuridico comunitario in modello innovativo di “Stato di diritto” fondato esclusivamente sulla “democrazia giuridica”. La differenza teorica di un’operazione come quella descritta dalle teorie di partenza è del tutto evidente.. Nel mentre queste ultime, infatti, erano e sono volte a notare che gli ordinamenti costituzionali contemporanei fondati sulla democrazia costituzionale si articolano su una concezione duplice della democrazia, classica e giuridica, e a difendere come indispensabile per la sincerità democratica di quegli ordinamenti, il legame fra quelle due concezioni, l’operazione concettuale appena descritta nell’intuire lucidamente che la peculiarità dell’ordinamento giuridico comunitario risiede nella preponderanza che vi assume la forma giuridica della democrazia, finisce per amplificare all’eccesso la portata della propria intuizione quando fa combaciare la forma di quell’ordinamento con quella della democrazia giuridica ciò che gli consente poi di immedesimare agevolmente quest’ultima con la forma dello “Stato di diritto”. Si tratta di una costruzione, dunque, la quale, per il fatto che la democrazia giuridica non vi viene rappresentata solo come l’aspetto complementare di

una concezione più ampia della democrazia, comprensiva anche del suo aspetto politico, ma come assorbente in se medesima quest'ultimo aspetto, sembra non solo drasticamente riduttiva della complessità di quell'ordinamento, ma tale da incoraggiare la rinuncia allo sforzo di individuare anche nell'ordinamento comunitario, un concetto complessivo e articolato di democrazia. Quell'associazione, in sostanza, nel suo eccessivo ripiegarsi sulla tesi dell'immedesimazione dell'ordinamento giuridico comunitario con la democrazia in senso debole, puramente giuridico, sembra precludersi oltre misura, in definitiva, la possibilità di decifrare i fatti evolutivi di quell'ordinamento intesi a immettere nella sua costituzione interna, i semi di dinamismo che aprono alle forme della democrazia politica.

### 3.4 Combinazione astratta fra i vari significati delle due nozioni.

A questo punto è facile, anche se ci interessa relativamente, stabilire una connessione argomentata fra le quattro nozioni che siamo venuti enucleando.

La nozione tradizionale meramente legale di Stato di diritto, sta evidentemente in una relazione logicamente conflittiva con quella di democrazia politica e in una relazione, altrettanto logicamente, compatibile con quella di democrazia giuridica. Ma, naturalmente, bisogna subito avvertire che storicamente il modello tradizionale di "Stato di diritto" non ha mai avuto a che fare con la questione della democrazia, né in senso giuridico, né a fortiori, in senso politico.

La nozione evoluta di Stato di diritto, lo Stato di diritto costituzionale, dal suo canto, si situa in una posizione che logicamente e storicamente armonizza con quella di democrazia politica e, come appena si è detto, anche, pure se solo per aspetti essenziali, ma allo stesso tempo parziali, con quella di democrazia nel senso giuridico.

### 3.5 Quale relazione fra Stato di diritto e democrazia si afferma nel diritto positivo comunitario?

Resta da dire delle relazioni fra Stato di diritto e democrazia entro l'ordinamento giuridico comunitario del quale non si può predicare l'appartenenza, né al modello ricevuto di Stato di diritto, né a quello evoluto o costituzionale del medesimo. Al riguardo è stata qui appena registrata l'opinione di Troper che non esita né a classificare quell'ordinamento nella categoria, della quale fa evidentemente un uso traslato, dello "Stato di diritto", né a sostenere che a quella stessa categoria deve essere ascritta, sovrapponendosi con la prima, la nozione di democrazia nell'accezione puramente giuridica. In che cosa possiamo concordare con lui? Diciamo che siamo d'accordo dal momento che egli offre una precisazione teorica scientificamente rigorosa alla rozza giustapposizione positiva offerta dal diritto comunitario dei trattati alle due categorie, dello "Stato di diritto" e della democrazia. Il disaccordo interviene, oltre che, come già anticipato, per il carattere riduttivo e parziale della sistemazione proposta, per il fatto che la stessa, se può essere considerata non del tutto insoddisfacente quando la si

esamini dal punto di vista della statica del diritto, non lo è altrettanto dal punto di vista del dinamismo normativo, per almeno due ragioni.

Anzitutto perché non tiene conto del fatto che l'ordinamento giuridico comunitario, pure se non riducibile al paradigma teorico dello Stato costituzionale di diritto, tuttavia nasce storicamente insieme o addirittura più tardi del momento in cui quest'ultimo è stato riconosciuto nelle carte costituzionali del secolo appena scorso e dunque, non può non essere contagiato dalle questioni politiche e giuridiche che stanno al centro di quelle carte. Un aspetto questo che appare colto bene da Ferrajoli (*Lo Stato di diritto..* cit.) quando osserva che verosimilmente "lo Stato di diritto europeo" potrà soddisfare i requisiti necessari ad ascriverlo alla forma tradizionale dello "Stato di diritto" nazionale solo dopo che sarà riuscito a conformarsi alla forma costituzionale di quel genere di Stato, invertendo così l'ordine storico della successione dall'una all'altra forma che ha fatto registrare il processo di crescita degli Stati nazionali.

In secondo luogo perché ragionando con categorie statiche o sincroniche, non si possono cogliere i sommovimenti continui che inquietano l'ordinamento giuridico comunitario i quali, pure se fino a qui non hanno condotto ad esiti non solo risolutivi, ma che possano essere considerati soddisfacenti da parte di quanti (con i quali concordo) ritengono che quell'ordinamento sia giunto al punto che impone ormai la sua conversione dalla logica giuridico - funzionalistica a quella giuridico - politica, non possono, tuttavia, indurre a negare le continue scosse di assestamento dal quale l'ordinamento comunitario è inquietato. In effetti l'analisi dell'ordinamento giuridico europeo tanto più si fa scientificamente interessante, quanto più si concentra sul senso particolare e complessivo dei suoi scuotimenti interni, dei quali mi sembra possa dirsi che nel loro insieme premono in direzione del trapianto dei segni più significativi della democrazia costituzionale all'interno dell'ordinamento comunitario, tuttora preminentemente permeato dall'ispirazione internazionalistica, il quale, però, senza trapianti dall'esterno di istituti del costituzionalismo classico, più robusti di quelli fino a qui effettuati, non può che registrare il prevalere delle proprie dinamiche interne, sorrette queste appunto su paradigmi mutuati dal diritto internazionale traducibili nel lessico della "democrazia giuridica", i quali, conformemente alla propria natura, non possono che difendersi da quei tentativi di trapianto, potenzialmente forieri di una forma alternativa di democrazia.

#### 4. La questione della relazione fra principio dello Stato di diritto e principio della democrazia classica vista alla luce delle due norme base, attuale e tendenziale, del diritto comunitario:

Per quanto si è detto, dunque, la prospettiva interpretativa più aperta e creativa per la riflessione sull'ordinamento giuridico comunitario, una volta messo in chiaro il senso dell'equiparazione immediata che in quest'ultimo il diritto positivo istituisce fra i due principi, dello "Stato di diritto" e della democrazia, appare senz'altro quella dinamica, orientata a precisare per quanto possibile la misura e il significato dell'infiltrazione progressiva nel diritto comunitario, caratterizzato dalla democrazia giuridica, se non

della democrazia politica tout court, ciò che potrebbe avvenire solo in quella che Ferrajoli chiama “una rifondazione razionale” di quell’ordinamento, almeno di alcuni istituti di quest’ultima, i quali, in potenza, sono tali da creare le condizioni di base, per ora non ancora sviluppate, di quella, almeno da certuni auspicata, rifondazione razionale.

Guardando all’ordinamento comunitario in chiave prevalentemente dinamica, sembra lecito affermare, infatti, che fin dall’inizio l’ordinamento giuridico comunitario abbia trovato il proprio sostegno, non su una sola, ma su una doppia norma base, per quanto la seconda, non altrettanto sviluppata della prima, abbia manifestato la propria presenza accanto ad essa soltanto in forma embrionale.

E’ indubitabile invero che la norma- base sulla quale l’ordinamento comunitario ha trovato il suo appoggio principale e che ha funzionato da criterio di identificazione primaria del medesimo, da selettore delle proposte di innovazione dello stesso e di fissazione dei suoi confini, sia stata una norma base di carattere essenzialmente organizzativo, mutuata dai paradigmi del diritto internazionale, nel senso specifico che il sistema dell’ordinamento comunitario originario sembra essere stato in definitiva configurato dagli Stati fondatori in funzione dell’esigenza di introdurre la strumentazione giuridica più adatta a consentire alle autorità comunitarie (in specie a quelle che esprimevano la vocazione intergovernativa della Comunità) di esercitare i propri poteri di governo senza incontrare i limiti e sottostare ai controlli che quell’esercizio incontra negli ordinamenti costituzionali connotati in senso democratico – politico.

Tale norma base (appropriata a uno “Stato di diritto” consono ai principi della democrazia giuridica) tuttavia, non è mai stata assolutamente chiusa, se non altro perché fin dall’origine l’ordinamento ha accordato pienezza di riconoscimento alle c.d. quattro libertà in funzione delle quali, della effettiva realizzazione di esse, raggiunta peraltro, come è noto, solo in epoca non poco successiva, esso era stato originariamente concepito e concretamente costituito. Inoltre, a causa della benefica tendenza alla propagazione contagiosa (dopo Nizza si parla al riguardo di “interdipendenza” dei valori) degli istituti di libertà, dei diritti, e appunto dei valori che vi si accompagnano, oltre che per altre note ragioni che saranno successivamente richiamate, il profilo valoriale dell’ordinamento comunitario, per la spinta congiunta di immissioni dall’esterno oltre che delle spinte interne provenienti dalla giurisprudenza della corte di giustizia, si è andato progressivamente amplificando, in guisa da aprire l’organizzazione comunitaria a valori, principi e diritti di natura non economica, destinati a reagire sulla ristretta coerenza dei principi che avevano ispirato all’origine la sua struttura e il suo funzionamento interno e da integrare gradatamente ma stabilmente ai principi e alle libertà originari, una nuova serie di valori, di principi e di diritti. Questi ultimi, per la forza a ciascuno d’essi distintamente apportata dalla tradizione e per le implicazioni sistematiche potenzialmente connesse al loro, variamente recente e “interdipendente” riconoscimento, sembrano, dunque, potenzialmente tali da poter conseguire l’effetto di correggere sensibilmente, se non di rovesciare, l’equilibrio complessivo che si è venuto costituendo intorno al sistema delle disposizioni organizzative dell’ordinamento della Comunità, o, quanto meno, prima della realizzazione di quel rovesciamento, che tutt’ora si situa in un futuro comunitario indefinibile e del tutto incerto financo nel se, appaiono

attualmente tali da proporsi come espressione sempre più compiuta di una norma base ispirata al costituzionalismo degli Stati, alternativa a quella finora dominante, costretta a trovare, per ciò, con quest'ultima, modalità sempre nuove di convivenza.

Non appare dunque temerario affermare che attualmente l'ordinamento comunitario si presenti come uno spazio giuridico nel quale convivono e si confrontano due norme base le quali esibiscono un diverso grado di sviluppo. Solo la prima di esse, infatti, la norma base organizzativa, che corrisponde alla nozione di Stato di diritto compatibile con gli istituti della democrazia giuridica, ha trovato la sua piena formalizzazione nel diritto dei Trattati, e il suo pieno sviluppo nel diritto comunitario derivato, onde si trova attualmente, anche a causa di ciò, in posizione dominante, ma che, vista in prospettiva, sembra dover ripiegare o involvere lungo una traiettoria discendente, pure se non declinante perché inserita in un contesto di maturità crescente dell'ordinamento complessivo. L'altra norma base (corrispondente, allo stadio della sua maturità, ispirata, come detto, dalla forma costituzionale di "Stato di diritto" e coesistente con un ordinamento politico fondato sui principi della democrazia in senso classico) appare all'opposto come una norma base in formazione, attualmente dunque ancora in posizione recessiva nei confronti dell'altra, e che, tuttavia, in una considerazione di prospettiva, per quanto non temporalmente determinata e forse indeterminabile, sembra destinata ad evolvere secondo una traiettoria amplificante in esito alla quale potrebbe apparigliarsi all'altra se non addirittura in ipotesi ad acquistare dominanza su di essa, rovesciando le posizioni di equilibrio reciproco determinate dalla presente dislocazione di entrambe.

5. Un passo indietro. L'equilibrio fra democrazia giuridica e democrazia politica nell'ordinamento giuridico non statale dell'UE, considerato nell'oggi, e l'equilibrio fra le due democrazie all'interno degli ordinamenti statali di natura democratico costituzionale.

Le considerazioni appena svolte conducono, in definitiva, a riporre la singolarità dell'ordinamento giuridico comunitario su basi non coincidenti, né con l'ipotesi dualista dedotta dalla costituzionalistica domestic analogy, né con quella monista quale adombrata dalle parentetiche riflessioni di Troper.

Le obiezioni all'ipotesi dell'analogia, d'altra parte prive di avvocati difensori convinti, sono di tanta evidenza da esimere quelli che le propongono da particolari impegni dimostrativi. La teorizzazioni della concezione giuridica della democrazia sono tutte rivolte infatti, lo si detto a metà del discorso svolto fin qui, a mostrarne la coesenzialità alla concezione politica della medesima, dalla cui indubitabile e prioritaria affermazione negli ordinamenti costituzionali considerati, si parte come da non discutibile assioma. Ma le considerazioni appena svolte a proposito della presenza di una doppia norma base a fondamento dell'ordinamento comunitario si oppongono evidentemente anche al modo di vedere che considera tale ordinamento come semplice espressione della "democrazia giuridica". A ciò si oppone, oltre al già detto, l'irriducibilità delle libertà

introdottivi fin dall'origine, e quindi dei diritti che sono stati ad esse successivamente integrati, alla cifra sintetica di meri principi di quell'ordinamento. Le une come gli altri sono, infatti, tali, per la loro dinamicità intrinseca, per la non prevedibilità dei loro obiettivi, in definitiva per l'impronta antagonista e potenzialmente conflittiva che riescono a imprimere all'insieme degli ordinamenti, da sfuggire a precisi schemi deduttivi, così come a ingabbiamenti finalistici, e da suggerire a taluni l'accostamento positivo delle possibilità di azione che su di essi possono trovare la loro base, alla libertà che, su un piano diverso, è riconosciuta al potere politico - legislativo dei Parlamenti negli Stati costituzionali di diritto, e l'accostamento negativo di quelle possibilità e di quel potere riguardo ai limiti costituzionali ai quali entrambi sono vincolati a sottostare. Tanto le libertà che i diritti per esprimersi nella loro pienezza aspirano, dunque, onde realizzare le possibilità insite nelle ragioni della propria natura, a collegarsi con Parlamenti a propria volta dotati della pienezza dei propri poteri e a poggiarsi su costituzioni che legittimano la propria funzione regolatrice poggiandola sul riconoscimento più ampio di entrambi. Ora, relativamente all'ordinamento comunitario, è tanto vero che queste condizioni vi mancano su ciascuno dei tre piani considerati (dei diritti, del Parlamento e della costituzione-trattato), ciò che in questa sede e a questo stadio dello sviluppo discorsivo del tema del convegno può essere dato, anche per la sua evidenza scientifica, per presupposto, quanto è vero che nello stesso possono essere registrati avanzamenti che riguardano tutti e tre quei distinti piani dell'ordinamento, la rilevanza dei quali è diversamente valutata dalla riflessione giuridica, la quale, tuttavia, per quanto divisa sul punto, non lo è quanto alla considerazione che tali avanzamenti abbiano potenziato o almeno più chiaramente illuminato le condizioni di base dalle quali viene riconosciuta negli ordinamenti interni l'esistenza di una democrazia costituzionale. Ciò consente di affermare che, al momento attuale, prescindendo dal valutare in questa sede se questi stessi avanzamenti rappresentino una delle tante tappe, di per se stesse transeunti, dell'adattamento spontaneo dell'Unione ai problemi nuovi che essa era chiamata a fronteggiare (quelli, in primo luogo, di un allargamento privo di precedenti quanto alla consistenza) o al contrario se essi abbiano dato definitivamente forma a un modello ordinamentale nuovo, di natura mista, nel quale si trovano combinati, in misura già ora soddisfacente, paradigmi tratti in pari misura dal diritto costituzionale e da quello internazionale, e predestinato, per l'irrobustimento delle sue duplici, eterogenee, basi, a durare nel tempo o comunque a evolvere nel segno della continuità con i tratti di natura duplice dai quali si identifica il nuovo modello, l'ordinamento comunitario è ordinato in misura tuttora largamente prevalente intorno al modello dello "Stato di diritto" o della "democrazia giuridica" e in misura subordinata, anche se non dissociabile da quest'ultima, da istituti caratteristici della democrazia politica, i quali, pure essendovi presenti, non vi ottengono, e secondo alcuni mai vi potranno ottenere, quel riconoscimento pieno del quale sono di per se stessi capaci. Al netto, dunque, da qualsiasi previsione sul futuro dell'ordinamento comunitario, in ogni sede disputato proprio per il suo carattere prognostico, è, dunque, conseguente osservare, di seguito a quanto si è finito di rappresentare, che esso faccia registrare un equilibrio fra le due forme di democrazia che appare di segno inverso rispetto a quello registrabile fra le stesse all'interno degli ordinamenti costituzionali degli Stati che si sorreggono su sistemi politici caratterizzati da forme schiettamente democratiche. In

questi la democrazia politica primeggia pure se sarebbe destinata a fallire se disconoscesse l'essenzialità della linfa democratica apportata dagli istituti della democrazia giuridica; in quello primeggia la democrazia giuridica, continuamente inquietata dalla necessità di irrobustire le proprie basi con il ricorso continuo, pure se timoroso, parziale e parsimonioso, alla forza legitimante, ma pure densa di implicazioni oppostive, degli istituti caratteristici della democrazia politica.

Non sembra dunque, che le formule ricorrenti nell'ordinamento comunitario, nella diversità dei registri del proprio diritto come in molte delle sue dichiarazioni informali, ove il concetto di "Stato di diritto" viene giustapposto e in sostanza equiparato al concetto della democrazia, valga, né a fare chiarezza sui caratteri singolarissimi (diversi come sono da quelli dello Stato legislativo come da quelli dello Stato costituzionale di diritto) che quel primo concetto vi assume, né a rispecchiare la ricchezza delle articolazioni democratiche che vi sono presenti e le forme del diverso rapporto che tali diverse articolazioni intrattengono con quel concetto. A quelle formule sembra, dunque, doversi attribuire non più che il valore di semplificazioni riduttive e in certo modo fuorvianti, nelle quali pare esprimersi in modo sotterraneo, non solo un certo spirito di resistenza a innovazioni future che potrebbero minacciare la consolidata identità (tutta giuridica) dell'ordinamento comunitario, ma finanche la negazione delle innovazioni tratte dall'esperienza politica del costituzionalismo degli Stati che in esso hanno già trovato in esso sicuramente posto, le quali hanno consentito a taluno (per esempio a Pinelli), di vederlo oggi, (per quel che credo con soverchio ottimismo o, in prospettiva mutata, con soverchio scetticismo), in conseguenza delle trasformazioni sperimentate a Nizza e a Bruxelles e dei recenti Trattati in quelle sedi approvati, ormai definitivamente, cioè qualitativamente, diverso da quello che esso era prima di essi, definitivamente distaccato dall'impronta originaria impressagli dal Trattato di Roma e dai trattati di revisione, e stabilmente fissato in una propria nuova identità originale.

#### 6. Dinamicità delle relazioni fra le due norme base. Il gioco delle relazioni fra Stato di diritto, democrazia e diritti nel concreto dell'esperienza evolutiva dell'ordinamento comunitario. Rinvio

Per quanto si è venuti dicendo, l'approccio che appare più promettente al diritto comunitario sembra essere quello dinamico, diacronico, piuttosto che quello meramente statico destinato per sua natura a riflettere gli equilibri attuali. Esso permette, infatti, di scendere fra le faglie suscitate dalle tensioni del suo doppio spirito, nella circolarità dei rimandi fra le due ispirazioni che sempre più chiaramente lo connotano, nella complessa ambivalenza del suo linguaggio, i quali rappresentano tutti nel loro confluire reciproco, elementi essenziali alla decrittazione della sua in certo modo affascinante e costitutiva ambiguità e, allo stesso tempo, della sua unicità, come pure del suo cedere e del suo resistere all'urto delle trasformazioni delle quali, per far fronte alle questioni suscitate dalla crisi degli ordinamenti giuridici troppo chiusi in se stessi e che allo stesso

tempo hanno tuttavia perso la possibilità stessa di chiudersi efficacemente, sembra avere, ognora di più, bisogno pressante.

Poiché, dunque, le due nozioni, Stato di diritto e di democrazia, avanti presentate, non sono nozioni puramente teoriche, ma anche nozioni storiche, soggette, non solo ognuna di esse a mutamenti interni e, per conseguenza, a cambiamenti nella loro dislocazione reciproca nell'ordinamento comunitario, di questo occorre studiare più da presso dopo gli inquadramenti proposti, la vicenda concreta, la quale, del resto, tanto più risulterà illuminata, quanto più le analisi delle sue manifestazioni particolari saranno guidate dalla coscienza delle sue coordinate teoriche complessive e superiori. Ciò è come dire che, una volta fissate quelle coordinate, conviene passare ad esaminare la questione delle relazioni fra le due norme base esaminate, quella formalizzata e quella in via di formazione e di formalizzazione, dal punto di vista del diritto comunitario applicato, perché è soltanto da questo punto di vista che si possono apprezzare le trasformazioni, talora non evidenti, di un ordinamento giuridico comunemente ritenuto in via di formazione, e che effettivamente lo è sotto molteplici punti di vista. Dal punto di vista soggettivo, avendo soltanto da un niente sorpassata la soglia del più significativo allargamento della sua quasi cinquantennale storia; dal punto di vista oggettivo e formale, essendo stato esso appena rifondato sulla base di un Trattato costituzionale che, quanto meno formalmente, rappresenta, con il suo stesso esserci, una novità che esige di essere soppesata con metodo analitico per valutarne la consistenza delle sue ricadute sulla complessiva identità istituzionale dell'Unione; infine dal punto di vista istituzionale e funzionale avendo appena conosciuto un processo di riassetto complessivo delle sue competenze e delle sue politiche, anch'esso da soppesare nel dettaglio con la finezza degli strumenti analitici, oltre che, è superfluo dirlo, sul processo di incorporazione nel proprio nuovo documento fondativo della carta di diritti fondamentali che a Nizza, quando era stata approvata, era stata però lasciata fuori del diritto dell'Unione.

Questa serie di complessi esami travalica, tuttavia, di gran lunga l'economia di questo lavoro, pure se, come si evince dalle considerazioni avanti svolte, essa deve considerarsi parte integrante del suo progetto di studio.