

— L'EUROPA DOPO IL MURO. QUALE FINE E QUALE INIZIO? —

Sovranità e costituzionalismo in Europa

Giorgio Repetto

Si je savais quelque chose qui me fût utile et qui fût préjudiciable à ma famille, je la rejetterais de mon esprit; si je savais quelque chose utile à ma famille et qui ne le fût à ma patrie, je chercherais à l'oublier; si je savais quelque chose utile à ma patrie et qui fût préjudiciable à l'Europe, ou bien qui fut utile à l'Europe et préjudiciable au genre humain, je la regarderais comme un crime.

Montesquieu, *Mes pensées*

Nous sommes tous étatisés.

Pierre Bourdieu, *Sur l'État*

1. *L'Europa dopo il 1989: geopolitica, identità, globalizzazione*

Tra le molte epocali trasformazioni indotte dalla caduta del Muro di Berlino e dalla riconfigurazione degli assetti geopolitici e di potere nell'area europea, un peso rilevante, per quanto non sempre adeguatamente considerato, è da attribuirsi alle modifiche della statualità e alle trasformazioni dei correlati concetti di sovranità e costituzionalismo.

Sebbene la crisi di tali categorie non maturi certo in quell'epoca, non può negarsi che gli sconvolgimenti prodotti dal crollo dell'alternativa di sistema rappresentata dal blocco dei paesi dell'Est europeo abbiano introdotto una potente accelerazione di dinamiche già in atto, soprattutto con riguardo alla proliferazione e al conseguente rafforzamento delle organizzazioni sovranazionali nell'area europea.

Dopo tutto, le forme di cooperazione avviate dopo la seconda guerra mondiale nell'Europa occidentale erano tutt'altro che prive di

L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio?

una precisa valenza anche geopolitica, essendosi affermate, oltre che con l'obiettivo di scongiurare il ripetersi dei nazionalismi e dei totalitarismi, anche col preciso intento di creare infrastrutture politico-giuridiche idonee a rafforzare le specificità della tradizione liberal-democratica intesa quale correlato essenziale della forma-Stato occidentale.

L'avvio delle Comunità europee a partire dal 1951 e, già l'anno prima, la sottoscrizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo maturavano infatti in un contesto segnato in profondità dalle lacerazioni ideologiche del dopoguerra, e ad esse non erano quindi estranee, insieme allo sforzo di cooperazione intergovernativa che caratterizzava quegli anni, anche finalità di rafforzamento della tenuta economica, sociale e culturale del blocco dei paesi dell'Europa occidentale. Tale finalità emerge chiaramente, prima di altro, nella prima richiamata Convenzione del 1950, che nel preambolo richiama la sua precipua finalità di contribuire al rafforzamento e al mantenimento dei diritti da essa garantiti, che però si limitavano allora (e si limitano tutt'oggi, pur nel proliferare di altri strumenti di tutela) ai soli diritti civili e politici, restandone esclusi i diritti di natura sociale ed economica¹.

I progressi compiuti dalla cooperazione istituzionale europea, favoriti da un quadro costituzionale e istituzionale nazionale che per lungo tempo ha favorito il loro rafforzamento, ha trovato pertanto nella data-soglia del 1989 delle virtualità di sviluppo sino a quel momento difficilmente predicibili, la cui forza e intensità ha tuttavia finito – analogamente a quanto avvenuto su altri fronti – per determinare un significativo ripensamento di alcune categorie costitutive della moderna statualità, prima di altro quelle associate alla nozione di sovranità e di costituzione². La crisi indotta da questo ripensamento si è successivamente acuita una volta che l'Europa è stata, più di altri contesti geopolitici, identificata da più punti di vista come il laboratorio, se non il vero e proprio avamposto, della globalizzazione, soprattutto per effetto del numero sempre crescente di attribuzioni trasferite all'Unione europea in settori cruciali quali la politica commerciale, le libertà di circolazione dei capitali e la concorrenza transnazionale.

¹ In quest'ottica, si veda M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, OUP, Oxford 2017.

² Una sintesi della discussione teorica può leggersi oggi in C. Spector, *No demos? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, Seuil, Paris 2021.

2. Ripensare lo Stato

L'espansione dei poteri esercitati dalle entità sovranazionali ha quindi indotto, negli ultimi decenni, una riconcettualizzazione della loro funzione, anche alla luce delle sempre maggiori ambizioni regolative e dell'ampiezza degli strumenti di intervento in un numero crescente di settori. La globalizzazione, dentro e oltre il contesto europeo, ha infatti favorito la proliferazione delle più varie forme di *polity* internazionale e sovranazionale, le cui funzioni e i cui ambiti di azione intersecano le funzioni e i poteri tradizionalmente assegnati agli Stati, determinandone la progressiva erosione. Proprio tale fenomeno è oggi largamente considerato come un processo irreversibile di riformulazione delle logiche fondanti delle costituzioni e del costituzionalismo occidentale, concepiti come i quadri normativi di base che hanno accompagnato la formazione dello Stato moderno e la costituzione di una comunità politica che si riconosce nello Stato di diritto, nella legittimità democratica e nel valore preminente assegnato alla tutela dei diritti fondamentali.

Il carattere distintivo delle entità *sovranazionali* è stato individuato in un quadro istituzionale e normativo da cui promanano atti che sono direttamente vincolanti per gli Stati membri, per effetto del consenso originario prestato a tale effetto diretto, laddove il diritto internazionale classico è improntato al principio che fa della manifestazione di volontà statale all'atto del recepimento, la condizione, da verificarsi di volta in volta, per dare effetto al diritto non statale.

L'Unione europea e l'Organizzazione mondiale del commercio – due tra le organizzazioni sovranazionali che hanno avuto maggiore slancio dopo il crollo del Muro di Berlino – sono i due esempi più evidenti delle trasformazioni che le dinamiche non statali hanno provocato sulle trasformazioni dei concetti di costituzione.

Data la pervasività della loro azione e la superiorità (normativa) delle loro decisioni rispetto agli ordinamenti degli stati, non sorprende che la natura dei loro atti e i loro effetti ultimi siano stati inquadrati molto presto con gli strumenti teorici del *costituzionalismo*. Poiché il costituzionalismo, nella sua accezione originaria, è la teoria normativa che afferma che ogni governo dovrebbe essere limitato da regole giuridiche³, nei confronti degli enti sovranazionali l'interrogativo a cui è

³ C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca 1947.

_____ L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio? _____

necessario dare risposta è duplice: 1) può la dottrina del governo limitato, con tutti i suoi corollari (separazione dei poteri, diritti fondamentali, responsabilità politica), essere sganciata dal suo contesto originario, cioè lo Stato-nazione e la sua costituzione? 2) In caso affermativo, tali enti sono compatibili con la soddisfazione delle pretese normative del costituzionalismo?

Da entrambe le prospettive, le risposte a queste domande richiedono come primo passo di indagare se e con quali conseguenze il costituzionalismo debba essere identificato o meno con la statualità.

3. *Costituzionalismo e sovranità oltre lo Stato?*

Il dibattito scientifico sulle connessioni tra costituzionalismo e statualità è sconfinato. Un valido punto di partenza può essere intravisto nella crescente difficoltà dei tradizionali corollari teorici e istituzionali del costituzionalismo a dare conto delle trasformazioni che interessano l'esercizio dei poteri pubblici a livello nazionale⁴. Le decisioni politiche di base sono prese dalle istituzioni nazionali sulla base di una rete di vincoli normativi e istituzionali sempre più dipendenti da enti e organismi sovranazionali. Dalla politica commerciale alla definizione di standard tecnici, fino agli stessi diritti fondamentali, l'influenza del diritto sovranazionale sul processo decisionale interno, notevolmente estesosi dopo il 1989, ha messo drasticamente in discussione la persistente capacità delle tradizionali nozioni statocentriche di democrazia, stato di diritto e diritti fondamentali di tenere vivo l'ideale del governo limitato e dei correlati principi di sovranità popolare e di responsabilità politica dei detentori del potere politico.

Un simile stato di cose ha portato gli studiosi, in alternativa, a drammatizzare, esasperandolo, lo statuto teorico-normativo del costituzionalismo o ad enfatizzare la sua malleabilità concettuale rispetto a scenari che non hanno precedenti nella storia delle istituzioni politiche.

Da un lato, i nostalgici del costituzionalismo assistono alla definitiva scomparsa dell'autogoverno democratico a livello nazionale indotta dal governo sovranazionale, mentre, dall'altro, i trionfalisti accolgono

⁴ In prospettiva storico-sociologica, si veda S. Leibfried - M. Zürn (a cura di), *Transformationen des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2006.

l'espansione radicale del costituzionalismo come liberazione dalle catene del Stato-Leviatano⁵.

Ad uno sguardo più approfondito, va però notato che nessuno dei due approcci riesce a offrire un resoconto fino in fondo soddisfacente delle riconfigurazioni teorico-istituzionali che investono la legittimità e le ambizioni normative del costituzionalismo. I nostalgici derivano dall'atto costitutivo del *pouvoir constituant* un mix poco convincente di elementi volontaristici e positivisti che li spinge a sovrastimare la coesione della comunità politica rispetto alla democrazia e ai diritti fondamentali. I trionfalisti, al contrario, celebrano in modo troppo razionalista una legittimità del diritto autoriferita e sganciata da un'autorità ultima, sia essa un testo (costituzione formale), una data istituzione (il parlamento) o una fonte legittimazione (*We the people* o *pouvoir constituant*)⁶.

A fronte di ciò, appare più convincente l'idea secondo cui il recupero dei concetti di sovranità e di costituzionalismo non possa andare disgiunto dal riferimento ai loro significati storicamente acquisiti⁷.

In questo scenario, una prima significativa opinione conduce a ritenere che le costituzioni e il costituzionalismo siano strutturalmente dipendenti dal tessuto statale, poiché la statualità è stata storicamente e non può che essere tuttora il loro presupposto necessario. In altre parole, lo Stato precede la costituzione poiché ha rappresentato il primo sistema politico (o nei termini di Luhmann: il primo sistema sociale)⁸ «che, per la sua delimitazione da altri sistemi, si è specializzato nell'esercizio del dominio politico»⁹. Solo l'affermazione dello Stato come governo autonomo (sovrano) ha favorito un processo di autosufficienza epistemica del diritto e della costituzione, il cui fondamento non poggiava più sulla volontà di Dio o sul diritto naturale, ma piuttosto sulla volontà collettiva del popolo come unificato nel potere sovrano.

⁵ M. Kumm, *The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*, in *The Twilight of Constitutionalism*, a cura di P. Dobner e M. Loughlin, OUP, Oxford 2010, p. 201.

⁶ M. Kumm, *The Best of Times and the Worst of Times* cit., p. 203. Si veda anche, da ultimo, C. Spector, *No demos?* cit., pp. 195 e sgg.

⁷ C. Möllers, *Pouvoir Constituant—Constitution—Constitutionalisation*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di A. von Bogdandy e J. Bast, Hart/Beck, Oxford-München 2010, p. 170.

⁸ N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky e P. P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino 1996, p. 101.

⁹ D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in «Constellations», 12, 2005, p. 448.

L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio?

Il fermento rivoluzionario della seconda metà del Settecento ha radicalmente sovvertito i presupposti politici dei rapporti tra Stato e costituzione, ma senza in fondo superare i presupposti teorici del primato di quest'ultima, riferita ora alla più ampia «società dell'uguaglianza»¹⁰. In Francia, dove la sovranità della Nazione prese il posto della Corona e il suo primato si tradusse nella centralità della legge, questo processo di sostituzione nella continuità è abbastanza evidente. Negli Stati Uniti, dove invece uno Stato doveva ancora essere costruito, la Costituzione rappresentava il quadro giuridico di base che assicurava la corrispondenza tra governati e governanti. Nelle parole di Grimm, «solo il diritto aveva la capacità di elevare il consenso sul progetto di governo legittimo al di sopra della fugacità del momento, di farlo durare e di dargli forza vincolante»¹¹. In entrambi i contesti, i caratteri fondativi della sovranità e del costituzionalismo sono strettamente legati al loro primato che si rivela, al tempo stesso, doppio e asimmetrico: sui poteri di governo, che sono legittimati sotto gli aspetti sia procedurali che sostanziali, e sulla società, che è funzionalmente separata dallo Stato, in cui si concentra tutta l'autorità di governo.

Secondo questa posizione, l'identificazione tra statualità e costituzione è quindi un tratto identificativo del costituzionalismo, le cui implicazioni riguardo alle ambizioni delle organizzazioni sovranazionali sono piuttosto chiare: un processo di regolazione sociale merita di essere qualificato in termini costituzionali solo quando è territorialmente concentrato ed è volto ad assicurare la sua origine democratica, la sua supremazia e la sua completezza.

Una posizione più sfumata è rappresentata dagli studiosi che mettono in luce due diverse tradizioni di fondo che hanno accompagnato l'emergere della costituzione e del costituzionalismo¹². Secondo la prima (rinvenibile in egual modo nella Francia e negli USA), il costituzionalismo si pone come dottrina fondamentale chiamata a fondare e giustificare l'esercizio del potere politico. In questo contesto, i caratteri essenziali della costituzione (natura di «diritto superiore», forma scritta e relativa rilevanza simbolica) assicurano che essa sia anzitutto finalizzata a garantire una complessiva democratizzazione del processo deliberativo. Oltre a questa tradizione rivoluzionaria, un secondo modo di mettere in relazione statualità e costituzionalismo è all'opera

¹⁰ P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, Castelvechi, Roma 2013, pp. 48 e sgg.

¹¹ D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization* cit., p. 451.

¹² C. Möllers, *Pouvoir Constituant–Constitution–Constitutionnalisation* cit., p. 171.

in quei contesti (come Inghilterra e Germania) dove costituzione e costituzionalismo non sono chiamati a fondare un nuovo ordinamento giuridico e politico, ma piuttosto a plasmarne uno preesistente attraverso un'opera di progressiva giuridificazione. Qui, la costituzione manca dei caratteri di supremazia poiché non avalla una traiettoria di democratizzazione ma riflette la «condizione totale della società» ed è quindi da intendersi come un «processo evolutivo della pratica politica»¹³. In questo caso, l'equazione Stato/Costituzione viene svalutata a favore di un binomio strutturale tra diritto e politica secondo cui la costituzione, lungi dall'incorporare pretese normative necessariamente ampie, è «un quadro istituzionale che garantisce contemporaneamente la legittimità dell'ordinamento giuridico attraverso procedure democratiche e l'organizzazione della formazione della volontà attraverso procedure formali»¹⁴.

All'estremo limite dello spettro c'è, infine, la posizione di coloro che mettono radicalmente in dubbio che la funzione fondamentale delle costituzioni consista nella limitazione del potere pubblico. Muovendo dal presupposto che il costituzionalismo sia centrato su una deterritorializzazione della sovranità e, per questo, reagisca ai fondamenti assolutistici dello Stato moderno, le costituzioni moderne sono anzitutto volte a tutelare l'autonomia dell'ordine sociale sia nella sua sfera privata e manifestazioni pubbliche: stabiliscono strumenti di autogaranza per la società assicurando i mezzi necessari per trasformare la moltitudine in una comunità di eguali (nelle forme di *We the people*, la *Nation* o *das Volk*)¹⁵.

L'analisi mostra che il nesso tra costituzionalismo e Stato, pur non essendo certo storicamente contingente, non deve ritenersi teoricamente necessario, poiché al centro del costituzionalismo c'è lo sforzo di dotare una comunità, statale o meno, di alcuni requisiti di base sull'origine e i fini del potere politico: autonomia dei governati, legittimità democratica e libertà individuale¹⁶. A rivelare l'assenza di coesistenzialità

¹³ Op. ult. cit., p. 175.

¹⁴ Op. ult. cit., p. 177.

¹⁵ U.K. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in *The Twilight of Constitutionalism* cit., pp. 23 e sgg. In una direzione opposta, ma in un'analoga accezione, si muovono ora le critiche radicali al concetto di sovranità formulate da P. Dardot e C. Laval, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, La Découverte, Paris 2020.

¹⁶ Hannah Arendt ha colto più lucidamente di altri, muovendo una critica radicale al contrattualismo rousseauviano e alle sue implicazioni volontaristiche, la contraddizione teorica fondamentale tra libertà e sovranità statale: «data la condizione dell'uomo, determinata

_____ L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio? _____

tra Stato e costituzione può invocarsi lo stesso art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, spesso invocata come matrice originaria del costituzionalismo moderno, lì dove essa afferma che «[una] *società* in cui non è assicurata l'osservanza della legge, né definita la separazione dei poteri, non ha alcuna costituzione»¹⁷. Nel costituzionalismo contemporaneo, ciò non è del resto contraddetto da quelle clausole costituzionali che limitano la sovranità nazionale al fine di stabilire «un ordine che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni» (così, per tutte, l'art. 11 della Costituzione italiana).

In questo quadro, la questione non è pertanto se il costituzionalismo possa essere trasferito o meno al di fuori dello Stato, ma piuttosto quali caratteristiche normative del costituzionalismo dovrebbero essere preservate per garantirne la perenne vitalità in un periodo di sovranità mobili.

4. *Le variabili del costituzionalismo sovranazionale*

Le implicazioni che si sono fatte discendere dalla possibilità di attribuire natura costituzionale a realtà non statali non hanno tuttavia condotto a un risultato condiviso, perché – una volta sganciato dal suo retroterra storico-teorico e applicato a realtà istituzionali e normative eterogenee – il costituzionalismo ha assunto significati oggi non più riconducibili ad unità.

L'Unione Europea si è rivelata, fra tutti, sicuramente il più importante laboratorio di idee costituzionali applicate agli enti non statali. Con particolare riguardo al suo processo di costituzionalizzazione, gli sforzi per enuclearne la sua continuità rispetto all'eredità del costituzionalismo si sono concentrati in due principali correnti intellettuali: il pluralismo costituzionale e il costituzionalismo multilivello.

Secondo il primo, esiste una costituzione ogniqualvolta un ordinamento normativo istituisce e conferisce poteri ad organismi che svolgono compiti di «enunciare, eseguire, amministrare o giudicare le norme il cui carattere istituzionale è esso stesso conseguito mediante atti

dal fatto che sulla terra non esiste *l'uomo*, bensì esistono *gli uomini*, libertà e sovranità sono così lontane dall'identificarsi da non poter neppure esistere simultaneamente?»: in *Che cos'è la libertà?*, in Ead., *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano 2005, p. 219.

¹⁷ M. Troper, *Separation of Powers*, in *A Montesquieu Dictionary* (2013, in <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/>).

istituzionali»: in tale situazione, la coesistenza di più ordinamenti costituzionali può essere (e spesso è) guidata da un pluralismo inclusivo, che li spinge a un reciproco riconoscimento della loro validità contendendosi la correlata superiorità l'uno sull'altro¹⁸. Ulteriori contributi hanno sottolineato che il costituzionalismo mostra un carattere sempre più relazionale in quanto non coincide più con una data proprietà delle politiche e del processo politico, ma è coinvolto in una «dinamica aperta» che favorisce un «processo agonistico di negoziazione tra e all'interno di differenti autorità costituzionali»¹⁹.

Molto più debitore alla teoria tedesca della «costituzione parziale» (*Teilverfassung*) è un altro modello fondativo del costituzionalismo sovranazionale (e in particolare europeo) ampiamente discusso, quello del costituzionalismo multilivello. Nella sua fase matura, esso descrive lo scenario europeo come una serie di strati (*layers*) normativi e istituzionali posti a livello nazionale e sovranazionale, la cui interazione, guidata dalla volontà dei cittadini in quanto cittadini sia del rispettivo Stato membro che dell'Unione, costituisce un ordinamento giuridico che viene continuamente ridefinito attraverso un costante processo di ridefinizione dei significati costituzionali²⁰.

Mentre i pluralisti costituzionali e i costituzionalisti multilivello sostengono ancora una visione del costituzionalismo permeata da un'interazione qualificata (più o meno agonistica)²¹ tra Stato e sovranazionalità, altre teorie sostengono la necessità di muoversi verso un approccio più realistico (cioè descrittivo), centrato sulla nozione meramente funzionale di costituzione quando non, all'estremo, mirante a prendere atto scetticamente del ruolo sempre meno decisivo della costituzione nei nuovi scenari sovranazionali.

Per i sostenitori del diritto amministrativo globale (*Global Administrative Law*), ad esempio, le aspirazioni fondamentali delle visioni costituzionaliste dovrebbero essere sostituite da un obiettivo più mo-

¹⁸ N. McCormick, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, il Mulino, Bologna 2003, pp. 195 e sgg.

¹⁹ N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in «Modern Law Review», 2002, p. 359.

²⁰ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in «European Constitutional Law Review», 2015, p. 545. Entrambe queste posizioni teoriche sono state ricondotte di recente all'idea humanea della *mixed constitution*: C. Spector, *No demos?* cit., p. 173.

²¹ Le coordinate fondamentali della discussione sulle interazioni agonistiche come cifra dei conflitti costituzionali sono in G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2018, p. 781.

L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio?

desto, che è legato all'introduzione di «meccanismi, principi, pratiche e intese sociali di supporto che promuovono o influenzano in altro modo la responsabilità degli organi amministrativi globali»²². Anche se qui l'attenzione si sposta dalle dinamiche delle politiche normative e istituzionali al regime (più limitato) degli organi amministrativi di regolazione a livello globale, ciò che rende questo approccio rilevante per il costituzionalismo sovranazionale è il suo sforzo di sostituire progressivamente gli elementi di legittimazione del processo democratico nazionale (democrazia, stato di diritto, diritti fondamentali) con beni pubblici orientati ai risultati, come la trasparenza e la responsabilità intesa in termini di *accountability*²³.

Secondo un altro paradigma spesso invocato per cogliere la molteplicità dei regimi normativi transnazionali, quello del costituzionalismo societario (*societal constitutionalism*), la loro crescente differenziazione funzionale è l'elemento che rende inutile ogni tentativo di rivitalizzare una concezione condivisa del bene pubblico in quanto riferibile a una società politica ordinata intorno a principi univoci. La costituzione (e il costituzionalismo) può essere vista solo come l'emergere incrementale di una molteplicità di sottosistemi autonomi della società transnazionale legati ad aree di intervento funzionalmente e reciprocamente indipendenti²⁴.

I diversi approcci al costituzionalismo sovranazionale, prima di riflettere i diversi orientamenti teorici fatti propri dagli autori citati, sono strettamente connessi con le diverse realtà istituzionali e normative che vengono prese in considerazione quando si tratta di analizzare cosa si intenda per sovranazionalità.

Il funzionalismo e la legittimazione fondata sul risultato, ad esempio, come caratteri di fondo dei “nuovi” ordinamenti costituzionali sovranazionali, sono più adatti a spiegare quei regimi normativi transnazionali che rinunciano dichiaratamente a governare diversi aspetti della vita sociale ed economica, poiché sono impegnati in un modello settoriale di regolazione. Che siano private (come l'ICANN) o inquadrare all'interno della struttura delle Nazioni Unite (come l'ILO e l'Organizzazione Mondiale della Sanità), queste entità sono investite

²² B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law* in «Law & Contemporary Problems», 2005, p. 17.

²³ C. Harlow, *Accountability in the European Union*, OUP, Oxford 2002.

²⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano 2012.

di una serie di poteri significativi che sono sempre più in grado di influenzare l'efficacia della regolamentazione statale. In questo quadro, lo sforzo di inquadrare in termini costituzionali l'Organizzazione mondiale del commercio ha sollevato criticità sui caratteri ultimi del costituzionalismo a livello sovranazionale. A questo proposito, l'OMC è stata descritta come una *polity* incaricata di regolamentare settori vitali della vita economica, la cui natura trasversale e gli effetti di ricaduta (ad esempio nel campo dei diritti fondamentali) si sovrappongono alle rivendicazioni normative di base tradizionalmente associate alle costituzioni e costituzionalismo²⁵.

Sul versante opposto si collocano quelle realtà normative e istituzionali le cui ambizioni costituzionali sono associate a un'enfasi sulle virtù legittimanti del costituzionalismo, come nel caso del «diritto costituzionale internazionale» concepito come parte di un'anticipazione kantiana della «costituzione cosmopolitica»²⁶. In quest'ottica, si ritiene che le Nazioni Unite individuino un nuovo paradigma costituzionale (incarnato testualmente nella Carta delle Nazioni Unite) i cui capisaldi sono, da un lato, l'autonomizzazione dell'ordinamento giuridico internazionale grazie al definitivo superamento del paradigma consensuale e, dall'altro, l'emergere e il consolidamento di principi giuridici fondamentali di convivenza sanciti dallo *jus cogens*²⁷.

Indubbiamente, la realtà sovranazionale che meglio coniuga entrambe le due ultime prospettive di legittimità (funzionale e assiologica) è l'Unione europea. Il costituzionalismo dell'UE è tradizionalmente associato a un elevato livello di integrazione che ha interessato nel tempo un numero crescente di settori politici tra i suoi Stati membri e ha infine portato a un sistema di autentica interdipendenza costituzionale.

Questa interdipendenza ha dimostrato di rimettere radicalmente in discussione i presupposti più basilari del costituzionalismo, a partire dalle difficoltà che incontra ogni tentativo di definizione della sua natura che sia diversa dalla presa d'atto di un insopprimibile carattere *sui*

²⁵ J. P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, in «European Journal of International Law», 2006, pp. 623 e sgg.

²⁶ A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, OUP, Oxford 2014.

²⁷ B. Fassbender, «We the Peoples of the United Nations». *Constituent Power and Constitutional Form in International Law*, in *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, a cura di M. Loughlin e N. Walker, OUP, Oxford 2007, pp. 269 e sgg.

_____ L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio? _____

generis rispetto alla tradizione tanto del diritto nazionale che di quello internazionale²⁸.

Le peculiarità della struttura costituzionale dell'UE e la sua rilevanza per il campo del costituzionalismo sovranazionale richiedono quindi una valutazione autonoma dei suoi principali caratteri.

5. *L'Unione europea: una costituzione senza costituzionalismo?*

L'evoluzione dalla Comunità economica europea all'Unione Europea, realizzatasi a seguito del 1989 con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht, ha determinato, accanto a diversi schemi istituzionali e normativi, una mutata concezione delle potenzialità costituzionali dell'ordinamento giuridico stabilito dal Trattato di Roma. Mentre l'approccio incrementale dell'integrazione europea ha mostrato fin dall'inizio che le nuove forme di esercizio delle politiche comuni era improntato ad un rapporto diverso con gli Stati membri rispetto ad altre iniziative simili (*in primis* le varie organizzazioni regionali come il Consiglio d'Europa, univocamente intergovernative), una specifica retorica costituzionale è emersa solo negli anni sessanta nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il compito di dotare (allora) il diritto comunitario di un tono costituzionale non poteva essere assolto se non dall'istituzione che ha tradizionalmente operato, ancora prima delle istituzioni propriamente politiche, come principale motore dell'integrazione giuridica. La presa d'atto che gli Stati hanno conferito alle istituzioni sovranazionali veri e propri diritti sovrani (*Hoheitsrechte*), avvenuta nella celebre decisione della Corte di giustizia nel caso *Van Gend En Loos* (1963), costituisce un punto di svolta nella storia istituzionale dell'UE, perché in quell'occasione si è assistito al primo tentativo di corroborare con un vocabolario costituzionale il carattere prevalente (*primacy*) del diritto dell'Unione e la sua capacità di trovare applicazione immediata nel diritto degli Stati membri (effetto diretto).

²⁸ J. H. H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 22 e sgg. A. von Bogdandy, *Neither An International Organization Nor a Nation State: the EU as a Supranational Federation*, in E. Jones, A. Menon, S. Weatherhill, *The Oxford Handbook of the European Union*, OUP, Oxford 2012, pp. 761 e sgg.

Da quel momento in poi, il ricorso ai Trattati come “costituzione della Comunità” è stato più volte confermato fino agli anni novanta²⁹.

Con il Trattato di Maastricht, l’approccio incrementale che ha accompagnato l’instaurazione del mercato comune è stato progressivamente rafforzato da uno sforzo più ambizioso di federalizzazione di ambiti materiali via via crescenti, come dimostra l’inclusione nei Trattati di norme relative a settori tradizionalmente assegnati al nucleo dei poteri nazionali sovrani, quali la cittadinanza (europea), la politica monetaria e i diritti fondamentali. Non sorprende quindi che l’entrata in vigore del Trattato di Maastricht abbia provocato dure reazioni a livello nazionale, esemplificate dalla nota decisione *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco. Questa decisione ha assunto un’importanza decisiva nel riconfigurare drammaticamente i termini dell’antagonismo tra UE e Stati membri, che è passato col tempo al livello di un autentico conflitto costituzionale che coinvolge parametri fondamentali come la democrazia, la legittimazione dei poteri sovranazionali e la loro responsabilità politica, come è dimostrato da ultimo dalla decisione del 5 maggio 2020 sui poteri della Banca centrale europea (PSPP)³⁰.

Un nuovo cambio di paradigma sarebbe potuto avvenire nella seconda metà degli anni 2000 con il progetto di un «Trattato che stabilisce una Costituzione per l’Europa». Redatto da una Convenzione *ad hoc* e firmato nel 2004, è stato però respinto da due *referendum* svoltisi in Francia e in Olanda, che hanno avviato un processo di assestamento conclusosi con il Trattato di Lisbona (attualmente in vigore). Nonostante l’apparente scomparsa, in quest’ultimo testo, di un’esplicita retorica costituzionale³¹, gli elementi più innovativi del Trattato costituzionale (come, tra gli altri, l’incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nei Trattati e l’estensione del voto a maggioranza in Consiglio) sono rimasti intatti nel Trattato di Lisbona. Per quanto riguarda i rapporti con le strutture costituzionali degli Stati membri, un ruolo centrale è svolto, in tale ambito, dall’art. 4, par. 2, TUE: «L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati

²⁹ Come nel parere 1/91, reso dalla medesima Corte di giustizia: il Trattato CE, «pur concluso in forma di accordo internazionale, nondimeno costituisce la carta costituzionale di una Comunità fondata sullo Stato di diritto».

³⁰ Su questi problemi v. ora P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all’Unione europea: l’egemone non riluttante*, in G. Repetto e F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2020, p. 191.

³¹ J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, il Mulino, Bologna 2007, p. 115.

nonché le loro identità nazionali, insite nelle loro strutture fondamentali, politiche e costituzionali».

Alla luce di questa evoluzione, se si cercasse di riassumere brevemente i caratteri principali dell'UE come entità costituzionale sovranazionale, sarebbe inevitabile prendere atto dell'impossibilità di individuare soluzioni nette, che devono fare i conti con una realtà normativa e istituzionale che non è a pieno titolo come Stato, pur non essendo più derivata (come il diritto internazionale) dalle decisioni sovrane degli Stati membri. Il paradigma del *Sonderweg* appare quindi, ancora oggi, come l'unico approccio significativo in grado di affrontare le specificità della struttura costituzionale dell'UE, i cui pilastri principali sono la dimensione giuridica dell'integrazione, il suo impegno per i diritti fondamentali e il peculiare quadro istituzionale che ne regola il processo decisionale³².

La natura costituzionale dell'UE si basa, in primo luogo, sull'autonomia del suo ordinamento giuridico. Come sopra rilevato, l'integrazione europea ha fin dall'inizio fatto del primato e dell'uniforme applicazione del suo *corpus* normativo un elemento chiave di legittimità. Sebbene la forma scritta dei Trattati non ne abbia fatto, a differenza dell'auspicio contenuto nel *Contrat social*, «il catechismo politico di un sistema politico democratici»³³, essa ha comunque garantito una potente razionalizzazione dell'attuazione degli obiettivi fondamentali ivi sanciti e ha favorito l'efficacia dei vincoli su Stati membri e sulle istituzioni dell'UE. Il mezzo dell'integrazione giuridica, per quanto potenziato sia dall'ampiezza dei campi normativi sia dalla garanzia dei suoi effetti prevista dalla Corte di giustizia, ha favorito l'emergere di una peculiare dottrina del governo limitato che si incarna nel diritto comunitario concepito come, allo stesso tempo, motore e quadro di base dell'integrazione sovranazionale. Per certi aspetti, ciò potrebbe sollevare alcune somiglianze con un caposaldo del costituzionalismo assumendo il principio dello «stato di diritto, non degli uomini»³⁴. Tale presupposto è tuttavia in parte rimesso in discussione se si considera che la versione comunitaria dell'autonomia dell'ordinamento è signifi-

³² In questo senso v. C. Spector, *No demos?* cit., pp. 180, che risolve oggi la sovranità europea al di fuori di una metafisica unitaria, come quelle di derivazione hobbesiana e rousseauviana, declinandola piuttosto nei termini di un «ensemble de compétences ou un faisceau des droits» (p. 181).

³³ C. Möllers, *Pouvoir Constituant—Constitution—Constitutionalisation* cit., p. 191.

³⁴ C. Pinelli - Y. Hasebe, *Constitutions*, in *Routledge Handbook of Constitutional Law*, a cura di M. Tushnet, T. Fleiner, C. Saunders, Routledge, London, 2013, p. 32.

cativamente priva di un tratto caratterizzante, qual è il potere di revisione costituzionale, che è ancora in mano agli Stati in quanto «padroni di dei Trattati» (art. 48 TUE).

Il secondo carattere determinante della peculiare natura costituzionale dell'UE è legato alla tutela dei diritti fondamentali. Dalla loro affermazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla fine degli anni sessanta, i diritti fondamentali hanno svolto un ruolo fondamentale nel promuovere la libertà e lo stato di diritto nei confronti dell'azione dell'UE e degli Stati membri. La costituzione dell'UE come «comunità fondata sui diritti fondamentali»³⁵ è stata progressivamente rafforzata dalla lettera dell'art. 6 TUE e dalla ratifica (nel 2001) della Carta dei diritti fondamentali e dal suo successivo recepimento nei Trattati (2009).

Da un lato, l'emergere dei diritti fondamentali come fulcro dell'integrazione costituzionale europea è dimostrato dalla loro rilevanza in diversi episodi della giurisprudenza della Corte di giustizia. D'altro canto, la loro disgiunzione da un sistema politico democratico ha significativamente indebolito la loro capacità di fungere da metro efficace per le politiche dell'UE, poiché la separazione tra questi due ambiti (diritti e politiche) sta inevitabilmente sfumando in un sistema politico (come l'UE) che persegue un bene comune il cui scopo fondamentale coincide per lo più con la garanzia dell'autonomia individuale³⁶.

Il terzo tratto essenziale del costituzionalismo dell'UE è legato ai caratteri del suo quadro istituzionale. A differenza del classico principio statale della separazione dei poteri, dove ogni ramo istituzionale è chiamato a riflettere diversi percorsi di differenziazione funzionale all'interno di un quadro unitario di governo, nell'UE la presenza di diversi strati sovrapposti di legittimità ha generato nel corso degli anni un quadro istituzionale assai peculiare, spesso etichettato in termini di politica «mista» o «composta»³⁷.

Secondo questo modello, ogni soggetto istituzionale incarna e veicola una diversa fonte di legittimità dell'azione dell'UE: Commissione, Corte di giustizia e Banca centrale europea rappresentano (a diver-

³⁵ A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in «Common Market Law Review», 2000, pp. 1307 e sgg.

³⁶ N. Walker, *The European Union's Unresolved Constitution*, in M. Rosenfeld - A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford 2012, p. 1197.

³⁷ S. Fabbri, *Compound Democracies: Why the United States and Europe are Becoming Similar*, OUP, Oxford 2007.

L'Europa dopo il muro. Quale fine e quale inizio?

si livelli) gli elementi sovranazionali della costruzione dell'UE, Consiglio e Consiglio europeo esprimono in termini intergovernativi gli interessi fondamentali degli Stati e il Parlamento europeo è chiamato a dar voce (sebbene in misura ancora troppo debole) agli interessi delle persone (nazionali e sovranazionali).

All'interno di questo quadro, la necessità di disperdere in termini istituzionali le diverse fonti di legittimità ha certamente promosso un quadro pluralizzato di governo ed equilibri istituzionali multipolari, ma ha impedito la formazione di chiari meccanismi volti a rendere le istituzioni responsive e (in alcuni casi) politicamente responsabili. Il potente aumento dei caratteri tecnocratici dell'azione dell'UE nella gestione degli effetti della crisi economica post-2010 ha sicuramente aggravato il problema, anche se i meccanismi messi in atto a seguito della pandemia (a particolare dall'embrione di mutualizzazione del debito e dall'avvio del programma NextGen) ha determinato un'indubbia inversione di rotta. In questo senso, lo stesso, tradizionale, interrogativo sul *deficit* democratico delle istituzioni dell'Unione pare ormai destinato da tempo a mutare di segno, perché all'impossibilità di dare ad esso una risposta entro i contorni prestabiliti dallo Stato-nazione e dai suoi strumenti concettuali e istituzionali, corrisponde ormai la presa d'atto dell'esistenza di un percorso di democratizzazione, da valutare quindi come processo, e non come dato acquisito, alla luce del suo potenziale trasformativo sull'agire politico dell'Unione³⁸.

Infine, come mostrano le tre prospettive citate, le ambizioni costituzionali dell'UE non possono essere colte in un quadro unitario di analisi, come se potessero essere univocamente collocate "dentro" o "fuori" l'ambito (simbolico, normativo e istituzionale) del costituzionalismo statual-nazionale. La specificità dell'UE come governo costituzionale sovranazionale, invece, richiede di tener conto della sua natura "incompiuta"³⁹, i cui caratteri di fondo possono essere compresi all'interno di un quadro evolutivo in cui la "costituzionalizzazione"

³⁸ Ad aver insistito prima di altri sulla parlamentarizzazione delle istituzioni rappresentative europee come chiave per ripensare problematicamente la retorica del *deficit* democratico è stato P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 325. Sul concetto di *transformativer Konstitutionalismus* si sofferma ora A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, (di prossima pubblicazione), pp. 267 e sgg.

³⁹ F. Snyder, *The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (Eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, CUP, Cambridge, 2003, pp. 55 e sgg.

_____ Giorgio Repetto, Sovranità e costituzionalismo in Europa _____

intesa come *processo* prevale rispetto al costituzionalismo e alla sovranità intesi come concetti storicamente acquisiti una volta per tutti⁴⁰. Questo risultato dovrebbe essere accolto favorevolmente in quanto dimostra la percorribilità di una politica costituzionale al di là dello stato, ma allo stesso tempo dovrebbe rendere tutti consapevoli che la sua vitalità e resistenza richiedono un grado di politica democratica significativamente più alto di quanto registrato fino ad ora.

Abstract

Questo saggio affronta le trasformazioni della sovranità a partire dal tramonto in Europa dello Stato-nazione. La ricostruzione, muovendo dal 1989 come data-soglia, indaga i percorsi di riconcettualizzazione della sovranità nel contesto della europeizzazione degli ordinamenti nazionali, per tentare di ricostruire (al tempo stesso, criticandola) l'alternativa tra nazionalismo e pluralismo costituzionale.

This paper discusses the transformations of sovereignty since the decline of the nation-state in Europe. Moving from 1989 as a threshold date, the reconstruction investigates the reconceptualization of sovereignty in the context of the Europeanization of national orders, in order to attempt to reconstruct (at the same time, criticizing it) the alternative between nationalism and constitutional pluralism.

Parole chiave: Europa, sovranità, costituzionalismo, Stato-nazione, nazionalismo

Keywords: Europe, sovereignty, constitutionalism, Nation-state, nationalism

⁴⁰ M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in *The Twilight of Constitutionalism* cit., p. 53.