

## Competenze dello Stato e Stato di diritto\*

*Antonio López Pina*

La costruzione dell'Europa è il comandamento dell'ultim'ora. È ad esso che noi giuristi – tenuto conto della nostra professione e della nostra vocazione – dobbiamo ottemperare sul piano del diritto pubblico. Oggetto della mia relazione saranno innanzitutto alcune delle sfide e delle questioni che abbiamo in comune e di fronte alle quali siamo posti in questo momento. In seguito mi piacerebbe (insieme ai nostri ospiti e a voi) riflettere sul modo in cui poterle affrontare nella maniera più sensata possibile.

Punto di partenza e premessa della mia analisi sono la situazione e l'ordinamento giuridico spagnoli, ma anche, in misura non certo minore, la dogmatica del *diritto costituzionale comune europeo* (Häberle) e la situazione giuridica in Europa. Malgrado il grande rispetto che nutriamo in Spagna per le categorie universali dei luminari di diritto pubblico tedesco, confrontarci con personalità che non sono solo dei giudici costituzionali, ma, in ampia misura, anche gli ideatori giuridici della Germania e dell'Europa, dovrebbe aiutare noi giuristi spagnoli ad entrare nel discorso europeo. In quest'ambito cercherò per prima cosa di definire quali sono le competenze pubbliche, per poi in seguito approfondire la problematica della salvaguardia di queste competenze. Inoltre vorrei tentare di prospettare un'alternativa rispetto alla strategia portata avanti finora allo scopo di superarla e sottoporla alla discussione.

\* Relazione tenuta alle *X. Jornadas de Derecho Constitucional Comparado* (novembre 1996). Traduzione di Annamaria Pisapia.

1. *Diritti fondamentali e competenze pubbliche: assicurazione dell'esistenza, prevenzione, promozione della competitività nei mercati internazionali come condizioni materiali dell'esercizio dei diritti fondamentali*

Le competenze pubbliche oggi non sono altro che le competenze permanenti dello Stato – se vogliamo definirle per mezzo di nozioni classiche, esse costituiscono senso e scopo di ogni unione politica nella salvaguardia dei diritti naturali e inalienabili dell'uomo, come affermato nell'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789. D'altra parte oggi, in circostanze mutate, ci troviamo a dovere considerare queste competenze anche sotto altri punti di vista. Ci renderemmo il compito troppo facile, se seguitassimo a postulare soltanto che lo Stato di diritto stia al passo con i tempi. Nella situazione attuale non possiamo fare a meno di sottoporre ad un esame critico lo Stato stesso, in quanto esso non solo non rappresenta più il detentore esclusivo di tali competenze sostanzialmente trasformate, ma non ne è più neppure il titolare principale. Stato di diritto? Naturalmente! Solo che ora dobbiamo concepirlo in un modo nuovo.

In che modo la costituzione spagnola ha tenuto conto della nuova situazione e del mutamento dei punti di vista? La nostra legge fondamentale distingue (art. 53 CE) tra a) diritti e libertà fondamentali con garanzia rafforzata e b) disposizioni relative agli obiettivi dello Stato, che necessitano dell'applicazione e dell'organizzazione legislativa. Queste ultime si trovano contenute per esempio negli artt. 9.2, 40 e 45 CE.

«Promozione delle condizioni per l'effettività della libertà e dell'eguaglianza dei gruppi costituiti da uno o più individui; soppressione degli impedimenti che si oppongono a queste libertà e uguaglianza effettive (art. 9.2 CE).

Promozione delle condizioni per il progresso sociale ed economico (art. 40 CE).

Ognuno ha il diritto ad un ambiente adatto allo spiegamento della sua personalità ... Lo Stato vigila sull'uso razionale di tutte le risorse naturali, in modo che la qualità della vita venga protetta e migliorata e l'ambiente curato e ricostruito (art. 45 CE)».

L'interrogativo che dobbiamo porci è se la costituzione spagnola si lasci intendere ed interpretare come ancora attuale rispetto alla nuova situazione. L'analisi dogmatica delle competenze dello Stato relative all'assicurazione dell'esistenza e alla prevenzione e promozione della competitività nei mercati internazionali ci consente di non esitare ad equipararle alla garanzia delle condizioni materiali di esistenza che aveva costituito l'obiettivo dello Stato sociale.

Il mutamento storico della situazione rende ora necessario un

nuovo approccio, se vogliamo continuare a garantire una libertà sicura e uguale. Nella letteratura tedesca il rapporto tra assicurazione dell'esistenza e prevenzione, quali competenze dello Stato, e Stato di diritto è stato studiato approfonditamente da E. Denninger e D. Grimm.

La questione sociale aveva condotto lo Stato (1933-) a modificare la sua funzione di mero custode dell'ordine esistente e ad impegnarsi a favore di una giusta perequazione degli interessi, che il libero mercato non poteva realizzare. Da quel momento in poi si è manifestata la tendenza ad una costante espansione delle competenze dello Stato, che lo ha condotto ad assumersi responsabilità nei confronti della configurazione e dell'ulteriore sviluppo della società. Se, secondo la concezione liberale tradizionale, era sufficiente che lo Stato si limitasse ad intervenire per ristabilire l'ordine, la crisi sociale ed economica (1929) lo costrinse a svolgere un'attività produttiva e compensatrice.

In considerazione dei rischi e delle minacce per la vita comportati dal progresso tecnico-scientifico, è subentrata ultimamente, quale più recente estensione delle competenze dello Stato, l'*assicurazione del futuro*. L'applicazione di nuove tecniche (energia atomica, informatica, tecnologia genetica, nuove sostanze chimiche) implica rischi che fanno sembrare irrilevanti gli effetti collaterali scatenati dalla prima rivoluzione industriale. In questi frangenti si sta sviluppando nei confronti dello Stato la crescente aspettativa che esso non si limiti a reagire a crisi o catastrofi, ma riconosca e neutralizzi gli insuccessi preventivamente. La sicurezza – sia essa tecnica o quella dello Stato – viene ad essere, dunque, una delle principali competenze di spettanza statale. Come reazione a codesta aspettativa, lo Stato ha messo in moto processi le cui conseguenze non sono ancora prevedibili con chiarezza.

Negli ultimi due decenni si è aggiunta, quale correlato della terza rivoluzione industriale, un'ulteriore aspettativa nei confronti dello Stato: quella che esso provveda alla *competitività internazionale* delle economie nazionali. Nel corso degli anni ottanta è stato assegnato allo Stato un ruolo sempre più essenziale nella promozione di competenza tecnica, *transfers* di tecnologia e innovazione. Man mano che vedevano la propria economia esposta alla concorrenza dei mercati internazionali, gli stati si trovarono costretti a mutare la loro politica industriale, impartendole il compito di promuovere nuovi rami economici e non più quello di proteggere le branche in rapido declino. Nel contesto della cosiddetta *globalizzazione*, pertanto, è la società a pretendere dallo Stato la promozione della propria competitività.

## 2. La salvaguardia delle competenze dello Stato

### 2.1. Problematica generale

Ciascuna nuova competenza dello Stato richiede, secondo la sua essenza, una condotta da parte dello Stato che sembra infrangere l'ambito classico dello Stato di diritto. Le nuove istanze hanno condotto a profonde modificazioni dell'ordine giuridico. Per il momento possiamo tenere come punto di riferimento lo Stato di diritto, ma dovremo verificare se la salvaguardia delle nuove competenze dello Stato non ci allontani troppo dagli elementi costitutivi dello Stato di diritto – in particolare dalla certezza del diritto –.

Per Dieter Grimm la nuova situazione conduce alla incertezza e, precisamente, sia nell'esercizio delle competenze legislative da parte del parlamento sia nell'applicazione del diritto. Le decisioni prese in sede amministrativa non sono più dei meri atti esecutivi del volere del legislatore. L'attività dell'amministrazione è ancora scarsamente determinabile da parte del legislatore, cosicché essa si sottrae a sua volta sempre più al controllo giudiziario e aiuta l'esecutivo a raggiungere una posizione quasi sovrana, da noi ritenuta storicamente superata.

L'attività preventiva dello Stato ci pone di fronte ad un vero dilemma. Da una parte non possiamo fare a meno di reagire ai rischi esistenti. Dall'altra l'attività dello Stato minaccia di compromettere le precauzioni democratiche proprie dello Stato di diritto assunte negli ultimi tre secoli, che dovrebbero limitare l'esercizio del potere statale nell'interesse della libertà individuale.

La promozione della competitività – con il trasferimento di prestazioni di servizio e di imprese pubbliche al settore privato e la loro sottoposizione alle leggi della libera economia – comporta sicuramente uno spessore di regolamento maggiore ma non necessariamente una maggiore certezza del diritto; all'interno del libero mercato il vincolo normativo delle azioni private è possibile solo nell'ambito della libera competizione e della conservazione dell'autonomia privata.

Infine la circostanza che associazioni di imprese, sindacati, comunità di credo ecc. intervengano sempre più nelle decisioni politiche conduce ad una *democrazia contrattuale specifica* e ad una *democrazia di trattativa confusa* (Grimm). In questa situazione, il potere giudiziario è chiamato a riempire il vuoto derivato dall'insuccesso del parlamento e in parte anche dell'amministrazione, mentre allo stesso tempo manca sicurezza riguardo all'abbinamento della responsabilità, quale correlato del potere discrezionale, e al monopolio della coercizione legittima nelle

mani dello Stato (*neocorporativismo*).

Tali modifiche hanno provocato un indebolimento dello Stato di diritto *orientato in base alla legge a favore di uno Stato di diritto orientato costituzionalmente e giudiziariamente* (Denninger).

Tutto ciò conduce a delle lacerazioni nell'organismo statale, che non sono più sanabili con i mezzi costituzionali e amministrativi tradizionali propri dello Stato liberale. Giorno dopo giorno si moltiplicano i segni di una certa qual debolezza interiore della costituzione, che fanno sollevare dubbi sulla sua capacità di fungere adeguatamente da battistrada allo Stato del benessere o a quello di prevenzione. Dal fatto che la costituzione non comprende più oggi tutti i detentori e nemmeno più tutti i campi della attività statale, Grimm trae la conclusione che gli attuali mutamenti hanno ridotto la costituzione allo *status* di un mero ordinamento parziale. Se invece parliamo del piano legislativo, dobbiamo registrare una certa immunità dell'esecutivo, poiché l'esistenza delle norme giudiziarie costituisce la premessa per un'ampia difesa giuridica dell'individuo. Questo, in ultima istanza, fa sì che sfuggano al controllo giudiziario proprio le nuove attività dello Stato, che concernono in misura maggiore gli interessi individuali. Inoltre, la funzione preventiva dello Stato minaccia di rendere inefficaci le misure preventive volte a ovviare ad eventuali abusi di potere da parte dello Stato.

Per quanto riguarda la preservazione della competitività, una politica pubblica viene limitata per prima cosa mediante il principio della libera competizione e del rispetto dell'autonomia privata. Se però le iniziative statali in questo campo vengono poste nelle mani di istanze private o sottoposte al diritto privato; o, ancora in misura maggiore, se – come potremo tra poco registrare per il caso spagnolo – in occasione del processo di privatizzazione che è attualmente in corso viene aggirato il principio della legalità, e la salvaguardia delle competenze pubbliche si orienta esclusivamente in base al profitto e si compie lontano dal controllo giudiziario, in questo caso si potrà difficilmente parlare di disciplinamento e di controllo effettuati nel rispetto del diritto pubblico, per non parlare poi di responsabilità pubblica.

Tutto questo produce delle conseguenze essenziali per la democrazia, diminuisce le competenze del parlamento, elimina il monopolio della coercizione legittima nelle mani dello Stato e amplia le competenze degli organi amministrativi, ai cui processi decisionali prende parte un più vasto e non determinabile circolo di istanze private. Il potere giudiziario deve riempire questo vuoto orientandosi maggiormente in base alla costituzione. Nello stesso tempo, però, insorge paradossalmente la già menzionata immuni-

tà dell'esecutivo, poiché proprio nei campi che toccano gli interessi e l'autonomia individuali in una proporzione finora sconosciuta non esiste alcun patrimonio normativo sufficientemente definito che consenta un controllo giudiziario. La concezione normativa originaria della costituzione dello Stato di diritto, di cui, ad esempio, si serve come base dogmatica Paul Kirchhof, è venuta nel frattempo a non includere né tutti i detentori di pubblici poteri né tutte le competenze pubbliche.

## 2.2. Sull'ordinamento giuridico delle competenze pubbliche

I problemi che ci troviamo a dovere fronteggiare in Spagna in questo momento non si limitano a quelli menzionati finora. Infatti, ad essi si aggiunge il fatto che proprio le competenze e le tematiche di maggiore importanza sono stati sempre relegati in secondo piano, il che trova solo parzialmente una spiegazione nella crisi di alcuni settori industriali (e nella loro necessaria ristrutturazione), nell'innalzamento dei fondi necessari per le competenze pubbliche e nella liberalizzazione imposta dalla Comunità Europea. In questo momento, il nostro compito è quello di fare un po' di chiarezza nel dibattito attinente alle privatizzazioni, di cui fino ad oggi si è teso invece ad occultare le questioni fondamentali. A questo proposito, le privatizzazioni rappresentano solo la conseguenza di un processo in cui l'adempimento delle competenze pubbliche viene sottoposto al diritto privato, mentre l'ambito normativo dell'esecuzione di tali competenze finisce per alterarne la natura.

### 2.2.1. L'ambito normativo

La Comunità Europea propugna un ordinamento della competizione in cui le prestazioni di servizio pubbliche sono concepite come una disfunzione. Il trattato di Maastricht rafforza queste tendenze a tal punto da finire per assegnare alle prestazioni di servizio pubbliche un posto, per così dire, nel ripostiglio, ritenendole istituzioni di un tempo passato e qualcosa di estraneo che si oppone alla libertà di circolazione del capitale. Lo Stato deve essere in linea di principio dispensato da tutti quelle competenze che il mercato dovrebbe teoricamente potere risolvere.

Al contrario, la costituzione spagnola non si mostra soltanto aperta alla iniziativa pubblica, ma giunge ad attribuire al settore pubblico persino le prestazioni di servizio essenziali (art. 128 SV).

Da un lato la nostra legislazione ha definito le imprese pubbliche enti sottoposti nella loro attività al diritto privato e che si regolano, nei casi specifici, secondo gli obiettivi delle imprese priva-

te: in questo senso si può parlare di una privatizzazione degli obiettivi perseguiti dalle imprese pubbliche. D'altro canto, però, la definizione legale delle diverse prestazioni di servizio – sia a gestione pubblica che privata – include anche la possibilità di un controllo da parte del tribunale amministrativo.

### 2.2.2. Privatizzazioni

In questo contesto normativo il dibattito spagnolo ruota intorno alla effettiva privatizzazione della gestione di imprese pubbliche. Codesto dibattito, come vedremo, deve essere considerato fuorviante se non addirittura come una manovra diversiva.

Il modello di azione sostenuto dai governi socialisti consisteva nel combinare regolamento e proprietà pubblica. Le imprese pubbliche conservavano in questo senso la precedenza – se si eccettuano alcune privatizzazioni parziali in cui veniva occasionalmente salvaguardata la maggioranza delle azioni –. In siffatto modello d'azione le privatizzazioni venivano decise *in base a criteri di efficienza economica ed economico-aziendali e non in base a parametri di tipo ideologico*.

La politica di privatizzazioni portata avanti dai governi socialisti è stata così pragmatica e ambivalente che i conservatori hanno potuto tacciarla di incoerenza: giacché, *quando non vi sono più punti di vista pubblici in base ai quali devono orientarsi le imprese pubbliche, la privatizzazione si presenta come soluzione scontata*.

Nell'ambito di questa discussione si sono sollevate alcuni voci minoritarie a difendere le imprese pubbliche, avvalendosi in particolare dell'argomento che tali grosse imprese sono assolutamente necessarie alla competitività dell'economia nazionale spagnola, e per tale motivo dovrebbero essere sovvenzionate con capitale privato, senza però con questo perdere il loro carattere pubblico (Segura). Qui non si tratta dunque di salvaguardare le competenze pubbliche, ma soprattutto di privilegiare un punto di vista economico.

Le privatizzazioni hanno avuto luogo, per così dire, *extramuros* del principio di legalità. A differenza del procedimento – applicato in Germania, Francia, Gran Bretagna e Italia – consistente nel condurre il processo di privatizzazione nel rispetto della legalità, in Spagna, sotto i governi socialisti, non vi è stata alcuna legge che abbia in qualche modo regolato le privatizzazioni. La maggioranza socialista ha abrogato tutti le restrizioni legali relative alla cessione di proprietà pubblica. I contratti di vendita e le loro clause non sono mai stati mai resi noti pubblicamente. La mancanza di pubblicità e l'ermetismo del governo circa le operazioni eseguite costi-

tuiscono l'altra faccia dell'abrogazione del regolamento legale. Mi preme sottolineare in modo particolare la discrepanza rispetto al procedimento attuato in Germania, Francia, Gran Bretagna e Italia, poiché dai controlli descritti da Kirchhof risulta come in questi contratti non si possa prescindere dal rigoroso rispetto del principio di legalità.

### 2.2.3. Considerazioni critiche a posteriori

Ora, si commetterebbe naturalmente un errore se si conducesse il dibattito sulle privatizzazioni come una semplice contrapposizione di imprese private e pubbliche. Quello che è in gioco sul piano costituzionale è piuttosto la questione di come ci si debba servire delle competenze pubbliche. E questo esclude che si identifichino gli obiettivi delle imprese pubbliche con il regresso al mercato e si sottopongano le prestazioni di servizio pubbliche all'imperativo della competizione. Tra Maastricht e la costituzione spagnola deve venire effettuata una *concordanza pratica* (Hesse), in modo che non si giunga più ad un capovolgimento di mezzi ed obiettivi come quello che vediamo nel comportamento del governo e nel dibattito pubblico. La costituzione mantiene la forza e validità normative che le sono proprie – sia nel confronto con il *discorso dottrinario liberale* che nei confronti di coloro i quali, invocando la pressione economica e finanziaria, postulano lo smantellamento dello Stato. Per questa ragione è a costoro che dovremo replicare quando sentiamo che tutto quello che costituisce per noi fonte di preoccupazione – la privatizzazione degli obiettivi delle imprese pubbliche o l'assoggettamento delle prestazioni di servizio pubbliche al principio di competizione – si svolge interamente nei binari della legalità.

Purtroppo gli effetti dannosi del trattato di Maastricht non sono ancora esauriti. Il problema principale consiste nel fatto che essi si prefiggono mete più lontane, nella fattispecie la sopravvivenza dello Stato quale proiezione democratico-pubblica della società. Il fatto che il governo dipenda dal giudizio dei mercati nelle questioni della libera circolazione dei capitali, del principio di competizione nell'azione dello Stato e rispetto alle prestazioni di servizio pubbliche, non significa per il protagonismo pubblico e internazionale degli stati unicamente una modificazione di grande proporzione (*Skala-Wechsel*). Piuttosto, ci troviamo ad essere testimoni di una vera e propria trasformazione della natura dello Stato. La dipendenza delle politiche (*policies*) e del bilancio pubblici (senza riguardo alla fiducia del parlamento e degli elettori) dal giudizio e dai parametri dei mercati finanziari, unitamente al fatto

che lo Stato è costretto ad operare come un'impresa meramente privata, finiscono per condurre ad una *privatizzazione dello Stato stesso*. Il che non comporta la scomparsa del diritto pubblico: di solito, le privatizzazioni vengono accompagnate da provvedimenti di un *noyen dure* o *golden share*, e vengono introdotti nuovi controlli tramite lo statuto di diritto pubblico di società per azioni; le leggi che tutelano il mercato e la libera concorrenza sono in ultima analisi leggi di diritto pubblico. Ma con il metodo seguito oggi per limitare la sovranità dello Stato e di ridurne sia l'autonomia nelle decisioni politiche che la facoltà di agire legislativamente, quest'ultimo finisce per correre il pericolo di *venire lui stesso privatizzato*.

In una simile costellazione, la Corte costituzionale federale (secondo Senato) ha concepito un progetto giuridico dell'Europa che rende la validità del diritto secondario europeo in Germania dipendente dalla sua compatibilità con la legge di approvazione del trattato di Maastricht e sottopone a sua volta tale legge alla sentenza della Corte costituzionale federale. Per quanto ingegnoso sia questo progetto giuridico, che tenta di inserire una sorta di garanzia tramite controllo a livello nazionale, c'è da temere che esso poggi su una base che è stata materialmente già travolta dalla circolazione libera di capitali.

Mi sembra evidente che le competenze costituzionali dello Stato non possano più venire affrontate soltanto dallo Stato sovrano conosciuto fino alla terza rivoluzione industriale: la dipendenza dello Stato dalle trame sovranazionali è ormai troppo profonda. D'altro canto, però, non vi è nulla da obiettare contro lo sviluppo dell'autonomia privata e dell'economia di mercato. Inspiegabile ai miei occhi resta tuttavia perché la concezione europea della prestazione di servizio pubblico sia stata dichiarata obsoleta, per quale motivo in Spagna non venga rispettata la riserva del diritto amministrativo (Art. 103, 105, 106, 149, 153 SV) e perché si sia rinunciato ad equilibrare o ad ammortizzare gli effetti indesiderati comportati dalla libera circolazione dei capitali e dal principio di competizione con le politiche (*policies*) sociali necessarie. Secondo la mia opinione, quando ci si trova a doversi confrontare con argomenti ideologici analoghi a quelli che seguono, non rimane altra strada che quella di rifugiarsi nelle clausole normative della costituzione:

«In sostanza, le privatizzazioni rappresentano un mutamento profondo nella concezione degli obiettivi dello Stato. Le privatizzazioni non sono né operazioni finanziarie né una misura di politica industriale. Esse non costituiscono che un segno della fiducia nello Stato come organismo economico. Se la si considera attentamente, l'ondata di privatizzazioni inglese – che forse ne ha scatenate

altre – non fu la conseguenza di lunghe analisi empiriche sui vantaggi del cambio di proprietà, bensì la dimostrazione di una salda fiducia nel mercato. Si trattò più di una questione di convincimento che di un'analisi economica (Ariño)».

La discrepanza esistente tra un bene costituzionale come quello della *libertà uguale* (art. 1.1, 9.2, 10.1, 39-52, 53.1 e 3 SV) o quello del *bene comune che viene prima dell'interesse personale* (art. 128.1 SV), da una parte, e il dominio esercitato dalla libera circolazione di capitali e dalla libera competizione dall'altra – malgrado le alte mete espresse nell'art. 2 (trattato di Maastricht) – è così rilevante che siamo costretti a pensare che stiamo assistendo ad una vera e propria inversione di mezzi e scopo: alla fin fine, dopo il trattato di Maastricht, i diritti fondamentali della nostra costituzione possono ancora venire garantiti *soltanto con la riserva della libera circolazione di capitali e della libera competizione*.

### 3. Strade che conducono ad una strategia alternativa: tesi per il dibattito

1. Le competenze pubbliche rimangono sempre identiche: nello Stato schumpeteriano esse possono mutare di prospettiva ma non di natura. Dunque non si tratta di rinunciare alla garanzia costituita dai diritti fondamentali o di rassegnarsi alla denaturalizzazione delle competenze dello Stato, bensì di riflettere su come si possano raggiungere gli stessi obiettivi in una situazione mutata. Le questioni procedurali richiedono risposte sia a livello sovranazionale che a livello nazionale: da una parte la concertazione di stati sovrani, dall'altra la soluzione dei problemi messi in evidenza da Grimm.

2. Dal punto di vista dogmatico, non si possono concepire le competenze pubbliche senza includervi l'articolazione territoriale e la distribuzione delle competenze. D'altra parte, la relazione tra gli stati membri e l'unione ha avuto sinora il suo punto nevralgico nella distribuzione delle competenze, le quali, nella forma praticata finora, non sembra in grado di adempiere al proprio compito: ora come non mai lo Stato è un'opera d'arte istituzionale *indisponibile*, alla quale non possiamo rinunciare impunemente. Se la libera circolazione di capitali e la competizione, unitamente all'insicurezza nella distribuzione delle competenze, distruggessero lo Stato, si avrebbe una perdita incommensurabile. La forza dell'unione dipenderà in ultima analisi dalla stabilità degli stati membri, dalla loro capacità di azione e dal loro tesoro di legittimità. Il principio di sussidiarietà contenuto nel trattato di Maastricht rappresenta una risposta evidentemente insufficiente al problema del-

la *indisponibilità* dello Stato e della sua molteplice articolazione sul piano nazionale. Sarebbe importante che la presente *conferenza dei governi* definisse in modo univoco almeno alcune delle competenze esclusive dello Stato. Negli stati poliarticolati – se si eccettua lo Stato spagnolo delle entità territoriali – le concorrenze di competenze finiscono per favorire sempre la federazione.

3. Sta oggi prendendo forma il pubblico europeo, che a partire dalla fine della seconda guerra mondiale aveva rappresentato una speranza del futuro. La società e il pubblico europei esistono innanzitutto in settori parziali e stanno trovando a poco o poco la loro forma stabile; essi sono stati già comunitarizzati in varie lingue e paesi a partire da politiche settoriali (politica agricola e della pesca; lotta comune contro crimine organizzato e traffico di droga; difesa della industria audiovisuale europea; politica dei media; politica dell'educazione; politica di immigrazione e di asilo; fondi di struttura; politica dell'occupazione; politica estera e della difesa, ecc.) o esistono sotto la forma di una collaborazione politica. Passo dopo passo si sta costituendo un pubblico europeo indipendente dall'uso di questa o quella lingua nazionale.

Le potenze transnazionali economiche e finanziarie non si curano di alcuna forma di controllo da parte degli stati e l'attuale progetto europeo di unione economica e monetaria da raggiungere attraverso *libertà comunitarie di circolazione di capitale, prestazioni di servizio e merci* ha un risultato prevedibile: la destabilizzazione delle nostre società che le porterà a giungere alla prova del nove. Tutto questo ha per conseguenza diseguaglianze territoriali e personali, massiccia disoccupazione, alienazione politica delle giovani generazioni e svuotamento delle condizioni materiali per l'esercizio di libertà e democrazia. In questa situazione non vedo altra via d'uscita che la creazione di un pubblico europeo e la costruzione di una nuova coscienza rispetto alla relazione tra diritto pubblico e autonomia individuale. In questo modo si potrebbe spianare la strada alla indispensabile rifondazione del potere pubblico in Europa e mettere in moto il processo di un'ampia, profonda e intensa legittimazione democratica.

4. Nella situazione descritta da Grimm, secondo Denninger, si può riscontrare *l'evoluzione da uno Stato della sicurezza giuridica ad uno Stato di diritto della salvaguardia di beni protetti dalla legge*. Il superamento di alcuni dei problemi che minano la certezza del diritto potrebbe verificarsi ricorrendo al discorso riflessivo della corte costituzionale federale, che ha creato dei parametri di argomentazione che nel frattempo sono venuti a fare parte del *diritto costituzionale comune europeo*: principio del cauto equilibrio, limitazione dei diritti fondamentali garantiti senza riserva scritta attra-

verso i diritti fondamentali di terzi o di altri beni protetti dal diritto costituzionale, principio della proporzionalità, riserva del possibile, principio della difesa dinamica dei diritti fondamentali, riferimento e vincolo della persona alla comunità, difesa dei diritti fondamentali tramite organizzazione e procedimenti, ecc.

La situazione attuale mostra d'altra parte come sia difficile che la società possa esistere senza un sistema centrale di coordinamento e compensazione. Lo Stato deve coordinare la giustizia distributiva, il comando tecnico-ecologico della prevenzione di rischi e la certezza del diritto di tipo classico e guidarle ad una compensazione funzionale. Per tutto questo non vi è alcuna altra alternativa che il legislatore democratico.

Secondo il mio parere, a determinare il contenuto della riserva parlamentare è in ogni fase storica l'interpretazione costituzionale delle competenze dello Stato. In concreto, questo significa tra l'altro che secondo la costituzione spagnola è vietato per legge al governo di sottrarre alla legge parlamentare la politica economica e sociale. Attraverso una simile interpretazione costituzionale delle competenze dello Stato, la legge approvata in Parlamento potrebbe – malgrado il potere amministrativo vincolante dell'esecutivo –, riacquistare la funzione che le è propria, e cioè quella di prendere le decisioni fondamentali per lo Stato. Competenze dello Stato, teoria della essenzialità, riserva parlamentare potrebbero pertanto combinarsi in una teoria funzionale della legge, di cui abbiamo tanto bisogno.

Lo Stato di diritto come lo conosciamo non è più all'altezza di tutte le sfide attuali. Certo, a tutt'oggi possiamo ancora sollecitare, e farlo con veemenza, che la legge ricopra un ruolo centrale all'interno degli stati. Sarebbe anche possibile limitare dogmaticamente le insicurezze comportate dal mutamento delle competenze dello Stato. La certezza del diritto finirebbe per venire garantita, almeno in una certa misura, dalla tensione tra costituzione, diritto europeo, legge, applicazione in via amministrativa e amministrazione della giustizia. Ma quella odierna è una certezza diversa: non più quella di proprietari, bensì di cittadini responsabili. Giacché l'incertezza giuridica tanto lamentata è il correlato della schiettezza con cui si guarda alla storia e del pluralismo del processo politico, dell'autonomia privata e dell'attualizzazione del concetto di libertà sostenuto da Voltaire, Kant, Paine, Martinez Marina, Mill, Tocqueville. Allo stesso tempo, questi limiti della certezza del diritto aprono una strada alla configurazione individuale e della società e, in particolare, anche alla salvaguardia delle competenze pubbliche, a cui non possiamo rinunciare.

In questo momento, in cui noi uomini dobbiamo mettere al si-

curo la garanzia dei nostri diritti fondamentali e delle condizioni materiali della libertà uguale, e in cui ci vediamo confrontati con il progetto transnazionale della *privatizzazione dello Stato*, non possiamo rinunciare allo Stato e al tentativo di plasmare un'unione nuova e diversa. Giacché ciò vorrebbe dire costringere l'umanità in rapporti di assoggettamento di matrice antica. Alla soglia di una nuova epoca abbiamo bisogno di un nuovo diritto pubblico europeo, in sintonia con gli obiettivi della libertà e della dignità umana, come ci indicano vita e opera di Konrad Hesse, un nuovo diritto pubblico europeo, che faccia da cornice alle decisioni politiche e alle aspirazioni sociali. E in questo la Spagna può prestare un contributo – forse non la Spagna *ufficiale e saldamente inserita nell'etablissement*, che si è sottomessa incondizionatamente al dettato delle potenze finanziarie e alle istanze politiche provenienti dalla Germania, nonché a quelle derivate dal trattato di Maastricht, ma quell'*altra* Spagna, formata da milioni di spagnoli *critici e che insorgono*: anche noi siamo una parte del potere costituente, o, come Georg Büchner fa affermare ad un rivoluzionario francese, *noi siamo il popolo!*