

## **PAROLE CHIAVE PER UNA TEORIA DISCORSIVA DEL DIRITTO E DELLO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO.**

**(JÜRGEN HABERMAS)<sup>1</sup>**

Come prima cosa mi è stato chiesto di ricordare le ragioni per la scelta dell'approccio teorico-discorsivo sviluppato in *Fatti e norme* (1-4) e, in seconda battuta, di illustrare alcuni punti vista da cui si potrebbe raccomandare in modo ragionevole tale approccio anche per orientamenti concettuali in direzione di una concettualizzazione della costituzionalizzazione del diritto internazionale (5-10).

1- Tanto più si accresce la complessità della società e dei problemi da regolare politicamente, tanto meno sembra essere possibile restare fedeli a quell'idea esigente di democrazia, secondo la quale i destinatari delle leggi devono esserne al contempo gli autori. Contro quest'idea parla, già a prima vista, la modalità politica incrementalista di un esecutivo che reagisce ormai esclusivamente agli imperativi di ostinati sistemi funzionali e, per questa ragione, dissocia in misura maggiore possibile la scelta delle sue politiche dal processo di legittimazione. Tuttavia, anche in tali circostanze un approccio teorico-comunicativo può conservare una certa plausibilità rispetto alla promessa democratica dell'inclusione, ovvero rispetto alla partecipazione di tutti i cittadini al processo politico. Non possiamo ridurre le elezioni e le votazioni all'espressione puntuale del voto. Questi voti ricevono il peso istituzionale delle decisioni di legislatori solo in combinazione con una sfera pubblica vitale, ovvero con la dinamica del pro e contro di opinioni, argomenti e prese di posizione liberamente fluttuanti. [67] Le elezioni politiche sono qualcosa di diverso dalle inchieste demoscopiche; esse non devono rispecchiare solamente uno spettro delle preferenze esistenti. Poiché la rivoluzione digitale presenta attualmente solo un passo ulteriore nell'interconnessione comunicativa e nella mobilitazione della società civile, dobbiamo congedarci da un'immagine dello Stato democratico di diritto congelata

---

<sup>1</sup> Habermas, *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 2013, p. 67-81. Il testo nasce come introduzione a un seminario dedicato a *Fatti e norme* che ebbe luogo dall'11 al 14 febbraio 2013 presso il *Max-Planck-Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg.

istituzionalmente. La fluidificazione comunicativa della politica si presta come chiave sociologica per il contenuto realistico del concetto di *politica deliberativa*.<sup>2</sup> E, da questo punto di vista, anche la costruzione dello Stato costituzionale si lascia concepire come una rete di discorsi istituzionalizzati giuridicamente volti alla formazione dell'opinione e della volontà.

2- Un ulteriore motivo, più filosofico, per la scelta dell'approccio teorico-discorsivo è la risoluzione del paradosso che si pone col tipo weberiano di legittimazione del "potere legale": come è possibile la nascita della legittimità dalla mera legalità? Che cosa conferisce legittimità ad un ordinamento giuridico integralmente positivizzato, se vale come diritto tutto ciò che è stato prodotto secondo una procedura stabilita positivamente? La risposta del positivismo giuridico consiste nel ricorso ad una norma fondamentale adottata arbitrariamente o consuetudinariamente (*eingewöhnt*) come premessa che giustifica la validità. Il diritto naturale, invece, si appella all'accesso privilegiato alla conoscenza di leggi incondizionatamente valide, perché fissate cosmologicamente o perché teologicamente fondate. La spiegazione volontaristica non dà ragione del contenuto cognitivo della credenza legittima, quella giusnaturalistica si basa su immagini metafisiche del mondo che, nelle società pluralistiche, non possono più essere universalmente convincenti. Di contro a ciò, la teoria discorsiva attribuisce [68] forza generante legittimità alla procedura di formazione democratica dell'opinione e della volontà *in sé e per sé*. Questa procedura istituzionalizzata giuridicamente giustifica cioè la presunzione fallibile di decisioni razionali, se soddisfa approssimativamente due condizioni: l'inclusione equa di tutti gli interessati ovvero dei loro rappresentanti e il retro-riferimento delle decisioni democratiche allo scambio discorsivo privo di coercizioni dei temi e contributi rilevanti di volta in volta (cioè di informazioni, argomenti e prese di posizione). La fonte normativa della legittimità ha origine, secondo questa concezione, dalla combinazione dell'inclusione di tutti gli interessati e del carattere deliberativo della formazione dell'opinione e della volontà. L'idea di una formazione libera e guidata dalla ragione di una volontà comune (cioè di un risultato che, dopo una procedura di consultazione e di decisione, è accettato come un risultato conseguito collettivamente) si esprime quindi nella connessione di inclusione e deliberazione.

---

<sup>2</sup> Cfr. Bohman & Rehg, *Deliberative Democracy*, 1997; per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. l'eccellente saggio: Rummens, *Staging Deliberation*, 2012.

3- Un terzo motivo è il superamento del contrasto che a prima vista esiste tra i due principi di legittimazione della “sovranità del popolo” e del “dominio delle leggi”. Nella storia della teoria politica, difensori del liberalismo e del repubblicanesimo discutono su che cosa deve avere la priorità – la libertà dei moderni, cioè i diritti di libertà soggettivi dei cittadini delle moderne società economiche, oppure la libertà degli antichi, cioè i diritti di partecipazione del cittadino democratico. L’alternativa conduce da ambo le parti a conseguenze spiacevoli. O le leggi (compresa la costituzione) sono legittime, solo se concordano con i diritti umani predeterminati moralmente. Ma, in tal caso, il legislatore democratico non può decidere legittimamente in modo sovrano, bensì solo all’interno di limitazioni già date. Oppure le leggi (inclusa la costituzione) sono legittime sempre, solo se risultano dalla formazione della volontà democratica. Ma allora il popolo sovrano potrebbe [69] darsi una costituzione qualsiasi e decidere norme qualsiasi, di modo che infrazioni contro le norme dello Stato di diritto non sarebbero da escludere. Di contro a ciò, la giustificazione teorico-discorsiva di un sistema dei diritti può condurre fuori dal vicolo cieco e tenere conto dell’intuizione della cooriginarietà di democrazia e Stato di diritto. Perché, presupposto che essi intendano fondare deliberativamente *nel linguaggio del diritto moderno* un’associazione volontaria di consociati liberi e uguali, i soggetti costituenti possono prendere la loro prima decisione sovrana solo dopo che hanno riconosciuto *in abstracto* che tipo di libertà d’azione soggettive devono accordarsi reciprocamente, prima di poter regolare qualsiasi faccenda con i mezzi del diritto moderno. Senza il proposito di concedersi reciprocamente diritti nella modalità delle note categorie classiche dei diritti fondamentali, mancherebbe al legislatore costituzionale proprio il medium, ovvero il linguaggio, per una produzione legislativa legittima.

4- Un ultimo motivo è la risoluzione di una controversia insoddisfacente tra il paradigma giuridico liberale e quello dello stato sociale. La struttura concettuale fondamentale di tale controversia ricorda una separazione di ruoli, attraverso cui la comprensione deontologica del diritto moderno si differenzia da quella della morale. Secondo l’idea kantiana di autonomia, le persone agiscono liberamente, se *obbediscono* precisamente alle leggi che hanno *dato a se stessi* secondo i loro giudizi intersoggettivamente conseguiti su ciò che di volta in volta è nell’uguale interesse di ciascuno. Il moderno diritto di coercizione ripartisce questi due momenti, della volontà che obbedisce alle leggi e di quella che fa le leggi, a differenti ruoli sociali, vale a dire,

da un lato, a quello del privato destinatario della legge, che in quanto cittadino della società agisce autonomamente nei limiti della legge, e, dall'altro lato, a quello del colegislatore democratico, che fa uso della sua autonomia civica. Il diritto dello Stato moderno scinde la persona morale [70] nelle due persone del cittadino della società (privato) e del cittadino dello Stato (pubblico). L'interazione tra questi due ruoli, che ciascun cittadino esercita nell'unione personale, fornisce ora la chiave per valutare il paradigma giuridico liberale e quello dello Stato sociale. Così menzioniamo i modelli della società nella quale (secondo le rappresentazioni dei "professionisti del diritto" (*juristische Praktiker*)) opera il diritto dello Stato democratico di diritto. La "società di diritto privato" degli ordoliberali, che colloca unilateralmente il peso della legittimazione sulle pari opportunità da garantire mediante le libertà economiche, ha vissuto un rilancio retorico inaspettato nel corso del fallimento della politica economica neoliberale. Tuttavia, anche il modello dello Stato sociale si limita, dai punti di vista della giustizia (re)distributiva, alle pretese soggettive dei clienti delle burocrazie dello Stato sociale, piuttosto che concepire le prestazioni del sistema di sicurezza sociale *anche* come autorizzazione alla partecipazione all'autolegislazione democratica. Di contro a ciò, il terzo paradigma giuridico, quello procedurale, che ho discusso in *Fatti e norme*, sposta l'attenzione sull'auto-autorizzazione dei cittadini (dello Stato), che influiscono collettivamente sulle loro condizioni di esistenza sociale. Al centro di questo paradigma giuridico si collocano "cicli continui di retro-riferimento" (*Rückkoppelungsschleifen*) tra il processo democratico, che, nell'interesse dei cittadini della società, produce diritti e pretese soggettive, e insieme la garanzia dell'autonomia privata, che, d'altra parte, soltanto rende possibile un uso attivo dell'autonomia pubblica dei cittadini. Un retro-riferimento positivo tra autonomia privata e pubblica è una condizione necessaria per la legittimità dell'ordinamento di uno Stato democratico di diritto. Questa legittimità è in pericolo in società con una crescente divisione sociale, nelle quali si esercita una retroazione negativa specificamente su una classe. Qui si rafforzano vicendevolmente l'astensione elettorale delle classi sociali marginalizzate e svantaggiate, da una parte, e la preferenza per modelli politici che trascurano gli interessi di questi segmenti di popolazione, dall'altra. Ricerche empiriche provano l'esistenza di un tale circolo vizioso negli Stati Uniti e in altre società occidentali.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Offe, *Participatory Inequality in the Austerity State*, 2013.

5- A suo tempo, io ho sviluppato la concezione teorico-discorsiva del diritto e dello Stato democratico di diritto sull'esempio dello Stato nazionale; dal 1989/'90, tuttavia, mi occupo per evidenti ragioni politiche del processo di unificazione europea e della politica dei diritti dell'uomo dell'ONU. Oltre lo scritto kantiano sulla pace (perpetua), mi sono confrontato in tale contesto anche con la letteratura giuridica sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale.<sup>4</sup> In merito alla questione di che cosa potrebbe apportare l'approccio teorico-discorsivo a questa problematica del diritto internazionale, posso contribuire solo con alcune riflessioni provvisorie. Innanzitutto, vorrei esporre il punto di vista che per questo mi pare adeguato. Se si considera lo Stato democratico di diritto dal punto di vista teorico-discorsivo, salta agli occhi, quale grande acquisizione storica, l'addomesticamento dell'arbitrio e della violenza del potere politico. La garanzia egualitaria della libertà è in senso moralmente pratico una prestazione civilizzatrice, che si può distinguere dall'aumento di efficienza delle prestazioni organizzative del moderno Stato amministrativo, del "*rationale Staatsanstalt*" nel senso di Max Weber. La considerazione teorico-discorsiva suggerisce di concepire come una *trasformazione dello stato di aggregazione del potere politico* rispetto agli antichi imperi sia la *civilizzazione* prodotta per mezzo del diritto sia la *razionalizzazione* dell'esercizio del potere resa possibile attraverso l'organizzazione. Anche quella giuridizzazione delle relazioni internazionali, che si sono dispiegate dalla fine della Seconda guerra mondiale col passaggio dal diritto internazionale *coordinante* a quello *cooperativo*, si prospetta come una specie di prosecuzione di questo processo. Dalla fondazione dell'ONU, delle tre grandi organizzazioni mondiali dell'economia (la Banca mondiale, il Fondo monetario internazionale e l'Organizzazione mondiale del commercio) come anche dei sistemi informali di trattativa come quello del G8 e del G20 si rivelano persino spunti per una *costituzionalizzazione del diritto internazionale*.<sup>5</sup> Queste trasformazioni del diritto internazionale corrispondono ad un mutamento delle relazioni internazionali: la costituzionalizzazione del diritto internazionale si pone in rapporto con l'integrazione del potere di governo nazionale-statale attraverso organizzazioni, che rendono possibile un governo al di là dello Stato nazionale. Quello che io intendo, dal punto di vista politologico, come un'ulteriore *fluidificazione della sostanza decisionistica dell'esercizio*

---

<sup>4</sup> Cfr. le mie riflessioni in: Habermas, *Die Krise der Europäischen Union*, 2012.

<sup>5</sup> Peters, *Völkerrecht*, 2006, p. 11.

*del potere* (7), appare, dal punto di vista giuridico, come una *trasformazione nella composizione del medium giuridico* (6). Queste tendenze si collegano tuttavia nel frattempo con un deficit democratico (8), che potrebbe essere compensato solo per mezzo di una *transnazionalizzazione della democrazia* (9). Questo significa qualcosa di diverso rispetto alla creazione di un mega-Stato federale (10).

6- Assieme allo stato d'aggregazione del potere politico legittimo (*politische Herrschaft*) si trasforma anche la *costellazione di diritto e potere politico* (*politische Macht*).<sup>6</sup> Questa trasformazione si riflette nell'importanza relativa [73] delle componenti di cui il diritto moderno si compone. Lo Stato costituzionale, che monopolizza l'uso della forza, conferisce alle norme giuridiche vigenti un carattere legittimo e coercitivo al contempo, ragione per cui Kant parla del "legame della costrizione universale reciproca con la libertà di ciascuno".<sup>7</sup> Il diritto al contempo legittimo e coercitivo pone i cittadini di fronte alla scelta di obbedire alle norme vigenti o a partire dall'interesse individuale, nell'aspettativa delle sanzioni, o, invece, a partire dal rispetto nei confronti della legge, alla luce della procedura di democratica produzione delle leggi. Se si muove tuttavia dal presupposto che uno Stato mondiale che monopolizzi l'uso della forza non sia né possibile né auspicabile, una concezione dualistica del sistema giuridico comprendente il diritto internazionale e il diritto degli Stati appare essere inevitabile. Secondo un'interpretazione convenzionale, al diritto coattivo degli Stati – che è imposto in forza della sanzione statale ed è implementato dai tribunali e dall'amministrazione – si attribuisce un'altra modalità di validità e un grado di efficienza maggiore che al diritto internazionale, a cui manca il potere di sanzione statale come "riserva di copertura" (*Deckungsreserve*). Secondo la concezione tradizionale, il diritto internazionale basa la sua autorità esclusivamente su consuetudini, trattati internazionali e principi giuridici universalmente riconosciuti, pertanto sul consenso degli Stati. Questa conseguenza è inevitabile però solo finché partiamo dal presupposto che, senza il requisito della minaccia statale della forza, il

---

<sup>6</sup> Gli approcci del pluralismo giuridico hanno ricondotto queste trasformazioni agli spostamenti nel rapporto di potere tra il potere pubblico dello Stato e il potere privato dell'economia di imprese che agiscono globalmente, e hanno diagnosticato precipitosamente una diffusione della violenza dello Stato che pone il diritto nel corso dell'accrescimento delle *partnerships* pubblico-private. Non solamente l'effetto disingannatore della crisi bancaria ha condotto, nel dibattito sul diritto internazionale, ad una differente valutazione del "potere pubblico" nelle relazioni internazionali; cfr. Bogdandy, Dann, & Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law*, 2008); cfr., in generale, a proposito del "public turn" Krisch, *Global Governance as Public Authority*, 2012.

<sup>7</sup> Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1968, p. 339 - t.d.r..

riconoscimento della legittimità d'un ordinamento giuridico non sia capace di garantire un'obbedienza media alle leggi. [74] Quest'ipotesi non è più valida in generale oggi. Il diritto europeo vigente è un drastico esempio dello spostamento di pesi tra le componenti dell'applicabilità del diritto, da un lato, e del riconoscimento della sua legittimità e della sua osservanza media, dall'altro lato. Nell'Unione Europea, il diritto sopranazionale, a meno che non venga respinto dalle Corti costituzionali nazionali in casi eccezionali qualificati, gode della precedenza nei confronti del diritto nazionale degli Stati membri, sebbene questi monopolizzino come sempre i mezzi d'impiego legittimo della forza. Nel diritto europeo, che si è differenziato come piano di regolamentazione autonomo, il peso relativo tra entrambe le componenti del medium giuridico si è spostato chiaramente a favore di un riconoscimento della legittimità dell'autorità soprastatale (del Consiglio e del Parlamento, della Corte di giustizia europea e della Commissione). Dalla creazione delle Nazioni Unite, dall'incremento dei tribunali internazionali, dal potenziamento del diritto penale internazionale e, prima di tutto, dalla proliferazione di organizzazioni internazionali, osserviamo anche nel diritto internazionale quanto meno indizi deboli per uno spostamento simile tra le componenti di sanzione e quelle di legittimazione. Perlomeno comincia a chiudersi la forbice tra la modalità di validità supportata da sanzioni degli Stati e la modalità di validità mite del diritto internazionale. La realtà appare approssimarsi, benché a passo di lumaca, alla concezione monistica del diritto internazionale di Hans Kelsen. Per riconoscere queste tendenze come tali, dobbiamo percepirle però alla luce di un concetto di diritto che si sia fatto flessibile. Non appena modifichiamo il concetto rigido del diritto moderno in modo conforme, appare anche meno improbabile, che un giorno possano diventare abituali i ricorsi ai monopolisti statali della forza per l'attuazione di decisioni – prese equamente e controllabili per via giudiziaria – di un [75] Consiglio di sicurezza dell'ONU riformato.

7- Oggi emergono anche sul piano internazionale segnali per una razionalizzazione dell'esercizio del potere statale che corrispondono ad una modificazione nella composizione del medium giuridico. Nel diritto internazionale classico, il concetto della sovranità statale presuppone ancora un concetto "realistico" (nel senso della scuola di Hans Morgenthau) della potenza dello Stato (*Staatsmacht*). Il potere politico (*politische Macht*) dovrebbe manifestarsi nell'autoaffermazione razionale rispetto allo scopo di uno Stato che si presume agire in modo autonomo. Quest'ultimo

persegue i propri interessi nazionali sulla scena di attori concorrenti, senza essere limitato normativamente nel suo spazio d'azione dal rispetto nei confronti della comunità degli Stati nel suo complesso. Questo modello di politica di affermazione conforme allo scopo del potere e della sua ottimizzazione trova la sua espressione più drammatica nello *ius ad bellum*, nel diritto dello Stato sovrano di condurre guerra in modo discrezionale, cioè senza l'obbligo di giustificazione. Come ha visto correttamente Carl Schmitt, la deroga a questo diritto, ovvero il divieto della guerra, significava una cesura nella storia del diritto internazionale. Tuttavia, il fatto che la guerra non rappresenti un mezzo né legale, né preferenziale per la risoluzione dei conflitti internazionali è il segno più visibile di una razionalizzazione della sostanza violenta della potenza statale. La fitta rete di istituzioni internazionali sottrae in un altro modo la base al mondo immaginario del diritto internazionale classico. In una società mondiale altamente interdipendente, persino le potenze mondiali perdono la loro autonomia funzionale in molteplici settori politici. Alla luce del numero crescente di problemi che possono essere risolti ormai esclusivamente attraverso un'azione politica comune, tutti gli Stati si vedono costretti a cooperare. Questo spiega l'incremento delle organizzazioni internazionali con competenze regionali di ampia portata o addirittura globali e un corrispondente allineamento delle classiche politiche estere a discussioni di politica interna. Il nucleo decisionistico della potenza politica si fluidifica nuovamente nel crogiuolo dei flussi comunicativi di trattative e discorsi transnazionali. Gli Stati possono intendersi non più esclusivamente come soggetti sovrani e contraenti (patti internazionali); occasionalmente, essi agiscono persino come membri di una comunità internazionale.

8- D'altra parte, dal punto di vista teorico-discorsivo, scopriamo il deficit democratico crescente, che si connette con entrambe le tendenze summenzionate.<sup>8</sup> Le trasformazioni nella composizione del medium giuridico e dell'esercizio del potere politico si spiegano con la penetrazione di elementi deliberativi nelle relazioni internazionali dominate dal potere di una società mondiale che concreosce sistemicamente. Tuttavia, l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali sopranazionali non tiene il passo con la giuridizzazione di una infittita cooperazione degli Stati. Piuttosto, per il momento, un governo effettivo oltre lo Stato nazionale è pagato con un'erosione, non compensata, del processo di legittimazione statale-nazionale – persino laddove una

---

<sup>8</sup> Cfr. Bogdandy & Venzke, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte*, 2010.



concentrazione sovranazionale delle competenze, come è nel caso dell'Unione Europea, non danneggia essenzialmente i controlli tipici dello Stato di diritto. Il miglioramento delle prestazioni organizzative che viene raggiunto sul piano sopranazionale attraverso la cooperazione intergovernativa, lo possiamo concepire come una *razionalizzazione* dell'esercizio del potere; ma di una *civilizzazione* potremmo parlare esclusivamente se le organizzazioni internazionali esercitassero le loro competenze non solo sulla base di trattati internazionali, ovvero *nelle forme* del diritto, bensì *in accordo con* un diritto *sancito democraticamente*. [77] A tale scopo una semplice riflessione. Anche se tutti i membri di un'organizzazione internazionale sono democrazie perfette, la legittimazione dei singoli membri è sempre meno sufficiente per giustificare le decisioni dell'organizzazione nel complesso – con una cooperazione che diventa più stretta e con una crescente profondità d'intervento delle operazioni decise. Dal punto di vista dei cittadini di uno Stato nazionale esiste una asimmetria tra l'autorizzazione dei propri rappresentanti e il raggio d'azione dei compromessi sostenuti da tutti i rappresentanti insieme, poiché questi si ripercuotono indifferentemente su tutti i cittadini degli Stati nazionali che vi prendono parte. Un altro deficit si aggiunge a questo. In opposizione alle decisioni dei gabinetti nazionali, che riguardano tutti i settori politici, il lavoro di organizzazioni funzionalmente specializzate è limitato ad aree di competenza determinate, cosicché, da questo focus ristretto, non possono essere presi in considerazione gli effetti esterni indesiderati delle decisioni. Per entrambe queste ragioni, nei fondamenti giuridici di questo tipo di cooperazione organizzata è iscritto un paternalismo che non sarebbe rimosso nemmeno se le organizzazioni internazionali potessero essere obbligate all'osservanza di certi diritti umani, come viene raccomandato.<sup>9</sup>

9- La circostanza per la quale vengono istituiti sistemi di trattativa internazionali impotenti come le conferenze del G8 o del G20, la intendo come un sintomo del fatto che la capacità di controllo/governo delle istituzioni esistenti viene sovraccaricata dalle urgenti sfide globali del mutamento climatico, delle crisi e degli squilibri dell'economia mondiale, dei rischi della tecnica a livello mondiale ecc. Le costrizioni sistemiche che passano attraverso i confini nazionali (per esempio del settore bancario globale) sono forze sociali della natura, che devono essere addomesticate. Con

---

<sup>9</sup> Lafont, *Alternative Visions of a New Global Order*, 2008.

la costruzione di ulteriori capacità d'azione sopranazionali, che potrebbero soddisfare questo bisogno di regolazione, il menzionato deficit di legittimità non farebbe che aumentare. Sotto l'innocente etichetta della "governance" si diffonderanno regimi tecnocratici fino a quando non si riuscirà a sviluppare le fonti di una legittimazione democratica anche per le autorità sopranazionali. È necessaria una transnazionalizzazione della democrazia. Questo progetto tocca il rapporto di politica e mercato e incontra la resistenza politica che ci si può aspettare da parte liberale. Esso incontra tuttavia anche lo scetticismo da parte degli osservatori scientifici.<sup>10</sup> In questa prospettiva, la teoria del discorso può contribuire forse a superare gli ostacoli di una modalità di pensiero concretistica. Un processo democratico di legittimazione si lascerà estendere oltre i confini a una comunità politica non statale (come per esempio l'Unione Europea) solo se le tre componenti che sono costitutive per ogni ordinamento democratico si lasceranno ricomporre, in modo differente che nello Stato nazionale, nel sistema sopranazionale plurilivellare.<sup>11</sup> Solamente lo Stato nazionale fa coincidere queste tre componenti nello spazio sociale, vale a dire il «popolo dello Stato» (in quanto titolare della formazione politica della volontà) con lo «Stato» (come l'organizzazione che consente ai cittadini d'agire collettivamente) e la «comunità dei cittadini» (come associazione volontaria di liberi e uguali). L'idea che *i cittadini e gli Stati (già costituiti dai cittadini)* possono partecipare alla costituzione di una democrazia sovranazionale dà l'impulso per riflettere su una geometria variabile di queste componenti. Per questo, il concetto della "sovranità (con)divisa" non può essere frainteso. Mentre [79] nel contesto dello Stato federale le unità subnazionali (come i cantoni o i *länder*) si presentano solo come le parti *costituite* (da parte di un sovrano indiviso, il popolo), gli stati membri di una democrazia sopranazionale giocherebbero il ruolo di una forza *costituente* e per tale ragione conserverebbero in modo analogo all'interno della comunità costituita competenze più forti.

10- Le implicazioni di quest'idea si possono illustrare con l'esempio dello sviluppo ipotetico dell'Unione monetaria europea in un'Unione politica. Immaginatoci un'assemblea costituente che rappresenti la totalità dei cittadini degli Stati europei partecipanti e, precisamente, ciascuno nel suo doppio ruolo come cittadino che partecipa

---

<sup>10</sup> Niesen, *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, 2012.

<sup>11</sup> Cfr. in proposito le mie riflessioni in: Habermas, *Die Krise der Europäischen Union*, 2012.

direttamente di una futura Unione politica, da un lato, e come membro di uno dei popoli europei che partecipa indirettamente, dall'altro lato (tenendo conto che questi hanno affidato a loro volta ai rispettivi governi il mandato di costituire gli attuali Stati nazionali come Stati membri). *A causa di questa composizione* dell'assemblea da parte dei cittadini europei e da parte dei popoli europei, il processo costituente medesimo sarebbe canalizzato in modo tale che la forza legittimante di una sovranità del popolo così «(con-)divisa» potrebbe essere trasmessa sin dall'inizio alle istituzioni di una comunità politica sopranazionale destatalizzata. Nel processo costituente sarebbe pertanto incorporato un freno contro la costituzione di uno Stato federale, mentre i rappresentanti dei popoli con il mandato dei loro rispettivi cittadini sarebbero stati delegati a garantire l'esistenza degli Stati membri futuri nel loro ruolo di garanti *di un livello di libertà già realizzato storicamente*. Perciò nessuna di quelle competenze degli Stati membri, che sono necessarie per la salvaguardia di questo ruolo – per esempio, la conversione amministrativa delle decisioni dell'UE o il monopolio della forza –, sono a disposizione nello stesso processo costituente. [80] Quest'assetto avrebbe prevedibili conseguenze sostanziali per la garanzia dell'esistenza degli Stati membri, per la loro clausola di recesso già oggi in essere come anche per la necessità dell'unanimità per la modifica della costituzione. Conseguenze risultano innanzitutto con riguardo a una ripartizione delle competenze che diverge dal modello dello Stato federale. Immaginiamoci che la convenzione persegua il suo compito attraverso una riforma degli esistenti trattati dell'UE. In questo caso la deviazione della futura unione politica dal modello di uno Stato federale sarebbe riconoscibile nel diritto di controllo conservativo delle Corti costituzionali nazionali. La deviazione concernerebbe inoltre la necessaria *partecipazione paritaria* dei cittadini europei e dei popoli europei (nella forma di Stati membri) alla formazione del governo, inoltre alla corrispondente doppia responsabilità della Commissione – trasformata nel governo – di fronte al Parlamento europeo e al Consiglio e, innanzitutto, la generale partecipazione paritaria di entrambe le istituzioni alla legislazione. Da mantenere sarebbe anche la decentralizzazione esistente del monopolio statale della forza così come l'implementazione delle leggi a livello di ciascuno Stato nazionale, cioè la rinuncia a un autonomo livello di amministrazione federale. L'idea di una sovranità (con-)divisa all'origine fisserebbe naturalmente solo il corso per una tale ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e le istituzioni europee, mentre

lascerebbe un margine considerevole per la concreta configurazione degli organi statali e la divisione dei poteri a livello europeo. Si dovrebbe discutere su come gli elementi conosciuti delle democrazie parlamentari e presidenziali nonché del consociativismo possono essere assemblati, in modo tale che venga tenuto conto al meglio delle realtà europee dal punto di vista normativo di una comunità politica sopranazionale democratica e capace di agire. [81]

## BIBLIOGRAFIA

- Bogdandy, A. v., & Venzke, I. (2010). Zur Herrschaft internationaler Gerichte. Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, LXX, 1-49.
- Bogdandy, A. v., Dann, P., & Goldmann, M. (2008). Developing the Publicness of Public International Law. Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, IX, 1375-1400.
- Bohman, J., & Rehg, W. (Eds.). (1997). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2012). Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Ein Essay zur Verfassung Europas. In J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (pp. 39-96). Berlin: Suhrkamp.
- Kant, I. (1968). Einleitung in die Rechtslehre. In I. Kant, & W. Weischedel (Ed.), *Werkausgabe. Band VIII. Die Metaphysik der Sitten* (pp. 336-346). Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Krisch, N. (2012). Global Governance as Public Authority. An Introduction. *International Journal of Constitutional Law*, X(4), 976-987.
- Lafont, C. (2008). Alternative Visions of a New Global Order. What Should Cosmopolitans Hope For? *Ethics & Global Politics*, I(1-2), 41-60.
- Niesen, P. (Ed.). (2012). *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*. Frankfurt a. M.: Campus Verlag.

- Offe, C. (2013). Partecipatory Inequality in the Austerity State. A Supply-Side Approach. In W. Streeck, & A. Schäfer (Eds.), *Politics in the Age of Austerity* (pp. 196-218). Cambridge-Malden: Polity Press.
- Peters, A. (2006). *Völkerrecht*. Zürich: Schultheiss.
- Rummens, S. (2012). Staging Deliberation. The Role Representative Institutions in the Deliberative Democratic Process. *The Journal of Political Philosophy*, XX(1), 23-44.