

STUDI E SAGGI

- 106 -

JOHN ERIK FOSSUM
AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

La peculiare costituzione dell'Unione europea

Presentazione di Danilo Di Mauro

Prefazione di Joerg Luther

Traduzione di Nicola Scotto di Vettimo

FIRENZE UNIVERSITY PRESS
2012

La peculiare costituzione dell'Unione europea / John Erik Fossum, Agustín José Menéndez. – Firenze : Firenze University Press, 2012.

(Studi e Saggi ; 106)

<http://digital.casalini.it/9788866551539>

ISBN 978-88-6655-149-2 (print)

ISBN 978-88-6655-153-9 (online)

ISBN 978-88-6655-349-6 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández

Immagine di copertina: © Teresa Azevedo | Dreamstime.com

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul sito-catalogo della casa editrice (<http://www.fupress.com>).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, F. Cambi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, G. Mari, M. Marini, M. Verga, A. Zorzi.

© 2012 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

Firenze University Press

Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy

<http://www.fupress.com/>

Printed in Italy

*A Ewelyn
A Elena Sullivan and
Pablo Long Silver*

SOMMARIO

PRESENTAZIONE AL LETTORE ITALIANO	XI
<i>Danilo Di Mauro</i>	
PREFAZIONE ALL'EDIZIONE ITALIANA	
QUAL È LO STATO DELLA COSTITUZIONE EUROPEA OGGI?	XV
<i>Joerg Luther</i>	
PREFAZIONE ALL'EDIZIONE INGLESE	XXI
INTRODUZIONE. L'ENIGMA EUROPEO	1
1. <i>Quale tipo di ordinamento?</i>	1
2. <i>Quale Costituzione Europea e di che tipo?</i>	4
3. <i>Quali sono le sue credenziali di legittimità?</i>	4
4. <i>Un'Unione europea in espansione, in continuo movimento e ancora di difficile definizione</i>	5
5. <i>I molti enigmi delle consuetudini giuridiche europee</i>	9
6. <i>L'argomento principale di questo libro: il modello di sintesi per una Costituzione Europea</i>	12
7. <i>Lo status della teoria della sintesi costituzionale</i>	15
8. <i>Struttura del libro</i>	18
CAPITOLO 1	
INTRODUZIONE AGLI STRUMENTI COSTITUZIONALI	21
1. <i>Le tre concezioni di Costituzione: formale, materiale e normativa</i>	23
2. <i>Le dinamiche costituzionali</i>	35
3. <i>Il costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo come composizioni differenti dei processi di trasformazione costituzionale e costituzionalizzazione</i>	44
4. <i>Conclusioni</i>	54

CAPITOLO 2

LA TEORIA DELLA SINTESI COSTITUZIONALE	55
1. <i>Introduzione: le idee di base a sostegno della sintesi</i>	55
2. <i>L'archetipo regolatorio: l'integrazione attraverso il diritto costituzionale comune, ovvero, posizionare le costituzioni nazionali su un terreno costituzionale comune.</i>	58
3. <i>Il «doppio» pluralismo costituzionale, caratteristica tipica delle sintesi costituzionale e delle sottocomponenti della sintesi costituzionale</i>	62
4. <i>Condizioni indispensabili per il costituzionalismo sintetico</i>	66
5. <i>La miscela originale di dinamiche costituzionali che caratterizzano la sintesi costituzionale</i>	71
6. <i>Lo sviluppo istituzionale nella sintesi: riproduzione, adattamento e sperimentazione</i>	81
7. <i>Distinguere la sintesi costituzionale da altre teorie giuridiche e politiche d'integrazione</i>	87
8. <i>Conclusioni</i>	96

CAPITOLO 3

IL PERCORSO COSTITUZIONALE DELL'EUROPA: DA PARIGI A NIZZA	99
1. <i>Il momento costituzionale sintetico</i>	100
2. <i>Da Parigi alle elezioni a suffragio diretto del Parlamento europeo: la costituzionalizzazione trasformativa e semplice</i>	110
3. <i>Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Nizza: la lunga stagione costituzionale dell'Unione europea</i>	147
4. <i>La lunga stagione costituzionale: tra cambiamento costituzionale e marce indietro</i>	171
5. <i>Conclusioni</i>	173

CAPITOLO 4

DA LAEKEN A LISBONA.

UN PASSO AL DI LÀ DELLA SINTESI O VERSO LA CRESCITA DELL'AMBIGUITÀ COSTITUZIONALE?	177
1. <i>Laeken: momento costituzionale dell'Europa o proseguimento della Sintesi?</i>	178
2. <i>Nel mezzo di una 'terra di nessuno' costituzionale: l'impasse costituzionale (2005-2007)</i>	208
3. <i>Lisbona: tra la riforma del modello sintetico e la svolta nella governance</i>	211
4. <i>Conclusioni</i>	224

CAPITOLO 5	
LO SCIoglimento DEI NODI COSTITUZIONALI GRAZIE ALLA TEORIA DELLA SINTESI	231
1. <i>I conflitti costituzionali europei e gli interrogativi costituzionali fondamentali</i>	231
2. <i>La risposta fornita dalla sintesi</i>	237
3. <i>Conclusioni</i>	247
CAPITOLO 6	
L'ESPERIENZA COSTITUZIONALE DEL CANADA E I SUOI PARALLELISMI CON QUELLA EUROPEA	249
1. <i>L'evoluzione costituzionale del Canada prima del rimpatrio costituzionale</i>	251
2. <i>Fino a che punto l'esperienza canadese è paragonabile a quella dell'UE?</i>	270
3. <i>Il rimpatrio e la trasformazione giuridica della costituzione e della comunità</i>	273
4. <i>Una lezione sintetica canadese per l'Europa?</i>	287
5. <i>Conclusioni</i>	290
CONCLUSIONE	
IL FUTURO DELL'ESPERIMENTO COSTITUZIONALE	293
1. <i>Riepilogo</i>	293
2. <i>L'enigma della legittimità dell'ordinamento politico- costituzionale europeo</i>	303
3. <i>Riflessioni conclusive</i>	313
INDICE DEI NOMI E DEI CONCETTI	317

PRESENTAZIONE AL LETTORE ITALIANO

Danilo Di Mauro

Il Diritto europeo è forse la chiave di accesso più immediata ed efficace per comprendere l'integrazione europea nella sua progressiva evoluzione istituzionale. Per un soggetto come l'Unione, la cui natura e definizione ha acceso i dibattiti per decenni, l'analisi delle regole che ne disciplinano il funzionamento rappresenta una delle strade più semplici per comprenderne i meccanismi e le politiche. D'altra parte, questo libro non si ferma solo all'analisi empirica, ma nel solco della tradizione scientifica, cerca di inquadrare l'evoluzione del diritto comunitario all'interno di una teoria che offre una spiegazione del fenomeno dell'integrazione europea e definisce il soggetto politico europeo. La teoria della sintesi costituzionale, infatti, definisce l'essenza del sistema politico europeo («l'Unione è un ordinamento politico sintetico») e ne spiega l'evoluzione, sgombrando il campo dal presunto carattere *sui generis* della Comunità (prima) e dell'Unione (dopo) e dipanando i rebus fondamentali emersi nel rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario.

Questo approccio, oltre alle importanti innovazioni ed implicazioni per il diritto comunitario (che lascerò agli specialisti in materia), rappresenta, a mio personale avviso, una prospettiva interessante, da cui derivano considerazioni in campo politologico e riflessioni sul futuro dell'Unione, in un momento di profonda crisi economica e politica. In particolare, l'applicazione della teoria della sintesi costituzionale fatta dagli autori tocca l'aspetto spinoso della legittimità democratica dell'unione, ovvero il così detto «deficit democratico».

A tal proposito, mi pare che si possano fare almeno due considerazioni importanti.

La prima è che gli autori pongono l'accento sull'Unione come soggetto politico legittimato (dal diritto degli Stati membri), escludendo il carattere *sui generis* di questa. In base a questa prospettiva è importante considerare l'Unione nel momento in cui la si osserva, ma anche nel complesso della sua storia politico-istituzionale. L'integrazione europea ha dato vita ad un'autorità politica legittimata a prendere decisioni che hanno ripercussioni sui propri cittadini. Questa osservazione, apparentemente banale, diventa fondamentale quando si tratta del rapporto tra cittadini e Unione europea. Come evidenziato dagli autori, infatti, la sintesi costituzionale coglie l'interpretazione 'fuorviante' del Consenso Permissivo («inteso co-

me silenzio condiscendente e privo di critica nei confronti di un processo con credenziali di legittimità democratiche dubbie») e, aggiungerei, del successivo concetto (opposto) di *euroscetticismo*. Entrambi questi concetti mostrano almeno due limiti evidenti: (a) implicano un distacco dei cittadini verso il soggetto politico e (b) sono sostanzialmente unidimensionali. Il primo limite, come suggerito dalla stessa terminologia («consenso permissivo» inteso come delega in bianco alle *élites* politiche e *scettico* dal greco ‘osservare’, e non partecipare, opporsi etc.), implica che i cittadini guarderebbero all’Unione come un qualcosa di distante, indecifrabile, e *sui generis*, che non sembra incidere sulle proprie vite. Riguardo al secondo limite, solo recentemente la letteratura ha riconosciuto il carattere multidimensionale dell’euroscetticismo (e del consenso) abbandonando di fatto una visione che appiattisce l’opinione pubblica sull’accettazione o meno dell’integrazione, senza distinguere tra le sue componenti (opinioni verso istituzioni e politiche, valori, ecc.). Al contrario, proprio in questo momento di crisi politica dell’Unione (e della democrazia rappresentativa in generale), è necessario distinguere le varie sfaccettature delle attitudini e del sostegno verso l’autorità politica europea, riconoscendo che i cittadini europei considerano l’Unione come un’autorità decisionale da cui pretendono soluzioni e risposte. Considerare l’Unione sotto questo profilo, ed ammettere il carattere multidimensionale dell’opinione pubblica nei suoi confronti, permette di analizzare e spiegare le richieste dei cittadini sia nell’ambito delle politiche che della riduzione del deficit democratico.

La seconda considerazione riguarda propriamente l’aspetto istituzionale del deficit democratico. La conclusione che gli autori traggono dalla sintesi costituzionale è che, sebbene il sistema europeo sia legittimato dal diritto democratico degli Stati membri, esso ha in sé un deficit democratico ‘strutturale’. Questo deficit scaturisce dal legame tra la sfera politica e quella giuridica: si ha una «perdita di potere della politica» derivante dalla costituzionalizzazione trasformativa, che priva gli Stati dei poteri che avevano in precedenza e non li trasferisce completamente su un altro piano sopranazionale. Il deficit ‘strutturale’, a mio avviso, è complementare al deficit descritto in altri ambiti delle scienze sociali in riferimento a molteplici aspetti dell’Unione: ad esempio la mancanza di un governo propriamente identificabile, il carattere burocratico dell’Unione, le elezioni di «secondo ordine» ecc. Il deficit democratico, dunque, resta una realtà dell’Unione, sia che si osservi la relazione tra cittadini ed autorità politiche europee, sia all’interno del quadro istituzionale e del rapporto istituzioni-diritto. Il carattere derivato dal diritto costituzionale nazionale ed i principi democratici contenuti in esso, seppur riconosciuti attraverso la sintesi, non portano al superamento di questo limite dell’Unione.

Queste considerazioni mi sembrano particolarmente importanti in questo momento storico. Oggi più che mai, sembra che i cittadini europei siano coscienti della forte interdipendenza tra i vari Stati membri. Credo, ad esempio, che qualunque sondaggio possa rivelare tra i cittadini europei un’attenzione senza precedenti per le elezioni greche appena concluse.

La crisi economica ha dimostrato con forza prorompente che i cittadini europei sono accomunati da un unico destino e che la politica, specie a livello europeo, non riesce ad offrire delle risposte adeguate né un accesso democratico al processo decisionale. La crisi economica diviene dunque politica nei termini di richiesta di riforma e partecipazione, oltre che di decisioni efficaci. La teoria della sintesi dimostra come il deficit democratico sia ancora una vena aperta, con cui questa fase di crisi (e dunque di rinnovamento) comincia a fare i conti: fino a quando i greci (così come gli italiani, gli spagnoli etc.) potranno permettere che i loro destini si decidano a Berlino (o Parigi, o Roma)? Fino a che punto l'opposizione all'Unione deve essere considerata come rifiuto totale o appoggio incondizionato, senza la previsione di accesso al processo decisionale sopranazionale? Qual è il limite entro cui si comincerà ad intervenire sulle prerogative che gli Stati membri rivendicano ma non posseggono più (il deficit strutturale di cui parlano gli autori)?

D'altra parte, se da un lato la teoria della sintesi mostra che l'Unione europea è affetta da un deficit democratico, essa rilancia le speranze per una futura presa di coscienza dei valori che accomunano i cittadini europei. Sostenere che il diritto europeo deriva da quello degli stati membri, infatti, implica il trasferimento sul piano europeo di quei valori contenuti nelle costituzioni nazionali. Se è vero che i processi costituenti degli stati membri sono frutto di un momento costituzionale a legittimazione popolare, essi incarnano i valori (democratici) di queste società. Spostando il *focus* dal diritto alla società, in che misura questi valori possono incidere sulla cura del deficit democratico in tempo di crisi? Possono i valori democratici comuni innescare un processo virtuoso che spinga la politica a colmare i deficit dell'Unione?

Sono convinto che gran parte del futuro democratico dell'unione si giochi su questi interrogativi: la possibilità di un'evoluzione democratica dal basso, che soppianti i falliti tentativi delle *élites* politiche, per approdare ad un sistema democratico europeo 'completo'.

PREFAZIONE ALL'EDIZIONE ITALIANA

QUAL È LO STATO DELLA COSTITUZIONE EUROPEA OGGI?

Joerg Luther

1. Il «dono delle costituzioni» sviluppa una serie di idee apparentemente descrittive e realiste, ma in realtà prescrittive e ancora 'idealiste' per il futuro dell'Unione europea. Dalla prospettiva di chi sta insieme dentro e fuori dall'Unione e vive il crescente *clash* tra nord e sud, questa teoria complessa scritta tra Oslo e León insieme incanta e disincanta, echeggia sia l'euro-entusiasmo della volontà sia l'euroscetticismo della ragione per offrire una «teoria costituzionale per un'Unione europea democratica». Questa teoria è stata già elogiata e discussa in più di una sede scientifica perché aiuta a fare chiarezza sui problemi dell'ordine costituzionale e sulle linee di fondo del modello costituzionale che l'Unione sta sviluppando sulla via (o nel suo 'percorso') di una sintesi delle esperienze costituzionali nazionali¹. Questo modello integra democratizzazione e costituzionalizzazione, elementi del costituzionalismo liberale ottocentesco con quelle del costituzionalismo sociale novecentesco, tenendo ben presente le ambiguità dell'identità costituzione pluralista e debole che costituiscono gli ostacoli principali alla comprensione del presente. La validità della teoria si misurerà anche nella sua capacità di accompagnare senza profezie scienziste lo sviluppo ulteriore dell'Unione europea. Semplificando la domanda e adattandolo al linguaggio costituzionalistico italiano: «Qual è lo stato della Costituzione europea oggi?»

2. «L'Europa sta vivendo una nuova recrudescenza delle tensioni. La crisi che assedia il debito sovrano e la debolezza del settore finanziario, unitamente alla scarsa crescita persistente e agli squilibri macroeconomici, stanno rallentando la ripresa economica e creando rischi per la stabilità dell'Unione Economica Monetaria». In questo preambolo delle conclusioni del Consiglio europeo del 29 giugno 2012 al nuovo «patto per la crescita e l'occupazione», festeggiato dalle borse, si descrive apparentemente solo la parte economica del problema dell'Unione europea odierna considerato principale, peraltro tacendo le capacità drammaturgiche dei mercati al riguardo.

¹ Cfr. i contributi, anche del sottoscritto, in John Erik Fossum e Agustín José Menéndez (eds.), *A multitude of constitutions? European constitutional pluralism in question*, Oslo, Arena, 2012.

La parte politica del problema affiora tuttavia nello strano aggettivo «sovrano» affiancato al «debito» («dette souveraine», «sovereign debt»). Strano per vari motivi. Innanzitutto «sovrano» è aggettivo che qualifica un soggetto e non un oggetto. Non può essere sovrano un patrimonio, né un fondo, ma solo un soggetto riconosciuto come persona giuridica. Il debito sovrano quindi non può che essere il debito del sovrano.

In secondo luogo, nel diritto internazionale «sovrano» si riferisce tradizionalmente allo Stato, nel diritto costituzionale democratico (europeo) al popolo. Nella traduzione tedesca del termine, si parla semplicemente della *Staatsschuldenkrise*, cioè della crisi dei debiti degli Stati, tacendo che tale crisi può essere percepita anche come una crisi della sovranità popolare. Nel passato furono i popoli usciti da regimi autoritari a pretendere di non essere tenuti responsabili per i debiti contratti dai loro tiranni. Oggi sono popoli dalle tradizioni democratiche più lunghe a voler liberarsi dai debiti contratti dai governi delle generazioni precedenti e minacciati da speculazioni sullo *spread* e sulla tenuta della moneta comune nella quale si pagano i debiti. Trattandosi della moneta comune di Stati costituzionali democratici, il «debito sovrano» deve essere quindi il debito dello Stato e del popolo.

Infine, «debito sovrano» suona strano perché un debitore difficilmente può ritenersi al di sopra degli altri, fingersi in una posizione *superiorem non recognoscens*. Nelle condizioni dell'economia di mercato a tendenza globale, nemmeno gli Stati Uniti potrebbero azzerare integralmente i propri debiti. Sarebbe un atto di forza forse non facilmente contrastabile, ma certo non un atto di diritto. Il debito sovrano è quindi un tipo speciale di debito, il cui servizio è condizionato, ma non totalmente estinguibile da un insindacabile atto di volontà unilaterale del sovrano. La sovranità da sola non legittima l'inadempienza di debiti contratti o derivati da responsabilità, essendo il diritto internazionale anche una sorta di «diritto civile dei popoli». Può legittimare la ristrutturazione del debito soltanto un bene comune, una controversa (futura e parziale) comunitarizzazione del debito degli Stati dell'UEM soltanto il bene comune dell'Unione europea.

Questo bene non può che essere il cuore di una costituzione «normativa» (o idealista) implicita nel diritto dell'Unione europea, cuore certo debole e piccolo, ma irrinunciabile per ogni «comunità di diritto» qualunque imponga anche solo doveri minimi di solidarietà.

3. Nel momento attuale, la percezione di questo bene comune e, di conseguenza, l'analisi della crisi è ridotta alla sopravvivenza dell'Euro, questione cruciale per le strategie di contrasto al «political disempowerment» emersa anche nelle conclusioni del libro. Tra l'inizio dell'edizione inglese (fine 2010) e la conclusione dell'edizione italiana del libro qui introdotto, quello che viene chiamato l'«esperimento costituzionale» dell'Unione europea è andato avanti con tre tappe che dimostrano un certo «pressing» sull'esercizio del potere costituente nazionale e necessitano di essere brevemente ricordate in questa sede:

1. Nell'ambito del primo «semestre europeo» di bilancio, il Consiglio europeo del 25 marzo 2011 ha adottato la decisione 2011/199/UE che intende modificare l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea aggiungendo il seguente paragrafo: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Il Consiglio europeo ha inoltre approvato il cosiddetto «Patto Euro Plus» (zona Euro + 6 stati UE), un patto intergovernativo per un «coordinamento più stretto delle politiche economiche per la competitività e la convergenza» che impegna peraltro gli Stati membri «a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita», mantenendo «la facoltà di scegliere lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere» purché «abbia una natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzione o normativa quadro)».
2. Il «Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)» del 2 febbraio 2012 che ha l'obiettivo di «mobilizzare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità, secondo condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto, a beneficio dei membri del MES che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona Euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri». A questo scopo è conferito al MES uno *stock* di capitale massimo di 700 miliardi Euro e il potere di raccogliere fondi con l'emissione di strumenti finanziari o la conclusione di intese o accordi finanziari o di altro tipo con i propri membri, istituzioni finanziarie o terzi.
3. L'assistenza finanziaria dal MES a favore di un paese è subordinata alla sua ratifica del «Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria», noto anche come *fiscal compact*, che è stato firmato il 2 marzo 2012 da 25 Stati dell'UE. Il patto di bilancio contenuto in esso stabilisce dei limiti al potere di bilancio dei parlamenti nazionali da tradurre in disposizioni «preferibilmente di natura costituzionale». Nel preambolo si rileva inoltre che «l'osservanza dell'obbligo delle parti contraenti di recepire la “regola del pareggio di bilancio” nei loro ordinamenti giuridici nazionali, tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale, dovrebbe essere soggetta alla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea [...]». Simili disposizioni di «balanced budget», sperimentate da tempo nel cantone di Basilea e in molti Stati statunitensi sono state concordate inizialmente tra Germania e Francia e introdotte anche in altre costituzioni europee (Spagna, Italia, Romania ecc.), ancora prima della ratifica dei tre trattati sopra indicati. Mentre questi hanno superato il referendum irlandese, resta da attendere una decisione della Corte costituzionale tedesca che peraltro ha già accer-

tato una violazione dei diritti di partecipazione del Parlamento per non aver il governo tedesco dato sufficienti informazioni al Parlamento sulle trattative preparatorie dei patti nel primo semestre 2011 (decisione del 19 giugno 2012). Non è possibile esprimere un giudizio definitivo sulla legittimità di queste nuove forme di partecipazione intergovernativa all'attivazione del potere di revisione costituzionale, ma non vi è dubbio che il processo di «sintesi costituzionale» assume nuove forme e rischia di perdere spontaneità.

4. Lo stato della Costituzione europea, a oramai più 60 anni dal trattato istitutivo della CECA, non dipende solo dal rendimento dell'Euro. Semmai si potrebbe rovesciare la dipendenza, visto che anche le norme costituzionali cominciano ad essere apprezzate dai mercati finanziari.

Lo stato della Costituzione europea pare caratterizzata innanzitutto da una *fatigue* di progettazione politica. Le idee di riforme istituzionali come l'elezione diretta del Presidente, di unione personale tra Presidente del Consiglio e della Commissione, di liste europee per le elezioni al parlamento, di un referendum europeo restano ignorate dai più. Il rinnovato richiamo retorico dei politici all'Unione politica, come se l'attuale non fosse per nulla «politica», suona tardivo. Perché le guerre in Libia e Siria o la situazione in Ucraina dovrebbero unire quel che non hanno unito le guerre e le situazioni analoghe nei Balcani?

Il «dono delle costituzioni» è difficile da conservare e difficile da trasmettere, perché lo stato della Costituzione europea non può essere del tutto separato dal contesto delle costituzioni nazionali e da quello della comunità internazionale.

Per quanto riguarda i vari contesti nazionali, le culture costituzionali sembrano a convergere solo lentamente e difendono non solo in Germania delle identità costituzionali incerte. Al di là del fatto che l'attuale governo di Londra sembra preferir cercare, magari, un plebiscito sull'uscita dell'isola dall'Unione europea, le dinamiche costituzionali sembrano accelerarsi.

Non solo, *Graecia docet*. La scienza politica deve interrogarsi sull'alta frequenza di alternanza nei governi europei emersa sin dalla primavera del 2010 (Belgio, Irlanda, Spagna, Portogallo, Grecia, Slovenia, Slovacchia, Italia, Finlandia, Ungheria, Gran Bretagna, Cipro, Danimarca, Romania, Francia) e non del tutto indipendente dalle questioni della politica europea.

La caduta del governo Berlusconi e la formazione del governo «tecnico» Monti è un fatto politico europeo nuovo, variamente valutabile, come lo sono anche le contestazioni della *leadership* europea del governo Merkel, fino alla polemica antitedesca che accusa la Germania di mettersi a distruggere l'Europa per la terza volta in 100 anni, perché potrebbe fare oramai a meno della sua Unione.

La riconosciuta «recrudescenza delle tensioni» consiste tuttavia, a prima vista, innanzitutto nel risveglio di risentimenti nazionalisti e razzisti, ben percepibili anche nel linguaggio politico quotidiano, ad esempio nell'acronimo «PI(I)GS». Le elezioni – la prossima in Olanda – hanno

segnato inoltre una crescita del consenso dei partiti etnocentrici ed euroscettici che mutano la costituzione materiale e riducono le basi di consenso dell'Unione europea.

La Costituzione europea è quindi in ultima analisi più contesa di quanto non è stato in passato. La teoria della sintesi costituzionale si fonda anche su una dialettica di «tesi» di europeismo ed «antitesi» di antieuropeismo e sull'idea che si possa «ispirare i cittadini europei a discutere, organizzare ed agire».

Questo tuttavia non vuol dire possa nascere una sorta di «costituzionalismo degli indignati» o un rivoluzionario *stand up for Europe*. Jürgen Habermas ha giustamente messo in luce come la domanda di politica si stia contraendo in Europa e come la nuova classe politica-mediale miope dell'Europa non si sia dimostrata idonea a perfezionare l'esistente Costituzione europea in direzione di una democrazia transnazionale². Ricordando che, proprio nel suo genere non particolare, la Costituzione europea può fungere da modello non più utopico di una costituzione dell'intera comunità internazionale, il suo idealismo supera forse la realtà globale. L'euro-ottimista e l'euro-pessimista potrebbero tuttavia fare pace e concludere paradossalmente che il vero futuro della Costituzione europea sarà altrove.

² J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2011.

PREFAZIONE ALL'EDIZIONE INGLESE

Questo libro è il prodotto dell'integrazione europea e nasce dal riconoscimento del fatto che il complesso e contestato processo d'integrazione europea rappresenti una sfida intellettuale di primo piano per la teoria democratica e costituzionale. Una trasformazione del genere, per essere ben compresa, ha bisogno di essere spiegata rivisitando con una buona dose di saggezza teorie e concetti essenziali. Un sfida teorica importante sta nel fare chiarezza su ciò che può essere conservato; ciò che invece va rivisto; e ciò che, infine, necessita di un'innovazione intellettuale. Per tale motivo questo libro è il prodotto di un lungo lavoro di ricerca. Un aiuto importante è venuto dalle diverse modalità con cui i processi d'introspezione costituzionale europei e canadesi ci hanno fornito arene intellettuali e punti d'incontro. L'importanza di entrambi è stata vitale per sviluppare le riflessioni presenti in questo libro. Libro che, comunque, è il risultato di uno sforzo collettivo.

Gli autori non sono altro che catalizzatori di idee e intuizioni che provengono dal contatto quotidiano con una comunità intellettuale più ampia, nei cui confronti sono in profondo debito, dal momento che offrono ad essa meno di quanto ricevono. In tutta onestà, anche noi ci sentiamo in debito da questo punto di vista.

Questo libro ha potuto beneficiare anche dei commenti e degli *inputs* di coloro che lo hanno letto interamente, o hanno letto parti di esso. Si tratta, nello specifico, di: Alan Cairns, Flavia Carbonell, Edoardo Chiti, Massimo La Torre, David Laycock, Raúl Letelier, Fernando Losada, Chris Lord, Andrew Moravcsik, Francisco Rubio, e Anne Elizabeth Stie.

Il tema toccato all'inizio in vari seminari di ARENA svoltisi nel corso degli anni, fa propri gran parte dei commenti avuti "nel laboratorio di Oslo", come lo aveva giustamente etichettato Hauke Brunkhorst. Pertanto, ricollegandoci a quanto detto in precedenza, ci sentiamo in dover ringraziare sentitamente le seguenti persone per il loro contributo: Erik O. Eriksen, Espen D. H. Olsen, Marianne Riddervold, Helen Sjursen, e Hans-Jorg Trezn.

Vari aspetti essenziali della teoria esposta sono poi stati discussi durante il corso di diritto costituzionale dell'Unione europea che il Professor Menéndez ha impartito per sette anni, prima all'Istituto Universitario Ortega y Gasset, e poi al Centro di Studi Politici e Costituzionali di Ma-

drid. Senza dubbio questo testo ha beneficiato di entrambe le esperienze, grazie soprattutto alla presenza di studenti provenienti da vari Paesi e con culture diverse.

Questo libro è anche un contributo al Sesto Programma Quadro per la Ricostituzione Democratica in Europa promosso dalla Commissione europea (RECON). Le fonti principali di supporto finanziario di questo lavoro sono venute da ARENA e dal Consiglio Nazionale di Ricerca norvegese. Un aiuto è stato offerto anche dall'Associazione Nordica per gli Studi Canadesi (NACS-ANEC) e dal Network europeo per gli studi canadesi, entrambi finanziati dal Dipartimento di Affari Esteri e Commercio Internazionale; e, infine, da parte dell'ormai defunto Ministero della Ricerca e dell'Innovazione tecnologica spagnolo.

È importante ricordare le eccellenti condizioni di lavoro e lo stimolante contesto intellettuale incontrati presso il Centro ARENA. La cooperazione di lungo corso con Erik Oddvar Eriksen è stato un elemento chiave affinché potessimo pubblicare questo libro. Il professor Menéndez, inoltre, deve ringraziare la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Leon, e in particolare Miguel Díaz e Juan Antonio García, rispettivamente Preside e Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico all'epoca in cui questo libro veniva scritto.

Vorremmo anche ringraziare il personale amministrativo di RECON e di ARENA per l'ottima attività di supporto prestataci in questo periodo. Siamo inoltre estremamente grati a Susan McEachern e Janice Braunstein, della Rowman & Littlefield per la cura particolare e professionale dedicata al testo.

Infine, vorremmo ringraziare in modo particolare le nostre dolci metà (e Pablo) per esserci state vicino anche nei giorni più difficili, inghiottiti dalla spasmodica ricerca di una sfuggente figura del diritto: la sintesi costituzionale.

INTRODUZIONE

L'ENIGMA EUROPEO

L'Unione europea è un animale politico misterioso. In particolare, non è per niente scontato (1) che tipo di comunità politica essa sia (un'organizzazione internazionale, uno Stato in via di costruzione o un soggetto completamente nuovo?); (2) quali siano le norme che ne guidano il suo attuale funzionamento (L'Unione europea ha una Costituzione? Se sì, qual è il suo contenuto e come si è affermata?); e (3) mediante quale forma di legittimità l'Unione europea possa essere valutata (è possibile valutarla in riferimento a standard democratici? Se sì, allora la sua legittimità democratica è diretta oppure è derivata dagli Stati membri? Inoltre, se la risposta è negativa, quali standard di legittimità diversi da quelli democratici sono utilizzabili nel suo caso?). Sono questi i rebus che disorientano gli studiosi e gli osservatori dell'Unione. Questi ultimi, percepiscono l'Unione europea come un attore politico, e il Diritto comunitario come strumento per risolvere i conflitti e per coordinarne l'azione a livello continentale. Nei paragrafi successivi, osserveremo questi aspetti problematici approfonditamente.

1. *Quale tipo di ordinamento?*

Che tipo di ordinamento o sistema politico è l'Unione europea? questa domanda fondamentale, che è possibile formulare riguardo ad una qualsiasi comunità politica, non ha una risposta preconfezionata. Sappiamo che le Nazioni Unite sono un'organizzazione internazionale, mentre il Giappone è uno Stato, ma che cos'è l'Unione europea? Se si guarda alle diverse rappresentazioni dell'Unione europea che si ripetono con insistenza, si ricava l'impressione che siamo di fronte ad un camaleonte del mondo politico. Essa è stata descritta in diversi modi: come una forma speciale di

¹ Per motivi di chiarezza, utilizziamo il termine *Unione europea* ovunque, usandolo come un termine generico per valutare l'intero periodo d'integrazione a partire dal Trattato di Parigi del 1951 che istituisce la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Occasionalmente, ci riferiamo al sistema giuridico dell'Unione europea come diritto comunitario, non solo per nostalgia, ma perché tale termine è ormai fortemente radicato nell'uso comune.

organizzazione internazionale², come un quasi-Stato federale alle prime armi³, come una sorta d'impero europeo⁴, o come un nuovo soggetto politico *sui generis*⁵ (se non anche un governo sovranazionale, un sistema di *governance* transnazionale o un soggetto regionale cosmopolita). Così come nel caso delle Nazioni Unite – o per ciò che concerne l'Organizzazione Mondiale del Commercio – l'Unione europea è stata fondata, formalmente parlando, per mezzo di trattati internazionali. Ad oggi, l'Unione conserva ancora una struttura istituzionale e procedimenti decisionali tipici della diplomazia internazionale. Così come avviene per i summit del G-8, anche per il Consiglio Europeo orde di giornalisti (a migliaia) viaggiano per offrire copertura mediatica alle riunioni dei Capi di Stato e di governo degli Stati membri che si tengono, ad intervalli regolari, per monitorare lo sviluppo dell'Unione. Al contempo però, e in tal senso più in linea con gli Stati Uniti o il Giappone, l'Unione europea ha un maggiore impatto sulla vita quotidiana dei cittadini europei. Essa stabilisce molti degli assetti regolatori di base per l'interazione sociale. Una gran parte delle nuove norme che hanno effetti in tutti gli Stati membri sono essenzialmente delineate a livello di governo europeo, e non nazionale⁶. Decisioni e norme

² Derrick Wyatt, «New Legal Order or Old», *European Law Review*, 7 (1982), pp. 147-166.

³ Albert Sbragia, ed., *Euro Politics: Institutions and Policymaking in the «New» European Community*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1992; Philomena Murray and Paul Rich, *Visions of European Unity*, Boulder, Westview Press, 1996.

⁴ Jan Zielonka, *Europe as Empire: The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2006; un impero cosmopolita, secondo Ulrich Beck ed Edgar Grande, *Das kosmopolitische Europa*, Frankfurt, Suhrkamp, 2005; un impero repubblicano, secondo Claus Offe e Ulrich K. Preuss, «The Problem of Legitimacy in the European Polity: Is Democratization the Answer?», in *The Diversity of Democracy: Corporatism, Social Order and Political Conflict*, eds. Colin Crouch e Wolfgang Streek, Cheltenham: Edward Elgar, 2007, pp. 175-204.

⁵ John Gerard Ruggie, «Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations», *International Organization*, 47 (1993), pp. 139-174; Deirde Curtin, *Postnational Democracy: The European Union in Search of a Political Philosophy*, The Hague, Kluwer Law, 1997.

⁶ Opinioni contrastanti su queste cifre si trovano in Roman Herzog e Lüder Gerken, «Revise the European Constitution to Protect National Parliamentary Democracy», *European Constitutional Law Review*, (2007), pp. 209-218; e Yves Bertoncini, *What is the Impact of EU Interventions at the National Level?*, Paris, Notre Europe, 2009, ed anche disponibile all'URL <http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Etud73-Y_Bertoncini-en.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012). Quest'ultimo studio, che è documentato a fondo, calcola che in ogni sistema nazionale almeno un quinto delle norme sono d'origine europea. Sebbene si ritiene che il dibattito abbia una propria importanza, ci sembra che il problema non sia semplicemente una questione di quantità, ma anche di qualità. Questo è il motivo per cui, come già si afferma alla fine di questo capitolo, la nostra attenzione si concentrerà sulla formulazione di discorsi e decisioni che, nonostante siano quantitativamente marginali, hanno un effetto diffuso sulla prassi costituzionale europea.

europee toccano molti dei temi di conversazione “a tavola” degli europei, su questioni di grande preoccupazione: dal livello di disoccupazione ai tassi d’interesse delle ipoteche (in questi giorni, finanche dei salari, visti i tagli agli stipendi realizzati per salvare l’euro!), dal cambiamento climatico alla sicurezza nazionale. Allo stesso modo, l’Unione europea parla e negozia in nome dei cittadini europei dinanzi al resto del mondo. C’è un Ministro europeo per i negoziati che riguardano il commercio internazionale (il Commissario Europeo con delega al commercio), e adesso c’è un Presidente europeo (nonostante le mansioni spettanti a questa figura istituzionale debbano ancora essere chiarite)⁷. Esiste anche una Corte di Giustizia Europea. Quindi, sicuramente grazie a questa struttura istituzionale di vasta portata, l’Unione deve essere considerata qualcosa di più di un’organizzazione internazionale. Ma che cos’è in realtà? Le norme europee sono influenti e hanno implicazioni di ampio respiro, ma allo stesso tempo sembra che ci sia qualcosa di incompleto o inadeguato che rende tale entità difficile da comprendere per i cittadini: mancano cioè i simboli cardine di uno Stato. Non esiste un esercito europeo, non vi sono carceri europee (nonostante il Diritto comunitario ha delineato i suoi effetti sulla difesa nazionale e sul diritto penale degli Stati) e non esiste un fisco europeo (nonostante un piccolo insieme di tasse europee minori). Non c’è un profondo senso d’identità nazionale europea (Chi è disposto a morire in nome dell’Europa? Chi sente che il livello europeo sia quello adeguato per assicurare la solidarietà economica? Chi pensa che pagare tasse europee sia un obbligo?).

Forse è questo il motivo per cui molti autori si sono rifugiati nell’affermazione secondo cui l’Unione europea è una nuova formazione politica – un soggetto *sui generis* – che si distingue da entrambi i concetti di Nazione e Stato finora conosciuti. Infatti, l’indole ibrida e complessa dell’Unione sembra ben adattarsi a questa visione. Ciò che non è chiaro, invece, è in che senso bisogna considerare l’Unione come unica nel suo genere, e quali specifiche implicazioni abbia questa unicità sulla sua condotta. In altri termini, se l’Unione è un nuovo tipo di soggetto politico, quali conseguenze si producono per gli Stati membri che si sono messi insieme per darle vita? Sono stati «soppiantati», o per meglio dire assimilati, da questa nuova e originale formazione politica?

Altri negano il fatto che l’Unione sia così diversa, argomentando che essa, andando oltre lo Stato-nazione, in realtà ne riscatta le sorti⁸. Gli scet-

⁷ Questo nuovo presidente del Consiglio europeo è in effetti parte di un sistema di quattro presidenti, che comprende il presidente del Consiglio europeo, il presidente del Consiglio, il presidente della Commissione europea, e il presidente del Parlamento europeo. Il presidente della Commissione presiede un struttura amministrativa europea, mentre il presidente del Parlamento europeo presiede il primo parlamento sovranazionale al mondo.

⁸ Vedasi in particolare Alan Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, London, Routledge, 1992.

tici, a loro volta, vanno oltre e spiegano che il carattere apparentemente camaleontico dell'Unione è un gioco di simboli che serve a deviare l'attenzione dal fatto che essa detenga un potere democraticamente non autorizzato che si trova nelle mani delle *élites* europee⁹. Costoro fanno osservare, giustamente, che le comunità politiche non sono camaleontiche, e che non possono «cambiare pelle» così facilmente. In conclusione, sia per ragioni politiche che accademiche, non possiamo sfuggire alla domanda su quale tipo di soggetto sia l'Unione europea.

2. *Quale Costituzione Europea e di che tipo?*

Per far luce sulle difficili questioni prima citate, non sarebbe forse meglio analizzare più da vicino le norme fondamentali dell'Unione europea? È possibile che in questo modo ci si avvicini ad una soluzione? Non necessariamente. Esiste infatti un profondo disaccordo sullo status delle norme fondamentali dell'Unione. Tanto per cominciare, ci sono visioni contrastanti sul fatto che esista una Costituzione dell'Unione: qualcuno ne è convinto, altri invece lo negano con enfasi. La visione negativa sembra essere supportata dalla mancanza di un qualsiasi documento con tale denominazione, e forse, cosa ancor più importante, dalla mancanza di un processo dichiarato ed esplicito che abbia prodotto una Costituzione in quanto tale: non esiste una “Bastiglia”, né una “Philadelphia” europea. Se si ammette però che l'Unione non ha una costituzione, diventa difficile spiegare come questa sia venuta alla luce, e come sia diventata un attore così importante in Europa, oltre che nel mondo. Come può un'organizzazione con tali caratteristiche avere un impatto diretto sulle disposizioni costituzionali degli Stati membri e durare nel tempo senza una costituzione che ne guidi l'azione? D'altra parte, appare evidente che non esiste un testo, o un insieme di norme, che si riferisce ripetutamente e in maniera incontrovertibile ad «una Costituzione europea in quanto tale».

3. *Quali sono le sue credenziali di legittimità?*

Il terzo elemento di confusione riguarda le credenziali di legittimità democratica dell'Unione europea. L'Unione ha reiterato la sua vocazione di ordinamento democratico e ha dato vita a istituzioni democratiche

⁹ Una percezione critica si ritrova in Belén Balanyá, Ann Doherty, Olivier Hoedeman, Adam Ma'anit, e Erik Wesselius, *Europe Inc.: Regional and Global Restructuring and the Rise of Corporate Power*, London and Sterling, Va., Pluto Press, 2000, e Bastiaan van Apeldoorn, Jan Drahekoupil e Laura Horn, eds., *Contradictions and Limits of Neoliberal European Governance: From Lisbon to Lisbon*, Basingtoke, Palgrave Macmillan, 2008.

(che cos'è il Parlamento europeo se non la prova della volontà di rendere l'Unione europea maggiormente democratica? In effetti, non ha eguali fra tutte le assemblee di organizzazioni internazionali!), ma ciò non ha impedito in alcun modo accesi dibattiti, nel corso degli anni, sul cosiddetto deficit democratico dell'Unione. Dibattiti che non sono serviti a fare chiarezza sulla questione. Gli euro-scettici non solo ritengono che tale deficit nell'Unione esista, ma addirittura affermano che abbia prosciugato la linfa vitale democratica degli unici soggetti democratici fattibili, e cioè gli Stati-nazione (che adesso sono Stati membri dell'Unione). Altri negano categoricamente che l'Unione provochi un qualsiasi deficit democratico. È interessante notare che non viene messa in discussione l'ineludibilità della democrazia, ma il modo in cui essa debba configurarsi, in quanto esiste un profondo dissenso su cosa *sia* l'Unione e *cosa dovrebbe essere*.

Tutto ciò ha una diretta attinenza sulla questione di "chi ottiene cosa e quando", che sottende alle politiche europee¹⁰. Detto in parole semplici, il problema è stabilire quale democrazia per quale Unione europea. Senza dubbio l'integrazione europea ha favorito una certa convergenza su modelli appropriati di democrazia in Europa (l'Unione, infatti, ha dato una mano agli Stati del Sud e dell'Est dell'Europa nel loro cammino verso la democrazia). Ciò, tuttavia, non ci ha portato a trovare un'intesa su come si debba valutare la qualità democratica dell'Unione. Dal momento in cui gli studiosi non riescono a mettersi d'accordo su quale tipo di soggetto politico sia (o dovrebbe essere) l'Unione, essi non riescono a farlo neanche sugli standard di legittimità democratici da utilizzare per valutarne l'azione.

Il punto è che gli standard di legittimità democratica che si utilizzano per giudicare l'operato delle organizzazioni internazionali sono ben diversi da quelli utilizzati per uno Stato-nazione democratico. Ed ancora, quali siano gli standard democratici da applicare ad un soggetto politico *sui generis*, continua ad essere uno dei grandi misteri dell'integrazione europea. Ad ogni modo, fintantoché le caratteristiche salienti di tale ordinamento rimarranno avvolte nell'incertezza, e gli studiosi non riusciranno a mettersi d'accordo su cosa pretendere dall'Unione europea, ci sarà sempre una diaatriba sui criteri di valutazione più indicati da adottare e, quindi, anche un certo disaccordo sulla natura e sul livello di gravità del deficit democratico.

4. *Un'Unione europea in espansione, in continuo movimento e ancora di difficile definizione*

L'aspetto apparentemente contorto e dibattuto dell'Unione europea continua a sconvolgere allo stesso modo sia i cittadini europei che quelli al di fuori dell'Unione.

¹⁰ Harold Dwight Lasswell, *Politics: Who Gets What, When, How*, New York e London, Whittlesey House, 1936.

L'Unione europea viene spesso dipinta come un soggetto barocco, una struttura di grande complessità apparentemente incapace di diventare un attore globale «serio». Si ricordi a tal proposito la famosa domanda che fu attribuita a Henry Kissinger: «Se voglio parlare con l'Europa, quale numero devo comporre?»¹¹. Quale e di che Europa si tratta? L'Europa a cui Henry Kissinger si riferisce, aveva all'epoca l'etichetta di Comunità europea ed era composta da 12 Stati membri. Da allora si è trasformata in Unione europea (con il Trattato di Maastricht, del 1992) e, ad oggi, è composta da 27 Stati membri. Può il cambiamento di nome segnalare anche una profonda metamorfosi da organizzazione internazionale, con limitati poteri, ad un qualcosa di nuovo e profondamente diverso? Se è così, quando si è verificato tale cambiamento? A tal proposito, la baronessa Ashton, il nuovo Alto Rappresentante dell'Unione europea (incarico che molto si avvicina a quello di un Ministro degli Esteri europeo), ha dichiarato ironicamente che, dopo aver composto il *suo* numero di telefono – a cui gli altri Kissinger nel mondo oggi possono fare riferimento – risponde un messaggio registrato che recita: «Se desidera la posizione britannica, premere il tasto 1; se vuole quella francese, premere il tasto 2; se vuole quella tedesca premere il tasto 3»¹². La domanda, quindi, resta d'attualità: di che Europa si tratta?

L'enigma dell'Unione europea si riflette in un processo di riforma apparentemente perpetuo e con modalità costituzionali piuttosto barocche, mediante le quali le istituzioni nazionali ed europee hanno contribuito a consolidare l'Unione, mentre sembravano immerse in dispute apparentemente irrisolvibili sulla reale natura costituzionale dell'Unione.

4.1 Un processo di riforma perpetuo?

L'Unione non è solo una costruzione politica incompleta ma sembra anche in continuo movimento.

La fondazione delle Comunità negli anni Cinquanta del secolo scorso fu seguita da un periodo frenetico in cui sia la struttura europea costituzionale che quella istituzionale furono costruite secondo una *roadmap* disegnata nei Trattati e, in maggior misura, basandosi sulle tradizioni costituzionali e istituzionali degli Stati. Durante le ultime tre decadi, l'Unione è passata attraverso un processo costante in cui si succedevano gli *itinerari* di riforma delle sue basi fondamentali. Dal 1979 in avanti si sono prodotte 7 proposte

¹¹ Citato da Claude Cheysson, «Defining Europe's Place in the World», in Philip Morris Institute, *Discussion Paper 13*, Brussels, Philip Morris, 1997, pp. 33-40, a p. 35. Un amico intimo di Kissinger, Peter Rodman, rivendica il fatto che Kissinger abbia negato di aver pronunciato questa frase, che in effetti viene ripetuta spesso quando ci si riferisce alla presidenza del Consiglio europeo.

¹² Conferenza pubblica presso la London School of Economics, «Economics and Politics Post-Lisbon», 11 maggio 2010, audio disponibile all'URL <http://rich-media.lse.ac.uk/publicLecturesAndEvents/20100511_1830_economicsAndPoliticsPostLisbon.mp3>(Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

di grande riforma (di cui 5 sono andate in porto): la Bozza Spinelli (1984), l'Atto Unico Europeo (1986), il Trattato di Maastricht (1992), il Trattato di Amsterdam (1997), il Trattato di Nizza (2001), il Trattato Costituzionale di Laeken (2004), e il Trattato di Lisbona (2007). Prima che l'inchiostro con cui veniva scritto il documento contenente l'ultimo accordo raggiunto si asciugasse, già si dava inizio ad un nuovo processo di riforma.

Per capire il significato dell'Unione europea è necessario studiare da vicino sia la sua fondazione originale che i successivi processi di riforma. e tra questi, si deve prestare particolare attenzione ai due ultimi processi di riforma di Laeken e Lisbona. Ciò non solo perché sono quelli che hanno determinato l'attuale assetto normativo ed istituzionale dell'Unione europea (in quanto tali, di particolare interesse per gli studiosi dell'attuale Unione europea, sia dal punto di vista del diritto positivo che della scienza politica), ma anche perché il processo di Laeken ha segnato una rottura maggiore rispetto ai precedenti processi di riforma, essendo stato condotto facendo riferimento ad un'esplicita agenda costituzionale, e per il fatto che si è approdati ad un documento *prima facie* di chiaro aspetto costituzionale: il cosiddetto «Trattato Costituzionale» (formalmente chiamato Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa). Il Trattato di Lisbona, invece, ha rappresentato un passo indietro sul terreno del linguaggio costituzionale, ma non su quello della sostanza costituzionale.

L'iniziativa di scrivere una Costituzione per l'Unione europea (una Costituzione che intendeva essere simile alle costituzioni nazionali in termini di legittimità e di contenuti strutturali e sostanziali) fu (ri)lanciata¹³ nel 2000 dal Ministro degli Esteri tedesco Joschka Fischer, mettendo in moto il cosiddetto processo costituente di Laeken (che sarà valutato nel dettaglio al Capitolo 4). Il compito iniziale di definire una bozza fu affidato ad un organo che assomigliava ad un'Assemblea Costituente (la Convenzione Europea), che fece sperare in una trasformazione costituzionale più incisiva. Nel suo complesso, tuttavia, il processo fu controllato dai governi nazionali che rivestirono un ruolo privilegiato, sottolineandone in tal modo il carattere intergovernativo del suo profilo formale.

Ciò divenne evidente anche all'interno della Convenzione, quando i ministri degli esteri segnarono una «linea rossa» che delimitava il confine di ciò che i governi nazionali erano disposti ad accettare. La bozza della Convenzione passò così alla fase successiva, e cioè la Conferenza in-

¹³ Come viene documentato nel Capitolo 3, vi sono due precedenti che immediatamente vengono alla mente: la «Costituzione» redatta nel 1953, come parte del doppio progetto di creazione di una comunità politica e di difesa (Richard T. Griffiths, *Europe's First Constitution*, London, Kogan Page, 2000) e il progetto «Spinelli» del 1984, stilato da un Parlamento europeo per la prima volta eletto direttamente – vedasi Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis Jacobs, e Jean Paul Jacqué, eds., *The European Union Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 1986; Juliet Lodge, ed., *European Union: The European Community in Search of a Future*, London, Palgrave Macmillan, 1986.

tergovernativa (composta dai Capi di Stato e di governo), dove, dopo vari emendamenti, fu accettata. Successivamente questa fu sottoposta a ratifica da ciascuno Stato membro, nel rispetto delle proprie procedure di ratifica. Dieci Paesi, tra cui Francia e Olanda, scelsero l'opzione del referendum popolare. Sia in Francia che in Olanda, il confronto impari fra le aspirazioni iniziali e la realtà dei fatti spinse, nel 2005, la maggioranza dei cittadini francesi e olandesi a bocciare la bozza. Alcuni videro in questa bocciatura un trionfo della democrazia (nel senso di riaffermare il controllo democratico ultimo sui processi di riforma), altri si mostrarono estremamente preoccupati per le implicazioni che poteva avere sul cammino verso la futura integrazione europea.

Fu necessario del tempo prima che i governi riconoscessero i risultati dei referendum come un fallimento del processo di ratifica. Infatti, dopo la bocciatura referendaria, cominciò un periodo di «riflessione» durato diciotto mesi, che sarebbe meglio definire di inattività. Poi, apparentemente all'improvviso (in poche settimane), con un'esplosione di attivismo, gli esecutivi nazionali uscirono allo scoperto con proposte di carattere non-costituzionale per sostituire il Trattato Costituzionale. L'intera operazione aveva il sapore di una clonazione giuridica in quanto la nuova bozza era molto vicina ad essere una copia del Trattato Costituzionale, ma questa volta senza una dichiarata ambizione costituzionale (le disposizioni sui simboli e sulla terminologia riguardante le fonti del diritto furono messe da parte), e con una singolare collezione di eccezioni e di *opt-outs* (incluso un *opt-out* dalla Carta Fondamentale dei Diritti) riconosciuti a tutti i governi che facevano richieste in tal senso.

Tutto ciò in cambio dell'accettazione del fatto che la quasi totalità del testo del Trattato Costituzionale fosse preservato. Il cosiddetto Trattato di Lisbona nacque, dunque, con l'ambizione e la pretesa di gestire in maniera appropriata le inefficienze causate dal processo d'allargamento sulla struttura istituzionale e sui procedimenti decisionali. Dopo un intricato e agitato processo di ratifica (caricato anche da toni drammatici dovuti all'iniziale rifiuto popolare del Trattato in Irlanda, nell'unico referendum la cui celebrazione i governi non hanno potuto evitare), il Trattato di Lisbona fu formalmente ratificato ed entrò in vigore dopo che gli irlandesi, a quanto pare, avevano cambiato opinione. Si chiuse così un processo nato inizialmente con l'obiettivo di costituzionalizzare l'Unione, che aveva prodotto un documento giuridico contenente l'impossibile e contraddittoria denominazione di Trattato Costituzionale. Questo era stato affondato da due referendum popolari e, successivamente, era resuscitato nella sua quasi totalità, ma secondo un formato di trattato non-costituzionale, frutto di un processo di negoziati riservati tra i governi degli Stati membri.

Com'è stato possibile che la risposta all'appello iniziale per una Costituzione europea meritevole di tale appellativo (quello cioè di costituzione democratica) fosse il Trattato di Lisbona, il cui testo era stato ripulito da qualsiasi simbolismo costituzionale e che fu approvato mediante un

negoziato diplomatico riservato e a porte chiuse? In che modo gli stessi governi, che in precedenza si erano fatti promotori e avevano approvato l'azione costituente di Laeken, hanno giustificato un'inversione di rotta così evidente?

Se prendiamo in esame solamente il processo del Trattato di Lisbona, sembra che l'Europa sia passata dall'ambiguità costituzionale al rifiuto costituzionale. Questo giudizio sembra basarsi su un atteggiamento dell'opinione pubblica molto più scettico. È possibile che la vicenda di Laeken e Lisbona non sia altro che una *de-costituzionalizzazione*? È vero che il Trattato di Lisbona rappresenta un cambiamento qualitativo che consiste nel rifiuto di una vera e propria nozione di Costituzione Europea? Oppure, in questa vicenda c'è qualcosa di più da dover considerare? Il nostro punto di partenza dovrà essere il carattere contorto sia dei processi di Laeken che di Lisbona, e in maniera particolare lo strano modo in cui i governi nazionali hanno cambiato il loro discorso costituzionale. Ciò può avere un senso solo nella misura in cui teniamo in debita considerazione l'indole contraddittoria dell'Unione in qualità di soggetto politico, il che si combina con una profonda disputa sulla legittimità dell'Unione e una storia antecedente di riforme e nuovi trattati.

5. *I molti enigmi delle consuetudini giuridiche europee*

La mancanza di chiarezza sul tipo di configurazione istituzionale dell'Unione europea (l'ordinamento e gli interrogativi costituzionali) e sugli appropriati standard normativi da applicare per l'Unione, ha un effetto diretto sull'esercizio del Diritto comunitario, in special modo per ciò che concerne l'applicazione del Diritto comunitario nei casi in cui le norme nazionali ed europee entrano in conflitto, o laddove la creazione di norme comunitarie è profondamente controversa. Sebbene questi conflitti sembrano essere pochi dal punto di vista quantitativo, la loro rilevanza qualitativa è importante, poiché ci aiutano a definire le radici costituzionali di fondo dell'Unione. Il modo in cui vengono risolti ha un impatto strutturale pervasivo sull'intera attività costituzionale europea.

Proprio a causa del fatto che l'Unione europea è stata creata dagli Stati membri, e non viceversa, sarebbe stato ragionevole aspettarsi che il Diritto europeo non venisse considerato altro che un *derivato* delle costituzioni nazionali. Infatti, i Trattati furono ratificati d'accordo con le Leggi fondamentali degli Stati, facendo riferimento alle clausole costituzionali che autorizzano la ratifica dei trattati, quali i Trattati delle Comunità. Date tali condizioni, si può essere tentati dall'idea che le regole, a seconda del tipo di conflitti da risolvere tra Diritto comunitario e diritto nazionale, sarebbero state *nazionali* (e ciò in linea con le tradizioni nazionali, le cui regole non assegnano la preminenza al Diritto comunitario laddove quest'ultimo fosse entrato in rotta di collisione con le costituzioni nazionali). Ancor più complicata sarebbe stata una prassi costituzionale europea.

Alle norme comunitarie viene riconosciuto di avere *effetto diretto*, un aspetto che si analizzerà a lungo nel Capitolo 3. Ciò implica che il conflitto tra norme nazionali e comunitarie viene, di fatto, risolto dalla Comunità, e non dal diritto nazionale, perché è il Diritto comunitario, e non quello nazionale, che decide quale norma comunitaria ha effetto diretto in uno Stato membro. Inoltre, anche a dispetto del disaccordo in materia (anch'esso sarà oggetto di analisi nel Capitolo 3) sia le istituzioni europee che quelle nazionali hanno dovuto accettare il fatto che il Diritto comunitario dovesse prevalere su quello nazionale, anche nei casi in cui erano coinvolte norme costituzionali.

Nonostante la prassi sia estremamente confusa al riguardo e manchi di un chiaro fondamento di principio, una sua affermazione non sembra imminente in assenza di una soluzione ai quesiti riguardanti l'ordinamento politico e la sua legittimità. Prendiamo in esame uno dei conflitti costituzionali più eclatanti avvenuti recentemente in Europa: la sentenza *Viking*¹⁴. Il diritto finlandese sembrava affermare che il diritto ad un'azione collettiva dei lavoratori finlandesi potesse includere l'organizzazione di uno sciopero paneuropeo contro la delocalizzazione dei traghetti finlandesi in Estonia, dove il costo del lavoro era più basso e i diritti dei lavoratori più deboli. Il diritto del datore di lavoro di decidere dove stabilire la propria attività doveva essere surclassato e, dunque, accantonato. In caso contrario, non sarebbe rimasto molto dell'impegno costituzionale per la protezione dei diritti dei lavoratori (che infatti si basa sulla premessa che lo Stato tenga conto della crescente forza economica strutturale di chi possiede i capitali in un mondo globalizzato, e del fatto che i lavoratori siano effettivamente in grado di organizzarsi allo stesso livello degli imprenditori che sfruttano la propria forza strutturale).

In definitiva, la legge finlandese era a favore del diritto di sciopero dei lavoratori. Del resto, difficilmente qualcuno potrebbe sospettare che la maggior parte delle costituzioni, su questo punto, non fossero dello stesso tenore¹⁵. Nonostante ciò, la Corte di Giustizia Europea risolse il conflitto in favore della libertà di stabilimento dei proprietari dei traghetti. Il dispositivo della sentenza è ufficiale, ma non è niente affatto scontato che gli Stati membri vi si atterrano. Manifesti che fanno appello alla non osservanza di un'antecedente sentenza della Corte di Giustizia, quella del caso *Mangold* (che riguarda un conflitto su quale forma di discriminazione in base all'età fosse costituzionale), sono stati scritti addirittura dall'ex-presidente della Corte Costituzionale tedesca, nonché da Roman Herzog, che si occupò di

¹⁴ Sentenza C-438/05, *Viking*, (2007) Racc. I-10779.

¹⁵ Sebbene le diverse tradizioni costituzionali nazionali possano caratterizzare questo problema sotto vari punti di vista, non si può dire che sarebbero arrivate a prestare un appoggio incondizionato alla soluzione avanzata dalla Corte di Giustizia Europea, che risolveva il conflitto a favore della libertà di stabilimento del datore di lavoro.

redigere la bozza della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea nella sua versione finale¹⁶. Una linea altrettanto bellicosa nei riguardi della sentenza Viking¹⁷ è stata assunta da uno dei *decani* degli Studi europei, Fritz Scharpf. Il dispositivo della sentenza non aveva risolto la questione, ma semplicemente aveva esacerbato la sensazione che nella giurisprudenza della Corte ci fosse qualcosa di sbagliato nella comprensione del principio della preminenza. Tuttavia, anche lo sbaglio risultava poco chiaro.

Le domande più complesse da affrontare nell'applicazione del diritto comunitario non hanno infatti soluzione, perché non è stata fatta chiarezza su cosa sia l'Unione europea, e in che modo la sua legittimità debba essere valutata e verificata. I rebus riguardanti ordinamento, costituzione e legittimità, descritti all'inizio di questo capitolo, si traducono direttamente dal punto di vista giuridico in due quesiti:

- a) il rebus della «genesì» (com'è possibile che trattati formalmente internazionali che derivano da costituzioni nazionali oggi si presentino come fonti di un ordinamento costituzionale?) che è alla base del conflitto tra due ordini di norme costituzionali della sentenza *Viking*;
- b) l'enigma della prevalenza (com'è possibile che un ordinamento giuridico, che è un derivato del diritto costituzionale nazionale, dal punto di vista logico e normativo possa pretendere di *prevalere* sul diritto costituzionale medesimo?), che è alla base della prassi costituzionale che ne sancisce la prevalenza.

Questi problemi sembrano così difficili da trattare che molti giuristi e teorici del diritto si sono dovuti rifugiare in un'analisi meramente *sociologica* del problema, sospesi nel loro scetticismo giuridico, e consci del fatto che al più si può sostenere l'esistenza di *due* soluzioni giuridiche *corrette*, a seconda del punto di vista da cui si guarda il problema¹⁸. Ad ogni modo questa è una soluzione profondamente insoddisfacente se puntiamo ad occuparci della prassi costituzionale, ed a non limitarci a descrivere le cose

¹⁶ Roman Herzog e Lüder Gerken, «Stop the Court of Justice», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 settembre 2008, versione in inglese disponibile all'URL <http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite_eng.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁷ Fritz Scharpf, «The Only Solution Is to Refuse to Comply with ECJ Rulings», *Social Europe*, 4 (2009), n. 1, pp. 16-21; vedasi anche le ragioni di Damian Chalmers «Here Are the Rules for Disobeying Brussels», *The Times*, 5 giugno 2009, disponibile all'URL <<http://www.almendron.com/tribuna/here-are-the-rules-for-disobeying-brussels/>> (ultimo accesso, Maggio 2012). Un'ulteriore dimostrazione di questa tendenza d'opinione si trova in William Phelan, «Can Ireland Legislate Contrary to European Community Law?», *European Law Review*, 33 (2008), pp. 330-349.

¹⁸ Questo è il nucleo essenziale dell'interpretazione pluralista del diritto comunitario avanzata dall'innovativo articolo scritto da Neil MacCormick, «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review*, 52 (1993), pp. 1-18, a p. 5.

così come sono. È necessaria, dunque, una teoria costituzionale europea capace di risolvere questi problemi costituzionali di grande centralità.

6. *Largomento principale di questo libro: il modello di sintesi per una Costituzione Europea*

L'obiettivo principale di questo libro è fare luce sugli interrogativi e gli enigmi che circondano l'integrazione europea, fornendo una teoria costituzionale dell'integrazione europea. Questo è il ruolo e l'obiettivo della nostra teoria della sintesi costituzionale, a cui adesso accenneremo brevemente.

La teoria si basa su due intuizioni chiave. La prima è che l'essenza strutturale e sostanziale del diritto costituzionale europeo è stata composta, e in gran misura continua ad esserlo, da un *diritto costituzionale comune* degli Stati membri. La formazione delle Comunità europee fu, dunque, simile ad un momento «fondativo», ma al contrario di ciò che accade nel caso della tradizione costituzionale rivoluzionaria (come nel caso di Francia e Italia), la costituzione dell'Unione non fu scritta attraverso un *We the European People*, ma fu definita dal suo implicito riferirsi alle sei costituzioni degli Stati membri fondatori. In quel modo, le costituzioni di Francia, Germania, Italia, Olanda, Belgio e Lussemburgo andarono a far parte di una collettività costituzionale europea. Le costituzioni nazionali cominciarono così a vivere una «doppia vita costituzionale». Combinarono il proprio antico ruolo di costituzioni nazionali in uno nuovo di costituzione collettiva sovranazionale¹⁹. La nostra seconda considerazione chiave è che la fondazione delle Comunità europea sfociò nella creazione di pezzi di una struttura istituzionale sovranazionale. Una struttura che si sovrappose alle strutture istituzionali nazionali, senza puntare ad organizzare un ordine gerarchico, né con una chiara suddivisione delle funzioni che facesse riferimento alle competenze. Poiché all'epoca non c'erano molte strutture istituzionali a livello sovranazionale (con la sola eccezione della Lega delle Nazioni, nella misura in cui questa possa essere considerata nei fatti un'istituzione europea), c'erano buone ragioni per porre dei paletti allo sforzo iniziale intrapreso per delineare gli elementi essenziali di tale struttura. Quest'ultima, poi, fu progressivamente arricchita (attraverso diverse tradizioni e culture istituzionali nazionali ancora da inquadrare nelle nuove istituzioni) e completata. Il peculiare pluralismo costituzionale, frutto della combinazione di ciascun diritto costituziona-

¹⁹ Nel secondo capitolo si illustrerà questa situazione utilizzando l'immagine del campo come strumento metaforico. La fondazione delle Comunità, infatti, implicava il fatto che le costituzioni nazionali abbandonassero la loro solitudine costituzionale in quanto costituzioni di uno Stato-nazione autosufficiente, posizionandosi nel campo costituzionale europeo comune. L'autarchia costituzionale veniva dunque sostituita dall'apertura costituzionale, dalla cooperazione e della riflessività.

le (originariamente un mero archetipo regolatorio per l'affermazione di un diritto costituzionale comune) con una struttura istituzionale plurale, era inevitabile dal momento che non si riuscì a trovare, sul percorso verso una costituzione democratica sovranazionale, un atto rivoluzionario che desse vita alla costituzione (e gli europei non sembravano interessati ad attendere la formazione di convenzioni costituzionali che sarebbero eventualmente e gradualmente emerse per organizzare la loro vita in comune).

La teoria della sintesi costituzionale pone un marcato accento su quello che considera l'elemento distintivo dell'Europa, e cioè la sua natura di unione costituzionale di Stati già dotati di Costituzione. In primo luogo, il carattere *sintetico* del diritto costituzionale europeo, chiarisce il ruolo centrale giocato dalle costituzioni nazionali nel processo d'integrazione europea. Esso non solo ci spinge a prendere in considerazione i *mandati d'integrazione* contenuti in cinque delle sei costituzioni degli Stati membri fondatori (plasmati dai padri costituenti degli Stati membri nell'immediato dopoguerra quando la democrazia costituzionale *in un solo Paese* appariva estremamente instabile), ma anche la continuità - e una certa somiglianza per quanto concerne l'identità - fra le leggi fondamentali nazionali e quelle sovranazionali. In secondo luogo, la sintesi costituzionale è un processo mediante il quale le costituzioni nazionali si associano senza perdere la loro specifica identità nazionale. La sintesi costituzionale è, dunque, una sintesi *normativa*: la sintesi delle norme costituzionali. Terzo, il fatto che il processo normativo della sintesi facesse perno su una struttura istituzionale plurale, fu la garanzia ultima della legittimità democratica per l'intera costruzione europea. L'insieme degli Stati membri, in sostanza, rappresentava la fonte di legittimità democratica principale per l'intera costruzione europea. Quarto, il pilastro del sistema istituzionale pluralista europeo risiede nel numero e nelle diversità esistenti negli Stati membri (diversità che aumentano con l'entrata di nuovi Stati membri). Anche le istituzioni a livello dell'Unione incarnano parte di questa diversità grazie ai complessi modelli di adattamento e riproduzione²⁰.

Ad ogni modo, la teoria della sintesi costituzionale non solo chiarisce l'archetipo regolatorio che sostiene il diritto costituzionale europeo (il diritto costituzionale comune, o secondo il linguaggio utilizzato dalla Corte di Giustizia Europea, «le tradizioni costituzionali comuni»), ma tiene anche conto della natura del processo d'integrazione attraverso il diritto costituzionale, che si era affermato dopo la creazione dell'Unione. Infatti, con la sintesi costituzionale, si è avviato un doppio processo di costituzionalizzazione: da una parte si è tentato di rendere esplicita la natura

²⁰ Anche i sei Stati membri iniziali erano enormemente differenti per quanto concerne le dimensioni, alcuni erano Stati federali, altri unitari, presentavano differenti sistemi di rappresentanza e di controllo delle responsabilità (sistemi partitici e sistemi elettorali), ed avevano sistemi amministrativi e stili diversi (fra gli Stati ma anche su vari livelli e campi d'applicazione).

costituzionale dei soggetti e degli ordinamenti giuridici; dall'altra di rafforzare dei contenuti normativi specifici di un archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune. Processi che si accompagnano ad una progressiva affermazione istituzionale e al completamento dell'Unione. Ciò corrisponde, in grande misura (come è spiegato per esteso nel Capitolo 2 e dimostrato nel Capitolo 3), con i primi tre decenni di vita dell'Unione europea, dove sia l'istanza legislativa che quella giurisprudenziale e istituzionale, furono gli elementi chiave di un'Unione europea già istituita. Inoltre, come spiega il secondo capitolo, i limiti intrinseci di legittimità, insieme alla loro vulnerabilità dinanzi a shock esterni ed interni, spiegano in larga parte i molti tentativi di riforme fondamentali a partire dal 1979, periodo che verrà definito nel terzo capitolo «lunga stagione costituzionale» dell'Unione europea.

La vocazione verso la sintesi dell'Unione europea e il suo ordinamento giuridico ci aiutano a chiarire il rebus della legittimità dell'Unione, e quindi l'enigma di carattere giuridico cui abbiamo fatto riferimento in precedenza. La sintesi costituzionale ci rivela fino a che punto esiste una *continuità* giuridica e politica fra gli Stati membri e l'Unione europea. L'ordinamento giuridico europeo non deriva solamente dagli Stati membri, ma in gran parte è *composto* da norme nazionali di diritto. In altre parole, non solo le costituzioni nazionali autorizzano e danno un mandato all'integrazione, ma si verifica anche che le componenti che danno vita all'ordinamento europeo (norme di diritto comunitario) siano parte degli stessi ordinamenti nazionali *trasferiti* a livello europeo. Ciò si trova in stretta correlazione con il trasferimento di *legittimità democratica* dalle costituzioni nazionali all'Unione europea, nella misura in cui la Costituzione Europea continua a riflettere le norme costituzionali nazionali. Quest'ultimo punto non va dato per scontato *proprio a causa* delle dinamiche realmente costituzionali a cui la sintesi propende e, in particolare, in ragione dei tratti specifici del pluralismo nel diritto costituzionale europeo che risultano dalla combinazione di un archetipo regolatorio di un singolo diritto costituzionale nazionale con il persistere di strutture istituzionali nazionali e norme costituzionali separate. La sintesi, dunque, non solo è molto fragile in presenza di uno shock esterno che la colpisce, ma fronteggia anche dei limiti interni, inclusa una netta *resistenza* alimentata dalle dinamiche d'integrazione. Per farla breve, dunque, la sintesi non è solo fragile, ma è anche auto-sovversiva, nella misura in cui il suo successo la obbliga a scatenare delle dinamiche che possono ostacolare, o addirittura frenare, il processo di sintesi stesso.

La parte cruciale di questo libro sta nel presentare questa teoria nel dettaglio e applicarla, in modo tale da spiegare lo sviluppo costituzionale dell'Unione, rinsaldando la *narrativa costituzionale* che svela gli aspetti dell'integrazione europea, offrendo *un'interpretazione costituzionale* dei processi di Laeken e Lisbona, risolvendo alcune delle questioni chiave nella *prassi costituzionale europea* (fornendo risposte ai rebus politici e agli enigmi giuridici cui si fa riferimento nella parte iniziale di questo

capitolo) e delineando un confronto tra la storia costituzionale canadese e quella europea. Il Canada ci sembra un ordinamento con dei chiari tratti di sintesi costituzionale. La ricostruzione del suo sviluppo costituzionale, dal punto di vista della sintesi, ci consentirà di testare i caratteri generali della nostra teoria costituzionale, ed anche di trarre utili lezioni da applicare all'integrazione europea.

7. Lo status della teoria della sintesi costituzionale

La sintesi costituzionale offre una narrativa costituzionale del tutto particolare che dà un senso ai problemi del diritto e della politica più controversi dell'integrazione europea. A tal proposito, tre aspetti essenziali meritano di essere chiariti.

Il primo è che la sintesi costituzionale è una teoria interpretativa o ermeneutica. Il nostro obiettivo è quello di offrire la miglior interpretazione e spiegazione possibile della prassi costituzionale europea, intesa come consuetudine sociale. Ci si preoccupa, dunque, dei fini, e non solo di intenzioni e casi empirici. Secondo i termini espressi da Ronald Dworkin:

Un'interpretazione, per natura, deve rapportarsi con gli scopi, serve a proporre un modo di osservare come si interpreta una consuetudine sociale o una tradizione, così come un testo o un quadro, nella misura in cui essi siano il prodotto di una decisione per andare in cerca di un insieme di temi, visioni o scopi, una «prospettiva» piuttosto che un'altra. Questa struttura ha bisogno di un'interpretazione anche quando il materiale da interpretare è la consuetudine sociale, anche laddove non vi è un autore nella storia, la cui visione nel periodo storico in cui è vissuto possa essere scandagliata²¹.

Siamo ovviamente interessati a discorsi su norme di diritto, decisioni politiche e giudiziarie, ma non ci interessiamo dell'autenticità o delle motivazioni dei singoli attori. Dai fatti puri e duri si estrae il senso della prassi in sé. Citando di nuovo Dworkin, cerchiamo di analizzare e capire «le richieste e le argomentazioni sollevate dai partecipanti, autorizzate e incoraggiate dalla prassi (nella misura in cui sia così), su che cosa essa *significhi* e non su che cosa essi vogliono dire»²². In altri termini, cerchiamo il modo migliore per valutare le consuetudini, anche se ciò pone dei limiti all'interpretazione. Il miglior modo per valutarle sarebbe quello che ci consentisse di prendere ragionevolmente in esame gli attori nel momento in cui erano capaci di riconoscerle e farle proprie, avendo formulato o esplicitamente articolato una teoria critica di ciò che stavano

²¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana, 1986, pp. 58-59.

²² *Ivi*, p. 63.

facendo. Un qualcosa che, e questo è il problema, non è stata fatta; e ciò per due buone ragioni.

La prima, in quanto gli attori erano troppo occupati nel trovare mezzi politici e istituzionali per evitare una terza guerra mondiale nello spazio di una sola generazione. Per questo motivo la teoria fu messa in secondo piano. La seconda ragione si riferiva alla presenza di qualcosa di genuinamente nuovo per quanto concerne la rotta costituzionale da intraprendere.

Le parole sulle colonie americane di uno dei più famosi storici costituzionalisti possono essere applicate al contesto europeo: i Paesi europei nel dopoguerra affrontavano «problemi che si sono puntualmente verificati, e in parte già conosciuti, ma i cui contorni non erano affatto definiti, né tantomeno risolti con mutua soddisfazione di tutte le parti in causa»²³. In altre parole, si sostiene l'idea che certe letture di quest'esperienza avrebbero dovuto essere più convincenti, specialmente per chi vuole accettare letture diverse. Infatti, anche se nessuno degli attori politici chiave o dei cittadini ebbe fra le mani una chiara teoria dell'Europa costituzionale, le loro incursioni nella teoria sono congeniali per la sintesi. Com'è ben noto, Robert Schumann non cercò di definire la Comunità del Carbone e dell'Acciaio come un'organizzazione internazionale né come uno Stato, bensì come una comunità sovranazionale (termine che fece la sua comparsa nell'Articolo 9 del Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio-CECA)²⁴.

Ciò va visto nell'ottica di un tentativo di andare al di là delle tipologie generiche presenti nella teoria costituzionale, specialmente perché fu fatto nel prologo di una delle più astute esposizioni di diritto riguardante la CECA. Fu comunque un tentativo che fallì, perché la teoria della sopranazionalità non si ancorava a una filosofia pubblica dell'integrazione. Il termine ben presto diventò l'ultimo rifugio dei furbi del *sui generis*²⁵, ma la sua intuizione chiave fu congeniale per la sintesi costituzionale, vale a dire trovare un modello costituzionale diverso per la creazione di una costituzione democratica. Lo stesso può dirsi delle espressioni come «Unione sempre più stretta» e ancor di più riferendoci al concetto chiave di «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

La seconda ragione riguarda il nostro ruolo di analisti. Questo fa sì che ci interessiamo alla prassi costituzionale europea non solo come osservatori esterni, ma anche in qualità di partecipanti nella prassi mede-

²³ Jack P. Greene, *Peripheries and Center: Constitutional Development in the Extended Politics of the British Empire and the United States*, New York, Norton, 1986, p. 7.

²⁴ Robert Schuman, in Paul Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, Librairie générale de droit e de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1953, p. 7.

²⁵ Alexander Somek, «On Supranationality», *European Integration Online Papers*, 5 (2001), disponibile all'URL <eiop.or.at/eiop/pdf/2001-003.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

sima. L'integrazione europea è oggetto di un'ampia mediazione fatta dal diritto: è un'integrazione fatta attraverso il diritto, tanto per usare la celebre frase di Cappelletti²⁶. Dunque, nel momento in cui ci occupiamo di questa prassi, nel momento in cui cominciamo a considerare i problemi di valutazione costituzionale, anche se seduti in poltrona e con un certo distacco, non possiamo guardare a noi stessi come meri osservatori esterni.

Ogni discussione su cosa significa il diritto, implica mettersi nei panni di un giudice, non importa il livello amatoriale con cui lo facciamo. Questa è una vecchia questione nella teoria del diritto, che merita di essere segnalata, e che non fu chiarita dai sostenitori del diritto naturale, ma da quelli del diritto positivo²⁷. In questo senso inserirci in questa prassi, ci aiuta nel processo d'interpretazione, ma serve anche a condizionare e porre dei limiti a quest'ultima, perché in qualità di interpreti, dobbiamo necessariamente basarci su molti degli stessi aspetti della prassi nel fare la nostra interpretazione. Focalizzarsi sul diritto e sull'argomentazione giuridica implica anche, come già accennato in precedenza, una maggiore concentrazione sul discorso costituzionale e su decisioni che possono essere poche dal punto di vista quantitativo (e può sembrare uno strano oggetto di studio da un punto di vista puramente empirico), ma che ne determinano gli aspetti strutturali. Ciò spiega, per esempio, l'argomento e i contenuti del Capitolo 5. I conflitti su un'adeguata interpretazione del diritto costituzionale europeo, che fanno entrare la Corte di Giustizia Europea (CGE) in contrapposizione con le corti costituzionali nazionali, sono in realtà pochi e sparsi nel tempo. Il modo, poi, in cui sono risolti fissa il retroterra della teoria costituzionale secondo cui procede l'intera prassi costituzionale europea. Tutto ciò non differisce molto, dal punto di vista strutturale, dalla prassi costituzionale nazionale.

In terzo luogo, la teoria della sintesi costituzionale presentata in questo capitolo è stata sviluppata sulla base dell'esperienza europea. La teoria è stata sviluppata per dare un senso teorico alle specifiche esperienze europee e, in particolare, all'evoluzione dell'Unione costituzionale all'interno del contesto di Stati costituzionali già esistenti ed anche *persistenti*. I loro assetti istituzionali diversi e le loro varie concezioni di modello istituzionale appropriato svolgono un ruolo cruciale in questa storia²⁸.

²⁶ Mauro Cappelletti, Monica Secombe, e Joseph Weiler, eds., *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter, 1986.

²⁷ La teoria pura di Kelsen, infatti, non puntava alla purificazione della normatività partendo dal diritto, ma dalla politica. Kelsen ebbe varie polemiche con i sociologi precisamente su questo punto. La formulazione più famosa per quanto riguarda la differenza tra prospettiva interna ed esterna nel diritto, si trova in H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

²⁸ La nostra teoria prende ispirazione dalle prospettive istituzionali nel diritto, nella politica e nella sociologia. Nel diritto, vedasi in particolare Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999; e Neil MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Nella scienza politica, si

Sebbene questa teoria sia un nostro tentativo di spiegare la storia costituzionale europea, ci sembra che possa avere un più ampio respiro perché, fra l'altro, gli europei nel 1951 e nel 1957, così come i francesi nel 1789, diedero vita a una pratica sociale che ha un significato che travalica lo specifico ambito territoriale. Nel Capitolo 6, dunque, si cercherà di capire se la sintesi costituzionale può essere utilizzata per ricostruire la storia costituzionale del Canada. Dopo averla descritta nel merito, si cercherà di ricavare dall'esperienza canadese una lezione che sia rilevante per l'Unione europea. In breve, anche se la sintesi costituzionale sembra essere stata costruita ad arte per l'esperienza europea (nel suo spirito ermeneutico, andando avanti e indietro tra la prassi e la teoria costituzionale europea), in realtà essa non è eurocentrica o, per meglio dire, esclusivamente applicabile all'Europa. Di conseguenza, ci collochiamo all'interno di un ambito del discorso politico-filosofico più ampio, e in particolar modo nello spazio che una volta era tipicamente occupato dalla teoria classica generale del diritto e dello Stato²⁹. Questa prospettiva che agli inizi fu preminente a livello nazionale, oggi risulta essere poco attrattiva sia a livello nazionale che europeo. Ad ogni modo, per le ragioni esposte in precedenza, *adesso* è più che mai necessaria.

8. *Struttura del libro*

L'Unione europea ha bisogno di una teoria costituzionale, che dipenda ancora una volta da un apposito chiarimento analitico. Ciò è quello che ci si appresta a fare nel primo capitolo. In particolare, ci sembra che un numero considerevole di falsi dibattiti e un buon numero di discussioni del passato, siano scaturiti dalla rappresentazione inadeguata delle differenti sfaccettature dei concetti di Costituzione. Questo è il motivo per cui vogliamo: (1) distinguere fra tre concezioni diverse di costituzione (formale, materiale e normativa) e determinare in che senso l'Unione ha (o meno) ha una Costituzione, (2) distinguere fra i diversi tipi di dinamiche costituzionali.

considera in particolar modo G. March e Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions*, New York, The Free Press, 1989; e James G. March e Johan P. Olsen, *Democratic Governance*, New York, The Free Press, 1995. In sociologia, vedasi W. W. Powell e P. J. Dimaggio, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991. Nel nostro testo non c'è sufficiente spazio per approfondire i contributi specifici di ciascuno di questi settori del pensiero. Daremo conto di ulteriori debiti intellettuali riguardanti la teoria costituzionale e la teoria dell'integrazione europea, nelle ulteriori sezioni del libro.

²⁹ Carl Joachim Friedrich, *Constitutional Government and Politics*, New York, Harper and Brother Publishers, 1937; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1949; Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1958; Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

zionali (processo costituente, trasformazione costituzionale, costituzionalizzazione semplice) e (3) distinguere fra le due principali combinazioni di dinamiche costituzionali che istituiscono un modello democratico al fine di scrivere una costituzione nazionale (costituzionalismo rivoluzionario o evolutivo). Queste distinzioni analitiche sono particolarmente necessarie, ma sono solo ausiliarie rispetto al compito di fornire una teoria costituzionale alla Costituzione europea. Tale teoria verrà esposta nel dettaglio nel secondo capitolo. Le tre componenti chiave della teoria sono: l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, una Costituzione fatta da un insieme collettivo di costituzioni nazionali, e la comprensione del fatto che la sintesi normativa può essere accompagnata da una struttura istituzionale pluralista, e addirittura esserne facilitata.

Questa teoria si adatta ad un processo costituente che si mette in moto grazie agli Stati che insieme vi hanno accesso, ma che non sfocia necessariamente nella creazione di un nuovo Stato. La teoria, dunque, ha bisogno di una metafora spaziale differente rispetto a quella dello Stato sovrano. Crediamo che la dimensione giuridica e costituzionale europea non sia predisposta secondo i canoni di uno Stato gerarchico, ma la si immagini meglio agendo in un «campo» costituzionale comune meno gerarchizzato, dove tutte le costituzioni nazionali diventano strutturalmente legate alla costruzione europea. Questa struttura porta con sé un insieme specifico di condizioni indispensabili per l'integrazione costituzionale, limiti intrinseci e vincoli all'integrazione costituzionale. Con questi elementi, spiegati in precedenza, presentiamo una teoria che ci consente di dare un senso alla natura apparentemente contraddittoria dell'Unione europea e al suo ordinamento politico, dotato di aspirazioni unitarie, ma con struttura istituzionale pluralista.

Ciò si riesce a dimostrare sia mediante la ricostruzione delle componenti chiave della storia del diritto costituzionale europeo, sia affrontando i principali problemi costituzionali presenti nei discorsi politici e giuridici che riguardano l'Europa. Il Capitolo 3 si occuperà dei primi cinquant'anni di storia dell'integrazione, dal Trattato di Parigi fino ad arrivare al Trattato di Nizza. Proveremo a rendere facilmente riconoscibile il «momento sintetico costituzionale» che segna l'inizio vero e proprio del processo costituzionale europeo, e corrisponde alla firma dei tre Trattati istitutivi dell'Unione europea. In seguito si osserverà una seconda fase di costituzionalizzazione con risultati politici limitati dal punto di vista costituzionale, che successivamente viene sostituita da una terza fase, che corrisponde alla lunga stagione costituzionale dell'integrazione europea. L'intenzione di far nascere a Laeken «una carta costituzionale» (2001) segna l'inizio della fase più recente in questa lunga stagione costituzionale.

Nel Capitolo 4 ci occuperemo più nel dettaglio dei processi di Laeken (2001-2005) e Lisbona (2007-2009), mostrando come la teoria della sintesi costituzionale dà un senso sia all'apparente inversione di rotta nella terminologia e nei simboli costituzionali che alla sostanziale somiglianza tra i due processi. Si tratta di un test critico per questa teoria, visto che è

stata pensata per dimostrare come e in che misura possa guidare più ragionevolmente la prassi nel diritto, piuttosto che come una nuova proposta che prende spunto da teorie costituzionali già esistenti. Nel Capitolo 5 verrà descritta (e discussa) per sommi capi, la capacità di questa teoria di dar conto in maniera convincente della genesi e degli enigmi di primaria importanza che sono alla base dei conflitti costituzionali europei. Infine, nel Capitolo 6, verificheremo se la teoria della sintesi costituzionale possa estendersi all'esperienza canadese, e quali lezioni di carattere generale possiamo ricavarne per la nostra teoria costituzionale europea. In questo capitolo, sosteneremo che il Canada è un altro esempio, per certi versi comparabile, di un graduale processo di trasferimento costituzionale (dalla colonia madre del Regno Unito ai Domini del Canada) con chiari elementi di sintesi costituzionale. Le conclusioni saranno presentate al Capitolo 7.

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE AGLI STRUMENTI COSTITUZIONALI

Dal momento che parlare costa poco, e la natura umana è molto complessa, i leader politici non possono mai sperare nella credibilità costituzionale soltanto affermando che loro rappresentano uno di quei rari movimenti attraverso i quali i cittadini hanno elaborato un giudizio speciale sul futuro americano. Al contrario se essi vorrebbero sostenere questa posizione, dovrebbero guadagnarsela, sottoponendosi a prove speciali e rigorose come le loro più alte pretese legislative sono indicate, dibattute e codificate.

Bruce Ackerman, *We the People*

Come si è visto nell'Introduzione, l'ordinamento dell'Unione europea è una strana creatura, notoriamente difficile da comprendere. In questo capitolo, inizieremo a dipanare la confusione introducendo alcune importanti distinzioni che aiutano a chiarire in che senso l'Unione europea può essere analizzata da una prospettiva costituzionale. Questa interpretazione ci aiuterà a capire che un'adeguata comprensione del diritto e delle politiche comunitarie ha bisogno di una teoria costituzionale a pieno titolo. Presenteremo questa teoria della sintesi costituzionale nel prossimo capitolo (Capitolo 2), per poi procedere alla sua applicazione nella ricostruzione e valutazione della prassi costituzionale europea (Capitoli 3 e 4). Dopodiché si dimostrerà come questa teoria abbia un *appeal* dal punto di vista analitico anche al di là dei confini europei, essendo applicabile al caso del Canada (Capitolo 6).

In questo capitolo verranno innanzitutto distinte tre concezioni diverse di costituzione (formale, materiale e normativa). In tal modo, sarà evidenziato che i dibattiti costituzionali europei riguardano fundamentalmente la costituzione normativa europea, la relazione tra la forma costituzionale e le norme della costituzione materiale già consolidate nell'Unione, e l'affermazione dal punto di vista procedurale di questo rapporto.

In secondo luogo, verrà introdotto un insieme di distinzioni di carattere analitico che ci aiuteranno a chiarire le peculiarità delle dinamiche costituzionali europee. Per far ciò, sarà necessario distinguere tre tipi di dinamiche, ossia la trasformazione radicale, un modello di costituzionalizzazione più graduale (sebbene anch'esso di trasformazione), e la costituzionalizzazione semplice, ovvero l'elaborazione di norme costituzionali sulla base della loro applicazione nella prassi costituzionale. Queste distin-

zioni forniranno un quadro coerente per un'interpretazione che sia applicabile all'intera storia del diritto costituzionale europeo.

In terzo luogo, per definire correttamente l'esperienza costituzionale europea nel contesto più ampio del costituzionalismo comparato, ci si occuperà di come queste tre dinamiche appena citate possano inserirsi nelle due principali tradizioni costituzionali democratiche, e cioè quella rivoluzionaria e quella del costituzionalismo evolutivo. Dobbiamo considerare ogni tradizione costituzionale come incarnazione di una sola delle diverse dinamiche costituzionali, o piuttosto come una loro combinazione? Vi mostreremo come entrambe le tradizioni presentino diverse combinazioni. Tenendo a mente ciò, sarà più facile osservare che esiste una miscela particolare che può cogliere gli aspetti peculiari del modello costituzionale democratico dell'Unione europea (attraverso la sintesi costituzionale).

Prima di addentrarci nell'analisi di questi tre gruppi ben definiti di strumenti analitici, è necessario sottolineare che non stiamo in realtà aprendo un nuovo approccio analitico, ma piuttosto stiamo cercando nuovi usi per strumenti e concetti ben rodati.

Le distinzioni di carattere analitico che proponiamo in questo capitolo, sono tipiche della teoria costituzionale, come si è andata sviluppando tradizionalmente a partire dalla teoria generale del diritto e dello Stato¹. I concetti suggeriti aiutano a chiarire che cosa sia la costituzione, che cosa siano le diverse dinamiche costituzionali, e come la costituzione deve stabilirsi in maniera democratica. La nostra posizione principale è che queste distinzioni analitiche sono necessarie anche per lo sviluppo di una teoria costituzionale europea, e al contempo, contribuiscono a formare le componenti essenziali del vocabolario costituzionale utilizzato per ritrarre la costituzione dell'Unione europea, *attraverso* e *al di là* dei limiti costituzionali nazionali.

Frequentemente questo punto viene messo in discussione sostenendo che l'Unione europea è una forma di ordinamento radicalmente nuovo (e il diritto comunitario una forma di ordinamento giuridico anch'esso completamente nuovo), e che di conseguenza è necessario un nuovo vocabolario giuridico e politico. Sebbene questa caratterizzazione *sui generis* dell'Unione europea sia attraente da un punto di vista estetico, si è rivelata tuttavia fuorviante. Essa non pone sufficiente attenzione al diritto costituzionale dell'Unione europea in quanto tale, e allo stretto rapporto esistente tra diritto comunitario e diritto costituzionale nazionale, su cui si tornerà ampiamente nei capitoli 2 e 3, sulla base dei quali, sosterremo la tesi che l'Unione è un ordinamento sintetico, ovvero *un'unione costituzionale di stati*

¹ Carl Joachim Friedrich, *Constitutional Government and Politics*, New York, Harper and Brother Publishers, 1937; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1949; Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1958; Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

costituzionali già istituiti. Inoltre, le teorie *sui generis*² non sono riuscite a fornire un vocabolario costituzionale diverso, convincente, e ampiamente accettato che potesse chiarire come ed in che senso il diritto comunitario sia da considerare unico. Poiché su questo punto non hanno avuto successo, considerare l'Unione europea come un soggetto *sui generis* rende impossibile un serio tentativo di costruzione di un vocabolario costituzionale.

Questa nozione si presta anche ad affrontare intellettualmente la confusione costituzionale in cui oggi ci si trova³. La teoria del soggetto *sui generis* sembra essere credibile, perché prende spunto da un'osservazione corretta: l'Unione non è (perlomeno non ancora, e forse non lo sarà mai) uno Stato in piena regola. Essa, inoltre, non ha seguito i percorsi costituzionali attraverso i quali sono transitati normalmente gli Stati. Al contrario, l'Unione è composta di Stati costituzionali. Ciò significa che dobbiamo *salvare* il vocabolario del costituzionalismo democratico, ma in una forma che si svincoli dalle singole tradizioni costituzionali nazionali. Il nostro insistere, dunque, sul bisogno di conservare il linguaggio del costituzionalismo democratico non equivale ad abbracciare acriticamente una visione «stato-centrica» del mondo della politica, e cioè una concezione intellettuale con una certa propensione verso il nazionalismo metodologico⁴. Le categorie costituzionali, ad oggi esistenti, sono contaminate da molte peculiarità e specificità, che derivano dal fatto di essere state, letteralmente per secoli, al servizio esclusivo di vicende e circostanze costituzionali nazionali (e che implicitamente hanno impedito dibattiti costituzionali che attraversassero le culture nazionali). Il costituzionalismo democratico può essere al servizio di un repertorio più ampio di forme politiche, ma per ottenere questo risultato è necessario sganciare il costituzionalismo democratico dai fattori particolari a livello nazionale.

1. *Le tre concezioni di Costituzione: formale, materiale e normativa*

La prima e più dannosa confusione nella prassi e nel dibattito costituzionale europeo riguarda il vero concetto di «costituzione». La decisione

² Se l'Unione fosse realmente un ordinamento politico nuovo e diverso, avrebbe dovuto trasformare i suoi Stati membri costituenti in modo tale da non poterli più qualificare come Stati. Per una valutazione comparativa di ciò, vedasi John Erik Fossum, «Conceptualizing the European Union through Four Strategies of Comparison», *Comparative European Politics*, 4 (2006), pp. 94-123.

³ Ironicamente, queste posizioni *sui generis* fanno dipendere il futuro costituzionale dell'Unione, in ultima istanza, dalla creatività intellettuale: così si sarà in grado di risolvere molti degli enigmi che avvolgono l'ordinamento politico-giuridico della UE, solo se si riuscirà a sviluppare nuovi concetti e strumenti analitici che possano descrivere in modo appropriato questa realtà complessa che è l'Unione.

⁴ Vedasi Ulrich Beck, «Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent», *Constellations*, 10 (2003), pp. 453-468, a p. 454.

relativamente innovativa di convocare una Convenzione rappresentativa nel processo di riforma di Laeken (2001-2005, si veda in dettaglio al Capitolo 4) si giustificò sulla base dell'idea che l'Europa avesse bisogno di una Costituzione «degnà di questo nome»⁵. L'argomentazione politica fu quella che i crescenti dubbi sulla legittimità dell'Unione fossero legati, in un modo o nell'altro, alla mancanza di una Costituzione europea. Allo stesso tempo, giuristi e avvocati avevano discusso a lungo della *Costituzione dell'Unione europea*⁶, partendo dal presupposto che questa già esistesse a tutti gli effetti! Gli avvocati costituzionalisti degli Stati erano un po' più scettici, e avevano cercato di ridurre la legge fondamentale dell'Unione ad un patto che dava vita ad un *Bund* o ad un'associazione di Stati.

Da ciò si potrebbe desumere, dunque, che l'Unione possa avere una *costituzione*, ma intesa in maniera piuttosto generica, e ben diversa da quanto siamo soliti associare ad una Costituzione di uno Stato⁷. Quali sono le componenti di questa costituzione? Possiamo considerare i Trattati come una Costituzione? Se sì in che senso? Il diritto costituzionale europeo viene sancito completamente all'interno dei Trattati? Se ciò è vero, com'è possibile che la Corte di Giustizia ha potuto assumere un'intera serie di principi non scritti come principi fondamentali del diritto comunitario (dopo tutto, principi quali, effetto diretto, supremazia, *pre-emption*, protezione dei diritti fondamentali e l'attuale interpretazione delle libertà economiche, non sono citati nei Trattati in maniera esplicita)? Questo è solo un esempio dei temi centrali di questo confuso dibattito, ma chiarisce quanto, nel discorso costituzionale europeo, siamo lontani dal poter stabilire se l'Unione europea abbia una costituzione o meno, e se così fosse, con quali contenuti, e come dovrebbe esser concepita e applicata. Questa confusione tocca e danneggia sia la riforma costituzionale che i processi di giudizio costituzionali.

⁵ Christian Joerges, Yves Mény, e Joseph H. H. Wiler, eds., *What kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Florence and Cambridge, Mass., Robert Schuman Centre and the Harvard Law School, 2000.

⁶ Eric Stein, «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, 75 (1981), pp. 1-27; Giuseppe Federico Mancini, «The Making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, 26 (1989), pp. 595-614; Joseph H. H. Weiler, «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100 (1991), pp. 2403-2483.

⁷ Ciò viene sostenuto, in un modo istrionico, da parte di Jack Straw in «The European Constitution», *Economist*, 8 (2004), disponibile all'URL <http://www.economist.com/world/europe/displaystory.cfm?story_id=E1_NJDDNDG>. In tal senso, è paradigmatica la caratterizzazione che veniva sostenuta dalla Corte Costituzionale tedesca, dell'Unione come un'associazione di Stati, e del diritto comunitario, come un ordinamento giuridico non pienamente costituzionale. Essa si esprime in questi termini, per la prima volta, nel 1967 (vedasi il dispositivo della sentenza 22 BverfGE 293, in particolare a p. 296) riconfermandola recentemente nella sua sentenza sul Trattato di Lisbona (disponibile all'URL <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html>), par. 229 e 231.

Per evitare una tale abbondanza di confusione, e per riorientare la discussione sui temi in cui persiste un genuino disaccordo, è necessario de-strutturare la nozione di costituzione, così da discernere i diversi concetti rilevanti. Qui di seguito distingueremo tra: (a) la costituzione formale, (b) quella materiale, e (c) le concezioni normative di costituzione. Considereremo poi la relazione adeguata fra le tre concezioni dal punto di vista della variante chiave della concezione normativa di Costituzione, e cioè quella *democratica*.

1.1 *Le tre concezioni della Costituzione europea*

1.1.1 *La concezione formale della Costituzione*

La concezione formale della costituzione si riferisce all'insieme di norme legali contenute in un documento (o una collana di documenti) che viene concepita come la *Costituzione* o *Legge Fondamentale*⁸. La concezione formale pone in primo piano tre aspetti basilari della costituzione: a) il suo carattere scritto, (b) la sua singolarità (si potrebbe dire, usando termini piuttosto teologici, che non c'è una *costituzione*, ma "*la*" *costituzione*), (c) il suo fondamento su una prassi sociale coerente e molto diffusa. La costituzione formale, così concepita, è necessariamente una costituzione unica, scritta e socialmente riconosciuta.

In primo luogo, la concezione formale della costituzione si riferisce ad un insieme unico di norme giuridiche. Può accadere (e infatti, ciò si verifica in varie tradizioni costituzionali) che un intero schema di norme costituzionali non si produca in un unico momento e/o possa essere contenuto in documenti politici o giuridici differenti. Ciò, è avvenuto, infatti, nelle tradizioni costituzionali più conosciute: quella francese e quella americana⁹. Ma si tratta di un fattore contingente che non è essenziale per definire la costituzione in *senso formale*. La *singolarità* della Costituzione, il suo essere unica, *une et indivisible*, non implica che sia stata prodotta in un solo momento. Tale caratteristica si riferisce alla presenza di un accordo

⁸ Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 214.

⁹ Nella Francia della *grande révolution*, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino precedette la Costituzione del 1791. È anche risaputo che la suddetta dichiarazione continua ad essere parte dei documenti costituzionali della Francia, anche se è abbastanza risaputo che non fu scritta nello stesso lasso di tempo, né con lo stesso sforzo della Costituzione del 1958, al momento vigente in Francia. In modo simmetrico, la Costituzione statunitense del 1787, fu scritta prima e indipendentemente dai primi dieci emendamenti, che componevano una sorta di *Bill of rights* federale. Vedasi Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989; Akhil Reed Ahmar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998; e dello stesso autore *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House, 2005. Sul confronto tra le due Carte dei Diritti, vedasi un testo classico quale George Jellinek, *La Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002.

generale sul fatto che il documento, o la collana di documenti, che danno forma alla suddetta Costituzione siano considerati come costituzione. La costituzione deve essere resa *unica* nella prassi sociale, facendo riferimento al canone costituzionale o a un testo costituzionale come “la Costituzione”.

In secondo luogo, l'idea di costituzione formale è intrinsecamente legata all'idea di una costituzione scritta. Infatti, il *libro* o *manoscritto* in cui è contenuto il testo della Costituzione non è solo un testo fondamentale per gli avvocati, ma è anche un'opera speciale del diritto che molti cittadini avranno tra le mani, di cui conosceranno i contenuti, e che probabilmente avranno letto¹⁰. La modernità è stata accompagnata dalla capacità della società di auto-organizzarsi, emancipandosi dall'eteronomia di una divinità già esistente o dal determinismo del diritto *naturale*¹¹. Ci sono buone ragioni per cui un diritto fatto secondo coscienza non può che diventare diritto *scritto*¹². Quando non si può più semplicemente assumere la natura lapalissiana delle norme d'azione comune ed il diritto, in qualità di diritto positivo, diventa lo strumento principale d'integrazione, allora il diritto stesso può integrare la società con efficacia solo se viene stabilito a priori, in modo che coloro che vi sono soggetti possano aver coscienza del contenuto delle norme legali. Questa connessione fra diritto scritto e formale è, infatti, strettamente legata alla tesi sostenuta da Fuller riguardo alla *moralità di fondo* del diritto moderno¹³.

In terzo luogo, i contenuti effettivi della costituzione scritta possono, e nei fatti così avviene, cambiare da un Paese all'altro, da un periodo storico ad un altro, e da un processo storico all'altro. Ciò che è essenziale è che un determinato libro sia identificato come *Costituzione* nella prassi sociale.

Hans Kelsen aggiunse un'ulteriore caratteristica alla costituzione scritta, e cioè la *stabilità* che dipende dalla sua *rigidità*, cioè dalla difficoltà reale nel riformarla. Questa, però, non è necessariamente una parte essenziale della prassi sociale che caratterizza un documento o un insieme di documenti come la costituzione. Sembra, infatti, più appropriato discutere questa caratteristica nel quadro della concezione normativa della costituzione (poiché si può sostenere che sia parte necessaria di una costituzione democratica)¹⁴.

¹⁰ L'esempio estremo di questo aspetto simbolico della costituzione scritta va ritrovato nella prassi costituzionale di distribuire copie gratuite della Costituzione come in un *rite de passage*. Questo era il caso caratteristico della Costituzione di Weimar, cfr. Articolo 148, secondo comma.

¹¹ Cornelius Castoriadis, «Imaginaire politique grecque et moderne», in *Les Carrefours du Labyrinthe, IV: La Montée de l'insignifiance*, Paris, Seuil, 1995, pp. 159-182, a p. 161.

¹² Loewenstein, *Political Power*, pp. 152 ss. Si veda anche H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 95, dove associa la modernità e la legalità.

¹³ Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

¹⁴ Si veda Bruce Ackerman, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, 21, p. 292.

Buona parte degli Stati membri dell'Unione europea hanno una costituzione *formale*. L'unico Paese in cui essa è assente, come ampiamente risaputo, è il Regno Unito. Mentre, però, è parte della prassi costituzionale britannica negare che il Paese abbia una costituzione, non è così ovvio che non ci sia un'implicita prassi sociale che identifichi certi testi chiave per il diritto, come quelli che contengono le norme fondamentali dell'ordinamento giuridico britannico. L'ormai consolidato canone di documenti costituzionali comprende la *Magna Carta*, la *Habeas Corpus Act*, il *Bill of Rights*, l'*Act of Union* con la Scozia, il *Reform Act* del 1832, il *Parliament Act* del 1911, il *European Communities Act*, e il *UK Human Rights Act*¹⁵. Detto ciò, non è così scontato che essi rappresentino una costituzione secondo un qualsiasi senso normativo, dato che almeno *pro forma*, la prassi costituzionale britannica sembra girare intorno alla supremazia del Parlamento e dunque delle sue leggi. Su questo tema si tornerà nel prosieguo di questo capitolo, nella parte dedicata alle «Dinamiche costituzionali».

Ad ogni modo, possiamo essere certi che non c'è una consuetudine sociale scontata che definisca quale testo o insieme di testi siano da considerare le componenti della Costituzione dell'Unione europea. Non solo non c'è un testo cui ci si possa riferire come a una costituzione (una situazione simile, in tal senso, a quella del Regno Unito), ma addirittura non c'è una prassi sociale, nemmeno tra gli avvocati, su quali testi potrebbero essere considerati come canonici per il diritto costituzionale europeo. In particolare modo, non vi è una chiara e consistente tendenza che consenta sia alla Corte di Giustizia Europea che ai tribunali nazionali di identificare i Trattati originari come la Costituzione dell'Unione europea – aldilà di formulazioni di carattere molto generale. Per citare un esempio, la concezione della costituzione, non è la stessa a seconda dei tribunali interpellati, e addirittura a seconda dei periodi. Mentre la Corte di Giustizia Europea, sembra inamovibile nel classificare i Trattati come una sorta di Costituzione dell'Unione, i tribunali nazionali invece, sembrano diluire il concetto, riferendosi ad una sorta di costituzione da interpretarsi diversamente dalla costituzione formale nella prassi costituzionale nazionale¹⁶.

Inoltre i Trattati contengono norme che possono difficilmente essere classificate come costituzionali e, allo stesso tempo, essi non comprendono alcune delle norme che si caratterizzano per essere tali nella prassi costituzionale europea¹⁷. Quest'ultimo è il caso che ha riguardato il principio di protezione dei diritti fondamentali per un periodo di tempo conside-

¹⁵ Per un'analisi dei momenti costituzionali nel Regno Unito, si veda Elizabeth Wicks, *The Evolution of a Constitution*, Oxford, Hart Publishers, 2006.

¹⁶ Si vedano i riferimenti alle sentenze della Corte Costituzionale tedesca nella nota 7.

¹⁷ Ciò viene reso parzialmente evidente da una netta distinzione, risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tra le norme contenute nel Trattato sull'Unione europea e quelle riprodotte in quello che ora viene chiamato Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

revoles¹⁸. L'Unione europea, dunque, non ha una *costituzione formale*, ed è così nella misura in cui non c'è un singolo documento (o una collana di documenti) cui la prassi sociale possa far riferimento come *la Costituzione dell'Unione europea*.

1.1.2 La costituzione materiale

La concezione materiale della costituzione si riferisce alle norme dell'agire comune che sono considerate come base o fondamento per l'integrazione della comunità politica, d'accordo con la consuetudine sociale *del momento*. Quindi, mentre entrambe le concezioni, sia formale che materiale della costituzione, sono essenzialmente *sociologiche*, nel senso che fanno riferimento all'agire sociale come un fattore capace di definirla e come ad un criterio di base, la costituzione materiale non considera qualsiasi consuetudine sociale costituzionale in quanto tale, ma deriva quelle norme che possono assumere il carattere costituzionale dagli effettivi modelli di comportamento.

La concezione materiale della costituzione è più o meno onnicomprensiva a seconda del tipo di norme prese in esame come rilevanti. La versione della concezione materiale di costituzione più *onnicomprendiva dal punto di vista sociologico*, infatti, si avvicina a far corrispondere tutte le norme sociali con «la» costituzione della società. Questo può anche essere il modo per costruire un'interpretazione costituzionale della *Politica* di Aristotele¹⁹, o del *Contratto sociale* di Rousseau²⁰. Una variante determinante della costituzione materiale è quella giuridica, che riduce la portata del concetto aggiungendo due criteri aggiuntivi²¹. Il primo è che la costituzione materiale si compone di norme giuridiche, e non di norme provenienti da altri ordini normativi (come la moralità o le regole del bon-ton, ecc.). Il secondo è che le norme fondamentali del diritto sono quelle che riguardano la struttura istituzionale, i processi decisionali, ed i diritti basilari che i soggetti giuridici si riconoscono l'un l'altro.

¹⁸ I Trattati originari non contengono nessun riferimento diretto alla protezione dei diritti fondamentali, a meno che non si considerino come diritti fondamentali le disposizioni riguardanti le clausole anti-discriminatorie (la non discriminazione in base alla nazionalità e la non discriminazione in base al sesso). Solo nelle sentenze sui casi 29/69 *Stauder* (1969) Racc. 419, e 11/70, e *Internazionale* (1970) Racc. 1125, la Corte di Giustizia affermò il principio, fondamentale ma non scritto, della protezione dei diritti. Su questo, e sulle implicazioni per la teoria costituzionale europea, vedasi Agustín J. Menéndez, «Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights», in *Arguing Fundamental Rights*, ed. Agustín J. Menéndez ed Erik Oddvar Eriksen, Dordrecht, Springer Verlag, 2006, pp. 155-184.

¹⁹ Cfr. Aristotle, *Politica*, versione di R. Laurenti, Bari, Laterza, 1997, 1275a e 1278b.

²⁰ *Il Contratto Sociale*, Milano, BUR, 2005, cap. 12.

²¹ Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 124.

La concezione materiale della costituzione, nell'accezione più ampia del termine, si lega da vicino sia ad una caratterizzazione pre-moderna del diritto come strumento d'integrazione sociale (come ancora l'ordine eteronomo in Aristotele) sia al *problema* di un rapporto tra la costituzione e l'intera struttura socio-politica (infatti, la definizione di costituzione data da Rousseau anticipa il dibattito sulla necessità di dare un supporto alla cultura costituzionale per rendere le norme di diritto costituzionale capaci di fornire realmente una guida normativa all'azione sociale effettiva). La concezione materiale della costituzione, nel senso più restrittivo del diritto, trova la propria essenza quando manca una consuetudine sociale diffusa che caratterizzi un insieme di norme come «la» Costituzione (come è stato il caso, ed in gran misura continua ad esserlo, del Regno Unito) o quando c'è una maggiore discrepanza tra la costituzione formale e le norme che, secondo la consuetudine sociale effettiva, sono riconosciute come fondamentali o costituzionali. I critici del formalismo liberale hanno sviluppato ulteriormente il potenziale della concezione materiale come strumento per dimostrare l'*incoerenza* esistente tra forma e sostanza. Una delle esposizioni più influenti di questo tipo di approccio si trova in *What is a Constitution?* di Ferdinand Lassalle. In questo famoso discorso, il politico socialista tedesco criticava apertamente l'interpretazione bismarckiana²² della costituzione²³. Questo testo ripercorreva chiaramente i passi magistrali fatti da Karl Marx in *Sulla questione ebraica*²⁴. Tuttavia, Lassalle fu ancora più esplicito rispetto a Marx nello sposare l'idea di una costituzione politica. *Ça va sans dire* che tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno una costituzione materiale in termini giuridici. Lo stesso può dirsi dell'Unione europea. Infatti, affermare, come fanno i giuristi, che i Trattati sono una Costituzione non è nient'altro che asserire che i Trattati medesimi contengono elementi chiave di una costituzione materiale dell'Unione europea, che possono essere ricostruiti ulteriormente in riferimento a quelle nazionali, alle decisioni chiave prese in sede legislativa o di giurisprudenza comunitaria. Quello della costituzione *materiale* è l'argomento chiave dei trattati per ciò che concerne il diritto costituzionale europeo²⁵.

L'Unione europea, dunque, ha una costituzione materiale, in termini giuridici, sia dal punto di vista strutturale che sostanziale. Il diritto europeo ha costituito un ordinamento giuridico autonomo sin dagli albori,

²² La predisposizione degli studiosi e dei politici tedeschi a tracciare una chiara linea divisoria tra la forma e la sostanza del diritto, crebbe grazie all'insuccesso sofferto nella codificazione del diritto privato durante il diciannovesimo secolo.

²³ Ferdinand Lassalle, *Sulla natura delle costituzioni*, Milano, Casa editrice Ambrosiana, 1945.

²⁴ Karl Marx, «*La Questione Ebraica*», adesso in B. Bauer e Karl Marx, *La Questione Ebraica*, Roma, Manifestolibri, 2004.

²⁵ Un approccio logico simile si può ritrovare in Koen Lenaerts, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (2003), pp. 873-906.

nella misura in cui questo conteneva una regola diversa e adeguata di riconoscimento. Ciò sempre nella misura in cui le meta-norme o le norme che erano alla base della validità della norma europea, non erano esterne, ma bensì interne all'ordinamento del diritto europeo. Inoltre la Corte di Giustizia Europea ha raffinato la costituzione sostanziale della Comunità Europea, mediante la definizione dei parametri di costituzionalità, sia per quanto riguarda la legislazione secondaria comunitaria, sia per la legislazione nazionale che tocca l'ambito d'applicazione delle competenze comunitarie. Come si avrà opportunità di osservare nel Capitolo 3, le richieste di rinvio pregiudiziale provenienti da tribunali e giudici nazionali hanno dato alla Corte la possibilità di sviluppare una specie di giudizio di costituzionalità europeo sulle norme nazionali.

1.1.3 La concezione normativa della Costituzione

La concezione normativa di costituzione si riferisce ad un modello di norme giuridiche che si caratterizza per un insieme di proprietà *normative*. Mentre sia le concezioni materiali che quelle formali di costituzione identificano le norme costituzionali facendo riferimento alla prassi sociale, la concezione *normativa* è essenzialmente un *metro di giudizio normativo*, cioè un metro di giudizio controfattuale.

L'esempio paradigmatico di questa caratterizzazione della costituzione si trova nel famoso articolo 16 della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, del 1789²⁶, che afferma: «Ogni società in cui la protezione dei diritti non viene garantita, e non vi è separazione dei poteri, non ha costituzione»²⁷. Nel definire la costituzione riferendosi degli standard «ideali» (in termini controfattuali, che, nel caso concreto della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, non sono altro che la «protezione dei diritti» e «la separazione dei poteri»), l'articolo 16 rigetta una definizione puramente *sociologica* di costituzione. Esso ne trasforma il concetto in un'arma *normativa*, che consente di negare lo status costituzionale a norme ampiamente riconosciute nella consuetudine sociale come *costituzione formale* o che siano seguite acriticamente come *costituzione materiale* da parte della comunità politica²⁸.

²⁶ Nella versione originale, l'articolo 16 dichiara «Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

²⁷ Sul contesto specifico che circonda la redazione della dichiarazione, si veda Thomas Paine, *Rights of Man*, Harmondsworth, Penguin, 1984, pp. 52 ss. Più recentemente, si veda Lynn Hunt, *Inventing Human Rights*, New York, Norton, 2007, pp. 126-135. Sui riflessi interni della dichiarazione, si veda Bailey Stone, *Reinterpreting the French Revolution: A Global Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 118 ss. Si può dire che, tutto sommato, l'articolo 79 della Costituzione tedesca – e cioè la clausola d'eternità – gioca un ruolo simile.

²⁸ Paine, *Rights of Man*, p. 131.

Ci sono tante potenziali concezioni normative, ed altrettante teorie normative, ognuna delle quali accompagna una concezione diversa della costituzione e delle norme costituzionali. Di conseguenza, stabilire quali siano le proprietà rilevanti che rendono costituzionale una norma dipende dalla teoria normativa su cui concretamente ci si basa.

Detto ciò, le due famiglie principali di concezioni normative possono essere distinte secondo una concezione corrente della teoria normativa che vede la famiglia *procedurale in opposizione a quella sostantiva*. Una teoria normativa procedurale si riferisce alle qualità del processo attraverso il quale si è raggiunto l'accordo su quelle norme (per esempio, sono state concesse da saggi legislatori oppure un prodotto di un processo costituente fortemente democratico), mentre la teoria normativa sostanziale si sofferma sulle qualità normative intrinseche delle suddette norme (per esempio, corrispondono ad una forte concezione del bene).

Inoltre, tra le concezioni normative procedurali di costituzione, quella *democratica* merita una speciale attenzione per varie ragioni. In primo luogo, la maggior parte degli Stati costituzionali *assumono* di essere *quantomeno* democratici, e di conseguenza rivendicano il fatto che la loro costituzione materiale (e se esiste, quella formale) sia democratica anche in termini normativi. Rivendicare questo carattere democratico normativo, però, non significa possederlo. In secondo luogo, tutti gli Stati membri dell'Unione europea, rivendicano il fatto di avere una costituzione *democratica*, o per essere più precisi, di essere diventati stabili Stati costituzionali, attraverso un percorso democratico o di democratizzazione. In terzo luogo, l'Unione europea stessa pretende di essere considerata democratica, mentre, la democrazia è una condizione indispensabile per *esserne membro*: di fatti ogni Stato che entra nell'Unione deve essere uno Stato costituzionale democratico²⁹.

Il *principio* democratico di legittimità politica richiede che tutti coloro che sono interessati da norme d'azione comune debbano avere il diritto di partecipare al processo decisionale e deliberativo delle suddette norme³⁰. In questo senso, il principio democratico si associa chiaramente con quello della libera formazione della volontà politica. Questa intuizione sembra apparentemente in disaccordo con la creazione di vincoli specifici per il processo con il quale si stabiliscono norme d'azione comune, ovvero per i contenuti delle suddette norme; ma il costituzionalismo democratico non è un ossimoro. La democrazia e il costituzionalismo possono essere reinterpretati come due facce della stessa medaglia³¹.

²⁹ Cfr. Articolo 49 del Trattato dell'Unione europea, riformulato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

³⁰ Rousseau, *Contratto Sociale*; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1996, p. 408.

³¹ Jürgen Habermas, «Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?», *Political Theory*, 29 (2001), pp. 766-781.

In primo luogo, si può presumere che proprio dall'idea di una comunità politica in cui tutti i cittadini vogliono riconoscersi e rispettarsi l'un l'altro come titolari di eguali diritti politici, consegue logicamente che si riconoscano reciprocamente certi diritti. Tali diritti possono essere visti come il fondamento della democrazia, e sono necessari per configurare e dare avvio al processo democratico³². Di essi si può dire che fanno riferimento *alla sostanza più fine*, ai valori sostanziali più importanti che non hanno bisogno di *essere giustificati* in modo democratico, ma che devono essere espressi attraverso procedure democratiche³³. Questi diritti fondamentali sono il 'terreno su cui affondano le radici del diritto'.

In secondo luogo, siamo portati ad un principio di legalità che si basa sull'idea di *rappresentanza democratica*. Il principio di legalità implica che norme d'azione comuni posseggano i tratti tipici delle *leggi democratiche*. Nonostante ciò, il principio di rappresentanza, anche se inteso come rappresentanza democratica, ha bisogno di essere circoscritto per evitare il rischio di svuotare la democrazia³⁴.

Così, in terzo luogo, il principio di legalità, al contrario di ciò che si è soliti presumere, non andrebbe considerato come monolitico, ma come complesso. Ciò serve per correggere, per così dire, il principio di rappresentanza democratica. Come prima cosa, si potrebbe distinguere, per ragioni democratiche, tra la costituzione e le leggi. Se si prende in considerazione una struttura sociale in cui gli individui hanno il diritto (ma non l'obbligo) di partecipare al processo in cui si delibera e si approvano norme d'azione comuni, si comprende la necessità di creare una chiara distinzione tra i diversi standard di legittimità democratica che alimentano i diversi ordinamenti giuridici. Quelle norme d'azione che soddisfano gli standard più alti di legittimità democratica, grazie al fatto di essere state plasmate da processi decisionali e deliberativi particolarmente esigenti, andrebbero definite come il diritto più alto dello stato. Andrebbero considerate come le norme che gettano le basi del sistema giuridico a cui appartengono: cioè, la costituzione. Dopo di esse, si trovano norme che soddisfano i requisiti minimi democratici. Queste norme saranno regolarmente approvate dai rappresentanti del popolo, ed accettate come norme vincolanti, anche se l'elezione dei rappresentanti non è stata il risultato dell'espressione della volontà di tutti gli individui (per esempio perché non vi hanno partecipato).

Vista sotto questa luce, la concezione democratica della costituzione definisce *come costituzionali* tutte quelle norme che soddisfano i più alti

³² Jürgen Habermas, «*Between Facts and Norms*», pp. 118-131.

³³ Vedasi David Estlund, «The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth», *Ethics*, 108 (1998), pp. 252-275; e Robert Alexy, «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, 9 (1996), pp. 209-235.

³⁴ Vedasi Agustín José Menéndez, *Complex Democracy and the Obligation to Obey the Law*, ARENA Working Paper 25/00, disponibile all'URL <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2000/wp00_25.htm> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

standard di legittimità democratica, quelle cioè riguardanti i processi decisionali e deliberativi nei quali i cittadini possono chiaramente vedere sé stessi come autori delle suddette norme.

Partendo da quanto detto in precedenza, sembra piuttosto evidente che l'Unione europea non abbia una costituzione in termini normativi. Infatti, anche se si mostrerà che dalla lettura costituzionale del diritto dell'Unione ne scaturirà abbastanza rapidamente una triplice divisione fra diversi tipi di norme (cfr. Capitolo 3), le norme che si ritiene diano corpo alla Costituzione materiale dell'Unione non sono riconosciute come quelle con il più alto grado di legittimità democratica in maniera scontata. Come si vedrà più avanti, questo è soprattutto il caso in cui delle libertà economiche (per esempio la libertà di stabilimento) *abbattono* alcuni diritti costituzionali fondamentali di uno Stato, o per essere più precisi, quando il diritto in questione (per esempio il diritto di sciopero) si formula a livello sovranazionale in maniera tale da differire chiaramente dalla prassi costituzionale nazionale³⁵.

Il disagio, infatti, con cui le Corti costituzionali nazionali hanno dovuto affrontare il conflitto tra norme nazionali e comunitarie, deriva ovviamente dal fatto che le norme che si suppone debbano prevalere (cioè quelle comunitarie) non posseggono in maniera scontata una legittimità democratica maggiore rispetto a quelle nazionali con le quali entrano in conflitto. In assenza di un esplicito «momento costituzionale» che infonda ai Trattati una maggiore legittimità democratica, e in assenza di uno sviluppo (evolutivo) della fedeltà a norme ed istituzioni europee, l'assunzione che l'Unione abbia una costituzione normativa è estremamente difficile da accettare.

1.2 La relazione tra le tre concezioni di Costituzione

Bisogna tenere separate le tre concezioni per evitare confusioni. Ciò è certamente valido nel caso europeo, dove è necessario applicarle in modo separato dal punto di vista analitico, in modo tale da chiarire posizioni e dipanare questioni abbastanza complesse. Detto questo, è molto importante sottolineare che vi sono delle connessioni di carattere *normativo* tra queste tre differenti concezioni. Concezioni di carattere normativo differenti della Costituzione, presuppongono un rapporto diverso tra la costituzione formale e quella materiale. In particolare, la concezione *democratica* della Costituzione presuppone un rapporto reciproco tra la costituzione formale e quella materiale.

In primis, la legittimità democratica della Costituzione richiede alla base una convergenza o una sovrapposizione tra la costituzione formale e quella

³⁵ Questo è il vero conflitto alla base di un trio di sentenze poco felici che si riferiscono ai casi C-438/05, *Viking* (2007) Racc. I-10779; C-341/05, *Laval* (2007) Racc. I-11767; e C-346/06, *Ruffert* (2008) Racc. I-1989.

materiale, ovvero, in altri termini, che la costituzione materiale si rifletta in quella formale. Ciò avviene perché la sola maniera per conciliare integrazione e diritto costituzionale (e dunque la capacità effettiva della Costituzione di integrare la società), nonché il processo decisionale democratico ai contenuti strutturali e sostantivi della Costituzione, è quella di assumere che la costituzione formale e quella materiale sono essenzialmente la stessa cosa. Ciò comporta non solo l'esistenza di procedure appropriate per modificare la Costituzione (se vi è una chiara volontà di cambiare le attuali norme costituzionali, questa può riflettersi in maniera adeguata nella costituzione scritta)³⁶, ma anche il fatto che la Costituzione abbia una certa rigidità, così da evitare che possa modificarsi semplicemente adottando una nuova prassi costituzionale³⁷. È abbastanza ovvio che il problema chiave, in questo caso, sta nel trovare un corretto equilibrio tra *emendabilità* e *rigidità*.

In seconda battuta, e come si è già dato conto in precedenza, l'esistenza di una reale interpretazione formale della Costituzione è necessaria per assicurare un'applicazione efficace della Costituzione stessa. Una volta che siamo in grado di trascendere la concezione classica del diritto naturale e di assumere il fatto che almeno buona parte delle norme giuridiche sono classificate dall'agire umano, la conoscenza delle norme costituzionali può essere adeguatamente garantita grazie alla forma scritta data alla Costituzione stessa. Di conseguenza le due azioni, cioè scrivere le leggi e renderle coerenti in riferimento all'unico «sommo» documento giuridico, diventano condizioni indispensabili e necessarie per l'istituzione democratica del diritto. È solo nel momento in cui sappiamo che cosa sia il diritto in generale, che possiamo cambiare o modificare il diritto esistente.

1.3 Valutazione dell'Unione europea

Applicando la triplice distinzione tra le costituzioni che si è osservata al caso dell'UE, è possibile concludere che: (1) l'Unione europea ha una costituzione in senso *materiale*; (2) che l'Unione europea ha, solo in parte, una costituzione *formale* (specialmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che trasforma il Trattato dell'Unione europea insieme con la Carta dei Diritti fondamentali in elementi visibili della costituzione formale dell'Unione); e (3) che l'Unione europea non sembra avere una costituzione *in senso normativo-democratico*, perché le norme che danno vita alla costituzione materiale dell'Unione (e che si riflettono parzialmente in alcuni punti che rendono la stessa costituzione formale incompleta) sembrano mancare di legittimità democratica.

Quanto detto ci aiuta ad evitare un gran numero di confusioni che normalmente avvengono nei dibattiti costituzionali europei, e dunque a rio-

³⁶ Loewenstein, *Political Power*, p. 165.

³⁷ Victor Ferreres Comella, «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, 23 (2000), pp. 29-47.

rientare il dibattito sul vero punto di disaccordo che riguarda l'esistenza o meno di una costituzione *normativa* dell'Unione, e sulle conseguenze che da ciò ne derivano.

Il dibattito sulla Costituzione europea, infatti, è essenzialmente un dibattito sulla forma adeguata della costituzione normativa dell'Unione europea: se questa debba essere una costituzione democratica (nel qual caso, tenendo in considerazione la natura dell'Unione, si applicano i principi democratici opportunamente adattati) o se debba essere una costituzione che si giustifichi da un punto di vista normativo, facendo riferimento ai principi normativi diversi da quelli democratici.

Solo se si assume questa prospettiva come base di partenza del dibattito, le questioni sui contenuti della costituzione materiale europea, o sulla forma costituzionale, hanno un senso. Com'è stato sostenuto all'inizio di questo capitolo, esse vanno interpretate come risultato della visione normativa per quanto concerne il rapporto tra le diverse concezioni di Costituzione.

2. *Le dinamiche costituzionali*

Un'altra confusione che danneggia il dibattito costituzionale europeo riguarda il rapporto tra gli aspetti statici e dinamici di una Costituzione.

È difficile essere sorpresi dal fatto che il dibattito costituzionale europeo non sia riuscito a fare chiarezza sul carattere duplice della Costituzione, né vista come insieme *statico* delle norme strutturali e sostanziali che fanno da cornice all'ordinamento giuridico - e dunque giocano un ruolo decisivo per l'integrazione sociale - né vista come processo *dinamico* di trasformazione, sia dei contenuti statici del diritto costituzionale sia della realtà sociale per assecondare le esigenze normative della costituzione. Quando non vi è un accordo chiaro sulla concezione del soggetto che la Costituzione deve servire, è ancor più difficile capire se qualcosa rappresenta una grande trasformazione o piuttosto una mera continuazione dell'assetto esistente.

Buona prova di ciò è il dibattito sulla *somiglianza* tra il Trattato Costituzionale e il Trattato di Lisbona (si veda il Capitolo 4 per ulteriori dettagli). Gli opinionisti politici e giuridici si sono quasi del tutto concentrati sui contenuti *sostanziali* dei due testi, che sono abbastanza simili. Il dibattito sembra essere confinato all'interrogativo se vi sono prove sufficienti per affermare che il Trattato di Lisbona non sia altro che il Trattato costituzionale *sotto altre spoglie*. Ad ogni modo, se gli strumenti costituzionali utilizzati sono diversi, anche il testo risultante deve essere *diverso*, perché la dimensione procedurale è essenziale per definire lo status della Costituzione.

Per trattare il tema in modo migliore, è necessaria una concezione più sottile del rapporto fra cambiamento e stabilità. A tale scopo, proponiamo una distinzione fra tre tipi diversi di dinamiche costituzionali, che classifichiamo come: trasformazione costituzionale (se avviene attraverso un processo costituente o di modifica costituzionale); costituzionalizzazione trasforma-

tiva (di cui esempio evidente è l'emergere di consuetudini costituzionali); e la costituzionalizzazione semplice (le forme paradigmatiche con cui si rafforza la costituzione grazie al potere legislativo o alle corti costituzionali).

La dimensione dinamica è inevitabile data la mutabilità del sapere umano e le caratteristiche dei problemi considerati: essa è intrinseca all'idea reale di costituzione democratica. Per comprendere i tratti distintivi del diritto comunitario (sia per quanto riguarda il suo carattere dinamico che statico) è necessaria, dunque, una particolare attenzione.

In primo luogo, ogni costituzione aspira ad essere una costituzione viva, nel senso di offrire una guida normativa per la soluzione dei conflitti e per coordinare l'azione della comunità politica cui si applica³⁸. Inoltre, poiché le norme costituzionali sono una creazione umana, è inevitabile che debbano essere completate (dato che possono sorgere nuovi problemi la cui esistenza non fu pensata, immaginata o seriamente considerata in precedenza) e che abbiano bisogno di chiarimenti, quando ci si trova dinanzi ad un certo grado di ambivalenza in termini normativi o alla mancanza di chiarezza che rende la norma fondamentale poco chiara o confusa.

In secondo luogo, il ruolo d'*integrazione sociale* negli ordinamenti giuridici moderni dipende in modo cruciale, dal fatto o meno che le norme costituzionali siano state formulate con un sufficiente livello di astrazione e generalità. Infatti, la crisi esistenziale del *Rechtsstaat*, nel periodo tra le due guerre in Europa, fu strettamente legata alla manipolazione strategica di statuti e leggi ordinarie. Norme astratte e di carattere generale giocano un ruolo chiave nel ricreare una comune cultura politica che non solo sia capace di guadagnarsi fedeltà, ma anche di mediare ciò che altrimenti si risolve in puro conflitto d'interesse³⁹. Ciò consente l'applicazione della Costituzione a casi concreti che dipendono dall'elaborazione di contenuti che abbiano implicazioni specifiche sulle norme costituzionali mediante un'adeguata *argomentazione costituzionale*. In terzo luogo, occupandoci chiaramente di dinamiche costituzionali, risulta essere essenziale capire la natura e lo sviluppo del diritto comunitario, classificato come tensione tra l'apparente «linguaggio» internazionale dei testi fondativi e il «linguaggio» costituzionale degli obiettivi assegnati alle Comunità europee, sempre in quegli stessi testi. L'Unione è segnata dall'ambiguità costituzionale ed istituzionale. Non c'è una chiara risposta alla domanda «quale

³⁸ Questo punto è messo bene in evidenza da Friedrich, «*Constitutional Government and Politics*», p. 138, dove si rivendica il fatto che un governo popolare moderno presuppone una nazione che sia fundamentalmente una, i cui costumi ed opinioni diano supporto alla costituzione.

³⁹ Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 47-50. Questa è infatti l'intuizione chiave alla base sia del «velo d'ignoranza» sia della «posizione originale» di John Rawls (si veda *Theory of Justice* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971) ed il ruolo dei patti costituzionali in John Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and the Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

costituzione per quale Unione europea?”. Il miglioramento della nostra interpretazione delle dinamiche costituzionali fornirà una preziosa analisi anche sul tipo di ordinamento che si stava costruendo.

Inoltre, la funzione sociale e la legittimità della Costituzione statica dipendono in maniera cruciale dall'aspetto *procedurale* della Costituzione, e *su come le norme costituzionali vadano discusse e decise* (ed eventualmente *legittimate*). Ciò, infatti, è stato già oggetto di considerazione quando ci siamo occupati della concezione *democratica* della Costituzione, che, come detto in precedenza, è essenzialmente una concezione procedurale.

2.1 *Le tre dinamiche costituzionali principali: la costituzionalizzazione costituente, la trasformativa, e la semplice*

2.1.1 *Il processo costituente*

Il modello costituente si riferisce a processi espliciti e delimitati nel tempo, attraverso i quali il contenuto materiale delle norme costituzionali viene stabilito (procedura costituente *stricto sensu*) o, nel caso in cui sia già esistente, modificato (modifica costituzionale).

Il modello costituente rispetta due logiche centrali nella tradizione costituzionale democratica: ossia, la deliberazione e la decisione. La deliberazione (nel senso di “dibattito”, ndr), da parte di una società civile forte⁴⁰, stimola *inputs*, crea ed esamina proposte, plasma giudizi, opinioni e prese di posizione, aprendo così dei processi; mentre la decisione assicura la scelta tra varie alternative e dunque porta alla chiusura di un processo. Una corretta interazione tra elementi forti della società civile è essenziale affinché il processo costituente abbia legittime credenziali per realizzarsi.

La struttura di un processo costituente nella tradizione costituzionale democratica è piuttosto ben consolidata, e fundamentalmente corrisponde ad una sequenza di cinque fasi⁴¹:

- (1) Segnalazione. L'impulso costituzionale scaturisce dall'azione di qualcuno che rivendica (normalmente un attore istituzionale) il fatto che ci sia una domanda sociale molto diffusa per scrivere una nuova costituzione o modificare quella esistente. La segnalazione ha un carattere precursore e serve a giustificare la pretesa di articolare una domanda popolare generalizzata (quest'ultima forse si cristallizza solo *dopo* l'iniziativa politica di segnalare un momento costituzionale), la cui qualità e legittimità sarà oggetto di valutazione da parte di un processo apposito.

⁴⁰ Vedasi Nancy Fraser, «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», in *Habermas and the Public Sphere*, ed. Craig Calhoun, Cambridge, Mass., MIT Press, 1992, pp. 109-142, a p. 134.

⁴¹ Per ciò che ne consegue, si fa riferimento al nostro «The Constitution's Gift», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 380-410.

- (2) La fase deliberativa iniziale. La richiesta sollevata da coloro che intraprendono l'iniziativa di riforma costituzionale, insieme alla piattaforma costituzionale ed agli argomenti a supporto di questa, si espongono all'esame dell'opinione pubblica. La richiesta viene presa in considerazione se i cittadini la sostengono (per esempio, una schiacciante vittoria elettorale di un partito o gruppo di partiti che appoggia il cambiamento costituzionale, nel caso in cui tale questione è apertamente un cavallo di battaglia dei loro manifesti elettorali). Visto che la legittimità di tale richiesta viene dibattuta, l'agenda della riforma costituzionale si va concretizzando nei dettagli. La fase iniziale deliberativa si conclude sia nel caso in cui il progetto sia abbandonato, che nel caso in cui le istituzioni decidano di aprire un processo costituente.
- (3) La fase d'abozzo consiste in un dibattito istituzionalizzato, dove la volontà di stabilire o riformare una costituzione è sancita in un documento, o un testo che contiene le proposte costituzionali. Normalmente la bozza è formulata da un'assemblea costituente, autorizzata direttamente dal popolo e designata in modo esplicito a scrivere una costituzione. La piattaforma originale di riforma costituzionale viene analizzata in profondità, sulla base di una deliberazione dell'istituzione rappresentativa stessa e su invito da parte della società civile, espresso nella seconda fase. Essa è inoltre rinvigorita da un'opinione pubblica forte e generale⁴². Per dirla in modo sostanziale e schematico, le deliberazioni dell'Assemblea seguono un determinato *escursus*, partono cioè da linee molto generali – per ciò che concerne materie e temi di principio – e non appena il processo incomincia a svilupparsi, si cerca di generare accordi su temi più specifici. In termini generali, il processo vede uno spostamento dalla logica iniziale di giustificazione, a quella successiva che si concentra in maniera più forte sull'applicazione⁴³. Il processo serve a fare chiarezza sui principi di base, così come sulle loro manifestazioni e implicazioni pratiche dal punto di vista istituzionale. Il lavoro dell'Assemblea si conclude quando la bozza di costituzione viene redatta. Questa riflette un consenso tra i membri dell'Assemblea che hanno gestito il tutto per raggiungere una sintesi che consenta al desiderio dei cittadini di una modifica costituzionale, di trasformarsi

⁴² *Un'opinione pubblica forte* fa riferimento alle deliberazioni istituzionalizzate il cui contenuto comprende sia il processo di formazione dell'opinione che poi quello decisionale. In termini istituzionali, con una forte opinione pubblica si fa allusione alle assemblee parlamentari e agli organi di discussione, all'interno di istituzioni formalmente organizzate, che riescono a permearne il potere decisionale, e sono vincolate ancora dalla logica di motivare e giustificare in modo imparziale. Vedasi Fraser, «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», p. 134.

⁴³ Per tale distinzione, vedasi Klaus Gunther, *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, New York: State University of New York Press, 1993.

- in una volontà coerente, che assuma la forma di una bozza di proposta.
- (4) La fase deliberativa in cui si definisce l'agenda, consiste in un ampio dibattito sulla bozza di proposta costituzionale prodottasi nella fase di stesura. Il dibattito si deve concentrare sul merito complessivo della bozza costituzionale, cosicché la decisione finale di appoggiare o rigettare la stessa, possa essere presa nel migliore dei modi. Un'opinione pubblica forte può impegnarsi a suscitare il dibattito nella società civile, ma è anche abbastanza ovvio che di per sé non può sostituire l'*input* di legittimità derivante da un'effettiva discussione nella società civile. Non c'è bisogno di ribadire che c'è una differenza tra incoraggiare il dibattito e cooptare la società civile. Il dibattito procede grazie ad un'opinione pubblica generale, in alcuni casi organizzata in movimenti sociali, mentre in altri senza una forma organizzata.
 - (5) La fase di ratifica consiste in un testo finale dove si ravvisa l'esistenza di una volontà costituzionale coerente a favore della bozza di costituzione. C'è bisogno di un'adeguata forma di consultazione per determinare qual è la volontà comune al riguardo. La forma standard di questo tipo di consultazione è il referendum. D'altra parte, essa può anche assumere altre forme, come quella dell'elezione parlamentare, e cioè di una campagna fondamentalmente concentrata sulla bozza costituzionale (o in casi eccezionali, anche una votazione speciale in Parlamento, preceduta da un dibattito sociale molto diffuso, può essere legittima). Ad ogni modo, essa deve essere preceduta da un'adeguata e approfondita *deliberazione*.

2.1.2 La costituzionalizzazione trasformativa

Il costituzionalismo trasformativo si riferisce tanto ai processi (a) attraverso i quali un gruppo di norme giuridiche inizia a costruirsi dando vita alla costituzione dell'ordinamento politico (sia perché il diritto non è utilizzato per essere concepito come parte di un sistema costituzionale; sia perché il territorio si emancipa dal controllo esercitato da un altro soggetto sovrano, come nel caso del Canada, su cui si ritornerà nel Capitolo 6), quanto (b) ai processi attraverso i quali il contenuto sostanziale delle norme della costituzione materiale cambia *in assenza* di un processo e di una decisione costituente esplicita⁴⁴.

⁴⁴ Il concetto si avvicina abbastanza all'idea di «mutazione costituzionale» di Loewenstein, che considera, ad ogni modo, essenziale il fatto che la trasformazione *non si rifletta* nella costituzione formale (Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, p. 165). A nostro avviso, al contrario, il fattore chiave è se tale cambiamento sia, o meno, il risultato di una deliberazione e di una decisione plasmata in modo esplicito con l'intento di cambiare la costituzione. Fino a che punto ciò si ritrovi nel «documento» della costituzione dipende dalla prassi sociale; la definizione di Loewenstein tende ad essere fragile dinanzi a cambiamenti avvenuti nella prassi sociale stessa.

Questi due aspetti del costituzionalismo trasformativo andrebbero tenuti separati dal punto di vista analitico perché l'affermazione di una costituzione comporta due fatti piuttosto differenti che, nel costituzionalismo rivoluzionario, sono parte del medesimo atto, ma non nel caso del costituzionalismo evolutivo (come si vedrà più avanti). Costituzionalizzare un ordinamento giuridico comporta: (a) strutturare un sistema giuridico intorno alla diversa capacità di disciplina delle norme costituzionali rispetto a quelle infra-costituzionali (distinguendo dunque fra regimi di efficacia giuridica e ranghi gerarchici differenti) e (b) determinare i contenuti sostanziali delle norme costituzionali.

Nel primo caso, si osserva l'emersione graduale di una distinzione fra i diversi tipi di norme all'interno dell'ordinamento giuridico, risultante dalla caratterizzazione delle norme costituzionali in quanto dotate di *una forma più alta di validità giuridica* rispetto alle leggi ordinarie (e implicitamente, rispetto a qualsiasi altra norma giuridica valida all'interno del suddetto ordinamento giuridico). Il caso tipico di «affermazione costituzionale trasformativa» si ravvisa laddove la prassi sociale e giuridica interpreta le norme fondamentali per strutturare l'istituzione e per organizzare i rapporti sociali in chiave costituzionale, ma *senza* realizzare alcun cambiamento formale. Le norme fondamentali, dunque, non solo strutturano *de facto* la società alla base, ma dal loro ruolo ne derivano anche conseguenze giuridiche. Ciò avviene quando giudici, funzionari pubblici e cittadini nell'applicare norme giuridiche, non ritengono più che tutte le norme giuridiche debbano avere un eguale rango o status gerarchico, ma ne derivano, invece, l'ipotesi che certe norme sono costituzionali ed altre no, e da ciò ne consegue che le prime debbano prevalere su quest'ultime in caso di conflitto. Le prime dovrebbero essere una fonte d'ispirazione quando si dà vita a quest'ultime, ed in caso di lacune giuridiche, dall'interpretazione sistematica delle norme di più alto rango «costituzionale», si possono desumere regole per ovviare a tali lacune.

Un esempio contemporaneo di questo processo di costituzionalizzazione è rappresentato dal Regno Unito dopo la promulgazione dell'*UK Human Rights Act*. La trasformazione della Costituzione britannica che ne consegue, comporta non solo – e non principalmente – un cambiamento nei *contenuti di fondo del diritto britannico* (nonostante è più che logico che ci sia ormai una raccolta corposa di giurisprudenza che ha trasformato molte aree del diritto), ma anche, nel più ampio quadro della struttura del sistema giuridico, una classificazione di certe norme come costituzionali che dunque godono di una dignità ed efficacia giuridica che le pone *al di sopra* delle altre⁴⁵.

Nel secondo caso, la trasformazione costituzionale riguarda cambiamenti di natura strutturale e sostanziale nel contenuto delle norme costitu-

⁴⁵ Sulla giurisprudenza risultante dalla Carta dei Diritti Umani, vedasi Ian Leigh e Roger Masterman, eds., *Making Rights Real: The Human Rights Act in the First Decade*, Portland: Hart Publishing, 2008.

zionali, attraverso l'emergere di convenzioni costituzionali e consuetudini costituzionali, utilizzate per classificare il contenuto della costituzione britannica (o almeno, si diceva che servissero a questo)⁴⁶. Le norme di costituzione materiale cambiano all'interno dell'ordinamento giuridico costituzionalizzato non come risultato di un processo costituente esplicito, ma come risultato di processi costituenti non convenzionali (durante i quali le norme di costituzione materiale vengono cambiate senza realizzare una formale modifica costituzionale) o attraverso un lento processo di reinterpretazione sistemica delle norme costituzionali⁴⁷.

Ciò viene reso possibile, e addirittura incoraggiato, dal fatto che le norme costituzionali tendono a fare un uso estensivo di termini astratti e generali propri di un modo di ragionare che tende alla generalizzazione. Il diritto ad avere una tutela giudiziaria effettiva, dunque, esige giudizi «giusti», ma che cosa sia esattamente un giudizio giusto, quando è già trascorso il periodo di tempo massimo prima dell'emissione di una sentenza, non è un qualcosa di prestabilito una volta per tutte, ma è legato a strutture sociali e periodi determinati. Infatti, il *linguaggio* del diritto costituzionale vale in gran misura per entrambe le dinamiche di costituzionalizzazione: si per la semplice che per la trasformativa.

2.1.3 La costituzionalizzazione semplice

La terza e ultima forma di dinamica costituzionale è quella da noi denominata costituzionalizzazione semplice. Con ciò si fa riferimento all'apparizione di implicazioni normative delle norme costituzionali quando esse si applicano a circostanze specifiche. Le disposizioni costituzionali sono, per natura, di carattere astratto e generale, e la loro applicazione a casi concreti richiede l'elaborazione della regola derivante dalla norma generale che si afferma nella Legge Fondamentale. Questo è il motivo per cui la costituzionalizzazione semplice consiste nell'accertare l'origine delle norme costituzionali dai principi costituzionali generali⁴⁸.

⁴⁶ Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 126.

⁴⁷ Il contenuto delle norme di costituzione materiale può cambiare anche mediante un lento processo d'applicazione della costituzione alla vita di tutti i giorni della comunità politica e della società. D'altronde, è chiaro che le norme costituzionali hanno bisogno di essere interpretate nel processo d'applicazione delle medesime. Ciò rende assolutamente necessario, tra le altre cose, la creazione di regole per dirimere i conflitti tra principi costituzionali, elaborando regole tese a centrare gli obiettivi che la costituzione si propone. Nel corso del tempo, tali regole possono finire col reinterpretare il modo in cui i contenuti sostanziali ed istituzionali della costituzione vengono interpretati. I cambiamenti nella struttura sociale, d'altro canto, dovuti a cambiamenti tecnologici, demografici o esterni, portano ad un lento adattamento dei contenuti sostanziali ed istituzionali della costituzione.

⁴⁸ In termini di argomentazione giuridica e d'implicazioni normative ed istituzionali, vedasi Robert Alexy, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 33-38, 54-56.

Così come indicato in precedenza, il ruolo d'integrazione giocato dalle costituzioni moderne richiede che le loro norme siano formulate secondo un livello adatto di astrazione e generalità. Nel momento in cui tali norme astratte e generali devono applicarsi a casi concreti, il divario tra la formulazione generale della norma e la fattispecie concreta del caso, deve essere colmato dall'argomentazione costituzionale. Ciò ci porta verso un processo d'esplorazione costituzionale. Le costituzioni moderne contengono dei mandati specifici al legislatore per intraprendere tale esplorazione mediante l'approvazione di leggi che danno sviluppo al testo costituzionale⁴⁹. I contorni specifici che il controllo di costituzionalità sulla legislazione ha assunto in molti Paesi europei dopo la seconda guerra mondiale, ha portato anche le Corti costituzionali (ed addirittura in alcuni casi tutte le Corti) a giocare un ruolo in questo modello di costituzionalizzazione.

La costituzionalizzazione semplice s'intensifica specialmente dopo l'atto costituente principale, oppure dopo un processo di costituzionalizzazione trasformativa. Le norme astratte e generali della Costituzione restano *indefinite*, per la mancanza di una prassi costituzionale d'applicazione attraverso la quale si devono rafforzare, e dunque la loro reale importanza sui rapporti sociali specifici resta tutta da verificare.

Inoltre l'atto in cui si promulga una nuova Costituzione non avviene mai in una situazione di vuoto giuridico. La maggior parte delle norme giuridiche ordinarie anteriori alla Costituzione dovrebbero, nel frattempo, restare in vigore, perché riscrivere l'intero sistema giuridico in un colpo solo è un compito al di là di qualsiasi sforzo. Il fatto, però, che queste continuano a rimanere in vigore non significa che si applichino allo stesso modo. Per alcuni, la loro validità di base cambia, quindi, in termini precisi, più che *continuare ad esistere*, esse in realtà *rivivono* per *grazia* concessa dalla Costituzione, che desidera che si proceda in tal modo, sempre nella misura in cui la Costituzione stessa non stabilisca il contrario⁵⁰. In aggiunta, le loro reali implicazioni normative dipendono dalla loro *capacità di adattarsi* al nuovo ordinamento costituzionale. Ciò scatena un processo parallelo di costituzionalizzazione, nel senso di adattamento *interpretativo* del vecchio ordinamento giuridico al nuovo ordinamento costituzionale. Un esempio tipico di quanto detto è l'effetto del principio costituzionale di anti-discriminazione. Se la Costituzione afferma solennemente che la discriminazione per ragioni di sesso, razza o nazionalità non sarà più accettabile, ne deriva un'immediata cancellazione delle più evidenti norme discriminatorie, che dunque non possono essere fatte rivivere, e che

⁴⁹ Queste essenzialmente corrispondono alle *leggi costituzionali* in Italia, le *lois organiques* in Francia, e forse al concetto di «*bloque de constitucionalidad*» in Spagna.

⁵⁰ Vedasi Francisco Rubio Llorente, «La Constitución como fuente de Derecho», in *La Forma del Poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 43-62.

quindi sono spazzate via dall'entrata in vigore della nuova Costituzione. Ad ogni modo, gli effetti discriminatori di tante altre norme sono meno evidenti. Alcune volte essi sono indiretti, ed in certe occasioni non si riconoscerebbero come tali fintantoché la cultura costituzionale non riconosce pienamente la portata del principio proclamato nella Costituzione. La costituzionalizzazione semplice avanza riuscendo a far filtrare i valori costituzionali nella vita politica.

2.2 Le implicazioni per l'Unione

La triplice classificazione delle dinamiche costituzionali è essenziale per ricostruire l'evoluzione del diritto costituzionale europeo.

In primo luogo, è chiaro che la fondazione delle Comunità europee non fu il risultato di un atto *costituente* nel senso appena descritto, perché non vi fu un processo esplicito, consapevole, e limitato nel tempo che fosse mirato alla *redazione* della Costituzione dell'Unione europea.

In secondo luogo è chiaro che la prassi costituzionale europea si è caratterizzata per la combinazione di una curiosa miscela di costituzionalizzazione *trasformativa e semplice*.

È stato ampiamente documentato il fatto che gli attori istituzionali, sia politici che giuridici, abbiano progressivamente sposato l'idea di ricostruire il diritto comunitario in chiave costituzionale. È piuttosto ben consolidata l'idea che i principi strutturali della costituzione europea (effetto diretto, preminenza ed il principio chiave della divisione di competenza tra Stati membri e Unione) non fossero altro che il risultato di una prassi costituzionale di natura trasformativa attraverso la quale i Trattati vennero letti e interpretati come norme costituzionali. Lo stesso può dirsi del principio della protezione dei diritti fondamentali, e con alcune sfumature, delle libertà economiche, anche se queste ultime trovano il proprio fondamento nel testo originario dei Trattati che diede loro vita (infatti, si farà notare nel Capitolo 3 che queste ebbero una trasformazione in chiave costituzionale successivamente, quando la Corte di Giustizia Europea, partendo dal tenore letterale di quanto i Trattati affermavano al riguardo, cominciò a considerarli come la concretizzazione delle libertà individuali del privato cittadino). Ciononostante, è importante sottolineare che la costituzionalizzazione trasformativa non riguardava tanto la modifica *evolutiva o non-convenzionale* della Costituzione, poiché è avvenuta grazie ad un processo dove un insieme di norme è stato *riclassificato* come costituzionale. Questo è ciò che differenzia il modello costituzionale europeo da quello britannico.

Inoltre, gli stessi attori istituzionali hanno anche incominciato ad esplorare parallelamente le implicazioni normative delle disposizioni costituzionali dell'Unione. Mentre il Trattato di Parigi che istituiva la Comunità del Carbone e dell'Acciaio presentava norme giuridiche piuttosto precise (infatti, si è sempre caratterizzato per essere un Trattato-cornice, giocando negli ordinamenti giuridici nazionali lo stesso ruolo strutturale della

legge o di altri strumenti legislativi nei confronti dei regolamenti), il Trattato di Roma, al contrario, combinava un insieme piuttosto specifico di norme concernenti le quattro fasi per approdare al mercato comune, con principi di ampia portata riguardanti fasi ulteriori nel processo d'integrazione. Tutto ciò ha anche un'implicazione strutturale, dovuta al fatto che un molte norme contenute nei Trattati di Roma originari si affermano ad un livello piuttosto astratto e generale, e dunque, possono essere concretizzate solamente attraverso una corrispondente *argomentazione costituzionale*. Come vedremo in maggior dettaglio nel Capitolo 3, mentre questi due processi di costituzionalizzazione tendevano a mescolarsi nei primi anni di vita della Comunità, con l'avanzare del processo d'integrazione sono diventati più legati.

Un chiarimento dal punto di vista analitico non risolve l'enigma costituzionale europeo, ma ci consente di formulare le domande fondamentali a cui aspiriamo a dare risposta. La ricostruzione della storia costituzionale europea con riferimento ai processi di costituzionalizzazione sia trasformativi che semplici, lascia aperto l'interrogativo su cosa inneschi e giustifichi la *lettura costituzionale* dei Trattati agli inizi. L'interrogativo sull'*origine* resta essenzialmente senza risposta. Le norme fondamentali del diritto comunitario ebbero sempre un rango costituzionale, rendendo quanto emerso dalla prassi costituzionale trasformativa semplicemente il riconoscimento della loro forza e dignità costituzionale? Oppure, la suddetta forza e dignità gli fu conferita mediante un processo di trasformazione costituzionale? Come è possibile accettare la prima posizione (e cioè che da sempre hanno rango costituzionale) in assenza di un atto costituente esplicito? Come si può reputare corretto il secondo approccio, se questo si va a scontrare direttamente con la prassi costituzionale che a livello nazionale classifica la Costituzione nazionale come norma giuridica suprema?

Gli strumenti di analisi discussi sino a questo punto non sono tuttavia sufficienti a dare risposta a queste domande. A tal fine, è necessario dunque ricorrere ad una teoria di ampio respiro che verrà presentata al Capitolo 2.

3. *Il costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo come composizioni differenti dei processi di trasformazione costituzionale e costituzionalizzazione*

Le costituzioni sono legate in modo inestricabile alle loro origini ed alla storia di tali origini. Basti pensare all'ossessione che si registra nella tradizione costituzionale italiana e francese verso il «momento costituzionale», in cui si pensa che una specie di *We the people* abbia scritto la Costituzione. Oppure nella tradizione costituzionale britannica, con il suo lento ma costante processo di consolidamento delle consuetudini costituzionali che si riteneva conformasse la costituzione nazionale, doppiamente legittimato in quanto non solo riflette soltanto la genialità della saggezza collettiva accumulata negli anni (che gli avvocati britannici sono educati a credere che sia depositata nel

sistema di *common law*)⁵¹ ma che abbia anche acquisito una legittimità democratica grazie all'appoggio di un *We the British people* in momenti storici chiave (la Gloriosa Rivoluzione, l'Era della Riforma, le due Guerre mondiali). Di conseguenza, qualsiasi teoria costituzionale include una narrazione costituzionale, che ricostruisce i principali momenti della trasformazione nella storia della costituzione, riferendosi ai fondamenti normativi della Costituzione (o secondo quanto affermato in questo capitolo, ricostruisce la storia con riferimento alla concezione *normativa* della Costituzione).

La narrazione costituzionale europea è profondamente problematica e al contempo si muove nel vago. Come già detto nell'introduzione, ma vale la pena ribadirlo, non c'è una Bastiglia europea, né una Philadelphia europea; e semplicemente non ha alcuna speranza di successo rivendicare che la saggezza europea si riflette nella Costituzione europea. È necessario dunque confrontarsi con una serie di rebus difficili da risolvere: Come hanno fatto i Trattati a trasformarsi in Costituzione? Cosa li ha trasformati? Come sono stati trasformati? La narrazione giuridica, che solitamente glorifica il ruolo della Corte di Giustizia Europea (in certi casi, appoggiata dai tribunali nazionali)⁵² ritiene che quest'ultima abbia trasformato un ordinamento giuridico internazionale in un ordinamento costituzionale, affermandone l'effetto diretto e la supremazia delle norme comunitarie in sentenze fondamentali per il diritto comunitario, come la *Van Gend en Loos* e la *Costa*. È possibile che questa sia la realtà? L'idea che la Corte di Giustizia *determinasse la trasformazione costituzionale* è difficile da conciliare con i fondamenti democratici delle costituzioni nazionali, e quindi piuttosto poco plausibile (perché non vi è stata una massiccia ripercussione, se realmente la Corte stava trasformando la natura della Costituzione europea, e facendo ciò, inevitabilmente anche quella delle costituzioni nazionali?). Come si affermò dunque la Costituzione? Quale tipo di processi sono davvero rilevanti per l'instaurazione di una costituzione democratica?

Tutti questi interrogativi emergono ad oltranza durante i processi di riforma costituzionale, come il processo di riforma di Laeken illustra molto bene. Durante i dibattiti che precedevano il referendum francese sulla ratifica del Trattato costituzionale, l'opinione pubblica francese si divise e si polarizzò in maniera crescente con l'avanzare della campagna referendaria. Dietro queste dispute, la *cultura costituzionale francese*, per intenderci quella «rivoluzionaria», diede però forma sia alle posizioni del «sì» che a quelle del «no». Come in tutte le tradizioni costituzionali «rivoluzionarie», ma in special modo in quella francese dove quasi ogni generazione aveva

⁵¹ Vedasi Sir John Davies, *Le Premier Report des Cases e Matters en Ley Resolues at Adjudges en les Courts del Roy en Ireland*, del 1615, ora in David Wootton, ed., *Divine Right and Democracy*, Harmondsworth, Penguin, 1986, p. 133. Questo autore aveva fortemente influenzato Hayek, anche se l'origine dell'idea va ritrovata solamente in Coke. Vedasi *Constitution of Liberty*, London, Kegan Paul, 1960, p. 58 (in particolare n. 20).

⁵² Vedasi i riferimenti bibliografici alla nota 6.

dovuto scrivere una propria Costituzione, la caratterizzazione del Trattato Costituzionale come «Costituzione per l'Europa» invitava a fare paragoni con i *processi costituzionali nazionali*, in cui un processo politico esplicito e limitato nel tempo consentiva di esaminare se la proposta costituzionale fosse appoggiata da una chiara maggioranza della popolazione (questo è il punto chiave nel *momento costituzionale*). In particolare, il dibattito francese del 2005 si centrò sul grado di legittimità *del processo di Laeken*, e sulle implicazioni dei contenuti sostantivi del Trattato Costituzionale al momento di essere applicati nella prassi costituzionale *ordinaria*. Mentre il fronte del «si» era abbastanza soddisfatto del Trattato Costituzionale, anche se in alcuni casi in misura minima, e considerava entrambe le questioni (cioè legittimità e applicabilità) in modo positivo, sul fronte del «no» si metteva in dubbio la legittimità del processo e ci si domandava quali effetti specifici avrebbe potuto avere sulle politiche ordinarie il rafforzamento delle norme costituzionali (in particolare, facendo presente che avrebbe alimentato una certa inclinazione a favore delle politiche neo-liberali).

Inoltre, sia il fronte del «si» che quello del «no» trovavano normale che, qualora il risultato del referendum fosse stato negativo, la cosa migliore da fare sarebbe stata ripetere di nuovo l'esperimento costituzionale. Ciò corrisponde a quello che la Francia ha fatto nella sua storia recente, ed in particolare nel 1946, quando il primo referendum, subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, fu respinto dal voto popolare. In quel caso, infatti, l'esito negativo portò ad una nuova bozza costituzionale, che in un secondo referendum fu approvata dai cittadini. I cambiamenti apportati non furono semplicemente di facciata, ma in grande misura servirono per creare un ampio consenso intorno alla Legge fondamentale. Dunque, sul fronte del «no» ci si aspettava di innescare un nuovo «momento costituzionale» grazie al gran rifiuto dal Trattato Costituzionale. Mentre sul fronte del «sì», si riteneva che tale previsione non fosse *sbagliata*, ma semplicemente poco *realistica*, perché non si trattava di un processo costituente che toccava solo la Francia (su questo punto si sono avvicinati alla comprensione del fatto che l'affermazione di una costituzione democratica europea non può essere fatta seguendo lo stesso modello utilizzato a livello nazionale). Ciò era chiaramente ed evidentemente in opposizione con il modo in cui la questione è stata percepita in Germania.

Sebbene la ratifica del Trattato costituzionale era vista da molti come un qualcosa che avesse una dimensione costituzionale⁵³, essa non assumeva lo stesso significato dato in Francia, sia in termini procedurali che sostanziali.

⁵³ Ciò non si verificò in tutti gli Stati membri. Evidentemente non si verificò in Svezia, dove il Trattato Costituzionale fu oggetto di dibattito in termini politici e giuridici, come avviene per un qualsiasi altro Trattato internazionale ordinario. Vedasi Fredrik Langdal, *Ratifying the Constitutional Treaty in Sweden*, Stockholm, Swedish Institute of Policy Studies, disponibile all'URL <www.epin.org/pdf/RM-CR-Sweden040505.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

Infatti, l'evidente *dimensione politica* della Costituzione, il rapporto stretto fra l'esercizio del potere politico e l'approvazione della Costituzione, sembra essere meno marcato in una tradizione dove la legittimità democratica della legge fondamentale è stata acquisita nel corso del tempo, e che quindi non può prendere origine da un *momento democratico costituzionale ben preciso*. Senza entrare nello specifico di un dibattito sulle origini della Costituzione tedesca, di certo le circostanze politiche e militari rendono difficile arrivare a concludere che il testo sia stato il risultato di un libero esercizio di volontà politica espressa dai cittadini tedeschi. La tragica storia vissuta dalla Germania veniva accompagnata da una tragica storia costituzionale, e lasciava una Costituzione che si caratterizzava per il suo essere ambivalente nei confronti delle sue origini democratiche. La tradizione tedesca, infatti, è in tal senso non molto diversa da quella britannica, o per essere più precisi, da quella delle sue colonie, giacché la Legge Fondamentale tedesca non aveva un'origine democratica, ma era venuta legittimandosi come costituzione democratica grazie al suo contenuto sostanziale (che permette l'affermazione di una democrazia efficiente e florida in Germania) e il suo progressivo appoggio da parte dei cittadini nei momenti critici dell'epoca.

Come conseguenza di ciò, la tradizione costituzionale tedesca ha optato per una relativizzazione del valore del «momento costituzionale», prestando maggiore attenzione al processo di *costituzionalizzazione* dell'ordinamento giuridico. Basti semplicemente tenere presente che, essendo un tema di diritto costituzionale positivo, l'organizzazione del dibattito sulla ratifica via referendum è semplicemente impossibile (per ovvie ragioni storiche che rendono problematico il voto popolare diretto). Inoltre, però, il dibattito costituzionale in Germania sull'Europa si è concentrato sulla capacità del diritto comunitario di adempiere gli *standard costituzionali sostanziali*: diritti fondamentali, divisione delle competenze fra Germania e Unione europea, e la «clausola d'eternità» sancita nella Costituzione. Infatti, solo recentemente il dibattito, in modo alquanto inusuale nel pronunciamento della Corte Costituzionale tedesca su Maastricht, ma più chiaramente in quello su Lisbona nel giugno 2009, si è ricollegato a preoccupazioni di natura democratica (unendo la trascendenza federale dello Stato tedesco al voto popolare e creando un nesso tra la clausola d'eternità con il diritto all'auto-determinazione politica). Di conseguenza, la premessa implicitamente assunta dai francesi, che un fallimento del processo di ratifica andava visto semplicemente come un'opportunità per cominciare un nuovo processo costituente, era invece incomprensibile per gli osservatori tedeschi.

Inoltre, in entrambi i casi, si riconosce implicitamente che il modello democratico da seguire a livello europeo potrebbe essere diverso dai due modelli dominanti a livello nazionale, e che dunque ci potesse essere un terzo modello di natura democratica, una specie di *tertium genus*.

Ci sembra che buona parte della confusione nella letteratura costituzionale europea, deriva dalla sua incapacità di adattarsi ad uno qualsiasi dei modelli che fino ad oggi sono stati seguiti a livello nazionale per affermare una costituzione democratica. Questo tipo d'implicazioni nor-

mative relega il costituzionalismo democratico a una serie di condizioni istituzionali specifiche. In effetti, si esclude la legittimità di un *qualsiasi altro modello per promulgare una costituzione democratica*; e così implicitamente il modello costituzionale europeo viene ad assoggettarsi agli standard nazionali. Ciò evidentemente nasconde l'esistenza di un dibattito costituzionale che va oltre le frontiere. Non solo si fa notare che gli stessi fatti, nel momento in cui avvengono, sono interpretati in modo diverso a seconda delle diverse varianti della tradizione costituzionale democratica, ma è anche difficile comprendere per ciascuno le valutazioni provenienti da una tradizione costituzionale diversa. Questo aspetto, inoltre, riporta alla proposizione di modelli nazionali da attuare a livello europeo, escludendo dunque la possibilità di un modello europeo diverso.

A nostro avviso, è possibile evitare questa specie di vicolo cieco costituzionale muovendoci in due direzioni. La prima ci porta a prendere sul serio la dimensione democratica del diritto costituzionale, e a prendere in considerazione il fatto che ci sono almeno due modelli diversi, ma al contempo piuttosto equivalenti, per arrivare a promulgare una costituzione democratica a livello nazionale; e cioè il rivoluzionario e l'evolutivo. La seconda, ci porta a disaggregare tali modelli sulla base dell'originale miscela di dinamiche costituzionali che – secondo i termini discussi nella sezione III – caratterizza ciascuna di esse. Ciò ci consentirà di mostrare (a) che l'Unione non ha seguito nessuno dei due modelli nazionali maggiormente utilizzati, e (b) che è possibile ipotizzare che questa abbia seguito finora un *terzo* modello, frutto di una combinazione di dinamiche costituzionali differenti ma *equivalenti dal punto di vista democratico*.

3.1 I due percorsi costituenti più battuti

3.1.1 Il modello costituente rivoluzionario

Possiamo distinguere due modelli principali d'approccio alla costituzione democratica nelle tradizioni costituzionali nazionali: il «rivoluzionario» e «l'evolutivo».

Il modello rivoluzionario⁵⁴ si caratterizza per avere come fattore chiave di legittimazione il *momento costituzionale*, e cioè il processo formalmen-

⁵⁴ Per quanto concerne la «tradizioni rivoluzionarie» del costituzionalismo democratico, si veda Hannah Arendt, *On Revolution*, Harmondsworth, Penguin, 1970; Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Laterza, 2009; Bruce Ackerman, *We the People*, suddiviso in tre volumi: vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991; vol. 2, *Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997; vol. 3 in uscita, ed il cui contenuto si trova parzialmente in «The Living Constitution», *Harvard Law Review*, 120 (2007), pp. 1737-1813. Per una valutazione della nozione del «momento costituzionale» per quanto concerne il processo di Laeken, vedasi il nostro «The Constitution's Gift».

te istituito e limitato nel tempo in cui il testo di bozza costituzionale viene redatto e sottoposto ad un intenso dibattito pubblico, dopo il quale si dà luogo a una votazione fondamentale sulla trasformazione (o meno) della bozza in Costituzione⁵⁵. Il processo ambisce a coinvolgere il più possibile i cittadini, a tal punto che sembra logico (specialmente in termini normativi) rivendicare il fatto che siano stati i cittadini stessi (*We the people*) ad autorizzare la Costituzione (ovvero, nel caso del passaggio ad un'altra fase, le generazioni del presente riscrivono la costituzione dei loro antenati se le circostanze lo richiedono)⁵⁶. La tradizione rivoluzionaria, dunque, è caratterizzata da un processo orientato a produrre una volontà costituzionale esplicita e concreta, che si cristallizzi in una costituzione formale. Quest'ultima viene vista come un *programma* d'accordo attraverso il quale l'ordinamento politico e giuridico deve plasmarsi e svilupparsi⁵⁷. Nei termini da noi proposti per fare luce sulle dinamiche costituzionali, l'origine costituzionale è un atto *costituente*. La mossa chiave per una costituzione democratica in questo modello, consiste nell'innescare un momento costituzionale, che deve essere decisivo sia per la definizione dei contenuti della costituzione, sia per dotare le sue disposizioni di un'ossatura interpretativa da utilizzare nei dibattiti costituzionali. I toni drammatici usati nei dibattiti costituenti riflettono semplicemente l'importanza vitale data ai *momenti costituzionali* da parte della cultura costituzionale che s'ispira al modello rivoluzionario.

Il modello rivoluzionario porta con sé due tipi di preoccupazioni istituzionali. In primo luogo vi è il bisogno di creare le necessarie strutture istituzionali di supporto alla supremazia della Costituzione nella prassi costituzionale. Il valore normativo della Costituzione (ciò che gli europei continentali, parlando di costituzione, solitamente considerano come una realtà giuridica e non semplicemente come un programma) implica l'effetto diretto della Costituzione, e cioè che da essa scaturiscano direttamente diritti e doveri. Ciò, però, può avere una piena efficacia qualora questa sia salvaguardata dalle strutture istituzionali tese a controllare l'osservanza degli standard costituzionali (di cui l'esempio più tipico è il giudizio di costituzionalità cui viene sottoposta la legislazione, ma che può organizzarsi in modi differenti, a partire dalle istanze che vogliono un ritorno

⁵⁵ Sul fondamento procedurale-democratico della democrazia, si veda Ackerman, *We the People*, vol.1, *Foundations*, in particolar modo a p. 20. Si veda anche Ackerman «Revolution on a Human Scale», *Yale Law Journal*, 108 (1999), pp. 2279-2349.

⁵⁶ Sul diritto di ogni generazione a poter scrivere la propria costituzione, si veda Thomas Jefferson, «Letter to James Madison», 6 settembre 1789, in *The Works of Thomas Jefferson*, vol. 6, Federal Edition, New York and London, Putman, 1905, pp. 3-11. Jefferson scriveva da Parigi durante il periodo chiave della rivoluzione. Si veda anche Paine, *Rights of Man*, p. 42.

⁵⁷ Il *locus classicus* è Paine «Rights of Man», *ibid*, a p. 71.

alla centralità del Parlamento più o meno ispirata alla *référé législatif*⁵⁸, fino ad arrivare alla prassi di un esame politico in piena regola sulla costituzionalità della legislazione da parte degli stessi cittadini)⁵⁹ ed anche a garantire l'integrità della costituzione nei confronti della prassi costituzionale (di cui, come già accennato in precedenza, il processo di modifica della Costituzione è un punto fondamentale). In secondo luogo, è necessario tracciare dei criteri specifici per distinguere le norme costituzionali da quelle non-costituzionali, appunto a causa della densità della struttura e delle procedure istituzionali tese ad offrire una protezione ulteriore alle norme costituzionali.

Il modello rivoluzionario si lega in modo inestricabile ai processi di costituzionalizzazione semplice. Il fatto che la Costituzione sia il risultato di un atto costituente non altera la natura astratta e generale delle norme costituzionali, che dunque, devono concretizzarsi per essere applicate a casi concreti. Ciò che è essenziale in questo processo di concretizzazione nell'ambito delle costituzioni create secondo il modello rivoluzionario, sta nel fatto che i dibattiti costituenti, ed i dibattiti politici ordinari che ad essi si riferiscono, diventino un punto di riferimento chiave per sviluppare argomentazioni costituzionali che permettano di analizzare le implicazioni delle norme costituzionali.

L'affermazione di una costituzione democratica attraverso il modello rivoluzionario non esclude il fatto che i contenuti della costituzione possano cambiare grazie ai processi di costituzionalizzazione trasformativa. Infatti, l'emergere delle consuetudini costituzionali non riguarda solamente quelle costituzioni formatesi sotto l'egida del modello evolutivo, ma può anche osservarsi nelle costituzioni ispirate da un modello rivoluzionario. La differenza risiede nel fatto che c'è sempre una tensione fra l'aspirazione rivoluzionaria ad assicurare che la costituzione formale rifletta la costituzione materiale, e quella che vuole che la costituzione materiale sia il risultato di un processo democratico di formazione della volontà collettiva e di trasformazione evolutiva delle norme costituzionali. Inoltre, *tempo e pazienza* sono condizioni necessarie per lo sviluppo di una costituzione secondo il modello evolutivo. Nelle politiche costituzionali, però, in alcune circostanze il tempo a disposizione è una variabile essenziale⁶⁰;

⁵⁸ Sugli ideali della democrazia alla base del *référé législatif* e in generale sul divieto di una qualsivoglia interpretazione creativa da parte dei giudici, si veda John Henry Merriman, «The French Deviation», *American Journal of Comparative Law*, 44 (1996), pp. 109-119.

⁵⁹ Si può sostenere che è stato il controllo di costituzionalità più effettivo, in Francia, fino alla recente riforma costituzionale del 2009. Sull'idea di un controllo di costituzionalità popolare si veda Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁶⁰ Carl Friedrich, «The Political Theory of the New Constitutions», in *Constitutions and Constitutional Trends Since World War II*, ed. Arnold J. Zurcher, New York, New York University Press, 1951, pp. 13-35.

e al contempo, i limiti di tempo aiutano la formazione e la messa a fuoco della volontà costituzionale democratica⁶¹.

3.1.2 *Costituzionalizzazione evolutiva*

Il modello evolutivo verso una costituzione democratica⁶² viene segnato dall'importanza chiave della costituzionalizzazione trasformativa. Pezzi di leggi fondamentali del sistema si consolidano e trasformano successivamente in diversi strati della "torta" costituzionale⁶³. In un determinato momento critico di congiunzione della vita politica dell'ordinamento, l'appoggio dei cittadini verso questo diritto costituzionale «vivente» conferma la legittimità democratica della costituzione. La costituzione, dunque, non è un progetto, ma una mappa che viene fatta e disfatta sulla base di come istituzioni e cittadini valutino, nel corso del tempo, lo spazio sociale in cui vivono. Il rapporto tra costituzione e sistema giuridico e politico viene in questo caso capovolto: la costituzione *riflette* piuttosto che plasmare l'ordinamento giuridico e la cultura politica nel suo complesso⁶⁴.

⁶¹ Ackerman, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, pp. 17-24, contro il costituzionalismo alla «Burke», una frase che corrisponde in gran parte a ciò che viene caratterizzato come costituzionalismo evolutivo.

⁶² Per quanto riguarda la tradizione costituzionale evolutiva, gli scritti canonici sono Walter Bagehot, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1865 [2001], in particolare p. 3; e A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1866 (citato dalla Liberty Press edition del 1982, in particolar modo pp. CXLV-CXLVI e pp. 277-278). La sua riaffermazione contemporanea si trova in Anthony King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 2-3. Un'analisi storica si ritrova in O. Hood Phillips, «Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors», *Modern Law Review*, 29 (1966), pp. 137-148 e Wicks, *The Evolution of a Constitution*. La prodigiosa flessibilità di una costituzione evolutiva viene canonicamente riassunta da Griffith nella sua famosa frase «La Costituzione è ciò che avviene», si veda A. J. Griffiths, «The Political Constitution», *Modern Law Review*, 42 (1979), pp. 1-21. Un'analisi interessante delle convenzioni sociali attraverso un confronto della dottrina giuridica e la narrativa, si trova in Asa Briggs, «Trollope, Bagehot and the English Constitution», in *Victorian People*, Chicago, Chicago University Press, 1954, pp. 87-115.

⁶³ Sui diversi «momenti costituzionali» nella storia britannica e le residue norme costituzionali, si veda Neil MacCormick, «Does the United Kingdom Have a Constitution. Reflections on MacCormick v. Lord Advocate», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 29 (1978), pp. 1-20; Wicks, *The Evolution of a Constitution*; e Iain McLean, *What's Wrong with the British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Sotto un punto di vista teorico, si veda A. V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, capp. 14 e 15; Ivor Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1959; e Nicholas W. Barber, «Constitutional Laws and Constitutional Conventions», *Law Quarterly Review*, 125 (2009), pp. 294-309.

⁶⁴ All'interno della tradizione evolutiva, problemi specifici vengono posti da quei casi in cui una costituzione *octroyé* diventa una costituzione autoctona (e democratica), come avviene con la decolonizzazione. Per una classificazione all'in-

Il fattore di legittimazione chiave risiede nel test operato dal tempo, e conta su un duplice profitto, rappresentato sia dal fatto che le norme, che si sono evolute nel tempo, abbiano avuto vita lunga - il che ne prova l'efficace utilità per l'integrazione sociale - sia dal fatto che hanno avuto la possibilità di essere appoggiate dai cittadini nei momenti critici della storia costituzionale nazionale. In ultima analisi, l'elemento più importante non è l'*origine costituzionale*, ma la *dinamica costituzionale che le sostiene* nel corso del tempo. In particolare, il fatto che le norme di base fondamentali furono o meno decise democraticamente, rappresenta un aspetto secondario della questione. Le norme costituzionali evolutive non sono fatte in una volta sola, ma al massimo si costruiscono progressivamente, trasformandosi sotto i colpi della critica nel corso del tempo. La legittimità è, pertanto, *acquisita lentamente* come risultato di una comprovata capacità d'integrazione nella società nel corso del tempo, e grazie al fatto che i cittadini appoggiano tali norme nei tornanti critici della storia costituzionale nazionale. Secondo la terminologia da noi proposta per fare chiarezza sulle dinamiche costituzionali, questi processi chiave sono quelli del costituzionalismo *trasformativo*.

Va anche segnalato un contrasto con la tradizione rivoluzionaria, perché l'istituzionalizzazione è un aspetto secondario quando si tratta di proteggere o custodire la costituzione. La difesa della costituzione va ascritta al processo politico, all'internazionalizzazione della cultura costituzionale che fa da base alla legittimità della Costituzione e rafforza i punti di vista che si sviluppano nella vera prassi costituzionale. Non è quasi necessario ribadire che, nel modello evolutivo, è piuttosto difficile distinguere il modello di costituzionalizzazione trasformativa da quello semplice. D'altra parte, ciò che risulta essere meno scontato è il fatto che il consolidamento dei principi democratici, come parte di una costituzione in evoluzione, generi tensioni interne nel paradigma evolutivo. Infatti, dal momento che la democratizzazione si va affermando, vi è una pressione crescente a favore dell'impiego del potere democratico nel riformulare la costituzione. Questo è il modello che evidentemente fu utilizzato dalle colonie britanniche nel Commonwealth, quando queste acquisirono l'indipendenza (come si vedrà quando ci si occuperà dell'esperienza canadese nel Capitolo 6) e addirittura si può anche osservare nel caso del Regno Unito stesso, che è l'esempio paradigmatico di un ordinamento che segue il modello evolutivo per approdare ad una costituzione democratica.

terno del Commonwealth, si veda K. C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1960, pp. 58-113; Manuel GarcíaPelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, pp. 34-45 (le concezioni razional-normative e storiche della costituzione); Cristoph Möllers, «The Politics of Law and the Law of Politics», in *Developing a Constitution for Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, and Agustín José Menéndez, London, Routledge, 2004, pp. 129-139.

3.1.3 La denazionalizzazione del processo d'affermazione di una Costituzione democratica

Nel paragrafo precedente, si è sostenuta la possibilità di distinguere i due modelli principali per dare vita ad una costituzione democratica, cioè quello rivoluzionario e quello evolutivo.

Inoltre, si è dimostrato che tali modelli possono confrontarsi sulla base di come le diverse dinamiche costituzionali si combinino l'una con l'altra. Il processo costituente rivoluzionario consiste principalmente in un atto costituente seguito da processi di costituzionalizzazione semplice, *alla luce* delle decisioni normative prese all'atto di promulgazione della costituzione. Il modello costituente evolutivo è il risultato della combinazione di processi di costituzionalizzazione trasformativa e semplice. Nonostante le combinazioni siano differenti, la legittimità democratica delle norme costituzionali viene assicurata in ognuno dei processi. L'intensificarsi della legittimità democratica nel processo costituente è essenziale per il modello costituente rivoluzionario. La legittimità, come tale, resta una forza viva fintantoché la costituzione rimane suprema e la redazione delle norme costituzionali si orienta affinché vi siano i presupposti normativi nel dibattito costituzionale.

Il modello di costituzione evolutivo viene legittimato dal testo redatto in origine e specialmente dall'appoggio dato dai cittadini alle norme costituzionali nei momenti cruciali nella vita dell'ordinamento politico e giuridico.

Una volta arrivati alla conclusione che vi sono modelli diversi per configurare una costituzione democratica, e che ciò non rappresenta un serio ostacolo per affermare il loro carattere ugualmente democratico, non solo si può superare il pregiudizio secondo il quale la sola via per affermare una costituzione democratica è quella nazionale, ma è possibile intraprendere una discussione significativa sulla legittimità delle costituzioni *al di là* dei confini nazionali. Inoltre, si apre la prospettiva di capire che il problema chiave risiede nel modo in cui le dinamiche costituzionali si combinano, così da creare i presupposti di legittimità democratica per le norme costituzionali. Ciò ha grandi implicazioni di natura strutturale sullo sviluppo di una teoria costituzionale per l'Unione europea. Per una volta, abbiamo gli strumenti analitici per comprendere che i modelli nazionali utilizzati per la redazione delle costituzioni sono equivalenti dal punto di vista democratico.

In aggiunta, si è stabilito che il fattore chiave di legittimazione non sta seguendo un modello o un'altro, ma combinando le dinamiche costituzionali in modo tale da assicurare la legittimità democratica delle norme costituzionali. Siamo arrivati alla conclusione che la storia costituzionale europea potrebbe essere ricostruita come un'originale combinazione di modelli di costituzionalizzazione trasformativa e semplice. Si è anche dimostrato perché, in termini astratti, tale combinazione, in principio, non dovrebbe escludersi come modello per l'affermazione di una costituzione

democratica. Ciò che adesso dobbiamo dimostrare è come questa combinazione possa assicurare alle norme costituzionali europee la legittimità democratica, ma ciò non può essere fatto partendo da una prospettiva meramente analitica, ma bensì richiede una teoria costituzionale sostanziale dell'integrazione europea.

4. Conclusioni

Si è cercato di stabilire le differenze fra le tre diverse concezioni di costituzione: formale, materiale e normativa. Ciò ci ha consentito di chiarire un buon numero di false controversie che sono solite emergere nei dibattiti costituzionali europei. In particolare, si è visto come l'Unione europea abbia una costituzione materiale, mentre è incerto il fatto che abbia una Costituzione formale (anche se il Trattato dell'Unione europea, modificato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, vi si avvicina), ed è molto discutibile il fatto che abbia una Costituzione di natura normativa; infatti, su quest'ultima nasce un interrogativo che è il vero nocciolo duro degli interessanti dibattiti sulla teoria costituzionale europea. Si è fatta la distinzione tra le tre dinamiche costituzionali, ossia quella del modello costituente, quella della costituzionalizzazione trasformativa e quella della costituzionalizzazione semplice. Questa triplice distinzione ci consente di comprendere le forti differenze tra i diversi tipi di trasformazione della Costituzione, ed in particolare, di fissare l'originale carattere costituzionale dell'Unione, vista la mancanza di una dinamica costituente netta, ed al suo oscillare tra il processo di costituzionalizzazione trasformativo e quello semplice, in maniera tale che apparentemente sembrano intrecciarsi. Si è sostenuto che la presenza di modi differenti per combinare le dinamiche costituzionali, fa emergere un nuovo modello costituzionale diverso dagli altri. Gli Stati democratici hanno solitamente seguito sia il modello rivoluzionario che quello evolutivo. Ma non possiamo escludere il fatto che le costituzioni democratiche possano essere redatte secondo un modello costituzionale con una dinamica diversa. Infatti, nel prossimo capitolo, si sostiene che l'integrazione europea abbia seguito un modello democratico-costituzionale alternativo: il modello della sintesi costituzionale.

CAPITOLO 2

LA TEORIA DELLA SINTESI COSTITUZIONALE

L'imperfezione di tutti i governi moderni si deve [...] in gran misura far risalire alla semplice circostanza che la costituzione, se una tale massa eterogenea merita questo appellativo, fu stabilita nei giorni bui dell'ignoranza, quando le menti degli uomini erano imbrigliate dai maggiori pregiudizi e dalla superstizione più immorale. E lei, Sir, un filosofo sagace, raccomanda l'oscurità come il momento migliore per analizzare un raggio di luce?

Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Men*

1. Introduzione: le idee di base a sostegno della sintesi

In questo capitolo verrà esposta la componente teorica chiave di questo libro, *la teoria della sintesi costituzionale*. In particolare, approfondiremo e proveremo la teoria secondo la quale il diritto costituzionale e le politiche dell'Unione europea vengono descritte in modo più appropriato come un esempio di *sintesi costituzionale*.

In sostanza, la sintesi costituzionale si riferisce al processo in cui Stati costituzionali già esistenti hanno condotto un'integrazione mediante il diritto costituzionale. Questo è un processo dove gli Stati partecipanti stabiliscono una comunità politica sovranazionale (a livello europeo, le tre Comunità originali) in cui raggiungono l'integrazione senza perdere la propria struttura ed identità istituzionale¹.

Vi sono tre intuizioni basilari a sostegno della sintesi costituzionale. La prima è che il diritto costituzionale che fa da cornice e contribuisce ad orientare questo processo, non si afferma in modo rivoluzionario con un momento costituzionale tipo «Philadelphia europea», né con lo sviluppo o accumulazione di consuetudini costituzionali «stile Burke», né con decisioni costituzionali parziali *à la anglaise*. Al contrario, la sintesi costituzionale viene caratterizzata dal ruolo centrale di legittimazione e strutturazione giocato

¹ Infatti, come si argomenterà nel dettaglio nel prosieguo del capitolo, le costituzioni del dopoguerra furono scritte o modificate in modo da includere clausole, che rendevano possibile il mandato per un'integrazione sovranazionale. Si faccia riferimento in tal senso alla nota 7 del Capitolo 3.

dalle costituzioni degli Stati partecipanti (*dediti* ad nuovo ruolo come parte attiva di un diritto costituzionale collettivo di un nuovo soggetto politico e giuridico)² ovvero, in altre parole, secondo un archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, che è stato progressivamente riconosciuto come la costituzione di un nuovo soggetto politico, e le cui conseguenze normative si rafforzano e si specificano a seconda di come il processo progredisce.

Per dirla in un altro modo, invece di un atto costituente rivoluzionario o di una lenta crescita delle consuetudini costituzionali, la sintesi costituzionale viene varata da un atto che implica l'appoggio delle costituzioni nazionali al ruolo assegnato al diritto costituzionale comune. Ciò rende l'origine sintetica molto più conveniente, dal punto di vista delle risorse politiche, dell'origine rivoluzionaria. Essa, inoltre, risulta essere più semplice e veloce rispetto all'origine evolutiva. Il prezzo da pagare è che, invece di un insieme esplicito di norme costituzionali, l'origine dei Trattati riflette un insieme di norme sparpagliate, mentre la maggior parte del diritto costituzionale comune resta di natura implicita: *un archetipo regolatorio* da rafforzare con l'avanzare dell'integrazione.

La seconda intuizione è che l'ordinamento giuridico sovranazionale si accompagna ad una struttura istituzionale sovranazionale, ma quest'ultima si afferma solo parzialmente all'atto della fondazione, prendendosi il tempo necessario per acquisire la necessaria funzionalità. Ciò avviene in un processo dove le diverse culture e strutture istituzionali nazionali cercano di lasciare il proprio marchio a livello sovranazionale, e dunque la struttura stessa inevitabilmente assume contorni più complessi, perché le nuove istituzioni ed i nuovi processi decisionali si aggiungono a quelli già esistenti per gestire le nuove politiche.

Ne risulta che la sintesi costituzionale può essere descritta come la combinazione di sintesi normativa e consolidamento e sviluppo istituzionale, due processi che hanno due logiche di fondo molto diverse. Mentre la sintesi normativa esercita una spinta centripeta verso l'omogeneità, il consolidamento istituzionale è un processo più complesso con forti elementi centrifughi al proprio interno: esso serve da condotto attraverso cui la pluralità costituzionale degli Stati costituiti viene collegata alla struttura istituzionale sovranazionale.

² L'idea di un diritto costituzionale sovranazionale che è il frutto del sostegno di costituzioni nazionali, fu accennata dalla Corte di Giustizia nella Sentenza 11/70 *Internazionale*, punto 4, dove si fa presente che la mancanza di una Carta dei Diritti scritta nel diritto primario, faceva il paio con il principio non scritto di protezione dei diritti fondamentali, che veniva riempito di contenuti dalle «tradizioni costituzionali comuni negli Stati membri», alimentate opportunamente nel contesto dell'integrazione europea. Sugli aspetti tecnici della sintesi giuridica, bisogna sottolineare che un approccio critico comparativo era alla base della giurisprudenza del CGE sin dagli esordi. Si veda Koen Lenaerts, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (2003), pp. 873-906.

La terza intuizione è che l'archetipo regolatorio di un singolo diritto costituzionale implica il rispetto delle strutture costituzionali e istituzionali nazionali. Ciò comporta che, mentre il diritto sovranazionale è uno solo, vi sono varie istituzioni dotate dell'autorità necessaria di applicare il diritto sovranazionale. L'originale combinazione di un singolo diritto con una struttura istituzionale plurale, scaturisce dal fatto che non c'è una strutturazione gerarchica d'ultima istanza delle istituzioni nazionali e sovranazionali. Tale peculiarità è aggravata dalle tendenze pluraliste del consolidamento istituzionale a livello sovranazionale.

Le intuizioni chiave a sostegno della sintesi costituzionale possono essere analizzate con l'aiuto di una metafora spaziale dell'ambito costituzionale³. Dinanzi ad un processo d'integrazione europeo in procinto di partire, le costituzioni nazionali erano separate l'una dall'altra (come isole diverse); con l'avvio di un processo d'integrazione europeo, si sarebbero volentieri posizionate in un ambito costituzionale comune. Esse, in tal modo, non acquisivano soltanto un'identità collettiva (come membri di questo ambito) ma incominciavano anche ad "osservarsi" vicendevolmente. Ciò non può, se non in modo lento ma costante, che trasformare la vera identità delle costituzioni partecipanti (mediante processi orizzontali di conoscenza e adattamento reciproco). In parallelo all'evolversi di questo processo, viene in questo modo alterata l'identità degli Stati partecipanti. La sintesi costituzionale, dunque, fu il modello che pose fine all'autarchia costituzionale, e grazie al quale gli Stati europei si resero disponibili ad intraprendere una cooperazione vincolante⁴.

Nei paragrafi successivi, analizzeremo ed elaboreremo in sequenza quattro elementi essenziali della teoria della sintesi costituzionale: a) l'ar-

³ Il nostro uso del concetto dell'«ambito costituzionale» cerca di offrire un'immagine materiale, di fornire cioè uno strumento metaforico per interpretare ancor più chiaramente ciò che s'intende per processo di sintesi costituzionale. Sebbene utilizziamo l'intera letteratura, cui si fa riferimento in questa nota, come fonte d'ispirazione, pensiamo che il modo in cui la sociologia dell'organizzazione usa questa nozione sia il più suggestivo. L'ambito organizzativo viene caratterizzato da «quelle istituzioni che, nel complesso, costituiscono un'area riconosciuta della vita istituzionale». P. Dimaggio e W. W. Powell, «The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields», *American Sociological Review*, 48 (1983), pp. 147-160, a p. 148. Quest'ambito comprende un insieme di organizzazioni che sono interconnesse e strutturalmente similari. Un aspetto caratteristico dell'ambito organizzativo è quello che viene segnato da forti pressioni isomorfe. D'altronde, la nozione di un'ambito giuridico viene anche introdotta nello studio della UE, ma poi si lega al concetto di ambito organizzativo di Bourdieu. Si veda Pierre Bourdieu, «The Force of law: Towards a Sociology of the Field of Law», *Hastings Law Journal*, 38 (1987), pp. 805-853; Michael Rask Madsen, «Transnational Fields: Elements of a Reflexive Sociology of the Internationalisation of Law», *Retfærd*, 29 (2006), pp. 34-41.

⁴ Questo processo trasforma la vera attitudine dei sistemi politici e giuridici nazionali verso istituzioni e norme straniere. Si veda, per esempio, Basil Markesinis, *Engaging with Foreign Law*, Oxford, Hart Publishers, 2009.

chetipo regolatore, distinguendo tra sintesi normativa e pluralismo istituzionale protetto a livello costituzionale; b) l'insieme delle condizioni indispensabili che rendono possibile questa forma di costituzionalismo originale e al contempo complessa; c) la miscela alquanto originale di dinamiche costituzionali coinvolte nel processo, incluso i limiti all'integrazione sintetica, che provengono direttamente dal tipo di struttura e dalla sua vulnerabilità nei confronti dei cambiamenti che avvengono in un ambiente socio-economico esterno (limiti esogeni), e delle complesse dinamiche interne (limiti endogeni, quali il pluralismo, la resistenza nei confronti dell'integrazione, i modelli divergenti per lo sviluppo politico e socio-economico; tali limiti costituiranno un ostacolo per la sintesi, come si vedrà nel Capitolo 3); d) i meccanismi mediante i quali la struttura dell'ordinamento sintetico prende forma, ed in particolare: la riproduzione, l'adattamento e la sperimentazione. Nell'ultima sezione di questo capitolo, si completerà l'esposizione della sintesi costituzionale tenendo conto di come questa si rapporti ad altre teorie politiche e giuridiche a sostegno dell'integrazione.

2. *L'archetipo regolatorio: l'integrazione attraverso il diritto costituzionale comune, ovvero, posizionare le costituzioni nazionali su un terreno costituzionale comune.*

L'archetipo regolatorio del costituzionalismo sintetico conta sull'affermazione di un diritto costituzionale comune⁵ e cioè, in altri termini, sull'istituzione di un nuovo ordinamento costituzionale che si basa sulle norme fondamentali degli Stati che prendono parte al processo d'integrazione.

Quest'archetipo regolatorio assume una certa rilevanza nel momento in cui una serie di circostanze prendono corpo. In primo luogo, le costituzioni degli Stati devono aprirsi al processo d'integrazione al di là dei confini nazionali riconoscendo i limiti dell'autarchia costituzionale. Nonostante l'ispirazione cosmopolita alla base del pensiero costituzionale delle rivoluzioni francese e americana, la forma di costituzione assunta dagli Stati fu assoggettata alla logica strutturale della territorialità delimitata e formalmente sovrana, e cioè dello Stato-nazione. La legge fondamentale dello Stato non solo era la costituzione di uno *Stato-nazione*, ma di uno Stato nazione *chiuso* dal punto di vista normativo ed *autosufficiente*⁶. In-

⁵ Il quadro teorico di riferimento è contenuto in Francisco Rubio Llorente, "Constitutionalism in the Integrated States of Europe", Jean Monnet Working Paper 98/5, disponibile all'URL <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/98/98-5-.html>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).; Peter Häberle, *Pluralismo y Constitucionalismo: Estudios de la Teoria Constitucional de la Sociedad Abierta*, Madrid, Tecnos, 2002; e Pedro Cruz, *La Constitucion Inédita*, Madrid: Trotta, 2004.

⁶ Sulla trasformazione «nazionale» degli Stati Uniti, si veda Bruce Ackerman, «The Living Constitution», *Harvard Law Review*, 120 (2007), pp. 1737-1813.

fatti, prima del 1945, con la sola eccezione della Costituzione di Weimar⁷, almeno in parte, le altre costituzioni europee furono segnate da un certo *isolamento*, e la prevalenza della costituzione tendeva ad identificarsi alla prevalenza della costituzione *nazionale*. In secondo luogo, le costituzioni degli Stati devono riaffermare il loro impegno per un'integrazione sociale attraverso il diritto costituzionale democratico, e per un auto-governo democratico mediante il diritto costituzionale. In base a ciò, tale impegno deve essere in grado di proiettare l'integrazione anche al di là dei confini costituzionali se la vera idea del costituzionalismo democratico è quella di non perdersi, per così dire, nei meandri delle differenze nazionali.

Come si farà osservare al Capitolo 3, l'impegno per un costituzionalismo liberale fu discontinuo ed essenzialmente debole nel periodo tra le due guerre. Al contrario l'esperienza di due tragedie vissute nell'arco di una sola generazione faceva riflettere, e creò le condizioni affinché gli europei sposassero un fervore «rivoluzionario» negativo⁸.

In terzo luogo, le circostanze politiche dovevano rendere conveniente il processo di costituzionalizzazione democratica dei rapporti tra Stati attraverso un processo costituente esplicito, ovvero, grazie alla lenta crescita di consuetudini costituzionali fra Stati che s'influenzano a vicenda. Nel primo caso, una sorta di *bing bang* costituzionale avrebbe anche potuto non accadere, o si sarebbe potuto risolvere in un contraccolpo costituzionale in negativo. La costituzione democratica si poggia su indispensabili condizioni socio-economiche che possono o meno trovare radici al di là dei confini territoriali.

Nel secondo caso, dunque la necessità di una costituzione comune, di processi decisionali e norme, avrebbero potuto essere urgenti e tali da non permettere un processo di lungo corso. Questa fu, come si osserverà nel prossimo capitolo, la situazione in cui gli europei occidentali si trovarono nell'immediato dopoguerra. Eccezion fatta per l'immediato periodo del dopoguerra, la costituzione democratica per un'Europa federale sembrava lontana dall'essere realizzata. Allo stesso tempo, il semplice ricorso alla cooperazione intergovernativa come quella esistente nella Lega delle Nazioni, sembrò uno strumento inadeguato a risolvere incombenti problemi riguardanti la stabilità internazionale e la ricostruzione economica.

In uno scenario segnato dalla risaputa necessità di raggiungere un'integrazione costituzionale al di là del *singolo Stato*, e dall'indisponibilità degli Stati a rescindere la sovranità costituzionale divenendo direttamen-

⁷ Vedasi articolo 4 della Costituzione di Weimar. Poi, l'articolo 148 indirizza l'educazione civica e professionale sia verso la cultura nazionale tedesca sia verso la conciliazione internazionale, mentre l'articolo 162 sancisce l'impegno della repubblica verso una regolazione internazionale sullo status giuridico dei lavoratori e la promozione di standard minimi di diritti sociali.

⁸ Carl Friedrich, «The Political Theory of the New Constitutions», in *Constitutions and Constitutional Trends Since World War II*, ed. Arnold J. Zurcher, New York, New York University Press, 1951, pp. 13-35.

te assorbiti in un'unità sovranazionale più grande, l'integrazione avrebbe potuto essere autorizzata dal punto di vista costituzionale solo nella misura in cui la preminenza di ciascuna costituzione nazionale fosse stata garantita *nello stesso momento in cui* il processo d'integrazione fosse fattivamente stato avviato. Ciò non sembra forse l'equivalente costituzionale di una quadratura del cerchio?

La risposta è negativa se si prende in considerazione il potenziale dell'archetipo ideale del diritto costituzionale comune. Se pensassimo che questo nuovo soggetto politico, con il suo ordinamento giuridico, sia il frutto dell'affermazione di un diritto costituzionale comune, con le costituzioni nazionali «che assecondano» il ruolo collettivo (e dunque di condivisione) della costituzione comune⁹, ebbene, le costituzioni nazionali resterebbero il diritto supremo sul territorio di ciascuno Stato partecipante. Inoltre le costituzioni nazionali acquisirebbero un nuovo ruolo come parte di un gruppo di costituzioni nazionali inserito nella nuova costituzione sovranazionale¹⁰. Ciò offre un modo economico per lanciare un processo d'integrazione, ma va aggiunto dell'altro. L'affermazione di un nuovo ordinamento giuridico configurato da un diritto costituzionale comune e da costituzioni già esistenti, offre una soluzione alternativa (anche se temporanea e provvisoria, come si vedrà in seguito) sia alla legittimità caratteristica del modello costituente rivoluzionario, che alla progressiva acquisizione di legittimità democratica tipica del costituzionalismo evolutivo.

Ciò avviene grazie al fatto che la nuova costituzione è formata da norme costituzionali nazionali, e di conseguenza, può contare sulla legittimità democratica di cui le stesse furono investite nei processi costituzionali nazionali (indipendentemente dal fatto che fossero di natura rivoluzionaria o evolutiva). In particolare, nel costruire il nuovo ordinamento giuridico sovranazionale sotto questa chiave costituzionale, la validità di qualsiasi norma giuridica del nuovo ordinamento sovranazionale dipende dalla sua costituzionalità sovranazionale, che va valutata sulla base di quanto stabilito dal diritto costituzionale sovranazionale. Va detto, però, che il suddetto diritto costituzionale sovranazionale si definisce sulla base dell'insieme delle norme costituzionali nazionali. Di conseguenza, la legittimità democratica delle norme costituzionali nazionali si trasferisce al diritto costituzionale sovranazionale, e si diffonde su tutte le norme dell'ordinamento

⁹ Secondo i termini della dogmatica giuridica innescata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il diritto costituzionale di questo nuovo ordinamento giuridico ha preso sempre spunto dall'insieme delle costituzioni nazionali, un fatto cui i giudici a Lussemburgo ci tengono a sottolineare utilizzando l'espressione piuttosto fuorviante di «tradizione costituzionale comune»

¹⁰ Vedasi Cruz, *La Constitución Inédita*; Rainer Arnold, «The European Constitution and the Transformation of National Constitutional Law», in *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, ed. Ingolf Pernice and Jiri Zemánek, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 1-11.

giuridico sovranazionale, quando questo è interpretato e ricostruito sulla base dei principi del diritto costituzionale sovranazionale (cioè il diritto costituzionale comune agli Stati che formano parte di questo nuovo ordinamento). Ciò fornisce all'ordinamento sovranazionale uno strumento per misurare la legittimità democratica in assenza di un atto costituente o di un esteso processo di costituzionalizzazione.

Il modo in cui quanto detto si applica all'Unione europea, sarà oggetto d'analisi approfondita nel prossimo capitolo. Ad ogni modo, per illustrare ciò che a prima vista sembra essere un concetto troppo astratto e speculativo, procederemo di seguito a considerare le origini dell'Unione europea dal punto di vista della sintesi.

I trattati originari delle Comunità europee (il Trattato di Parigi del 1951 e quelli di Roma del 1957) rappresentarono il primo passo di un processo teso alla realizzazione di un mandato per integrare le costituzioni nazionali sancite nel dopoguerra. Allo stesso tempo, questi vanno visti come elementi che scatenano un processo d'integrazione sovranazionale *al di là della mera cooperazione intergovernativa* ma senza un atto costituente esplicito, che in quel momento avrebbe provocato effetti controproducenti. L'atto fondativo formalizzatosi nei trattati originari delle comunità europee, riuscì non solo a creare una nuova comunità politica, ma anche un nuovo ordinamento giuridico, perché questo fu *un processo d'integrazione attraverso il diritto*. Nonostante quest'atto assumeva la forma di un trattato internazionale, anche una lettura superficiale avrebbe mostrato che gli Stati, in effetti, avevano concordato non solo un notevole trasferimento di competenze, ma anche la creazione di una nuova struttura istituzionale, di un processo decisionale specifico, ed un sistema di fonti del diritto. Affinché un così coraggioso progetto d'integrazione attraverso il diritto avvenisse nel rispetto delle costituzioni nazionali, avrebbe dovuto mostrare la sua capacità di soddisfare il mandato d'integrazione contenuto espressamente nella maggior parte delle costituzioni nazionali. Esso avrebbe dovuto essere formulato all'interno del *diritto costituzionale*, in modo tale da rendere la preminenza della costituzione nazionale compatibile con l'integrazione stessa. Ciò si realizzò in quanto le costituzioni nazionali incominciarono a giocare un doppio ruolo costituzionale, perché furono trasferite o proiettate *collettivamente* verso il ruolo di diritto costituzionale comune delle Comunità europee.

Una lettura, dal punto di vista della sintesi, del processo d'integrazione europeo implica che i Trattati originari riuscirono a creare un nuovo ordinamento sia politico che giuridico, ma ciò non significava la moltiplicazione di enti politici e giuridici. Allo stesso modo in cui l'Unione europea non fu qualcosa di radicalmente differente dall'insieme dei suoi Stati membri, così anche il Diritto comunitario non rappresentò un fenomeno radicalmente diverso dall'ordinamento giuridico degli Stati membri. Le parti «costituzionali» nei trattati originari, vanno viste come una spiegazione parziale di che cosa comporti il diritto costituzionale comune in un processo d'integrazione. Allo stesso tempo, buona parte del diritto costi-

tuzionale dell'Unione non è nuovo. Esso è la conseguenza della capacità delle costituzioni nazionali di supportare il loro ruolo collettivo di diritto fondamentale dell'Unione.

Utilizzando una metafora, il diritto costituzionale europeo può, infatti, essere definito come un vino vecchio in una botte nuova. Se fabbrichiamo, però, una nuova botte dove si versa del vino vecchio, proveniente da diverse fonti, potrebbero verificarsi reazioni chimiche che ne cambiano la sua stessa composizione, soprattutto a lungo termine (in particolare, prendendo ad esempio la storia del dopo-guerra, con la riduzione del livello di tossicità, rendendo così i postumi della sbornia più leggeri)¹¹.

3. *Il «doppio» pluralismo costituzionale, caratteristica tipica delle sintesi costituzionale e delle sottocomponenti della sintesi costituzionale*

L'immagine del quadro costituzionale chiarisce il fatto che non si è dato vita ad uno Stato sovrano su scala sovranazionale. Infatti, la sintesi produce un sistema di ordinamenti costituzionali strettamente interconnessi ma ancora diversi tra loro, che permette l'affermazione di una struttura giuridica sovranazionale comune *che inizia a dare i primi passi grazie al processo d'integrazione*.

Il fatto che il modello di sintesi costituzionale è costituito da Stati partecipanti che mantengono separata la propria esistenza e la propria identità costituzionale ed istituzionale, comporta che la sintesi costituzionale non è altro che una variazione originale della teoria costituzionale pluralista. Da una parte, essa non è pluralista nella misura in cui appoggia la logica monista del diritto come strumento per ottenere l'integrazione sociale *grazie all'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune*, nei termini discussi in precedenza. A ciò va, peraltro, aggiunto che la capacità d'integrazione del diritto (il suo ruolo di complemento della morale per la risoluzione dei conflitti e per il coordinamento dell'azione grazie al quale si determina in un certo modo che cosa sono le norme d'azione comune) richiede al diritto stesso di essere il più incisivo possibile. Quando il diritto è tanto morale quanto inconcludente, questo non aggiunge molto alla nostra conoscenza pratica, né sarebbe capace di operare effettivamente come strumento d'integrazione sociale. Sia l'autonomia, che la forza motivazionale del diritto, hanno bisogno che si parta dal presupposto che il diritto fornisce una sola risposta giusta a tutti i problemi che è deputato a risolvere. L'argomentazione giuridica va in frantumi se partiamo dal presupposto che su uno stesso caso sono applicabili soluzioni diverse, addi-

¹¹ Vedasi Joseph Weiler, «Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», in *The Federal Vision*, ed. Kalypso Nicolaidis e Robert Howse, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 54-70; e vedasi Tony Judt, *A Grand Illusion?*, New York, Hill & Wang, 1996.

rittura contraddittorie. Ciò può avere un *riscontro empirico*, ma secondo la prospettiva interna del diritto ciò non può essere avallato come parte di una prassi sociale dell'integrazione attraverso il diritto. I sistemi giuridici democratici sono spinti verso questa forma originale di «monismo», dai bisogni normativi del principio di uguaglianza dinanzi alla legge¹².

D'altra parte, però, la sintesi costituzionale è pluralista in due sensi. In primo luogo, l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune coesiste con l'effettiva pluralità di diritti costituzionali nazionali. Come si vedrà nell'ultimo paragrafo di questo capitolo, il momento costituzionale nella sintesi porta solo all'appoggio nei confronti di un archetipo regolatorio e di una parte dell'insieme delle norme costituzionali comuni. Poiché molte costituzioni nazionali prendono parte al processo d'integrazione, la maggior parte delle norme costituzionali rimangono *in nuce*, o per meglio dire, in varie bozze. Solo lentamente (e non senza battute d'arresto e ripercussioni negative) l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune si rafforza con *effettive* norme costituzionali comuni (e in generale in norme giuridiche comuni). Inoltre, l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune viene accompagnato da un'impostazione istituzionale pluralista. Invece di predisporre una struttura istituzionale gerarchica, l'ordinamento politico *sintetico* si caratterizza per l'esistenza di una pluralità di istituzioni che legittimamente chiedono per sé un ruolo di rilievo nel processo d'applicazione dell'«unico» ordinamento giuridico costituzionale. Infatti, questa è l'intuizione *giusta* da cui nascono le teorie costituzionali pluraliste dell'integrazione europea¹³.

Per fare ancora più chiarezza su quest'aspetto teorico, bisogna ricordare brevemente il fatto che la sintesi costituzionale non dovrebbe provocare perdita di autonomia politica e d'identità giuridica ai danni degli Stati membri (nel gergo costituzionale europeo, fu coniata la definizione d'identità costituzionale nazionale)¹⁴.

¹² Su questo punto, vedasi Alexander Somek, «Kelsen lives», *European Journal of International Law*, 18 (2007), pp. 409-451. Una critica alle teorie pluraliste del diritto europeo si trova in Agustín J. Menéndez, «Is European Law a Pluralist Legal Order?», in *The Post-Sovereign Constellation*, ARENA Report 4/2008, ed. Agustín José Menéndez e John Erik Fossum, pp. 233-314, Oslo, ARENA, University of Oslo.

¹³ Si veda in particolare modo Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 121 ss. Questo pluralismo «moderato» sotto il diritto internazionale fu oggetto di un'analisi chiarificatrice da parte di Catherine Richmond, «Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law», *Law and Philosophy*, 16 (1997), pp. 377-420. Si veda anche Menéndez, «Is European Law a Pluralist Legal Order?», sulla contrapposizione tra la sintesi costituzionale ed il pluralismo costituzionale.

¹⁴ Il termine identità costituzionale nazionale entrò nel dibattito europeo nella famosa sentenza della Corte costituzionale tedesca *Solange I*, 1974 WL 42441 (BverfG (Ger)), [1974] 2 C.M.L.R. 540, par. 22. Fu poi promosso a livello sovranazionale con Maastricht (con l'articolo 6.3 del Trattato sull'Unione europea, dove il principio del rispetto delle identità nazionali venne sancito in termini generali).

Ciò avviene grazie a, e non *malgrado*, l'integrazione. Il pluralismo costituzionale accompagnato dalla sintesi costituzionale, diventa possibile e si consolida grazie alla nuova struttura istituzionale ed alla crescente convergenza sostanziale tra gli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁵. Nella UE, la sintesi costituzionale potrebbe essere vista come l'omologo politico e giuridico del vecchio mercato comune (e non del Mercato Unico istituito dall'Atto Unico Europeo) con lo scopo di salvare lo Stato-nazione¹⁶. Secondo la nostra prospettiva, sarebbe più corretto considerarla come uno strumento per riconfigurare e ridefinire lo Stato, con un livello minimo di distacco dello Stato dalla nazione, e magari anche per liberarsi dell'idea della piena sovranità dello Stato¹⁷.

Questa doppia valenza del pluralismo costituzionale nella sintesi costituzionale ci rivela che, nel valutarla con estrema attenzione, possiamo distinguere due sotto-processi diversi all'interno della sintesi, che corrispondono alla logica dell'integrazione delle norme costituzionali ed a quella delle istituzioni costituzionali. Il rapporto tra questi due processi è ben lontano dall'essere facile, in quanto entrambi seguono logiche diverse e, tuttavia, si influenzano vicendevolmente (e pesantemente in questo caso).

La sintesi normativa riguarda il processo mediante il quale il diritto costituzionale comune si rafforza. La sua logica è esclusivamente *normativa*. La sintesi costituzionale rivendica il fatto che, mediante l'atto di fondazione, vengono istituiti sia l'ordinamento politico che quello giuridico. Come sostenuto in precedenza, la legittimità democratica di questa fondazione priva di politiche costituzionali democratiche, viene assicurata dal trasferimento dell'insieme delle costituzioni nazionali verso quella sovranazionale. Ciò che inoltre va aggiunto è il fatto che la logica del processo di sintesi normativa, dalla sua fondazione in poi, rende esplicito ciò che ancora resta implicito nell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune. Ne consegue che, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo di questo capitolo, i processi di costituzionalizzazione trasformativa e semplice si intrecciano.

Nel Trattato Costituzionale e nel Trattato di Lisbona, questo principio venne alimentato in riferimento all'identità costituzionale. Sul dibattito accademico successivo al Trattato Costituzionale, si veda Michel Rosenfeld, «The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity: A View from America», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (2005), pp. 316-331.

¹⁵ Cfr. gli scritti di Neil D. MacCormick sul pluralismo costituzionale europeo, parzialmente raccolti in *Questioning Sovereignty*.

¹⁶ Alan Milward, *The Rescue of the European Nation-State*, London, Routledge, 1992.

¹⁷ William E. Scheuermann, «Postnational Democracies without Postnational States? Some Skeptical Reflections», *Ethics & Global Politics*, 2 (2009), pp. 41-63; Hauke Brunkhorst, «Reply: States with Constitutions, Constitutions without States, and Democracy. Skeptical Reflections on Scheuermann's Skeptical Reflection», *Ethics & Global Politics*, 2 (2009), pp. 65-81.

Il codice normativo interno del diritto costituzionale comporta il fatto che più il processo avanza, più l'ampiezza e la portata del sistema sovranazionale tende a crescere, crescendo anche lo spazio normativo che il diritto costituzionale sovranazionale cerca di occupare; a meno che, ed è abbastanza ovvio, questo processo d'espansione non venga messo sotto controllo o interrotto, come si vedrà successivamente in questo capitolo. *L'inerzia*, però, si muove chiaramente verso l'omogeneità normativa, installatasi nel codice normativo del diritto visto come strumento d'integrazione sociale (nei termini già discussi all'inizio di questa sezione, che scaturiscono dall'irrefrenabile tendenza del diritto verso il «monismo»).

Il consolidamento istituzionale, invece, riguarda lo sviluppo ed il consolidamento stesso della struttura istituzionale dell'ordinamento politico sovranazionale. La sua logica non è esclusivamente normativa. Le istituzioni si riferiscono principalmente al diritto, ma non esclusivamente ad esso. Le istituzioni sono organizzazioni su cui s'infondono valori. Esse occupano palazzi, fanno uso di oggetti che empiricamente esistono, e si rappresentano in aspetti realmente materiali (se non a volte veniali). Le organizzazioni istituzionali non possono nascere sulla base di un archetipo regolatorio normativo: esse devono essere create, organizzate e finanziate, per poi sviluppare la loro identità istituzionale. All'interno di un'unione costituzionale di Stati costituzionali già esistenti, questo processo viene complicato da tre fattori. In primo luogo, la sintesi costituzionale presuppone la combinazione di un unico ordinamento costituzionale con una struttura istituzionale pluralista, nella misura in cui le istituzioni nazionali e sovranazionali non siano organizzate o posizionate secondo una logica gerarchica. In secondo luogo, la sintesi costituzionale a livello di governo regionale-continentale (cioè che si trova nel mezzo tra organizzazioni globali e Stati-nazione) tende a procedere verso uno spazio istituzionale ben lontano dall'essere inflazionato. La sintesi costituzionale, in aperto contrasto con quanto avviene nella costituzione di uno Stato-nazione, che *de facto* si affida ad una struttura istituzionale già esistente, ha bisogno di creare nuove strutture istituzionali, non potendo far riferimento a nessun modello che si reputi palesemente adatto. Ciò normalmente comporta il fatto che il processo di formazione istituzionale procede in modo frammentario, e che l'ordinamento sintetico prende avvio con pezzi di struttura istituzionale invece che con una struttura completa.

In terzo luogo, il carattere derivato dell'ordinamento sintetico implica che il vuoto istituzionale sia tale solo dal punto di vista formale, dato che la creazione d'istituzioni sovranazionali consiste nella *proiezione* di strutture e culture istituzionali nazionali a livello sovranazionale. Tuttavia, poiché siffatte strutture e culture sono molto particolari rispetto ai diritti costituzionali nazionali, il risultato probabile è che la creazione d'istituzioni sovranazionali dia luogo ad una disputa (o magari una controversia) tra diverse culture e strutture istituzionali nazionali.

Su questa base, la logica di *omogeneizzazione* della sintesi normativa contrasta con le molteplici tendenze pluraliste tipiche del consolidamen-

to istituzionale. Nel corso del tempo tale tensione è andata aggravandosi, infatti, una crisi emerge quando il rapporto tra i due processi si polarizza. Con il procedere della sintesi normativa, s'incoraggia qualche convergenza istituzionale, ma il processo di natura sintetica può anche alimentare il pluralismo istituzionale e gli annessi conflitti; si produce quindi una costellazione incapace di risolvere i conflitti istituzionali tra i diversi livelli di governo. Si vedrà nel Capitolo 4, che questa è la ragione di fondo della crisi di legittimità dell'Unione europea a partire dalla fine degli Anni Ottanta. La trasformazione radicale della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulle libertà economiche non è altro che la polarizzazione dell'effetto *omogeneizzante* del diritto comunitario grazie all'applicazione orizzontale dei suoi principi costituzionali, che è difficile correggere in assenza di una serie definita di pesi e contrappesi in un ordinamento politico europeo sempre più pluralista. Ciò avrebbe potuto costituire una seria minaccia per l'efficace applicazione del diritto comunitario, se le istituzioni nazionali avessero cominciato a motivare il proprio disaccordo (ed eventualmente la propria disobbedienza) sulla base di un'interpretazione alternativa non tanto del diritto costituzionale nazionale, ma bensì di quello europeo. Questo può aiutarci a comprendere il perché molti avvocati, che si occupano di diritto comunitario, reagirono stizziti alla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona.

4. Condizioni indispensabili per il costituzionalismo sintetico

La sintesi costituzionale comporta il fatto che l'integrazione di sistemi costituzionali separati avvenga attraverso un diritto costituzionale comune. Come già indicato in precedenza, si orienta verso l'affermazione di un diritto costituzionale unico; nonostante resti ancorato sia a ciò che resta della pluralità delle costituzioni nazionali (l'elemento unitario, essendo un archetipo regolatorio, si realizza con un insieme di norme comuni, visto che l'archetipo regolatorio si rafforza lentamente ma costantemente grazie ai diversi ordinamenti giuridici costituzionali nazionali) sia alla pluralità istituzionale (conseguenza della mancanza di un assetto gerarchico delle istituzioni nazionali e sovranazionali, di una struttura istituzionale alquanto frammentata creatasi a livello sovranazionale, e dell'inevitabile proiezione di pezzi delle diverse tradizioni istituzionali nazionali in parti dell'emergente struttura sovranazionale).

Questo accostamento dell'archetipo del diritto costituzionale comune all'insieme pluralista di norme ed istituzioni costituzionali fa a meno della basilare tecnica di stabilizzazione ed integrazione sociale che è tipica negli ordinamenti politici e giuridici nazionali; ossia quella dove un unico diritto costituzionale si accompagna ad un'unica struttura istituzionale organizzata secondo un criterio gerarchico (o almeno secondo la ripartizione di competenze). In termini di risorse coercitive, il diritto comunitario non poteva far leva sull'accopiata incontrovertibile delle proprie norme con

la coercizione esercitata dal livello istituzionale. Ad ogni modo, il molto dibattuto carattere «non coercitivo» del diritto comunitario è ovviamente falso. Il fatto che il diritto dell'Unione trovasse effettiva esecuzione da quelle che a tutti gli effetti sono le amministrazioni nazionali, non rende l'Unione stessa molto diversa dai sistemi di federalismo «esecutivo», di cui infatti la Germania è un esempio. Ciò che è realmente originale nel caso europeo è il *pluralismo doppio*, normativo ed istituzionale.

Ciò fa immediatamente emergere la questione delle condizioni strutturali specifiche (che riguardano sia le condizioni in cui la costituzione viene stilata sia l'*assetto* della costituzione stessa)¹⁸ sotto le quali un formato politico così esigente e potenzialmente instabile possa essere stato lanciato, e come questo possa trovare il modo di garantire la necessaria stabilità per il processo di sintesi da realizzare. Infatti, a causa della tensione innata esistente all'interno della tendenza unitaria del diritto come strumento d'integrazione sociale, qualsiasi forma di pluralismo costituzionale diviene una struttura molto esigente sia sotto il profilo istituzionale che di legittimità¹⁹. Ciò avviene anche con la sintesi costituzionale; anzi doppiamente, visto che essa viene accompagnata sia da una serie di norme costituzionali *che* da istituzioni che le interpretano e le applicano, come abbiamo già visto. A seguire si valuteranno le indispensabili condizioni fondamentali per la sintesi costituzionale, che non solo rivelano l'originalità del processo d'integrazione europeo mediante il diritto costituzionale, ma anche quanto la complessità dell'unione costituzionale degli Stati costituzionali sia stata liquidata facendo leva sulle strutture istituzionali ed i contenuti sostanziali del diritto costituzionale nazionale.

Affinché la sintesi costituzionale possa decollare, almeno tre condizioni devono essere soddisfatte, e cioè: a) deve esserci un alto grado d'interconnessione ed interdipendenza tra i soggetti politici coinvolti nel processo d'integrazione; b) deve esserci un riconoscimento sociale e giuridico di questa interconnessione ed interdipendenza oltre alla volontà di adattarsi ad essa; e c) devono esserci dei soggetti disposti a condividere un insieme essenziale di principi costituzionali strutturali e sostanziali, incluso assetti decisionali ed istituzionali compatibili.

¹⁸ Si veda Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. La precedente letteratura sul tema ha visto il predominio delle analisi di natura economica del diritto costituzionale.

¹⁹ Sulla natura impegnativa del pluralismo si veda MacCormick, *Questioning Sovereignty*, cap. 7 («Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict»). In termini costituzionali più generali, si veda Gustavo Zagrebelsky, *La Virtù del dubbio*, Bari, Laterza, 2007, in particolare pp. 50 e 105. Quest'osservazione rende naturale la presa in considerazione sia (a) delle condizioni indispensabili per il costituzionalismo sintetico, come detto in questa sezione, che (b) i limiti al costituzionalismo sintetico, come riportato nella sezione di questo capitolo intitolata «Vincoli esogeni ed endogeni».

4.1 Un alto grado d'interdipendenza

L'esistenza di un alto grado d'interconnessione ed interdipendenza tra i vari soggetti politici costituisce il primo prerequisito per un qualsiasi processo di sintesi costituzionale. Stati altamente interdipendenti e che s'influenzano a vicenda, prestano il fianco ad inefficienze, tensioni e conflitti pubblici, se non condividono processi decisionali ed un insieme di istituzioni comuni. In un ambito dove gli ordinamenti interagiscono, se la loro interazione non è disciplinata da un adeguato assetto giuridico ed istituzionale, è probabile che ogni ordinamento dia vita a decisioni che colpiscono i cittadini soggetti ad ordinamenti vicini, (incluso residenti non cittadini, e coloro che successivamente si conosceranno come cittadini con doppia o tripla cittadinanza)²⁰ creando loro dei vincoli, ma senza riconoscere loro un diritto formale di partecipazione su siffatte decisioni (in quanto stranieri, essi sono privati dei diritti politici).

Una struttura siffatta presenta sia un deficit democratico che un deficit d'efficienza, i quali possono essere superati solo grazie ad una qualche forma d'integrazione sovranazionale. Nel caso europeo, le due Guerre mondiali (1914-1918, 1939-1945; dal punto di vista europeo due guerre civili su scala europea le cui conseguenze furono esportate su scala mondiale) dimostrarono in modo doloroso che l'integrazione sociale sganciata da una (sufficiente) integrazione istituzionale e giuridica poteva avere effetti enormemente distruttivi, sia sotto il profilo pratico che normativo²¹. Eccezion fatta per la volontà politica a favore dell'integrazione, l'interdipendenza continuerà semplicemente a perdurare (salvo che effetti realmente destabilizzanti portino a dei cambiamenti)²². Ci sono, dunque, due ragioni sia di natura cautelare che normativa, per cui bisognava superare questo stato di cose²³.

²⁰ Si veda Rainer Bauböck, «Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union», *Theoretical Inquiries in Law*, 8 (2007), pp. 453-488, per quanto riguarda i diritti differenziati di cui queste categorie di cittadini godono nella UE.

²¹ Si veda Tony Judt, *Postwar*, New York, Penguin, 2005, cap. 1 («The Legacy of War»).

²² Cfr. La letteratura federalista Britannica, che è il «legame mancante» tra il pensiero democratico sul Commonwealth e l'integrazione europea. Vedasi John Pinder, ed., *Altiero Spinelli and the British Federalists*, London, I. B. Tauris, 1999 (compilazione dei testi di Beveridge and Robbins sul *Manifesto di Ventotene*). Sulla letteratura federalista italiana, vedasi Altiero Spinelli, *From Ventotene to the European Constitution*, ed. Agustín José Menéndez, RECON Report 1, Oslo, University of Oslo, 2007, disponibile all'URL <<http://www.reconproject.eu/main.php/RECONreport0107.pdf?fileitem=4325406>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

²³ John Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, p. 334. L'argomento classico di Morgenthau in *Politics among Nations*, riguardo alla necessità di creare un ordine mondiale per garantire pace e stabilità (p. 525). Mentre l'approccio funzionale delle Comunità europee viene percepito come un

4.2 La consapevolezza di un'interdipendenza reciproca

Il secondo requisito indispensabile per la sintesi costituzionale è la consapevolezza sociale e giuridica dell'esistenza di un'interdipendenza reciproca, associata alla volontà di occuparsi delle sue conseguenze negative sia sotto il profilo pratico che normativo. Deve esserci un appoggio politico e sociale adeguato alla necessità di superare tali conseguenze, andando al di là di forme di cooperazione anarchiche o intergovernative²⁴. Un tale appoggio deve consolidarsi, e per essere utile alla sintesi, deve tradursi in vere e proprie disposizioni giuridiche che rendano possibile l'apertura delle costituzioni nazionali nei confronti di una cooperazione sovranazionale²⁵.

Come già discusso nella parte introduttiva (e come a lungo si analizzerà nel Capitolo 3), la consapevolezza dell'interdipendenza e la volontà d'integrazione, nel caso dell'Europa, si riflettevano sia nelle innovative clausole costituzionali che creavano le condizioni per cui gli ordinamenti politici e giuridici nazionali potessero diventare aperti e cooperativi, sia nelle molteplici iniziative a favore dell'integrazione lanciate nel decennio successivo alla fine della seconda guerra mondiale. Ciò verrà preso in esame nel Capitolo 3, anche se vale la pena darne un'anticipazione, ponendo l'accento sul fatto che queste clausole non solo rendono possibile l'integrazione, ma danno vita ad un vero e proprio *mandato* d'integrazione²⁶. Collegando la continua realizzazione dei valori costituzionali nazionali (dell'effettiva prevalenza della costituzione come legge fondamentale del territorio) all'integrazione sovranazionale, queste clausole trasformarono le costituzioni nazionali nella materia prima costituzionale di una costitu-

qualcosa di «promettente» (e l'integrazione europea è, in generale «rivoluzionaria», sotto il profilo del metodo; p. 555), la creazione di uno «Stato mondiale», invece, è irraggiungibile viste le attuali «condizioni sociali, morali e politiche» (p. 563). Sulle osservazioni normative nel pensiero di Morgenthau, si veda, William Scheuerman, *Morgenthau*, London, Polity, 2009, in particolare pp. 132-134. La citazione proviene dalla sesta edizione di *Politics among Nations*, New York, McGraw-Hill, 1986. La forza dell'argomentazione di Keynes si trova in *The Economic Consequences of the Peace*, London, Macmillan, 1920 e deriva dalla combinazione di queste considerazioni prudenti e normative.

²⁴ L'approvazione del progetto europeo concessa dai cittadini europei non si articolava in termini elettorali, come era facile attendersi agli inizi degli anni Cinquanta. In tal senso è esemplificativo leggere Gérard Herberichs, «Is There No European Opinion?» *American Behavioral Scientist*, 3 (1959), pp. 3-9. Sui movimenti di resistenza, *l'opus magnus* si ritrova nel testo in più volumi di Walter Lipgens, *Documents in the History of European Integration*, Berlin and New York, De Gruyter, 1988. Un'analisi critica dell'effettiva influenza dei movimenti di resistenza sull'integrazione europea si riscontra in Pieter Lagrou, *The Legacy of Nazi Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, in particolare il cap. 14.

²⁵ Vedasi la nota 8 nel Capitolo 3.

²⁶ Vedasi Ingolf Pernice e Franz Mayer, «La Costituzione Integrata dell'Europa», in *Diritti e costituzioni nell'Unione Europea*, ed. Gustavo Zagrebelsky, Bari, Laterza, 2003, pp. 43-68, a p. 59.

zione comune. Ovvero, per dirla in altri termini, obbligano le costituzioni stesse a posizionarsi all'interno dell'ambito costituzionale comune. Le clausole obbligano anche le istituzioni democratiche ad impegnarsi in un processo dove l'insieme delle costituzioni nazionali sarebbe servito come assetto guida per i processi d'integrazione sovranazionale²⁷.

4.3 Un alto grado di affinità costituzionale

Volontà politica, consapevolezza, ed un modello costituzionale ben congeniato non bastano. Poiché la sintesi costituzionale è una forma di costituzionalismo plurale, il terzo requisito indispensabile consiste nell'alto grado di affinità costituzionale tra gli ordinamenti oggetto dell'integrazione. L'integrazione attraverso il diritto costituzionale comune, può essere attuata solo se i contenuti strutturali e sostanziali delle costituzioni degli ordinamenti oggetto dell'integrazione sono sufficientemente simili, dato che - come abbiamo già visto all'inizio di questa sezione - siffatta affinità fornisce una spinta assolutamente essenziale verso l'integrazione in assenza della combinazione di un unico ordinamento costituzionale con un insieme d'istituzioni organizzate secondo una logica gerarchica.

Ci sono ragioni molto valide dal punto di vista normativo ed empirico per affermare che solamente gli Stati costituzionali democratici mostreranno una certa propensione e capacità all'integrazione mediante il diritto costituzionale (saranno anche quelli che insisteranno maggiormente a favore dell'integrazione una volta compreso che la democrazia in un solo Paese è semplicemente impossibile, sia dal punto di vista pragmatico che normativo, e una volta che un certo grado d'interdipendenza sia stato raggiunto). Nel caso europeo, il lungo periodo di guerre intestine aveva creato le condizioni favorevoli per una maggiore affinità costituzionale dal 1945 in poi, almeno tra gli Stati continentali dell'Europa occidentale. Tutti gli Stati membri avevano sofferto diverse forme d'estremismo politico, un collasso sociale ed economico, abusi diffusi da parte delle autorità e diverse forme d'invasione straniera. Tutto ciò favorì il ritorno a ciò che Carl Friedrich aveva correttamente apostrofato come costituzionalismo rivoluzionario «negativo»²⁸. Inoltre, l'affinità si estese anche a fattori sociali sostanziali. I sei Stati fondatori dell'Unione sposarono una forma piuttosto simile di *Sozialer Rechtsstaat* (contrariamente a quanto avvenne negli anni successivi alla Prima Guerra mondiale), anche se non nel loro assetto istituzionale, ma almeno nei principi normativi fondamentali. Quest'af-

²⁷ Sull'evoluzione del processo mediante la ratifica dei trattati originari, si veda, Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, «Le Traité C.E.C.A. devant les parlements nationaux» (Luxembourg: Assemblée Commune du Communauté Européenne du Charbon et de l'acier, Feb. 1958), e i dossier compilati in tal senso in <www.ena.lu> (Paris: <http://www.ena.lu/ratification_ecsc_treaty-2-36456>; Rome: <http://www.ena.lu/signing_rome_treaties-2-26527>)(Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

²⁸ Friedrich, «The Political Theory of the New Constitutions».

finità iniziale si rafforzò ulteriormente con l'affermazione di meccanismi costituzionali e giuridici che favorirono la convergenza dei contenuti sostanziali delle costituzioni nazionali²⁹ (in special modo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e dopo un «vuoto» di quasi due decenni, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo)³⁰.

5. *La miscela originale di dinamiche costituzionali che caratterizzano la sintesi costituzionale*

Nel Capitolo 1 abbiamo distinto tre tipi diversi di dinamiche costituzionali: il modello costituente, la costituzionalizzazione trasformativa e la costituzionalizzazione semplice. Inoltre si è sostenuto che le varianti del costituzionalismo tipiche degli Stati-nazione (costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo) potrebbero definirsi in riferimento alle combinazioni particolari delle dinamiche costituzionali. Finalmente si suggeriva che, al contrario delle teorie *sui generis* dell'integrazione europea, le dinamiche del diritto costituzionale europeo non furono indefinitamente «originali», ma che si sarebbero potute analizzare riferendosi ad alcuni modelli di trasformazione costituzionale che sono caratteristici del costituzionalismo nazionale. La differenza stava nella particolare miscela di dinamiche costituzionali dell'Unione.

Questo capitolo fornisce le basi per questa linea di ragionamento che sarà seguita nel prossimo capitolo, con la ricostruzione della storia costituzionale dell'integrazione europea, facendo riferimento alle dinamiche costituzionali della sintesi costituzionale. In particolare, approfondiremo il modo speciale con cui la sintesi costituzionale segna un percorso

²⁹ Si veda il cosiddetto rapporto «Birkelbach» del Parlamento Europeo («Rapporto presentato da Willi Birkelbach, sugli aspetti politici ed istituzionali dell'entrata o associazione con la Comunità, Parlamento europeo, 19 dicembre 1961» disponibile all'URL <http://www.ena.lu/report_willi_birkelbach_political_institutional_aspects_accession_association_with_community_december_1961-020006013.html> - Ultimo accesso, Maggio 2012). Sui processi di socializzazione nell'Unione europea, si veda Cris Shore, *Building Europe*, London, Routledge, 2000; Gerard Delanty, *Inventing Europe*, Houndsmills, Palgrave, 1995; Gerard Delanty e Chris Rumford, *Rethinking Europe*, London, Routledge, 2005.

³⁰ Sulla storia alquanto complessa della Convenzione Europea dei Diritti Umani e della relativa Corte Europea, con un'analisi veramente sofisticata del suo (almeno nelle intenzioni) ruolo nella Guerra Fredda e il suo (involontario) ruolo nel processo di decolonizzazione, si veda A. W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Mikael Rask Madsen, «France, the United Kingdom and the Boomerang of the Internationalization of Human Rights», in *Human Rights Brought Home*, ed. Simon Halliday and Patrick Schmidt, Oxford, Hart Publishers, 2004, pp. 57-86; Mikael Rask Madsen, «From Cold War Instrument to European Supreme Court», *Law and Social Inquiry*, 32 (2007), pp. 137-159.

per forgiare una costituzione democratica, alternativo sia al costituzionalismo rivoluzionario sia a quello evolutivo, o la cui combinazione di dinamiche costituzionali fosse appropriata per la sintesi. In concreto, si sostiene che la sintesi costituzionale agisca d'accordo ad uno schema diviso in tre parti.

La prima consiste (a) nel momento costituzionale fondante, il momento costituzionale della sintesi (parafrasando la terminologia molto azzeccata di stampo *ackermaniano* sviluppatasi nel contesto del costituzionalismo rivoluzionario), in cui le norme costituzionali di tutti gli Stati partecipanti si proiettano nel ruolo di diritto costituzionale collettivo, e si complementano con l'affermazione di pezzi dell'insieme delle norme costituzionali e delle strutture istituzionali del nuovo ordinamento. Tale carattere svela il vantaggio chiave della sintesi costituzionale, il suo carattere economico in termini di risorse politiche necessarie per lanciare l'integrazione costituzionale attraverso la sintesi. A questo, fa seguito (b) lo scatenarsi di processi simultanei di costituzionalismo trasformativo e semplice, attraverso i quali la natura costituzionale del soggetto politico e del suo ordinamento giuridico viene messa in risalto nel momento in cui le specifiche implicazioni normative dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune vengono chiarite. D'altra parte, con il passare del tempo (c) viene alla luce la vulnerabilità della sintesi derivante dal suo profondo pluralismo, un processo che viene innescato da cambiamenti significativi nel contesto dell'ordinamento sintetico (cosa che può essere etichettata come limiti esogeni della sintesi) e da tensioni interne al modello sintetico (in tal caso possiamo parlare di limiti endogeni della sintesi).

Ad ogni modo, sembra appropriato reiterare ancora una volta che la nostra teoria è essenzialmente interpretativa e ricostruttiva, offrendo in tal modo un quadro interpretativo sulle origini e sugli sviluppi dell'Unione europea, attraverso un'analisi che procede a staffetta tra la teoria e la storia costituzionale.

5.1 *Il momento costituzionale sintetico*

Così come avviene con l'integrazione attraverso il modello costituente rivoluzionario, anche la sintesi costituzionale viene avviata da una decisione esplicita. Ma al contrario di ciò che accade nella tradizione rivoluzionaria, il «momento costituzionale» non viene accompagnato da una deliberazione, né da una procedura decisionale sul contenuto letterale della nuova Legge fondamentale. Il costituzionalismo sintetico è più economico dal punto di vista delle risorse politiche da impiegare: basta, infatti, che le parti si mettano d'accordo nel dare inizio ad un processo d'integrazione mediante il diritto costituzionale (il che comporta, come abbiamo visto, che l'insieme dei diritti costituzionali nazionali venga proiettato nel diritto costituzionale sovranazionale) e sul fatto che il processo venga concettualizzato in chiave democratica affinché riceva la legittimità democratica necessaria. Ciò accade perché in siffatte condizioni, il «mo-

mento costituzionale sintetico»³¹ corrisponde alla realizzazione istituzionale e alla concretizzazione del mandato d'integrazione racchiuso nelle costituzioni nazionali.

Questo non è un mandato aperto istituzionalmente parlando. Il mandato evidenzia la necessità di mantenere il nocciolo duro costituzionale e l'affinità esistente fra i diversi soggetti che prendono parte all'integrazione. Ciò si può applicare anche al ruolo delle disposizioni *istituzionali* sovranazionali, incluso al modo in cui il principio democratico s'istituzionalizza e si concretizza. Come si chiarirà a seguire, rappresentanza sovranazionale ed amministrazione responsabile costituiscono la miglior soluzione possibile per assicurare sia la dimensione verticale che quella orizzontale della sintesi³².

Nel Capitolo 3 si tratterà a lungo di questo tema, ma adesso vale la pena dare qualche anticipazione per sommi capi, al fine di spiegare quanto detto in precedenza. I Trattati originari delle Comunità europee rilanciarono l'idea di un «unione ancor più stretta» che riguardasse il diritto costituzionale nazionale e che si realizzasse anche attraverso quest'ultimo. Riesaminando a posteriori e attraverso la ricostruzione storica, possiamo arrivare alla conclusione che l'idea che si è cercato di esprimere con fatica nel linguaggio innovativo dei Trattati, non era altro che quella del costituzionalismo sintetico.

La sintesi costituzionale è particolarmente allettante perché economizza le risorse politiche da impiegare grazie alla creazione di condizioni nelle quali è legittimo istituire un nuovo soggetto politico ed un nuovo ordinamento giuridico, facendo affidamento sulle radici «costituzionali» degli Stati costituzionali già esistenti (cioè sulle costituzioni nazionali e la loro legittimità democratica). In termini democratici, non c'è bisogno di un'iniziale mobilitazione politica come quella tipica dei processi costituenti nel modello rivoluzionario. È chiaro che un intenso dibattito politico sui contenuti e sulle strutture della costituzione risulta essere un elemento necessario del costituzionalismo democratico, ma è altrettanto chiaro che l'integrazione costituzionale sovranazionale, per essere democratica, ha anche bisogno del fatto che i cittadini concepiscano sé stessi come parte di un'immaginaria comunità più grande. Il problema

³¹ Al concetto di «momento costituzionale sintetico» fa riferimento intenzionalmente il «momento costituzionale di Ackerman». La differenza tra i due, dovrebbe essere abbastanza chiara. Il momento costituzionale sintetico corrisponde a un «nuovo inizio costituzionale» in cui un nuovo ordinamento sovranazionale viene istituito. Questi, però, non viene preceduto da un processo costituente rivoluzionario che lo legittimi. Un ruolo simile di natura legittimante viene giocato dall'archetipo regolativo del diritto costituzionale comune. Sul momento costituzionale, si vedano i riferimenti in alla nota n. 54 del Capitolo 1.

³² La dimensione verticale si riferisce al «supporto» dato alle istituzioni da parte degli Stati membri a livello UE, mentre la dimensione orizzontale si riferisce al livello di Stato membro. La sintesi parla di entrambe allo stesso tempo.

che affrontava l'Europa dopo la Seconda Guerra mondiale era l'incapacità della maggior parte degli europei di considerare sé stessi come parte di una Comunità europea più grande (anche se, al contempo, si rendevano conto che una qualche forma d'integrazione era necessaria per evitare un nuovo disastro). Il compito principale in questa situazione, fu invece di ristabilire relazioni amichevoli tra coloro che in precedenza avevano combattuto l'uno contro l'altro. Date le circostanze, era chiara la mancanza di un'identità collettiva che colmasse questa lacuna. Inoltre, un qualsiasi sforzo teso all'apertura di un intenso dibattito politico come preludio di un «big bang» costituzionale molto probabilmente avrebbe sortito effetti collaterali molto negativi³³.

I movimenti europei di resistenza erano ben coscienti del fatto che lo spiraglio d'opportunità per la costituzione di una federazione europea, si sarebbe chiuso letteralmente pochi mesi dopo la fine della Seconda Guerra mondiale³⁴. Il motivo d'interesse della sintesi costituzionale sta nel fatto che rende possibile un processo costituente democratico in circostanze che apparentemente ne inibivano la realizzazione. Come si mostrerà in seguito, l'integrazione attraverso il diritto costituzionale, nel quadro di ordinamenti costituzionali ben consolidati, viene accompagnata da garanzie democratico-procedurali che rendono, *in via preliminare*, l'identità collettiva da considerare meno importante. La parte geniale della sintesi costituzionale sta nel fatto che combina la sperimentazione democratica (e cioè un processo costituente democratico a livello sovranazionale) con le garanzie procedurali tipiche degli Stati democratici. Le circostanze particolari della sintesi costituzionale ci indicano che non vi è necessità di un intenso dibattito politico *a monte*. In altre parole, la sintesi costituzionale offre una via d'uscita dall'*impasse* facendo leva su una procedura dove la legittimità democratica poteva essere assicurata senza il bisogno di un'iniziale *bing bang* costituzionale, consentendo così al processo d'integrazione costituzionale di prendere il via, e creando le condizioni grazie alle quali una nuova identità costituzionale comune potesse essere immaginata (e dunque plasmando anche vincoli di solidarietà). Ciò non esclude assolutamente la necessità di una ratifica popolare, essendo che, più il processo d'integrazione si muove in direzione di una costruzione costituzionale autonoma, maggiore è la necessità di una ratifica popolare³⁵.

³³ Il fatto che il modello federale sarebbe stato difficile da seguire una volta che gli Stati-nazione si fossero consolidati di nuovo dopo i postumi della guerra, è un'osservazione che si ritrova nella letteratura federalista europea negli ultimi mesi della guerra e nei primi del dopoguerra. Si vedano gli scritti di Spinelli cui ci si riferisce alla nota 22.

³⁴ Ne fu prova ulteriore il fallimento della Comunità Europea di Difesa (CED) nel 1954.

³⁵ Così viene confermato correttamente nella sentenza sul Trattato di Lisbona dettata dalla Corte Costituzionale tedesca par. 262 (si veda *supra* n. 29).

5.2 Costituzionalizzazione trasformativa e semplice

La sintesi costituzionale riduce le risorse politiche necessarie per dare inizio ad un processo d'integrazione costituzionale, ma al prezzo di lasciare implicita la natura costituzionale del soggetto politico e del suo ordinamento giuridico, e che rimangano inesplorati i contenuti normativi effettivi dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune (e della costruzione di una struttura istituzionale incompleta, come si darà conto nelle sezioni successive di questo capitolo). Ciò spiega il motivo per cui nella sintesi costituzionale il momento costituzionale sintetico viene seguito da una combinazione di costituzionalizzazione trasformativa e semplice.

5.2.1 La costituzionalizzazione trasformativa

Con l'eliminazione di un processo costituente esplicito, il costituzionalismo *sintetico* assomiglia per certi versi al costituzionalismo *evolutivo*. La costituzionalizzazione trasformativa dell'ordinamento giuridico è una parte necessaria dell'evoluzione dell'ordinamento politico sintetico. La differenza chiave sta nel fatto che nella sintesi costituzionale, la costituzionalizzazione trasformativa non riguarda tanto l'effettivo contenuto delle norme costituzionali (che viene *programmato*, per così dire, dall'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune) ma piuttosto concerne la completa assimilazione al proprio interno, da parte degli attori giuridico-istituzionali e dei cittadini in genere, della natura costituzionale del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico che viene a crearsi. Come vedremo al Capitolo 3 con maggiori esempi pratici, l'emergere di un modello di costituzionalizzazione trasformativa «sostanziale», e cioè, in altri termini, il cambiamento del contenuto delle norme costituzionali del soggetto politico *sintetico*, senza tener conto dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune e senza ricorrere ad un processo costituente esplicito, non sono altro che l'indicatore di una crisi nel processo di costituzionalismo sintetico, un qualcosa che senza dubbio non vale per il costituzionalismo evolutivo.

È importante aggiungere il fatto che la costituzionalizzazione trasformativa fu particolarmente importante nel caso europeo, perché l'Unione europea fu un soggetto politico *sintetico* pioniere. Ciò si spiega con la complessità specifica di un processo che implica l'accettazione di principi strutturali quali la prevalenza e l'effetto diretto, o l'affermazione tardiva e controversa della protezione dei diritti fondamentali come principio generale non scritto del diritto comunitario³⁶.

³⁶ Vedasi Joseph H. H. Weiler, «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100 (1991), pp. 2403-2483; Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

5.2.2 La costituzionalizzazione semplice

La definizione di diritto costituzionale del soggetto politico *sintetico* che fa riferimento all'archetipo regolatorio di diritto costituzionale comune, comporta che, mentre si assume il fatto che l'ordinamento costituzionale *sintetico* viene creato con il momento costituzionale *sintetico*, la sua densità normativa sia piuttosto bassa. Ciò è così in quanto il momento costituzionale *sintetico* ci porta solamente all'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune e a pezzi di diritto costituzionale comune (nel caso europeo, riflessi nei Trattati).

La sintesi, dunque, presuppone il fatto che i contenuti normativi specifici dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune vengano poi stilati prendendo spunto dall'insieme di costituzioni nazionali, in un processo che è ben diverso da quelli tipici sia del costituzionalismo rivoluzionario che evolutivo, anche se condivide alcuni tratti comuni con quest'ultimo³⁷. Si differenzia, invece, dal primo perché agisce tenendo conto del metro comparativo. Invece di un solo testo costituzionale, di un solo insieme di dibattiti costituzionali e di un processo politico «costituito», la costituzionalizzazione evolutiva del soggetto politico *sintetico* procede riferendosi esclusivamente alle costituzioni nazionali degli Stati partecipanti (ve ne sono varie, e non un'unica costituzione, mentre al contrario, i dibattiti costituzionali ed i processi politici ordinari «costituiti» sono di minore aiuto, precisamente perché sono troppi). Contrariamente a quanto avviene nel costituzionalismo evolutivo, la costituzionalizzazione semplice nella sintesi costituzionale non procede in maniera organica³⁸. Non si basa su un processo esplorativo per tentativi, ma viene configurato dall'insieme delle costituzioni nazionali. Di conseguenza, non si può dire che la costituzione sintetica si evolva molto giacché la sua redazione *prende spunto e forza* dalle costituzioni nazionali.

La sintesi costituzionale implica anche il fatto che ci sia un riferimento chiaro e fondamentale alla *paternità popolare* come principio legittimante ultimo del diritto costituzionale *sintetico*, un aspetto tipico del modello costituente rivoluzionario. L'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune fa in modo che siffatto riferimento non debba essere mediato per il popolo sovranazionale in quanto tale, ma per i popoli autori delle costituzioni nazionali e che si trovano nel processo di costruzione collettiva di un soggetto costituzionale sovranazionale (in tal caso risulta essere chiave la fase di trasferimento: processo per mezzo del quale le co-

³⁷ Proprio perché l'archetipo regolatorio ha bisogno di essere alimentato nei casi concreti, non è sorprendente che gli organi giurisdizionali abbiano giocato un ruolo chiave in questo processo.

³⁸ La sintesi costituzionale è diversa dal costituzionalismo evolutivo, nel senso che vi è sempre un agente (sia esso legislativo o giurisdizionale) alle spalle del processo di rafforzamento delle concrete implicazioni dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune.

stituzioni nazionali concedono legittimità costituzionale alla costituzione sovranazionale). Inoltre, la costituzione è il risultato di un processo di evoluzione progressiva, ma vi sono sempre *norme costituzionali positive* ben chiare (le costituzioni nazionali) che servono da riferimento per qualsiasi singola decisione nella costituzionalizzazione progressiva della legge fondamentale. Ciò situa il costituzionalismo sintetico in aperto contrasto con il processo induttivo d'evoluzione e lo rende simile al costituzionalismo rivoluzionario, solo che la paternità popolare è indiretta nella nozione *sintetica*, visto che le norme costituzionali nazionali vengono legittimate ed supportate come norme costituzionali sovranazionali.

5.3 *Vincoli esogeni ed endogeni: La fragilità della Sintesi in caso di shock esterni e tensioni interne*

Il processo di sintesi costituzionale mostra una certa sensibilità nel momento in cui si creano tensioni, sconvolgimenti e conflitti che si producono sia all'interno che all'esterno dell'ambito costituzionale comune. Alcuni di questi sono per così dire intrinseci in quest'ambito (come per esempio il fatto che esso è composto da vari sistemi giuridici che sono necessariamente diversi). Possiamo, quindi, parlare di limiti che sono intrinseci a qualsiasi processo di sintesi costituzionale. Inoltre, vanno anche considerati i limiti che sono specifici del caso europeo, ma che non riguardano necessariamente la sintesi costituzionale in quanto tale, poiché scaturiscono da fattori d'importanza essenziale ma al contempo contingenti.

Una prima serie di vincoli sono conseguenza del fatto che il modello costituente *sintetico* si mostra particolarmente vulnerabile dinanzi a shock «esogeni» causati da cambiamenti radicali del contesto politico e socio-economico esterno all'ordinamento politico che vive «il processo d'integrazione». Questa fragilità è principalmente il risultato della scarsa solidità istituzionale dell'autorità politica *sintetica*, specie se paragonata a quella degli Stati-nazione, indipendentemente dal fatto che si sia affermata seguendo un modello rivoluzionario oppure evolutivo. Gli shock esterni rivelano fino a che punto l'autorità politica manca di risorse politiche (sotto forma di mezzi coercitivi, economici, o finanche culturali) per assorbire tali shock e dunque creare le condizioni grazie alle quali si può (non difficilmente) ritornare ad uno scenario di stabilità.

Una seconda serie di vincoli riguarda la misura in cui il processo di sintesi costituzionale, può suscitare delle resistenze nei confronti di un progresso ulteriore nel processo d'integrazione. Un fattore rilevante è quello per cui, più il processo di sintesi avanza, maggiore risulta essere la «tentazione istituzionale» di rilanciare una concezione autonoma del diritto comunitario che non ha nulla a che vedere con il fatto di essere considerato come diritto costituzionale comune. Da un lato, questo è il retroterra della crisi di legittimità del diritto comunitario considerato *ormai emancipato* dal diritto costituzionale nazionale grazie all'azione della Corte di Giustizia Europea. La giurisprudenza dei giudici con sede a Lussemburgo, a partire

dalla fine degli anni settanta, ha consentito, *de facto*, l'emancipazione delle libertà economiche comunitarie dagli standard costituzionali nazionali. Le libertà economiche solitamente si caratterizzano per essere *strumenti operativi* del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. In quanto tale, di esse godono essenzialmente soltanto i cittadini di altri paesi dell'Unione, il cui trattamento è stato così equiparato a quello ricevuto dai cittadini residenti del paese considerato. In cosa consistesse tale trattamento era stato stabilito in riferimento ad ogni costituzione nazionale e ordinamento giuridico ordinario. Dalle sentenze *Dassonville e Cassis de Dijon* in poi, che hanno successivamente abbracciato tutte le altre libertà economiche, la Corte ha riclassificato le libertà economiche in quanto parte integrante dello status complessivo di cittadino europeo. Al contrario, però, di ciò che si può pensare, questo non ha dato vita ad una *politicizzazione* del diritto comunitario, ma bensì alla riduzione dei legami tra il diritto costituzionale europeo e quello nazionale. Ad oggi godono di queste libertà economiche tutti i cittadini europei (anche contro lo Stato stesso di cui sono cittadini) ed esse risultano essere infrante *da qualsiasi tipo di ostacolo* che si frapponga al loro effettivo o potenziale esercizio³⁹. La suddetta emancipazione si realizza a costo, però, di un trasferimento di legittimità democratica, in misura ridotta, attraverso il diritto costituzionale comune. Dato che tale processo d'emancipazione in Europa è stato portato avanti dalla Corte di Giustizia, un giorno potrebbe esserci una sorta di resa dei conti democratica (un primo esempio di quanto appena detto si ritrova nella reazione pubblica avutasi nei confronti delle Sentenze *Viking e Laval*⁴⁰, che formalmente sono state sancite nel giudizio della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona)⁴¹. Dall'altro lato, la mancanza di una struttura istituzionale completa comporta il rischio opposto, ossia quello che la sintesi possa sfociare in azioni opportunistiche, portate avanti a livello nazionale ma *avvolte* in un discorso costituzionale, ovvero, in altri termini, in un tentativo da parte delle istituzioni politiche o giuridiche nazionali di cercare di rafforzare le loro opzioni strategiche dando vita ad opinioni giuridiche che servano a definire standard costituzionali comuni che siano vantaggiosi per i loro interessi.

Un possibile terzo elemento vincolante è quello secondo il quale più l'integrazione avanza, più forte appare la necessità di adattare le strutture costituzionali nazionali e maggiore, dunque, risulta essere la sfida lancia-

³⁹ Vedasi Agustìn José Menéndez, «More Human, Less Social: The Jurisprudence of the ECJ on Citizenship», in *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, ed. Miguel Poiars Maduro and Loic Azoulay, Oxford, Hart Publishers, 2009, pp. 363-393. Si veda anche Alexander Somek, *Engineering Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁴⁰ Sentenza C-438/05, *Viking*, [2007] Racc. I-10779; Sentenza C-341/05, *Laval*, [2007] Racc. I-11767; Sentenza C-346/06, *Ruffert*, [2008] Racc. I-1989. È di grosso rilievo, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro, il comma 59.

⁴¹ La sentenza su Lisbona, *supra*, n. 29.

ta nei confronti dell'identità costituzionale nazionale. Più l'integrazione espande i suoi effetti, più i connotati dell'Unione europea sono destinati a cambiare. In questo caso i numeri e la dimensione del fenomeno risultano essere rilevanti: più cresce il numero delle *new entry*, e con esso la loro dimensione, più forte sarà lo shock istituzionale, visto che qualsiasi arrivo di un nuovo membro comporta una riconfigurazione della struttura costituzionale dell'Unione. Inoltre, con l'avanzare del processo d'integrazione, diventano palesi le tensioni tra gli elementi sostanziali e quelli procedurali, ma diventano evidenti anche i difetti di natura normativa (una specie di deficit democratico a cascata). Con l'avanzare dell'integrazione, le diverse rivendicazioni istituzionali di legittimità si scontreranno a vicenda con maggior vigore.

Questa è la dinamica facilmente osservabile nell'Unione europea, dove i governi nazionali fanno leva su una dubbia legittimità democratica indiretta, la Commissione si vede indebolita dall'arrivo di un'altra istituzione che incarna la volontà e l'interesse sovranazionale, come il Parlamento europeo. Quest'ultimo è a sua volta intrappolato in una spirale negativa a causa del *gap* esistente tra le sue credenziali di legittimità (provocata dalla bassa affluenza alle urne nelle elezioni per le Europee) e la mancanza di un conseguente potere. Infine, la Corte di Giustizia è combattuta tra la sua aspirazione di emancipare il diritto costituzionale europeo dal diritto costituzionale nazionale, e quella di dare al diritto comunitario un fondamento democratico basato sul diritto costituzionale comune.

Una quarta categoria di vincoli è rappresentata dalla resistenza politica diretta contro un'integrazione costituzionale basata sulla sintesi. Ciò può assumere molte forme. Una è il rifiuto esplicito dell'Unione come progetto costituzionale, con la conseguente riluttanza ad inquadrare il dibattito sulla riforma del trattato in termini costituzionali. Un'altra è la riluttanza nell'adattare le procedure nazionali al servizio del processo della sintesi, il che implica una graduale armonizzazione delle procedure di modifica costituzionale negli Stati. La mancanza, dunque, di una volontà tesa all'armonizzazione delle procedure di modifica costituzionale a livello nazionale, ostacolerà chiaramente il processo di sintesi. Una terza forma può riguardare il modo in cui le amministrazioni nazionali trattano l'adempimento da parte loro del diritto sovranazionale⁴².

Un ultimo fattore di natura vincolante consiste nel fatto che attori istituzionali ed analisti non hanno inteso il processo secondo la sintesi costituzionale, né tantomeno secondo una teoria costituzionale che fosse in grado di spiegare e motivare l'integrazione costituzionale europea. Questa lacuna ha prodotto una certa disparità nei giudizi, accresciuta dall'incertezza su dinamiche e conseguenze del processo stesso, e dunque, dando vigore a posizioni ispirate alla resistenza. Ne consegue che la mancanza di una

⁴² Lisa Conant, *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Ithaca, Cornell University Press, 2002.

spiegazione teorica adeguata degli elementi chiave d'innovazione del diritto costituzionale europeo ha avuto implicazioni di grande importanza⁴³.

Fattori endogeni all'ambito considerato (come per esempio vari orientamenti che differiscono tra di loro e con il resto del mondo all'esterno), oltre a fattori esogeni all'ambito stesso (come per esempio shock strutturali) influiscono su forme e modelli d'integrazione. Ampliando la diversità in quest'ambito, attraverso l'ammissione di nuovi Stati membri, si fissano nuovi limiti all'integrazione di natura *sintetica*. Lo stesso si può dire nel momento in cui gli shock o le trasformazioni migliorano portata e natura di modelli costituzionali, tradizioni o visioni in quest'ambito. Entrambe le forme di diversità possono presentare radici esterne ma diventare parte attiva nella riconfigurazione dei modelli in quest'ambito. Ciò viene illustrato al meglio dalla svolta neo-liberista negli anni ottanta, che rappresenta l'incorporazione di una nuova e diversa concezione alla base della costituzione socio-economica, i cui effetti dirompenti furono amplificati negli anni novanta grazie allo sganciamento della politica economica da quella monetaria sotto la pressione strutturale esercitata dal processo di riunificazione tedesca. Ma simili effetti dirompenti che portano a divisioni, possono avere anche un'origine esterna come il riorientamento nella politica estera statunitense, prima sotto la presidenza Nixon e, recentemente, sotto la presidenza di Bush junior. La lista dei fattori vincolanti può estendersi fino a diventare nota a tutti nel momento in cui si valuta concretamente come il processo della sintesi costituzionale abbia dispiegato i suoi effetti nelle ultime due *tornate* del processo costituente europeo, cioè Laeken e Lisbona.

La sintesi costituzionale è un percorso che porta alla configurazione della costituzione democratica e va vista come un'alternativa al costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo. Anche se tutte e tre le strade costituzionali possono portare alla «Roma» di una costituzione democratica, bisogna far osservare che ognuna di queste ha delle implicazioni strutturali differenti. Il modello rivoluzionario sfocia in una costituzione con una forte legittimità democratica: non solo il processo costituente dà libero sfogo ad energie civiche ed impegno politico, ma anche il simbolismo della costituzione scritta è capace di recitare un ruolo d'integrazione chiave nella società. Detto ciò, il modello rivoluzionario è diventato così strettamente legato alla costituzione *nazionale*, che è difficile da applicare a livello sovranazionale, anzi in realtà può costituire un ostacolo alla costituzionalizzazione democratica dei rapporti sovranazionali. Al contrario, una volta che una costituzione evolutiva ha iniziato a mettere radici, questa fornisce una stabilità politica anche nelle circostanze più avverse. Il suo sviluppo, comunque, presuppone non solo un saldo controllo sul

⁴³ Infatti l'assenza di una teoria inoppugnabile viene scambiata, in modo errato, come la prova definitiva per sostenere che il diritto comunitario sia non democratico o addirittura incostituzionale.

potere politico, ma anche una cultura pre-politica comune. Inoltre, la stabilità viene accompagnata dalla difesa dello *status quo*, e quindi anche di vari tipi d'ingiustizie. Di conseguenza non fornisce di per sé una buona garanzia sul fatto che la costituzionalizzazione graviterà naturalmente intorno all'ordinamento democratico. In conclusione il costituzionalismo *sintetico* riesce a combinare le risorse politiche ed economiche con la velocità del processo d'integrazione, ma gli ordinamenti politici *sintetici* sono piuttosto vulnerabili agli shock esterni a causa del loro pluralismo costituzionale «doppio», e quindi un grande successo della sintesi costituzionale provoca lo sviluppo di fattori che limitano (o per meglio dire ostacolano) l'integrazione dall'interno.

6. *Lo sviluppo istituzionale nella sintesi: riproduzione, adattamento e sperimentazione*

Come si è visto sino a questo punto, in Europa la sintesi costituzionale combina l'archetipo regolatorio di un diritto costituzionale comune ed unico, con una struttura istituzionale pluralista. Ciò implica che, con la sintesi, le dimensioni *giuridico-normative ed istituzionali* avanzano contemporaneamente, sebbene in modo differente. Naturalmente la sintesi costituzionale viene accompagnata da presupposti istituzionali, che ci rimandano alle istituzioni basilari che sostengono le costituzioni nazionali. Ma la sintesi non implica che un insieme completo di istituzioni venga trapiantato a livello europeo, poiché, come visto in precedenza, la sintesi è un processo senza limiti di tempo precisi in termini istituzionali.

I suoi principali fattori strutturanti sono da un lato l'archetipo regolatorio, e dall'altro la fragile struttura (dimensione) organizzativa incaricata di tenere insieme gli Stati membri.

Ciò implica che bisogna prestare un'attenzione esplicita allo sviluppo istituzionale nella sintesi, anche perché la sintesi non offre solide garanzie sul fatto che le istituzioni finiranno con il riflettere completamente il vigore *sintetico*.

Sullo sviluppo istituzionale, si fa osservare per prima cosa che la fondazione dell'Unione venne accompagnata dall'affermazione di alcune istituzioni sovranazionali, ma il rapporto tra le istituzioni sovranazionali e nazionali non fu soggetto all'integrazione gerarchica. Contrariamente a ciò che avviene nei sistemi nazionali o federali, non ci fu una strutturazione gerarchica delle istituzioni, nemmeno come istanza residuale o regola di riserva per risolvere i conflitti. Ciò rappresenta la conseguenza quasi inevitabile della sintesi, poiché è un processo che procede ponendo la dovuta attenzione all'autonomia degli Stati partecipanti.

In secondo luogo, il «perfezionamento» della struttura istituzionale dell'Unione (sia inteso come aggiunta di nuove istituzioni che come «completamento» di quelle create dai Trattati originari) si è mostrato nell'ambito costituzionale sotto la spinta di (almeno) tre processi o meccanismi, ossia:

a) la riproduzione, copiando quindi principi centrali ed elementi istituzionali dalle strutture istituzionali nazionali a livello europeo (grazie al quale, per esempio, si produce l'affermazione ed il rafforzamento consistente del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia); b) l'adattamento, guidato per esempio dalla pressione per applicare gli stessi principi costituzionali nazionali in modo originale, viste le peculiari necessità funzionali dell'autorità sovranazionale (così, per esempio, si spiega la struttura del processo legislativo nell'Unione) e c) la sperimentazione, che è inevitabile vista la natura senza precedenti della sintesi costituzionale (che nell'UE si concretizza nel cosiddetto fenomeno istituzionale della comitologia e di altre strutture ad essa connesse).

In terzo luogo, il metodo dei piccoli passi nell'impostazione della struttura istituzionale europea dà vita ad un'ulteriore fonte di pluralismo interno, poiché pezzi diversi della struttura istituzionale rispondono non solo alla sintesi costituzionale ma anche ad una serie di influenze di diversa natura. Come si vedrà nel Capitolo 3, mentre la Corte di Giustizia Europea fu creata dal punto di vista istituzionale, grazie essenzialmente al trasferimento su scala europea della cultura istituzionale francese, la nascita della Commissione avvenne attraverso un processo più frammentario, a seconda della cultura istituzionale dominante in ciascuna Direzione Generale. Allo stesso modo il Sistema Europeo delle Banche Centrali fu fortemente influenzato dal sistema tedesco non solo dal punto di vista dei principi sostanziali, ma anche da quello della cultura istituzionale. Le disposizioni istituzionali *ad hoc* per disciplinare il metodo aperto di coordinamento, invece, riflettono principalmente il predominio del movimento ideologico del *New Public Management*, che ha fatto le sue prime apparizioni soprattutto nelle strutture istituzionali britanniche (ma anche in quelle scandinave). Questo processo è stato alimentato sotto il profilo costituzionale dalla frammentazione del processo d'integrazione, prima con il limitato rimando *all'integrazione settoriale* contenuto nei Trattati europei sul Carbone e l'Acciaio e nell'Euratom, poi con la promozione d'aree d'integrazione parallele soggette alle disposizioni del diritto internazionale (ex Art 220 del TCE) ed infine con l'arrivo della struttura istituzionale ispirata al modello dei pilastri.

In quarto luogo, la maniera imperfetta in cui il processo di sintesi costituzionale riesce ad inserirsi nella dimensione istituzionale, aiuta a spiegare le ragioni del buon numero di limiti e tensioni *che l'universalizzazione del diritto costituzionale europeo si trova a fronteggiare*. Questa, infatti, non è altro che un'ulteriore fonte di pluralismo costituzionale da aggiungere alle altre⁴⁴.

⁴⁴ L'Unione europea si è forgiata come un insieme di organizzazioni. Questa struttura organizzativa, però, si adatta e fornisce una struttura diversa al sistema giuridico-costituzionale dell'Unione. Al contrario di ciò che avviene con lo Stato (inclusi gli Stati federali), la struttura dell'Unione viene segnata dall'assenza di

Si prenda in considerazione il caso concreto dell'Europa. Dal momento in cui l'Unione ha fatto i primi passi, c'è stata una forte pressione per spostare su scala europea le disposizioni costituzionali familiari a livello nazionale⁴⁵, che possiamo definire come una specie di «sintesi realizzata attraverso la riproduzione». Tale processo aveva un elemento di riproduzione riflessiva perché si ottenne non attraverso lo spostamento di elementi da una struttura uniforme, ma piuttosto grazie all'insieme di disposizioni nazionali individuate nell'ambito organizzativo comune. Detto ciò, tale ambito avrebbe potuto affermarsi solamente nella misura in cui i soggetti costitutivi siano stati disposti a condividere certi aspetti comuni, e le norme strutturali e sostanziali, che questi stessi soggetti intendono condividere, siano candidate naturali a diventare parte di una struttura istituzionale e dei contenuti sostanziali della costituzione sovranazionale.

La riproduzione istituzionale si manifesta in esempi organizzativi specifici come quello del Parlamento europeo, così come in un organo giurisdizionale dotato di giurisdizione vincolante com'è la Corte di Giustizia Europea⁴⁶. Queste istituzioni non sono per niente simili sotto il profilo formale, e molti di coloro che propendevano per il modello della riproduzione, volevano che esse fossero simili anche sotto il profilo operativo. Ed anche se queste sono state create a livello sovranazionale, molti si aspettavano che il loro posizionamento complessivo all'interno dell'intera struttura istituzionale della UE somigliasse a quello assunto in uno Stato costituzionale. Il modello normativo fu stabilito ben presto, fungendo da guida per un processo più graduale e riflessivo grazie al quale le specificità istituzionali potessero emergere gradualmente. Ciò ci aiuta a capire il motivo per cui il Parlamento europeo ha guadagnato progressivamente nuovi poteri grazie alle *convenzioni costituzionali*, codificate poi nei successivi

un'assegnazione esplicita d'autorità costituzionale al livello federale superiore. Ciò colloca la UE al di fuori della categoria di federazione, in quanto la federalizzazione implica un nuovo status per gli Stati membri. Si veda Andrew Glencross, *What Makes the EU Viable*, London, Palgrave Macmillan, 2009, p. 27, in riferimento a Carl Schmitt, «The Constitutional Theory of Federalism», *Telos*, 91 (1992), pp. 26-52, a p. 55. La struttura costituzionale, invece, viene sostenuta da tutti gli assi portanti giuridico-costituzionali (Alte o Supreme Corti in tutti gli Stati membri e a livello dell'Unione). Questo è quello che noi chiamiamo ambito costituzionale. Si fa riferimento alla nozione di ambito organizzativo per sottolineare il modo peculiare in cui la dimensione costituzionale viene incorporata dal punto di vista organizzativo.

⁴⁵ Sul Parlamento, si veda Berthold Rittberger, *Building Europe's Parliament: Democratic Representation beyond the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁴⁶ Berthold Rittberger osserva nella sua analisi sulla formazione del Parlamento europeo che «il modello di democrazia parlamentare e rappresentativa è una guida che orienta le reazioni delle élites al deficit di legittimità democratico». Si veda Rittberger, «Building Europe's Parliament: Democratic Representation beyond the Nation-State».

processi di riforma del Trattato⁴⁷, ma anche a spiegare l'accettazione generale dei poteri e delle competenze che la Corte di Giustizia Europea ha assunto e rivendicato mediante la propria attività⁴⁸. Inoltre, il fatto che i sistemi giuridico-istituzionali, a livello di Stati membri e di Unione europea, fossero tra loro interconnessi, con le Corti fortemente legate tra loro anche sotto il profilo procedurale, ha provocato forti pressioni *isomorfe* su tutti i tribunali partecipanti⁴⁹.

In altre parole, ci furono forti pressioni (di natura coercitiva, mimetica e normativa) sulle istituzioni, nell'ambito europeo, a diventare sempre più simili con il tempo grazie ai processi di riproduzione, emulazione, adattamento e conoscenza reciproca. Il consolidamento progressivo della sintesi trasforma, quindi, le strutture istituzionali nazionali e i processi decisionali degli Stati partecipanti. Tutto ciò ebbe inevitabilmente un impatto sulle norme costituzionali e le consuetudini costituzionali chiamate a disciplinare i rapporti tra le istituzioni⁵⁰.

Gli esempi sopra citati, ci mostrano la presenza di forti tendenze all'unificazione in quest'ambito. Allo stesso tempo questo presenta delle differenze, a causa delle tensioni, sia interne che esterne, che si registrano. Tutto ciò ci suggerisce che, in molti casi, i tentativi di «trasferire» semplicemente al livello europeo la struttura nazionale o le norme costituzionali sostanziali si rivelarono fuori luogo, impropri o inadeguati. La diversità e la complessità dell'ambito europeo spesso scatenano processi di ricerca per i quali la norma dovrebbe definirsi come «comune», dunque dando vita ad una qualche forma d'innovazione sull'ambito nazionale. Oppure un processo di riproduzione potrebbe consentire agli attori in gioco di accorgersi che la *problématique* costituzionale si differenziava secondo il livello di governo considerato. Di conseguenza, dunque, era necessario modificare quelle esistenti per fare in modo che si adattassero alle nuove circostanze. Un ambito organizzativo che mantiene divergenze e differenze esistenti a livello nazionale, e si mostra molto sensibile rispetto a shock che creano differenze o *equilibri puntuali*, e che di volta in volta riguardano i sistemi costituzionali nazionali.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Vedasi Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, e Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁴⁹ Infatti, il rafforzamento del diritto d'accesso alla giurisdizione comunitaria garantito dalla Corte di Giustizia Europea sul finire degli anni Ottanta e gli inizi degli anni Novanta (di cui si parlerà nel Capitolo 3) provoca una forte pressione isomorfa sui tribunali nazionali. Si veda, per esempio, Eduardo García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 2006. Si veda anche Filip Ragolle, «Access to Justice for Private Applicants in the Community Legal Order: Recent (R) evolutions», *European Law Review*, 28 (2003), pp. 90-101. La subentrante corrente di Denning (*H. P. Bulmer Ltd. v. J Bollinger SA* [1974] Ch 401, a p. 418) è infatti in ascesa.

⁵⁰ Si veda il Capitolo 3 ed anche Anne Marie Slaughter, *New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

In Europa, all'epoca, istituzioni, processi decisionali e norme materiali dovevano essere ripensati, era necessario comprendere principi di fondo, ed il risultato doveva essere reso operativo a livello europeo rispettando le sue originali forme. Ciò appare chiaro se si osserva come le procedure decisionali in cui per un lungo periodo si mescolavano sia i principi intergovernativi che quelli sovranazionali, hanno poi iniziato gradualmente a convergere intorno ad un sistema diverso di rappresentanza di governo sovranazionale. Finanche il Parlamento europeo non è la copia dei parlamenti nazionali, bensì una copia sbiadita di questi ultimi perché la nozione di rappresentanza di governo si è andata adattando gradualmente alla dimensione sovranazionale. In modo ancor più evidente, l'innovazione sul modello istituzionale, dovuta ai principi costituzionali fondamentali, ci aiuta a spiegare l'identità istituzionale del Consiglio dei Ministri e della Commissione. Infatti, il Consiglio dei Ministri va considerato come *un'alternativa costituzionale* alla conferenza diplomatica.

L'*accountability* democratica viene incoraggiata dal punto di vista strutturale non solo rendendo l'istituzione permanente (aprendo dunque la strada ad un processo in cui le istituzioni a livello nazionale che ne controllano l'azione, ne vengano a loro volta forgiate), ma soprattutto con l'impostazione del processo decisionale. Il ruolo consultivo o di co-decisore interpretato dal Parlamento europeo non solo contribuisce *direttamente* dando un briciolo di legittimità democratica alle decisioni finali adottate⁵¹, ma rende anche *indirettamente* possibile un controllo esercitato dai parlamenti nazionali sui governi nazionali⁵² (in special modo se i parlamenti nazionali sviluppano strumenti d'azione coordinata o collettiva in tal senso, un'evoluzione che le nuove disposizioni introdotte dal Trattato di Lisbona possono far scattare o meno)⁵³ anche se non è certo che ciò avvenga.

La formazione di un diritto costituzionale comune, però, può far sorgere problemi che gli Stati costituzionali nazionali non hanno ancora affrontato. La sintesi, infatti, comporta anche un certo grado di sperimentazione accresciuta nel caso europeo dal ruolo di pioniere recitato dall'integrazione europea come «terza via» alternativa alla tradizione costituzionale. In casi dove le norme costituzionali nazionali non sono

⁵¹ Simon Hix, Abdul G. Noury, Gérard Roland, *Democratic Politics in the European Parliament*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁵² Ben Crum e Eric Miklin, «Reconstructing Parliamentary Sovereignty in Multilevel Polities: The Case of the EU Services Directive» (testo preparato per la Conferenza dal titolo «Inter-Parliamentary Relations in Europe» presso il ECPR 2010 Joint Sessions a Münster, 22-27 marzo 2010).

⁵³ La struttura della cooperazione interparlamentare è unica nella UE, ed ha assunto il compito di plasmare l'ambito organizzativo. In tal senso, si parla anche della possibilità di consolidare ulteriormente quest'ambito. Si veda Ben Crum e John E. Fossum, «The Multilevel Parliamentary Field: A Framework for Theorising Representative Democracy in the EU», *European Political Science Review*, 1-2 (2009), pp. 249-271.

idonee ad adempiere il compito affidatogli, la soluzione più ovvia resta la sperimentazione, sia perché il problema è radicalmente diverso a livello sovranazionale, sia perché lo sforzo per stabilire una posizione comune praticabile produce risultati che semplicemente nessuno sarebbe disposto ad accettare. Una dimostrazione in tal senso ci viene data dall'evoluzione di procedure per l'approvazione di regolamentazioni secondo il modello dei comitati, meglio noto come comitologia. I Trattati contenevano un riferimento a strumenti di regolamentazione (infatti si parla di *regolamenti e direttive*), ma questi strumenti venivano in realtà considerati come legislativi a tutti gli effetti. C'era dunque un *gap* non solo nel sistema delle fonti nel diritto comunitario, ma anche nell'impostazione dei procedimenti legislativi. Parlare di riproduzione, per occuparci dei bisogni funzionali dell'integrazione europea, non sembrava per niente azzeccato. In particolare non sembrò un'idea brillante (e forse continua a non esserlo) assegnare l'attuazione regolamentare delle norme di rango legislativo alla Commissione, nella sua qualità d'istituzione amministrativa sovranazionale, poiché essa manca delle conoscenze di fondo necessarie per scrivere le suddette regole d'applicazione. In tal caso la riproduzione avrebbe creato delle disfunzioni, mentre era necessario innovare o sperimentare in modo migliore, come mostrato infatti dal caso della comitologia. La produzione di queste regolamentazioni dovette essere condotta dalla Commissione, ma controllata dai rappresentanti degli Stati membri, che avrebbero potuto anche contribuire, durante il suddetto processo, attraverso la propria conoscenza sia tecnica che del territorio locale. Se considerata all'interno della matrice del sistema democratico delle fonti del diritto, la comitologia va vista come un'aggiunta di legittimità democratica per il diritto comunitario, vista la creazione di procedure e mezzi mediante i quali la suddetta legittimità può essere ottenuta, quando l'*applicazione* di elementi essenziali delle norme di rango legislativo si realizza grazie a quelle di rango regolamentare⁵⁴.

Con la sintesi, dunque, l'evoluzione istituzionale avanza attraverso la riproduzione, l'adattamento e la sperimentazione. Ed ancora, in quanto il processo è riflessivo, la somma totale è maggiore delle parti, nel senso che queste azioni tese a «mettere in comune» istituzioni e leggi fondamentali hanno un maggiore potenziale *trasformativo*. Quest'ultime ci obbligano a riconsiderare i vincoli normativi che si riflettono nella vita politica e giuridica a più grande scala, perché il legame costituzionale e politico tra i cittadini si andava estendendo con la creazione di istituzioni e procedure decisionali comuni, che poi davano vita a norme d'azione comuni. Ciò implica necessariamente una rifondazione parziale di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, nel senso che la validità delle norme giuridi-

⁵⁴ Vedasi Christian Joerges, «Deliberative Supranationalism: Two Defences», *European Law Journal*, 8 (2002), pp. 133-151; Agustín José Menéndez, «The European Democratic Challenge», *European Law Journal*, 15 (2009), pp. 277-308.

che nazionali risultò soggetta alla condizione di rispettare il principio di non discriminazione⁵⁵.

Questa è la conseguenza provocata dall'espansione dell'ampiezza e della portata del diritto generale di uguaglianza di tutti i cittadini, che si trova alla base di tutte le costituzioni nazionali, a favore di tutti gli europei, siano essi cittadini o meno dello Stato membro in cui si trovano ad essere soggetti economici attivi⁵⁶. Perciò, gli Stati membri dell'Unione europea hanno vissuto una riconfigurazione profonda, a tal punto che né la struttura istituzionale e costituzionale sovranazionale, né quella nazionale possono essere comprese singolarmente⁵⁷.

L'europeizzazione in tal senso ha significato la fine dell'interpretazione dello Stato-nazione come soggetto autarchico sia in termini empirici che normativi, e ciò viene ulteriormente corroborato dal punto di vista delle dinamiche di costruzione istituzionale⁵⁸.

7. *Distinguere la sintesi costituzionale da altre teorie giuridiche e politiche d'integrazione*

In questo capitolo, sono state approfondite le istituzioni basilari che supportano la sintesi costituzionale, e descritte le dinamiche normative ed istituzionali in cui si svolge. D'altra parte, così come l'Unione non fu creata sul nulla, la sintesi costituzionale non si instaura in un vuoto teorico. A tal riguardo, in questa sezione finale, verranno esaminate cinque teorie politiche e giuridiche d'integrazione che hanno maggiormente influenzato sul nostro il quadro teorico che abbiamo supportato⁵⁹. Gli aspet-

⁵⁵ L'Articolo 7, comma primo del testo originale del Trattato della Comunità europea. Sul principio di non discriminazione, come espressione di un diritto generale all'eguaglianza, si vedano le sentenze su casi congiunti 124/76 e 20/77, *Moulin Pont-à-Mousson*, [1977] Racc. 1795, in particolare par. 16 e 17. Si veda anche Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, cap. 2; Anthony Arnall, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 201-203.

⁵⁶ Si veda infatti Weiler, «Europe's Sonderweg»; Weiler, «Thou Shalt Not Oppress a Stranger», *European Journal of International Law*, 3 (1992), pp. 65-91.

⁵⁷ Vedasi Helen Wallace, «The Impact of the European Communities on National Policy-Making», *Government and Opposition*, 6 (1971), pp. 520-538; si veda anche Johan P. Olsen, *Europe in Search of Political Order*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁵⁸ Si veda per esempio Adrienne Héritier, Dieter Kerwer, Christopher Knill, Dirk Lehmkuhl, Michael Teutsch, e Anne-Cecile Douillet, *Differential Europe: The European Union Impact on National Policymaking*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, 2001.

⁵⁹ In aggiunta, vorremmo sottolineare il ruolo della teoria istituzionale del diritto di MacCormick's, che il filosofo scozzese applicava all'Unione sin dall'inizio degli anni Novanta. MacCormick fu un teorico su scala più ampia rispetto a quella dell'integrazione europea.

ti fondamentali di ciascuna di queste teorie sono, a nostro avviso, sono compiutamente catturati dalla teoria della sintesi costituzionale. Essa, per questa ragione, ci sembra pertanto rappresentare l'alternativa teorica migliore e più coerente.

7.1 *La fusione di Wessel*

L'approccio che appare più simile a quello delle sintesi costituzionale è naturalmente quello utilizzato per *la teoria della fusione*, che viene associata principalmente al nome di Wolfgang Wessels⁶⁰. Il suddetto autore sostiene il bisogno di un'analisi sull'integrazione europea intesa come frutto di un processo di *fusione graduale*. Il punto di partenza sta nella sfida rappresentata dalla gestione di una sempre maggiore interdipendenza tra Stati. All'interno di questo contesto nazionale, governi ed amministrazioni sono diventate parti fortemente integrate nell'intero ciclo politico dell'UE.

Il processo d'integrazione porta ad una fusione degli strumenti pubblici su vari livelli (Stato ed UE), in quanto parte di un più esteso processo sia verticale che orizzontale di europeizzazione di attori ed istituzioni nazionali. Ne viene fuori un'Unione segnata da competenze sovrapposte e dalla penetrazione amministrativa e politica fra tutti i livelli, che la rende abbastanza diversa dal tipico soggetto-Stato⁶¹. La fusione nasce da attori statali razionali che vanno alla ricerca di una «terza via» fattibile tra l'intergovernamentalismo ed il federalismo. Ciò si manifesta nella struttura giuridico-costituzionale dell'UE dove si riassumono sia aspetti di una costituzione che di un trattato (anche se ci sembra che la teoria non chiarisce il rapporto esistente tra entrambi)⁶².

La teoria della fusione è abbastanza diversa dalla teoria della sintesi costituzionale, infatti questa presenta un baricentro d'analisi diverso che si concentra sull'interazione istituzionale e la composizione delle politiche, piuttosto che sul momento costituente (che è più generale ed onnicomprensivo). D'altra parte, la teoria della fusione si occupa anche di

⁶⁰ Wolfgang Wessels, «An Ever Closer Fusion? A Dynamic Macropolitical View on Integration Processes», *Journal of Common Market Studies*, 35 (1997), n. 2, pp. 267-299; si veda anche Wolfgang Wessels e Dietrich Rometsch, «Conclusion: European Union and National Institutions», in *The European Union and Member States: Towards Institutional Fusion?*, ed. D. Rometsch and W. Wessels, Manchester, Manchester University Press, 1996, pp. 328-365.

⁶¹ Questo modo di pensare affonda le radici nel federalismo cooperativo d'ispirazione federale tedesca. Si consideri l'ampia letteratura al riguardo su *Politikverflechtung*, di cui si discute inizialmente in riferimento alla UE, in Fritz Scharpf, «The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration», *Public Administration*, 66 (1988), pp. 239-278.

⁶² Wolfgang Wessels, «Keynote Article: The Constitutional Treaty. Three Readings from a Fusion Perspective», *Journal of Common Market Studies*, 43 (2005), pp. 11-36, a pp. 14-15.

procedure (in modo simile alla sintesi) mostrando particolare attenzione alla comprensione delle dinamiche dell'integrazione europea. In tal senso fornisce una valida informazione su come funziona la complessa struttura multi-livello della UE, ma non ci aiuta a capirne le implicazioni sotto il profilo costituzionale. La teoria della fusione, infatti, non si concentra sul modo in cui le istituzioni giuridico-politiche delle UE si sono formate, né presta la dovuta attenzione alla loro identità istituzionale e costituzionale. Essa si rivela impotente, dunque, quando deve spiegare l'aspetto essenziale della sintesi, ossia il modo in cui le disposizioni costituzionali nazionali sono arrivate ad integrarsi nell'ordinamento costituzionale europeo nel suo complesso e sugli aspetti strutturali dell'equazione di legittimità che caratterizza l'Unione europea.

7.2 *Il costituzionalismo multi-livello di Pernice*

La teoria del *costituzionalismo multilivello* di Ingolf Pernice presenta l'approccio teorico che più si avvicina a quello proposto nella teoria della sintesi costituzionale⁶³. Pernice rileva correttamente che sin dalla sua istituzione il sistema giuridico europeo aveva una natura costituzionale che aveva in seguito ricevuto una certa autorizzazione dalle costituzioni nazionali, ma, al contrario di quanto sostiene la teoria della sintesi costituzionale, egli non definisce che cosa la suddetta autorizzazione comporti in termini democratici e costituzionali. Pernice punta sulla stretta interdipendenza che esiste tra diritto europeo e nazionale, un'interdipendenza che si manifesta anche nella struttura istituzionale, laddove gli Stati membri e le loro costituzioni vivono una crescente europeizzazione, grazie allo sviluppo del sistema dell'UE: «Le costituzioni degli Stati membri dell'UE, non meno degli Stati membri stessi, subiscono alcuni mutamenti importanti. In aggiunta alla loro natura di strumenti che danno origine agli Stati, queste sono diventate componenti fondanti del sistema costituzionale multilivello in Europa»⁶⁴. Questo sistema, messo in evidenza dal costituzionalismo multilivello, va considerato, in definitiva, uno strumento a disposizione dei cittadini. Durante il processo d'integrazione europeo, ai cittadini viene conferito il nuovo status politico di cittadini dell'Unione europea, alla luce del quale la teoria del costituzionalismo multilivello cerca di progettare un costituzionalismo democratico che ben si adatti ad un'impostazione europea complessa e senza precedenti.

Il costituzionalismo multilivello e la sintesi costituzionale hanno più o meno lo stesso punto di partenza: cioè costituzioni nazionali che auto-

⁶³ Pernice, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, 36 (1999), pp. 703-750; e Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, 15 (2009), pp. 349-407.

⁶⁴ Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», p. 374.

rizzano l'integrazione europea⁶⁵. Il costituzionalismo multilivello, però, non spiega come questa autorizzazione serva a strutturare un rapporto tra il diritto nazionale e quello europeo. La sua teoria, infatti, resta abbastanza ambigua quando deve spiegare fenomeni quali il pluralismo e l'assenza di una gerarchia tra entrambi i diritti. Inoltre, essa pone l'accento sul come l'Unione condiziona gli Stati membri, ma evidenzia il modo in cui le costituzioni degli Stati membri condizionano l'Unione (mediante la sintesi costituzionale). Lo sviluppo dell'Unione (in quanto organizzazione *sui generis*) contribuisce alla trasformazione degli Stati membri in un mondo dove la sovranità degli stessi sta subendo profondi cambiamenti. Ciò viene evidenziato dalla forte enfasi data alla sperimentazione intesa come il principale meccanismo che abbia contribuito al disegno dell'ordinamento giuridico dell'Unione: un sistema emerso grazie al cosiddetto metodo «per tentativi»⁶⁶. La sintesi costituzionale, come abbiamo visto, enfatizza maggiormente il trasferimento di norme e principi costituzionali, il quale, non solo rende possibile lo sviluppo di un ordinamento giuridico uniforme, ma spiega quali siano gli standard normativi che ne condizionano il funzionamento e ne guidano la struttura (in altri termini, la sintesi costituzionale utilizza lo stesso parametro normativo per tutte le dinamiche costituzionali, differenziando in questo modo tra quelle forme di sperimentazione che sono accettabili dal punto di vista normativo da quelle che non lo sono).

Il costituzionalismo multilivello è anche una teoria di costituzionalismo democratico con un'impronta normativa, sebbene in esso gli standard normativi non vengono resi espliciti. Non è chiaro, dunque, in che senso i cittadini possano rivendicare il dominio su questa struttura. La teoria non offre una concezione di che cosa la cittadinanza democratica comporti, e di conseguenza non esiste uno standard chiaro per definire in quali condizioni i cittadini europei possono vedere se stessi come autori del diritto, in termini sia procedurali che sostanziali. In effetti, è lo status della cittadinanza con Lisbona (carente in termini di rappresentanza, trasparenza e *accountability*) che viene chiamato a definire il costituzionalismo multilivello. Il modo chiuso e poco trasparente con cui si è dato vita al Trattato di Lisbona (come si spiegherà nel Capitolo 4, più simile ad una costituzione dei governi che dei cittadini, i quali nella maggior parte dei casi sembravano semplici spettatori ignari) può apparentemente ben conciliarsi con il costituzionalismo multilivello. Questa teoria può, dunque, essere accusata di cercare di legittimare una particolare struttura istituzionale e costitu-

⁶⁵ Si osservi anche quella che sembra essere la variante del costituzionalismo multilivello, la teoria dell'ordinamento giuridico composito avanzata da Giacinto della Cananea, *Unione europea: Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁶⁶ Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», p. 372.

zionale. La teoria della sintesi costituzionale, al contrario, pone l'accento, come condizione di legittimità indispensabile, sull'autorizzazione che le costituzioni nazionali conferiscono all'Unione attraverso le clausole d'integrazione, con le quali si risolve il problema degli standard democratici. Il costituzionalismo multilivello, dunque, parte da un'intuizione corretta, e sebbene fornisce un numero importante di buoni argomenti, in definitiva non riesce a offrirne di validi su questo punto.

7.3 *L'intergovernalismo liberale di Moravcsik*

L'interesse principale di Andrew Moravcsik è quello di spiegare *perché* l'UE si affermò, cioè perché gli Stati le avevano ceduto sovranità, permettendo così la nascita di un'istituzione internazionale veramente unica nel suo genere⁶⁷.

L'innovativa teoria dell'intergovernalismo liberale (IL) di Moravcsik ebbe il compito di descrivere i vari processi di creazione e riforma dei Trattati, come una serie di grandi negoziati⁶⁸. Egli dipinge la UE come un ordinamento regolatorio non-statale di portata limitata che era riuscito a trovare una soluzione costituzionale europea stabile⁶⁹. A partire da Maastricht questa costituzione *materiale* si stava trasformando in una soluzione

⁶⁷ Andrew Moravcsik, *The Choice for Europe*, London, UCL Press, 1998, p. 1.

⁶⁸ In numerose pubblicazioni, egli ha cercato di fornire una spiegazione dell'affermazione dell'UE. Nel suo lavoro principale ha elaborato un approccio dove si identificano tre fasi: le preferenze dello Stato, il negoziato tra Stati, la scelta istituzionale. La conclusione, per quanto riguarda l'integrazione europea è che «essa esemplifica in modo diverso una forma moderna di potere politico, perseguito in modo pacifico da parte degli Stati democratici, in larga misura per ragioni economiche legate allo sfruttamento dell'interdipendenza asimmetrica e alla manipolazione degli obblighi istituzionali» Cfr. *ivi*, p. 5. Si veda anche Andrew Moravcsik, «Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecraft in the European Community», *International Organisation*, 45 (1991), n. 1, pp. 19-56; Moravcsik, «A Liberal Intergovernmental Approach to the EC», *Journal of Common Market Studies*, 31 (1993), n. 4, pp. 473-524; Moravcsik, «Is There a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis», *Government and Opposition*, 39 (2004), n. 2, pp. 336-363; Moravcsik, «The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy», *Journal of European Public Policy*, 12, (2005), n. 2, pp. 349-386; Moravcsik, «Europe without Illusions: A Category Error», *Prospect Magazine*, 112 (2005), pp. 1-5, disponibile all'URL <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CEMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.princeton.edu%2F~amoravcs%2Flibrary%2Fprospect.doc&ei=1_PBT_yMBYWgOqHJ-dMJ&usq=AFQjCNGDIHPjMVR8jN1suXFkL9qaho-LyA&sig2=_31b9SwZVLume5qj748mSA> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012); Moravcsik, «What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?» *Politische Vierteljahresschrift*, 47 (2006), nr. 2 pp. 219-421; Moravcsik, «The European Constitutional Settlement», in *Making History: European Integration and Institutional Change*, ed. K. McNamara and S. Meunier, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 23-50, a p. 50.

⁶⁹ Moravcsik, «The European Constitutional Settlement».

ne costituzionale consolidata. I recenti sforzi di riforma si erano rivelati semplicemente dei rattoppi, incluso quello sfortunato di Laeken che si basava su un'interpretazione fuorviata del costituzionalismo democratico.

La soluzione costituzionale europea è legittima sotto il profilo democratico perché l'UE è, in ultima istanza, un ordinamento confederale la cui natura democratica resta ancorata agli Stati membri democratici. L'UE si attiene anche agli standard di *governance* legittima, essendo in maggiore sintonia con organi regolatori non basati sulla regola della maggioranza, invece che con quelli di natura rappresentativo-democratica che si ispirano alla regola della maggioranza, perché essa ha un mandato d'azione limitato, occupandosi fundamentalmente di temi di scarsa rilevanza.

L'intergovernalismo liberale condivide con la sintesi costituzionale una certa enfasi data al ruolo centrale degli Stati membri nel configurare l'ordinamento costituzionale dell'Unione. Le due prospettive, però, presentano spunti d'analisi diversi (poteri esecutivi di governo in opposizione a costituzioni nazionali) ed offrono letture molto diverse sullo status e sulla tipologia della costruzione costituzionale, così come sulla natura e la rilevanza di questo processo⁷⁰. L'approccio dell'IL manca di mezzi intellettuali appropriati per carpire la dimensione normativa e simbolica della costituzione. Moravcsik definisce Laeken come un tentativo sbagliato e fuori luogo, mentre la nostra posizione è ben più vicina a quella di Pernice il quale sostiene che «senza apportare cambiamenti reali nella sostanza, il Trattato costituzionale ha consentito di comprendere un po' meglio che cos'è l'UE e cosa fa»⁷¹. Sebbene Laeken fu un processo costituzionale ben lontano dall'essere soddisfacente da un punto di vista normativo, il suo slancio normativo non è stato, a nostro avviso, la causa del suo insuccesso. Laeken si è dissolto per ragioni ben diverse, e ad ogni modo, è sbagliato arrivare alla conclusione che tale processo si concluse in un fallimento per colpa delle preoccupazioni relative alla legittimità democratica.

7.4 La tolleranza costituzionale di Weiler

Joseph Weiler parte dall'idea che l'UE abbia sviluppato una soluzione costituzionale stabile che si scosta dalla struttura statale «Il federalismo europeo si costruisce su una gerarchia delle norme dall'alto verso il basso, ma su una gerarchia di poteri reali ed autorità che va dal basso verso l'alto». Secondo Weiler, la vera e propria *Grundnorm* di questo sistema è

⁷⁰ Per Moravcsik la rilevanza dell'integrazione europea è la questione di fondo da analizzare, esaminando se i cittadini considerino importanti i temi attualmente gestiti dall'Europa. A tal proposito, dopo aver analizzato la Convenzione di Laeken, va chiarito che questi temi sono tali da rendere il progetto costituzionale utopico. Si dimostrerà nel Capitolo 4, che il progetto non fu considerato né impossibile né scarsamente importante per i cittadini.

⁷¹ Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», p. 371.

la nozione di *tolleranza costituzionale*⁷². Insieme con la teoria dei conflitti di Joerges – che si analizzerà nel prossimo paragrafo – si può dire che la tolleranza costituzionale sia riuscita a dare espressione all'intuizione di un approccio pluralista di «diritto e contesto» sviluppatosi negli anni settanta e ottanta (in particolare presso l'Istituto Universitario Europeo di Firenze)⁷³. Le originali dinamiche costituzionali dell'Unione europea sono ancorate al carattere «dualista» della sua costituzione, composta da un ordinamento giuridico sovranazionale, e da un sistema politico intergovernativo⁷⁴. Weiler fornisce una teoria incisiva sulle dinamiche costituzionali, in particolare per quanto concerne l'interazione tra poteri giurisdizionali nazionali e sovranazionali⁷⁵. A tutto ciò Weiler aggiunge anche una «filosofia politica» dell'integrazione attraverso il diritto costituzionale europeo sotto l'egida della già menzionata etichetta della «tolleranza costituzionale».

Weiler fa notare che, «nella Comunità, i popoli europei sono sottoposti alla disciplina costituzionale anche se l'ordinamento politico europeo è composto da popoli diversi. È un'ammirevole esempio di tolleranza civica che si lega ad una serie di precetti articolati, e non al concetto di «mio popolo», ma bensì ad una comunità composta da comunità politiche diverse: se vogliamo una specie di popolo «di altri»»⁷⁶.

La tolleranza sembra generare un'accettazione volontaria e la non-discriminazione, ma Weiler non chiarisce in che misura tutto ciò possa portare ad un ordinamento costituzionale.

Egli identifica correttamente la non-discriminazione come fattore chiave nella definizione dell'identità normativa dell'Unione. La non-discriminazione, però, non porta ad una costituzione basata sulla tolleranza (che è orientata ad occuparsi di diseguaglianze, da cui i cittadini non sono riusciti ad affrancarsi), ma piuttosto ad una costituzione basata sull'uguaglianza, ad un'integrazione attraverso il diritto costituzionale che, tuttavia, diven-

⁷² Vedasi Joseph Weiler, «To Be a European Citizen: Eros and Civilization», *Journal of European Public Policy*, 4 (1997), pp. 495-519; Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; Weiler, «Editorial: Does the European Truly Need a Charter of Rights?», *European Law Journal*, 6 (2000), pp. 95-97; Weiler, «European Democracy and the Principle of Toleration: The Soul of Europe»; Weiler, «A Constitution for Europe: Some Hard Choices?», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), pp. 563-580.

⁷³ Le più recenti teorie sul pluralismo costituzionale sono molto influenzate da Weiler e Joerges, vedasi Miguel Maduro, «Contrapunctual Law», in *Sovereignty in Transition*, ed. Neil Walker, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-537; e Neil Walker, «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65 (2002), pp. 317-359.

⁷⁴ Weiler, «The Community System: the Dual Character of Supranationality», in *Yearbook of European Law* (1981), pp. 267-306; e «The Transformation of Europe».

⁷⁵ Si veda la nota precedente e il testo di Anne Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, e Joseph Weiler, (eds.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart, 1998.

⁷⁶ Weiler, nota 72 (2002) a pp. 568

ta un problema quando diventa uno strumento al servizio di un processo d'integrazione parziale e limitato, dove la forza universalista del diritto costituzionale viene messa al servizio di valori che indeboliscono l'idea vera d'integrazione mediante il diritto costituzionale. Ciò equivarrebbe ad una lettura in stile «Weileriano» della teoria di Weiler che l'autore stesso sembra meno incline a seguire in quest'ultimo decennio⁷⁷.

L'idea di Weiler della tolleranza costituzionale intercetta la natura fragile di ciò che denominiamo ambito costituzionale dell'Unione, ma proprio l'angolo di prospettiva d'analisi di Weiler non tiene nel dovuto conto le forze che mantengono quest'ambito unito (cosa che invece la sintesi costituzionale fa in modo adeguato).

7.5 La teoria dei conflitti di Joerges

La teoria di Joerges sul diritto europeo, inteso come un sistema sofisticato di risoluzione dei conflitti nel diritto, raffigura un diritto comunitario come disciplina costituzionale dei conflitti tra ordinamenti giuridici coesistenti. L'intuizione chiave è quella che le norme costituzionali della Comunità dovrebbero caratterizzarsi come norme che stabiliscono (e configurano) le condizioni nelle quali i conflitti sovranazionali devono risolversi grazie al riconoscimento mutuale di norme nazionali⁷⁸. Ciò può valere non solo per dar vita alla rielaborazione delle linee essenziali nel solco della giurisprudenza affermatasi con il caso *Cassis de Dijon*, ma per arrivare anche ad una definizione molto concreta di cosa sia il pluralismo costituzionale nell'Unione europea. Il diritto comunitario deve prevalere nella misura in cui (ma solo nella misura in cui) la cosiddetta prevalenza

⁷⁷ Vedasi il suo *Europa Cristiana*, Milano, Rizzoli, 2004, dove difende l'Europa «Cristiana», anche se dovrebbe intitolarsi più che altro «Europa cattolica»; una critica dello spirito Weileriano si ritrova in Alexander Somek, *Solidarity Decomposed: Time and Being in European Citizenship*, *European Law Review*, 32 (2007), pp. 787-818.

⁷⁸ Christian Joerges, «The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline», *Duke Journal of Comparative and International Law*, 14 (2004), pp. 149-196; Christian Joerges e Florian Rödl, «On the Social Deficit of the European Integration Projects and Its Perpetuation through the ECJ Judgments in Viking and Laval», RECON working paper, 2008/06, disponibile su <http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0806.pdf?fileitem=5456225>; Rainer Nickel, ed., *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, RECON Report 7, disponibile all'URL <<http://www.reconproject.eu/main.php/RECONreport0709.pdf?fileitem=29736995>> (incluso il capitolo scritto da Joerges stesso, «Integration through Conflicts Law: On the Defence of the European Project by Means of Alternative Conceptualisation of Legal Constitutionalisation», pp. 531-561 – Ultimo accesso: 15 Maggio 2012); Christian Joerges, «Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation», *German Law Journal*, 10 (2009), pp. 335-360.

serva ad organizzare la coesistenza degli ordinamenti giuridici nazionali a tutti gli effetti. Tale prevalenza non è incondizionale e deve, infatti, essere commisurata sulla base «dell'interesse regolatorio» della legislazione nazionale in ogni caso specifico⁷⁹.

La teoria si è anche sviluppata sulla base di assetti istituzionali e processi decisionali concreti. Il vero modello *conflittuale* per la redazione di norme comunitarie per risolvere i conflitti, prende spunto dalla prassi della comitologia, perché la comitologia assume forme diverse di sapere e consente alle norme finali di tener conto delle condizioni locali. Allo stesso tempo l'assetto istituzionale traduce i comitati, nella comitologia, in luoghi dove si incoraggia una specie d'interazione *deliberativa*. Anche le decisioni giurisdizionali erano solite mantenere tali premesse, anche se Joerges, dopo le sentenze *Viking e Laval*, è divenuto molto più critico sulla decisione di natura costituzionale, puntando comunque su uno sviluppo ulteriore della teoria riguardo alle sue implicazioni istituzionali.

La teoria di Joerges, comunque, non rappresenta una teoria costituzionale completa, ma fornisce spunti chiave (sebbene all'interno di una cornice più limitata) concernenti aspetti fondamentali della Costituzione europea. Essa si concentra correttamente o sulle strutture istituzionali ed i processi decisionali *transnazionali* che si trovano a di là (o forse al di sotto?) del raggio d'azione delle teorie costituzionali tradizionali, in una maniera che la gran parte degli esperti in scienze sociali non ha compreso abbastanza. L'esplicito rifiuto di dare una radice democratica alla legittimità dell'Unione europea, però, colloca la sua teoria agli antipodi rispetto a quella della sintesi costituzionale. Ciò ci riporta al suo minimizzare sia l'*ethos* federale dell'Unione che il consolidamento crescente della struttura sociale sovranazionale.

Infatti, egli si concentra solamente sulla funzione riparatrice delle istituzioni europee, cercando così di limitare l'effetto del deficit democratico su un sistema composto da Stati-nazione sovrani. Se è vero che quest'ultima risulta essere un'intuizione chiave per lo sviluppo della nostra teoria della sintesi costituzionale, ci sembra altrettanto vero che la prassi costituzionale dell'Unione europea abbia, dal punto di vista empirico, superato già da tempo la fase dove la teoria sui conflitti avrebbe potuto essere considerata, dal punto di vista normativo, come valida per ricostruire il processo d'integrazione europeo. Lo spessore e la portata della sintesi normativa implica che un approccio meramente conflittuale non possa risolvere il problema chiave della legittimità che è alla base dell'interpretazione trasformativa delle libertà economiche, o quello del progetto difettoso di un'Unione monetaria imperfetta. Infine la sintesi costituzionale offre una diagnosi piuttosto diversa sulle cause originarie della complessità esistente nel sistema costituzionale europeo. Mentre Joerges crede, il più delle volte,

⁷⁹ Joerges e Rödl, «On the Social Deficit of the European Integration Projects and Its Perpetuation through the ECJ Judgments in Viking and Laval».

che sono conseguenza di processi di differenziazione sociale inarrestabili, la sintesi costituzionale, invece, individua attriti derivanti dalla tensione esistente tra la realizzazione crescente di un archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune e la debolezza politica a livello sovranazionale.

8. Conclusioni

In questo capitolo sono stati argomentati i tratti della teoria costituzionale, che verrà da noi adottata nel resto di questo libro per ricostruire la storia costituzionale dell'Unione europea (con una speciale attenzione sugli ultimi due cicli di riforma fondamentale, e cioè i cosiddetti processi di Laeken e Lisbona), per risolvere alcuni dei problemi fondamentali nell'assegnazione di una natura costituzionale all'Europa, e per mettere a confronto le esperienze «post-nazionali» canadesi ed europea. La teoria costituzionale è stata definita come un percorso per forgiare la costituzione democratica, per integrare un soggetto politico attraverso il diritto costituzionale democratico, in alternativa alle forme di costituzionalismo tipiche degli Stati-nazione, quali il costituzionalismo rivoluzionario e quello evolutivo. L'elemento chiave nella teoria, è rappresentato dall'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, e cioè dall'assegnazione alle costituzioni nazionali di un duplice ruolo di leggi fondamentali di un singolo Stato e parti di un diritto costituzionale collettivo di natura sintetica.

In seguito abbiamo sostenuto che la sintesi costituzionale viene caratterizzata dall'abbinamento dell'archetipo regolatorio di un diritto costituzionale comune e dunque unico, con due forme di pluralismo costituzionale, ossia, la fusione non-gerarchica delle istituzioni sovranazionali e nazionali, ed il pluralismo istituzionale risultante dalla creazione progressiva di istituzioni sovranazionali in cui le culture e le strutture istituzionali nazionali entrano in contrasto l'una contro l'altra.

Ciò ci porta a caratterizzare la sintesi costituzionale sia sulla base delle sue dinamiche costituzionali che su quelle istituzionali. Per quanto concerne le prime, la sintesi tende a seguire una sequenza che parte dal momento costituzionale sintetico, dove viene presa una decisione «debole» di trasferire l'insieme delle costituzioni nazionali verso una costituzione sovranazionale, intrecciando, poi, processi di costituzionalizzazione trasformativa e semplice, attraverso i quali la natura costituzionale del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico si manifesta. Ciò avviene poiché i contenuti di norme giuridiche comuni sono alimentati sulla base dell'archetipo regolatorio di un diritto costituzionale comune, che tende a sfociare in forme di crisi diverse, innescate dall'inclinazione del soggetto politico *sintetico* ad essere destabilizzato da shock esterni e da tensioni interne legate al modello sintetico adottato.

Per quanto riguarda, invece, le dinamiche istituzionali, bisogna distinguere tra processi di riproduzione, innovazione e sperimentazione. Questi processi colmano le lacune esistenti nella struttura istituzionale, e

determinano una lotta tra culture ed istituzioni nazionali. Infine abbiamo concluso mettendo a confronto la sintesi costituzionale con le cinque teorie d'integrazione giuridica e politica europea. Sulla base di quanto detto, sosteniamo che la teoria della sintesi costituzionale sia la chiave di lettura più appropriata dell'esperienza europea. Essa è in grado di conciliare l'attenzione sia sul contesto che sulle scelte costituzionali ed istituzionali essenziali, e sulla specifica traiettoria dello sviluppo costituzionale europeo.

Nei capitoli successivi, si spiegherà compiutamente come questo processo abbia dato vita ad un assetto europeo di tale complessità. Il prossimo capitolo comincerà dalle origini di questo processo, passando per le tappe più importanti, fino ad arrivare alle vicende del Trattato Costituzionale di Laeken.

CAPITOLO 3

IL PERCORSO COSTITUZIONALE DELL'EUROPA: DA PARIGI A NIZZA

È alquanto difficile spiegare come nonostante tutto il lavoro del Parlamento, della Commissione Dooge, dei vertici di Milano e del Luxembourg e della Conferenza Intergovernativa, il risultato sia ciò che molte persone sospettavano, un topolino morto.

Altiero Spinelli, 16 Gennaio 1986

Nei due capitoli precedenti abbiamo fatto cenno ai mezzi analitici, concettuali e teorici necessari per dare un significato all'Unione europea, e al modo in cui è arrivata a essere ciò che è oggi. Questo capitolo mette a frutto il bagaglio analitico trattato, offrendo una descrizione sintetica del processo d'integrazione, a partire dai Trattati di Parigi (1951) e Roma (1957), che ne hanno segnato le origini, sino ai cambiamenti introdotti dal Trattato di Nizza del 2000. Il capitolo ha tre obiettivi specifici. Il primo è quello di dare un senso all'identità contraddittoria dell'Unione, inquadrando l'integrazione europea all'interno di un processo più ampio, grazie al quale è riuscita ad affermarsi come soggetto politico costituzionale. Il secondo è quello di chiarire, attraverso una ricostruzione empirica, il ruolo della teoria della sintesi costituzionale rispetto allo svolgimento del processo e ai risultati ottenuti. A tal fine, è necessario identificare il momento costituzionale *sintetico*, e definire la combinazione di costituzionalizzazione semplice e trasformativa, nonché l'evoluzione istituzionale, di cui si è già fatta menzione nel Capitolo 2, come aspetto caratteristico della sintesi costituzionale. Il terzo obiettivo, infine, è quello di far luce sul come e perché l'Unione europea, sebbene dotata di una costruzione apparentemente fragile e sicuramente meno solida di uno Stato classico, abbia vissuto un processo di crescita eccezionale, coronato da un chiaro successo (si consideri, per esempio, il numero di Stati che vi hanno aderito e quelli che ancora aspirano a farlo). L'interrogativo principale a cui cercheremo di dare risposte è il seguente: in che senso gli aspetti considerati consentono di risalire ai punti di forza originali di un modello d'integrazione di questo soggetto politico *sintetico*, e al percorso costituzionale innovativo che gli Stati democratici costituzionali europei hanno intrapreso, con grande sforzo, per plasmare un ordinamento costituzionale comune? La natura particolare dell'Unione impone di concentrare l'attenzione sul modo in cui il processo di sintesi costituzionale è stato incorporato nell'assetto istituzionale e politico, e come ciò, a sua volta, ha condizionato la sintesi costituzionale e la natura dell'Unione in quanto soggetto politico.

Il capitolo viene organizzato in tre sezioni. La prima (a) riguarda il momento costituzionale *sintetico*, che corrisponde alla firma dei Trattati originari dell'Unione nel 1951, 1957 e 196); (b) la seconda si occupa del periodo di costituzionalizzazione semplice e trasformativa che va dal 1958 fino al 1979; (c) la terza, infine, concerne la lunga stagione costituzionale dell'Unione europea, che va dal 1979 fino al 2000. Gli sviluppi occorsi a partire dal 2001 saranno invece oggetto di analisi dettagliata nel capitolo successivo. L'oggetto della prossima sezione riguarda i contorni specifici del momento *sintetico* europeo, le successive prendono in considerazione tre dimensioni, e cioè la trasformazione costituzionale, la costituzionalizzazione semplice e il cambio istituzionale in ciascuno dei due periodi sopra citati (1958-1979 e 1979-2000).

1. Il momento costituzionale sintetico

Nella primavera del 1945, appena conclusa la seconda e più devastante guerra avvenuta in meno di una generazione, era chiaro a molti osservatori che un sistema di Stati-nazione non aveva in sé gli anticorpi per prevenire ulteriori conflitti. Nonostante non vi fosse nulla che giustificasse la diffusione di un nazionalismo aggressivo, i costi del suo contenimento diventavano sempre più alti¹. Visti gli effetti della guerra, gli europei che condividevano forti interessi, sebbene animati da punti di vista differenti, si convinsero della necessità di adottare principi e valori comuni che limitassero l'insorgere di conflitti futuri². Questa lotta di tipo *hobbesiano* di tutti contro tutti, infatti, era sorta in aperto contrasto con l'alto grado d'integrazione sociale ed economica che era stata la caratteristica più importante delle società europee negli anni precedenti³.

Fu in questo *stunde null* (ora zero) dell'Europa⁴ che (a) il fervore rivoluzionario di natura negativa delle Costituzioni post-guerra si andò

¹ Come già previsto con una certa preveggenza da John Maynard Keynes, *The Economic Consequences of the Peace*, London, Macmillan, 1920 e Luigi Einaudi, *La guerra e l'unità europea*, Firenze, Le Monnier, 1984. Sulla atmosfera sociale, economica e politica nel maggio del 1945, vedasi il capolavoro magistrale di Tony Judt, *Postwar*, New York, Viking, 2006.

² Si veda per esempio, il *Manifesto di Ventotene*, scritto da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, riprodotto in Agustín José Menéndez, ed., *From Ventotene to the European Constitution*, Oslo, ARENA Report 1/2007 disponibile all'URL <<http://www.reconproject.eu/main.php/RECONreport0107.pdf?fileitem=4325406>>(Ultimo Accesso, 15 Maggio 2012).

³ Peter Flora, Stein Kuhnle, e Derek Urwin, eds., *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe: The Theory of Stein Rokkan Based on His Collected Works*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

⁴ Una testimonianza eccezionale di quel terribile periodo si ritrova in Judt, *Postwar*, cap. 1.

consolidando⁵, dando così vita a un mandato per creare istituzioni sovranazionali; o, per essere più precisi, ad instaurare istituzioni al di sopra del livello statale, che avrebbero garantito un sostegno al progetto costituzionale di offrire una vita sotto l'egida del diritto democratico. Fu l'esperienza scioccante di due guerre mondiali in una sola generazione (b) che funse da propellente per la presentazione di una dozzina di progetti nella prima decade del dopoguerra, da cui poi fu concepita l'Unione europea, realizzando dunque il già menzionato mandato costituzionale nazionale per l'integrazione.

1.1 *Le costituzioni nazionali prevedono un nuovo progetto europeo*

Le conseguenze terribili, infatti, di due guerre in lasso di tempo talmente breve, furono la causa principale dell'assunzione dell'impegno di restaurare la democrazia costituzionale nell'Europa Occidentale del 1945. Tale missione era legata alla convinzione che l'integrazione sovranazionale fosse una condizione necessaria per realizzare il programma costituzionale democratico⁶. Tre Costituzioni di Stati fondatori su sei nel 1951, e cinque su sei nel 1957, presentavano una clausola eccezionale⁷ – e senza

⁵ Carl Friedrich, «The Political Theory of the New Constitutions», in *Constitutions and Constitutional Trends Since World War II*, ed. Arnold J. Zurcher, New York, New York University Press, 1951, pp. 13-35.

⁶ Vedasi l'interessante dibattito sviluppatosi tra due dei più conosciuti avvocati costituzionalisti e filosofi della politica «emigrati» (Carl Friedrich e Karl Loewenstein) sulla natura delle costituzioni europee del dopoguerra «Reflections on the Value of Constitutions on Our Revolutionary Age», in *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, ed. Arnold J. Zurcher, New York, New York University Press, 1951, pp. 191-224, ed il capitolo di Friedrich nello stesso volume segnalato nella nota precedente.

⁷ Il preambolo della costituzione francese del 1946, dichiarava che «sotto la garanzia della tutela del principio di reciprocità, la Repubblica Francese accetterà limitazioni alla propria sovranità qualora fosse necessario per l'istituzione di un'organizzazione che garantisca la pace». L'articolo 11 della costituzione italiana recita «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alla limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Nei primi due commi dell'articolo 24 della Costituzione tedesca si legge «1. La Federazione può, tramite la sua legislazione, trasferire poteri sovrani alle organizzazioni internazionali; 2. Per il mantenimento della pace, la Federazione può entrare a far parte di sistemi che garantiscano la mutua sicurezza collettiva; nel fare ciò, si dovranno consentire tali limitazioni imposte sui propri poteri sovrani, così da favorire un ordinamento che assicuri la pace e la sicurezza in Europa e tra le nazioni nel mondo». Anche il *Conseil d'État* lussemburghese costruiva il diritto fondamentale seguendo logiche simili, nonostante la costituzione lussemburghese non presentasse ancora niente di simile a questa clausola pro-europea. Nell'effettuare il controllo di costituzionalità del Trattato che istituiva la Comunità del Carbone e dell'Acciaio, il *Conseil*

precedenti – che riconosceva l'integrazione costituzionale come obiettivo e scopo essenziale della Costituzione stessa⁸.

Queste disposizioni sanciscono un mandato che svela l'esplicita ammissione da parte dei padri costituenti nazionali che i principi essenziali dell'ordinamento costituzionale nazionale non possono trovare realizzazione all'interno dei confini dello Stato-nazione, e dunque richiedono l'affermazione d'istituzioni sovranazionali e norme d'azione comuni che

affermava che il Lussemburgo non solo poteva, ma anzi doveva, rinunciare a certe prerogative del potere sovrano se l'interesse pubblico così lo richiedeva. Si veda in tal senso «Avis du Conseil d'État» (in Francese) del 9 Aprile 1952, <<http://www.ena.lu?lang=1&doc=9644>> (ultimo accesso 15/05/2012). Nel 1957, sia la costituzione olandese che quella lussemburghese avevano già introdotto, nel 1953, in vista dell'eventuale ratifica del trattato che istituiva la Comunità Europea di Difesa. La nuova bozza dell'articolo 67 consentiva il conferimento di potestà legislative, amministrative e giurisdizionali ad «organizzazioni basate sul diritto internazionale» così come l'articolo 63 si spingeva oltre nel dichiarare che «i contenuti di un patto in tal senso possono deviare da certe disposizioni della costituzione» sempre che ciò avvenga nel rispetto di una doppia condizione: «che lo sviluppo dell'ordinamento giuridico internazionale così lo richieda» e «che vi sia un accordo approvato da una maggioranza di due terzi in entrambe le camere del parlamento». Inoltre l'Articolo 65, dopo il suo emendamento, riconosceva la prevalenza del diritto internazionale all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale. Per quanto concerne la Costituzione del Granducato del Lussemburgo, nel nuovo articolo 49a che fu inserito nella legge fondamentale nel 1956, si legge quanto segue: «l'esercizio dei poteri riservati dalla Costituzione agli organi legislativi, esecutivi e giudiziari, può essere assegnato temporaneamente alle istituzioni governate dal diritto internazionale». Sul ruolo dei tribunali nel soddisfare il mandato nazionale a favore dell'integrazione, vedasi Michael Waelbroeck, «The Application of EEC Law by National Courts», *Stanford Law Review*, 19 (1967), pp. 1248-1276; Pierre Pescatore, «L'application directe des traités européens par les juridictions nationales: la juridictions nationales: la jurisprudence nationale», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 5 (1969), pp. 697-723.

⁸ Sul diritto internazionale e le costituzioni nazionali, si veda Karl Loewenstein, «Sovereignty and International Cooperation», *American Journal of International Law*, 48 (1954), pp. 222-244, in particolar modo le pagine. 233-234 (Comunità del Carbone e dell'Acciaio) e 237-238 (Comunità Europea della Difesa); Antonio Cassese, «Modern Constitutions and International Law», *Recueil* 192 (1985), pp. 331-476; Thomas M. Franck e Arun K. Thiruvengadam, «International Law and Constitution-Making», *Chinese Journal of International Law*, 2 (2003), pp. 467-518. Sulle clausole europee nelle costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea, si veda Monica Claes, «Constitutionalising Europe at Its Source», *Yearbook of European Law*, 24 (2005), pp. 81-125; Christopher Grabenwarter, «National Constitutional Law Relating to the European Union», in *Principles of European Constitutional Law*, ed. Armin Von Bogdandy e Jürgen Bast, Oxford, Hart Publishers, 2006, pp. 95-144. Sulle clausole più recenti si legga Anneli Albi, «Europe' Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries», *Common Market Law Review*, 42 (2005), pp. 399-423. Specificatamente sulle costituzioni belga e olandese si legga Bruno de Witte, «Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries, Belgium and the Netherlands», in *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 351-366.

governino i rapporti sociali ed economici transnazionali⁹. Tutto ciò avvenne per due motivi di fondo. Il primo era che la combinazione di un vasto livello d'interdipendenza sociale ed economica, con la mancanza di norme d'azione e strutture istituzionali comuni, si era rivelata per ben due volte una commistione disastrosa: un sistema di Stati-nazione basato sull'autarchia, in un continente caratterizzato da una miriade di rapporti transfrontalieri, era evidentemente destinato a entrare in crisi. Il secondo motivo era che gli Stati-nazione autarchici mostravano una tendenza strutturale contro la democrazia. Vasti settori colpiti da decisioni nazionali, risultavano esclusi dal processo che ne produceva l'assunzione, mentre coloro che venivano investiti *oltre confine*, risultavano esclusi sia dalla discussione che dal voto effettivo¹⁰. In sintesi, la coesistenza pacifica in un sistema di Stati-nazione autarchico si era dimostrata una pericolosa illusione.

Tutto ciò naturalmente implicava la riconsiderazione di cosa la supremazia della Costituzione significasse, alla luce del fatto che siffatta supremazia avrebbe potuto essere garantita solamente grazie all'integrazione (e peraltro l'integrazione implica il mettere fine alla caratterizzazione della Costituzione come insieme di norme autarchico). Il punto critico era evitare che la supremazia costituzionale si trasformasse in un ostacolo sulla strada dell'integrazione sovranazionale. Questo sarebbe stato (e continua ad essere) un elemento chiave nell'elaborazione di una teoria costituzionale dell'integrazione europea .

1.2 *Il varo dell'integrazione sovranazionale*

Gli eventi tragici e dolorosi rinforzarono l'idea che lo Stato costituzionale dipendeva dall'integrazione sovranazionale per assicurare pace, democrazia e giustizia sociale. Ciò spiega in grande misura (anche se non completamente)¹¹ l'abbondante numero di proposte d'integrazione – di

⁹ Vedasi il riferimento fatto nella nota 7 qui sopra.

¹⁰ Karl Polanyi, in *The Great Transformation*, Boston: Beacon Press, 1944 fa correttamente riferimento ai capitalisti internazionali, soprattutto quelli attivi nel mondo della finanza, come attori chiave nel processo di mantenimento della pace, in quanto si trattava dell'unico gruppo di persone in grado di far sentire il proprio peso al di là dei confini nazionali.

¹¹ Si potrebbe tener conto della pressione esercitata dagli Stati Uniti come potenza egemonica nell'Europa occidentale, posizione rafforzata dalla nascita dell'Organizzazione per Cooperazione Economica Europea e dal successivo lancio del Piano Marshall. Era anche convinzione diffusa che l'Europa avrebbe potuto raggiungere uno standard di vita simile a quello degli Stati Uniti solo facendo crescere le dimensioni del proprio mercato. Si può dunque argomentare che le ragioni costituzionali e normative furono rafforzate da ragioni di buon senso e da fattori geopolitici favorevoli. Vedasi Alan Milward, *The Reconstruction of Western Europe 1945-1951*, Berkeley, University of California Press, 1984; sul potere strutturale degli Stati Uniti, si veda Susan Strange, «Towards a Theory of Transnational Empire», in *Global Changes and Theoretical Challenges: Approaches to World Politics for the 1990s*,

un tipo o dell'altro – che si presentarono nella metà ed alla fine degli anni Quaranta del Secolo scorso¹². Tutte le proposte si basavano sulla premessa che l'alto grado d'interdipendenza fra le società europee richiedeva il consolidamento d'istituzioni e norme d'azione comuni. Nonostante ci fossero divergenze sulle misure concrete da adottare per centrare quest'obiettivo, era convinzione comune che fosse necessaria una qualche forma d'integrazione istituzionale e normativa per superare lo «stato di natura» alla base dei rapporti tra gli Stati in Europa¹³.

In questo quadro, la collocazione delle tre comunità - Comunità del Carbone e dell'Acciaio del 1951, Comunità Economica e Comunità sull'Energia Atomica del 1957¹⁴- da prima in una cornice istituzionale parziale nel 1958, e completamente integrata a partire dal 1967¹⁵, stabiliva le strutture istituzionali attraverso le quali i mandati costituzionali nazionali si sarebbero concretizzati.

Il già menzionato insieme di Trattati (il Trattato di Parigi del 1951, il Trattato di Roma del 1957, affiancati poi dal Trattato di fusione del 1965) sono giustamente considerati atti originari.

I Trattati stabilirono non solo una nuova struttura istituzionale (le tre Comunità che andavano considerate come parti di uno stesso progetto politico, in modo che per un lungo periodo si parlò di Comunità europea o semplicemente «della Comunità»), ma diedero vita anche a un nuovo ordinamento giuridico d'importanza vitale, comunemente conosciuto come diritto comunitario.

Dal punto di vista formale, le Comunità furono istituite attraverso tre trattati internazionali, più un trattato ausiliario sulle Istituzioni comuni

ed. Ernst-Otto Czempiel e James N. Rosenau, Lexington, Mass., Lexington Books, 1989, pp. 161-176. Sulla loro egemonia culturale e la propaganda, si veda Victoria De Grazia, *Irresistible Empire: America's Advance through Twentieth-Century Europe*, Cambridge, Mass., Harvard University Press 2005; Frances Stonor Saunders, *Who Paid the Piper? CIA and the Cultural Cold War*, New York, New Press, 2001; Kees Van Der Pijl, *The Making of an Atlantic Ruling Class*, London, Verso, 1984, cap. 6 e 7.

¹² Cfr. Ernst B Haas, «The United States of Europe», *Political Science Quarterly*, 63 (1948), pp. 528-550.

¹³ Se l'integrazione sovranazionale potesse essere intrapresa a livello europeo o su scala mondiale, ebbene questa è una questione intensamente dibattuta in passato, soprattutto nella dottrina britannica. Vedasi Richard Mayne e John Pinder, *Federal Union: The Pioneers*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1990.

¹⁴ Dopo il tentativo andato a vuoto di creare una Comunità politica e di difesa di stampo quasi federale, si veda Kevin Ruane, *The Rise and Fall of the European Defense Community: Anglo-American Relations and the Crisis of European Defense, 1950-55*, Basingstoke, Palgrave, 2000; e Richard T. Griffiths, *Europe's First Constitution: The European Political Community, 1952-1954*, London, Kogan Page, 2000.

¹⁵ Trattato di Fusione, GU 152 del 13.07.1967; consultabile tramite richiesta via e-mail su <http://eur-lex.europa.eu/EUDOROrder.do?year_no_oj=1967/152&oj_vol=1&lang=FR&series=JOP&page_first=1&page_last=22>.

del 1957, e il Trattato di fusione del 1965. Il nuovo ordinamento giuridico fu un sotto-insieme di norme internazionali, una specie cioè di diritto regionale scritto secondo il modello del diritto internazionale pubblico¹⁶.

Nonostante le apparenze formali, questo momento fondativo va riconosciuto come vero e proprio momento costituzionale, dove un nuovo soggetto politico (la Comunità europea) ha preso corpo, e un nuovo ordinamento giuridico-costituzionale si è affermato, almeno per tre ordini di motivi: (a) la portata dei poteri pubblici che si trasferirono, (b) la tipologia e lo spessore delle istituzioni cui si diede vita; e (c) la natura di principio dei poteri normativi da costituire, che era in aperto contrasto con il formato dei Trattati internazionali.

I trattati prevedevano in termini chiari *il trasferimento dell'esercizio, anche se non a pieno titolo, di significativi poteri pubblici dagli Stati membri all'Unione europea*. Nel caso della CECA e dell'Euratom, ciò passò, in un certo senso, inosservato per il fatto che il potere trasferito, riguardava un insieme piuttosto specifico e limitato di ambiti, anche se di vitale importanza, giacché carbone, acciaio ed energia atomica costituivano la potenza di fuoco di una guerra negli anni Cinquanta del Secolo scorso. Nel caso della CEE, ci furono alcuni equivoci derivanti dalla combinazione di un insieme particolare di misure d'integrazione negativa (tese a realizzare un «mercato comune») con vaghi riferimenti a obiettivi di più ampia portata relativi all'unione politica ed economica.

Ad ogni modo, l'aspetto fondamentale della questione fu che in tutti e tre i casi si è proceduto al trasferimento di competenze chiave nel processo politico di un ordinamento democratico a livello europeo. Ciò non solo diede adito alla CECA di autofinanziare la Comunità grazie all'uso di poteri di tassazione sulle industrie del carbone e dell'acciaio -concedendo alle neonate istituzioni un potere di spesa limitato, ma significativo dal punto di vista simbolico-, ma fece anche sì che il Trattato della CEE implicasse il completo trasferimento di poteri alla Comunità sulle tariffe doganali, come conseguenza inevitabile della nascita di un dazio esterno comune¹⁷, e di un parziale ma decisivo trasferimento di competenze legislative sulla raccolta delle imposte. Ciò implicava necessariamente il trasferimento di poteri fiscali chiave, che erano stati da sempre al centro della costituzione

¹⁶ La caratterizzazione del diritto comunitario come diritto internazionale pubblico è stata piuttosto ricorrente nella dottrina. Vedasi per esempio, Derrick Wyatt, «New Legal Order or Old», *European Law Review*, 7 (1982), pp. 147-166. Ed infatti gli emendamenti apportati nel trattato, continuano ad essere visti come mere questioni di ratifica dei trattati internazionali in molti Stati membri, (soprattutto durante Lisbona, uscì rafforzata questa visione di un processo fortemente caratterizzato dall'azione del Consiglio europeo).

¹⁷ Pur essendo ben lontano dall'essere una tassa di poco rilievo, essa dunque fu determinante storicamente parlando. Si veda a tal proposito Alan Milward, «Tariffs as Constitutions», in *The International Politics of Surplus Capacity*, eds. Susan Strange e Roger Tooze, London, George Allen & Unwin, 1981, pp. 57-66.

politica degli stati democratici e della stessa politica rivoluzionaria democratica, a partire dalla Gloriosa Rivoluzione del 1689 fino alla Rivoluzione francese del 1789. A ciò, poi, possiamo aggiungere il trasferimento di competenze sul commercio estero, come logica conseguenza della nascita di un'unione doganale, e sulle politiche agricole (dal momento in cui le inconcludenti disposizioni contenute nei Trattati trovarono concreta applicazione nei fatti), che furono realmente al centro del dibattito politico negli anni Cinquanta, vista la maggiore importanza sociale ed economica che l'agricoltura aveva all'epoca (va detto peraltro che una percentuale considerevole della popolazione era ancora occupata nel settore primario e che la mancata garanzia di accettabili standard di vita ai contadini nel periodo tra le due guerre, facilitò l'ascesa al potere dei fascismi)¹⁸.

La struttura istituzionale prevista nei Trattati andò ben al di là di ciò che normalmente si associa a un'organizzazione internazionale. S'includevano, infatti, un'Alta Autorità sovranazionale – o Commissione – con competenze ben al di sopra di quelle che solitamente vengono assegnate a una segreteria permanente o ad un organo amministrativo indipendente sovranazionale, un'Assemblea Parlamentare – che sin dagli inizi mostrò il desiderio di diventare un Parlamento, e cioè un'istituzione composta da membri eletti dai cittadini con suffragio diretto e universale –¹⁹, e una Corte di Giustizia incaricata di garantire che il «diritto» (e non semplicemente i Trattati) sarebbe stato rispettato, e a cui i poteri giurisdizionali tutti gli Stati membri si sarebbero dovuti assoggettare obbligatoriamente.

Tale assetto istituzionale era il più sviluppato che una organizzazione internazionale avesse mai avuto. Ma si andò anche oltre con i Trattati di Roma del 1957, dove alla presenza delle tre strutture Commissione/Alta Autorità e Consigli dei Ministri, si affiancavano un'Assemblea Comune e una Corte di Giustizia in qualità d'istituzioni *comuni* alle tre Comunità, gettando le basi per la nascita di una cornice istituzionale comune, raggiunta con il Trattato di fusione nel 1965. L'obiettivo era quello di creare innanzitutto un'ampia e compiuta struttura sovranazionale che *superasse* le tre Comunità istituite per rendere fattibile l'integrazione.

¹⁸ Nel 1951, più del 20 per cento della popolazione della CEE era occupata nel settore agricolo ed allevamento. Si veda Judt, *Postwar*, p. 327. Sul rapporto tra la paura provocata da un cambio economico e l'appoggio elettorale ottenuto dal regime nazista soprattutto da parte degli agricoltori, si legga Thomas Childers, «The Social Basis of the National Socialist Vote», *Journal of Contemporary History*, 11 (1976), pp. 17-42, a p. 29: «Riscosse maggiore successo con i piccoli commercianti, artigiani, agricoltori della vecchia classe media che temevano, o di fatti già soffrivano, il declino sociale ed economico legato all'affermarsi di una società industriale moderna e dunque erano molto più ricettivi dinanzi al retrogrado discorso antimodernista del Nazional-Socialismo».

¹⁹ Per un'analisi approfondita sulla metamorfosi dell'Assemblea Comune che diventerà poi Parlamento europeo si legga Berthold Rittberger, *Building Europe's Parliament*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

La nuova struttura istituzionale non solo fu dotata di competenze sostanziali (fino ad allora nelle mani degli Stati sovrani nazionali) ma fu anche dotata di poteri normativi, e concretamente del potere di approvare regolamenti e direttive. Tali norme giuridiche non andavano trattate come un insieme di norme tecniche e specifiche, bensì come norme ispirate da principi costituzionali, cui andava trovata applicazione concreta. A tal proposito è fondamentale il principio d'eguaglianza dinanzi al diritto, che nel contesto del processo d'integrazione europea fu definito essenzialmente come principio di non discriminazione, fondato sulla nazionalità, ma anche sul sesso e, più tardi, sulla razza²⁰.

Se questi tre elementi andavano tutti realizzati, l'integrazione europea obbligava a un cambio d'identità costituzionale negli Stati-nazione che avevano firmato e poi ratificato i Trattati, costringendoli a condividere competenze, istituzioni e leggi. Per queste ragioni, l'integrazione europea aveva in sé il potenziale per essere un processo d'integrazione non solo basato sul diritto, ma sul *diritto costituzionale*. Dobbiamo poi aggiungere il fatto che gli attori dell'epoca percepirono la natura *costituente* dei Trattati. Come faceva osservare, ad esempio, uno tra i più importanti avvocati costituzionalisti in Europa: «dal punto di vista giuridico, era chiaro che sin dagli esordi il Trattato della CEE del 1957, così come in precedenza quello della CECA del 1951, istituivano un'organizzazione sovranazionale speciale di natura costituzionale»²¹. Questa opinione trova ampia conferma in altre fonti²². Tale fondazione, però, non era, né avrebbe potuto essere considerata come un momento costituzionale secondo la tradizione costituzionale rivoluzionaria, poiché il momento sintetico costituzionale era estremamente diverso dal processo di affermazione rivoluzionaria o di sviluppo evolutivo di una Costituzione democratica.

Nel 1951, tutti gli Stati membri fondatori dell'Unione - e tutti gli Stati che successivamente ne sono entrati a far parte - erano delle Costituzio-

²⁰ L'articolo 6 conteneva una clausola sulla proibizione della discriminazione per ragioni di nazionalità, e l'articolo 119 sanciva il principio di eguale trattamento salariale tra uomini e donne per la medesima prestazione. Per il carattere limitato e circoscritto della costituzione sul principio anti-discriminatorio, si veda Alexander Somek, «A Constitution for Antidiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law», *European Law Journal*, 5 (1999), pp. 243-271.

²¹ Ingolf Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, 15 (2009), pp. 349-407, a p. 369. Pernice fa riferimento al memorandum esplicativo allegato alla legge tedesca del 1957 con la quale si ratifica il Trattato CEE, dove la Comunità viene definita come «un'organizzazione europea di natura costituzionale».

²² Si vedano i dibattiti parlamentari sulla ratifica del trattato che istituisce la Comunità del Carbone e dell'Acciaio, in *Le Traité C.E.C.A. devant les parlements nationaux*, Luxembourg, Common Assembly, 1958. Portavoce convinto fu Walter Hallstein, nella sua veste di presidente della Commissione della Comunità Economica europea, si veda per esempio «The EEC Commission: A New Factor in International Life», *International and Comparative Law Quarterly*, 14 (1965), pp. 727-741.

ni democratiche, con un ordinamento giuridico basato sul principio che le norme costituzionali erano (e avrebbero dovuto essere) democratiche, e perciò fondate sul principio della sovranità popolare, o quantomeno, dell'appoggio popolare. Se un nuovo ordinamento costituzionale era stato creato attraverso i tre Trattati originari delle Comunità, portando dunque a una trasformazione profonda degli ordinamenti costituzionali nazionali, come ciò si sarebbe potuto considerare legittimo? In che modo tale processo, equivalendo a una Costituzione europea sotto il profilo materiale e normativo, e implicando una trasformazione sostanziale della reale identità costituzionale degli Stati membri, riuscì a entrare in vigore grazie alla firma ed alla ratifica di *tre Trattati internazionali*? Salvo appropriata giustificazione, una grande trasformazione costituzionale si sarebbe operata attraverso mezzi in contrasto con quelli richiesti e ordinati dalla concezione di Costituzione democratica che era alla base (e continua ancora a esserlo) delle Costituzioni *positive* di tutti gli Stati membri, in special modo per le procedure di modifica delle suddette Costituzioni, che hanno un ruolo chiave nel garantire la *forza normativa* di quest'ultime. In virtù del forte attaccamento all'idea prevalente nell'Europa del secondo dopoguerra, che la costituzione rappresenti l'insieme di norme dotato di maggiore legittimità (come parte di un momento costituzionale negativo causato dallo scoppio di due guerre in una sola generazione), è difficile credere che tale trasformazione sia avvenuta in modo ordinato e pacifico scavalcando le norme costituzionali nazionali. Infatti, l'abituale attribuzione di un mandato di modifica, sia ai governi nazionali²³, ovvero alla Corte di Giustizia Europea appoggiata dagli organi giurisdizionali nazionali²⁴, o in modo combinato ad entrambi, è una spiegazione troppo limitata, e non prende in considerazione in modo adeguato lo spessore dell'attaccamento all'idea di costituzione come garante giuridico ultimo della legittimità democratica. In che modo è dunque possibile spiegare questa evoluzione in maniera convincente considerato il profondo attaccamento allo standard normativo in questione?

La sintesi costituzionale parte dal presupposto che l'ordinamento costituzionale può configurarsi in modo legittimo ma *alternativo* al costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo se: (a) l'integrazione sovranazionale riesce a portare alla creazione di un ordinamento costituzionale sovra-

²³ Andrew Moravcsik, «Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach», *Journal of Common Market Studies*, 31 (1993), pp. 473-524; *The Choice for Europe*, London, UCL Press, 1998.

²⁴ Eric Stein, «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, 75 (1981), pp. 1-27; Giuseppe Federico Mancini, «The Making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, 26 (1989), pp. 595-614; Joseph H. H. Weiler, «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100 (1991), pp. 2403-2483; e Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

nazionale, e (b) il contenuto sostanziale dell'ordinamento costituzionale sovranazionale viene definito guardando al contenuto sostanziale degli ordinamenti costituzionali nazionali, guardando cioè al diritto costituzionale comune degli Stati membri. In tali condizioni, la supremazia della Costituzione, che è presupposto fondamentale delle Costituzioni nazionali, sarebbe garantita, perché la maggior parte del «DNA costituzionale nazionale», per così dire, si «trasferirebbe» al nuovo ordinamento costituzionale. Allo stesso tempo, il mandato per un'integrazione sovranazionale, attraverso l'affermazione di un ordinamento comune unico a livello sovranazionale, si realizza perché l'archetipo regolatorio del diritto comune è ampiamente valido grazie alla convergenza delle Costituzioni europee nell'immediato dopoguerra. La seconda condizione è cruciale, dal momento che non solo sottolinea la natura derivata del diritto comunitario, ma ne rivela anche le sue basi di legittimità. Il nuovo ordinamento costituzionale europeo, infatti, trae la sua legittimità democratica dalla legittimità democratica delle norme costituzionali *nazionali*. Ragion per cui, nella misura in cui la composizione collettiva delle Costituzioni nazionali va considerata come una Costituzione di fondo delle Comunità europee, la legittimità democratica delle Costituzioni nazionali viene trasferita al nuovo ordinamento politico.

L'osservazione delle tappe dell'integrazione europea, intesa come ricerca di un percorso democratico alternativo per arrivare all'affermazione di una Costituzione democratica, ci permette di offrire una spiegazione coerente in grado di: (a) riconciliare il (simultaneo) carattere supremo e derivato del diritto comunitario; (b) dar conto del processo costituzionale grazie al quale le Comunità sono venute alla luce e, (c) dimostrare come questo processo possa portare a una democrazia andando al di là dello Stato-nazione. La sintesi costituzionale è la cornice, all'interno della quale, l'integrazione ha potuto muovere i primi passi in modo legittimo dal punto di vista democratico, senza far ricorso a un processo costituzionale di natura rivoluzionaria, sostituendo così il momento rivoluzionario costituzionale e l'esercizio di un *pouvoir constituant* democratico, con l'affermazione *sintetica* dell'Unione, grazie alla promozione dell'insieme di Costituzioni nazionali come collante del diritto costituzionale comune. Allo stesso tempo, inoltre, essa ci offre una cornice per la costituzionalizzazione trasformativa e semplice, che ha contorni molto più definiti e precisi rispetto a quella che eventualmente sarebbe emersa utilizzando il costituzionalismo evolutivo.

L'integrazione europea non sarebbe stata possibile, facendo ricorso a un cammino costituzionale di natura rivoluzionaria o anche evolutiva. A tal proposito è fondamentale l'inesistenza di un precedente chiaro su come dare forma a questa volontà di unione democratica costituzionale di Stati già consolidati sotto il profilo costituzionale, e su come poi renderla stabile successivamente. Per non parlare degli ostacoli frapposti sul cammino verso l'integrazione dovuti al radicamento delle identità nazionali in seguito a due sanguinose guerre. Ad eccezion fatta dalla straordinaria

occasione di cui gli europei fruiro nel ultimi mesi del conflitto e nei primi anni dopo la dichiarazione di pace, una Costituzione di natura rivoluzionaria dell'Unione europea era altamente improbabile e sarebbe stata certamente controproducente: nel tentativo di mettere insieme coloro che fino a poco prima si erano combattuti a vicenda, ci sarebbero potuti essere ritorni di fiamma pericolosi. Contemporaneamente, il percorso evolutivo rischiava di essere ugualmente impossibile, perché le condizioni essenziali per un suo sviluppo sembravano presupporre una qualche forma d'identità collettiva o un sentire comune che ovviamente mancavano in quel momento in Europa. Il *modello sintetico* avrebbe (almeno inizialmente) fatto a meno del popolo come agente costituzionale diretto, ma non di un insieme di norme costituzionali appoggiate sotto il profilo democratico²⁵.

Tutto ciò era parte integrante delle vicende dell'epoca e fu uno stimolo importante per l'integrazione. Infatti, come si è già sottolineato nel Capitolo Due, non c'era un lessico adatto ad esprimere la natura costituzionale di ciò che si stava realizzando, né tantomeno gli attori coinvolti raccolsero la sfida per configurare una teoria simile. In mezzo a un tale panorama di «desolazione e miseria totale», il compito principale era quello di impegnarsi a evitare ulteriori atrocità accelerando il più possibile il processo d'integrazione. Non sorprende per niente, dunque, che non si fosse riusciti a dar vita ad un modello chiaro e di facile comprensione, cui poter ascrivere una coerente teoria costituzionale oppure una filosofia pubblica dell'integrazione europea. «Un'interpretazione» costituzionale *sintetica* dell'Unione europea e del diritto comunitario offre la miglior spiegazione possibile sul «punto» dell'azione collettiva dell'integrazione europea e, contemporaneamente, offre una ricostruzione plausibile e sistematica delle origini costituzionali e delle implicazioni di questo processo. Ne consegue che i Trattati originari costituiscono una spiegazione *parziale* della natura di fondo della Costituzione delle Comunità. Queste, infatti, rappresentano il primo tentativo di dare struttura e contorni precisi alle tradizioni costituzionali comuni in settori chiave, da un punto di vista strategico, al fine di realizzare l'obiettivo ultimo dell'integrazione sovranazionale.

2. Da Parigi alle elezioni a suffragio diretto del Parlamento europeo: la costituzionalizzazione trasformativa e semplice

2.1 Aspetti generali

Come abbiamo visto nella prima sezione di questo capitolo, i Trattati originari furono il momento *sintetico* dell'integrazione europea, creando le condizioni grazie alle quali l'integrazione godeva non solo della patente

²⁵ Paul Reuter, «Le Pouvoir politique dans le Plan Schuman», *Revue française de science politique*, 1 (1951), pp. 256-276, a p. 268.

democratica, ma anche di una struttura efficace sotto il profilo funzionale. L'impresa fu senza precedenti e sperimentale, con un carattere prevalentemente teleologico, dovuto sia alle clausole d'integrazione che ai maggiori vincoli imposti da Stati già costituzionalizzati che avevano appetiti diversi sull'integrazione costituzionale sovranazionale. La combinazione di questi fattori fu la causa principale della particolare natura assunta dal processo d'integrazione durante le prime due decadi, in cui è possibile annoverare almeno due punti di svolta: la fondazione e l'elezione diretta del Parlamento europeo.

Qui di seguito si ricostruiranno gli sviluppi chiave di questo periodo sotto il profilo costituzionale, e in linea con quanto detto all'inizio, si analizzerà con dovizia di particolari il processo di costituzionalizzazione nel suo insieme. A tale scopo, è necessario procedere ad una distinzione tra: (a) le dinamiche della costituzionalizzazione trasformativa del diritto comunitario, ossia l'assimilazione progressiva della natura costituzionale dell'Unione europea e del suo ordinamento giuridico; (b) le dinamiche di costituzionalizzazione semplice che, grazie all'elaborazione di contenuti specifici dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, diedero vita a un distillato di norme costituzionali derivate e norme giuridiche ordinarie; e (c) le dinamiche di sviluppo istituzionale, l'elaborazione e la messa in opera di un assetto istituzionale e di processi decisionali previsti nei Trattati, che emersero grazie ai processi di riproduzione, adattamento e sperimentazione.

Va anche aggiunto che questo processo di costituzionalizzazione diviso in tre parti è proseguito per due decenni in un ambiente di relativa stabilità²⁶. In termini geopolitici, la Guerra Fredda – specialmente dopo

²⁶ Ad ogni modo si venivano profilando degli sbilanciamenti. In termini politici nazionali, l'impatto della decolonizzazione era considerevole, ad un certo punto la vicenda di Suez ha costretto gli Stati membri a spingere sull'acceleratore dell'integrazione, il che spiega in gran parte l'appoggio francese garantito ai Trattati di Roma; si veda Judt, *Postwar*, p. 292, in riferimento al resoconto sommario di Guy Mollet. «Europe will be your revenge», ed anche ad altri, si scorge la problematicità della questione (la guerra coloniale in Algeria provocò un rischio serio d'implosione interna con annessa trasformazione autoritaria del sistema, cosa che fu scongiurata soltanto grazie alla Quinta Repubblica ed all'ascesa al potere nuovamente di De Gaulle, che poi esercitò una forte influenza sull'assetto delle Comunità Europee); sulla politica di difesa si veda Frédéric Bozo, *Two Strategies for Europe: De Gaulle, the United States and the Atlantic Alliance*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, 2001; sulla politica estera e monetaria, si veda Erin R. Mahan, *Kennedy, De Gaulle and Western Europe*, Basingstoke, Palgrave, 2002; sulla politica europea in termini generali si veda Andrew Moravcsik, «De Gaulle between Grain and Grandeur: The Political Economy of French EC Policy, 1958-1970», *Cold War Studies*, 2 (2000), pp. 3-43 e pp. 117-142; ed anche i commenti e le reazioni pubblicate su questa stessa questione, ed allo stesso tempo smorzando il pericolo di un' involuzione interna (l'Italia e la «strategia della tensione»: Maurizio Calvi, Alessandro Ceci, Angelo Sessa, and Giulio Vasaturo, *Le date del terrore: La genesi del terrorismo italiano e il microclima dell'eversione dal 1945 al 2003*, Roma, Luca Sossella Editore, 2003; e Stefania

la morte di Stalin – diede vita a un contesto in cui i Paesi dell'Europa Occidentale avevano incentivi esterni e interni per proseguire nel processo d'integrazione. Un processo che aveva il forte appoggio da parte degli Stati Uniti che si fecero promotori attivi degli «Stati Uniti d'Europa»²⁷. Gli Stati Uniti giocarono anche un ruolo vitale per darle stabilità finanziaria, fissando condizioni eccezionali di stabilità sia monetaria che nei cambi valutari. Il contesto divenne meno favorevole soltanto nell'ultimo decennio di questo periodo, esattamente nel momento in cui la natura costituzionale dell'Unione stava diventando ampiamente riconosciuta e il primo (ed estremamente ritardato) allargamento prendeva corpo: un modello stabile di crescita economica nel periodo del dopoguerra era arrivato al capolinea, e non si poteva dare più per scontato che gli Stati Uniti fornissero stabilità finanziaria e geopolitica all'Europa Occidentale.

2.2 La costituzionalizzazione trasformativa

Sin dalle prime battute, abbiamo messo in luce l'esistenza di una forte tensione tra la formula internazionale dei Trattati originari e la loro sostanza costituzionale. Abbiamo rivendicato che ciò non precludeva al diritto comunitario la possibilità di essere ricostruito in un'ottica costituzionale, come ordinamento costituzionale. Nonostante il carattere inedito della situazione, insieme alle molte tensioni che, sotto il profilo politico ed istituzionale, un'Europa plurale covava al suo interno, si faceva presente che era necessario del tempo per risolvere le questioni che stavano prendendo corpo. Questo era il frutto tardivo di un lungo processo di costituzionalizzazione trasformativa, di una trasformazione della prassi costituzionale europea propensa a facilitare il processo d'integrazione e a scendere a patti con la sua natura costituzionale.

Osserveremo adesso i cinque processi chiave che agirono da propellente per un'interpretazione costituzionale diversa dell'Unione. Essi riguardano: a) i dibattiti sulla ratifica dei Trattati originari; b) l'attuazione legislativa dei Trattati; c) l'interpretazione giurisdizionale e l'applicazione dei Trattati; d) l'azione istituzionale, e in particolar modo quella del Parlamento e della Corte di Giustizia; e) le modifiche di una certa rilevanza apparse in ordine sparso sui Trattati originari in questo periodo. Si prenderanno inoltre in considerazione le implicazioni dogmatico-giuridiche della costituzionalizzazione, secondo il modello di una nuova caratterizzazione costituzionale del sistema di fonti nel diritto comunitario e, in particola-

Limiti, *L'Anello della Repubblica*, Milano, Chiarelettere, 2009). Sugli squilibri sociali provocati dalla presenza di aspetti xenofobi impliciti nel trattamento riservato ai lavoratori stranieri che si nascondono dietro la flessibilità richiesta nelle condizioni di offerta dell'impiego, si legga Stephen Castles, «The Guest-Worker in Western Europe: An Obituary», *International Migration Review*, 20 (1986), pp. 61-78.

²⁷ Geir Lundestad, «Empire by Invitation? The United States and Western Europe, 1945-1952», *Journal of Peace Research*, 23 (1986), pp. 263-277.

re, i tre processi di costruzione costituzionale, legale e regolatoria, inerenti le fonti del diritto comunitario. Infine, verranno esaminati gli scarsi e limitati casi di trasformazione costituzionale, avvenuti in questo periodo grazie a una riforma costituzionale, come prova di un modello di costituzionalizzazione dei processi di riforma.

2.2.1 *Le cinque forze della costituzionalizzazione trasformativa*

La natura costituzionale dell'Unione si rivelò innanzitutto nei processi nazionali di ratifica dei Trattati. Durante i dibattiti parlamentari e i processi giurisdizionali riguardanti la costituzionalità della ratifica dei Trattati originari, la natura costituzionale del nuovo soggetto politico si pose al centro del dibattito²⁸.

L'Opinione del *Conseil d'État* del Lussemburgo per la ratifica del Trattato di Parigi del 1951 fu probabilmente il riconoscimento più evidente della natura costituzionale che sta alla base di questi documenti:

Nonostante il fatto che l'obiettivo a cui puntavano il Trattato e le Convenzioni sia di natura economico, non si può sottovalutare il chiaro proposito politico di questo Piano. [...] La storia c'insegna che la cooperazione economica tra gli Stati è stata spesso il preludio per la nascita di un'unione politica. [...] Nel momento in cui tali obiettivi vengono proclamati, certi sacrifici sono dovuti, e devono essere accettati dagli Stati europei. È ovvio che la creazione di istituzioni sovranazionali richieda la rinuncia, da parte degli Stati nazionali, di certi poteri sovrani. Dal riconoscimento dell'autorità sovranazionale ne conseguiranno ulteriori sviluppi costituzionali all'interno della cornice della Legge Fondamentale del Lussemburgo. In quanto questione di principio, bisogna dare per scontato che uno Stato possa e debba trasferire alcuni dei suoi poteri sovrani, se così richiesto per servire la causa dell'interesse pubblico, la cui soddisfazione è la finalità ultima dello Stato. Accanto all'interesse pubblico domestico, troviamo, quindi, anche l'interesse pubblico internazionale. In molte occasioni, la soddisfazione dell'interesse pubblico nazionale dipende da quella dell'interesse pubblico internazionale²⁹.

²⁸ Si vedano i riferimenti alla nota 22.

²⁹ La traduzione è degli autori. Il testo originale in francese recita: «Bien que le but directement visé par le Traité et les Conventions soit d'ordre économique, il est incontestable que le Plan a une portée politique voulue. [...] L'Histoire nous apprend que très souvent la collaboration économique entre Etats a été le prélude et la base d'une unification politique. [...] Ces buts élevés à atteindre justifient certains sacrifices que les Etats européens doivent nécessairement consentir. Il est évident que l'institution d'autorités supranationales exige la renonciation à certaines parts de souveraineté nationale. La question de la reconnaissance, au regard de la Constitution luxembourgeoise, d'une autorité supranationale, fera l'objet de développements ultérieurs. Mais, en principe, il faut admettre qu'un Etat peut et

Il secondo elemento vincente fu il processo d'attuazione legislativa dei Trattati originari che confermò l'identità costituzionale del diritto comunitario. L'Alta Autorità sovranazionale creata dal Trattato di Parigi non fece solo uso dei poteri che le furono concessi, puntando ad essere un qualcosa che andasse al di là di una mera organizzazione internazionale (come dimostrato dalla riscossione delle tasse dalle aziende operanti nel settore del carbone e dell'acciaio, o dalla configurazione di una politica con una forte componente sociale tesa a ricostruire le industrie nazionali), ma cercò anche di sviluppare politiche e progetti con l'obiettivo di costituire le fondamenta di un soggetto politico europeo di più ampio spessore che si occupasse di temi generali. Ciò fu particolarmente evidente nei primi due anni durante i quali il Trattato del Carbone e dell'Acciaio entrò in vigore, mentre i dibattiti sui suoi contenuti, assieme alla ratifica del Trattato costitutivo della Comunità europea di difesa, erano ancora in corso.

Quest'impeto «costituzionale» cominciò a scemare successivamente, ma lasciò una grossa impronta su questo processo, essendo meno esplicito ma fortemente presente nell'attività del Parlamento e della Commissione nei primi due decenni di vita della Comunità Economica Europea.

La natura costituzionale della Comunità Economica Europea giustifica il modo in cui la Commissione e il Parlamento avevano fatto uso dei loro poteri sin dal primo giorno in cui entrò in vigore il Trattato di Roma³⁰. L'identità costituzionale europea si rafforzò ulteriormente grazie a tre importanti decisioni del Consiglio dei Ministri in base alle quali si dava nuova interpretazione delle competenze di base delle Comunità e degli obiettivi del processo decisionale comune. La prima decisione rafforzò la politica agricola comune, grazie all'accordo raggiunto a Stresa nel 1962 per completare la cornice regolatoria che avrebbe consentito poi la nascita del mercato comune nel 1967 (e tardivamente l'accordo su un genuino potere d'imposta europeo che le permettesse di finanziarsi, in parte autonomamente, nel 1970). In tal caso non è solo significativo il fatto che la politica agricola fu la prima politica economica di natura positiva messa in campo dalla Comunità, ma che entrasse anche in contraddizione con la caratterizzazione delle Comunità come progetto d'integrazione commerciale di stampo negativo (con implicazioni istituzionali di vasta portata, di cui si darà conto in seguito). La libera circolazione di prodotti agricoli fu resa possibile da un forte intervento pubblico, e non dalla *deregulation*, ricon-

doit renoncer à certaines parties de sa souveraineté, si le bien public, fin dernière de l'organisation étatique, l'exige. A côté du bien public interne, il y a le bien public international. En maintes occasions, la réalisation du bien public interne peut être en fonction du bien public supranational».

³⁰ «Rapport du Comité Fiscal et Financier», meglio conosciuto come Rapporto Neumark (1962) consultabile (in lingua originale) all'URL <<http://bookshop.europa.eu/fr/rapport-du-comit-fiscal-et-financier-pbCB6208070/>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

ciliando in questo modo le esigenze di approvvigionamento alimentare, pace sociale e giustizia³¹.

La seconda decisione, presa dal Consiglio nel 1967, puntava a una politica economica europea comune a medio termine. Essa era finalizzata ad offrire una forma giuridica alle misure necessarie grazie all'Articolo 100 per un'armonizzazione legislativa³². Anche se ciò si realizzò, nella migliore delle ipotesi, solo a metà, la decisione in sé implicava il superamento delle quattro fasi (essenzialmente di natura negativa) stabilite dai Trattati per realizzare il mercato comune, e ricaratterizzava la Comunità sulla base di obiettivi politici e socio-economici più ampi che andassero *al di là* di una mera unione doganale e della sola integrazione negativa.

Ci si aspettava che gli obiettivi sanciti nel Preambolo, si trasformassero in decisioni giuridiche e politiche. In questa nuova interpretazione dell'integrazione economica, fu essenziale il cambiamento della politica economica tedesca. Il paradigma macroeconomico ordoliberal favorito dall'imponente figura del *Chancellor of the Exchequer* – e poi Primo Ministro – Erhard fu sostituito da un'interpretazione di matrice keynesiana di ciò che veniva definita come economia «sociale di mercato»³³. Un'economia che portava a una più forte convergenza con le politiche macroeconomiche degli altri Stati membri (nonostante l'ombra lunga gettata da Jacques Rueff in qualità di consigliere di De Gaulle dal suo ruolo di membro giurato in Lussemburgo)³⁴. Ciò trovò conferma nel 1972, quando in un vertice europeo (una versione informale, antesignana dell'odierno Consiglio Europeo) si decise sulla necessità di fare uso dell'allora Articolo 235 sulle competenze residue, non solo come strumento per intraprendere iniziative legislative nel quadro dell'Unione doganale, ma anche per ottenere obiettivi di più ampio respiro nell'integrazione europea³⁵. Ne seguì una crescita intensa del margine d'azione delle Comunità, con norme nel campo dell'istruzione, della salute pubblica, della protezione ambientale, della politica regionale e degli aspetti non-economici riguardanti la libera cir-

³¹ Comunque le sue conseguenze a lungo termine furono ben lungi dall'essere soddisfacenti, come anche i promotori chiave della Politica Agricola Comune sarebbero arrivati ad ammettere, incluso il Commissario stesso Sicco Mansholt.

³² Th. W. Vogelhaar, «The Approximation of the Laws of the Member States under the Treaty of Rome», *Common Market Law Review*, 12 (1975), pp. 211-230.

³³ La *Grosse Koalition* del 1967 portò alla Legge per la Stabilità e la Crescita del 1967, che spostò il baricentro politico dall'ordoliberalismo di Erhard alla aperta lettura keynesiana di Schiller. Si veda Jeremy Leaman, *The Political Economy of West Germany, 1945-85*, Houndmills, Macmillan, 1988; sulla Legge per la Stabilità e la Crescita del 1967, vedasi pp. 197 ss.

³⁴ Vedasi Christopher S. Chivvis, *The Monetary Conservative*, De Kalb, Ill., Northern Illinois University Press, 2000.

³⁵ Christian Franck, «New Ambitions: From the Hague to Paris Summits, 1969-72», in *The Dynamics of European Union*, ed. Roy Pryce, London, Croom Helm, 1987.

colazione di persone³⁶. Queste tre decisioni comportavano il *superamento* di una caratterizzazione dell'Unione come organizzazione di settore con approccio funzionale, avallando invece la visione dell'Unione come processo d'integrazione *attraverso il diritto costituzionale*.

Le decisioni giurisdizionali, in special modo quelle nate dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea su richiesta dei tribunali nazionali, rappresentano il terzo processo tra i fattori chiave che hanno portato alla costituzionalizzazione trasformativa dell'Unione europea³⁷. Sebbene la costituzionalizzazione trasformativa dell'Unione sia stata spinta da molteplici forze, il ruolo della decisione giurisdizionale in questo processo non è da sottovalutare. In particolare, come si osserverà più specificatamente nella prossima sezione, è essenziale sottolineare innanzitutto le implicazioni costituzionali dei principi strutturali chiave del diritto comunitario (effetto diretto e preminenza) cui si vanno a integrare, in seconda battuta, i principi sostanziali del diritto comunitario (libertà economiche e diritti fondamentali) e il principio strutturale della *pre-emption*, che naturalmente si affermò una volta che l'azione legislativa della Comunità è andata oltre la stretta osservanza del mandato contenuto nelle quattro fasi previste per approdare al mercato comune.

In particolare, la dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario aveva un significato costituzionale chiaro e trasparente, perché si affermava che la Comunità, e non la norma nazionale, avrebbe determinato l'effetto delle norme comunitarie in tutti i *sistemi giuridici nazionali*. In tal modo si spalancavano le porte alla costituzionalizzazione, perché era semplicemente impossibile ricostruire il diritto comunitario e quello nazionale come ordinamenti giuridici separati (anche se gli attori politici e giuridici nazionali hanno continuato a pretendere fino ad oggi che ciò avvenisse, a dispetto della logica, e *pur* accettando l'effetto diretto).

Il quarto processo, ovvero la natura costituzionale dell'Unione, fu appoggiato implicitamente dal modo in cui sia il Parlamento che la Corte di Giustizia svolgevano le loro funzioni. Abbiamo già sottolineato che il fatto che la struttura istituzionale dei Trattati includesse un Parlamento e una Corte di Giustizia, diceva molto della propensione costituzionale dell'Unione, che ne risultava fortemente implementata. Infatti, sin dal suo insediamento, il Parlamento proiettava un'immagine istituzionale che corrispondeva a quella di un Parlamento di un soggetto politico costituzionale, rivendicando ulteriori competenze, facendo un uso strategico di quelle

³⁶ Vedasi Per Lachmann, «Some Danish Reflections on the Use of Article 235 of the Rome Treaty», *Common Market Law Review*, 18 (1981), pp. 447-461; Robert Schütze, «Dynamic Integration. Article 308 EC and Legislation in the Course of the Operation of the Common Market», *Oxford Journal of Legal Studies*, 23 (2003), pp. 333-344.

³⁷ Questo processo di «consultazione» è la prova ulteriore della caratterizzazione di questa struttura come «ambito costituzionale», perché il procedimento evidenzia quanto siano fortemente interconnessi i sistemi giuridici nella prassi operativa di tutti i giorni.

già ricevute³⁸, insistendo sul fatto di avere un'effettiva base di legittimità e, contemporaneamente, sposando la causa dell'elezione diretta dei suoi Membri³⁹. Nel difendere un'interpretazione dei Trattati di chiaro stampo costituzionale, si andava, dunque, al di là della mera interpretazione di quest'ultimi come semplici accordi di natura economica⁴⁰.

Per quanto concerne la Corte di Giustizia, è significativo il fatto che la visione dell'Unione come soggetto costituzionale ne aveva ispirato la giurisprudenza sin dagli esordi⁴¹. Eppure, il ristretto campo di manovra sostanziale lasciatole dal Trattato Europeo sul Carbone ed Acciaio, e il fatto che la Corte originale avesse una composizione mista, cioè fatta da giudici e membri laici, avrebbero dovuto farla propendere per un ruolo istituzionale diverso, nonché a operare partendo dal presupposto che l'Unione avesse un'identità politica diversa. In altre parole, essa avrebbe dovuto agire da collegio arbitrale e non da tribunale. Quest'atteggiamento della Corte si riflesse pienamente nel modo in cui sono andati evolvendosi i principi

³⁸ «Rapport fait par M. P.-H. Teitgen sur les pouvoirs de contrôle de l'Assemblée Commune et leur exercice» (1954), consultabile all'URL <http://www.ena.lu/teitgen_report_19_november_1954-2-5124>; seguita dalla «Résolution de l'Assemblée commune relative aux pouvoirs de l'Assemblée commune et à leur exercice» (2 dicembre 1954), consultabile all'URL <http://www.ena.lu/common_assembly_resolution_december_1954-2-5122>; «Résolution du Parlement européen sur les compétences et les pouvoirs du Parlement européen» (27 giugno 1963), consultabile all'URL <http://www.ena.lu/european_parliament_resolution_concerning_powers_responsibilities_june_1963-2-4525>. Dopo i Trattati degli anni Settanta, sui poteri parlamentari si veda «Report of the Working Party Examining the Problem of the Enlargement of the Powers of the European Parliament: Report Vedel», consultabile all'URL <http://www.ena.lu/vedel_report_25_march_1972-2-790>. Ultimo accesso ai link 15 Maggio 2012, tutti i rapporti sono in lingua originale.

³⁹ «Rapport général de Fernand Dehousse, président du groupe de travail pour les élections européennes, relatif au Projet de convention sur l'élection de l'Assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct, soumis à l'Assemblée le 30 avril 1960», consultabile all'URL <http://www.ena.lu/general_report_fernand_dehousse_member_european_parliamentary_assembly_april_1960-2-10411> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁴⁰ «Rapport fait au nom de la commission politique de l'Assemblée parlementaire européenne sur les aspects politiques et institutionnels de l'adhésion ou de l'association à la Communauté par M. Willi Birkelbach, Rapporteur» (19 dicembre 1961), consultabile all'URL <http://www.ena.lu/report_willi_birkelbach_political_institutional_aspects_accession_association_with_community_december_1961-2-18103> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁴¹ Opinione sul caso 8/55, *Federation Charbonnière de Belgique v. High Authority*, [1954-56] Racc. 292. Lagrange sosteneva che il Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio andava trattato come «la Carta della Comunità dal punto di vista materiale [...] anche se era stata redatta sotto forma di Trattato internazionale». Sulla Corte Costituzionale tedesca si veda la sentenza 22 BVerfGE 293, a p. 296. Sulla Corte di Giustizia Europea si veda la sentenza 294/83, *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament*, sentenza del 23 di aprile del 1986, [1986] Racc. 1357, paragrafo 23.

strutturali e sostanziali costituzionali del diritto comunitario (su questo punto si ritornerà successivamente in questo capitolo).

Il quinto e ultimo processo, che val la pena di segnalare, riguarda le decisioni principali «di completamento dei Trattati» prese in questi due decenni. Decisioni che si andarono a unire alla natura costituzionale del nuovo soggetto politico e al suo ordinamento giuridico. L'assegnazione alle istituzioni europee di poteri di spesa e di raccolta delle imposte, anche se modesti, grazie alla Decisione sulle Risorse proprie del 1970 e alle modifiche apportate in merito nei Trattati nel 1970 e nel 1975, così come l'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo, furono in tal senso segnali inequivocabili. Lo stesso può dirsi per quanto concerne il rafforzamento della politica agricola comune. Benché fosse noto il fatto che i progetti originari della Commissione per creare una base finanziaria indipendente per il finanziamento della politica agricola in un primo momento rappresentarono un insuccesso, la politica agricola stessa riuscì a rilanciarsi sulla base della solidarietà finanziaria, aggiungendo così anche un profilo redistributivo alle politiche europee (raccogliendo le entrate ed effettuando le spese in modo diretto).

2.2.2 Le implicazioni giuridiche: il sistema costituzionale delle fonti del diritto comunitario

L'implicazione giuridica principale della costituzionalizzazione trasformativa del diritto comunitario fu la progressiva ricostruzione dell'ordinamento giuridico sovranazionale a immagine e somiglianza di un ordinamento giuridico costituzionale, grazie alla distinzione delle norme in costituzionali, legislative e regolamentari. Tale trasformazione, comunque, fu ben lontana dall'essere completa, vista la riluttanza istituzionale, in primo luogo della Corte di Giustizia Europea, a «blindare» il sistema di fonti del diritto mediante una netta classificazione gerarchica⁴².

Il processo di costituzionalizzazione *stricto sensu* materializza sia con la lettura in chiave costituzionale dei Trattati originari, fatta dalla Corte di Giustizia e da almeno una Corte costituzionale (quella tedesca) in quanto contenenti disposizioni chiave nella Costituzione materiale europea, sia con la spiegazione dei principi strutturali e sostanziali del diritto costituzionale europeo. Su questo punto si tornerà più avanti.

Il processo di legiferazione diede vita a regolamenti e direttive che si caratterizzavano, dal punto di vista materiale, come leggi. A queste ultime, nella metà degli anni Settanta del secolo scorso, fu assegnato il pieno carattere giuridico vincolante dopo che il periodo di transizione per l'attuazione del Mercato Comune era giunto al termine. Sia regolamenti che direttive s'imposero come leggi *de facto* grazie all'affermazione del principio di prevalenza, in caso di conflitti formali o sostanziali, con le leggi

⁴² Malgrado la Sentenza 25/70 Köster, [1970] Racc. 1161.

nazionali (conseguenza diretta dell'affermazione del principio di preminenza del diritto comunitario) e al dispiegamento del loro potenziale normativo a favore dello sviluppo del mercato comune, in special modo con l'inclusione dell'armonizzazione fiscale (in tal senso risultarono cruciali la Sesta Direttiva sull'IVA, che gettava le basi non solo per l'istituzione di più ampi poteri fiscali propri a favore dell'Unione, ma anche per l'armonizzazione di una delle tre imposte principali che ad oggi figurano nel panorama fiscale di tutti gli Stati membri)⁴³.

Infine, la creazione di procedure e strumenti giuridici di regolamentazione in senso tecnico, riempiva il vuoto, sotto il profilo funzionale, che si riscontrava nei Trattati originari. Il compito, in partenza scoraggiante, di configurare un quadro normativo per il mercato comune, aveva bisogno di stabilire, all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, procedure simili a quelle già consolidate negli ordinamenti giuridici nazionali, quelle cioè che rendono operativa la divisione di poteri normativi tra gli organi legislativi, esecutivi e amministrativi⁴⁴. Il legislatore è chiamato a orientare i regolamenti attraverso le leggi, che così si concretizzano e si «riempiono di contenuti», grazie alla conoscenza del territorio locale, al sapere tecnico e all'esperienza, in definitiva, degli organi amministrativi e burocratici. Nell'Unione, l'assenza di una disposizione specifica portava a puntare sulla figura giuridica generica della «delega di poteri», abbinata a un processo sperimentale in cui la Commissione lavorava fianco a fianco con esperti in rappresentanza dei governi nazionali per generare normative di natura legislativa - processo noto come «comitologia», le cui implicazioni istituzionali saranno oggetto d'analisi nella sotto-sezione dedicata alle istituzioni⁴⁵.

2.2.3 Il meccanismo costituente limitato

Allo stesso tempo, il suddetto periodo fu caratterizzato dalla quasi totale assenza di atti espliciti di trasformazione costituzionale, grazie ai

⁴³ Vedasi Fernando Losada e Agustín José Menéndez, «El sistema de fuentes del derecho comunitario» e «Toma de Decisiones en la Unión Europea: Las normas jurídicas y la Política en la Formación del Derecho Europeo», in *El Consejo de Estado y la integración europea*, ed. Francisco Rubio Llorente, Madrid, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 335-467.

⁴⁴ Cfr. Francis Snyder, «The Use of Legal Acts in EC Agricultural Policy», in *Sources and Categories of European Union Law*, ed. Gerd Winter, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 347-384.

⁴⁵ Joseph Falke e Gerd Winter, «Management and Regulatory Committees in Executive Rule-Making», in Winter, «Sources and Categories of European Union Law», pp. 541-582; Ellen Vos, «The Rise of Committees», *European Law Journal*, 3 (1997), pp. 210-229 e «EU Committees: The Evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation», in *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, ed. Christian Joerges e Ellen Vos, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 19-47; e Carl Fredrik Bergström, *Comitology. Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

quali si sarebbe potuto esercitare il potere di modifica dei Trattati. Questa lacuna non è, tuttavia, sorprendente. In primo luogo, il potenziale dei Trattati stessi era ben lungi dall'essere sfruttato. Al contrario, il bisogno di una riforma si sarebbe sentito solo in un secondo momento, il che fa presupporre che la Costituzione fosse riuscita a penetrare a sufficienza, e che l'essenza, i contenuti e la struttura istituzionale della stessa si fossero sviluppati abbastanza. Ciò rappresentò il requisito indispensabile per intervenire sulle successive modifiche in un secondo momento. In secondo luogo, il successo relativo del processo di costituzionalizzazione trasformativa faceva in modo che la necessità di un atto costituente esplicito fosse meno incalzante. Infatti, l'autorizzazione costituzionale, impressa nella sintesi, assegna uno scarso e limitato valore ai pochi casi di riforma dei Trattati nei primi tre decenni dell'integrazione europea. Le poche modifiche costituzionali esplicite riguardavano: (a) gli aspetti secondari di decisioni prese in origine⁴⁶; e (b) il perfezionamento di decisioni aperte e ancora in sospeso nel Trattato sulla Comunità Economica Europea.

Tre decisioni, in quanto tali, furono fondamentali e di stampo costituzionale. La prima fu quella di rafforzare la Politica Agricola Comune, appena abbozzata negli Articoli 38, 39 e 40 nella versione originale dei Trattati sulla Comunità Economica Europea⁴⁷. La seconda fu la concretiz-

⁴⁶ Si comprende il Trattato del Saar del 27 di ottobre del 1956, consultabile all'URL <http://www.ena.lu/saar_treaty_27_october_1956-2-1203> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012), che si occupava dei termini della restituzione di questo territorio sotto la sovranità tedesca.

⁴⁷ Nel testo originale del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, si enunciano semplicemente i contorni generali della Politica Agricola Comune e si rimanda la sua applicazione in concreto alle decisioni prese in una «convenzione sul tema», che non fu altro che la Conferenza tenutasi nella località di Stresa, in Italia, in piena estate del 1958. Gli Stati membri fecero propri tre principi chiave a cui la Politica Agricola Comune doveva ispirarsi, a conferma del fatto che la Comunità non era soltanto Mercato e Integrazione negativa. I suddetti principi erano quelli dell'unità del mercato (grazie all'introduzione del prezzo minimo garantito per i prodotti agricoli stabilito dalla Comunità europea) della preferenza comunitaria e la solidarietà finanziaria (centralizzando l'erogazione di sussidi a favore degli agricoltori). Ciò lasciava aperta la questione di come e quale livello di prezzi andava stabilito e in che modo sottoporre i settori specifici alle disposizioni contenute nella politica comune. Vedasi «Résolution finale de la Conférence agricole des États membres de la CEE (Stresa, 12 luglio 1958)», consultabile (in francese) all'URL <<http://www.cvce.eu/object-content/-/object/441fa14a-624a-42fb-997f-b7d0a2aa0471>>. Si partiva dal presupposto che tali decisioni venissero prese prima della fine del 1961. Comunque nella vera prima «sessione maratoniaca» nella storia dell'integrazione, Sicco Mansholt, commissario europeo per le politiche agricole, letteralmente fermò le lancette dell'orologio e fece in modo che i governi arrivassero ad un'intesa siglata il 14 gennaio 1962. Un racconto personale di come andarono le cose in quella sessione si trova in Mansholt, *La Crise*, parti rilevanti consultabili su <http://www.ena.lu/sicco_mansholt_crisis-2-2870>. Le prime organizzazioni del mercato comune furono quelle relative a prodotti quali cereali, carne suina, pollame, uova, frutta e verdura, vino: «Déclaration de Walter

zazione dei poteri autonomi in favore delle Comunità per la gestione del bilancio e delle entrate fiscali, intrapresa grazie alla Decisione sulle Risorse Proprie del 1970 e alle modifiche in merito, apportate rispettivamente dai Trattati nel 1970 e nel 1975⁴⁸. La terza fu l'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo, che si realizzò nel 1979 in adempimento di quanto predisposto nell'Atto del 1976⁴⁹.

Anche se la riforma costituzionale fu molto limitata, è possibile evidenziare un lento ma costante passaggio dal carattere diplomatico e intergovernativo del processo di riforma del Trattato ad una forma proto-costituzionale di riforma. I Trattati del 1956 (Saar) e del 1957 (Roma) non seguirono la procedura di modifica prevista nel Trattato sul Carbone e l'Acciaio, il che sembrava confermare l'indole internazionale del progetto d'integrazione europea, anche se le restanti modifiche si realizzarono d'accordo con le relative disposizioni previste nei Trattati. Negli anni Settanta, le istituzioni sovranazionali con una vocazione democratica (cioè il Parlamento europeo) non solo esistevano, ma acquisivano al contempo nuovi poteri e nuova legittimità democratica. C'era, ad esempio, una tendenza limitata, ma ben lontana dall'essere irrilevante, a rendere il processo molto più aperto e inclusivo. Infatti, le riforme del 1970 e del 1975, che attribuivano poteri finanziari sostanziali, anche se limitati, al Parlamen-

Hallstein à l'issue du premier marathon agricole (14 janvier 1962)», consultabile (in francese) all'URL <http://www.ena.lu/statement_walter_hallstein_outcome_agricultural_marathon_14_january_1962-2-1324>. Lo strumento finanziario chiave venne deciso poche settimane dopo, e cioè il Regolamento del Consiglio nr. 25 sugli strumenti finanziari istituzionali a favore della politica agricola che si può leggere nella sua versione integrale consultabile all'URL <http://www.ena.lu/council_regulation_eec_25_april_1962-2-18649>. Sebbene, com'è risaputo, la proposta della Commissione per la creazione di un sistema di finanziamento sovranazionale permanente a favore della Politica Agricola Comune portò alla famosa crisi della «sedia vuota», in quanto De Gaulle riteneva che l'interesse finanziario non poteva vincere la sfiducia nei confronti delle istituzioni sovranazionali, alla fine si arrivò alla nascita di tale sistema nel 1967 (Ultimo accesso ai link riportati: 15 Maggio 2012).

⁴⁸ Si colmò tale lacuna con l'articolo 269 del TCE, vedasi 70/243/ECSC, EEC, Euratom, «Decisione del Consiglio del 21 aprile per sostituire i contributi finanziari provenienti dagli Stati membri in favore delle Comunità «Risorse Proprie» GU L 94, p. 19 del 28.4.70, e il «Regolamento del Consiglio (EEC, Euratom, ECSC) Nr. 2891/77 del 19 dicembre del 1977 per dare attuazione alla Decisione del 21 aprile del 1970 sulla Sostituzione dei Contributi Finanziari provenienti dagli Stati «Risorse Proprie» GU L 336, p. 1, del 27.12.77; «Trattato per la modifica di certe disposizioni riguardanti il bilancio» (1970) GU L 2, del 02.01.1971; «Trattato per la modifica di certe disposizioni finanziarie» (1975) GU L 359 del 31.12.77.

⁴⁹ Lo stesso può dirsi dell'Atto riguardante le Elezioni per il Parlamento europeo adottato nel 1976, che dava attuazione alle disposizioni contenute nell'articolo 138.3 del TCE riguardante l'elezione a suffragio diretto dei membri del Parlamento europeo. Cfr. «Atto concernente l'Elezione dei Rappresentanti del Parlamento tramite suffragio universale diretto, annesso alla Decisione del Consiglio del 20 settembre 1976» GU L 278, del 8.10.1976, pp. 5-11.

to, si annunciarono come processi di costituzionalizzazione di riforma del Trattato. Su questi processi si ritornerà più avanti in questo capitolo.

2.2.4 *La crescente internalizzazione della natura costituzionale dell'Unione*

Ricapitolando, è stato osservato che il formato internazionale dei Trattati non riuscisse a nascondere completamente la vena costituzionale dell'integrazione europea. Inoltre, la dignità costituzionale e la natura trascendente del nuovo ordinamento giuridico, fecero subito la loro comparsa in decisioni chiave adottate durante il processo decisionale politico, nonché dai tribunali nazionali. A tal proposito, è stata inoltre sottolineata l'importanza chiave dell'evoluzione di politiche comunitarie concrete.

2.3 *La costituzionalizzazione semplice*

La sintesi costituzionale deriva dall'approdo dell'insieme delle Costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Come abbiamo osservato in precedenza, essa consistette nella creazione di una serie di norme costituzionali nazionali già scritte (in ciascuna costituzione nazionale) ma di natura incerta (nella misura in cui si fossero verificate divergenze o addirittura contraddizioni tra gruppi diversi di norme costituzionali nazionali). In altre parole, la sintesi costituzionale deriva da un archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, che trova spiegazione solo parziale nei Trattati originari.

Partendo da questa prospettiva, il dispiegarsi dell'integrazione porta, in modo abbastanza naturale, a un processo di costituzionalizzazione semplice, in cui l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune si concretizza in norme costituzionali di natura derivata per mezzo di decisioni giurisdizionali e legislative specifiche, sia a livello nazionale che sovranazionale. Si può sostenere che i passi in avanti nel processo d'integrazione implicano che, dal momento che le Costituzioni entrano in un ambito costituzionale nuovo, le differenze furono progressivamente risolte (mentre i limiti interni ed esterni all'integrazione *sintetica* possono finire con il causare, parallelamente, l'affermarsi di altre differenze ancora, alcune delle quali favorite dall'integrazione *sintetica* stessa).

2.3.1 *La costituzionalizzazione mediante la legislazione*

Il percorso legislativo ha giocato un ruolo chiave nell'alimentare i principi cardine sostanziali del diritto comunitario. In particolar modo, il Consiglio dei Ministri elaborò principi socio-economici fondamentali, sanciti nei Trattati, per molti aspetti congeniali per la sintesi: si rafforzò il contenuto normativo di base della dimensione costituzionale del diritto comunitario, nel pieno rispetto dei poteri normativi che furono cruciali per lo sviluppo delle politiche socio-economiche nel linguaggio istituzionale degli Stati europei nel dopo-guerra, e cioè essenzialmente quello socialdemocratico (anche i partiti democristiani nella maggior parte degli

Stati membri appoggiarono questa posizione ideologica durante questo periodo). Ciò si rifletteva in tre tipi di decisioni chiave.

La prima fu quella di utilizzare regimi giuridici diversi per libertà economiche diverse. Sulla base della struttura dei Trattati stessi, il diritto comunitario applicò regimi diversi alla libera circolazione dei beni e alle altre tre libertà economiche⁵⁰. L'interpretazione di fondo (per meglio dire, «keynesiana» in senso stretto) voleva che un'effettiva libera circolazione dei beni si garantisse solo se altri fattori di produzione fossero soggetti a una regolamentazione (nazionale). In questo modo si conciliavano i vantaggi per il benessere comune derivanti dalla libera circolazione dei beni (all'interno di una cornice normativa sovranazionale) con il mantenimento degli strumenti di fatto per la realizzazione degli obiettivi socio-economici tipici del *Sozialer Rechtsstaat*⁵¹. La seconda decisione fu quella di considerare la libera circolazione di capitali come libera circolazione dei pagamenti. In questo modo se ne circoscriveva la portata e la si relegava a un ruolo secondario rispetto alle altre libertà economiche⁵². Ciò si rivelò un aspetto cruciale per «salvare» il primato della politica sui poteri

⁵⁰ È eloquente il fatto che nel Trattato della CEE del 1957, la regolazione della libera circolazione di beni si trovasse nel Capitolo 2 del Titolo I, mentre le altre tre libertà economiche venivano sancite e disciplinate nel Titolo III, e la politica agricola nel Titolo II.

⁵¹ In questa duplice cornice strutturale (una chiara divisione di compiti tra libertà economiche e caratterizzazione delle libertà economiche intesa come concretizzazione del principio di non-discriminazione per ragioni di nazionalità) l'interpretazione estensiva della libera circolazione dei lavoratori da parte sia della legislazione comunitaria che della Corte di Giustizia (ampliando il concetto di lavoratore, il diritto ad essere protetti dal diritto comunitario si estende, dunque, a praticamente tutti i cittadini europei) aveva non solo effetti apertamente progressisti in termini di accesso ai diritti sociali, ma rafforzava anche in modo genuino gli ideali democratici, in quanto non intaccava la competenza degli Stati membri per la definizione del modello sostanziale delle loro politiche, ma li obbligava ad ampliare la portata e l'ambito d'applicazione delle suddette politiche ai «lavoratori» comunitari (cioè ai cittadini di altri Stati membri che per definizione non godevano del diritto di voto e la cui discriminazione non aveva molte possibilità di essere affrontata e risolta politicamente). Sugli effetti progressisti della «prima» giurisprudenza della Corte di Giustizia, vedasi Agustín José Menéndez, «More Human, Less Social: The Jurisprudence of the ECJ on Citizenship», in *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, ed. Miguel Poiares Maduro e Loïc Azoulay, Oxford, Hart Publishers, 2010, pp. 363-393. L'estensione progressiva della medesima ebbe effetti positivi al di là dei lavoratori comunitari, infatti il modo in cui venivano trattati i lavoratori non-nazionali fu plasmato decisamente dalla *socializzazione* che deriva dall'applicazione del principio di non-discriminazione per ragioni di nazionalità. Sull'esperienza francese si veda Patrick Weil, *Liberté, égalité, discriminations*, Paris, Gallimard, 2009, cap. 1.

⁵² Si veda il Capitolo 4 del Titolo III del testo originale del Trattato che istituiva la Comunità Economica Europea. Vedasi anche Fernando Losada, «Free Movement of Capital as the Deep Constitution of the European Union», in *The Sinews of Peace*, ed. Raúl Letelier and Agustín José Menéndez, Oslo, University of Oslo, 2009, pp. 119-156.

economici, nel senso di domare il potere d'influenza del capitale. La terza decisione, consisteva nell'incorporare progressivamente le quattro libertà economiche in un insieme di politiche economiche di più ampio respiro, puntando così al completamento dell'integrazione negativa e anti-discriminatoria con misure d'integrazione comune *positiva*. Questo fu il caso della politica agricola comune, ma anche di altre misure chiave quali il mutuo riconoscimento dei contributi alla previdenza sociale previsto nel Regolamento 1408/1971⁵³. L'integrazione positiva dipendeva dunque da accordi politici, rimanendo strutturata e guidata politicamente.

2.3.2 La costituzionalizzazione giurisdizionale

Buona parte delle attenzioni da parte del mondo accademico furono dedicate all'esperimento di costituzionalizzazione giurisdizionale dell'ordinamento giuridico europeo, ed in particolare alla Corte di Giustizia Europea, appoggiata dai tribunali nazionali nell'esercizio delle loro funzioni⁵⁴. L'approccio condotto in questa sede, al contrario, enfatizza l'esistenza di una cornice rappresentata da un processo politico-giuridico più ampio, che ha guidato e sostenuto le azioni di questi attori istituzionali.

In particolare modo, riteniamo che questo periodo fu essenziale in termini di rafforzamento dei principi strutturali riguardanti il rapporto tra diritto comunitario e nazionale - nello specifico, effetto diretto, prevalenza e *preemption* - quali chiavi di volta per la divisione delle competenze; e per i principi «sostanziali» del diritto costituzionale europeo, più specificatamente per lo sviluppo delle libertà economiche e dei diritti fondamentali.

La svolta costituzionale del diritto europeo è strettamente legata alla rappresentazione dell'integrazione europea fatta in due sentenze, che sono pietre miliari della giurisprudenza comunitaria: la *Van Gend en Loos* e la *Costa*.

Nella sentenza *Van Gend en Loos*⁵⁵, la Corte affermò l'effetto diretto delle disposizioni dei Trattati, rivendicando che queste sono tali se sono state formulate «con l'intento di conferire diritti che diventano parte del loro patrimonio giuridico»⁵⁶. È importante sottolineare che ciò, non solo comportava affermare che le disposizioni del Trattato in quanto tali avessero effetti giuridici concreti all'interno del nuovo ordinamento giuridico sovranazionale (il che avrebbe provocato l'appoggio alla «banale» dottrina dell'effetto diretto nel diritto internazionale), ma anche accogliere l'alquanto radicale posizione che gli effetti giuridici delle disposizioni dei Trattati, sia nell'ordinamento giuridico sovranazionale che in quelli nazionali, do-

⁵³ GU L 149, del 5 luglio 1971 p. 2.

⁵⁴ Cfr., per esempio, Alter, «Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe».

⁵⁵ Sentenza 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] Racc. I.

⁵⁶ Ivi, pp. 12-13.

vevano essere determinati dal diritto comunitario. Ciò aveva sia un effetto di costituzionalizzazione trasformativa che semplice.

La disposizione oggetto del contendere, nel caso *Van Gend en Loos*, era una regola con pochi margini di manovra, quale l'art.12 del Trattato della Comunità Europea (TCE) originario. Tale disposizione proibiva chiaramente ed esplicitamente agli Stati membri l'introdurre nuovi dazi doganali sull'importazione di beni provenienti da altri Stati membri, o misure che avessero un effetto equivalente. Ciò implicava che, nonostante il principio dell'effetto diretto fu enunciato nella *ratio decidendi* del caso in questione, non era prevedibile fin dove riuscisse a estendere la propria portata (in particolare fino a che punto la norma avrebbe dovuto essere concreta per generare il suo effetto diretto). Nella sentenza *Lütticke*⁵⁷, la Corte di Giustizia Europea (CGE) affermò che l'effetto diretto sarebbe stato applicabile non solo al contenuto concreto di una disposizione, ma anche ai principi sanciti nelle disposizioni del Trattato. Essa affermò che l'effetto diretto delle disposizioni del Trattato includeva anche l'effetto diretto orizzontale, riconoscendo il fatto che i diritti derivanti dalle disposizioni del Trattato con effetto diretto potevano essere impugnati anche da un soggetto privato⁵⁸. La Corte si mosse in questa direzione solo a partire dalla metà degli anni Settanta. Proprio nel momento in cui (cioè verso la metà e la fine degli anni Settanta del Secolo scorso) il Consiglio stava espandendo le comunità, facendo un cospicuo uso delle direttive per l'armonizzazione fiscale, la Corte rivendicava il fatto che l'effettiva applicazione del diritto comunitario richiedesse l'estensione della dottrina dell'effetto diretto alle norme contenute nelle direttive, una volta che si arrivasse alla scadenza del termine per il recepimento delle stesse senza che lo Stato fosse riuscita a «recepirla». Tutto ciò era ben lontano dall'essere scontato visto il modo in cui le direttive si caratterizzavano nei trattati originari⁵⁹. L'audacia di questa decisione potrebbe spiegare il motivo per cui la CGE ha poi, in modo immediato, negato l'efficacia diretta orizzontale per le direttive. Una posizione che è stata vista come contraddittoria con l'identità costituzionale del diritto comunitario e che, da quel momento, è stata la spina del fianco della Corte di Giustizia⁶⁰.

⁵⁷ Sentenza 57/65, *Lütticke*, [1966] Racc. 205 [1971] CMLR 674.

⁵⁸ Le sentenze di riferimento sull'effetto orizzontale delle disposizioni del Trattato furono la sentenza 36/74, *Walrave-Koch*, [1974] Racc. 1405 (riguardante la libertà di prestare servizi come strumento che rende operativo il principio di non-discriminazione per ragioni di nazionalità) e la sentenza 43/75 *Defrenne*, [1976] Racc. 455 (riguardante il diritto ad non essere discriminati per ragioni di genere).

⁵⁹ Le sentenze di riferimento furono la 41/74, *Van Duyn*, [1974] Racc. 1337 e 148/78, *Ratti*, [1979] Racc. 1629. Un accenno a tale dottrina è nella sentenza 9/70 *Grad*, [1970] Racc. 825. Sull'effetto diretto delle direttive, vedasi Pierre Pescatore, «The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law», *European Law Review*, 8 (1983), pp. 155-177.

⁶⁰ Sull'assenza di un efficacia diretta orizzontale delle direttive, vedasi sentenza 152/84 152/84, *Marshall I*, [1986] Racc. 723; and C-91/92, *Faccini Dori*, [1994] Racc.

Nella sentenza *Costa*⁶¹, la Corte si occupò dei conflitti normativi tra diritto comunitario e nazionale. Il caso fu innescato da una causa intentata con gran ingegno da un avvocato di Milano, con lo scopo di opporsi alla nazionalizzazione delle principali aziende fornitrici d'electricità in Italia (di una delle quali deteneva una quota azionaria) attraverso una causa intentata di fronte ai tribunali nazionali e alla Corte europea. La Corte Costituzionale italiana aveva deliberato sul caso prima che lo facessero i giudici in Lussemburgo, affermando, in termini piuttosto categorici, che il Parlamento italiano non era vincolato dalle disposizioni dei Trattati, anche se il conflitto con le leggi nazionali avesse provocato la responsabilità internazionale dello Stato italiano. Percependo che il resto dei Governi negli altri Stati membri non sarebbero rimasti con le mani in mano, la Corte di Giustizia approfittò di quest'opportunità per dichiarare giusto il contrario, e per rivendicare il fatto che il diritto comunitario dovesse prevalere sulle leggi italiane, *anche come materia di diritto domestico*, da cui ne deriva implicitamente il carattere vincolante sulle istituzioni nazionali.

La ratio *decidendi* faceva riferimento al principio generale della prevalenza del diritto comunitario, basato saldamente sul principio d'egualianza di tutti gli europei dinanzi al diritto comunitario. Si potrebbe dire che la natura costituzionale dell'ordinamento giuridico europeo sia, infatti, il presupposto occulto di questa sentenza, dove si considera intollerabile l'idea che la disuguaglianza venga legalmente autorizzata, e che pertanto la prevalenza del diritto comunitario sia necessaria come regola ultima a cui fare riferimento per dirimere i conflitti. Ad ogni modo la portata e l'ambito della sentenza furono abbastanza modesti, perché essa riguardava soltanto la prevalenza del diritto primario, che in tutti gli Stati membri era stato oggetto di ratifica parlamentare quando questi entrava in conflitto con una legge nazionale *posteriore*.

Ecco il motivo per cui si rivelò necessaria una ulteriore precisazione da parte della CGE. Negli anni Settanta, la Corte dichiarò, con due sentenze d'importanza decisiva, che tale prevalenza poteva applicarsi anche ai conflitti con norme costituzionali nazionali. La prima fu quella *Internationale*⁶², in cui la prevalenza incondizionata del diritto comunitario sul diritto nazionale fu confermata, ma allo stesso tempo fu legata all'insieme delle Costituzioni nazionali (questo fu il caso in cui, infatti, per la prima volta la CGE dichiarò in modo chiaro l'esistenza di un principio «non scritto» di protezione dei diritti fondamentali in quanto risultante delle tradizio-

I-3325. Una gruppo di sentenze che conferma la mancanza di efficacia orizzontale, ma che raggiunge una soluzione sostanziale non molto lontana da quella che si ritrova nella sentenza C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubblicata. Vedasi inoltre Paul Craig, «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», *European Law Review*, 34 (2009), pp. 349-377.

⁶¹ Sentenza 6/64, *Costa*, [1964] Racc. 585.

⁶² Sentenza 11/70, *Internationale*, [1970] Racc. 1125.

ni costituzionali comuni degli Stati membri, come si riferirà in seguito). Se la prevalenza del diritto comunitario non doveva restare circoscritta ai diritti fondamentali nazionali, la ragione stava nel fatto che l'insieme delle Carte di diritti nazionali costituivano il diritto comunitario per quanto riguardava i diritti fondamentali. In secondo luogo, le conseguenze pratiche di questa forte concezione della prevalenza divenivano esplicite nella sentenza *Simmenthal*, dove la Corte diede indicazione ai giudici nazionali di mettere da parte qualsiasi disposizione nazionale, incluso quelle costituzionali, quando contrarie al diritto comunitario⁶³.

Per quanto concerne i principi sostanziali, la Corte s'impegnò nella loro costituzionalizzazione a tutti gli effetti solo una volta che le quattro fasi previste per approdare al mercato comune si fossero esaurite. Per circa un decennio, si è essenzialmente seguita la linea fissata dal Consiglio, che non solo poneva l'accento su un regime giuridico diverso tra la libera circolazione dei beni e le altre libertà, negando poi l'effetto diretto alla libera circolazione di capitali, ma offriva anche una ricostruzione generale delle libertà economiche in funzione del principio di non discriminazione (definendone così il loro contenuto sostanziale in riferimento al diritto costituzionale nazionale). Soltanto sul finire degli anni Settanta, la Corte rafforzò la radicalizzazione del carattere costituzionale sulla libera circolazione dei beni, preannunciando una maggiore trasformazione delle quattro libertà economiche che successivamente prese corpo negli anni Ottanta e Novanta, e su cui si farà ritorno in seguito. Inoltre, va fatto notare che una tensione era prossima a manifestarsi dal momento in cui la Corte era stata molto selettiva nel determinare per quali disposizioni del Trattato si potesse riconoscere l'effetto diretto, e dunque potendo, *de facto*, servire come diritti su cui le parti lese avrebbero potuto innescare una procedura di revisione della legislazione nazionale basandosi sugli standard costituzionali europei⁶⁴.

Per quanto concerne la protezione dei diritti fondamentali, si è già osservato in che misura la sentenza *Internationale* avesse delle conseguenze strutturali evidenti sul modo in cui il carattere derivato del diritto comunitario si conciliava con la sua prevalenza sul diritto nazionale. Va comunque rilevato che il processo di rafforzamento dei diritti fondamentali, come

⁶³ Vedasi 106/77, *Simmenthal*, [1978] Racc. 629, par. 22.

⁶⁴ In Henry Schermers e Denis F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 183-185, laddove si trova un'analisi dettagliata di una specifica disposizione dei trattati cui la Corte ha riconosciuto l'effetto diretto. È interessante far notare che l'effetto diretto viene riconosciuto soltanto per le disposizioni cardine che si riferiscono alle quattro libertà economiche ed alla concorrenza, oltre ai principi di non-discriminazione per ragioni di nazionalità o genere. Assunta la premessa che la questione pregiudiziale è infatti il mezzo procedurale grazie al quale la Corte di Giustizia controlla la costituzionalità europea delle norme nazionali, diventa chiaro a questo punto che la giurisprudenza, nel determinare quali norme abbiano effetto diretto, fissa la portata e la dimensione del canone di costituzionalità del diritto comunitario.

facente parte del diritto comunitario e di creazione da parte del giudice di una specie di carta dei diritti *caso per caso*, era lo sviluppo della costituzionalizzazione trasformativa cui si è fatto riferimento in precedenza⁶⁵. Più l'Unione veniva riconosciuta come detentrica di poteri pubblici pieni, maggiore era la pressione per controbilanciare l'esercizio dei suddetti poteri grazie alla protezione dei diritti fondamentali. Inoltre, gli eventi politici di maggiore rilevanza su entrambi i versanti della Cortina di Ferro, accelerarono in tal senso il processo di costituzionalizzazione⁶⁶. Nello sviluppare quest'insieme di diritti protetti dal diritto comunitario, è importante mettere in risalto il fatto che la Corte si era impegnata a vagliare e considerare con equilibrio le diverse tipologie di diritti costituzionali sin dagli inizi. Infatti, i casi di giurisprudenza più noti riguardavano conflitti in cui il Diritto comunitario giocava a favore di beni ed interessi collettivi, e le parti lese rivendicavano la violazione dei loro diritti di proprietà privata (o delle annesse facoltà)⁶⁷.

Se vogliamo, questa tipologia di conflitto è una pietra miliare che tocca l'essenza della protezione dei diritti fondamentali. L'aspetto preminente è che quest'ultimo fosse sostanzialmente identico a quelli che erano stati al centro del dibattito pubblico negli ultimi anni, ma con la differenza che a essere in conflitto con i beni collettivi c'erano le libertà economiche protette dalla Comunità, con una Corte che risolveva questi conflitti in base a una logica normativa differente. Tutto ciò ci dimostra la misura in cui la Costituzione europea fosse stata trasformata da una nuova interpretazione sulle libertà fondamentali proposta dalla CGE, su cui si ritornerà in seguito.

Infine vi erano i diritti di natura procedurale. L'autonomia istituzionale degli Stati membri per quanto concerne l'organizzazione dei processi giurisdizionali, si basava sull'approccio abbastanza limitato assunto originariamente dalla Corte. I diritti comunitari trovavano sostegno nel diritto di accesso alla giustizia, che si concretizzava sotto il profilo operativo in due principi basilari: le regole procedurali applicabili alle denunce che si

⁶⁵ Vedasi Agustín José Menéndez, «Finalité through Rights,», in *The Chartering of Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union in Context*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, e Agustín José Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 30-47.

⁶⁶ La Primavera di Praga del 1968 indebolì la credibilità della propaganda sovietica riguardante il carattere puramente «bourgeois» dei diritti civili. Al contempo, lo stato di agitazione e protesta sociale del maggio del 1968 in Francia ed in altri Paesi occidentali rendeva urgente la necessità di trovare un discorso che sfidasse la critica al materialismo alienante degli stati sociali occidentali. Cfr. P. Pescatore, «Les Droits de l'Homme et l'Integration Européenne», *Cahiers de droit européen*, 4 (1968), pp. 629-673; J. Weiler e N. J. S. Lockhart, «Taking Rights Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence», *Common Market Law Review*, 32 (1995), pp. 51-94 e 579-627.

⁶⁷ In particolare, la Sentenza 4/73 *Nold*, [1973] Racc. 491 e la Sentenza 44/79 *Hauer*, [1979] Racc. 3727, dove il diritto alla proprietà privata fu invocato contro i poteri regolatori esercitati per limitare la produzione di carbone o per disciplinare l'uso del suolo agricolo.

fondano su diritti comunitari devono essere altrettanto favorevoli rispetto a quelle disposte per le denunce che si fondano sui diritti assegnati dalla legislazione nazionale; esse devono essere sufficientemente efficaci per garantire l'effettiva applicazione dei diritti comunitari⁶⁸.

Presto le Comunità si occuparono concretamente della produzione di politiche e incominciarono a sviluppare la loro dimensione esterna. Ebbene, fu quello il momento in cui la questione della divisione di competenze fra Comunità e Stati-nazione salì alla ribalta come problema di natura pratica. La Corte seguì dapprima un'interpretazione estensiva dello spessore e della portata delle competenze comunitarie⁶⁹. Internamente, sembrava adottare il principio federale della *pre-emption*, rivendicando che una volta esercitate le competenze da parte dell'Unione, gli Stati membri si sarebbero dovuti astenere dal farlo⁷⁰. Per quanto riguarda le relazioni esterne, si assumeva la pretesa che la competenza interna si trasformasse immediatamente in potere della Comunità, diventando questa la detentrica del diritto a negoziare in nome degli Stati membri. Ad ogni modo, all'Unione mancava una capacità istituzionale per fare pieno uso di questa prerogativa, che sfociava così in richieste difficili da soddisfare, provenienti da entrambi i fronti⁷¹.

A livello nazionale, sia gli attori giuridici che giurisdizionali infine diedero credito alla trasformazione costituzionale dell'Unione, non senza grandi conflitti e difficoltà, ed anche grazie a una certa inclinazione a cercare d'evitare il riconoscimento costituzionale⁷². Ad ogni modo, la natura costituzionale del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico divennero sempre più intrecciate, gettando dunque le basi per un riconoscimento costituzionale esplicito grazie alle clausole europee di seconda generazione.

2.3.3 Dare sostanza all'ossatura costituzionale

Il risultato, al netto dei processi legislativi e giurisdizionali che alimentano l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, consi-

⁶⁸ Sul principio d'equivalenza, vedasi la sentenza 33/76, *Rewe*, [1976] Racc. 1989, par. 6. Partendo dal principio che le norme nazionali non possono rendere impossibile né frapporre ostacoli difficili da sormontare per l'effettivo esercizio di un diritto comunitario, vedasi la Sentenza 199/82, *San Giorgio*, [1983] Racc. 3595, par. 17. Un precedente che riguarda le sanzioni applicabili in caso d'infrazione del diritto comunitario, è la sentenza 8/77, *Sagulo*, [1977] Racc. 1495, par. 12.

⁶⁹ Sentenza 22/70, *ERTA*, [1971] Racc. 263.

⁷⁰ Vedasi l'Opinione 1/75, *Draft OECD Understanding on a Local Cost Standard* [1975] Racc. 1355.

⁷¹ Vedasi Eugene Cross, «Preemption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis», *Common Market Law Review*, 29 (1992), pp. 447-472.

⁷² Il processo d'adattamento nazionale ai principi strutturali del diritto comunitario viene ben descritto in Alter, «Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe».

ste nel fatto che, a partire dalla fine degli anni Settanta del Secolo scorso, il diritto costituzionale europeo avrebbe potuto definirsi in riferimento all'insieme di principi strutturali e sostanziali, includendo le norme sulla divisione delle competenze tra Unione e i suoi Stati membri. Si era ben lontani dall'averne un'immagine completa di una Costituzione piena, ma al contempo si era in presenza di un qualcosa che andava al di là di semplici parti slegate di una Costituzione che si rispecchiava nei Trattati originari.

2.4 *La convergenza e lo sviluppo istituzionale*

Nel Capitolo 2, abbiamo chiarito che vi erano due processi paralleli, e in sé diversi, che coinvolgevano la sintesi costituzionale. La sintesi normativa tende a gravitare intorno all'omogeneità. Il rafforzamento dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune tende a generare l'omogeneità per il semplice motivo che il *monismo* è legato al codice normativo delle leggi come mezzo d'integrazione sociale (comunque, l'adozione di un sola soluzione comune in un aspetto del diritto può far scaturire tensioni crescenti all'interno di ciascun ordinamento nazionale; e anche i cambiamenti nel contesto socio-economico spesso spingono verso l'eterogeneità giuridica a livello regionale e nazionale)⁷³. Lo sviluppo istituzionale -in particolar modo quando si tratta di plasmare una nuova struttura al di sopra degli Stati esistenti, come fu il caso dell'Unione europea- invece, deve conciliare l'omogeneità con la diversità e il pluralismo degli stati che contribuiscono fattivamente alla sua costruzione.

In assenza di un fattore esterno che destabilizzi il processo, il rafforzamento dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune genera omogeneità. Questo non si significa negare il fatto che la sintesi costituzionale parte dai propri presupposti istituzionali (la sintesi costituzionale viene favorita da certi assetti istituzionali e penalizzata da altri), piuttosto, serve a sottolineare che il processo di sviluppo istituzionale che sta alla base della sintesi costituzionale è alquanto complesso.

2.4.1 *Tratti generali*

La struttura istituzionale dell'Unione aveva sin dagli inizi una struttura costituzionale ed era ispirata dai principi democratici. Il Trattato di Roma, del 1957, istituì una commissione sovranazionale, un'assemblea rappresentativa europea, e una Corte di Giustizia Europea, così come un consiglio intergovernativo. Questa struttura, senza precedenti e altamente pluralista, cercava di adattarsi alle diversità dei suoi membri grazie a un assetto privo di una chiara connotazione gerarchica che definisse un

⁷³ Un'analisi alternativa (ma interessante) si trova in Pierre Legendre, «Legal Systems Are Not Converging», *International and Comparative Law Quarterly*, 45 (1996), pp. 52-81.

ordine nel posizionamento delle disposizioni nazionali e sovranazionali nell'ordinamento.

Questa struttura alquanto originale, fortemente marcata dal pluralismo istituzionale, costituì l'assetto istituzionale generale (incompleto e fortemente variegato) della sintesi costituzionale. Essa fu una condizione indispensabile per l'integrazione, ma fu anche causa di crescenti tensioni e contraddizioni che ostacolarono lo sviluppo della sintesi costituzionale, come si vedrà in seguito nel dettaglio. Il sistema si basò sin dall'inizio sui principi democratici. L'organo decisionale principale fu il Consiglio dei Ministri, che era composto dai ministri dei governi eletti degli Stati membri. In aggiunta, l'Assemblea, inizialmente composta da parlamentari nazionali, poteva rimuovere la Commissione dall'incarico grazie a una mozione di censura (per essere approvata, era necessaria una maggioranza di due terzi dei voti espressi e la maggioranza dei membri del Parlamento)⁷⁴. Questo significava che al suo esordio il sistema si basava su due modalità di controllo democratico: la prima consisteva nella responsabilità del ministro dinanzi al collegio elettorale nazionale, mentre la Commissione era responsabile di fronte all'insieme dei parlamentari nazionali membri dell'Assemblea europea.

Questa struttura democratica fornisce elementi di spinta e garanzie per consentire al processo della sintesi costituzionale di decollare. Le istituzioni sovranazionali, in senso lato, spingevano verso l'integrazione sovranazionale e la democratizzazione, mentre quelle di stampo intergovernativo bilanciavano lo slancio integrativo con garanzie nazionali speciali. Tutte le istituzioni – non solo quelle intergovernative – si basavano sul riconoscimento della necessità di dare risposta alle posizioni nazionali ed armonizzarle. Ciò avvenne perché la sintesi presupponeva che il nuovo sistema dovesse essere controllabile da parte dei firmatari costituzionali, e cioè gli Stati membri, ma con controlli esercitati attraverso le istituzioni democratiche a livello centrale. Una questione importante riguardava il tipo di autorizzazione democratica che dovesse essere accordata a queste istituzioni centrali. Fino a che punto queste istituzioni, sia nella fase iniziale che successivamente, potevano essere considerate indipendenti? La sintesi costituzionale parte dal presupposto che coloro che sono incaricati di portare avanti l'integrazione, devono dimostrare di poter utilizzare in modo credibile quest'autorizzazione democratica. Si fa osservare che, anche nelle fasi iniziali del sistema, questa funzione non fu mai puramente intergovernativa: il Consiglio poteva bloccare le proposte della Commissione ma non poteva rimuoverla dall'incarico, bensì era l'Assemblea, organo rappresentativo composto da parlamentari nazionali distaccati, ad avere il potere di farlo⁷⁵. Quest'organo, come si vedrà in seguito, aveva una

⁷⁴ L'articolo 144 del Trattato per cui s'istituisce la Comunità Economica Europea.

⁷⁵ Ciò viene chiarito nell'articolo 137 del Trattato per cui s'istituisce la Comunità Economica Europea.

forte vocazione democratica sovranazionale, rappresentando così un appoggio fondamentale al processo di sintesi costituzionale.

In termini generali, l'assetto istituzionale dei trattati originari era incompleto, con molti aspetti specifici e regole di funzionamento di queste istituzioni lasciate aperte o addirittura indefinite, e con parecchie lacune nell'assetto istituzionale. Tali aspetti erano chiaramente funzioni necessarie per le attività del soggetto politico e del suo ordinamento giuridico, che non erano state contemplate né progettate dal punto di vista istituzionale. Questa constatazione riflette, come fatto notare in precedenza, la natura del Trattato che «È prima di tutto un trattato-cornice»⁷⁶. Ciò significava che coloro che crearono e misero in moto il sistema avevano fatto leva sull'idea di strutturarli in ragione delle loro idee ed esperienze.

Questa modalità complessa per garantire il controllo democratico è poi anche strettamente legata agli aspetti pluralistici della struttura istituzionale europea, che possono risalire a: a) la natura senza precedenti del soggetto politico, che diede vita a una sorta di esperimento istituzionale; b) la mancanza di una classificazione gerarchica delle istituzioni nazionali e sovranazionali, prevista a livello costituzionale, che è l'aspetto essenziale della teoria del pluralismo costituzionale applicata all'Unione europea; c) l'incompletezza della struttura istituzionale dell'Unione che, articolata in Unione già di per sé complessa, per la natura altamente plurale dei suoi partecipanti, avrebbe portato alla generazione di maggiore pluralismo. Questi tre aspetti ben definiti del consolidamento istituzionale nella sintesi meritano una particolare attenzione.

Il primo aspetto si riferisce al fatto che l'Unione europea (UE) è un sistema politico senza precedenti (fondamentalmente non c'era un modello già esistente su cui fare riferimento). Tale processo, dunque, era destinato necessariamente ad avere una componente sperimentale il cui rapporto con il costituzionalismo democratico doveva essere chiarito. A ciò è necessario aggiungere l'incompletezza dell'assetto istituzionale contenuto nei Trattati, e va tenuto presente che, quando si dà applicazione ad un nuovo assetto istituzionale, anche i processi di riproduzione e adattamento possono generare qualcosa di diverso e senza precedenti, com'era in effetti il caso della UE.

Il secondo, invece, è relativo al fatto che le istituzioni della UE erano strettamente interconnesse, ma prive di un ordine gerarchico chiaro. Il sistema, sin dagli esordi, combinava i principi sovranazionali e intergovernativi in una struttura con aspetti gerarchici deboli, ma con una connotazione orizzontale molto forte (i sistemi nazionali si andavano mescolando con le istituzioni a livello comunitario). La strategia migliore per concepire una struttura multi-livello è quella di un ambito istituzionale fortemente plurale. Ciò implica che l'archetipo regolatorio del diritto costituziona-

⁷⁶ Hallstein «The EEC Commission: A New Factor in International Life», p. 727. Hallstein conferma anche la sua indole sovranazionale.

le comune non è ancorato a un assetto di competenze gerarchico o fisso, per disciplinare i rapporti tra le istituzioni nazionali e sovranazionali, ma è incorporato, come si dimostrerà in seguito, in un assetto istituzionale maggiormente pluralista, cooperativo e teso alla ricerca del consenso.

Il terzo aspetto si riferisce al modo in cui lo sviluppo istituzionale a livello comunitario avviene in un contesto di Stati membri differenti dal punto di vista politico ed istituzionale. Questa diversità si scarica sulla struttura creata a livello comunitario perché la stessa include gli Stati membri (mediante la partecipazione istituzionale, le competenze condivise, e processi decisionali a livello politico) e in quanto la struttura stessa della UE è il risultato in parte della fusione di culture istituzionali e prassi differenti provenienti dagli Stati membri. L'ambito organizzativo fu disegnato per sostenere un'unione costituzionale di Stati già costituzionalizzati. Di conseguenza, l'ambito organizzativo servì come canale di trasmissione non solo dei principi costituzionali (sintesi normativa) ma anche dei modelli strutturali e organizzativi provenienti dagli Stati membri sul livello comunitario (parte dello sviluppo istituzionale dell'Unione). Ciò significava che modelli e metodi organizzativi profondamente intrecciati furono trasferiti su una struttura emergente grazie a modalità complesse di riproduzione e adattamento. I servizi amministrativi sia dell'Alta Autorità che della Commissione, quindi, «si conformavano al modello d'amministrazione pubblica predominante nei sei Stati membri fondatori»⁷⁷. I principi generali *normativi* alla base dell'organizzazione dell'amministrazione erano comuni, ma ciò non impediva in alcun modo all'amministrazione di attingere anche a una serie di tradizioni *culturali* ed *istituzionali* diverse.

Alcuni sostengono che la Commissione sia una sistema a metà strada tra un ministero francese e il ministero dell'economia tedesco⁷⁸. Il principio comune che tutti gli Stati membri condividono, viene riprodotto, ma il modello organizzativo in concreto si adatta per soddisfare persone e tradizioni che sono parte dell'organizzazione e ne dirigono le attività. In questo senso, si vede anche come lo sviluppo istituzionale può, al massimo, approssimarsi alla sintesi poiché, come ha osservato Schattschneider nella sua ultima fase, «l'organizzazione è di per sé la mobilitazione di una preferenza nel prepararsi a un'azione»⁷⁹. Alcune tradizioni e visioni delle cose sono organizzate, altre no. La riproduzione e l'adattamento ad assetti già esistenti fu facilitata dal fatto che la prima generazione di attori che ricoprivano incarichi nelle istituzioni

⁷⁷ Anne Stevens e Handley Stevens, *Brussels Bureaucrats? The Administration of the European Union*, London, Palgrave, 2001, p. 32.

⁷⁸ Sabino Cassese, «Divided Powers: European Administration and National Administrations», in *The European Administration*, ed. Sabino Cassese, Brussels, International Institute of Administrative Sciences, 1987, pp. 8-20.

⁷⁹ E. E. Schattschneider, *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America*, Hinsdale, Ill., The Dryden Press, 1975, p. 30.

europee furono formati e crebbero nei loro rispettivi sistemi nazionali, portando il loro bagaglio d'esperienze (possibilmente insieme a coloro che provenivano dal settore internazionale)⁸⁰. Inoltre la dimensione nazionale permeava anche le istituzioni in modo caratteristico. Come già fatto notare, il Parlamento⁸¹, infatti, era composto fino al 1979 da parlamentari nazionali distaccati⁸².

2.4.2 La struttura istituzionale

Prima di tutto, questo periodo fu caratterizzato dallo sviluppo relativamente rapido e senza ostacoli delle istituzioni, come programmato nei Trattati. Il processo mostrò lo spirito della sintesi come fattore in grado di incorporare e armonizzare le posizioni e le tradizioni nazionali, insieme alle sperimentazioni. La Commissione, da più parti definita come il custode dell'interesse sovranazionale, fu anche il luogo istituzionale dove le diverse tradizioni istituzioni nazionali entravano in concorrenza per plasmare gli sviluppi futuri dell'Unione. La stessa cosa può dirsi per quanto riguarda la Corte di Giustizia. Il Consiglio, invece, garante degli interessi nazionali, fu guidato da imperativi funzionali nell'opera di sviluppo di una struttura istituzionale complessa, che fu utilizzata come la principale forza motrice nel processo d'uropeizzazione delle amministrazioni nazionali.

L'aspetto sperimentale principale di questa istituzionalizzazione del processo di sintesi costituzionale fu evidente nella crescita esponenziale della procedura conosciuta come «comitologia». Conseguenza diretta della natura incompleta del modello istituzionale del Trattato, si rivelò ben presto essa stessa come un'organizzazione nata fortuitamente con una certa implicazione democratica. Come si vedrà in seguito, questa struttura, nata per far fronte al pluralismo dei sei Stati membri originari, con l'avanzare della crescita dell'Unione divenne più complessa e informe.

⁸⁰ Si prenda in considerazione Jean Monnet. Dopo anni d'esperienza come venditore di cognac nell'azienda di famiglia, giocò un ruolo chiave nel progettare i costi economici degli Alleati durante la Prima Guerra Mondiale e fu vice-segretario della Lega delle Nazioni dal 1919 al 1923 (una posizione poi occupata da Pilotti, poi primo presidente del CGE), contrabbandiere di alcol sul mercato nero americano, finanziere internazionale, ed ancora punto di collegamento chiave per definire lo sforzo economico degli Alleati nella Seconda Guerra Mondiale. Divenne nel 1946, *Commissaire General du Plan* in Francia. Portava con sé il bagaglio d'esperienza accumulato come consigliere di Schuman e poi come primo presidente della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Si veda Jean Monnet, *Memoires*, Paris, Fayard, 1976; e François Duchêne, *The First Statesman of Interdependence*, New York and London, Norton, 1997. Una biografia critica è quella di Marc Joly *Le mythe Jean Monnet*, Paris, CNRS Editions, 2007.

⁸¹ Nei trattati originari si chiamava formalmente «Assemblée», ma poi fu ribattezzato «Parlamento» nell'Atto Unico Europeo.

⁸² L'articolo 138 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea.

2.4.3 *Il Consiglio dei ministri e l'emergente Consiglio europeo*

Nella struttura creata dal Trattato di Roma (ma non nel Trattato di Parigi) il Consiglio dei ministri era fundamentalmente un organo decisionale. Il Consiglio era normalmente visto come l'organo intergovernativo dell'Unione *par excellence*, in quanto composto da ministri nazionali e dai loro funzionari. Il Consiglio, dunque, svolgeva un ruolo di garante democratico (e plurale) nazionale importante; circostanza che più tardi lo legò al ruolo di animatore dell'integrazione europea. Il ruolo del Consiglio può essere, perciò, inteso come un ibrido a metà tra una creatura degli Stati membri ed un'istituzione impegnata a svolgere le funzioni collettive della UE⁸³.

Era possibile, all'interno di un sistema istituzionale cooperativo e improntato alla ricerca del consenso, indirizzare il sistema verso l'integrazione in modo sistematico. Dal momento in cui l'istituzioni prese una forma concreta e si sviluppò progressivamente, crebbe anche la sua capacità di far implementare l'integrazione: la presidenza di turno e la sua strutturazione in settori favorirono l'europeizzazione, la sua organizzazione interna creò le condizioni per la trasformazione di funzionari dei governi nazionali in perfetti eurocrati⁸⁴, mentre la nascita del Consiglio europeo garantiva il fatto che le riunioni intergovernative dei Capi di Stato diventassero parte dell'assetto istituzionale europeo.

Il ruolo previsto per il Consiglio fu delineato solo per grandi linee nel Trattato di Roma⁸⁵. Al contrario si andarono aggiungendo compiti e strumenti organizzativi progressivamente alla crescita dell'Unione. Già il Trattato di Parigi aveva istituito il meccanismo di rotazione della Presidenza del Consiglio dove la presidenza veniva assunta a rotazione tra i paesi membri secondo un programma stabilito (l'incarico all'inizio durava 3 mesi, ma successivamente fu esteso del Trattato di Roma fino a 6 sia per la Comunità che, a partire dal 1965, per l'Euratom)⁸⁶. Anche in questo caso, come osservato in precedenza per il Consiglio, questa formula, che avrebbe potuto essere considerata come un mero aspetto intergovernativo, si rivelò invece uno strumento poderoso di europeizzazione delle amministrazioni nazionali⁸⁷.

⁸³ Helen Wallace, William Wallace, e Mark A. Pollack, *Policy-Making in the European Union*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 56.

⁸⁴ Jarle Trondal, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁸⁵ Ruolo e funzioni sono specificate negli articoli 145-154 del Trattato di Roma che istituiva la Comunità Economica Europea.

⁸⁶ Fiona Hayes-Renshaw e Helen Wallace, *The Council of Ministers*, London, Macmillan, 1997, p. 136.

⁸⁷ Sulle implicazioni sociali ed educative della presidenza di turno, si legga Hayes-Renshaw e Wallace, «The Council of Ministers», p. 155. Si veda anche (per quanto riguarda la politica estera) Spyros Economides, «The Europeanisation of Greek Foreign Policy», *West European Politics*, 28 (2005), pp. 471-491.

Formalmente parlando, il Consiglio, nella sua struttura interna, era (e rimane) un'organizzazione unica. In pratica, dal punto di vista operativo, esso è andato organizzandosi seguendo linee settoriali, ponendo le politiche agricole al primo posto. Con il passare del tempo, tre formazioni del Consiglio sono diventate particolarmente importanti: due di queste erano concentrate su settori specifici, ossia l'agricoltura e l'Ecofin (temi macroeconomici e monetari) e l'altra invece con un ruolo più generico di coordinamento, ossia il Consiglio Affari Generali, che è composto dai ministri degli esteri⁸⁸. La crescita della mole di lavoro del Consiglio ha portato, con il passare del tempo, ad aggiungere ulteriori soggetti istituzionali al di sotto e al di sopra del livello ministeriale. Primo tra tutti il Comitato dei Rappresentanti Permanenti (COREPER), composto da delegazioni nazionali permanenti a Bruxelles⁸⁹. Esso opera in due formazioni distinte: il COREPER II, che riunisce ambasciatori e rappresentanti permanenti, e il COREPER I in cui si riuniscono i loro vice⁹⁰. In secondo luogo, si crearono i comitati specializzati di preparazione dei lavori, ed in particolare quello previsto nell'Articolo 113 sul commercio estero, il Comitato Speciale sull'Agricoltura, ed il Comitato per la cooperazione politica di cui all'Articolo 36, che fu il precursore della nascita del Secondo pilastro. Infine, nacquero una pletera di Gruppi di Lavoro⁹¹. Tornando al punto precedente, è possibile evidenziare che, con il trascorrere del tempo, la crescita costante delle competenze della Comunità rendeva necessaria la creazione di strutture amministrative permanenti di supporto, e per questa ragione si crearono sia la Segreteria del Consiglio⁹² che il Dipartimento degli Affari Giuridici⁹³.

Tutte queste evoluzioni messe insieme, mostrano l'identità alquanto originale del Consiglio che può essere inteso come un'istituzione intergo-

⁸⁸ Hayes-Renshaw e Wallace, «The Council of Ministers», p. 30, tavola 2.1.

⁸⁹ Emile Noel, «The Committee of Permanent Representatives», *Journal of Common Market Studies*, 5 (1967), pp. 219-251.

⁹⁰ In termini costituzionali, questo diventava un organo importante dopo l'istituzione del Consiglio europeo (come organo al di fuori dei Trattati) nel 1974, in quanto gli veniva assegnato il compito di preparare le riunioni del Consiglio europeo, incluso le Conferenze Intergovernative (CIG), che consistevano in una serie di riunioni del Consiglio europeo dedicate in modo specifico alla riforma dei Trattati.

⁹¹ Hayes-Renshaw e Wallace, «The Council of Ministers», pp. 70-100.

⁹² Bisognerebbe aggiungere il fatto che, nei recenti negoziati sul Trattato, il Segretario Generale del Consiglio ha giocato un ruolo a tal punto importante che Beach fa osservare che è riuscito a far prevalere l'indole europea su quella intergovernativa in questo processo. Si veda Derek Beach, «The Unseen Hand in Treaty Reform Negotiations: The Role and Impact of the Council Secretariat», *Journal of European Public Policy*, 11 (2004), pp. 408-439.

⁹³ Thomas Christiansen, «Out of the Shadows: The General Secretariat of the Council of Ministers», *Journal of Legislative Studies*, 8 (2002), pp. 80-97 fa riferimento al Dipartimento di affari giuridici che ha giocato un ruolo da protagonista nei recenti negoziati inerenti al Trattato.

vernativa che al tempo stesso crea e subisce l'uropeizzazione nell'ambito dell'evoluzione istituzionale dell'Unione. Dalla fine degli anni Sessanta del Secolo scorso in poi, la crescita costituzionale interna e gli shock esterni (come ad esempio la crisi del petrolio e la svolta nella politica estera americana con Kissinger/Nixon) rendevano necessarie l'assunzione di decisioni ad un livello politico ulteriore⁹⁴. Pertanto, di fronte alle sfide lanciate sul piano internazionale, all'indebolimento della Commissione dal Compromesso di Lussemburgo⁹⁵ e ad una crescente e maggiore difficoltà di coordinamento all'interno del Consiglio, vennero avviate delle riunioni *ad hoc* tra Capi di Stato e di Governo che poi furono formalizzate come Consiglio europeo⁹⁶.

In un certo senso, questa evoluzione può essere considerata come un effetto della *costituzionalizzazione trasformativa*, che aveva raggiunto uno spessore sufficiente tale da dover richiedere una maggiore regolarità nei vertici tra Capi di Stato e di Governo per dettare le linee guida del processo d'integrazione europea.

L'ovvio vantaggio del Consiglio europeo fu quello di permettere ai Capi di Stato e di Governo di trovare un'intesa su programmi d'azione strategici e, quindi, d'impegnare i loro Stati membri durante il periodo in cui erano in carica. In questo senso il Consiglio europeo può recitare

⁹⁴ I summit divennero abituali grazie a De Gaulle che ne incoraggiò la celebrazione convinto che così potesse diluire la natura sovranazionale della struttura istituzionale dell'Unione (una serie completa di summit si trova su <http://aei.pitt.edu/summit_guide.html>), ma cominciarono a divenire una prassi a tutti gli effetti solo a partire dal summit del L'Aja celebratosi l'1 ed il 2 dicembre del 1969 (comunicato finale su <http://www.ena.lu/final_communique_hague_summit_december_1969-2-1565>). Il 9 e 10 dicembre del 1994, durante il Summit di Parigi, si decise che si sarebbero tenute riunioni del Consiglio europeo regolarmente, almeno tre volte l'anno («Le sommet européen est mort, vive le Conseil européen», parole che appartenevano al sempre austero d'Estaing). Si veda su <http://aei.pitt.edu/1740/01/EP_report_436_74.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁹⁵ Sebbene il testo originale dei Trattati contemplava il passaggio verso un sistema di votazione a maggioranza qualificata, quest'ultimo venne messo da parte con il Compromesso di Lussemburgo del 1966, che si adottò in risposta ad una delle maggiori crisi europee. Si veda la «Communiqué final de la session extraordinaire du Conseil», (1966) consultabile (in francese) all'URL <http://www.ena.lu/communique_final_session_extraordinaire_conseil_luxembourg_29_janvier_1966-1-19630>. (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁹⁶ L'artefice principale della formalizzazione di un sistema fisso di summit fu il Presidente francese Pompidou, anche se fu il suo successore, Valéry Giscard d'Estaing, insieme al Cancelliere tedesco Helmut Schmidt, a dare inizio alla prassi che poi si andò formalizzando all'interno del Consiglio europeo. Martin Westlake, *The Council of the European Union*, London, Cartermill, 1995, pp. 19-21. Per una valutazione nel dettaglio del Consiglio europeo, si veda in particolare Jan Werts, *The European Council*, Amsterdam, North-Holland, 1992, ma anche Simon Bulmer e Wolfgang Wessels, *The European Council: Decision-Making in European Politics*, Houndmills, Macmillan, 1987.

(e in effetti lo ha fatto) un ruolo importante nella promozione della sintesi costituzionale. Come si vedrà in modo chiaro nel Capitolo 4, però, il Consiglio europeo è anche un'agente costituzionale ambiguo che ha favorito l'integrazione, ma ha anche sminuito il significato costituzionale del processo. Ciò si deve in parte al fatto che i legami elettorali e le catene di controllo democratico per ciascun Capo di Stato e di Governo sono ancora forti nei collegi elettorali di ciascun Stato membro, con Stati che mostrano posizioni fortemente contrastanti sull'opportunità di avere una Costituzione europea.

2.4.4 Dall'Alta Autorità alla Commissione

Nella struttura istituzionale prevista nei Trattati, l'Alta Autorità e la Commissione furono gli organi più innovativi e con maggiore orientamento sovranazionale⁹⁷. Vista la portata ristretta dei settori di cui era chiamata ad occuparsi nella Comunità del Carbone e dell'Acciaio (inclusa anche la natura abbastanza dettagliata del corrispondente Trattato), l'Alta Autorità poteva essere paragonata a un'amministrazione sovranazionale. Essa è stata spesso considerata come il predecessore della Commissione, anche se, considerate le differenze con quest'ultima, mostra più analogie «con i ministeri federali della Repubblica Federale Tedesca piuttosto che con il gruppo piccolo, flessibile e fortemente coeso che Monnet aveva intenzione che si consolidasse in Lussemburgo»⁹⁸.

La Commissione fu considerata come un'istituzione permanente (nel Trattato non vi sono limiti di tempo alla sua esistenza), con la ferma intenzione di diventare un'istituzione indipendente con delle responsabilità proprie, un'amministrazione altamente specializzata, e con un'ampia sfera di competenze. Grazie al suo ruolo centrale nel dare l'avvio al processo legislativo e, più in generale, a diverse politiche comunitarie, quest'ultima fu considerata il vero motore del processo d'integrazione⁹⁹. Questa visione è supportata dalle altre funzioni normalmente assegnate alla Commissione, ossia quelle di natura esecutiva o amministrativa, alla sua qualità di custode dei Trattati e di attore istituzionale privilegiato dinanzi alla Corte di Giustizia Europea (e di garante della corretta attuazione dei Trattati), quella di rappresentante esterno per conto degli Stati membri e di organo

⁹⁷ Vedasi Paul Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1953; G. Sperduti, *La CECA, ente sopranazionale*, Padova, CEDAM, 1966.

⁹⁸ Sabino Cassese e Giacinto della Cananea, «The Commission of the European Economic Community: The Administrative Ramifications of Its Political Development (1957-1967)», in *Early European Community Administration: Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte 1992*, ed. Erk Volkmar Heyen, Baden-Baden, Nomos, pp. 75-94, a p. 86.

⁹⁹ Emile Noël, *Les Rouages de l'Europe*, Paris, Nathan and Brussels, Labor, 1976, p. 32

mediatore tra gli Stati membri, che agisce in ultima istanza da «coscienza e voce dell'Unione nel suo insieme»¹⁰⁰. La Commissione, dunque, fu creata per giocare un ruolo da primo attore nell'Unione e non solo di natura esecutiva, ma con il chiaro mandato di implementare l'integrazione. Al contempo, in questo caso la dimensione nazionale svolse un ruolo di primo piano, in quanto i Commissari erano designati dagli Stati membri. D'altra parte, questo elemento non avrebbe dovuto minare l'autonomia complessiva della Commissione, dato che ai Commissari stessi veniva impedito di rappresentare gli interessi nazionali¹⁰¹.

La Commissione fu una componente chiave nel guidare il processo d'integrazione. Essa garantiva competenza tecnica, continuità d'azione e memoria istituzionale, grazie al suo ampio staff e ai suoi modelli di cooperazione e consultazione allargati alle istituzioni e agli attori della società civile. La prima Commissione sotto la guida di Walter Hallstein era composta da nove commissari, di cui cinque erano già stati ministri di governo, il che suggeriva, da un lato il desiderio di dare a quest'organo un alto profilo politico, ma anche, in una certa misura, di mantenere un'influenza nazionale¹⁰². L'aggiunta in tempi rapidi delle Direzioni Generali nella Commissione (DG), comportava l'arrivo di funzionari pubblici da tutta l'Europa, con un forte "accento francese", ma che riuscirono a riflettere su interno il livello di diversità delle tradizioni amministrative europee¹⁰³. Allo stesso tempo, la Commissione si svincolò dalle amministrazioni nazionali rivelandosi più dinamica, grazie alla diversa struttura istituzionale all'interno della quale si ritrovava ad agire¹⁰⁴. In definitiva, si è visto come quella che si presume essere la più originale delle istituzioni europee, si fondasse sulla complessa operazione di un nuovo innesto su qualcosa di già familiare. Ovviamente si replicavano in essa anche aspetti di principi amministrativi basilari, trapiantati in un'organizzazione con un obiettivo diverso e finalizzata ad operare in un contesto istituzionale

¹⁰⁰ Michelle Cini, *The European Commission: Leadership, Organisation and Culture in the EU Administration*, Manchester, Manchester University Press, 1996, p. 14.

¹⁰¹ Prima d'iniziare la propria attività, i Commissari devono dichiarare (prestando giuramento dinanzi alla Corte di Giustizia Europea) la propria autonomia nei confronti degli Stati membri. La prassi dimostra come effettivamente non sposino apertamente nessuna posizione nazionale, anche se possono tenere in considerazione posizioni e sensibilità nazionali che a loro avviso aiutano a garantire la buona riuscita delle politiche comunitarie. Ivi, pp. 110-111.

¹⁰² Ivi, p. 39.

¹⁰³ Quest'aspetto viene ben sottolineato da Edward C. Page, *People Who Run Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

¹⁰⁴ Ciò si riferisce anche a fattori strutturali, quali il ruolo diverso assunto dalla Commissione nel dare attuazione alle norme comunitarie (comitologia), facendo leva su funzionari pubblici provenienti dalle amministrazioni nazionali, un sistema per cui gli esperti vengono «paracadutati» in ruoli d'alto incarico, ed i cui profili sono abbastanza diversi da quelli degli alti funzionari. Ivi, pp. 5-6.

con Stati membri diversi tra loro, ma che venivano rafforzati dall'interazione con le altre istituzioni a livello europeo¹⁰⁵.

2.4.5 Tra la Commissione ed il Consiglio: il fenomeno della comitologia

Tornando al Trattato, un'altra «lacuna» evidente nella struttura istituzionale comunitaria riguardava l'attuazione mediante regolamenti del diritto comunitario secondario. Questa fu il risultato dell'originale sistema di fonti adottato nel diritto comunitario e della mancanza di un processo decisionale specifico.

Non appena politiche economiche sostanziali incominciarono ad essere messe in moto, diventava chiaro ai più che la divisione delle mansioni tra leggi e strumenti al servizio della legislazione si sarebbe riproposta anche a livello europeo: ciò spinse verso una specie di sperimentazione istituzionale. Sulla base dell'Articolo 155 TCE, l'attuazione legislativa veniva delegata alla Commissione con l'incarico di lavorare congiuntamente ai comitati composti dai rappresentanti nazionali, reclutati nelle amministrazioni nazionali e nei gruppi di esperti nazionali¹⁰⁶.

La comitologia è un chiaro esempio del lato più «sperimentale» della sintesi¹⁰⁷, e mostra «l'ambito diverso» che caratterizza un'Unione all'interno della quale le istituzioni nazionali si legano insieme a quelle europee. In questo sistema d'interdipendenze funzionale, la comitologia recita un ruolo importante nell'armonizzare e sintetizzare le politiche di regolazione partendo dalla pletora di posizioni nazionali. Anche se si tratta chiaramente di una prassi amministrativa, alla comitologia è stato riconosciuto un impatto democratico, in virtù della sua integrazione tra gli Stati e gli interessi coinvolti¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Vedasi Cassese e della Cananea, «The Commission of the European Economic Community: The Administrative Ratifications of Its Political Development (1957-67)»; e D. Berlin, «Organisation et fonctionnement de la Commission des Communautés européennes», in *The European Administration*, ed. Sabino Cassese, Brussels, Institut International des Sciences Administratives, 1987, pp. 21-142. Vedasi anche Edoardo Chiti e Claudio Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹⁰⁶ C. Bertram, «Decision-Making in the EEC: The Management Committee-Procedure», *Common Market Law Review*, 5 (1967/1968), pp. 246-264; P. Schindler, «The Problems of Decision-Making by Way of the Management Committee Procedure in the European Community», *Common Market Law Review*, 8 (1971), pp. 184-205. Si vedano anche le principali sentenze in tal senso nella giurisprudenza della Corte, 41/69, *ACF Chemiefarma*, [1970] Racc. 661; 25/70, *Köster*, [1970] Racc. 1161; 23/75, *Rey Soda*, [1975] Racc. 1279; and 5/77, *Denkavit*, [1977] Racc. 1555.

¹⁰⁷ Vedasi Christian Joerges and Michelle Everson, «Challenging the Bureaucratic Challenge», in *Democracy in the European Union: Integration through Deliberation?*, ed. Erik O. Eriksen e John E. Fossum, London, Routledge, 2000, 164-188, a p. 165.

¹⁰⁸ Christian Joerges e Jürgen Neyer, «From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology», *European Law Journal*, 3 (1997), n. 3, pp. 274-300.

È stata inoltre provata la sua capacità d'influenza sugli Stati membri nel portarli a riformare le proprie procedure di regolazione, il che dimostra che quest'ultima non serve soltanto per trasmettere al livello europeo le politiche, le disposizioni regolamentari e istituzionali provenienti dagli Stati membri, ma anche ad operare nel verso contrario.

2.4.6 La Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia Europea fu essa stessa la prima ad essere istituita come un tribunale misto nel Trattato del Carbone e dell'Acciaio, essendo composta sia da operatori giuridici che da avvocati professionisti. Solo con il Trattato di Roma si trasformò in un tribunale d'indole completamente giurisdizionale, e diventò poi la Corte unica per le tre Comunità grazie a una Convenzione stipulata *a latere* del Trattato «relativa ad alcune istituzioni comuni». Non vi era alcun precedente chiaro che potesse ispirare la Corte di Giustizia Europea, in quanto non era soltanto un organo arbitrale sovranazionale (come per esempio la Corte Internazionale Permanente sotto la Lega delle Nazioni) ma soprattutto un organo di giurisdizione vincolante. Questo vuoto istituzionale fu colmato lungo la linea tracciata dalla sintesi come prodotto d'emulazione e concorrenza.

La cultura giuridica francese, e più nello specifico, la cultura giuridica del *Conseil d'Etat* lasciava la sua inconfondibile impronta sull'istituzione, sebbene il primo allargamento del 1973 creò una dinamica istituzionale dove il predominio istituzionale francese fu messo in discussione. nel momento stesso in cui l'insieme delle tradizioni giuridiche sostanziali da cui si ricavava il diritto comunitario sembrava destinato a crescere: ciò non solo perché il Regno Unito, e in larga misura l'Irlanda, fossero paesi di *common law*, ma anche perché la Danimarca certamente non poteva essere considerata un Paese di matrice *civil law*, ma parte della famiglia giuridica scandinava. Anche nel periodo iniziale, la cultura francese fu sfidata e arricchita da elementi complementari. Sebbene l'assunzione dei simboli dell'istituzione (la spada, la scala e la foglia di quercia) venne suggerita dal primo Presidente, l'italiano Massimo Pilotti, il suo codice di comportamento fu un ibrido che mischiava tradizioni diverse (con un contributo tedesco rilevante).

2.4.7 Dall'Assemblea al Parlamento europeo

Il Parlamento europeo (PE) fu l'asse portante del processo di sintesi costituzionale, nonostante non facesse formalmente parte nel sistema designato per riformare il Trattato, o meglio conosciuto come modello della Conferenza Intergovernativa (CIG - si veda in seguito).

Esso sperimentò una radicale trasformazione istituzionale durante i suoi primi decenni di vita. Inizialmente il Parlamento europeo fu progettato come assemblea «secondaria» o «derivata» con mansioni di controllo, scrutinio e finanche di censura, che le consentivano di sollevare dal suo

incarico la Commissione in presenza di una mozione di sfiducia largamente maggioritaria al suo interno. Solo successivamente esso fu dotato di poteri legislativi e di bilancio¹⁰⁹, ed il suo ruolo può essere concepito in questi termini:

Vista la scelta di autodenominarsi «parlamento», l'Assemblea non pretendeva tanto di *essere* un parlamento, ma chiaramente dimostrava la sua ferma *volontà* di diventarlo. La stessa logica si celava dietro il mutamento del nome, da Assemblea europea a Parlamento europeo, con l'Atto unico europeo: gli Stati membri non volevano semplicemente dichiarare che l'Assemblea *fosse* un parlamento, ma bensì riconoscere il fatto che *lo sarebbe diventato*¹¹⁰.

C'era un modello istituzionale evidente, fortemente voluto dai tedeschi, di parlamento dello Stato democratico costituzionale¹¹¹. Dal punto di vista istituzionale, in nessun altro caso, la costante impronta della sintesi costituzionale era così evidente come in quello dell'evoluzione del PE.

Essendo, dunque, il primo Parlamento sovranazionale del mondo e operando in un ambiente istituzionale diverso da quello degli Stati membri, era in atto un processo costante che puntava a fornire al PE la stessa struttura di base e le stesse funzioni che si ritrovano nei parlamenti nazionali. Ciò divenne molto evidente dopo le prime elezioni dirette nel 1979, quando il PE poté finalmente rivendicare non solo di essere l'organo democratico dell'Unione, ma anche di avere un legame diretto con i cittadini europei.

Il Parlamento europeo si era evoluto come una parte intrinseca di una struttura di rappresentazione più estesa nell'UE, che non ha precedenti. Esso ha preso forma dal contesto organizzativo diverso dell'UE, che è emerso come parte di un più ampio processo d'uropeizzazione delle istituzioni nazionali.

2.4.8 L'uropeizzazione delle istituzioni nazionali

Il processo d'istituzionalizzazione dell'ordinamento politico europeo è alimentato in rapporto di reciprocità all'affermazione progressiva d'istituzioni nazionali che hanno mostrato una vocazione a essere parte di tale

¹⁰⁹ Guy Van Oudenhove, *The Political Parties in the European Parliament: The First Ten Years*, Leiden, Sijthoff, 1965. Un confronto interessante con le altre assemblee «europee» (quella della OCSE, del Consiglio d'Europa, e sinanche del Consiglio Nordico) si può ritrovare nel libro del veterano politico britannico Kenneth Lindsay, *European Assemblies: The Experimental Period, 1949-1959*, London, Stevens, 1960.

¹¹⁰ Martin Westlake, *A Modern Guide to the European Parliament*, London, Pinter, 1994, p. 16.

¹¹¹ Rittberger, «*Building Europe's Parliament: Democratic Representation beyond the Nation-State*».

processo. In questo senso, è da ritenersi fondamentale il processo d'europaizzazione sia dei Parlamenti che delle amministrazioni nazionali¹¹².

Per quanto concerne i Parlamenti nazionali, la trasformazione istituzionale non sembrava così urgente fino al 1979. Dal momento in cui si tenne per la prima volta l'elezione diretta del PE e l'agenda dell'integrazione cominciò ad allargare il suo raggio d'azione per quanto riguardava le sue competenze, crebbe il controllo parlamentare e dunque la loro influenza sul processo legislativo dell'UE. Ciò portò alla creazione di commissioni specializzate all'interno dei Parlamenti nazionali, al fine di tenere il passo con i processi legislativi e politici europei, potendoli così sottoporre a un dovuto esame, per poi dare istruzioni, delegare e controllare i governi nazionali, nella loro azione all'interno dei diversi Consigli dei Ministri europei e nel Consiglio europeo¹¹³. In tal senso funsero da apripista sia il Parlamento tedesco che quello danese¹¹⁴. Con il passare del tempo questo sistema si era consolidato in un contesto parlamentare multi-livello¹¹⁵, contraddistinto da modelli strutturati di comunicazione, scambio d'informazioni, e sviluppo della conoscenza istituzionale tra tutti i Parlamenti della UE.

Chiaramente il fatto che le amministrazioni nazionali applicassero le decisioni prese a livello UE, assegnava loro un ruolo di centrale importanza nella configurazione multilivello dell'Unione¹¹⁶. Esse, non si limitavano più a dare semplicemente attuazione alla legislazione nazionale, ma

¹¹² Vi è ormai un'ampia letteratura in dottrina su questo tema. Si veda, per esempio, Andreas Maurer e Wolfgang Wessels(eds.), *National Parliaments on Their Ways to Europe: Losers or Latecomers*, Baden-Baden, Nomos, 2001; Katrin Auel e Arthur Benz, eds., *The Europeanisation of Parliamentary Democracy*, London, Routledge, 2006.

¹¹³ T. Bergman, «National Parliaments and EU Affairs Committees: Notes on Empirical Variation and Competing Explanation», *Journal of European Public Policy*, 4 (1997), pp. 373-387.

¹¹⁴ Finn Laursen, «The Danish Folketing and Its European Affairs Committee: Strong Players in the National Policy Cycle», in Maurer and Wessels, «National Parliaments on Their Ways to Europe: Losers or Latecomers», pp. 99-115; dello stesso autore si veda «The Role of National Parliamentary Committees in European Scrutiny: Reflections Based on the Danish Case», *Journal of Legislative Studies*, 11 (2005), pp. 412-427.

¹¹⁵ Ben Crum e John E. Fossum, «The Multilevel Parliamentary Field: A Framework for Theorising Representative Democracy in the EU», *European Political Science Review*, 1 (2009), n. 2 pp. 249-271.

¹¹⁶ Ciò ha dato luogo ad un'ampia letteratura in dottrina sull'europaizzazione sia in termini amministrativi sia più generali. Si veda per esempio Christopher Knill, *The Europeanisation of National Administrations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Beate Kohler Koch, ed., *Linking EU and National Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2003; Johan P. Olsen, *Europe in Search of Political Order*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Klaus H. Goetz e Simon Hix, eds., *Europeanised Politics? European Integration and National Political Systems*, London, Frank Cass, 2001.

rivestivano un'eguale importanza nel loro ruolo di atuatori della legislazione proveniente dall'Unione¹¹⁷. Gli Stati membri dell'Unione sono, sotto il profilo istituzionale, diversi anche in termini amministrativi. Vi sono importanti differenze sotto il profilo costituzionale tra gli Stati federali e quelli unitari, il che si traduce in un impatto diretto sui modelli d'applicazione delle decisioni UE. Esistono modelli e tradizioni amministrative diverse, differenze sistemiche nella gestione dell'efficienza amministrativa, e una diversa miscela di adempimento delle regole, lealtà politica e indipendenza professionale. La diversità ha fatto saltar fuori interrogativi sul fatto che le politiche dell'UE potessero essere applicate con coerenza lungo tutto il territorio dell'Unione, e su quanto queste differenze fossero legate alla cultura e alle tradizioni amministrative nazionali, così come alla natura diversa dei settori toccati dalle diverse politiche comunitarie¹¹⁸.

Va poi aggiunto che, con il consistente progredire del processo d'evoluzione istituzionale, il processo di trasformazione delle amministrazioni nazionali rendeva ancor più evidente la sua *problématique* costituzionale. Mentre ci si aspettava che l'integrazione rendesse possibile la realizzazione dei valori costituzionali *al di là delle frontiere*, aggiungendo una struttura istituzionale sovranazionale e plurale, questa invece creava numerose pressioni a livello nazionale. Sebbene l'effetto più ovvio fosse lo scatenarsi di processi d'uropeizzazione delle istituzioni nazionali specifiche (secondo i termini già presi in considerazione per parlamenti e amministrazioni nazionali), in termini generali, si poneva formalmente l'accento sui principi e le convenzioni costituzionali atte a stabilire i rapporti inter-istituzionali. Il fenomeno empirico che ben si può descrivere come network «verticale» tra governi, parlamenti, tribunali e amministrazioni¹¹⁹ – come una parte di un più ampio ambito istituzionale multilivello della UE – mette in discussione pesi e contrappesi che erano essenziali per dare forma alle decisioni democratiche.

2.5 Successi ed insuccessi

I primi due decenni d'integrazione europea furono segnati da un duplice processo di costituzionalizzazione. Da un lato, l'indole costituzionale del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico, inizialmente impressa dai Trattati originari, andava lentamente ma costantemente prendendo

¹¹⁷ Cfr. Phillippe Schmitter, «Imagining the Future of the Euro-Polity», in *Governance in the European Union*, ed. Gary Marks, Fritz W. Scharpf, Phillippe Schmitter, e Wolfgang Streeck, London, Sage, 1996, pp. 121-150, a p. 145.

¹¹⁸ Christopher Knill, «European Policies: The Impact of National Administrative Traditions», *Journal of International Public Policy*, 18 (1998), n. 1, pp. 1-29.

¹¹⁹ Ad ogni modo questo è uno dei temi principali nelle pubblicazioni di Anne Marie Slaughter e sulla sua visione di Stato «disaggregato» si legga *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

corpo. Ciò fu già oggetto di discussione durante i dibattiti sulla ratifica parlamentare dei Trattati originari, e aveva trovato applicazione nella legislazione comunitaria e nell'azione della Corte di Giustizia Europea. Si è già sottolineato come, al contrario di quanto si pensi, il Consiglio dei ministri abbia giocato un ruolo guida nell'ampliare il campo d'azione delle politiche comunitarie, andando al di là del programma specifico delle quattro fasi per l'attuazione del Mercato comune. Spingendo l'Unione a divenire qualcosa di più di un'unione doganale, il Consiglio mandava segnali costituzionali forti alla Corte di Giustizia. Quest'ultima a sua volta, in modo continuo e sistematico, trasformava quei segnali in un insieme completo di principi costituzionali sotto il profilo strutturale e sostanziale.

Dall'altro lato, tutti questi processi politici non furono portati avanti allo scopo di chiarire lo status di soggetto politico dell'Unione, ma per cercare di prendere decisioni sostanziali concernenti politiche specifiche. Facendo ciò, sia il legislatore che i giudici contribuivano a interpretare lo specifico archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune. Essenziale in tal senso fu il lancio di una politica agricola comune basata sul prezzo d'intervento, sulla solidarietà finanziaria, e sul principio della preferenza a favore dei prodotti comunitari, così come l'azione tesa a rendere comuni i mercati nazionali, assicurando l'efficacia di principi tesi a proteggere i cittadini europei contro la discriminazione in base alla nazionalità. Entrambi i processi contribuirono al consolidamento della ripresa economica in tutt'Europa. Indipendentemente dal loro impatto diretto sul prodotto interno lordo nazionale, essi furono fondamentali per la creazione di condizioni nelle quali i cittadini potessero essere rassicurati sul fatto che non ci sarebbe stato un nuovo conflitto armato. Non può essere una semplice coincidenza, inoltre, il fatto che il consolidamento del Mercato comune venisse accompagnato da una corrispondente fase di espansione e consolidamento dello Stato sociale nei vari Paesi europei.

Ad ogni modo queste circostanze favorevoli, sotto le quali si era sviluppato il processo d'integrazione europea, cominciarono a deteriorarsi a partire dalla metà degli anni Settanta del Secolo scorso. I limiti del modello economico del dopoguerra apparvero evidenti con la prima crisi petrolifera, che rappresentò uno shock esterno che un ordinamento *sintetico* ed embrionale fece fatica ad assorbire. Nei fatti, la prima e la seconda crisi petrolifera segnarono la fine del grande consenso intorno alle politiche socio-economiche, che divenne molto evidente a partire dal 1967 e con il mutamento avvenuto nella politica economica tedesca. Al contempo, il cambiamento nella politica estera americana, sia in termini diplomatici che finanziari, creava un'ondata d'incertezza che minacciava di indebolire il livello d'integrazione raggiunto dalle Comunità, rendendo inutilizzabile il modello di una delle sue politiche sostanziali più importanti, e cioè la politica agricola comune.

La fine dell'architettura finanziaria internazionale nata con gli accordi di Bretton Woods, non solo contribuiva a far attraversare un periodo di turbolenze monetarie negli Stati membri, ma minacciava di minare tutte

le politiche chiave delle Comunità. La tentazione di adottare la soluzione «protezionista» per dare forza agli agenti economici nazionali, tornava di nuovo in auge, mentre la politica di stabilire prezzi fissi per i prodotti agricoli, nella politica agricola comune, diveniva un compito impossibile in presenza di forti oscillazioni nei valori delle divise. Visto che le Comunità mancavano di una solidità istituzionale e di uno spessore politico per approdare a un coordinamento delle politiche economiche nazionali, le politiche intraprese puntarono a ristabilire un sistema economico rimasto sostanzialmente ancora nazionale. All'epoca della seconda crisi petrolifera che colpì l'Europa nel biennio 1978-1979 risposte nazionali divergenti confermavano il profondo divario esistente tra le Costituzioni socio-economiche alla base degli Stati membri, con effetti deleteri per i due decenni successivi.

Il buon senso sotto il profilo delle competenze e le crisi petrolifere mostravano come le competenze apparentemente solo economiche dell'Unione limitassero realmente l'autonomia nazionale, per prendere decisioni politiche cruciali con dimensioni e implicazioni sociali di fondamentale importanza¹²⁰. L'integrazione economica aveva un prezzo politico. Allo stesso tempo, la sintesi non era andata abbastanza lontano così da poter creare nuove opportunità politiche sostanziali a livello sovranazionale. Fu proprio in quel momento che il ruolo egemonico degli Stati Uniti veniva esercitato in maniera più incisiva (nonostante il repentino ritiro degli USA dopo la sua sconfitta in Vietnam; ma che sarebbe poi stato fondamentale negli anni a seguire per il suo *potere economico e finanziario*). Si creò così una costante ed evidente impressione che fosse necessario rinnovare scopi e obiettivi dell'integrazione una volta che il programma del Mercato comune venisse completato, cercando nuovi modi per dare stabilità alla sintesi attraverso una riforma sia istituzionale che sostanziale, ovvero facendo a meno della sintesi attraverso la creazione esplicita di un'unione costituzionale.

L'elezione diretta del Parlamento europeo rendeva ancor più chiara (se possibile) la dissonanza tra le strutture istituzionali e la prassi sia politica che giuridica. La decisione presa con l'Atto del 1976 di avere membri

¹²⁰ Le implicazioni della giurisprudenza erano ambivalenti. Il controllo di costituzionalità europeo sulle norme nazionali impediva, in alcuni casi, decisioni a breve termine di stampo populista, che probabilmente sarebbero cadute in ogni caso per il proprio peso (questo è il contesto contro il quale decise la Corte nella sentenza 8/74 *Dassonville*). In altri casi, smussa gli angoli più acuti delle politiche nazionali in chiaro contrasto con l'essenza del diritto comunitario, come avvenne nel caso del diritto del lavoro sotto la gestione Thatcher (che rendeva il diritto comunitario ben accetto, paradossalmente anche troppo, tra gli avvocati giuslavoristi e i sindacalisti britannici, si veda Brian Bercusson, *European Labour Law*, London, Butterworths, 1996, p. 31). L'implicazione strutturale, però, di una nuova svolta nell'interpretazione delle libertà economiche sembrava poter indebolire la capacità nazionale di gestire il *Sozialer Rechtsstaat*.

del Parlamento europeo eletti a suffragio universale e diretto, significava che, dopo le elezioni, si sarebbe avuta un'istituzione in grado di articolare la volontà generale europea su qualsiasi questione, non essendo più una semplice aggregazione di interessi nazionali, ma rappresentando una volontà sovranazionale genuinamente differente: una volontà che potesse prescindere dai veti che si basavano su differenze di volontà a livello nazionale. Questo supporto istituzionale della sintesi costituzionale, però, precludeva giuridicamente la possibilità d'esercitare una vasta gamma di funzioni. Meno evidente agli occhi dei più, ma ugualmente importante, fu il processo d'allargamento. Nel riaffermare solennemente che solo gli Stati democratici potevano diventare membri, c'era una pressione costante sull'UE, deputata a sorvegliare e a rispettare, essa stessa, i parametri democratici, per paura che la sua legittimità derivante da questo ruolo ne potesse uscire intaccata¹²¹.

Dalla fine degli anni Settanta, dunque, il processo dell'integrazione europea fu destabilizzato sia dall'esterno che dall'interno. In assenza di una forza egemone «benevola», la via *sintetica* dell'integrazione sembrava incapace di assorbire gli shock esterni sotto forma di crisi geopolitica e monetaria. Allo stesso tempo, il vero successo del processo di costituzionalizzazione trasformativa stava portando alla luce le carenze di legittimità dell'Unione. L'originale «modello comunitario» era ancora praticabile? Oppure era l'unica maniera per preservare e spingere l'integrazione a riportare l'Unione verso un modello costituzionale aperto? Questo era il dilemma con cui si aprì una lunga stagione costituzionale nell'Unione europea a partire dal 1979.

3. *Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Nizza: la lunga stagione costituzionale dell'Unione europea*

3.1 *Profilo generale*

Il secondo periodo dell'integrazione europea è segnato da crescenti tensioni frutto degli sviluppi interni ed esterni che hanno accompagnato tale processo (nei termini già descritti in precedenza) e dal tentativo di

¹²¹ Vedasi Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, e Helene Sjørnsen, «Widening or Reconstituting the EU?», in *Making the European Polity: Reflexive Integration in Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, London, Routledge, 2005, pp. 237-252. Frank Schimmelfennig qui ricorda retoricamente la trappola rappresentata dall'Unione. Si veda F. Schimmelfennig, «The Community Trap: Liberal Norms, Rhetorical Action, and the Eastern Enlargement of the European Union», *International Organization*, 55 (2001), pp. 47-80. Per una valutazione critica delle argomentazioni di Schimmelfennig si veda Helene Sjørnsen, «Why Expand? The Question of Legitimacy and Justification in the EU's Enlargement Policy», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), pp. 491-513.

consolidare l'integrazione attraverso una riforma sostanziale dell'Unione europea e del suo ordinamento giuridico. Tale riforma ha avuto successo solo in misura molto limitata. Per questo motivo identificheremo questo periodo come la lunga (e ancora non conclusa) stagione costituzionale dell'Unione europea.

Sul finire degli anni Settanta e la metà degli anni Ottanta, si fece strada una forte spinta a favore della riforma, in parte sotto l'impulso delle contraddizioni interne e l'effetto combinato dell'Atto Unico europeo e la riconcettualizzazione delle libertà economiche come punti di riferimento costituzionali a se stanti. Come si darà conto nel prosieguo del libro, la nuova caratterizzazione delle libertà economiche, come parte sostanziale e trascendentale di una costituzione della Comunità, fu effettuata dai tribunali. Questi sciolsero il legame allora esistente tra il diritto costituzionale europeo e l'originaria «costituzione anti-discriminazione» dell'Unione, che era sostanzialmente ancorata alle Costituzioni nazionali (il parametro di riferimento per stabilire cosa fosse discriminatorio era definito dal livello nazionale, e non da quello sovranazionale). Ciò non poteva che portare all'erosione della base di legittimità dell'Unione all'interno del processo di sintesi costituzionale (visto il ruolo chiave di legittimazione assegnato alle Costituzioni nazionali). L'evoluzione istituzionale fu danneggiata dalle tensioni accumulate a causa della «disaggregazione» delle strutture istituzionali nazionali, sotto la pressione dei processi d'uropeizzazione, e dall'unione monetaria imperfetta contemplata nel Trattato di Maastricht.

Sebbene le convenzioni costituzionali nazionali che governavano i rapporti tra le istituzioni venivano progressivamente indebolite dalla nascita di reti istituzionali transnazionali e sovranazionali (il Consiglio dei Ministri e il Sistema Europeo di Banche Centrali ne erano gli esempi più evidenti), non venne istituito alcun assetto costituzionale sovranazionale superiore al fine di compensare eventuali perdite dal punto di vista democratico (un punto su cui si ritornerà successivamente, nella parte finale di questo capitolo).

Questi cambiamenti crearono le condizioni strutturali affinché potessero essere avviati una serie di tentativi di riforma. Se lasciamo per un attimo da parte il tentativo di riforma del Parlamento europeo, attuato attraverso un processo quasi-costituzionale che diede vita alla Bozza di Trattato sull'Unione europea (meglio conosciuta come Bozza Spinelli), i restanti e successivi cambiamenti furono il risultato di un processo di negoziato intergovernativo per la riforma dei Trattati. Una crescente presa di coscienza sulla natura costituzionale dell'Unione e del suo ordinamento giuridico portò alla progressiva costituzionalizzazione di entrambi i processi di riforma e dei trattati risultanti. Questi processi, però, non si tradussero in istanze di cambiamento costituzionale da parte di coloro che ne erano deputati: i leader politici, infatti, evitarono l'uso di un linguaggio costituzionale, sebbene continuassero a implementare tali processi. Il risultato fu quello di approdare a timide riforme, dove gli attori protagonisti erano consapevoli del fatto che in seguito sarebbero stati necessari

cambiamenti ulteriori. Questa, in definitiva, è la ragione principale che rese la stagione costituzionale lunga e inconcludente.

Le crescenti pressioni non soddisfatte dalle riforme messe in atto, favorivano la fioritura di nuovi assetti istituzionali e nuove procedure decisionali, con la promessa di dare vita a una riforma, ma senza assumere nessuna iniziativa dal punto di vista formale. Ci si occuperà in seguito di tali strutture, sotto l'etichetta di «disposizioni sulla *governance*». L'apparente successo di queste disposizioni (e un certo *battage* accademico) le portò a rilanciarsi e a essere considerate come promettenti mezzi per dare stabilità alla sintesi, in alternativa sia a una sintesi riformata che a una costituzionalizzazione dell'Unione.

Va inoltre aggiunto che il contesto geopolitico ed economico tendeva a essere essenzialmente sfavorevole per dare la necessaria stabilità ad un soggetto politico come l'Unione europea. Verso la fine degli anni Ottanta, le Comunità dovettero affrontare uno shock esterno di grande portata: la caduta del Muro di Berlino e la contemporanea fine del dominio sovietico sull'Europa dell'Est. Bastò quest'evento per cambiare i giochi improvvisamente. La riunificazione tedesca fu sia una fonte di tensioni politiche che di pressioni economiche, visto che la parziale istituzionalizzazione dei meccanismi di stabilità, nel nuovo contesto monetario internazionale, assegnò alla Bundesbank il ruolo di artefice della politica monetaria in Europa senza avere né un mandato né una responsabilità collettiva¹²². La caduta delle dittature comuniste nell'Europa dell'Est spianava la strada per la realizzazione del sogno di una vera Unione europea a livello continentale. Queste aspettative, però, si rivelarono ben presto esagerate, e la capacità amministrativa e finanziaria per gestire queste sfide si dimostrò molto limitata. L'Unione, tuttavia, si imbarcò in quello che poi si rivelò essere un processo d'allargamento complesso e di lungo corso.

In particolare, la transizione verso il capitalismo dei Paesi dell'Europa dell'Est fu gestita in modo tale da accelerare una certa tendenza ad abbassare i salari, creando le basi per esacerbare le tensioni sociali e gli squilibri macroeconomici in tutta Europa negli anni a seguire¹²³.

¹²² Una storia molto conosciuta che viene ben raccontata nel libro ottimamente documentato di David Marsh, *The Euro*, New Haven and London, Yale University Press, 2009 (seconda edizione aggiornata, 2012).

¹²³ L'impatto dell'avvento del capitalismo nei Paesi dell'Europa dell'Est portò ad una crescita massiccia nel commercio «intra-aziendale» ad Est delle principali aziende dell'Europa dei 15. Si veda Julie Pellegrin, *The Political Economy of Competitiveness in an Enlarged Europe*, Houndmills, Palgrave, 2001. Ciò costituì una spinta strutturale al ribasso sui salari, rafforzata in alcuni Stati membri (come la Germania) da riforme nazionali. Su quest'ultimo punto, si legga Stefan Collignon, «The Failure of the Macroeconomic Dialogue on Wages (and How to Fix It)», in *The Sins of Peace*, pp. 427-469.

3.2. La fase costituente

3.2.1 Caratteristiche generali

Dal 1980, la sintesi costituzionale era arrivata abbastanza lontano da svelare la natura costituzionale del processo d'integrazione europeo. Come osservato nella sezione precedente, le due crisi petrolifere resero evidente sia agli occhi dei governi che dei cittadini il fatto che le libertà economiche, fulcro su cui si fondavano i Trattati, non si limitavano ad avere un impatto semplicemente economico. I governi nazionali non potevano più facilmente ricorrere ad una limitazione delle importazioni o alla concessione di sussidi ad aziende nazionali in procinto di fallire, in nome di considerazioni di carattere «sociale». Allo stesso tempo, la sintesi non si era spinta abbastanza lontano da poter ricreare mezzi adeguati d'azione politica a livello sovranazionale (frustrando perennemente gli auspici di una Europa «sociale»). Le elezioni dirette del Parlamento europeo rendevano evidente agli occhi di tutti, che da un lato esisteva una struttura istituzionale per configurare una volontà generale europea, dall'altro i suoi poteri venivano sostanzialmente ridotti.

La lunga stagione di riforma costituzionale prese dunque il via con fervore, e proseguì in modo del tutto peculiare per ben due decenni¹²⁴. A partire dall'elezione diretta del Parlamento europeo, nel 1979, furono formulate cinque proposte di riforma principali (la Bozza Spinelli¹²⁵, l'Atto Unico europeo¹²⁶, il Trattato di Maastricht¹²⁷, il Trattato di Am-

¹²⁴ Sulla forma assunta dalla riforma fondamentale, si veda Gráinne de Búrca e Joanne Scott, eds., *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart, 2000; cfr. Bruno de Witte, *The National Constitutional Dimension of European Treaty Revision: Evolution and Recent Debates*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004. Dal punto di vista delle scienze politiche si legga Andrew Moravsik, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press. Una lettura costituzionale della riforma fondamentale si ritrova in John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, «The Constitution's Gift», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 282-312. Tra le molte proposte per una modifica della procedura di riforma del Trattato, si veda *Reforming the Treaties' Amendment Procedure*, Fiesole, European University Institute, 2000, consultabile all'URL <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Institutions/2ndrapport_UK.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²⁵ Sulla bozza Spinelli del Trattato, si legga Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis Jacobs, e Jean Paul Jacqué, eds., *The European Union Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 1986; Juliet Lodge, ed., *European Union: The European Community in Search of a Future*, London, Macmillan, 1986.

¹²⁶ Sull'Atto Unico Europeo, si veda Dennis Swann, ed., *The Single European Market and Beyond: A Study of the Wider Implications of the Single European Act*, London and New York, Routledge, 1992; Jean De Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989; G. Grin, *The Battle of the Single European Market: Achievements and Economic Thought 1985-2000*, London, Kegan Paul, 2003.

¹²⁷ Su Maastricht si legga Richard Corbett, *The Treaty of Maastricht: From Conception to Ratification*, Harlow, Longman, 1993; David O'Keeffe e Patrick M.

sterdam¹²⁸, il Trattato di Nizza¹²⁹). Quattro di queste sono andate in qualche modo a buon fine, almeno riuscendo a innescare riforme nel diritto primario dell'Unione (tutte salvo la Bozza Spinelli). Nessuna di queste, però, riuscì a dotare l'Unione di un assetto costituzionale stabile, efficiente e generalmente accettato sotto il profilo democratico. In questo senso è possibile affermare che l'Unione non fu in grado di mantenersi all'altezza dei suoi obblighi democratici.

La riforma costituzionale fu caratterizzata da un gioco al ribasso nel linguaggio e nei simboli costituzionali, da una lenta ma costante costituzionalizzazione del processo di riforma, e dalla progressiva giustificazione della natura costituzionale e delle implicazioni di una agenda riformatrice. Questa serie di processi di riforma ad intermittenza e mai definitivi, portò alla codificazione di molte delle principali interpretazioni del processo di costituzionalizzazione, frutto sia delle convenzioni costituzionali sviluppatesi nell'ambito politico che della giurisprudenza costituzionale.

Ad ogni modo, va evidenziato il fatto che queste riforme riuscirono anche a introdurre cambiamenti significativi nei Trattati, che così si andavano completando e riformulando in un modo tale da rendere ancor più esplicita la loro indole costituzionale. Un elemento che, a sua volta, aveva dato spinta e forza ulteriore al processo di costituzionalizzazione.

3.2.2 *Il processo: il modello della conferenza intergovernativa*

Con la sola eccezione della Bozza Spinelli, la riforma fondamentale venne condotta secondo un processo di negoziato intergovernativo seguito poi dalla fase di ratifica nazionale. La Conferenza Intergovernativa (CIG), secondo il modello diplomatico classico, era il tavolo principale dove si svolgeva questo processo, nell'immaginario collettivo fortemente associato a maratone negoziali durante le riunioni europee ai massimi livelli, a partire dalla Conferenza di Stresa.

La fase di ratifica nazionale era, per così dire, *doppiamente* nazionale, primo perché era necessaria l'unanimità (e dunque ogni Stato membro godeva del potere di veto), in secondo luogo perché la struttura del pro-

Twomey, eds., *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, Wiley, 1994; Andrew Duff, John Pinder, e Roy Pryce, eds., *Maastricht and Beyond: Building the European Union*, London and New York, Routledge, 1994.

¹²⁸ Su Amsterdam si veda Franklin Dehousse, *Amsterdam: The Making of a Treaty*, London, Kogan Page, 1999; David O'Keeffe e Patrick M. Twomey, eds., *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, Hart Publishers, 1999; Jörg Monar e Wolfgang Wessels, eds., *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, London, Continuum, 2001.

¹²⁹ Su Nizza, vedasi Mads Andenas e John A. Usher, *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart Publishers, 2003; Finn Laursen, ed., *The Treaty of Nice: Actor Preferences, Bargaining and Institutional Choice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

cesso di ratifica costituzionale andava decisa da ciascun Stato membro in piena autonomia. Questa procedura è compatibile con la fase iniziale della sintesi costituzionale nel senso che può impedire agli attori principali di esercitare una sorta di predominio sul processo. Con il passare del tempo, e la crescita della sintesi, si presuppone che le procedure si vadano armonizzando ed europeizzando, con un'impronta diretta più forte sul processo da parte delle istituzioni a livello europeo.

Il modello della Conferenza Intergovernativa si basa sull'autorizzazione democratica, e viene condotta dal Consiglio europeo che, democraticamente parlando, è un agente costituzionale europeo di *natura indiretta*¹³⁰. I leader che compongono il Consiglio europeo sono eletti democraticamente, direttamente o indirettamente, dal corpo elettorale nazionale. Essi, quindi, non possono rivendicare il fatto di essere autorizzati a parlare in nome dell'insieme dei cittadini europei, inteso come corpo elettorale europeo unico.

Per capire la logica e la natura di questo processo di riforma fondamentale è utile prenderne in considerazione le sue cinque fasi principali. Grazie a tale analisi, è possibile dimostrare, non solo che, al di là della mera Conferenza Intergovernativa c'è qualcos'altro che contribuisce alla riforma, ma anche che vi sono altre fasi riconducibili a un certo grado di trasformazione che va verso una direzione costituzionale (come anticipato in precedenza).

Nella prima fase, la riforma viene preparata da un gruppo d'esperti (o da un comitato) sulla base di un mandato stabilito dal Consiglio europeo: i rapporti Dooge¹³¹ e Adonnino¹³² nel caso dell'Atto Unico europeo (insieme alla Bozza Spinelli per la riforma del Trattato, anche se quest'ultima venne accantonata) il Rapporto Delors¹³³ prima di Maastricht, quello We-

¹³⁰ Vi è un'analogia con la spesso citata teoria che considera quelle europee come elezioni di "secondo ordine", poiché i cittadini in ciascun Stato membro usano le elezioni a livello europeo per lanciare segnali ai loro leader politici nazionali. In questo modo le elezioni diventano verdetti sui leader nazionali e perdono molto del loro significato *europeo*. Vedasi K. H. Reif e H. Schmitt, «Nine Second-Order National Elections: A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results», *European Journal of Political Research*, 8 (1980), pp. 3-44.

¹³¹ Consultabile (in francese) all'URL <http://www.ena.lu/rapport_comite_ad_hoc_questions_institutionnelles_bruzelles_29_30_mars_1985-1-7639>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹³² Consultabile all'URL <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CFcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cvce.eu%2Fcontent%2Fpublication%2F2001%2F10%2F25%2Facceba8c-415e-4f4b-999b-f159f87c3768%2Fpublishable_it.pdf&ei=JYKyT9ydDM26-Aa3xO3TCA&usq=AFQjCNEpFEv2wq49z2PbzeTVvSpvTbIuA&sig2=gt9sOAZ_TIU5oPKB7VwTPQ>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹³³ Consultabile (in francese) all'URL <http://www.ena.lu/rapport_union_economique_monetaire_communaute_europeenne_12_avril_1989-1-9656>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

stendorp prima di Amsterdam¹³⁴, e quello di Von Weizsacker, Dehaene e Simon¹³⁵ prima di Nizza.

Nella seconda fase, il processo di riforma viene avviato *segnalando* il bisogno di apportare cambiamenti nel Trattato. Secondo quanto disposto dall'originario Articolo 236 del TCE e dall'Art 48 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), ciascuno Stato membro può evocare la necessità di dare il via a un processo di riforma, ma ciò deve essere formalmente deciso dal Consiglio e, di conseguenza, la convocazione della Conferenza Intergovernativa avviene da parte del Presidente del Consiglio. Alla Commissione e al Parlamento viene riconosciuto, formalmente parlando, soltanto un ruolo *consultivo* in questo processo.

Nella terza fase, il processo decisionale si svolge grazie all'azione di gruppi di esperti e, nei momenti conclusivi o in quelli particolarmente delicati, addirittura all'interno del Consiglio europeo. In questo contesto, il Servizio giuridico della Segreteria del Consiglio gioca un ruolo di primaria importanza nella sua veste di consulente permanente¹³⁶.

Nella quarta fase, si stabilisce il calendario delle decisioni da prendere, che si estende dalla conclusione positiva della CIG alla data di ratifica in ciascun Stato membro.

Nella quinta e ultima fase, la ratifica viene effettuata in ogni Stato membro, d'accordo con le procedure costituzionali definite in piena autonomia.

Sebbene tutto ciò dia l'impressione che il processo fosse di stampo marcatamente intergovernativo, poco trasparente e strutturalmente incapace di recepire input dall'opinione pubblica, in realtà questo stesso processo si stava progressivamente trasformando e somigliava sempre di più a un processo di riforma costituzionale (una trasformazione che, come abbiamo già osservato, in un modello piuttosto embrionale può essere fatta risalire agli anni Settanta).

In tal senso furono decisivi cinque elementi. In primo luogo, (a) il crescente profilo pubblico della fase preparatoria. Se da un lato i comitati erano di per sé solitamente composti da membri interni alle amministrazioni, il crescente profilo pubblico dell'atto di presentazione delle loro conclusioni, aiutava a suscitare l'interesse e provocava dibattito all'interno delle istituzioni rappresentative nazionali, come una «specie di riscaldamento» prima di entrare nel vivo del processo di riforma. Secondo, (b) lo sviluppo di un sistema di controllo parlamentare dava ai Parlamenti nazionali la possibilità di intervenire in modo più diretto in questo processo, (fu so-

¹³⁴ Consultabile all'URL <http://www.ena.lu/rapport_groupe_reflexion_strategie_leurope_bruxelles_decembre_1995-1-19371>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹³⁵ Consultabile su <http://www.ena.lu/rapport_commission_europeenne_implications_institutionnelles_elargissement_octobre_1999-1-17947>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹³⁶ Beach, «The Unseen Hand in Treaty Reform Negotiations: The Role and Impact of the Council Secretariat».

prattutto il caso della Danimarca) secondo i termini già discussi in precedenza. Terzo, (c) la tendenza a sottoporre le modifiche del Trattato a un processo di riforma nazionale simile a quello di riforma costituzionale, e in particolar modo sottoponendoli a un referendum (o plebiscito). Ciò provocava un impatto strutturale sulla condotta delle delegazioni e dei governi nazionali durante la fase negoziale. Il fatto che la ratifica dipendesse, in fin dei conti, dall'acquisizione di un voto positivo, creava incentivi per mantenere il più informata possibile l'opinione pubblica sugli aspetti principali e sulle eventuali svolte nei negoziati. Quarto, (d) la lunghezza delle conferenze intergovernative, che con il loro strutturarsi in diverse riunioni lungo un arco di tempo superiore all'anno, diede la possibilità di rendere il negoziato intergovernativo più trasparente e offrì uno spettro più ampio per il dibattito pubblico e per eventuali contestazioni. È su temi del genere che possiamo arrivare a concludere che il processo di riforma fondamentale si andava lentamente ma costantemente costituzionalizzando in questa fase¹³⁷. Infine, l'ultimo elemento da annoverare riguarda il processo di ratifica (e), dove sono venuti fuori due modelli «nazionali» diversi. Il primo è quello parlamentare: in questo caso è da sottolineare il fatto che, mentre il processo continua a essere condotto dal Consiglio europeo in qualità di agente democratico indiretto, con il trascorrere del tempo è emersa una componente implicita di natura sintetica. Durante il processo di ratifica dell'Atto Unico europeo, il Parlamento italiano, su richiesta di Altiero Spinelli, si impegnava alla ratifica solo nel caso in cui il Parlamento europeo avesse dato il proprio assenso. A seguito di questa posizione, anche il Parlamento belga ne seguì l'esempio e, a partire da quel momento, tale procedura è andata applicandosi a tutti i Trattati (Maastricht, Amsterdam, Nizza)¹³⁸. Questa procedura ci fornisce un esempio valido di come la logica della sintesi costituzionale faccia la propria comparsa in processi che sembrano completamente di natura intergovernativa: i parlamenti nazionali *de facto* prestano la propria autorità costituzionale al loro omologo sovranazionale, cioè il Parlamento Europeo.

Allo stesso tempo, questa procedura mette in luce l'aspetto *condizionale* della sintesi che è in ultima istanza basata sulla fiducia. Inoltre, proprio in quanto informale, tale sostegno può essere revocato poiché si tratta di un'autorizzazione condizionata.

¹³⁷ Per maggiori dettagli, vedasi John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, «The Constitution's Gift», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 380-410. Budden etichetta l'Atto Unico Europeo del 1985 come il primo di una serie di CIG «quasi-costituzionali». Si veda Philip Budden, «Observations on the Single European Act and "Relaunch of Europe": A Less "Intergovernmental" Reading of the 1985 Intergovernmental Conference», *Journal of European Public Policy*, 9 (2002), pp. 76-97, a p. 77.

¹³⁸ Si è coniata anche la definizione di «veto indiretto»; vedasi Thomas Christiansen, «Supranational Actors in EU Treaty Reform», *Journal of European Public Policy*, 9 (2002), pp. 33-53.

Il secondo modello è quello plebiscitario. Dall'Atto Unico europeo fino ad arrivare a Nizza tale prassi veniva utilizzata in modo sporadico, in quanto ogni Stato poteva decidere quali procedure di ratifica adottare e molte di queste non prevedevano la necessità di un referendum¹³⁹. Bastava però una singola decisione presa dal corpo elettorale di uno Stato, per creare uno shock su tutto il sistema. I risultati referendari negativi (per esempio quello danese sul Trattato di Maastricht nel 1992) furono visti come la prova del fatto che l'Unione soffriva di un deficit democratico. Alla luce di questi risultati, la risposta sul lungo periodo che si è cercato di dare alle bocciature referendarie, includeva riforme ulteriori in senso democratico per prevenire, per l'appunto, nuove sconfitte nei referendum.

3.3 La costituzionalizzazione trasformativa

La costituzionalizzazione trasformativa, in questo periodo, riguardava più il merito che la struttura del diritto costituzionale europeo. In tal senso furono decisive a) la ricalibrazione delle libertà economiche difese e sostenute con successo dalla Corte di Giustizia europea sulla scia dell'Atto Unico europeo; e b) l'esaurimento del processo di costituzionalizzazione trasformativa strutturale, giacché il contenuto costituzionale essenziale della prevalenza e dell'effetto diretto era già stato stabilito (e dunque la Corte poteva, a ragione, rivendicare il fatto che questi principi andavano semplicemente messi a punto in quanto si erano già consolidati, intraprendendo quindi un'attività di costituzionalizzazione semplice e non trasformativa) e la crescita delle competenze aveva raggiunto i suoi limiti, grazie alla formale assunzione di nuove competenze (l'inserimento dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, nel Trattato di Maastricht, sono serviti più per scopi simbolici, che per un proposito effettivamente costituzionale).

La trasformazione costituzionale più importante, nel periodo in questione, fu la nuova caratterizzazione delle libertà economiche e il corrispondente spostamento relativo alle competenze. Come già segnalato all'inizio di questo capitolo, la Corte cominciò ad analizzare le implicazioni costituzionali delle quattro libertà economiche alla fine del processo, diviso in quattro fasi, per approdare a un mercato comune. Le libertà economiche, però, vennero essenzialmente dipinte come la concretizzazione del principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità e, dunque, erano sostanzialmente dipendenti dal dettato di ciascuna Costituzione nazionale.

¹³⁹ Per una panoramica sulle diverse procedure di ratifica del Trattato, si consulti <http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Treaty_Paris.htm> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

Partendo dalla sentenza *Cassis de Dijon*¹⁴⁰ (specie dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico europeo) la Corte considerava le libertà economiche alla stregua di componenti autosufficienti di un ideale sovranazionale di libertà negativa ed individualista. Questa nuova dottrina acquisiva la statura di trasformazione costituzionale quando la Corte cominciò a fare a meno della chiara divisione, nel regime costituzionale esistente, tra le quattro libertà economiche. In questa nuova interpretazione, un qualsiasi *ostacolo* frapposto all'esercizio di una *qualsiasi* libertà economica, includendo quella non discriminatoria, avrebbe costituito una violazione del diritto comunitario¹⁴¹. Ciò sembrava coincidere con l'obiettivo di approdare al Mercato unico sancito nell'Atto Unico europeo. D'altro canto, tutto ciò ebbe delle conseguenze importanti e non sufficientemente considerate. In primo luogo, veniva chiesto di fare a meno dei limiti tradizionali del diritto comunitario, sotto forma di situazione puramente interna e discriminazione inversa¹⁴². In secondo luogo, si assisteva ad una repentina e straordinaria crescita nell'ambito e nella portata del diritto comunitario, poiché tutte le norme nazionali, e non solo quelle che fundamentalmente riguardavano le politiche specifiche sviluppate dalla Comunità, potevano costituire potenzialmente un ostacolo alla realizzazione delle quattro

¹⁴⁰ Sentenza 120/78, *Rewe Zentral* (Cassis de Dijon), [1979] Racc. 649. Si veda anche la «Dichiarazione della Commissione riguardante le Conseguenze della Sentenza emessa dalla Corte di Giustizia il 20 febbraio 1979 ('Cassis de Dijon')», GU C 256, del 30.10.1980, 2 e 3, di grande rilevanza visto che articolava il principio di mutuo riconoscimento. Si veda anche Joseph Weiler, «The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods», in *The Evolution of EU Law*, ed. Paul Craig e Grainne de Búrca, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 349-376.

¹⁴¹ Le sentenze di riferimento chiave furono la Sentenza C-76/90, *Säger*, [1991] Racc. I-4221; Sentenza C-55/94, *Gebhard*, [1995] Racc. I-4165; Sentenza C-415/93, *Bosman*, [1995] Racc. I-4921; e dopo l'entrata in vigore della Direttiva 88/361 sulla libera circolazione di capitali Sentenza C-163/94, *Sanz de Lera*, [1995] Racc. I-4821. Per quanto concerne la letteratura in dottrina, vedasi Álvaro de Castro Oliveira, «Workers and Other Persons: Step by Step from Movement to Citizenship», *Common Market Law Review*, 39 (2002), pp. 77-127; Vassilis Hatzopoulos e Thien Uyen Do, «The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services: 2000-2005», *Common Market Law Review*, 43 (2006), pp. 923-991; Eddy Wymeersch, «The Transfer of the Company's Seat in EEC Law», *Common Market Law Review*, 40 (2002), pp. 661-695; S. Mohamed, *European Community Law on the Free Movement of Capital*, Stockholm, Kluwer Law International, 1999; A. Landsmeer, «Movement of Capital and Other Freedoms», *Legal Issues of Economic Integration*, 28 (2001), pp. 57-69; Leo Flynn, «Coming of Age: The Free Movement of Capital Case Law», *Common Market Law Review*, 39 (2002), pp. 773-805; Mads Andenas, Tilmann Gütt, e Matthias Pannier, «Free Movement of Capital and National Company Law», *European Business Law Review*, 16 (2005), pp. 757-786. Un'interpretazione complessiva a noi congeniale si trova in Alexander Somek, *Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

¹⁴² Alina Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2009.

libertà economiche. Questa situazione portò a un'evoluzione dell'ambito delle competenze fortemente asimmetrica, in quanto la portata delle libertà economiche, intese come principi costituzionali, non veniva accompagnata da una corrispondente espansione delle competenze legislative dell'Unione. A seguito di ciò, il rischio di un totale indebolimento del processo politico divenne concreto¹⁴³.

Terzo, si riformulò la reale struttura dei conflitti costituzionali nel diritto comunitario. Mentre il conflitto formale, in casi come quello della sentenza *Costa*, era di natura essenzialmente orizzontale, oltre a essere conseguenza inevitabile dell'affermazione di un diritto costituzionale comune, il modo in cui le libertà economiche si sono andate emancipando dagli standard costituzionali nazionali, creava le condizioni in cui divenivano possibili anche conflitti puramente verticali, che nei fatti divennero sempre più frequenti negli anni a seguire (per maggiori dettagli su questo punto si veda il Capitolo 5).

Infine, si registrò anche un salto quantitativo nel processo di giurisdizionalizzazione delle politiche europee.

Un ulteriore aspetto concerne la profonda trasformazione che ha riguardato le competenze. Mentre sembrava che venisse «imbrigliato» il potere dell'Unione, la sentenza *Tobacco Advertising*¹⁴⁴ implicava l'abbandono della posizione assunta in precedenza dalla sentenza chiave *Titanium Dioxide*¹⁴⁵, per limitare l'ambito e la portata sia delle questioni legate al mercato che di quelle non connesse ad esso (in quest'ultimo caso, grazie al cosiddetto test del «centro di gravità», che porterebbe a considerare come misure «non di mercato» quelle che disciplinavano un bene collettivo diverso o un diritto fondamentale).

Anche se questa scelta aveva il sapore di una centralizzazione realizzata mediante un diritto costruito dai giudici, la divisione delle funzioni tra le procedure legislative all'interno dell'Unione portò a uno sbilanciamento strutturale, secondo il quale soltanto un certo tipo d'integrazione finisce con l'essere favorita. Le implicazioni democratiche di tutto ciò saranno oggetto d'analisi nel Capitolo 5.

Al contempo, i processi di costituzionalizzazione trasformativa descritti all'inizio di questo capitolo avevano già fatto il loro tempo. Le componenti normative chiave della prevalenza e dell'effetto diretto erano state stabilite a

¹⁴³ Uno di due autori di questo libro ha sostenuto infatti che tale competenza si sarebbe estesa a macchia d'olio grazie agli effetti strutturali delle libertà economiche e non tanto per mezzo della legislazione comunitaria in vigore. Vedasi Menéndez, «The Constitution's Gift». Una dimostrazione del deficit strutturale democratico si trova in Agustín José Menéndez, «The European Democratic Challenge», *European Law Journal*, 15 (2009), pp. 277-308, a pp. 301-302.

¹⁴⁴ Cfr. Sentenza C-376/98, *Germany v. Parliament and Council*, [2000] Racc. I-8419. Su quest'ultima si veda Alexander Somek, *Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

¹⁴⁵ Cfr. Sentenza C-300/89, *Titanium Dioxide*, [1991] Racc. I-2867.

partire dalla fine degli anni Settanta. E mentre ancora si faceva un largo uso dello strumento di competenza residuale dell'Unione (Art. 235 del TCE, poi rinumerato come Art. 308 del TCE) nel periodo che va dall'Atto Unico europeo fino a Maastricht, il nocciolo della questione fu che sia nell'Atto Unico Europeo che in Maastricht le competenze, assegnate mediante questo strumento, le furono poi formalmente riconosciute. Infatti, sotto il profilo delle competenze, la sfida chiave non era più quella dell'azione *legislativa* dell'Unione quanto, piuttosto, *le implicazioni sulle competenze*, che portano ad una nuova interpretazione delle libertà economiche come strumenti *politici*.

Dal punto di vista della teoria della sintesi costituzionale, questo tipo di costituzionalizzazione trasformativa, che consiste in una nuova configurazione strutturale delle libertà economiche e un rimodellamento degli ambiti di competenza dell'Unione, dimostra una certa propensione del soggetto politico *sintetico* a diventare autonomo sotto il profilo giuridico, anche se a discapito della sua fonte stessa di legittimità democratica. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sulle libertà economiche e sulle competenze, sebbene fosse il frutto di segnali politici forti (ma anche controversi), è l'esempio migliore di quanto il processo di sintesi costituzionale abbia in sé la tendenza a favorire le contraddizioni *interne*, nei termini espressi al Capitolo 2.

3.4 La costituzionalizzazione semplice

A causa del fatto che sia lo sviluppo dei principi strutturali che di quelli sostanziali avesse registrato progressi considerevoli nei primi tre decenni d'integrazione, e grazie a un processo decisionale politico innovativo nella fase, per così dire, legislativa, che diventava ancor più difficile con l'aumento del numero di nuovi membri nell'Unione, la costituzionalizzazione divenne principalmente un processo guidato dai giudici (o, per meglio dire, della Corte). A tal proposito, è possibile evidenziare cinque sviluppi principali, che essenzialmente dimostrano come al crescere dell'attenzione sulla natura costituzionale dell'Unione e sul suo ordinamento giuridico aumentano le tensioni con le disposizioni costituzionali nazionali.

Secondo l'approccio qui adottato, l'effetto diretto si mostrava di per sé una spina nel fianco per i sistemi di responsabilità civile degli Stati nazionali, che sono cruciali per la distribuzione degli oneri tra i cittadini. Il principio della prevalenza sfidava il modo in cui i sistemi politici nazionali conciliavano il mandato per l'integrazione con la supremazia della Costituzione nazionale, mentre l'evoluzione dei parametri sovranazionali dei diritti fondamentali metteva in discussione il sistema di preferenze e il posizionamento dei diritti che fanno parte di un sistema nazionale di diritti fondamentali, in particolare se ad esso si aggiunge una ricalibrazione dei diritti economici e una riconsiderazione delle garanzie per una tutela procedurale effettiva dei diritti comunitari.

Il primo sviluppo da considerare, era la presenza di indicazioni ulteriori da trovare nell'ambito e nella portata dell'effetto diretto del diritto comu-

nitario. In particolare, la Corte si mostrava a favore di un effetto diretto interpretativo delle norme comunitarie, incluso le direttive¹⁴⁶, e dava anche l'ultima stoccata alla dottrina, affermando il diritto della persona a essere risarcita nella misura in cui avesse sofferto dei danni in caso di violazione dello stesso¹⁴⁷. Inoltre, l'effetto diretto delle disposizioni del Trattato e dei regolamenti fu esteso ulteriormente, rendendo le autorità statali responsabili per i danni causati da violazioni risultanti da azioni private, laddove lo Stato non fosse stato sufficientemente diligente, non prendendo le misure adeguate per assicurare il rispetto della libertà comunitaria in questione¹⁴⁸.

Il secondo sviluppo consiste nel fatto che la prevalenza del diritto comunitario fu ulteriormente consolidata grazie a decisioni specifiche inerenti l'accantonamento di norme costituzionali nazionali specifiche (Grecia, Lussemburgo)¹⁴⁹, e dalla straordinaria espansione dell'applicabilità diretta delle norme comunitarie, rivendicando il diritto, non solo dei giudici ma anche delle autorità amministrative, a mettere da parte le norme nazionali che entravano in conflitto con quelle comunitarie¹⁵⁰.

Con il terzo sviluppo, si dava conferma al carattere vincolante dei criteri di base dei diritti fondamentali comunitari, poiché la Corte affermava il fatto che la loro portata materiale si estendeva a quei casi in cui il diritto nazionale dà applicazione al diritto comunitario, o quando un diritto nazionale viola, in modo giustificato, una libertà (economica) comunitaria¹⁵¹.

Il quarto sviluppo, prevede che, (sebbene questo vada al di là del tema di questo capitolo) la nuova caratterizzazione delle libertà economiche

¹⁴⁶ Giudizio che si ritrova nella sentenza C-106/89, *Marleasing*, [1991] Racc. I-4135. Si veda Paul Craig, «Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), pp. 453-479; e «Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation», *European Law Review*, 22 (1997), pp. 519-538. Si veda anche Nick Maltby, «Marleasing: What Is All the Fuss About», *Law Quarterly Review*, 109 (1993), pp. 301-311.

¹⁴⁷ Si vedano le sentenze di riferimento sulle cause riunite 6 & 9/90, *Francovich*, [1991] Racc. I-5357, e all'interno della dottrina accademica, Michael Dougan, «The Francovich Right to Reparation: Reshaping the Contours of Community Remedial Competence», *European Public Law*, 6 (2000), pp. 103-128; e Marie-Pierre F. Granger, «National Applications of Francovich and the Construction of a European ius commune», *European Law Review*, 32 (2007), pp. 157-192.

¹⁴⁸ Sentenza C-265/95, *Commission v France*, [1997] Racc. I-6959, par. 32.

¹⁴⁹ Si veda C-183/91, *Commission v Greece*, [1993] Racc. 3131 and C-473/93, *Commission v Luxembourg*, [1996] Racc. I-3207. Sul tema della prevalenza, veda Mattias Kumm, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 262-307.

¹⁵⁰ Cfr. Sentenza C-103/88, *Fratelli Costanzo*, [1989] Racc. 1839.

¹⁵¹ Si vedano le sentenze sulle cause riunite 60 e 61/84, *Cinéthèque*, [1985] Racc. 2605; Sentenza 12/86, *Demirel*, [1987] Racc. 3719; 5/88, *Wachauf*, [1989] Racc. 2609; C-260/89, ERT, [1991] Racc. I-2925; e C-168/91, *Konstantinidis*, [1993] Racc. I-1191.

doveva investire i termini reali secondo cui il conflitto tra il diritto alla proprietà privata e i beni collettivi veniva risolto sotto l'egida del diritto comunitario. Infatti, mentre si è osservato che l'interpretazione non discriminatoria delle libertà economiche veniva accompagnata dalla caratterizzazione della proprietà privata in linea con la filosofia «sociale» instauratasi nelle Costituzioni del dopoguerra, l'invocazione delle libertà economiche «emancipate» come motivi per accantonare le facoltà derivanti dai diritti nazionali socio-economici fu solo questione di tempo. Mentre la Corte rimaneva ferma quando i diritti in gioco erano di natura civile o politica (le sentenze *Schmidberger*, *Omega*, *Khadi*, e con un cauto approccio nella sentenza *Vajnai*)¹⁵², essa ha dato pieno credito a questa impressionante inversione di tendenza nel momento in cui la libertà economica entrava in conflitto con i diritti socio-economici (*Viking*, *Laval*, *Ruffert*)¹⁵³.

Il quinto sviluppo, infine, consisteva in una maggiore espansione della protezione sostanziale nei procedimenti amministrativi a disposizione di coloro che detengono un diritto nei sistemi giuridici nazionali, grazie alla norma comunitaria. Il diritto comunitario s'interpretava come un elemento in grado di porre l'accento sulla necessità di istituire dei procedimenti amministrativi tali da rendere i diritti comunitari effettivi anche quando questi stessi procedimenti non fossero previsti nel diritto nazionale (come fu nel caso della concessione d'ingiunzioni temporanee nella sentenza *Factortame*)¹⁵⁴, stabilendo il riconoscimento appropriato dei danni¹⁵⁵, l'eliminazione di termini di tempo ingiustificati¹⁵⁶ o l'accesso a una tutela giurisdizionale adeguata¹⁵⁷. Il coronamento di questo processo fu l'affermazione del principio secondo cui l'accesso al giudice comunitario non sarebbe stato garantito dal diritto comunitario, ma dal diritto nazionale. In altri termini, l'interpretazione restrittiva del diritto delle parti private a rispondere *direttamente* agli atti comunitari dinanzi alla CGE, doveva essere compensata con l'ampliamento dei termini di protezione da offrire da parte del giudice «naturale» comunitario, cioè il giudice nazionale ordinario¹⁵⁸.

¹⁵² Cfr. C-112/00, *Schmidberger*, [2003] Racc. I-5659; C-36/02, *Omega*, [2004] Racc. I-9609; C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi*, [2008] Racc. I-06351; l'ordinanza della Corte in C-328/04, *Vajnai*, [2005] Racc. I-8577.

¹⁵³ Cfr. C-438/05, *Viking*, [2007] Racc. I-10779; C-341/05, *Laval*, [2007] Racc. I-11767; C-346/06, *Ruffert*, [2008] Racc. I-1989. Si veda anche C-319/06, *Luxembourg Case*, [2008] Racc. I-4323.

¹⁵⁴ Cfr. C-213/89 *Factortame I*, [1990] Racc. I-2433, dove la Corte sosteneva che, nel caso in cui l'efficacia dei diritti comunitari venisse sospesa temporaneamente a causa di una preclusione contenuta nelle norme nazionali, il tribunale nazionale avrebbe dovuto mettere da parte la disposizione nazionale.

¹⁵⁵ Cause riunite 6 & 9/90, *Francovich*, [1991] Racc. I-5357.

¹⁵⁶ Sentenza C-208/90, *Emmott*, [1991] Racc. I-4269.

¹⁵⁷ Sentenza C-222/84, *Johnston*, [1986] Racc. 1651.

¹⁵⁸ Sentenza C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, [2002] Racc. I-6677, in particolare par. 41 and 42. Vedasi John Temple Lang, «Actions for Declarations

La crescita della natura costituzionale dell'Unione e del suo ordinamento giuridico apre dunque le porte ad una riconsiderazione dell'ambito e della portata del diritto comunitario. Come già enfatizzato all'inizio di questo capitolo, la costituzionalizzazione era destinata a scatenare controversie vista la base di legittimità democratica incompleta dell'Unione e la sua struttura istituzionale originale.

Ciò spiega lo sviluppo di una consistente linea giurisprudenziale da parte delle Corti costituzionali nazionali per quanto concerne i limiti della prevalenza del diritto comunitario, la quale, anche se originata in una fase precedente, si andavano perfezionando e consolidando intorno a quanto disposto nella sentenza *Solange II*¹⁵⁹ della Corte costituzionale tedesca. Allo stesso modo, la struttura istituzionale incompleta dell'Unione (come osservato dalla prospettiva della sintesi costituzionale) è la causa di una tendenza emergente ad autolimitarsi da parte delle istituzioni europee, che trova il suo riflesso, dal punto di vista costituzionale, nella consacrazione del principio di sussidiarietà (che in termini giuridici può ridursi all'applicazione della proporzionalità nella distribuzione e nell'esercizio delle competenze)¹⁶⁰, e nell'implicita concessione di poteri sia agli attori privati (con conseguenze deleterie per la legittimità democratica) o alle istituzioni nazionali (come nel caso del monitoraggio delle competenze)¹⁶¹.

3.5 Evoluzione e convergenza istituzionale

L'evoluzione istituzionale dell'Unione durante «la lunga stagione costituzionale europea» fu caratterizzata più da una lunga serie di modifiche ed adattamenti progressivi che da grandi riforme della struttura istituzionale esistente. Ciò, a sua volta, veniva combinato a numerose nuove aggiunte istituzionali per gestire mansioni specifiche dal punto di vista funzionale.

Questa forma di evoluzione di fatto significò: (a) un'accentuazione ulteriore del pluralismo istituzionale dell'Unione, sotto la spinta di tre forze, nuove o rinnovate, che alimentarono l'eterogeneità istituzionale, quali

That Community Regulations Are Invalid: The Duties of National Courts under Article 10EC», *European Law Review*, 28 (2003), pp. 102-111.

¹⁵⁹ *Granital*, Gazz. Uff. del 24 giugno del 1984, in particolare par. 4 (versione in inglese in Andrew Oppenheimer, *The Relationship between European Community Law and National Law: The Case*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005); Sentenza *Solange II* della Corte Costituzionale tedesca, BvR 2, 197/83, (versione in inglese in 1987 3 C.M.L.R. 225), in particolare par. 31.

¹⁶⁰ Cfr. Grainne de Búrca, «Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law», in *General Principles of European Community Law*, ed. Ulf Bernitz e Joakim Nergelius, Dordrecht, Kluwer, 2001, pp. 95-112.

¹⁶¹ Klaus Dieter Ehlermann, «The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution», *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 537-590; Koen Lenaerts e Damien Gerard, «Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline», *World Competition*, 27 (2004), pp. 313-349.

l'aumento delle competenze, le adesioni a tappe di nuovi Stati membri, la nascita di un nuovo modello istituzionale di *governance*; e (b) modelli d'evoluzione complessi e differenziati in tre delle quattro istituzioni chiave, ossia la Commissione, il Consiglio e il Parlamento.

Questi sviluppi sono la prova del fatto che la struttura istituzionale dell'Unione diventava più pluralista, grazie alla crescita e anche all'estensione della sintesi nell'ambito costituzionale. Ciò, a sua volta, significava che la struttura istituzionale diventava meno capace di gestire il processo *sintetico*, e dunque cominciava la ricerca di alternative (il modello di *governance*) che si sganciassero ulteriormente dal processo di sintesi.

3.5.1 *L'ulteriore approfondimento del pluralismo istituzionale*

La dinamica evolutiva dell'Unione in questo periodo, come già fatto notare, sembrava per lo più improntata alla crescita del pluralismo istituzionale piuttosto che caratterizzata da riforme rivoluzionarie. In particolare, è possibile identificare tre fattori principali di pluralizzazione con effetti misti sulla sintesi.

Il primo fattore riguarda le varie aggiunte apportate all'insieme delle istituzioni europee e ai processi decisionali che scaturirono dalla crescita delle competenze relativa alla sintesi. In tal senso fu fondamentale, l'uso attivo dell'Articolo 235 del TCE sulle competenze residue (poi diventato Art 308 del TCE) per lo sviluppo di politiche in nuovi settori. Questo modello si può far risalire agli anni Settanta (come spiega esaustivamente la parte iniziale di questo capitolo). Tale crescita consisteva nell'incremento di nuove aree di competenza, attraverso il succedersi di riforme dei Trattati, e in particolar modo del Trattato di Maastricht, che eresse due nuovi «pilastri» (la Politica Estera e di Sicurezza e la Politica di Giustizia e Affari Interni) nell'Unione lasciando un'impronta alquanto originale.

A causa della programmazione di nuove istituzioni che si erano aggiunte in momenti, periodi e circostanze diverse da quelle esistenti al momento della nascita dei Trattati originari, era quasi inevitabile che i modelli istituzionali fossero diversi, e ovviamente non compatibili. Infatti, come si vedrà in seguito, la Banca Centrale Europea, la novità istituzionale più importante, fu frenata riguardo alle sue pretese non solo di essere autonoma, ma di essere considerata un'organizzazione internazionale specializzata, completamente indipendente dal resto della struttura dell'Unione.

Per quanto concerne, nello specifico, le nuove istituzioni previste nei Trattati, buona parte di queste (eccezion fatta per le istituzioni legate alla politica monetaria) rafforzarono il «lato» intergovernativo dell'Unione. La volontà di preservare un'influenza intergovernativa sullo sviluppo di politiche che riguardavano sicurezza, difesa, giustizia e affari interni portava alla programmazione delle istituzioni secondo modi difficilmente riconducibili al metodo «comunitario» sancito nel Trattato di Roma (che a sua volta era molto meno sovranazionale rispetto a quello contenuto nel Trattato che istituiva la Comunità del Carbone e dell'Acciaio). Contem-

poraneamente, anche l'obiettivo minimo di assicurare la cooperazione tra le istituzioni nazionali, aveva bisogno di un certo grado di consolidamento istituzionale. Ciò spiega il motivo per cui si faceva abbondantemente ricorso ad una serie di agenzie «intergovernative», quali Europol ed Eurojust (e in modo analogo per quanto concerne la politica di difesa, e cioè con l'Agenzia Europea per la Difesa) il cui assetto può far pendere l'ago della bilancia a favore dei sistemi di *governance*, nei termini discussi¹⁶².

Il secondo fattore, e cioè il pluralismo istituzionale, andava crescendo a colpi di allargamento. Fra il 1957, quando l'Unione prese il via con 6 Membri, e il 2000, ci furono quattro tornate del cosiddetto «allargamento»: durante la prima, nel 1973, si assistette all'ingresso di Danimarca, Irlanda e Regno Unito. Ad essi seguirono la Grecia nel 1981, la Spagna e il Portogallo nel 1986, e infine Austria, Finlandia e Svezia nella quarta ondata del 1995. Sebbene tutti questi Stati appartenessero all'Europa occidentale, la loro inclusione incrementava notevolmente il raggio di posizioni, visioni e strutture politico-amministrative dell'Unione (non è marginale il fatto che le nuove adesioni degli anni Ottanta toccavano paesi con democrazie «nuove», quali Grecia, Portogallo, Spagna, che avevano vissuto un nuovo inizio costituzionale, e dunque modellavano e plasmavano di conseguenza le proprie strutture istituzionali). Vanno anche tenuti in considerazione i possibili effetti di pluralizzazione causati dal processo di «pre-adesione» che i Paesi ex-comunisti (dieci in totale) avrebbero intrapreso prima di diventare membri dell'Unione nel 2004 e nel 2007. Mentre l'allargamento formale si prendeva il tempo necessario, nasceva una rete di trattati bilaterali pochi mesi dopo la Caduta del Muro di Berlino. Questi accordi non solo preparavano, ma anticipavano anche l'adesione dei nuovi membri. Questo fenomeno portò alla trasformazione dell'ordinamento giuridico-politico non solo dei candidati designati ma anche dell'Unione stessa. Ogniqualvolta un nuovo membro si entrava nell'Unione, generava una sorta di scossa istituzionale, e il sistema, di conseguenza, doveva riconfigurarsi.

Vista la natura costituzionale dell'Unione, ogni ingresso di un nuovo membro comportava una successiva ondata di ricostituzionalizzazione. Bisogna aggiungere che la condizionalità democratica dell'Unione è favorevole alla sintesi costituzionale: essa assicurava che solo le democrazie costituzionali potevano diventare membri, e operando con criteri di selezione sui principi democratici si ripercuoteva sull'Unione, la cui credibilità democratica dipendeva dalla valutazione delle credenziali democratiche di chi faceva richiesta di entrare, rafforzando così ulteriormente la sintesi.

¹⁶² Annika Suominen, «The Past, Present and the Future of Eurojust», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15 (2008), pp. 217-234. Si veda anche il rapporto della Camera dei Lord su Eurojust, consultabile all'URL <<http://www.statewatch.org/news/2004/jul/eurojust-hol.pdf>> (ultimo accesso Maggio 2012). Per una visione più generale, si legga David O'Keeffe, «Recasting the Third Pillar», *Common Market Law Review*, 32 (1995), pp. 893-920; Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Il terzo fattore, consisteva in un pluralismo istituzionale esacerbato dalla progressiva affermazione di un nuovo modello istituzionale ibrido di *governance*. A tal proposito, la mancanza di un chiaro disegno costituzionale complessivo a livello sovranazionale (giacché le consuetudini costituzionali, che normalmente garantivano l'equilibrio democratico tra le istituzioni, non si sarebbero potute applicare immediatamente a un assetto istituzionale piuttosto diverso) aveva alimentato l'affermazione di prassi istituzionali abbastanza originali nelle istituzioni europee, quali per esempio le dichiarazioni inter-istituzionali, il «modus vivendi» o altre ancora, che sfidavano le logiche istituzionali standard.

Tutto ciò veniva completato dalle azioni portate avanti, nei rapporti «orizzontali» e «verticali» tra istituzioni nazionali «disaggregate» (sotto la spinta dell'europeizzazione), come per esempio i rapporti tra i vari Parlamenti nazionali, o tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali¹⁶³. Questi rapporti, poco pubblicizzati e apparentemente volontari, divennero un modello istituzionale con contorni più definiti, frutto delle pressioni di natura funzionale che scaturirono dall'imperfetta unione monetaria decisa a Maastricht ed entrata in vigore nel 1999 (anche la *governance* è ovviamente un fenomeno che racchiude molti più aspetti rispetto alla sola politica d'unione monetaria)¹⁶⁴.

L'Unione monetaria così sancita nel Trattato di Maastricht è un caso chiaro di unione monetaria imperfetta, che intacca ed ostacola la sintesi.

Da un lato, si accordò che la politica monetaria sarebbe stata «federalizzata» e assegnata a un sistema indipendente di Banche Centrali europee, con al vertice la Banca Centrale europea. Mentre ciò allineava l'assetto istituzionale e decisionale riguardante la politica monetaria in buona parte dell'Unione europea (anche in Paesi quali il Regno Unito che ottennero un *opt-out* esplicito che consentiva loro di non dover *mai* entrare nell'unione monetaria, salvo decidere il contrario), generava anche il pluralismo istituzionale sia all'interno dell'Unione - creando un assetto istituzionale speciale per istituzioni e processi decisionali riguardanti la politica mone-

¹⁶³ Le riunioni più o meno informali dei Parlamenti nazionali assunsero una certa forma istituzionale grazie al cosiddetto COSAC a partire dal 1989. Non solo vi furono riunioni e reti di collaborazioni tra i Parlamenti nazionali che fecero la loro comparsa ben prima di questa data, ma il COSAC aveva anche favorito contatti paralleli e la creazione di canali informali tra quest'ultimi. Tale organizzazione è poco istituzionalizzata, con scarsi poteri sostanziali, ma serve per dare un appoggio alle reti informali di rapporti esistenti tra i medesimi Parlamenti.

¹⁶⁴ Per valutazioni generali sulla *governance* vista come un paradigma politico, si consideri Beate Kohler-Koch, «The Evolution and Transformation of European Governance», in *The Transformation of Governance in the European Union*, ed. Beate Kohler-Koch e Rainer Eising, London, Routledge, 1999, pp. 14-35; Paul F. Kjaer, *Between Governing and Governance*, Oxford, Hart, 2010; un'analisi critica del rapporto esistente tra la teoria giuridica e politica neo-liberale e la *governance* si trova in Alain Supiot, *L'Esprit de Philadelphie: La Justice Sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

taria, in contrasto sia con quelli utilizzati nel «primo» pilastro, ma anche con quelli previsti nei rimanenti pilastri e per le materie con politiche più o meno «non comunitarizzate»¹⁶⁵ - che in ciascuno Stato membro, poiché buona parte degli Stati membri, eccezion fatta in gran misura per la Germania e più recentemente per l'Olanda, non avevano nessuna esperienza effettiva con banche centrali pienamente indipendenti¹⁶⁶. Va aggiunto anche che l'assetto istituzionale del sistema di banche centrali aumentava ulteriormente il loro livello di divergenza, poiché sia la sua struttura istituzionale che il suo mandato politico non erano altro che il risultato «dell'assunzione» del modello tedesco a livello di governo europeo¹⁶⁷.

Dall'altro lato, le politiche fiscali, sociali, sui salari e sull'occupazione venivano nominalmente lasciate nelle mani degli Stati, in aperto contrasto con ciò che normalmente accade in un'unione monetaria «perfetta». Visto che tutte le politiche sopra citate sono strettamente relazionate tra loro, e sono fondamentali nello svolgere una funzione di guida macroeconomica, vi era la necessità di sviluppare meccanismi tali da garantire che la suddivisione delle competenze fosse funzionale.

La mancanza di una volontà politica impediva non solo una «soluzione federale» a tutti gli effetti, ma ostacolava anche il tradizionale approccio comunitario (quest'ultimo in difficoltà a causa del peso esercitato dal modello tedesco di banca centrale che in sostanza *depoliticizzava* la politica monetaria, indipendentemente dagli strumenti utilizzati nella pratica).

Come seconda o terza migliore scelta, presero forma una serie di strutture istituzionali e processi decisionali apparentemente innovativi, ispirate a vari assetti istituzionali sperimentali a cui si è fatto riferimento. Perciò, mentre la *governance* si allargava ed emergeva prima dell'impegno di Maastricht a creare un'unione monetaria, l'uso di questo termine, cominciò a essere presente nei dibattiti politici e accademici europei solo a partire da quel periodo. Il termine, in principio utilizzato per riferirsi al modello gestionale delle aziende private, e poi ai sistemi internazionali, fu ad ogni modo molto utile perché una serie di strutture istituzionali e

¹⁶⁵ In proposito il servizi legali della BCE asserirono nelle azioni giudiziarie di fronte alla Corte di Giustizia Europea che la Banca Centrale Europea doveva essere considerata come un'organizzazione internazionale completamente indipendente e non come parte dell'UE. Si veda Chiara Zilioli e Martin Selmayr, «The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law», *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 591-643. Tale visione fu rifiutata dalla Corte di Giustizia Europea nel documento C-11/00, Olaf, [2003] Racc. I-7147.

¹⁶⁶ Tommaso Padoa Schioppa, *The Euro and Its Central Bank: Getting United After the Union*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2004; Kenneth Dyson, ed., *Euro at Ten: Europeanisation, Power and Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁶⁷ David Marsh, *The Euro*, New Haven: Yale University Press, 2009 (seconda edizione, 2012); Otmar Issing, *The Birth of the Euro*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; David Howarth e Peter Loedel, *The New European Leviathan?*, Houndmills, Palgrave, 2003.

processi decisionali non si sposavano bene con la nozione tradizionale di «government». Essi infatti differivano dai processi di governo standard, ed erano difficilmente inquadrabili nella sintesi.

Da un lato, è da considerare la vigilanza apparentemente multilaterale sancita nel Patto di Stabilità e Crescita (quest'ultimo aggiuntosi con il Trattato d'Amsterdam), dove il processo di revisione fu abbinato con quelli che sembravano meccanismi coercitivi «puri e duri». Dall'altro lato, fu stabilito il «metodo aperto di coordinamento», che si caratterizzava per l'assenza, almeno da un punto di vista formale, di una qualsiasi differenza, per quanto concerne i poteri, tra gli attori istituzionali coinvolti. In termini decisionali, il metodo aperto di coordinamento si riferisce a un processo orientato verso una conoscenza e un controllo mutuale senza sanzioni in caso d'inadempimento. Il diritto «duro» viene sostituito con direttrici, scadenze, obiettivi, punti di riferimento e «pressione dei pari grado»¹⁶⁸. Il metodo aperto di coordinamento fu ampiamente usato per intraprendere un'attività di vigilanza da parte di tutti gli Stati membri (e non solo quelli appartenenti alla zona euro) per avviare un'attività di vigilanza sull'adempimento delle Direttrici di Politica Economica Generale, tese a coordinare le politiche economiche e garantire che queste fossero trattate da parte degli Stati membri come materia di preoccupazione comune. Questo metodo¹⁶⁹ è stato applicato anche a politiche quali occupazione¹⁷⁰, *Welfare*¹⁷¹, istruzione¹⁷², e innovazio-

¹⁶⁸ «Le conclusioni della Presidenza, Lisbona 23/24 marzo del 2000», consultabili su <http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm>; «Il Libro Bianco sulla Governance della Commissione del 25 luglio del 2001» consultabile all'URL <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf>; Sabriba Regent, «The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?» *European Law Journal*, 9 (2003), pp. 190-214. (Ultimo accesso ai link: 15 Maggio 2012).

¹⁶⁹ Il metodo di coordinamento aperto, comunque, fu provato dapprima in materia tributaria, e registrò un certo successo, pur tenendo conto dei ragionevoli limiti del caso. Il coordinamento, ad ogni modo, agiva forte dell'ombra lunga della coercizione, rappresentata dalla minaccia da parte della Commissione di iniziare una procedura d'infrazione; dunque gli Stati membri erano in un certo qual modo costretti a trovare una qualche base d'accordo di massima. Cfr. Claudio Radaelli, «The Code of Conduct on Business Taxation: Open Method of Coordination in Disguise?» *Public Administration*, 81 (2003), pp. 513-531.

¹⁷⁰ Jonathan Zeitlin, «A Decade of Innovation in EU Governance: The European Employment Strategy, the Open Method of Coordination, and the Lisbon Strategy» (La Follette School Working Paper 2007-031), consultabile all'URL <<http://www.la-follette.wisc.edu/publications/workingpapers>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁷¹ David M. Trubek e Louise G. Trubek, «Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 343-364; Milena Büchs, *New Governance in European Social Policy: The Open Method of Coordination*, Houndmills, Palgrave, 2007.

¹⁷² Ase Gornitzka, «Coordinating Policies for a 'Europe of Knowledge': Emerging Practices of the Open Method of Coordination in Education and Research» (ARENA Working Paper 16/ 2005), consultabile all'URL <<http://www>

ne¹⁷³. Parte integrante di questo paradigma di *governance* è la nascita di una collezione eterogenea di agenzie che si moltiplicarono a partire dall'inizio degli anni Novanta, il che fu la naturale conseguenza del successo del paradigma dello Stato regolatore, strettamente legato alla filosofia di un Nuovo *Management Pubblico*¹⁷⁴.

Ciò portò a un nuovo modello istituzionale, ma aumentò anche la confusione sul modo in cui l'assetto istituzionale nel suo complesso poteva favorire il necessario sistema di pesi e contrappesi. Come già anticipato, il successo «apparente»¹⁷⁵ di questi metodi dava forza a coloro che chiedevano a gran voce che il metodo aperto di coordinamento, e altre strutture di *governance*, fossero delle mere istanze di una visione del soggetto politico più ampia¹⁷⁶, e che parzialmente fossero alla base della procedura seguita a Lisbona, cui si farà richiamo nel quarto capitolo.

3.5.2 Il triangolo istituzionale sott'esame

La riforma costituzionale e i processi di trasformazione e di costituzionalizzazione semplice in atto, lasciavano il loro segno sulle strutture istituzionali dell'Unione. In termini generali, essi spinsero l'Unione verso un modello di Stato costituzionale democratico, anche se limitato dai vincoli insiti nell'originalità della struttura istituzionale dell'Unione. Esistevano al contempo forze importanti che si opponevano alla sintesi, alcune delle quali alimentate dalla sintesi stessa (come visto nel Capitolo 2). Ciò rifletteva quanto le istituzioni chiave dell'Unione fossero cresciute e si fossero consolidate, mentre le crescenti tensioni nate intorno alla lo-

arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05_16.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012)

¹⁷³ Robert Kaiser e Heiko Prange, «Managing Diversity in a System of Multilevel Governance: The Open Method of Co-ordination in Innovation Policy», *Journal of European Public Policy*, 11 (2004), pp. 249-266.

¹⁷⁴ Le agenzie, però, furono anche un modo pragmatico per creare capacità amministrative a favore della Commissione. Sulle agenzie, si veda Edoardo Chiti, «An Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies», *Common Market Law Review*, 46 (2009), pp. 1395-1442.

¹⁷⁵ Vassilis Hatzopoulos, «Why the Open Method of Coordination Is Bad for You: A Letter to the EU», *European Law Journal*, 13 (2007), pp. 303-342.

¹⁷⁶ Oliver Gerstenberg, «The Denationalization of the Very Idea of Democratic Constitutionalism», *Ratio Juris*, 14 (2001), pp. 298-325; Oliver Gerstenberg, «Expanding the Constitution Beyond the Case of Euro-Constitutionalism», *European Law Journal*, 8 (2002), pp. 172-192; Oliver Gerstenberg e Charles Sabel, «Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe», in *Good Governance in Europe's Integrated Market*, ed. Christian Joerges e Renaud Dehousse, Oxford, Oxford University Press, 2002, consultabile nella sua versione integrale su <<http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/gerst-sabel1029.doc>> (ultimo accesso maggio 2012).

ro identità istituzionale, ne erano semplicemente una prova. Il processo d'allargamento aumentava il grado di diversità istituzionale, in quanto il numero di membri dell'Unione cresceva, ma scatenava anche una pressione per uno snellimento della Costituzione interna di ciascuna istituzione in modo da renderla più coesa, il che si rivelò di difficile attuazione. La Commissione fu colpita da una grande crisi d'identità dopo l'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo, poiché smetteva di essere il custode esclusivo dell'interesse «sovranaZIONALE. Il Consiglio si dimenava tra la necessità di venire incontro al pluralismo istituzionale nazionale (con le regioni negli Stati federali che cercano un assetto speciale per assicurarsi la propria partecipazione ai lavori del Consiglio dei Ministri in settori dove esercitano una loro competenza) e quella di essere la voce unica dell'Europa dinanzi ai Paesi terzi (prova di ciò è l'istituzione dell'Alto Rappresentante per la politica estera). Il Parlamento vide soddisfatta la sua richiesta di esercitare competenze ulteriori, ma questo rafforzava soltanto le rivendicazioni dei Parlamenti nazionali a riservarsi il diritto di intervenire nel processo legislativo (situazione che condusse all'istituzione della Conferenza degli Organi specializzati in Affari Comunitari - COSAC -, e più tardi, come si vedrà nel Capitolo 4, al riconoscimento del loro ruolo di attori partecipanti nel processo normativo comunitario). L'originale struttura istituzionale «di mezzo» della comitologia non è altro che il riflesso della tensione tra il consolidamento istituzionale e l'affermazione pluralista. Più si muoveva verso la formalizzazione e i suoi procedimenti venivano codificati, maggiore considerazione doveva essere dedicata alla complessa geometria costituzionale dell'integrazione europea.

3.5.3 *La Commissione europea*

Le tensioni nella sintesi costituzionale venivano ben illustrate dal fatto che lo sviluppo democratico più importante in questo periodo, e cioè l'elezione diretta del Parlamento europeo fece sprofondare la Commissione in una forte crisi d'identità.

Il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo gettò un'ombra sulle credenziali della Commissione come organo custode dell'interesse sovranazionale, a causa della comparsa sulla scena di un nuovo concorrente istituzionale, che non era soltanto strutturalmente sovranazionale, ma godeva anche di un mandato democratico diretto. Mentre qualcuno poteva intravedere una chiara possibilità da parte della Commissione di agire con il supporto del Parlamento, in termini democratici il rapporto era destinato a invertirsi, come infatti dimostrò la crisi della Commissione Santer¹⁷⁷ (e, in modo ancor più acuto, con la crisi provocata dal caso Butti-

¹⁷⁷ Nils Ringe, «Government-Opposition Dynamics in the European Union: The Santer Commission Resignation Crisis», *European Journal of Political Research*, 44 (2005), pp. 671-696; A. Wonka, «Technocratic and Independent? The

glione, che ebbe luogo nel periodo successivo a quello oggetto d'esame in questo capitolo). Al contempo, all'allargamento della sfera di competenze dell'Unione non si abbinava la crescita di risorse umane ed economiche a disposizione della Commissione, rendendo così la sua azione meno integrale¹⁷⁸. L'allargamento, con l'entrata di nuovi membri nell'Unione, colpì seriamente anche la coesione interna della Commissione stessa, e creò una tensione profonda tra la collegialità dei Commissari e il controllo di ciascun Commissario sulla sua Direzione Generale di competenza¹⁷⁹.

3.5.4 Il Consiglio

Il Consiglio dei Ministri mantenne il suo assetto istituzionale di base, sebbene, va fatto notare che le modifiche sostanziali ai Trattati portarono a cambiamenti al suo interno (il Trattato di Maastricht istituì organi preparatori nuovi o sostanzialmente rinnovati per quanto concerne Giustizia e Affari interni e temi economici). I tre cambiamenti principali riguardarono: a) l'intenzione di rendere il Consiglio più coeso, grazie alla riduzione del numero di formazioni settoriali ed aumentando anche l'importanza delle riunioni del Consiglio da parte dei Ministri degli Affari Esteri; b) l'apertura progressiva, grazie alla legislazione nazionale, delle riunioni del Consiglio ai rappresentanti regionali nei Paesi con sistema federale; e c) la trasformazione della posizione del Segretario Generale del Consiglio in Alto Rappresentante dell'Unione europea, una specie di ministro degli esteri in embrione, che gettava le basi per un'integrazione più forte in politica estera¹⁸⁰. Tutto ciò portò a un numero crescente di immagini e concezioni di ciò che era il Consiglio dei Ministri¹⁸¹, che sarebbero aumentate ulteriormente, quando, a partire dal 2002, le deliberazioni del Consiglio avrebbero

Appointment of European Commissioners and Its Policy Implications», *Journal of European Public Policy*, 14 (2007), pp. 169-189.

¹⁷⁸ Vedasi Veith Mede, «Responsibility and Accountability in the European Commission», *Common Market Law Review*, 40 (2003), pp. 423-442; Emannelle Schön-Quinlivan, «Administrative Reform in the European Commission: From Rhetoric to Re-legitimation» (EU-Consent Paper), consultabile all'URL <http://www.eu-consent.net/library/deliverables/D17_Team7_Schon2.pdf> (ultimo accesso Maggio 2012). Per un'analisi empirica, si veda Michael W. Bauer, «Impact of Administrative Reform of the European Commission: Results from a Survey of Heads of Unit in Policy-Making Directorates», *International Review of Administrative Sciences*, 75 (2009), pp. 459-472.

¹⁷⁹ John Peterson, «The Prodi Commission. Fresh Start or Free Fall?», in *The Changing European Commission*, ed. Dionyssis G. Dimitrakopoulos, Manchester, Manchester University Press, 2004, pp. 15-33, a pp. 22 ss, che documenta la mancanza di collegialità nella Commissione Prodi.

¹⁸⁰ Vedasi Deirdre Curtin, *Executive Power of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 100-103.

¹⁸¹ Hellen Wallace, «The Council: An Institutional Chameleon?», *Governance*, 15 (2002), pp. 325-344.

reso la sua attività più trasparente all'opinione pubblica, «addomesticando» l'immagine del Consiglio come «seconda camera legislativa» dell'Unione.

3.5.5 Il Parlamento europeo

La principale trasformazione che scaturiva da molti cambiamenti di natura incrementale attuati mediante le varie riforme dei Trattati, negli anni Ottanta e Novanta, fu quella che portò alla crescita della portata e dell' incisività delle funzioni di controllo sia politico che legislativo in favore del Parlamento europeo. I membri dell'Assemblea europea fecero uso di una tattica bivalente: l'uso strategico e di natura negativa dei poteri decisionali riconosciuti al Parlamento grazie alle riforme del Trattato inerenti il Bilancio del 1970 e 1975, per mezzo delle quali ne usciva rafforzato il suo potere legislativo in generale; e lo sviluppo di un discorso concernente la capacità legittima di assegnare al Parlamento i suddetti poteri decisionali¹⁸². In termini legislativi, la svolta in favore della co-decisione causava parallelamente un'azione che consentiva al Parlamento di rivestire il ruolo di co-legislatore insieme al Consiglio stesso.

I membri del Parlamento europeo cercavano di trarne vantaggio per quanto riguarda la partecipazione nella redazione degli strumenti legislativi equivalenti a livello comunitario, all'interno del procedimento di comitologia¹⁸³, nonché per obbligare la Commissione a essere più ricettiva nei confronti dell'agenda del Parlamento, quando fa uso del suo diritto d'iniziativa. In termini di controllo politico, il Parlamento europeo era diventato l'attore chiave non solo nel processo di nomina del Presidente della Commissione e dei suoi Membri, ma anche in quello del Presidente del Consiglio europeo e dei membri della Corte di Giustizia europea¹⁸⁴. Tale periodo vide anche un'ulteriore consolidamento dell'ambito parlamentare europeo multi-livello, grazie all'istituzione della Conferenza degli Organi specializzati in Affari Comunitari (COSAC). La COSAC fu creata nel maggio del 1989, con l'obiettivo esplicito di rafforzare il ruolo dei parlamenti nazionali sulle vicende europee, il cui ruolo stesso andava recuperando forza gradualmente con il passare del tempo¹⁸⁵.

¹⁸² Rittberger, «Building Europe's Parliament».

¹⁸³ Kieran St Clair Bradley, «Institutional Aspects of Comitology: Scenes from the Cutting Room Floor», in *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, ed. Christian Joerges e Ellen Vos, pp. 71-93.

¹⁸⁴ Julie Smith, *Europe's Elected Parliament*, Sheffield, Sheffield Academic Press, 1999, pp. 66-68; Nils Ringe, «Government-Opposition Dynamics in the European Union: The Santer Commission Resignation Crisis», *European Journal of Political Research*, 44 (2005), pp. 671-696.

¹⁸⁵ Lars Blichner, «The Anonymous Hand of Public Reason: Interparliamentary Discourse and the Quest for Legitimacy», in *Democracy in the European Union: Integration through Deliberation?*, ed. Erik Oddvar Eriksen e John Erik Fossum, London, Routledge, 2000, pp. 141-163.

3.5.6 La configurazione della *Comitologia* nel *triangolo* istituzionale

Infine, i cambiamenti di natura istituzionale nel suo complesso e le trasformazioni all'interno dell'Unione europea, portarono alla trasformazione dei meccanismi d'applicazione di carattere regolatorio. La struttura istituzionale della comitologia fu oggetto dei maggiori cambiamenti, sotto una duplice spinta: da un lato, il Parlamento europeo, che aspirava a vedere rispecchiati, a livello d'attuazione delle norme, gli stessi poteri ottenuti nel processo legislativo, e dall'altro lato, l'intenzione della Commissione di assumere la responsabilità principale nell'attuazione della legislazione, contribuendo dunque alla sua ridefinizione istituzionale. Dall'Atto Unico europeo fino al Trattato di Nizza (in special modo con il «trionfo» tardivo ottenuto sotto forma di decisione sulla comitologia da parte del Consiglio), sembrava che il Parlamento europeo fosse riuscito a trasformare la struttura della comitologia secondo il senso e la direzione da esso desiderata¹⁸⁶.

4. *La lunga stagione costituzionale: tra cambiamento costituzionale e marce indietro*

Abbiamo visto che l'agenda e il processo di riforma stavano diventando sempre più costituzionali. Nonostante ciò, buona parte dei *leader* europei continuarono a negare quest'evidenza, mentre asserivano che si trattasse pur sempre di un impegno nel processo di riforma dei trattati internazionali, benché questi fossero estremamente complessi. La mancanza di una teoria costituzionale consolidata era il pretesto evidente per cercare sempre qualche via di uscita a questa situazione. Come già spiegato nella sezione precedente, le differenti caratteristiche dell'Unione europea come soggetto politico costituzionale ebbero la loro influenza nei vari processi di riforma.

¹⁸⁶ Il Consiglio approvò la prima decisione relativa alla comitologia nel 1987 (Decisione 87/373/EEC, GU L 197, del 18 di luglio del 1987, p. 22). Tale decisione non soddisfò il Parlamento europeo. Infatti, con il passare del tempo, l'acquisizione di un maggiore peso nel procedimento legislativo da parte del Parlamento, lo rendeva più predisposto a mettere in discussione la prima decisione riguardante la comitologia. K. Bradley, «Comitology and the Law: Through a Glass Darkly», *Common Market Law Review*, 29 (1992), pp. 693-721; K. Bradley, «The European Parliament and Comitology: On the Road to Nowhere?» *European Law Journal*, 3 (1997), pp. 230-254. Il CGE, comunque, non fu molto ricettivo su questo punto. Dopo tale *modus vivendi* (GU C 102, of 4 April 1996, p. 1) ci fu l'approvazione di una seconda Decisione del Consiglio (99/468/EC, del 28 di giugno del 1999, GU L 184, 17 luglio del 1999, p. 23); un'analisi di quest'ultima può ritrovarsi in Karl Lenaerts e Amarylis Verhoeven, «Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision», *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 645-686. Il Parlamento riuscì a gestire con successo soltanto la terza, e finora ultima, decisione su questo tema Decision 2006/512/EC, GU L 200, 22 luglio 2006, p. 11.

D'altra parte, i leader europei si rifiutarono costantemente d'impegnarsi in una riforma fondamentale mediante l'utilizzo di un linguaggio costituzionale, e che fosse d'accordo con un'interpretazione costituzionale dell'Unione. Questo atteggiamento in cui si evita, o addirittura esplicitamente si nega¹⁸⁷, la natura costituzionale del processo di riforma, ha giocato un ruolo chiave nei successivi «mezzi fallimentari» (più che «mezzi successi») di tutti i processi di riforma dei Trattati intrapresi sin dall'inizio.

La lunga stagione costituzionale dell'Unione europea fu segnata, da un lato, da una tensione irrisolta tra la definizione di Costituzione europea, intesa come espressione della volontà generale dei Capi di Stato e di Governo nella loro veste di rappresentanti ultimi dell'insieme delle volontà democratiche nazionali, e dall'altro lato, dalla visione della Costituzione europea intesa come espressione della volontà generale dei cittadini europei.

Questa tensione è intrinseca nella reale struttura dell'ambito costituzionale europeo. Le Costituzioni degli Stati membri hanno autorizzato la struttura giuridica posta in essere, e fintantoché la struttura dell'UE non può dimostrare in modo convincente che è essa stessa un ordinamento costituzionale democratico auto-sufficiente, gli Stati membri devono, dal punto di vista costituzionale (sulla base di quanto stabilito dalle proprie Costituzioni) garantire che la struttura costituzionale europea sia lo specchio fedele dell'insieme delle Leggi fondamentali nazionali. Allo stesso tempo, però, l'Unione veniva autorizzata a parlare ai cittadini degli Stati membri, nella loro veste di cittadini europei e di membri dell'ordinamento costituzionale europeo, attraverso i numerosi cambiamenti fatti sui Trattati, e dava vita a nuovi assetti costituzionali democratici.

Le molte istanze di modifiche dei Trattati sia che siano fallite (come nel caso della Bozza Spinelli) o andate a buon fine (l'Atto Unico europeo, il Trattato di Maastricht, il Trattato di Amsterdam, e il Trattato di Nizza) avevano segnato il periodo Pre-Laeken e possono essere ricostruite adeguatamente come sforzi diversi per riconciliare la tensione tra queste due concezioni.

Tutte le istanze sopra citate sono la prova del fatto che la natura complessa dell'ambito costituzionale europeo impedisce di fare una scelta semplice. Al contrario, tale periodo fu segnato da una certa oscillazione tra questi due poli estremi. Il progetto Spinelli fu un tentativo di superare la definizione della volontà costituzionale europea come negoziazione intergovernativa di natura diplomatica, mentre con l'Atto Unico europeo, la modifica del Trattato veniva riportata su un terreno intergovernativo. Nonostante ciò, il progetto Spinelli lasciò la sua impronta, e innescò un certo grado di «costituzionalizzazione» nel processo della CIG, che aumentò con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, provando dunque, come i processi più recenti avessero cercato di accomodare entrambi i poli estremi di cui si è discusso.

¹⁸⁷ John Erik Fossum, «European Constitutional Avoidance», (2008), reperibile presso l'autore.

In breve, la lunga stagione costituzionale dell'Unione europea è stata caratterizzata da un processo lento di abnegazione costituente. Dopo aver rigettato la strada costituzionale patrocinata dal Parlamento europeo nel 1984, il Consiglio pretendeva di riformare la sintesi evitando le implicazioni costituzionali di una riforma fondamentale. La costituzionalizzazione trasformativa dell'Unione in atto, però, non smetteva di spingere le questioni di stampo costituzionale in cima all'agenda delle riforme europee, e scatenava una pressione impetuosa per incrementare, in modo costante ma progressivo, la natura costituzionale di quello che, almeno formalmente, restava un processo di riforma puramente intergovernativo. Tali dinamiche furono rafforzate da un cambiamento straordinario nell'interpretazione delle libertà economiche della Comunità operata dalla Corte di Giustizia, poiché lo straordinario squilibrio esistente tra lo spessore e la portata della Costituzione economica «negativa» dell'Unione e le scarse competenze politiche a disposizione delle istituzioni europee, è progressivamente diventato di dominio pubblico. Il tutto fu ulteriormente aggravato dalla comparsa di una nuova alternativa rispetto sia alla sintesi che alla piena costituzionalizzazione dell'Unione: cioè la *governance*. Sebbene la scelta di disposizioni inerenti la *governance* fu in primo luogo imposta dalla mancanza di una volontà politica per procedere verso un'unione monetaria che meglio si conciliasse con la sintesi costituzionale (il che implicava anche un'unione fiscale e dunque politica), queste furono ben presto rimodellate per dar vita ad una teoria costituzionale, a tutti gli effetti, alternativa per quanto riguarda l'Unione.

5. Conclusioni

Questo capitolo ha avuto tre obiettivi specifici.

Il primo è stato quello di fornire un racconto coerente del processo d'integrazione europea, puntando sia sui conflitti d'identità dell'Unione che sull'affermazione progressiva dell'Unione come soggetto politico costituzionale. Si è mostrato come le decisioni sia legislative che giurisdizionali, hanno contribuito a un'interpretazione diversa del diritto comunitario inteso come ordinamento costituzionale. D'altra parte, è necessario chiarire il motivo per cui ciò non si tradusse in una trasformazione costituzionale a tutti gli effetti. Il cercare di evitare o negare l'aspetto costituzionale non riuscì a reprimere l'ondata costituzionale, ma ad ostacolarla, fallendo, al contempo, nel suo compito dichiarato di riformare la sintesi per renderla in tal modo stabile. Una decisione timida, che va segnalata, fu quella d'istituire un'Unione monetaria imperfetta. Questa portò alla cristallizzazione di meccanismi di *governance* (che, come già fatto notare, avevano fatto parte della Costituzione europea sin dagli inizi in un formato embrionale, frutto della sperimentazione istituzionale), che presto furono presi come esempio di un paradigma di *governance* allargata e come immagine appropriata per ricostruire l'Unione. Alla fine del secolo, dunque,

non vi erano due immagini costituzionali dell'Unione in competizione, ma addirittura tre.

Il secondo obiettivo è quello di dimostrare che l'integrazione europea può essere ricostruita come risultato di un approccio diverso alla fase costituente, che è stato denominato sintesi costituzionale. Attraverso le fonti documentali e la ricostruzione sistematica di disposizioni specifiche, dell'evoluzione storica e di strutture e processi istituzionali, abbiamo potuto riscontrare il fatto che l'Unione fu creata in un momento costituzionale sintetico (cioè con i Trattati originari) dove si diede esecuzione al mandato di garantire l'integrazione sovranazionale, sancito nelle Costituzioni degli Stati membri. Questo percorso analitico illustra la misura in cui l'evoluzione dell'Unione, a partire dal 1951 fino alla fine degli anni Settanta, fu segnata dall'affermazione progressiva della natura costituzionale di tale processo e dal lento (ma costante) chiarimento sui contenuti sostanziali delle norme costituzionali comuni grazie alla complessa interazione tra costituzionalizzazione semplice e trasformativa.

Inoltre, si dà prova del complicato periodo, dal punto di vista costituzionale, vissuto dall'Unione all'inizio degli anni Ottanta, dove la buona riuscita dei precedenti processi di costituzionalizzazione alimentava le contraddizioni interne (rafforzate da shock esterni, primi tra tutti le due crisi petrolifere e la caduta del Muro di Berlino), il che a sua volta esercitava una certa pressione per dare stabilità o superare il modello sintetico d'integrazione. Si sono poi osservate le tensioni costituzionali causate dalla fragilità strutturale di un processo sintetico d'integrazione e da dinamiche all'interno del processo stesso. Mentre abbiamo offerto una ulteriore dimostrazione del fatto che le tensioni tra una spinta verso l'omogeneità tipica della sintesi normativa e una spinta verso un pluralismo tipico dell'evoluzione istituzionale (rafforzata dalla nascita di disposizioni inerenti la *governance*) stavano solamente crescendo.

Il terzo obiettivo è stato quello di chiarire le ragioni grazie alle quali l'Unione europea, pur sembrando una costruzione molto fragile, è riuscita a vivere una crescita formidabile. In tal senso, risulta essere chiave l'autorizzazione democratica ottenuta grazie al momento costituzionale sintetico ed al passaggio dell'insieme delle norme costituzionali nazionali all'ordinamento costituzionale sovranazionale. Tutto ciò non solo consentiva di surrogare la legittimità democratica rivoluzionaria, ma offriva una cornice solida per i processi di costituzionalizzazione semplice e trasformativa dell'Unione europea.

Ad ogni modo, il costituzionalismo sintetico presenta anche dei limiti. Come già indicato in precedenza, esso è molto sensibile alle scosse esterne, e nei fatti il soggetto politico, viste le limitate risorse a sua disposizione, deve riorganizzare il suo spazio sociale e soprattutto economico. Il costituzionalismo sintetico alimenta esso stesso i limiti intrinseci esistenti nel suo modello, come evidenziato ad esempio da un certo grado d'emancipazione degli standard costituzionali europei (che si erano concretizzati nella giurisprudenza della Corte su libertà economiche e competenze)

mentre intensifica il pluralismo istituzionale. Una volta che questo processo ha inizio, la natura temporanea dell'autorizzazione democratica che scaturisce dalla sintesi, diventa evidente, ed è probabile che provochi reazioni democratiche.

Nel periodo considerato in questo capitolo, una stagione costituzionale lunga ed accidentata provocò la crescita delle opzioni di riforma a disposizione, inclusa quella del superamento della sintesi costituzionale a favore di un modello costituzionale rivoluzionario (vedasi il Capitolo 4). La gestione apparentemente coronata da successo dell'unione monetaria «imperfetta», però, fece pensare che, grazie alla moneta unica, la sintesi potesse essere corretta dall'aggiunta di meccanismi di *governance* e, in un'ultima istanza, da una ricostituzione del processo di riforma costituzionale e dell'Unione stessa ispirato alla *governance* a tutti gli effetti. Questa alternativa ricevette un buon credito nel Consiglio europeo del 2000 (con il varo del metodo aperto di coordinamento inteso come strumento fondamentale dell'agenda economica del 2000) e promosso dalla Commissione europea nel suo «Libro Bianco sulla Governance» del 2001. Pazientemente, dietro le quinte, i sostenitori dell'intergovernativismo continuavano a far osservare che tutta quest'attenzione dedicata ad una riforma fondamentale era esagerata, e che l'Unione aveva solamente bisogno di ritocchi modesti che si sarebbero potuti apportare tramite le Conferenze Intergovernative. Infatti, una miscela della seconda e della terza alternativa fece di nuovo la sua comparsa nel processo di Lisbona, come si osserverà nel prossimo capitolo.

CAPITOLO 4

DA LAEKEN A LISBONA. UN PASSO AL DI LÀ DELLA SINTESI O VERSO LA CRESCITA DELL'AMBIGUITÀ COSTITUZIONALE?

Troveremo molto del primo progetto della Comunità Politica Europea in ogni iniziativa futura simile, e un giorno uno di questi sarà favorito dalle circostanze e avrà successo. Il testo mandato ai sei governi europei il 10 Marzo 1953, sarà considerato il modello a cui tutti i successivi debbano ispirarsi.

Jean Monnet, *Mémoires*

Questo capitolo presenta i due processi di «Laeken» (2001-2005) e «Lisbona» (2007-2009), in qualità di principali riforme dell'Unione europea nell'ultimo decennio. Esso ha lo scopo di fare luce sui principali cambiamenti introdotti da tali riforme nel processo d'integrazione europea (in special modo, nelle sue dinamiche costituzionali) e sul *contenuto sostanziale* del diritto costituzionale europeo.

Come già affermato nell'introduzione, la premessa è che sia Laeken che Lisbona possono essere trattati, ricostruiti e valutati correttamente soltanto se considerati nel loro contesto storico-costituzionale. Nei capitoli precedenti, si è sostenuto che l'effetto combinato di cinque decenni di costituzionalizzazione trasformativa e due decenni di processo costituente irto d'ostacoli, serviva a rendere evidenti, e addirittura tangibili, i limiti della cornice costituzionale all'interno della quale l'Unione aveva agito sin dal momento della sua nascita.

Laeken e Lisbona, dunque, rappresentano due risposte diverse date allo stesso quesito riguardante il modo in cui riformare l'Unione al fine di creare un ordinamento politico europeo dotato di stabilità. L'agenda delle riforme, fu strutturata durante quattro decenni, come una contesa fra, da un lato, qualcosa che andava oltre la sintesi grazie al processo costituente democratico (il tentativo di dare una base democratica all'Unione fallì nel 1954, con il Trattato sulla Comunità Politica, e nel 1984 con la Bozza «Spinelli», mentre registrò un successo parziale con il Trattato di Maastricht) e, dall'altro lato, «il ritorno di fiamma» della sintesi costituzionale (strada che si cercò di percorrere, con fortune alterne, nelle varie tornate di riforma del Trattato, partendo dall'Atto Unico Europeo fino ad arrivare a Nizza). Nel capitolo precedente, si è fatto presente che un terzo modello iniziò ad affacciarsi all'orizzonte sul finire degli anni Novanta del Secolo scorso. Modello che viene legato, in modo improprio, all'afferma-

zione di un paradigma della *governance* al di fuori della necessità di trovare una struttura istituzionale adatta all'unione monetaria «imperfetta» accordata a Maastricht. Laeken e Lisbona, ripercorsero le strade tracciate da questi, rappresentando «miscelate» diverse di questi tre paradigmi di riforma fondamentale.

1. *Laeken: momento costituzionale dell'Europa o proseguimento della Sintesi?*

1.1 *I connotati costituzionali e le conseguenze della riforma*

Nel capitolo precedente si è osservato come il processo di riforma di Nizza si rivelò un fallimento. Esisteva una differenza notevole tra l'agenda riformatrice (essenzialmente una riforma mediante la sintesi, tale da consolidare le radici di un ordinamento politico stabile ed efficiente *prima* del massiccio allargamento ai Paesi dell'Est e del Sud-est dell'Europa) e gli obiettivi raggiunti dalla riforma rappresentati dal Trattato di Nizza. Da questa discrepanza se ne deduce la scarsità dei risultati ottenuti¹.

Tale fallimento contrastava con l'apparente successo del processo mediante il quale si era arrivati a redigere la Carta dei Diritti Fondamentali, che fu strutturata in una Convenzione² dove parlamentari nazionali ed europei si riunivano con rappresentanti dei governi nazionali e delle istituzioni europee. Contro ogni pronostico, la Convenzione riuscì a produrre un documento unico piuttosto coerente in un periodo di tempo relativamente breve, con l'appoggio di una vasta maggioranza di *conventionnels*³.

¹ Mads Andenæs e John A. Usher, *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003; Finn Laursen, ed., *The Treaty of Nice: Actor Preferences, Bargaining and Institutional Choice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

² Viene definito come «un organo» nel mandato del Consiglio europeo. Si vedano «Le conclusioni della Presidenza nel Consiglio europeo di Colonia» del 3-4 giugno del 1999 *Decisione del Consiglio europeo di redigere una Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, consultabile all'URL <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/kolnen.htm> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012). «L'organo», però, aveva immediatamente deciso di darsi un nome che gli conferisse maggiore dignità. Si veda Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, e Agustin José Menéndez, «The Charter of Fundamental Rights in Context», in *The Chartering of Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, e Agustin José Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 19.

³ Comunque fu «semplicemente» proclamata solennemente da tutte e tre le istituzioni europee insieme nel Consiglio europeo di Nizza, in quanto nel Consiglio europeo non si riuscì a raggiungere un'intesa neanche su questo punto. Vedasi Agustin José Menéndez, «Chartering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), pp. 471-490.

Addetti ai lavori e accademici, ben presto, fecero ricadere la responsabilità del fallimento di Nizza nel realizzare una riforma adeguata dell'Unione (per la terza volta di fila, una Conferenza Intergovernativa si chiudeva con temi importanti non risolti) sul metodo intergovernativo utilizzato per la riforma. Molti di loro stavano reagendo all'influente discorso tenuto nella primavera precedente da parte dell'allora Ministro degli Esteri tedesco, Joschka Fischer. Questi, appartenente alla formazione politica dei verdi, sostenne con argomenti validi la necessità di una Costituzione europea degna di tal nome, attraverso un richiamo eloquente a superare la sintesi mediante un modello costituente democratico⁴. Il discorso provocò una serie di reazioni sul fronte politico nazionale, attraverso cui si cercò di dare impulso alla riforma *prima* di Nizza⁵, tanto che il Consiglio europeo, nella notte stessa in cui Nizza fallì nel suo intento, abbinò al Trattato la Dichiarazione 23⁶ auspicando «un dibattito più ampio e approfondito sul futuro dell'Unione europea». Ciò rappresentò quanto di più simile a *un mea culpa* collettivo intonato dal Consiglio europeo.

La Dichiarazione auspicava anche «un dibattito di ampio respiro che coinvolgesse tutte le parti interessate: i rappresentanti dei parlamenti nazionali e tutti coloro che rappresentano l'opinione pubblica, quali associazioni economiche, politiche, universitarie, rappresentanti della società civile, ecc.» che non provenissero solamente dagli allora Stati membri, ma anche dagli Stati all'epoca candidati a entrare nell'Unione europea (UE). Per di più, era compresa anche un'agenda costituzionale *in nuce*, che annunciava decisioni sullo (a) *status giuridico* della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, (b) sulla distribuzione dei poteri tra l'Unione europea, gli Stati membri e le regioni, e (c) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nella definizione dell'architettura istituzionale. Si è detto, inoltre, che l'obiettivo ultimo era quello di «migliorare e controllare la legittimità democratica dell'Unione e delle sue istituzioni, nel tentativo di avvicinarle il più possibile ai cittadini degli Stati membri».

I «dibattiti nazionali più ampi e approfonditi» che venivano auspicati nella Dichiarazione 23 non si materializzarono. A male pena si riuscì a dare vita a una qualche forma di dibattito pubblico. Contrariamente alle aspettative (e

⁴ Christian Joerges, Yves Mény, e Joseph H. H. Weiler, (eds.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Firenze e Cambridge, Robert Schuman Centre and Harvard Law School, 2000, p. 23.

⁵ Vedasi Mark Leonard, (ed.), *The Future Shape of Europe*, Brussels, Foreign Policy Centre, 2001. Si fa anche riferimento all'edizione pubblicata oltreoceano di *Internationale Politik*. Il discorso più incisivo fu senza dubbio quello di Jospin. Si veda il testo in *Ma vision de l'Europe et de la mondialisation*, Paris, Plon, 2001. È interessante notare che la maggior parte di questi discorsi toccavano una serie di temi comuni ed erano caratterizzati dall'essere indirizzati ad un pubblico europeo, non solo nazionale. Servivano a fare chiarezza sulla necessità di una riforma costituzionale, anche se i contorni specifici della medesima non furono delineati in modo nitido.

⁶ GU C 80 de 10.03.2001, pp. 85-86.

alla valutazione eccessivamente ottimista fatta dalla Presidenza Svedese)⁷ il dibattito non si sviluppò intorno a temi di minore rilevanza⁸ ma su tematiche pubbliche forti, aumentando la legittimità democratica dell'iniziativa.

Anche se l'opinione pubblica dei paesi membri non sembrava molto ricettiva, con il passare dei giorni, l'accordo sulla necessità di dare una svolta nella procedura di riforma per realizzare dei cambiamenti guadagnava sempre più terreno. Un'élite-guida spingeva affinché una procedura costituente prendesse forma.

Il Consiglio europeo, per di più, si avvicinò moltissimo a segnalare in modo esplicito che la «Dichiarazione di Laeken» del 15 dicembre del 2001⁹ rappresentava un momento costituzionale. La Dichiarazione, infatti, diede credibilità a quanto detto in precedenza, perché inquadrava la riforma fondamentale in termini costituzionali espliciti, un qualcosa che nemmeno il Parlamento europeo si era spinto a fare nei primi anni Ottanta¹⁰. Cruciale fu l'inclusione da parte della Dichiarazione di Laeken di un nuovo strumento di riforma che appariva come la prova del suo tentativo costituzionale, ossia la Convenzione sul Futuro dell'Europa. In essa osserviamo quale importanza può assumere la scelta delle parole poiché, dal punto di vista simbolico, la parola «convenzione» ha una chiara connotazione costituzionale (principalmente, ma non esclusivamente, proveniente dalla storia costituzionale statunitense, oltre alla recente Carta della Convenzione) che può essere sempre sfruttata. Considerando, poi, il mandato e la tipologia dell'organo rappresentativo previsto, la situazione reale si presentava più ambigua se analizzata dalla prospettiva costituzionale democratica.

Essendo maggiormente ispirato dalla vocazione federalista della Presidenza belga, e chiaramente in tal senso molto di più rispetto alle precedenti piattaforme di riforma dei Trattati, il testo finale della Dichiarazione di Laeken fu il prodotto di un consenso ottenuto nel Consiglio europeo, che rendeva il fondamento costituzionale della riforma un'aggiunta, piuttosto che un mandato di riforma costituzionale esplicito¹¹. Il ché signifi-

⁷ «Relazione sul Dibattito riguardante il futuro dell'Unione europea» 9520/01, POLGEN 14 (Bruxelles, 8 giugno 2001).

⁸ Si veda Erik Oddvar Eriksen e John Erik Fossum, «Democracy through Strong Publics in the European Union?», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), pp. 401-424.

⁹ «Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea», SN 273/01 (Laeken: 15 dicembre 2001), consultabile (in inglese) all'URL <http://www.ena.lu/laeken_declaration_future_european_union_15_december_2001-020003970.html> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁰ Nel 1984 il Parlamento europeo aveva astutamente evitato un linguaggio di taglio costituzionale. Non vi è alcun accenno, per esempio, ad una costituzione europea nel testo della bozza di Spinelli.

¹¹ Vedasi Hendrik Voss e Emilie Baillieul, «The Belgian Presidency and the Post-Nice Process after Laeken», (Working Paper C 102/2002, ZEI), consultabile all'URL <aei.pitt.edu/182/1/dp_c102_voss-baillieul.pdf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

cava semplicemente accennare alla natura costituzionale di un'eventuale Trattato di Riforma¹². Il tenore letterale della Dichiarazione si impregnava dello spirito e del linguaggio di «riforme semplificatrici», oppure di «semplificazione», facendo notare la necessità della stesura di un testo di stampo costituzionale (un'espressione che rivelava i suoi toni politici nella loro natura sostanzialmente illogica)¹³. La vocazione costituzionale ambigua della Dichiarazione di Laeken, inoltre, mise in risalto il ruolo formalmente limitato della Convenzione nella redazione di una o più proposte di riforma da sottoporre successivamente alla Conferenza Intergovernativa (CIG)¹⁴. Queste limitazioni da un punto di vista formale furono il sintomo di un'abile strategia politica per placare le conseguenze derivanti da posizioni diverse all'interno del Consiglio europeo. Se si guarda alla sua composizione, non c'è dubbio che la Convenzione Europea somigliava maggiormente a un'assemblea costituzionale che a un Consiglio europeo incaricato della gestione di un CIG¹⁵. Relegarla, però, al ruolo di semplice organo preparatorio, la faceva sembrare piuttosto come un Gruppo di Riflessione, come quello che aveva preceduto il Trattato di Amsterdam, che una vera e propria assemblea costituzionale¹⁶.

¹² Con il titolo «Verso una Costituzione per i cittadini europei», la Dichiarazione di Laeken si occupava della semplificazione e riorganizzazione dei trattati esistenti, e finiva con l'affermare: «La domanda da porsi in ultima istanza riguarda l'eventualità o meno che una tale semplificazione e riorganizzazione possa portare, a lungo termine, all'adozione di un testo costituzionale nell'Unione. Quali dovrebbero essere gli aspetti fondamentali di questa cosiddetta costituzione? I valori di cui si nutre l'Unione, i diritti fondamentali e gli obblighi dei suoi cittadini, il rapporto tra gli Stati membri nell'Unione?» (si veda «Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea»). La prudenza nell'uso delle parole riflette il fatto che non vi era un'intesa tra gli Stati membri sull'apertura di un processo costituente. Vedasi Paul Magnette, «Deliberation or Bargaining? Coping with Constitutional Conflicts in the Convention on the Future of Europe», in *The Chartering of Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, pp. 207-225.

¹³ «Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea», p. 6.

¹⁴ Ivi, 7.

¹⁵ La Convenzione era composta da due membri provenienti dai Parlamenti nazionali di ciascun Stato membro, sedici euro-parlamentari, due membri in rappresentanza della Commissione, e uno in rappresentanza di ciascun esecutivo nazionale (per un totale di 102 membri con altrettanti sostituti) un presidente, due vice-presidenti, e svariati osservatori. Questi ultimi provenivano dagli allora quindici Stati membri, dai dieci Stati candidati all'adesione, dai tre Stati all'epoca aspiranti alla candidatura, e da svariate istituzioni europee. L'istituzione centrale nella CIG è il Consiglio europeo, che è composto dai Capi di Stato e di Governo (inclusi i Ministri degli Esteri e numerosi collaboratori).

¹⁶ La posizione di vari leader nazionali fu di una chiarezza cristallina sin dagli esordi. Si veda Ana Palacio, rappresentante spagnola e poi ministro degli esteri, «Una Convención para Irak», *El País*, 7 luglio del 2003, dove si paragonava la convenzione irachena a quella europea.

1.1.1 La Convenzione di Laeken 2002-2003

La Convenzione di «Laeken» fu convocata il 28 febbraio 2002. La Dichiarazione del 2001 ne stabiliva la composizione (in modo simile a quanto avvenne con la Carta della Convenzione: appoggiata da parlamentari nazionali ed europei, rappresentanti dei governi nazionali e delle istituzioni europee)¹⁷, gli aspetti basilari della sua strutturazione (istituendo un Ufficio di Presidenza e nominando Valéry Giscard d'Estaing nel ruolo di Presidente, e Giuliano Amato e Jean Luc Dehaene come Vice-Presidenti), nonché, come già visto in precedenza, gli aspetti essenziali del suo mandato. Dal punto di vista procedurale e metodologico, invece, si lasciava carta bianca alla Convenzione stessa.

Sedici mesi più tardi, e contro il pronostico di molti, la Convenzione avanzò una proposta unica per un «Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa», che poi fu trasmessa al Consiglio europeo il 18 luglio 2003¹⁸. In questa sezione si cercherà di capire cosa accadde durante i lavori della Convenzione. In merito, sosteniamo che (a) la Convenzione ottenne una spinta iniziale dall'incitamento a favore di una sua azione di natura costituzionale, che le consentì di appropriarsi di un mandato costituzionale al di fuori del testo ambivalente, se non addirittura contraddittorio, della Dichiarazione di Laeken; (b) quest'incitamento ispirò, in maniera considerevole, le prime fasi dei lavori della Convenzione; (c) ma la Conferenza Intergovernativa estese su di essa un'ombra lunga, e alla fine, i leader politici europei trovarono i mezzi per influenzare e indirizzare i lavori della Convenzione, trasformando il processo in un ibrido di retorica costituzionale e riforma sintetica sostanziale. Nelle parti successive di questo capitolo, si prenderà in considerazione il modo in cui tutto ciò è emerso chiaramente nel testo della proposta fatta dalla Convenzione.

1.1.2 La Convenzione trasforma Laeken in un mandato costituzionale

Letteralmente dal primo giorno in cui incominciarono i lavori, gli attori incaricati nella Convenzione, definirono la propria attività come un esercizio costituente¹⁹. La Convenzione utilizzava la vasta gamma di pun-

¹⁷ Nello specifico: quindici rappresentanti dei capi di Stato o di Governo degli Stati membri (uno per ogni Stato membro), tredici rappresentanti dei capi di Stato o di Governo degli Stati candidati (uno per ogni Stato candidato), trenta rappresentanti dei Parlamenti nazionali degli Stati membri (due per ogni Stato membro) ventisei rappresentanti dei Parlamenti nazionali degli Stati candidati (due per ciascun Stato candidato), sedici membri del Parlamento europeo, e due rappresentanti della Commissione europea.

¹⁸ Consultabile su <<http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁹ Andrew Moravcsik, «Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), pp. 603-624, a p. 603.

ti interrogativi presenti nella Dichiarazione di Laeken per giustificare la natura costituzionale dell'iniziativa di riforma del Trattato europeo. Il nuovo Presidente della Convenzione, Valéry Giscard d'Estaing, paragonava la Convenzione a quella di Philadelphia, un organo molto simbolico per la sua connotazione costituzionale²⁰. Questi aveva anche sottolineato la differenza tra la Convenzione e la CIG: «Non siamo una Conferenza Intergovernativa giacché non ci è stato affidato, da parte dei Governi, un mandato a negoziare per conto loro le soluzioni che andremo a proporre». Giscard, invece, nel suo discorso inaugurale, invitava i delegati a non sentirsi vincolati dai governi che li avevano scelti, e sosteneva che la Convenzione avrebbe dovuto lavorare per realizzare una proposta costituzionale grazie a un processo aperto e orientato al consenso, composto da deliberazioni senza vincoli (senza alcuna procedura di voto)²¹.

Un appoggio rilevante per una Costituzione europea esisteva sia all'esterno che, soprattutto, all'interno della Convenzione. Giscard era consapevole del fatto che un'ampia maggioranza dei membri della Convenzione desiderava raggiungere un accordo piuttosto ambizioso²². Non fu, dunque, una sorpresa il fatto che Giscard, durante la prima sessione, affermasse che la Convenzione avrebbe dovuto cercare di conquistare «un ampio consenso su una singola proposta [...] [che] avrebbe così aperto la strada verso una Costituzione europea»²³.

L'identità *conventionnel* fu anche incoraggiata da sviluppi che non partivano dal Presidente o dall'Ufficio di Presidenza della Convenzione. In

²⁰ Il presidente della Convenzione europea Valéry Giscard D'Estaing faceva osservare che «l'Unione europea ora si trova ad un bivio, non molto dissimile da quello di Philadelphia nel 1787». *The Henry Kissinger Lecture at the Library of Congress*, Washington, D.C., 11 febbraio 2003, consultabile all'URL <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/7072.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012). Cfr. Michel Rosenfeld, «The European Convention and Constitution Making in Philadelphia», *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003), pp. 373-378.

²¹ «Discorso d'apertura del Presidente Valéry Giscard d'Estaing sulla Convenzione per il Futuro dell'Europa» (26 febbraio 2002), consultabile all'URL <<http://gandalf.aksis.uib.no/~brit/EXPORT-EU-Constitution/Export-Documents-CONV/CONV-004-02-03-05-EN/ANNEX4ChairmanoftheEuropeanConvention, Mr.html>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

²² Giscard alzò la posta in gioco. Cfr. *ivi*, p. 2. Egli aveva forti aspettative, e non era l'unico, in quanto intuiva che questa era l'occasione buona «per lasciare una traccia nella storia». Vedasi anche Peter Norman, *The Accidental Constitution: The Story of the European Convention*, Brussels, EuroComment, 2003, p. 48.

²³ Giscard faceva anche osservare che «nel tentativo di evitare un qualsiasi disaccordo di natura semantica, mettiamoci d'accordo d'ora in avanti nel chiamarlo "trattato costituzionale per l'Europa"» (*ivi*, nota 11). Con questa caratteristica etichetta, alquanto ambigua, si intendeva presumibilmente scongiurare il fatto che buona parte del dibattito ruotasse principalmente intorno alla natura costituzionale della struttura giuridica dell'Unione. Un tale chiarimento avrebbe costituito evidentemente un elemento essenziale di un qualsiasi momento costituzionale a tutti gli effetti.

primo luogo, c'era una notevole (e che riscuoteva un buon successo) opposizione nei confronti di regole procedurali proposte dall'Ufficio di Presidenza, realmente *dirigiste* e restrittive²⁴. In secondo luogo, ben presto s'incominciarono a organizzare riunioni informali in cui i *conventionnels* s'incontravano su base d'affinità ideologica, istituzionale o nazionale, un qualcosa che riproponeva gli accordi formali e informali tipici nelle assemblee costituzionali²⁵. Inoltre, in forte contrasto con tutti le CIG, inclusa quello di Laeken, la Convenzione riteneva che l'opinione pubblica fosse la sua naturale platea a cui rivolgersi. Ciò si rifletteva nel fatto che buona parte dei documenti della Convenzione furono resi pubblici non appena redatti, e buona parte delle riunioni nella Convenzione erano aperte al pubblico²⁶. La Convenzione tentava anche di rivolgersi all'opinione pubblica europea, provando a guadagnare visibilità nei dibattiti pubblici nazionali, fino a creare una connessione con le organizzazioni presenti nella società civile (anche se, in quest'ultimo caso, ci sembra che prevalesse il fine di gestire al meglio le pubbliche relazioni, piuttosto che un sincero proposito costituzionale)²⁷.

Va chiarito che fu la Convenzione, in realtà, a leggere in Laeken un chiaro mandato costituzionale. Essa fece appello alla Dichiarazione di Laeken e giustificò il suo mandato autodefinendosi più rappresentativa rispetto alla CIG. La sua composizione includeva per la maggior parte parlamentari, sia provenienti dai parlamenti nazionali che da quello europeo. La Convenzione presentava una composizione ben più aperta rispetto alla CIG²⁸ e, in contrasto con la natura segreta dei negoziati nelle CIG, avrebbe deliberato in pubblico tendendo la mano ai cittadini europei. L'argomento implicito fu quello secondo il quale la Convenzione, a differenza di quan-

²⁴ Vedasi, per esempio, CONV 55/02. Si legga anche Koen Lenaerts e Marlies Desomer, «New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy», *Common Market Law Review*, 39 (2002), pp. 1217-1253, a p. 1237 ss.

²⁵ Ben documentati e da tenere in buona considerazione: Olivier Duhamel, *Pour L'Europe*, Paris, Seuil, 2003; Gisela Stuart, *The Making of Europe's Constitution*, London, Fabian Society, 2003; e Neil D. McCormick, *A Union of Its Own Kind?*, Edinburgh, Greens/European Free Alliance, 2004.

²⁶ Ad ogni modo i documenti interni al *praesidium* e alla segreteria non furono resi pubblici. Delle riunioni del *praesidium*, dei gruppi di lavoro, e dei circoli di discussione abbiamo a disposizione solo dei resoconti, dove si evita di menzionare il nome del membro che sostiene una uno o l'altro argomento.

²⁷ Vedasi Carlos Closa, «The Convention Method and Transformation of EU Constitutional Politics», in *The Chartering of Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, pp. 183-206.

²⁸ Si includevano anche gli osservatori, e un equivalente numero di loro sostituti, provenienti dai Paesi candidati all'adesione, inclusa la Turchia. Visto che non si svolgevano votazioni in piena regola, essi potevano influenzare il processo facendo valere le proprie ragioni, cosa che non erano necessariamente ben preparati a fare al meglio, visto che gli Stati membri di solito hanno maggiori conoscenze, esperienza e risorse umane da dedicare a vicende e questioni europee.

to avveniva nelle CIG (come già detto nel Capitolo 3, nella parte in cui si segnala la natura di agente costituente indiretto della CIG) si presentava come un agente costituente *diretto*. In altre parole, la sua composizione (fatta di parlamentari, in particolare i sedici parlamentari europei) e le sue procedure aperte e trasparenti, avrebbero garantito accesso privilegiato ai cittadini europei e offerto credibilità democratica alla sua vocazione costituzionale. La parola d'ordine era *essere più democratica della CIG*, sebbene non si affermò mai in modo esplicito che la Convenzione avesse un mandato popolare diretto (che, in effetti, non aveva)²⁹.

C'erano ancora alcuni segni di continuità rispetto al passato, infatti, sebbene la Convenzione avrebbe dovuto scrivere la Costituzione, una discussione sul tipo di Costituzione e sul soggetto politico destinatario di questa, non sarebbe mai decollata. Ovvero la Convenzione non avrebbe mai chiarito quale tipo di soggetto politico il progetto costituzionale aspirava a dare vita, né tantomeno quali criteri democratici, in concreto, avrebbe applicato. I partecipanti, invece, evidenziavano lo status *sui generis* dell'iniziativa intrapresa, e le sue caratteristiche senza precedenti³⁰.

L'obiettivo politico specifico fu quello di dare una cornice al processo per dotarlo di una costituzionalità e operatività come se la Convenzione fosse stata un organo costituente vero e proprio³¹, per nascondere il fatto che la parte restante del processo si sarebbe mossa attraverso lo stesso solco seguito in passato dalla CIG. Visto il ruolo formalmente riconosciuto alla Convenzione nell'intero processo, si trattava di un gioco rischioso. Se la Convenzione fosse riuscita a far passare l'idea d'inquadrare questo processo nell'ottica costituzionale, chiunque, coinvolto nel processo stesso, avrebbe potuto ritenere se stesso un attore costituzionale europeo, con la conseguente responsabilità che un ruolo del genere comporta.

Tutto ciò si sarebbe verificato durante l'intera durata del processo, e avrebbe riguardato da vicino quei cittadini che sarebbero stati chiamati alle urne per votare in un referendum organizzato a livello nazionale. Il tutto avrebbe avuto la sua incidenza su quest'ultimi che, in questo modo, non sarebbero stati chiamati ad agire sulla base delle capacità derivanti dal loro status di cittadini nazionali, ma sulla base di quelle derivanti dal

²⁹ Vedasi Olivier Duhamel, «Convention vs. IGC», *European Public Law*, 11 (2005), pp. 55-62.

³⁰ Ciò può essere politicamente molto utile in quanto non legava il processo solo a una serie specifica di criteri democratici. È un procedimento che porta a un incremento dei benefici democratici e sembra avere una rilevanza politica ben maggiore rispetto a quanto si potesse immaginare, in quanto si dirige nella direzione generale corretta, senza mostrare alcun compromesso già stabilito con un criterio in concreto, poiché il criterio stesso non è stato oggetto di un chiarimento precedente.

³¹ Vedasi Lenaerts e Desomer, «New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy», p. 1237, dove si fa riferimento al membro della convenzione Klaus Hänsch, che riteneva l'approccio del «come se» una categoria imperativa della convenzione. *Bulletin Quotidien Europe*, no. 8154 (20 febbraio 2002), p. 4.

loro status di *cittadini europei*, il cui compito sarebbe stato quello di accettare o rifiutare la Costituzione europea. Questo era il modo più efficiente a disposizione della Convenzione per tenere saldamente in mano le redini della parte restante del processo, e anche la maniera migliore con cui avrebbe potuto plasmare i criteri per garantirne una buona riuscita. Se tutto ciò poteva o meno funzionare, dipendeva dalla credibilità della vocazione costituzionale della Convenzione, dalla qualità della proposta, e dal fatto che gli attori incaricati delle fasi successive a questo processo, sarebbero rimasti fedeli alla natura costituzionale di quanto stabilito nella Convenzione. Se è vero che la Convenzione riuscì a superare la prima prova, ciò non avvenne per le ultime due.

1.1.3 *L'effettivo lavoro della Convenzione*

La Convenzione, dunque, stabilì per se stessa il compito specifico di redigere una proposta costituzionale³². Nelle prime settimane, anche questa sembrava una partita di spessore, e comportava l'intensificarsi degli sforzi per garantire la legittimità democratica a un organo con credenziali democratiche confuse e indefinite. A seguito della battaglia sulle regole procedurali citata nella sezione precedente, il Presidente cercò d'imporre un'organizzazione dei lavori della Convenzione suddivisa in tre fasi: una fase d'audizione (dal marzo al luglio 2002) una fase deliberativa (che andava dal giugno 2002 al gennaio 2003) e una fase per la stesura della bozza (da lanciarsi con una proposta realmente preliminare da parte del Presidente nell'ottobre del 2002, definita proposta³³

³² Vedasi Closa, «The Convention Method and Transformation of EU Constitutional Politics», p. 187. Il percorso costituzionale ottenne l'appoggio anche da parte dei membri in sessione plenaria. Si veda, per esempio, Convenzione europea, «Nota relativa alla sessione plenaria, Bruxelles, 21 e 22 marzo 2002» (CONV 14/02, Brussels, 25 March 2002).

³³ Come osservato in precedenza, la convenzione non fu autorizzata democraticamente a inaugurare un processo costituente; Cfr. John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, «The Constitution's Gift», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 380-410. La partecipazione alla convenzione non fu determinata da nessun processo elettorale. Non c'era nessuna procedura di nomina unificata e i membri erano nominati dalle rispettive istituzioni d'appartenenza sulla base di proprie modalità di selezione. Cfr. Jo Shaw, «Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism», *European Law Journal*, 9 (2003), pp. 45-68. Dal punto di vista della rappresentatività, c'era un forte pregiudizio su questo fronte: infatti, 17 membri su 105 erano donne (16,9 per cento), e 24 dei 105 sostituti (22,85 per cento) erano donne. Era difficile individuare la presenza di altre minoranze. Inizialmente, non vi era nessun rappresentante proveniente dai Paesi candidati all'adesione nell'organo guida, cioè il *presidium*. Tale situazione fu successivamente modificata grazie all'inclusione del Primo Ministro sloveno Alojz Peterle in qualità di invitato. Le regole iniziali procedurali della convenzione erano simili a quelle normalmente utilizzate nel Consiglio (colloqui con i membri della convenzione e il loro staff) e dunque non diedero vita a un'assemblea deliberativa aperta, come il presidente della convenzione Giscard

«scheletro» a causa della sua apparente debolezza, e che si prolungava fino al luglio 2003)³⁴.

Intenzionale o meno, la scelta dell'Ufficio di Presidenza di dedicare molto tempo *alla fase d'audizione*, e di cominciare a considerare le bozze specifiche del testo solo nella parte finale di questa fase, si legava al conseguimento di un'intelaiatura solida capace di prevenire in ogni momento l'articolarsi di ragioni esplicite in grado di far cadere la scelta su un determinato tipo di alternative. In questo caso, quindi, bisogna dire che il tempo favoriva la negoziazione, ma non la decisione³⁵.

La seconda fase di «deliberazione» era abbastanza sconnessa. L'Ufficio di Presidenza, al principio, si era accordato sull'istituzione di dieci gruppi di lavoro la cui attività si organizzava in due «ondate». La prima, dedicata all'analisi dei principi costituzionali strutturali e sostanziali (sussidiarietà, complementarità delle competenze, e la Carta dei Diritti Fondamentali) e dell'assetto istituzionale (la personalità giuridica dell'Unione europea, che ricadde su uno dei gruppi di lavoro della cosiddetta seconda ondata, incaricato di occuparsi di semplificazione, e del ruolo dei Parlamenti nazionali). La seconda ondata, invece, riguardava principalmente politiche specifiche: governo economico, quella che fu chiamata attività estera, difesa, e il terzo pilastro riguardante giustizia, sicurezza e libertà. Va segnalato che chi dirigeva l'attività della Convenzione non istituì un gruppo di lavoro per occuparsi di alcuni dei temi istituzionali tra i più controversi, e posticipò alle ultime battute il dibattito su questi argomenti, che avrebbero fornito un'informazione di vitale importanza sull'indole del soggetto politico che si stava costruendo (quando non c'era il tempo necessario per occuparsene in modo adeguato). I membri della Convenzione, ad ogni modo, cercarono d'istituire un undicesimo gruppo di lavoro sull'Europa Sociale, visto il *cul de sac* in cui era finito il gruppo di lavoro sulla *governance* economica sin dall'inizio dei suoi lavori.

Mentre ciò stava creando una certa inquietudine fra i membri della Convenzione di centro e di sinistra, Giscard sosteneva, nel suo consueto

d'Estaing aveva dichiarato nella sessione inaugurale. Tali procedure suscitarono un certo clamore e una certa avversione, e furono di conseguenza modificate. Vedasi Carlos Closa, «Improving EU Constitutional Politics? A Preliminary Assessment of the Convention», *Constitutionalism Web-Papers*, (ConWEB no. 1/2003), consultabile all'URL <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511194> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012). Vedasi anche Lenaerts e Desomer, «New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy».

³⁴ CONV 369/02, 28 ottobre 2002, consultabile all'URL <<http://europa.eu.int/docs/esssplen/00369.i2.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

³⁵ Un'analisi della questione che concerne la Carta della Convenzione si può trovare in Justus Schönlaue, «New Values for Europe? Deliberation, Compromise and Coercion in Drafting the Preamble of the EU Charter of Fundamental Rights», in *The Chartering of Europe*, ed. Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum e Agustín José Menéndez, pp. 112-132.

modo ambivalente, che nessun membro della Convenzione aveva fatto richiesta per un aumento delle competenze dell'Unione in materia sociale³⁶. Ciò ebbe un effetto boomerang e acui le pressioni sulla Convenzione al fine di creare, al suo interno un nuovo gruppo di lavoro specifico «sull'Europa Sociale»³⁷. Tale richiesta fu avanzata da vari membri nella sessione Plenaria nel mese di ottobre³⁸. L'Ufficio di Presidenza cercò, apparentemente, di dirimere la questione, dedicando una parte del dibattito della sessione plenaria ai temi sociali³⁹. Sempre più membri della Convenzione misero per iscritto i loro contributi, in cui davano vigore ad argomentazioni favorevoli a un riequilibrio di scopi, obiettivi e politiche dell'Unione verso una direzione maggiormente sociale⁴⁰. Ciò portò all'effettiva creazione di un nuovo gruppo di lavoro⁴¹ che, tuttavia, si rivelò inconcludente allo stesso modo di quello sulla *governance* economica.

Con l'avanzare del tempo, la Convenzione entrò nella fase conclusiva della stesura della bozza. Fu allora che si rese evidente il fatto che la Convenzione non avrebbe voluto (né potuto) dare il via ad un momento costituzionale per l'Europa, così come inteso nella tradizione rivoluzionaria.

Questo limite fu dovuto a tre cause. La prima riguarda il fatto che la Convenzione non riusciva a fare chiarezza sullo status normativo dell'iniziativa intrapresa. Nel suo discorso inaugurale, Giscard osservava che: «per cercare di evitare un qualsiasi disaccordo sulla semantica, mettiamoci d'accordo nel chiamarlo «Trattato costituzionale per l'Europa». Ciò si concluse con uno sforzo, coronato dal successo, per precludere la nascita di un contenzioso, dal punto di vista politico, su «quale tipo di Costituzione per quale tipo d'Unione europea». È facile comprendere che coloro

³⁶ «La dernière chance de l'Europe unie», *Le Monde*, 22 luglio 2002.

³⁷ Vedasi CONV 300/02, «Proposte presentate al Praesidium ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 15 dei metodi di lavoro della Convenzione: costituzione dei gruppi di lavoro sull'Europa sociale» consultabile all'URL <http://european-convention.eu.int/EN/doc_register/doc_registeraff1.html?MAX=151&lang=EN&Content=DOC> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012). Buona parte dei firmatari erano affiliati ai partiti dell'area di centro-sinistra o, per meglio dire, alla sinistra del centro, come ad esempio il Partito Nazionalista scozzese.

³⁸ Vedasi «Relazione integrale sulla sessione plenaria della Convenzione svoltasi il 3 ottobre 2002».

³⁹ Vedasi CONV 374/02, «Questionnaire for the Debate on Social Issues» (29 ottobre 2002), consultabile all'URL <http://european-convention.eu.int/EN/doc_register/doc_registeraff1.html?MAX=151&lang=EN&Content=DOC> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁴⁰ Si veda, per esempio, CONV 388/02, di Pierre Moscovici, consultabile all'URL <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/02/cv00/cv00388.fr02.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁴¹ CONV 421/02, «Bozza del Mandato del Gruppo di Lavoro "Europa Sociale"» (22 novembre 2002), consultabile all'URL <http://european-convention.eu.int/EN/doc_register/doc_registeraff1.html?MAX=151&lang=EN&Content=DOC> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

che erano coinvolti nel processo si incaricavano di prevenire un certo tipo di dibattito per evitare che il processo andasse fuori strada. sottrarsi a questo dibattito, però, comportava dei rischi. Conservare le ambiguità sullo status normativo della Costituzione e sul tipo di ordinamento andava per la maggiore, ma avrebbe anche reso più difficile garantire che i soggetti coinvolti nel processo la potessero ritenere un'iniziativa costituzionale a tutti gli effetti⁴².

La seconda ragione risiede nel fatto che l'interazione all'interno del Plenum e dei gruppi di lavoro venisse considerata di tipo "deliberativo" (nel senso di aperto e genuino dibattito tra le parti)⁴³. Anche essendo d'accordo con questo tipo di valutazione è necessario fare due obiezioni. In primo luogo, il voto fu scartato sin dall'inizio come metodo di decisione. Si sosteneva che la *votazione* sarebbe stata impossibile, visti i differenti gradi e livelli di legittimità dei diversi membri della Convenzione (quale sarebbe stato il peso appropriato da assegnare al governo nei confronti dei rappresentanti parlamentari, e dei rappresentanti di Stati candidati a far parte dell'UE quali la Turchia?). Alcuni sostenevano che questa fosse una *necessità* ben accetta, poiché rafforzava l'interazione deliberativa⁴⁴. Va detto, comunque, che la votazione è in effetti preferibile rispetto ad altri percorsi decisionali, soprattutto dal punto di vista democratico-deliberativo. Se preceduta da una fase di deliberazione appropriata, la votazione è la via *giusta, dal punto di vista normativo*, per adottare una decisione⁴⁵. La votazione nella Convenzione, inoltre, avrebbe messo ancor più pressione su governi recalcitranti, che si trovavano in minoranza. La mancanza di trasparenza nelle riunioni dell'Ufficio di Presidenza⁴⁶ gettava l'ombra del dubbio sulla misura in cui i risultati della Convenzione potessero realmente scaturire dall'*interazione deliberativa*.

I tre personaggi principali dell'Ufficio di Presidenza mantenevano un controllo saldo sullo svolgimento delle attività della Convenzione. C'erano alcuni spostamenti *strategici* sul votare o meno all'interno dell'Ufficio di

⁴² Si veda quanto dichiarato dal ministro per gli Affari comunitari danese Bertel Haarder, nel 2001.

⁴³ Magnette, «Deliberation or Bargaining?»; vedasi anche Magnette, «Coping with Constitutional Incompatibilities: Bargains and Rhetoric in the Convention on the Future of Europe» (Working Paper 12/03, Jean Monnet Working Paper Series).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Si veda Joshua Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», in *The Good Polity*, ed. A. Hamlin e B. Pettit, Oxford, Blackwell, pp. 17-34; si veda anche Loren A. King, «Deliberation, Legitimacy and Multilevel Democracy», *Governance* 16 (2003), pp. 23-50.

⁴⁶ Di queste riunioni non si trova traccia in nessun verbale ufficiale, nonostante l'insistenza di alcuni membri della convenzione. Su questo punto, si legga lo scambio di vedute tra Giscard e Fayot nella sessione plenaria del 24 maggio del 2002, consultabile all'URL <http://www.europarl.europa.eu/Europe2004/textes/verbatim_020524.htm> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

Presidenza⁴⁷, e addirittura su chi aveva il diritto di voto. Inoltre, l'apertura verso la società civile, nella migliore delle ipotesi, si rivelò timida. Molti membri della società civile, infatti, si mostravano estremamente critici su ciò che sembrava essere una Convenzione che funzionava dall'alto verso il basso, piuttosto che in direzione del coinvolgimento degli attori della società civile⁴⁸, e varie organizzazioni della società civile stessa si lamentarono del fatto che la Convenzione consentisse un accesso limitato, prestando ancor meno attenzione alle loro preoccupazioni⁴⁹.

La terza ragione fu che, a causa dei tempi ristretti, si sorvolò sul dibattito riguardante la Parte III, dove si sarebbero dovute sancire buona parte delle norme del Trattato su politiche specifiche. Questo fu un compito «delegato» all'Ufficio degli Affari Giuridici all'interno della Segreteria del Consiglio della UE. A tutto ciò si accompagnava un veto chiaro su qualsiasi tentativo di creare una scala gerarchica tra le diverse parti della bozza da presentare da parte della Convenzione. Arrivando così all'iperinflazione del valore costituzionale. Una decisione che avrebbe poi danneggiato il Trattato Costituzionale nei dibattiti sulla ratifica in Francia e Olanda.

1.1.4 Movimento contro-costituzionale: l'ombra lunga gettata dal Consiglio europeo

La Convenzione doveva far fronte a vincoli importanti che ne indebolivano l'impeto costituzionale, il cui principale autore era stato il Consiglio europeo. L'ambiguità del ruolo assegnato alla Convenzione da parte del Consiglio europeo nella Dichiarazione di Laeken era evidente, e diveniva ancora maggiore guardando al ruolo che si consentiva di recitare alla Convenzione durante l'intera durata del processo stesso (inizialmente mediante la nomina dei personaggi guida nella Convenzione, e di seguito mediante la loro interazione)⁵⁰. Chi era chiamato a dirigere l'attività della Convenzio-

⁴⁷ Sul ruolo del *praesidium* e il suo peso decisivo sull'andamento della convenzione, vedasi Carlos Closa, «Improving EU Constitutional Politics? A Preliminary Assessment of the Convention»; e Kalypso Nicolaidis e Paul Magnette, «Bargaining in the Shadow of Rhetoric», *West European Politics*, 27 (2004), pp. 381-404.

⁴⁸ Si esprimeva in tal senso anche un membro della convenzione. «Intervista con un euro-parlamentare membro della Convenzione» 9 luglio 2003.

⁴⁹ Vedasi Emanuela Lombardo, «The Participation of Civil Society», in *Constitutional Politics in the European Union: The Convention Moment and Its Aftermath*, ed. Dario Castiglione, Justus Schönlaue, Nieves Pérez Solorzano, e Miriam Aziz, pp. 153-169, Houndmills, Palgrave, 2007. Si veda anche Geir Kværk, «Organised Civil Society in the EU Constitution-Making Process», in *Public Sphere and Civil Society? Transformations of the European Union*, ed. John Erik Fossum, Philippe Schlesinger, e Geir Kværk, ARENA Report 2/07, Oslo, University of Oslo, pp. 141-223.

⁵⁰ Il Consiglio europeo si mosse in questa direzione assegnando il ruolo di leader nella convenzione a questi tre membri: Valéry Giscard d'Estaing fu nominato presidente, Giuliano Amato e Jean Luc Dehane vicepresidenti. «Dichiarazione di Laeken», p. 6.

ne non solo era pienamente consapevole di ciò, ma, con l'avanzare del processo, dimostrò di essere ben pronto ad accettare, addirittura a garantire, tali vincoli, mediante la manipolazione politica⁵¹. Chi era alla guida della Convenzione, grazie al controllo di agenda, contatti e diversi strumenti, organizzava i lavori della Convenzione in modo tale da garantirsi di poter anticipare costantemente ciò che il Consiglio europeo avrebbe accettato⁵².

Il Consiglio europeo aveva indicato alla Convenzione di lavorare all'interno di un arco di tempo prefissato. Alla Convenzione fu dato un anno di tempo per consegnare una proposta (o un pacchetto di proposte)⁵³. Nonostante la richiesta di una proroga, la scadenza fu posticipata soltanto di pochi mesi (dal marzo al giugno del 2003), il che rappresentò un handicap importante. Significava che la Convenzione aveva soltanto un mese e mezzo a disposizione per riesaminare l'intero testo di oltre 300 pagine (dalla fine di maggio alla metà di luglio del 2003)⁵⁴. La scadenza imposta dal Consiglio europeo, in effetti, privò la Convenzione del tempo necessario per dibattere la Terza Parte, che conteneva molte delle disposizioni di dettaglio che avrebbero dato un indirizzo deciso sul modo in cui interpretare e trattare le disposizioni generali nelle Parti I e II⁵⁵. Questa decisione deluse molti membri della Convenzione (ed ebbe un'influenza negativa sui dibattiti nazionali per la ratifica, in particolar modo in Francia)⁵⁶. La Convenzione, in effetti, veniva sostituita da un gruppo di esperti giuridici che agirono all'interno del Consiglio dei Ministri, pertanto in aperta contraddizione con il proposito di semplificare il diritto primario dell'Unione e con l'idea che ci fosse bisogno della Convenzione per poter scrivere una Costituzione. L'inserimento di un intero insieme di disposizioni, che

⁵¹ La presidenza e il *praesidium* giocarono un ruolo chiave in tal senso, d'accordo con quanto sostenuto da George Tsebelis e Sven-Oliver Proksch, «The Art of Political Manipulation in the European Convention», *Journal of Common Market Studies*, 45 (2007), pp. 157-186. In particolare Giscard esercitò il controllo della tempistica, dell'agenda e della definizione di cosa facesse parte del consenso, vista l'assenza di una procedura di votazione.

⁵² Ogni governo nazionale aveva il suo rappresentante nella Convenzione. Come detto nella nota n. 50, il Consiglio europeo si mosse in questa direzione assegnando il ruolo di leader a tre membri della Convenzione. Per maggiori dettagli su questo «anello avanzato» della Convenzione vedasi Fossum e Menéndez, «*The Constitution's Gift*» e Fossum, «Contemporary European Constitution-making-Constrained or Reflexive?» in *Making the European Polity*, Erik Oddvar Eriksen (Ed.), London: Routledge (2005). Si veda anche Chris Lord, *A Democratic Audit of the European Union*, Basingstoke, Palgrave, 2004, pp. 86-94.

⁵³ Vedasi la «Dichiarazione di Laeken» (*supra*, n. 9).

⁵⁴ Jean-Claude Piris, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 51.

⁵⁵ Cfr. Norman, *The Accidental Constitution*, p. 220.

⁵⁶ Vedasi Carlos Closa, «Deliberative Constitutional Politics and the Turn towards a Norms-Based Legitimacy of the EU Constitution», *European Law Journal*, 11 (2005), pp. 411-431.

costituiscono la Parte III di un documento chiamato Trattato Costituzionale, non avrebbe potuto che essere considerato una svalutazione del valore costituzionale della bozza⁵⁷.

La Convenzione, dunque, riorientò se stessa per tranquillizzare il Consiglio europeo⁵⁸, il che significava ridefinire, in effetti, il suo slogan principale da: *We the European peoples in We the European Council*. Qui va sottolineato che alla Convenzione fu impedito di fare una proposta costituzionale da destinare direttamente ai cittadini. Proprio perché si andò a inserire nelle modalità di modifica del Trattato utilizzate nelle CIG, anziché sostituirla, la Convenzione doveva concentrare maggiormente i suoi sforzi nell'assicurarsi un passaggio sicuro della bozza alla fase successiva del Consiglio europeo, se voleva che il risultato ottenuto non venisse stravolto⁵⁹. Un tale riorientamento fu simboleggiato anche dal fatto che molti Stati membri riuscirono a partecipare direttamente alla Convenzione attraverso i loro Ministri degli Affari Esteri. Il che, di per sé, diede un'impronta governativa forte a tutto il processo della Convenzione⁶⁰. Più tardi ciò si tradusse in un processo più ampio «di seconda intenzione», che aiutò chi era parte diretta del dibattito costituzionale a valutare se una certa bozza fosse *accettabile* per la CIG.

La struttura del processo aiutò a rendere effettivo tale cambiamento. Si fa notare, per esempio, il ruolo speciale che i rappresentanti dei governi – in particolare *i ministri degli esteri* – recitarono durante l'intero processo. Questi ministri, prendendo parte alle decisioni della Convenzione, facevano rientrare nel processo, di cui erano parte attiva, il Consiglio europeo. Ogni governo era dotato della facoltà di veto in una riunione del Consiglio europeo. Pertanto i rappresentanti del governo nella Convenzione –

⁵⁷ Cfr. Agustín José Menéndez, «Between Laeken and the Deep Blue Sea», *European Public Law*, 11 (2005), pp. 103-143.

⁵⁸ Giscard, per esempio, «monopolizzava l'attività di aggiornamento sui lavori della Convenzione a favore sia degli Stati membri che dell'opinione pubblica» (David Allen, «The Convention and the Draft Constitutional Treaty», in *The Future of Europe*, ed. F. Cameron, London, Routledge, 2004: pp. 18-34, a p. 24) e si riuniva regolarmente con il Consiglio europeo (un'istituzione da lui ritenuta tra i padri fondatori della Convenzione stessa). Un esempio in tal senso fu l'episodio in cui Giscard si rifiutava di accennare a Kerr qualcosa su temi istituzionali controversi, mentre quest'ultimo ne aveva già discusso con i leader nel Consiglio europeo. Vedasi Norman, *The Accidental Constitution*, p. 219. Un altro fattore chiave in questo caso era rappresentato dal grosso contingente di rappresentanti del governo nella convenzione, molti dei quali sarebbero rientrati nella fase successiva di questo processo, e cioè le decisive sessioni a porte chiuse del CIG.

⁵⁹ Vedasi Fossum, «*Contemporary European Institution Making – Constrained or Reflexive?*».

⁶⁰ Due rappresentanti nazionali provenienti dagli Stati membri erano stati vice-primo ministro, e sei provenienti dagli Stati membri e otto da quelli candidati all'adesione erano stati vice ministri per gli Affari comunitari; dunque sedici su un totale di ventotto avevano ricoperto quella carica ministeriale. Oltre ai sedici già citati, vi erano altri sei statisti già ritirati. Vedasi Closa, «The Convention Method and Transformation of EU Constitutional Politics», paragrafo 11.3, a p. 199.

e in particolare i ministri degli esteri – avrebbero potuto esercitare, nella Convenzione, la credibile minaccia del veto⁶¹.

Ciò spinse anche un autore a dire, riferendosi alla Convenzione, che «deliberava sotto la spada di Damocle del veto (del Consiglio europeo)»⁶².

Il risultato di questo processo fu che il potere costituente, di cui si era appropriato la Convenzione, si trasferì al Consiglio europeo, che fu l'organo incaricato di modificare il Trattato, e finì con l'esercitare questo compito attraverso la Convenzione.

La Convenzione, dunque, finì col pagare un prezzo piuttosto alto, per aver cercato di giocare la carta costituzionale. Allineandosi, in tal modo al Consiglio europeo, essa eludeva il terreno politico costituzionale, e invece formulava il proprio ruolo costituzionale secondo la linea del consolidamento e della semplificazione del diritto comunitario⁶³. Questo strano modo di fare politica costituzionale divenne comprensibile, se si pensa che, alla luce della preponderanza degli esecutivi nazionali nella gestione della riforma dei Trattati, si condizionava moltissimo il linguaggio con il quale la fase costituente avrebbe dovuto dare forma all'Unione europea. Un Consiglio europeo forte orientò la Convenzione, giocando un ruolo importante nella determinazione di un siffatto risultato.

1.2 *La bozza costituzionale della Convenzione*

Si è visto che la Convenzione aveva un mandato costituzionale ambiguo, che cercò di ampliare senza successo. Non si arrivò a fare chiarezza né sulla posta politica in gioco, né sulle implicazioni costituzionali più importanti. Quest'ambiguità segnò chiaramente il testo della bozza. Infatti, sembra che dando uno sguardo più attento alla bozza, così come fu formulata da parte della Convenzione, si svela (a) una certa corrispondenza tra *la retorica costituzionale e la riforma sintetica* che si trasforma in «caratteri sottili», oppure si afferma grazie all'interpretazione sistematica del testo. Tutto ciò trovava ulteriore conferma (b) nell'assenza di temi chiave riguardanti le politiche socio-economiche dell'Unione.

1.2.1 *L'abito costituzionale per una sintesi riformatrice*

La tensione esistente tra il linguaggio costituzionale e la sostanza *sintetica* riformatrice del Trattato Costituzionale proposto dalla Convenzio-

⁶¹ C'erano quattro membri della Convenzione presenti nelle riunioni del Consiglio europeo di Copenhagen del 12-13 dicembre. Vedasi Convenzione europea «Relazione presentata da Valéry Giscard d'Estaing, Presidente della Convenzione europea, al Consiglio europeo del 12 e 13 dicembre 2002» consultabile (in inglese) all'URL <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/6321.pdf>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁶² Magnette, «Deliberation or Bargaining?».

⁶³ *Ibidem*.

ne viene illustrata al meglio prendendo in considerazione quelli che sono i cambiamenti più importanti apportati dal diritto primario dell'Unione sostenuti dalla Convenzione.

Per quanto concerne il diritto costituzionale strutturale dell'Unione, la bozza della Convenzione conteneva disposizioni che affermano la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale (articolo I-10.1: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»). Un insieme piuttosto netto di disposizioni necessario a distinguere tra le diverse tipologie di competenze, distribuendole poi tra Unione e Stati membri (sia esse esclusive, concorrenti e di sostegno, oltre alle peculiari competenze in materia di politica estera e di sicurezza, e in materia di coordinamento economico) (articoli dall'I-11 all'I-14).

In entrambi i casi, la bozza segue il modello tipico del testo costituzionale, affermando la prevalenza del diritto federale e gettando le basi per un catalogo di competenze chiaro. Le implicazioni effettive di queste disposizioni presentavano ancora delle sfumature da chiarire. Per quanto riguarda la prevalenza, non solo i *travaux préparatoires*, ma anche il Trattato Costituzionale, rivelano che l'Articolo I-10-1 venne inteso come la codificazione di una prassi costituzionale già esistente (giacché i diritti costituzionali nazionali limitano la portata e lo spessore del principio della prevalenza del diritto dell'Unione, come già si è avuto opportunità di analizzare nel capitolo 3). Invece l'articolo I-5.1 conteneva un riconoscimento esplicito dell'identità costituzionale nazionale di ciascuno Stato membro («L'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri legata alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza interna»). Quest'ultimo non fa altro che rafforzare il riconoscimento qualificato della prevalenza del diritto dell'Unione. Per quanto concerne le competenze, le categorie pure comprese nella Parte I della Costituzione risultano essere in contrasto con il metodo complesso utilizzato per assegnare le competenze nella Parte III. Ciò non sarebbe un problema se le Parti del Trattato Costituzionale fossero state classificate secondo un ordine gerarchico (come molti *conventionnels* avrebbero preferito, attraverso l'esplicita affermazione della natura non costituzionale della Parte III). Invece, dal momento che tutte le parti furono poste sullo stesso livello gerarchico⁶⁴, qualsiasi riforma sancita nella Parte I avrebbe avuto un impatto ben di-

⁶⁴ La Parte III era sulla stessa lunghezza d'onda con le altre parti della Bozza di Trattato, se non altro perché tutti i contenuti della Costituzione erano sottoposti alla procedura di modifica che richiedeva il consenso unanime degli Stati membri nel Consiglio e la ratifica secondo le procedure costituzionali nazionali. Vedasi Menéndez, «Between Laeken and the Deep Blue Sea».

verso, a seconda del modo in cui, nella prassi costituzionale, si sarebbero disciplinati i rapporti tra le diverse Parti del Trattato.

Per quanto concerne il diritto costituzionale sostanziale dell'Unione, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea venne incorporata formalmente nel diritto primario dell'Unione (dando vita alla Parte II del Trattato Costituzionale). Ciò sembrava un indicatore chiaro della natura costituzionale del Trattato. L'incorporazione della Carta, infatti, fu la più rossa delle «linee rosse» attraversate dai parlamentari europei che hanno partecipato alla Convenzione, a maggior ragione vista la sua implicazione costituzionale⁶⁵. Va inoltre ricordato che i governi nazionali più scettici (Regno Unito e Irlanda in questa fase) ottennero nella Carta della Convenzione che l'efficacia dei diritti socio-economici fosse diluita, e riconfermarono nella bozza l'importanza del diritto alla proprietà privata e di «clausole orizzontali» abbastanza restrittive per disciplinare i rapporti tra la Carta e i diritti nazionali⁶⁶. Avendo la possibilità di una seconda tornata di negoziati, fu loro concessa l'incorporazione della Carta solo dopo che le «clausole orizzontali» fossero state ristrette ulteriormente. I paragrafi 2 e 3 dell'Articolo 52 disattivarono buona parte dell'efficacia normativa della Carta, al punto che alcuni autori asserirono che si era giunti alla sua *auto-cancellazione*⁶⁷.

A ciò va aggiunta la condizione ulteriore per cui le «spiegazioni» prodotte dall'Ufficio Affari Giuridici della Segreteria del Consiglio si sarebbero dovute considerare come un contributo autorevole per la definizione del documento. Meno ovvio fu il fatto che l'incorporazione della Carta venisse accompagnata dalla riaffermazione del ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali nazionali come fondamento dei diritti fondamentali nell'Unione⁶⁸. Un elemento che avrebbe comportato la conferma che, nei fatti, l'incorporazione della Carta non avrebbe cambiato la sua forza giuridica effettiva, poiché avrebbe continuato a essere considerata come un'autorevole interpretazione d'ultima istanza dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, e cioè un diritto costituzionale comune agli Stati membri.

Guardando all'assetto generale della struttura istituzionale dell'Unione europea, si affermò a gran voce che la bozza del Trattato apriva nuovi orizzonti a causa dell'esplicita affermazione della personalità giuridica dell'Unione (Articolo I-6), dell'eliminazione della struttura dei tre pilastri eretta con il Trattato di Maastricht (Articoli I: 6, I: 33, rif. III: 302, I-24) e della profonda riforma del sistema delle fonti del diritto dell'Unione (insieme

⁶⁵ Olivier Duhamel, *Pour l'Europe: Le texte intégral de la constitution expliqué et commenté*, Paris, Seuil, 2003.

⁶⁶ Vedasi Justus Schönlaue, *Drafting the EU Charter: Rights, Legitimacy and Process*, Houndmills, Palgrave, 2005.

⁶⁷ Pedro Cruz Villalón, «La Carta o El Convidado de Piedra», in *La Constitución Inédita*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 115-129, a p. 121.

⁶⁸ Vedasi l'articolo I-7.3 della bozza di convenzione.

all'affermazione della gerarchia degli atti giuridici, nell'Articolo I: 32.8). Le prime due mosse furono più simboliche che sostanziali, mentre l'ultima fu profondamente ambivalente. Per quanto concerne la prima mossa, va tenuto presente che sia la Comunità europea che l'Euratom avevano personalità giuridica, quindi la nuova disposizione aggiungeva «solo» un riconoscimento esplicito della personalità giuridica dell'Unione *stricto sensu*, a cui in precedenza non era stata riconosciuta espressamente personalità giuridica. Va ricordato, peraltro, che il Trattato di Amsterdam aveva già modificato l'Articolo 24 del Trattato sull'Unione europea, autorizzando il Consiglio a concludere accordi con Paesi al di fuori dell'Unione e con organizzazioni internazionali; e, in generale, sembrava che la prassi costituzionale europea stesse evolvendosi verso lo sviluppo di una consuetudine costituzionale che implicava il riconoscimento della personalità giuridica dell'Unione⁶⁹.

Per quanto riguarda la seconda mossa, la rimozione della struttura basata sui pilastri confermava che era in corso un processo di modifica che riguardava il terzo pilastro. D'altra parte, per ciò che riguardava il secondo pilastro (politica estera e di sicurezza), si trattò più che altro di un gioco di parole, giacché le specificità concernenti il suo assetto istituzionale, i processi decisionali e di revisione, e il sistema normativo degli atti, furono preservate interamente nella bozza di Trattato Costituzionale della Convenzione (si vedano in particolar modo gli Articoli dall'I-39 all'I-41). La terza mossa, cioè la semplificazione e la gerarchizzazione delle categorie giuridiche, fu un chiaro passo nella direzione costituzionale, a cui si accompagnava il mutamento delle definizioni (si passa da direttive e regolamenti, a leggi e leggi-quadro). Sebbene ci si trovasse dinanzi a una buona opportunità *democratica* per fare chiarezza sul sistema delle fonti del diritto, non era una buona opportunità democratica per riclassificare le fonti giuridiche nel diritto dell'Unione *in assenza di un'ulteriore democratizzazione dei procedimenti legislativi*. Il termine *leggi* ha avuto sempre, e continua ad avere, una chiara connessione con la genesi democratica delle norme d'azione comune nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea. Le leggi sono quelle norme, e solo quelle norme, che si può dire costituiscono *un'espressione della volontà generale*. Il concetto di legge, infatti, nella tradizione del costituzionalismo democratico, non ha semplicemente *un peso normativo* (legge intesa come espressione della *volonté générale*)⁷⁰, ma una tale caratterizzazione normativa spiega molti degli *aspetti tecnici attribuiti alle leggi*, quali ad esempio la presunzione di costituzionalità. Quest'ultimo cambiamento, quindi, fu profondamente ambivalente.

⁶⁹ Su questo punto, vedasi Inger Österdahl, «The EU and Its Member States, Other States and International Organisations: The Common European Security and Defence Policy after Nice», *Nordic Journal of International Law*, 70 (2001), pp. 341-372.

⁷⁰ Vedasi Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 109.

Per quanto concerne, infine, gli aspetti specifici della procedura decisionale, il Trattato Costituzionale della Convenzione fu considerato una spinta verso l'affermazione generalizzata della regola della maggioranza qualificata nelle votazioni del Consiglio⁷¹, e nella designazione della procedura di *codecisione* come procedura standard (I: 33, rif. 302, I-24, con importanti eccezioni contenute nella Parte III)⁷². Inoltre, si contribuì alla democratizzazione del procedimento legislativo grazie all'istituzione dell'iniziativa legislativa dei cittadini (articolo I: 46.4)⁷³. Questi aspetti, d'altra parte, si rivelarono effettivi solo parzialmente. Da un lato, molte decisioni, con evidenti implicazioni redistributive, restavano soggette al metodo tradizionale della Comunità, che implicava il consenso unanime necessario nel Consiglio. Più aumentavano le materie da decidersi attraverso la codecisione, infatti, più diventava ovvia l'*inclinazione strutturale* nel suddividere le competenze tra le varie procedure legislative esistenti nella

⁷¹ La bozza manteneva, addirittura rafforzava, gli aspetti guida del modello decisionale nel Consiglio (in precedenza il secondo e terzo pilastro). Un rafforzamento potenziale del genere avrebbe portato a un maggior uso della maggioranza qualificata nel Consiglio, che infatti assumeva lo status di principio generale nella procedura di votazione (articolo I-23.3), anche se le istituzioni dell'Unione dovevano frenarsi dinanzi alle restanti procedure finora adottate nei pilastri della UE.

⁷² Le eccezioni corrispondono ai tre procedimenti legislativi alternativi: nel primo, dove il Parlamento Europeo non ha nessuna voce in capitolo nel procedimento legislativo e viene semplicemente consultato, il Consiglio decide all'unanimità su certi diritti di cittadinanza (art. III-10, III-9.2, III-11.1), alcune norme chiave che definiscono il mercato unico - quali (a) il regime della libera circolazione di persone (III-62.2 e III-65bis)-, (b) diritti ed interessi dei lavoratori subordinati (III-64.2 e III-65bis), (c) la previdenza sociale e la tutela dei lavoratori (III-104.3, c, d, f e g, e art. III-104.1), norme riguardanti l'armonizzazione delle misure fiscali (III-62 e III-65.2), limiti sulla libera circolazione di capitali nei confronti dei Paesi Extra-UE (III-46.3), il regime linguistico per una tutela uniforme dei diritti di proprietà e un regime centralizzato per il rilascio d'autorizzazioni su scala comunitaria (III-68), norme sul diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere (articolo III-170.3), certi aspetti legati alle politiche di tutela ambientale (III-130.2), e cooperazione tra le forze dell'ordine (III-176.3, III-178). Il secondo procedimento si riferisce ad aree dove il Parlamento europeo non ha alcuna voce in capitolo e non è obbligatorio nemmeno consultarlo: politica estera e di sicurezza comune (articolo III-201), politica di difesa e sicurezza comune (articolo III-210.2), negoziati in materia di politica commerciale comune (III-217.3), il cosiddetto metodo di coordinamento aperto, questioni di politica monetaria che non sono d'esclusiva incombenza del Sistema Europeo di Banche Centrali, con alla sua testa la Banca Centrale Europea. Il terzo procedimento riguarda procedure come quella di approvazione del bilancio, che hanno un excursus specifico di grande complessità, dove vengono coinvolti anche i Parlamenti nazionali. Ne sono esempi: la Decisione relativa al sistema delle Risorse Proprie, che adesso si chiama Legge sulle Risorse Proprie (art. I-53), la Prospettiva Finanziaria, e il bilancio annuale (I-55), che definisce le entrate e le spese dell'Unione nell'anno fiscale.

⁷³ Si fa notare che l'iniziativa popolare (articolo I-47.4) si riduce a un invito alla Commissione a presentare una proposta legislativa. La Commissione resta libera di agire come meglio crede nei confronti di un'iniziativa del genere.

Comunità⁷⁴. Dall'altro lato, il diritto all'iniziativa popolare fu nient'altro che la versione glorificata dei diritti politici generali dei cittadini, dato che si pretendeva dalla Commissione di *valutare* semplicemente se l'iniziativa fosse meritoria al punto da diventare una proposta legislativa e non che essa avrebbe vincolato la Commissione.

1.2.2 Evitare le politiche socio-economiche

La natura costituzionale del Trattato Costituzionale si deve misurare anche in base a ciò di cui esso *non* si è occupato, o meglio, ciò che si è *evitato* di toccare. In tal senso, non è difficile concludere che si cercò di escludere il più possibile il dibattito sull'intero assetto della Costituzione socio-economica dell'Unione.

Come già detto nella Sezione 2, i gruppi di lavoro sul governo economico⁷⁵ e sull'Europa sociale⁷⁶ furono totalmente inconcludenti. Alla fine, l'equilibrio «socio-economico» fu trasferito nella redazione dell'Articolo 3, sugli obiettivi dell'Unione, e più specificamente, sul rapporto tra il mercato unico e il *Sozialer Rechtsstaat*. Nell'Articolo I-3.3, infatti, si stabilì che «L'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. L'Unione promuove il progresso scientifico e tecnico».

Questo somigliava (e di fatto era) più che altro a un *contentino* costituzionale e non riusciva a tener conto, in modo adeguato, della particolare *genealogia* politica racchiusa nell'espressione «economia sociale di mercato», che era ben lontana dal rassicurare coloro che si trovavano nell'area politica del centro-sinistra⁷⁷.

Le disposizioni sostanziali della bozza della Convenzione dimostravano fondamentalmente il fatto che, in gran parte, si evitò la battaglia politica propria di qualsiasi processo costituente, e cioè la battaglia per dare un'anima costituzionale al soggetto politico. Su questo aspetto la Bozza rappresentava un elemento di continuità con il passato. Si immaginava un'Unione in grado di preservare la sua identità *sintetica*, e non una federazione costituzionale (con gli Stati membri che, di conseguenza, si

⁷⁴ Menéndez, «Between Laeken and the Deep Blue Sea», .

⁷⁵ Vedasi CONV 375/1/02, REV 1, «Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulla Governance economica» e «Relazione integrale sulla Sessione Plenaria della Convenzione, novembre 2002».

⁷⁶ Vedasi CONV 516/1/03, REV 1, «Rapporto Finale del Gruppo di Lavoro sull'Europa sociale» consultabile in italiano all'URL <register.consilium.europa.eu/pdf/it/03/cv00/cv00516-re01.it03.pdf>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁷⁷ Una contestualizzazione nella storia delle idee ed una critica si trova in Christian Joerges, «What Is Left of the European Economic Constitution», *European Law Review*, 30 (2005), pp. 461-489.

trasformavano)⁷⁸. Il fatto, inoltre, che molte delle disposizioni nella Bozza furono redatte secondo la tradizionale terminologia costituzionale (con la sola eccezione della Parte III), implicava che la battaglia sullo spirito del soggetto politico sarebbe continuata con altri mezzi, spostandosi sul terreno costituzionale. Il risultato di tutto ciò fu che il Trattato Costituzionale rifletteva la trasformazione graduale del processo di Laeken da promessa costituzionale a (al più) esercizio di gestione della procedura costituente.

1.3 La Conferenza Intergovernativa 2003-2004

Abbiamo visto che la Convenzione «giocava la partita della riforma costituzionale», ma quest'iniziativa fu sempre tenuta sotto controllo dal Consiglio europeo. C'era, inoltre, un chiaro retaggio simbolico e sostanziale nello slancio costituzionale presente nel testo concordato dai *conventionnels*.

Il Consiglio europeo del giugno 2003 ritenne la Bozza della Convenzione «una buona base di partenza per la Conferenza Intergovernativa»⁷⁹, e decise di convocare la CIG. Questa decisione presentava due conseguenze contraddittorie. Da un lato, si poneva fine alle speculazioni su una CIG messa sostanzialmente ai margini, con i rappresentanti nazionali che si limitavano semplicemente ad approvare senza discussione la bozza della Convenzione. Dall'altro lato, c'era un qualche elemento di costituzionalizzazione strisciante ancora coinvolto, perché questa era la prima volta, in un processo di riforma europea fondamentale, in cui la CIG sarebbe partita da un testo di bozza non solo completo, ma anche pubblico, con i risultati dei dibattiti resi pubblici (eccezion fatta, come già detto in precedenza, per la Parte III). Tutto ciò portava con sé un elemento di pubblicità che avrebbe accresciuto il grado di controllo sulla CIG da parte dei *media*, e anche il fatto che le delegazioni nazionali combinassero il negoziato «duro» all'interno del Consiglio con delle giustificazioni pubbliche (un aspetto che probabilmente veniva percepito ancor più necessario in Paesi dove la ratifica nazionale sarebbe avvenuta in ragione dell'esito del procedimento referendario, con risultati incerti da prevedere).

La CIG fu inaugurata a Roma il 4 ottobre sotto la presidenza italiana (questo fu il primo processo decisionale che coinvolgeva i 25 Stati membri, e sollevava interrogativi sulla gestibilità di un formato della CIG con così tanti membri presenti). La Presidenza italiana si preoccupò di garantire un passaggio sicuro della Bozza della Convenzione, e di limitare il numero di cambiamenti il più possibile: la sua stessa lista conteneva sette

⁷⁸ Vedasi l'articolo I-1.

⁷⁹ Consiglio europeo, «Le conclusioni della Presidenza: Consiglio europeo di Tessalonica del 19 e 20 giugno del 2003» POLGEN 55, 11638/03, a p. 2, consultabile (in francese) all'URL <http://www.consilium.europa.eu/%2FueDocs%2Fcms_Data%2Fdocs%2FpressData%2Ffr%2Fec%2F76281.pdf&ei=O3G3T56LNsqWOuiRjJUK&usg=AFQjCNGer8LR4KtPb2vCMFtvUtSsNiW-4A&sig2=VBgHPVcPvhyja4NTwVhX-g>. (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

cambiamenti⁸⁰, quattro dei quali relativi al tema controverso sull'inclusione di un riferimento ai valori cristiani nel preambolo, alla definizione e alla portata del sistema di votazione a maggioranza qualificata (VMQ), e al numero minimo di seggi nel Parlamento per ciascuno Stato. Si stabilì una scadenza breve (la fine del periodo di Presidenza italiana, cioè circa sei mesi) e si cercò di condurre il processo al più alto livello politico (ministeriale) non avendo, comunque, una strategia di negoziazione chiara⁸¹.

Durante il processo che portava alla CIG, la presidenza italiana fu incapace di contenere il numero di proposte di modifica. Il vertice di dicembre prese inizio con una lista che includeva quarantatré questioni (tra cui quella della composizione della Commissione, il procedimento di revisione, il Consiglio europeo e la Presidenza del Consiglio europeo). Nel Vertice, la Bozza si scontrò con il duro gioco diplomatico⁸². Il contenzioso principale era sul peso dei voti nel Consiglio, dove Germania e Francia si contrapposero a Spagna e Polonia. Ad ogni modo, questo scontro era ben lontano dall'essere l'unica questione controversa in gioco. A causa della guida maldestra da parte della Presidenza italiana⁸³, il Consiglio europeo di Bruxelles del 13 dicembre 2003 si risolse in un fallimento, per l'incapacità delle parti di raggiungere un accordo⁸⁴.

La Bozza passò successivamente sotto la presidenza irlandese (nella prima metà del 2004), che iniziò con due mesi in più di «periodo di raffreddamento». Si rilanciò, poi, il processo, ma con un approccio differente (etichetta-

⁸⁰ Le sette questioni da dirimere erano: la presidenza di turno del Consiglio, il ministro degli esteri europeo, la politica di difesa e sicurezza europea, i valori cristiani da menzionare nel preambolo, la maggioranza qualificata nel Consiglio, la portata della maggioranza qualificata, e il limite minimo nel numero di seggi nel PE. Ben Crum, «The EU Presidency: Comparing the Italian and Irish Presidencies of the 2003-04 Intergovernmental Conference», in *Leadership in the Big Bangs of European Integration*, ed. Derek Beach e Colette Mazzucelli, London, Palgrave, 2007, pp. 58-75, a p. 62.

⁸¹ Ivi, 66.

⁸² La segreteria del Consiglio aveva elaborato una serie di possibili soluzioni di compromesso nel summit di Bruxelles, ma Berlusconi aggirò la segreteria. Vedasi Derek Beach, «Oiling the Wheels of Compromise: The Council Secretariat in the 1996-7 and 2003-4 IGCs», in *Leadership in the Big Bangs of European Integration*, ed. Beach e Mazzucelli, London, Palgrave, 2007, pp. 76-93, a p. 90.

⁸³ La presidenza italiana (con Berlusconi in qualità di Primo Ministro e Frattini Ministro degli esteri) fu un'autentica calamità e una buffa parodia. Nella letteratura accademica, vedasi Lucia Quaglia and Edward Moxon-Browne, «What Makes a Good EU Presidency? Italy and Ireland Compared», *Journal of Common Market Studies*, 44 (2006), pp. 349-368, che, nonostante un approccio formalmente neutrale, arrivano alla conclusione che *l'agente e l'impegno* (in negativo *la mancanza d'impegno*) sono fattori da tenere in considerazione. Vedasi anche Crum, «The EU Presidency: Comparing the Italian and Irish Presidencies of the 2003-04 Intergovernmental Conference».

⁸⁴ Andrew Duff, *The Struggle for Europe's Constitution*, London, Federal Trust, 2005, p. 29.

to dall'*Irish Times* «diplomazia silenziosa»⁸⁵. Non fu fissata alcuna data di scadenza e si avviarono una serie di riunioni bilaterali segrete per appianare le questioni in modo graduale. Soltanto a marzo si intravide la possibilità di poter raggiungere un accordo⁸⁶, e si aspettò a riconvocare la CIG fino a che non ci si sentisse sicuri di essere in grado di concludere i negoziati. Al riconvocato vertice CIG a Bruxelles del 17 e 18 giugno, l'accordo fu raggiunto⁸⁷. Il Trattato Costituzionale fu firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

Il numero totale dei cambiamenti apportati dalla CIG alla Bozza della Convenzione fu tutt'altro che irrilevante⁸⁸. I cambiamenti più importanti possono essere riassunti nei termini di un'indebolimento della dimensione sovranazionale e di un rafforzamento di quella nazionale, sia in termini sostanziali che simbolici⁸⁹, oltre che in senso democratico⁹⁰.

⁸⁵ L'Irlanda s'impegnò «a fare di tutto nei limiti delle sue facoltà per fare avanzare i lavori della CIG» con costanti giri di consultazione dei suoi partner, le cui risultanze indicavano «fino a che punto era possibile fare dei passi in avanti». Government of Ireland, *Europeans Working Together: Programme of the Irish Presidency of the European Union*, Dublin, Stationery Office, 2003, consultabile all'URL <http://www.ena.lu/programme_irish_presidency_european_union_january_30_june_2004-2-12993> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁸⁶ «Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 25 e 26 marzo 2004», in particolare i commi 3 e 4, consultabile all'URL <http://www.consilium.europa.eu/%2Fuedocs%2FcmsUpload%2F81742.pdf&ei=5nK3T_HtIYWYOpf6-agK&usg=AFQjCNHYhQxMOh7Tlmh9M_N28vBQpoSrrg&sig2=x7LjCZB9wkV8pBLbbAT5tw>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁸⁷ «L'addendum alle Conclusioni della Presidenza» svelava i termini dell'accordo, consultabile, <http://ec.europa.eu/councils/bx20040617/addendum_en.pdf>. Il contenuto dell'intesa fu reso pubblico con il solito linguaggio diplomatico piuttosto barocco, nel «CIG 2003-Riunione dei Capi di Stato e di Governo» consultabile all'URL <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/04/2&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>. (Ultimo accesso ai due documenti: 15 Maggio 2012).

⁸⁸ Vi erano delle modifiche sia di natura istituzionale (I-19.2, I-24, I-25, I-26) che non-istituzionale (III-92.2, I-11.3, I-14.1, III-76, I-54, II-52, III-88, III-91.2, 4, III-174.2, III-324.1, III-325.2, III-326.2, III-328, III-116, III-56.2.c, III-56.3.a, III-134, III-141, I-13, III-157, IV-10.2), ed un nuovo protocollo per quanto riguarda la posizione di Regno Unito e Irlanda sulle politiche di controllo alla frontiera, asilo ed immigrazione, la cooperazione giurisdizionale in materia civile e la cooperazione tra le autorità di polizia. Per maggiori dettagli su tali modifiche, vedasi l'ultimo documento citato nella nota precedente.

⁸⁹ Per una prova in tal senso, si tenga in considerazione la differenza nell'articolo I-11.3: nella Bozza della Convenzione si affermava che «l'Unione deve avere competenze in materia di promozione e coordinamento delle politiche economiche e del lavoro degli Stati membri», mentre la bozza della CIG (CIG 84) dichiarava: «Gli Stati membri possono coordinare le proprie politiche economiche e del lavoro grazie alle disposizioni, che l'Unione avrà la facoltà di adottare, così come definito nella Parte III».

⁹⁰ Il numero totale degli euro-parlamentari era cresciuto da 736 a 750. Inoltre, si era registrato anche un aumento nel numero minimo di seggi nel PE per uno Stato membro, cioè da quattro a sei, e allo stesso tempo un limite massimo di novanta-

1.4 La ratifica

La ratifica avvenne in linea con il formato modello della CIG, il che significava che il Trattato Costituzionale sarebbe entrato in vigore se, e soltanto se, tutti gli Stati membri dell'Unione l'avessero ratificato (*ex* Articolo 48 del Trattato dell'Unione europea, confermato dall'Articolo 448 del Trattato Costituzionale)⁹¹. Le disposizioni sulla ratifica si basavano sull'unanimità e sulle scelte nazionali che riguardavano le procedure e la tempistica⁹². All'epoca i referendum di Francia e Olanda furono indetti sul finire della primavera del 2005, quando 12 paesi avevano già ratificato il Trattato (Austria, Belgio, Bulgaria, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Lituania, Romania, Slovacchia, Slovenia e Spagna; tutti attraverso una procedura di voto parlamentare senza il bisogno di una consultazione popolare tranne la Spagna). Quando il processo terminò, diciassette Paesi l'avevano ratificato, due l'avevano bocciato, e otto avevano sospeso i referendum già programmati.

Nel caso di Laeken, il processo di ratifica fu programmato per essere *lungo* (si programmò la sua fine fra l'ottobre 2004 e l'ottobre 2006). Quest'arco di tempo, abbinato alla forte impronta nazionale, *rese frammentario* il dibattito, che si trasformò in ventisette eventi separati scarsamente connessi tra loro⁹³. La procedura avrebbe potuto facilmente sovvertire la dimensione europea, perché l'Unione europea aveva sperimentato un debole sviluppo della sfera pubblica⁹⁴. La procedura si prestava anche a *manipolazioni strategiche*: i leader nazionali avrebbero potuto influire sulle vicende legate alla ratifica, in particolar modo i referendum popolari, in modo tale da massimizzare le probabilità di vittoria dei sì⁹⁵. Avrebbero

sei seggi per lo Stato membro più grande, aumentando dunque il differenziale nel numero di voti richiesto per eleggere un europarlamentare in Germania, rispetto a quello necessario per eleggerne uno in Lussemburgo. Lo stesso tipo di logica viene applicata al cambio di formula per il calcolo della maggioranza qualificata, dove il 50 per cento degli Stati membri accompagnato dal 60 per cento della popolazione previsto nella Convenzione, fu sostituito dal 55 per cento degli Stati membri con il 65 per cento della popolazione.

⁹¹ Sulla procedura di modifica, il Trattato Costituzionale contemplava riforme modeste da potersi applicare una volta entrato in vigore.

⁹² Per una panoramica sulle diverse procedure nazionali relative alla ratifica del Trattato Costituzionale, vedasi <http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Treaty_Const_Rat.htm> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁹³ Romania e Bulgaria, all'epoca semplicemente aspiranti alla candidatura per l'adesione, ratificarono il Trattato Costituzionale mediante il Trattato d'Adesione.

⁹⁴ Per una valutazione al riguardo, vedasi John Erik Fossum e Philip R. Schlesinger, eds., *The European Union and the Public Sphere: A Communicative Space in the Making?*, London, Routledge, 2007.

⁹⁵ Non è dunque una coincidenza che, quando la Spagna votò il primo referendum (non-vincolante) il 20 febbraio del 2005, ci si aspettasse una vittoria schiacciante del fronte del sì, che avrebbe dovuto controbilanciare i margini più ristretti di altri Paesi. Non era nemmeno una coincidenza il fatto che il Regno Unito sarebbe

potuto anche alterare il procedimento di ratifica dopo essere *entrati nel processo*, oppure nel momento in cui un risultato positivo fosse stato conseguito. Prendendo in esame la Francia è da notare prima di tutto che la ratifica tramite referendum non rappresentava un requisito costituzionale. Nonostante ciò, il 14 luglio del 2004 – Giornata della Presa della Bastiglia – il Presidente Jacques Chirac decise di indire un referendum popolare da svolgersi il 29 maggio 2005. Nemmeno in Olanda esisteva una disposizione giuridica che obbligasse a indire un referendum, e in un primo momento il governo non avviò alcuna procedura⁹⁶, ma alla luce di una pressione considerevole (cominciata nel novembre del 2002), il 25 gennaio 2005 prese la decisione d'indire un referendum da svolgersi il 1 giugno del 2005.

Dal punto di vista democratico, in entrambi i casi, la scelta d'interpellare direttamente il popolo fu presa *dopo* che il processo di Laeken aveva prodotto una decisione. Il bisogno di sottomettere la decisione direttamente all'opinione pubblica non era stato certamente un fattore d'incidenza sul modo in cui gli Olandesi avevano strutturato il processo di Laeken⁹⁷. Anche in questo caso si fa notare la contrapposizione tra Laeken e il momento costituzionale rivoluzionario. L'accresciuta legittimità procedurale del momento costituzionale rivoluzionario è ciò che garantisce la paternità popolare della Costituzione. Esso si basa sulla presupposto che il popolo può concepire se stesso come autore costituzionale adatto, solo se si può garantire che il processo rifletta la paternità popolare fin dagli esordi dello stesso.

Nel caso di Laeken non c'era un mandato popolare esplicito né vi erano i termini secondo i quali la popolazione avrebbe potuto esercitare il proprio ruolo come un autore costituzionale ben preciso. Al contrario, la procedura faceva effettivamente in modo che i singoli Capi di Stato e di governo (che avevano un mandato costituzionale appropriato) potessero stabilire, anche trovandosi nelle battute finali del processo stesso, se e come interpellare i cittadini.

stato tra gli ultimi a votare, in modo tale che i votanti britannici potessero sentire su di sé il peso delle vittorie referendarie negli altri Paesi.

⁹⁶ L'iniziativa fu presa nel maggio del 2003 da parte di tre euro-parlamentari (appartenenti a due dei partiti d'opposizione e al partito più piccolo nella coalizione di governo). I partiti principali nella coalizione di governo erano contrari allo svolgimento di referendum, e fu così fino al 25 gennaio del 2005, quando la proposta arrivò nel Senato olandese. L'organo legislativo la fece propria e istituì una Commissione Indipendente per il Referendum, che fissò la data del voto. Il Ministro degli Interni cercò una data prossima e fece pressione fino all'ultimo, ma la Commissione (originariamente intenzionata a convocare il referendum il 29 giugno) scelse la data dell'1 giugno.

⁹⁷ Robert Harmsen, «The Dutch Referendum on the Ratification of the Europea Constitutional Treaty 1 June 2005» (*EPERN Referendum Briefing Paper*, no. 13), consultabile all'URL <<http://www.sussex.ac.uk/sei/research/europeanpartieselectionsreferendumsnetwork/epernreferendumbriefings>>. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

Queste osservazioni suggeriscono che le procedure di ratifica apparentemente rimandano più compiutamente alla nozione proveniente dal diritto internazionale di ordinamento giuridico *uguale ma separato* dagli ordinamenti giuridici nazionali⁹⁸, piuttosto che alla nozione di ordinamento costituzionale europeo a sé stante. Le regole per la ratifica non sono state armonizzate né in via verticale né orizzontale. Va fatto notare, però, che c'era un certo elemento di armonizzazione (a favore della democrazia diretta) della procedura di ratifica per Laeken, giacché 10 Paesi decisero di indire un referendum popolare (Repubblica Ceca, Danimarca, Francia, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Polonia, Portogallo, Spagna e Regno Unito).

L'assenza di un potere formale di ratifica, o di rifiuto della stessa a favore del Parlamento europeo, però, (o di un qualsiasi meccanismo di ratifica su scala europea) significava che non c'era una procedura per garantire agli europei che, *nella loro veste di cittadini europei*, avrebbero potuto darsi delle norme, invece di avere norme imposte loro dall'alto.

L'ambiguità costituzionale, di cui si è discusso in precedenza, semmai fu amplificata da questa modalità di procedura di ratifica. La combinazione *della regola dell'unanimità* e *la regola delle specifiche caratteristiche nazionali* portò a procedure di ratifica diverse che caratterizzano *esplicitamente o implicitamente* il Trattato Costituzionale secondo *termini giuridico-costituzionali differenti*. Le venticinque decisioni nazionali furono, quindi, soltanto in apparenza decisioni *su uno stesso tema*. Sostanzialmente non furono altro che una collezione di *tipologie diverse di decisioni*, non solo per la l'eventuale approvazione (o rifiuto) del testo, ma principalmente per il fatto che si sarebbe trattato di rifiuti o approvazioni di "cose" diverse, *misurando* le diverse definizioni giuridiche del testo date in ciascun contesto costituzionale nazionale. Le procedure nazionali di ratifica messe in atto riflettevano tre concezioni principali di cosa potevano essere le norme da ratificare: a) un trattato internazionale modello⁹⁹; b) un ibrido tra il trattato internazionale e le norme costituzionali, etichettabile come trattato d'integrazione europea¹⁰⁰ (che, a sua volta, può essere definito anche

⁹⁸ Sulla base di una concezione simile, il diritto internazionale definisce in un modo pienamente autonomo la forza giuridica delle sue norme all'interno del suo ambito d'applicazione (fondamentalmente, nei rapporti fra gli Stati);. Ogni ordinamento giuridico è in egual modo autonomo nella definizione della forza giuridica delle norme internazionali all'interno dell'ambito d'applicazione del diritto nazionale. I tribunali e le amministrazioni nazionali, nella maggior parte dei casi, sono obbligati dalla propria costituzione nazionale a rispettare la caratterizzazione di quest'ultima quando entra in conflitto con un norma proveniente dal diritto internazionale.

⁹⁹ L'articolo 121 della Costituzione estone, vista l'assenza di una procedura specifica per i Trattati europei, si riferisce solo ai Trattati in genere «per mezzo dei quali la Repubblica d'Estonia entra a far parte di organizzazioni o unioni internazionali» e «la cui applicazione richiede l'approvazione, l'emendamento o l'abrogazione da parte delle leggi estoni».

¹⁰⁰ L'articolo 23 della Costituzione tedesca contiene la clausola europea.

come un trattato internazionale con grandi implicazioni costituzionali); e (c) una Costituzione¹⁰¹. La sola persistenza di queste procedure testimonia anzitutto la mancanza di una chiarezza costituzionale. Essa mostrava inoltre che l'importanza costituzionale di Laeken, intesa come sforzo costituzionale *europeo*, sarebbe stata accolta in modo diverso con l'avanzare del processo. Prima di andare avanti, è comunque importante sottolineare che sia i risultati negativi che positivi del processo di ratifica avrebbero causato problemi. La persistenza dell'unanimità e di regole nazionali era legata al rispetto dell'autonomia costituzionale nazionale, che avrebbe permesso, presumibilmente, differenti classificazioni del testo da ratificare.

Nonostante ciò, l'implicazione *pragmatica* di queste regole portò all'implicita attribuzione di *pesi democratici* diversi a ciascuna decisione nazionale (giacché la procedura riguardava una decisione europea e non nazionale). Andando ancor più nello specifico, vista questa situazione di considerevole ambiguità costituzionale, più la procedura di ratifica si avvicinava a classificare il Trattato Costituzionale come una Costituzione europea, e più i leader politici lo dichiaravano esplicitamente, maggiore era il peso alla decisione, che rientrava nella definizione di materia *costituzionale-europea*. Il referendum francese veniva condizionato su entrambi i punti¹⁰². Tutto ciò andò ulteriormente aumentando visto lo spessore e la portata della discussione che precedeva il voto in Francia (che contrastava con i toni sommessi del dibattito in Spagna)¹⁰³. Il conflitto interno nei ranghi del Partito Socialista e quello dei Verdi centrò l'attenzione dell'opinione pubblica sul Trattato Costituzionale a partire dal novembre 2004, quasi otto mesi prima del referendum. Ci fu una grande produzione di opuscoli e libri sul tema, cui seguì l'attenzione da parte degli operatori d'informazione di alto profilo. Ciò creò molte opportunità affinché il dibattito costituzionale diventasse contestualizzato, considerando le concrete ed effettive implicazioni che avrebbe potuto avere sulle specifiche preferenze politiche dell'elettorato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Ciò è implicito nella scelta stessa di convocare un referendum e di verificare l'effettiva compatibilità del Trattato Costituzionale con la costituzione nazionale.

¹⁰² Paul Hainsworth, «France Says No», *Parliamentary Affairs*, 59 (2006), pp. 98-117, a p. 103.

¹⁰³ L'intenso dibattito francese produsse effetti di diffusione notevoli, in particolare modo sul successivo dibattito referendario lussemburghese. Vedasi Ece Atikcan, «Spotting Diffusion Effects in Referendum Campaigns: A Methodological Challenge?» relazione presentata nella Riunione Annuale Generale dell'Associazione Canadese di Scienze Politiche, Montreal, 1-3 giugno 2010.

¹⁰⁴ Sönke Maatsch, «The Struggle to Control Meanings: The French Debate on the European Constitution in the Mass Media», *Perspectives on European Politics and Society*, 8 (2007), pp. 261-280. Vedasi anche Christopher Lord, «Two Constitutionalisms? A Comparison of British and French Attempts to Legitimize the Constitutional Treaty», *Journal of European Public Policy*, 15 (2008), pp. 1001-1018.

Sebbene fosse sciocco, infatti, pensare che i politici nazionali (considerato anche l'impopolarità di Chirac e del Primo Ministro Raffarin) non influissero sul risultato¹⁰⁵, va sottolineato che la frazione dell'elettorato «decisiva», cioè i votanti di centro-sinistra che avevano sostenuto il Trattato di Maastricht ma che poi votarono chiaramente contro il Trattato Costituzionale, non seguì chiaramente la linea ufficiale dei maggiori partiti della loro area politica (Socialisti e Verdi) e altrettanto chiaramente non fu persuasa dai media (dove i messaggi in favore del «sì» erano evidentemente sovra-rappresentati)¹⁰⁶. A causa della presenza di movimenti alla testa della campagna per il «no» che, sia attraverso internet che con riunioni a livello locale, riuscirono a sviluppare un discorso piuttosto complesso sul Trattato e sul futuro dell'Europa, è giusto ammettere che interpretare il voto del «no» solo in chiave politica puramente nazionale è una pretesa infondata. Ci sembra, infatti, che il successo del «non» francese e del «nee» olandese furono il frutto di due processi dove le implicazioni costituzionali del Trattato Costituzionale venivano considerate come tali e si riflettevano nel modo in cui fu strutturata la procedura di ratifica, e perché il dibattito (in particolare nel caso francese) si avvicinò a ciò che ci si poteva aspettare in un ordinamento politico democratico. Esso fu cioè lungo, sostenuto, e contestualizzato, mentre la scelta del rifiuto era appannaggio della sponda con minore appoggio istituzionale e mediatico.

Su queste basi, la scelta di una certa procedura per ratificare il Trattato Costituzionale (che avesse compreso l'opportunità da parte dei cittadini di esprimersi direttamente, attraverso la convocazione di un referendum, l'elezione di un organo speciale di rappresentanti, o di elezioni generali incentrate su questo tema) non sarebbe stata affrontata come una questione a discrezione nazionale, ma come determinante del peso relativo di ciascuna decisione nazionale sull'esito positivo o negativo del verdetto costituzionale europeo. Ciò fu dovuto al fatto che le procedure nazionali divergevano sull'intensità con cui si parlava del grado di *costituzionalità europea* del Trattato Costituzionale.

Un'impronta europea diversa a seconda dei casi va anche collegata al modo in cui il tema costituzionale fu inquadrato nei diversi contesti nazio-

¹⁰⁵ Vi sono letture diverse sui risultati di entrambe le votazioni. Vedasi Silvain Brouard e Vicent Tiberj, «The French Referendum: The Not So Simple Act of Saying Nay», *Political Science & Politics*, 39 (2006), pp. 261-268; Sarah Wolff e Gregory Mounier, «France: The Come-back of Political Parties», *European Constitutional Law Review*, 1 (2005), pp. 383-392; Kees Aarts e Henk van der Kolk, «Understanding the Dutch 'No': The Euro, the East and the Elite», *Political Science & Politics*, 39 (2006), pp. 243-246; Arjen Nijeboer, «The Dutch Referendum», *European Constitutional Law Review*, 1 (2005), pp. 393-405. In aggiunta, anche sulle conseguenze del «non» e del «nee» ci furono grandi discussioni.

¹⁰⁶ Guilhem Fouetillou, «Le web et le débat sur la constitution européenne en France», consultabile all'URL <<http://www.observatoire-presidentielle.fr/?pageid=20>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

nali. I dirigenti politici, in buona parte degli Stati membri, negavano che il processo fosse di natura costituente (in particolar modo Svezia, Danimarca e Regno Unito). Essi si rivolgevano ai cittadini come membri delle loro rispettive comunità nazionali e legittimavano l'iniziativa in quanto rafforzava la capacità dei cittadini stessi di agire in un contesto europeo più allargato.

In questa situazione contrassegnata da segnali costituzionali ambigui e da un'impronta costituzionale dichiaratamente incerta, il popolo si è espresso votando *no*. Il risultato paradossale di Laeken è stato che l'iniziale promessa costituzional-democratica si andò lentamente ma costantemente svuotando, finché all'ultimo momento i cittadini di Francia e Olanda se ne riappropriarono per bocciare clamorosamente il testo. Questi presero sul serio la retorica secondo la quale il testo doveva essere un momento costituzionale, si impegnarono in un dibattito costituzionale, ed esercitarono il loro potere costituzionale di dire «no»¹⁰⁷. Se poi sia corretto caratterizzare la loro azione come un'istanza di *Fiat democratia, perit Europa*, questa è un'altra questione. Ciò che è interessante notare (e sarà ribadito nelle conclusioni) è che gli elettori francesi e olandesi dicendo *no*, tradussero Laeken in un fallimento a causa della ratifica. D'altra parte, poiché i loro *no* misero fine al processo, il tutto andrebbe visto come un successo dal punto di vista costituzionale, in quanto si affermava il *principio procedurale* per cui i cittadini, e non gli Stati, erano i padroni dei Trattati.

Abbiamo dimostrato che Laeken non si qualifica come un momento costituzionale. Sebbene la Convenzione si imbarcò in un'impresa straordinaria e ottenne un successo al di là delle aspettative di molti, Laeken era ancora troppo impregnata dalla logica intergovernativa. La Dichiarazione di Laeken non fornì un segnale costituzionale chiaro: l'organo formalmente incaricato era ancora il Consiglio europeo e non la Convenzione, nonostante lo sforzo di quest'ultima di andare al di là del proprio ruolo formalmente designato di organo preparatorio. Sebbene la Convenzione riuscì a venir fuori con una proposta costituzionale, il Consiglio europeo giocò il ruolo centrale di guida. Ciò dimostra che il metodo della CIG è duro a morire, ed evidenzia l'alto livello di continuità di Laeken con il passato. Si può osservare, inoltre, che il processo si posizionava ancora nell'ambito della sintesi costituzionale, nonostante Laeken fu presentato come il principale cambiamento simbolico per tenere alta la bandiera costituzionale.

Si è visto che Laeken fu frenata dal Consiglio europeo, ma va anche aggiunto che riuscì simbolicamente a codificare le sue ambigue modalità costituenti sul resto del processo.

C'era dunque una considerevole continuità con il passato, che a nostro avviso giustifica le conclusioni sul fatto che il processo di riforma di Laeken

¹⁰⁷ Herman van Gunsteren lo rievoca nel suo articolo «The Birth of the European Citizen out of the Dutch No Vote», *European Constitutional Law Review*, 1 (2005), pp. 406-411.

avesse oscillato tra un modello costituente democratico-costituzionale e un modello di riforma *sintetico*. L'originario impeto costituzionale si andò progressivamente frenando e diluendo, per poi riaffermarsi in modo spettacolare nella risposta negativa ai referendum, con conseguenze incerte. La prossima tornata di riforme sarebbe poi riuscita a segnare una rottura ulteriore? O avrebbe finito con il seguire le stesse linee prevalenti di sempre, della sintesi costituzionale? Questo aspetto verrà affrontato nell'ultima parte di questo capitolo, ma per dare un senso al Trattato di Lisbona, è necessario guardare all'*impasse* costituzionale che l'Unione si trovò a vivere tra il 2005 ed il 2007.

2. Nel mezzo di una 'terra di nessuno' costituzionale: l'*impasse* costituzionale (2005-2007)

In risposta al voto negativo ai referendum in Francia e Olanda, il Consiglio europeo nel vertice del 16 e 17 giugno dichiarò quanto segue: «Prendiamo atto del risultato referendario in Francia e Olanda. Riteniamo che questi risultati non mettano in discussione l'attaccamento dei cittadini alla costruzione dell'Europa. Ad ogni modo i cittadini hanno espresso i propri dubbi e le proprie preoccupazioni di cui bisogna tenere conto. Da qui nasce il bisogno di riflettere insieme su questa situazione»¹⁰⁸. Questa dichiarazione era lo specchio dello stato di shock, orrore e confusione in cui si trovarono i dirigenti politici europei dopo due bocciature referendarie in tre giorni.

Riconvocare la Convenzione era tacitamente fuori questione, malgrado la speranza nascosta del *peuple du non* in Francia¹⁰⁹ era che la prima reazione dei leader europei (con in testa il Presidente della Commissione) fosse quella di sminuire l'importanza costituzionale del Trattato Costituzionale e d'insistere nel continuare la procedura di ratifica, invocando la Dichiarazione 30 annessa al Trattato Costituzionale, dove si contemplava la necessità di trovare una non meglio precisata soluzione politica agli insuccessi nella procedura di ratifica qualora i quattro-quinti degli Stati membri l'avessero ratificata¹¹⁰. Il Lussemburgo, infatti, convocò il 10 luglio

¹⁰⁸ «Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri sulla ratifica del Trattato per cui si istituisce una Costituzione per l'Europa, in occasione del Consiglio europeo del 16 e 17 giugno». Consultabile all'URL <http://www.consilium.europa.eu%2FueDocs%2Fcms_Data%2Fdocs%2FpressData%2Fen%2Fec%2F85325.pdf&ei=v3a3T6-kFMeaOuuu-Z8K&usg=AFQjCNEOhHtZUrFelhk1uNksnjCKIxPc9g&sig2=N-JeKiekOZbaJciYOi1RPg>. (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁰⁹ Laurent Fabius, *Une certaine idée de l'Europe*, Paris, Plon, 2004.

¹¹⁰ «Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri sulla ratifica del Trattato per cui si istituisce una Costituzione per l'Europa, in occasione del Consiglio europeo del 16 e 17 giugno». La Dichiarazione 30 annessa al Trattato Costituzionale affermava che se i quattro-quinti degli Stati membri avesse ratificato

un referendum sulla ratifica in cui vinsero i sì, (anche se con una maggioranza minore rispetto alle attese) mentre Cipro, Estonia, Finlandia, Lettonia e Malta ratificarono tutti con l'iter parlamentare dopo le sconfitte referendarie prima menzionate. Si fece, al contempo, un appello per aprire un «periodo di riflessione» indefinito, dove un soggetto non stabilito era incaricato di trovare una non meglio specificata via d'uscita dal pantano costituzionale. La Commissione su questo punto s'impegnò da subito (anche se con scarsa efficacia)¹¹¹.

L'Unione si ritrovò invischiata in questa *impasse* costituzionale durata diciotto mesi¹¹². Inoltre, proprio in quel momento, presero forma due aspetti caratteristici di Lisbona. Il primo consisteva in una visione che cominciava a guadagnare terreno e fu sposata da più parti – sia da personaggi con poteri decisionali sia da analisti – secondo la quale Laeken fu anzitutto un esempio fuorviante dove l'Unione europea aveva sposato il miraggio radicale di un potere costituente democratico¹¹³. Di conseguenza,

il Trattato Costituzionale, e al contempo si comprovava la «difficoltà» nell'ottenere l'unanimità, il Consiglio europeo avrebbe dovuto riflettere sul da farsi. Non c'era, però, alcuna indicazione su cosa bisognava fare esattamente.

¹¹¹ Il risultato principale era il progetto ingenuamente ribattezzato «Piano D per la Democrazia, il Dialogo ed il Dibattito». «Il contributo della Commissione al Periodo di Riflessione ed oltre: Piano D per la Democrazia, il Dialogo ed il Dibattito» COM (2005) 494 final, Consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&andoc=2005&nu_doc=494>. Il periodo di riflessione influenzò anche l'assetto della nuova politica di comunicazione della Commissione. Vedasi «il Libro Bianco sulla Politica di Comunicazione europea» (1 febbraio 2006), consultabile (in diverse lingue) all'URL <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0035:EN:NOT>>. Il rapporto ufficiale della Commissione su questo periodo è «il Periodo di Riflessione ed il Piano D» (10 maggio 2006), COM 212, consultabile all'URL <http://www.google.it/url?sa=t&rc=tj&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFAQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2Fsite%2Fen%2Fcom%2F2006%2Fcom2006_0212en01.pdf&ei=e3i3T46FLYacOsaF1JYK&usg=AFQjCNG-iyL4JsyJfTyoTKnB-Cv-MKF3Gw&sig2=oMIodDWy355xkjfO8g29A>. E si veda anche la valutazione fatta da Hans Jörg Trenz e Regina Veters, «No News from Brussels: Comment on the Commission's White Paper on a European Communication Policy», *European Newsletter March/April 2006 of the Federal Trust for Education and Research*, pp. 3-4. (Ultimo accesso ai link riportati: Maggio 2012).

¹¹² Vedasi Hans Jörg Trenz e Ulrike Liebert, «Mass Media and Contested Politics: EU Constitutional Politics after Popular Rejection» (working paper, Robert Schuman Centre, 2008/28), consultabile all'URL <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/9147/1/RSCAS_2008_28.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹¹³ Ciò era affermato in modo esplicito da parte della critica accademica, in particolare da parte di Andrew Moravcsik, «What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?», *Politische Vierteljahresschrift*, 47 (2006), pp. 219-241; Moravcsik, «The European Constitutional Settlement», *The World Economy*, (2008), pp. 157-182; e «The Myth of Europe's 'Democratic Deficit'», *Intereconomics: Journal of European Economic Policy*, (2008), pp. 331-340.

la decisione di aprire la ratifica a una partecipazione pubblica eccessiva e caotica (attraverso lo strumento referendario) fu avventata. La lettura dominante fu che Laeken aveva fallito perché il processo democratico-costituente era impossibile a livello europeo. Alcune delle *élites* intervistate da George Ross «criticarono Giscard d'Estaing e il suo Ufficio di Presidenza per l'insistenza «preziosa e provocatoria» nel trasformare la Convenzione in un'assemblea con rivendicazioni costituzionali simili a quelle di Philadelphia»¹¹⁴. Ciò rivelava la convinzione implicita che il tipo di riforme di cui l'Unione aveva bisogno poteva realizzarsi soltanto se le politiche costituzionali fossero state messe da parte e ci fosse stato un ritorno ordinato al vecchio pragmatismo intergovernativo. È abbastanza curioso far notare come gli opinionisti fossero passati dal responsabilizzare la CIG e le sue logiche negoziali diplomatiche per il mancato raggiungimento di una riforma fondamentale, al chiederne a gran voce il suo ritorno per evitare un processo costituente eccessivamente politicizzato.

Il secondo aspetto caratteristico fu la preoccupazione crescente per il fatto che una mancata riforma istituzionale avrebbe condotto verso un nuovo e virulento attacco di Eurosclerosi, il (presunto) malessere di cui soffre l'Unione a cavallo tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta, quando due crisi petrolifere colpirono il continente e l'accordo all'interno del Consiglio dei Ministri si rivelava sfuggente. Il problema chiave, ora, nonostante la mancanza di una riforma dell'assetto istituzionale e dei processi decisionali, era quello di rendere quest'ultimi efficaci nel nuovo contesto allargato dell'Unione europea¹¹⁵. Questa era la linea sviluppata dall'allora candidato alla Presidenza francese e Ministro degli Interni in carica Nicolas Sarkozy. In due discorsi di una certa influenza, Sarkozy mescolava l'urgenza della riforma, per evitare la paralisi, con l'annuncio di un «Mini-Trattato», che avrebbe contenuto un insieme di disposizioni del Trattato Costituzionale che erano imprescindibili per dare funzionalità all'Unione¹¹⁶. Quantunque ci fossero voci discordanti, in-

¹¹⁴ George Ross, «What Do 'Europeans' Think? Analyses of the European Union's Current Crisis by European Elites», *Journal of Common Market Studies*, 46 (2008), pp. 389-412, a p. 402.

¹¹⁵ Vedasi Camera dei Comuni, «The Future of the European Constitution» (Research Paper 05/45), consultabile all'URL <http://www.parliament.uk%2Fcommons%2Flib%2Fresearch%2Frp2005%2Frp05-045.pdf&ei=kHm3T-a5OYeEOpOWgKgK&usq=AFQjCNG0i3xbU6cSl5MS9RG_3dJdqk4KTg&sig2=_9_uL1C3UOLk3EcogHSfbQ> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012). Le valutazioni accademiche su questa crisi abbondano. Vedasi, per esempio, Thomas König, Stephanie Daimer, e Daniel Finke, «The Treaty Reform of the EU: Constitutional Agenda-Setting, Intergovernmental Bargains and the Presidency's Crisis Management of Ratification Failure», *Journal of Common Market Studies*, 46 (2008), pp. 337-363.

¹¹⁶ Il primo discorso fu letto il 16 febbraio del 2006 (<http://www.botschaft-frankreich.de/IMG/sarkozy_europa_berlin_fr.pdf>), ed il secondo l'8 settembre 2006 (<http://www.robert-schuman.eu/doc/actualites/discours_2006-09-08.pdf> (Ultimo accesso ai links riportati: 15 Maggio 2012).

fatti, che chiedevano con insistenza il salutare abbandono della riforma fondamentale¹¹⁷, il periodo di riflessione era meglio interpretato come un periodo d'incubazione teso a trovare una strada non-costituzionale e non-democratica per uscire dalle crescenti tensioni.

3. *Lisbona: tra la riforma del modello sintetico e la svolta nella governance*

Questa terza parte del capitolo cerca di fare chiarezza sullo status del Trattato di Lisbona e su come esso si colleghi al passato costituzionale dell'Unione. Lisbona era un caso che si allontanava dai precedenti, o era nel solco della continuità tracciato dal modello costituzionale *sintetico* dell'Unione? Si analizzerà di seguito il mandato, il processo e i principali cambiamenti per fare luce sul modo in cui Lisbona si collega con il passato, e in particolare con Laeken, come sottolineato da molti¹¹⁸.

3.1 *Dalla riflessione al mini-Trattato*

Dopo un anno di «periodo di riflessione» (giugno 2006), il Consiglio europeo chiese all'allora entrante Presidenza tedesca di fornire una valutazione dello stato della discussione e di «esplorare i possibili sviluppi futuri»¹¹⁹.

Quando venne il momento in cui la Germania assunse la guida del Consiglio europeo, i leader politici europeisti si persuasero dalla necessità di porre fine al periodo di riflessione e presentare un «nuovo testo». Nei primi giorni della Presidenza, la Cancelliere tedesca Angela Merkel dichiarò che: «La fase di riflessione è finita. Il nostro compito è quello di preparare nuove decisioni a partire da giugno. Intendo sforzarmi per garantire con la fine della Presidenza tedesca, la stesura di una *road map* che delini la strada da seguire affinché il trattato costituzionale possa essere adottato»¹²⁰.

Sotto l'amministrazione tedesca, le linee principali della «nuova» decisione costituzionale incominciavano a emergere. In termini sostanziali, la

¹¹⁷ Il più incisivo fra gli altri fu quello di Tony Blair. Vedasi il discorso pronunciato presso il Centro di Studi Europeo del St Anthony's College, il 2 febbraio 2006, consultabile all'URL <http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/blair_speech.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012). Vedasi anche Ross, «What Do 'Europeans' Think?».

¹¹⁸ Valéry Giscard d'Estaing, *The Independent*, 30 settembre del 2007. Si veda anche Stefan Griller, «Is This a Constitution?», in *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, ed. Stefan Griller e Jacques Ziller, Vienna, Springer, 2009, pp. 21-56.

¹¹⁹ «Le Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo», 15-16 giugno 2006, par. 47.

¹²⁰ Discorso pronunciato da Angela Merkel, Cancelliere della Repubblica Federale di Germania, presso la sede del Parlamento europeo a Strasburgo, mercoledì 17 gennaio 2007, consultabile all'URL <http://www.eu2007.de/en/News/Speeches_Interviews/January/Rede_Bundeskanzlerin2.html> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

strategia di Sarkozy era stata ampiamente accettata. Si trattava cioè di prendere buona parte del vecchio Trattato Costituzionale per metterlo in una nuova veste, espressamente *non-costituzionale*. Tutto ciò implicava, come già detto in precedenza nell'analisi dei contenuti del Trattato di Lisbona, l'eliminazione di tutti i simboli e le disposizioni con un esplicito carattere costituzionale, cercando di preservare molte delle norme di chiaro stampo costituzionale, purché la loro valenza simbolica non fosse evidente¹²¹.

In termini procedurali, gli Stati membri consolidarono un accordo tacito per evitare la politicizzazione del processo di ratifica, escludendo il referendum e abbassando il profilo politico dei dibattiti sulla ratifica. Ciò implicò che i dirigenti politici europei cominciarono a considerare se stessi non solo come rappresentanti dei cittadini ma anche come loro interpreti autorevoli, e al contempo collettori delle preoccupazioni dei cittadini da portare sull'arena europea. Dal momento in cui gli Stati erano i signori dei trattati, erano liberi di decidere sulla procedura più idonea per garantire che la riforma divenisse imminente.

La Presidenza tedesca fece circolare una prima proposta per un nuovo Trattato per la fine di maggio¹²². Avendo la sensazione che l'accordo fosse possibile, la Presidenza pubblicò una relazione, il cui mandato aveva ricevuto l'anno precedente, il 14 giugno, e raccomandò una rapida convocazione di una CIG, con il compito di adottare il Trattato di Riforma. Il testo della Presidenza svela la misura in cui il concetto stesso di UE, che avrebbe potuto essere un progetto costituzionale, era invece diventato un tema oggetto di negoziati politici. Gli scettici sulla natura costituzionale dell'UE, utilizzarono le bocciature referendarie per sostenere la necessità di rimuovere qualsiasi traccia che richiamasse la vocazione costituzionale dell'Unione («una nuova modifica del trattato senza alcun elemento costituzionale»¹²³), mentre i sostenitori costituzionali insistevano sul fatto

¹²¹ Vedasi 10659/07 del 14 giugno del 2007, consultabile all'URL <<http://www.statewatch.org/news/2007/jun/eu-treaty-10659-07.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²² La preparazione della Bozza della Presidenza «avvenne all'esterno». Al contrario di quanto era avvenuto solitamente in precedenza nelle CIG – incaricare una commissione «politica» (*comité des sages politiques*) di preparare la discussione con un insieme di proposte – questa volta questo ruolo fu conferito a due gruppi finanziati privatamente. Il peso principale l'ebbe la Commissione d'Azione per la Democrazia Europea (un nome con un'intonazione reminiscenza *Monnetiana*), finanziato dalla Fondazione di Robert Bosch e ospitata presso l'Istituto Universitario Europeo (dove Amato era particolarmente attivo). Vedasi <<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Research/ArchivesInstitutionsGovernanceDemocracy/ACED/BrusselsConf2007.aspx>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²³ Foreign & Commonwealth Office, «The Reform Treaty. The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference», (July 2007), Cm 7174, consultabile all'URL: <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf18/fco_beu_eureformtreatywhitepaper> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

di conservare la maggior parte possibile degli aspetti sostanziali del Trattato Costituzionale.

Il compromesso (come fu etichettato dalla Commissione¹²⁴) era quello di ritornare sulla strada della procedura della CIG (Articolo 48 del TUE), così come garantire un passaggio rapido per il trattato riformato. Subito dopo, il 19 giugno 2007, la Presidenza presentò una Bozza di Mandato per la CIG¹²⁵. A seguito di trattative condotte nello stile mediterraneo del *componenda*¹²⁶, il Consiglio europeo approvò un mandato formale a favore della CIG dopo pochi giorni¹²⁷.

La CIG fu ufficialmente aperta il 23 e 24 luglio di quell'anno. Il Trattato di Lisbona deviò sotto vari aspetti dal modello classico delle CIG. In primo luogo, il Consiglio europeo, che inaugurò i lavori della CIG, perpetuò la stessa prassi adottata anche con Laeken, ossia quella di guidare la CIG fornendogli bozze dettagliate delle disposizioni da discutere. Nel caso di Laeken la bozza fu il prodotto dei lavori della Convenzione, mentre nel caso di Lisbona la base di partenza era costituita dalla decisione presa dal Consiglio europeo. La differenza è chiara nel mandato della CIG quando si affermava che «il *Trattato di Riforma* sarà immesso nei Trattati esistenti, che rimangono in vigore, e presenterà le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004, così come esposte qui di seguito in modo dettagliato»¹²⁸. Tutto ciò era il segnale che la CIG avrebbe selezionato e scelto quegli aspetti del Trattato di Costituzione (TCE-2004) che si voleva fossero inclusi. Infatti, nonostante il mandato fosse stato presentato al Consiglio europeo in giugno, molte di queste scelte erano già state fatte e precisate nel loro dettagliato mandato. Questo mandato o, per meglio dire, questo modello specifico con il quale la CIG introduceva modifiche in concreto, fu la risultante di una serie di riunioni bilaterali fra funzionari degli Stati (tra il gennaio e giugno 2007) durante le quali era emerso il desiderio di apportare cambiamenti al TCE del 2004, molti dei quali furono accettati. Quante di queste proposte finirono con l'essere accettate non è chiaro, poiché il processo con le sue trattative fu condotto nel totale riserbo. Ciò vuol dire

¹²⁴ 11625/07, consultabile all'URL <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11625.en07.pdf>>, p. 4 (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²⁵ SN3116/02/07 REV2, consultabile all'URL <[http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20\(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Draft%20IGC%20Mandate.pdf](http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Draft%20IGC%20Mandate.pdf)> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²⁶ Letteralmente «sussurrata in segreto», ma vuol anche dire «intesa al di fuori dei principi». Sul modo in cui il Consiglio europeo ha negoziato, Ana Carbajosa, «Sarkozy, el negociador», *El País*, 23 giugno del 2007.

¹²⁷ «Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 21 e 22 giugno 2007». L'Allegato I include il mandato specifico al CIG, consultabile all'URL <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008SC2026:EN:NOT>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹²⁸ Consiglio europeo, «IGC 2007 Mandate», POLGEN 74, 11218/07, 2.

che non era chiaro se furono accettate solo le proposte degli Stati che non riuscirono a ratificare (per bocciatura referendaria o semplicemente perché non l'avevano ancora ratificato) oppure anche quelle degli Stati che l'avevano già fatto. Commentando il processo sulla definizione del mandato, la Commissione di Controllo della Camera dei Comuni britannica arrivò alla conclusione che «il processo di stesura della bozza, condotto dalla Presidenza, veniva essenzialmente tenuto segreto, con testi presentati all'ultimo momento per poi far pressione per arrivare ad un accordo. La proposizione di un programma molto compresso, legata ai termini delle sedute dei parlamenti nazionali, non poteva essere ideata meglio per rendere marginale il loro ruolo»¹²⁹.

In secondo luogo, il mandato affermò in modo esplicito che il processo portato avanti dalla CIG sarebbe stato efficiente e rapido. Con sondaggi fatti in anticipo e un mandato molto dettagliato, la procedura venne ideata per garantire un passaggio veloce della bozza. Ciò significava anche che il Consiglio europeo fu, sin dal principio, considerato come un mero organo d'approvazione, senza capacità di discussione. Il mandato che avrebbe «offerto la base esclusiva e il quadro di lavoro della CIG» lo lasciò, invece, con il compito di occuparsi dei cambiamenti già negoziati dalla Presidenza in gran segreto e bilateralmente con le varie parti in causa. Il ruolo del Consiglio europeo, in qualità di organo collegiale per modellare le modifiche del trattato, era stato dunque relegato a quello di un organo simbolico che ratificava quanto già deciso. Concentrare l'attenzione su questi espedienti porta alla luce un terzo aspetto di Lisbona realmente unico: ovvero il fatto che il processo fosse strutturato per evitare esplicitamente i referendum popolari. Naturalmente non esisteva alcuna base giuridica formale per attuare questo disegno, ma era un chiaro obiettivo politico. Questo può essere solamente visto come un tentativo di armonizzare le prese di posizione degli Stati membri sulla ratifica, ponendo quindi un freno alla regola delle diversità nazionali che è il cuore della procedura della CIG. In tal senso, si sostiene che il Trattato di Lisbona emerge da una versione della CIG diversa, per certi versi innovativa. Non era semplicemente diverso dal processo di Laeken, ma era molto più riservato e politicamente controllato dall'alto, rispetto anche agli altri processi utilizzati nell'Unione a partire dall'Atto Unico Europeo.

Ad ogni modo, la CIG funzionò fino al 19 ottobre, quando il Trattato di Lisbona fu finalmente accettato da tutti i governi¹³⁰. Il Trattato fu formal-

¹²⁹ La commissione fu colpita dal fatto che «Coloro che rappresentavano il Regno Unito non videro la bozza del mandato del CIG fino alle 17:00 del 19 giugno, anche se il Consiglio europeo fu autorizzato a cominciare i lavori appena 48 ore dopo». La Commissione di Controllo sugli Affari europei della Camera dei Comuni, «35th Report, Session 2006-07», 24, consultabile all'URL <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeuleg/1014/1014.pdf>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹³⁰ Tutti i documenti del CIG sono disponibili su <<http://www.consilium.europa.eu/show>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

mente firmato il 13 dicembre con l'intenzione di ratificarlo «il più velocemente possibile, e in ogni caso prima della fine del 2007, così da attribuire il tempo sufficiente per la ratifica del risultante Trattato prima delle elezioni del Parlamento europeo nel giugno 2009»¹³¹. Come i fatti hanno dimostrato, ciò rappresentava un obiettivo difficile da centrare.

3.2 Il Trattato di Lisbona

C'erano quindi differenze procedurali importanti tra Laeken e Lisbona, ma anche tra Lisbona e altri processi di riforma avvenuti in precedenza (Maastricht, Amsterdam, Nizza). Tali differenze trovano conferma (e nei fatti più che una conferma) nel contenuto sostanziale del Trattato. In tal senso, sono da notare: a) la negazione esplicita della natura costituzionale del Trattato; b) la smentita reale dello status costituzionale, in particolare limitando l'efficacia giuridica dei diritti fondamentali e non codificando il principio della prevalenza del diritto comunitario; c) i «componenti» o patti secondari senza principi riguardanti le clausole di esenzione (meglio conosciute come *opt-outs*) dalla Carta dei Diritti Fondamentali, dalle disposizioni su giustizia e affari interni, per arrivare finalmente allo spostamento *alle calendè polacche* della regola della doppia maggioranza all'interno del Consiglio dei Ministri.

3.2.1 Una costituzione in negativo...

Il mandato di Lisbona in modo esplicito affermava che il trattato «non avrebbe avuto un carattere costituzionale»¹³². Furono rimossi dal Trattato di Lisbona¹³³, quindi, tutti i riferimenti alla «Costituzione» nel TCE-2004: inni, bandiere e altri simboli che richiamassero uno Stato europeo, come per esempio la classificazione di atti giuridici comunitari quali leggi e leggi-quadro. Eliminando il termine Costituzione, oltre a simboli e linguaggio

¹³¹ Consiglio europeo, «Bruxelles Consiglio europeo 12/22 giugno del 2007—Conclusioni della Presidenza, 20 luglio 2007», 11177/1/07 REV 1.

¹³² Segreteria Generale del Consiglio, «IGC 2007 Mandate», Bruxelles, 26 giugno 2007, POLGEN 74, 11218/07, a p. 3, consultabile all'URL <<http://www.google.it/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CE8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fregister.consilium.europa.eu%2Fpdf%2Fen%2F07%2Fst11%2Fst11218.en07.pdf&ei=WHy3T5nYFceW0szh6aoK&usq=AFQjCNGMk9qO9xoCxmHklua6qSVHswYZw&sig2=ITCB9laABLB6AVRKAdyN0Q>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹³³ Sul significato costituzionale di questi simboli, vedasi Armin von Bogdandy, «The European Constitution and European Identity: Text and Subtext of the Treaty Establishing a Constitution for Europe», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (2005), pp. 295-315; Olivier Duhamel, «Igniting the Spirits», *European Constitutional Law Review*, 1 (2005), pp. 12-16. Sul simbolismo della costituzione in sé, leggasi Joseph H. H. Weiler, «On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (2005), pp. 173-190.

costituzionali, il Consiglio europeo cercava di rassicurare gli elettorati più euroscettici che la UE non era uno Stato, né aveva la vocazione a diventarlo. Eliminando, inoltre, qualsiasi elemento che potesse rimandare alla Costituzione, si cercava di sostenere che il Trattato di Lisbona non aveva importanza costituzionale, di conseguenza non c'era bisogno di coinvolgere la cittadinanza in un referendum popolare.

3.2.2...Due rifiuti...

La natura costituzionale negativa dell'Unione fu ulteriormente accentuata da due decisioni specifiche: (a) rimuovere qualsiasi riferimento alla prevalenza del diritto comunitario; (b) abbassare lo status simbolico della Carta incorporandola in virtù di un mero riferimento.

La prima riguarda il fatto che il Trattato di Lisbona eliminò l'Articolo 6 del TCE-2004 sulla prevalenza e lo sostituì con la Dichiarazione 17¹³⁴. Sostituendo l'Articolo I-6 con una Dichiarazione in cui la CIG prende atto di ciò che i consulenti giuridici del Consiglio pensavano, si lasciava un maggiore grado d'incertezza sulla condizione effettiva del principio della prevalenza. Quale tipo di valore giuridico possiede il riconoscimento dell'opinione di un insieme di consulenti giuridici? Come deve essere interpretata da parte della Corte di Giustizia, dalle alte corti, dalle corti costituzionali, fino ad arrivare ai tribunali di livello inferiore? Questo è un interrogativo aperto che può portare ad aumentare l'incertezza e la complessità giuridica.

Abbastanza stranamente, la Dichiarazione 17 si riferisce esclusivamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, benché fosse ovvio che anche le corti costituzionali nazionali abbiano offerto autorevoli interpretazioni di questo stesso principio (in particolare le Corti di Germania, Italia, Francia e Polonia) determinando in un modo o nell'altro, i termini del suddetto principio¹³⁵. Ciò rivela in che misura Lisbona abbia gestito con abilità una mossa su uno dei principi cardine, tesa a escludere un'interpretazione puramente sovranazionale del principio della prevalenza (e di conseguenza delle competenze dell'Unione) che si trasformò in una formula giuridica la cui conseguenza non intenzionale sembrava essere quella contraria.

La seconda decisione riguarda il fatto che il Trattato di Lisbona incorporò nel diritto primario dell'Unione, la Carta dei Diritti Fondamentali, con alcune condizioni e distinguo. Per alcuni, la Carta era in qualche modo nascosta nel contesto generale del Trattato, invece di riprodurre in pieno il testo della Carta, il Trattato di Lisbona, infatti, incorporò la Carta

¹³⁴ La Dichiarazione 17 riproduce il Parere del Dipartimento degli Affari Giuridici del Consiglio.

¹³⁵ Si veda il Capitolo 3 sui limiti alla prevalenza negli ordinamenti costituzionali nazionali.

riferendosi ad essa nell'Articolo 6 della versione consolidata del Trattato dell'Unione europea¹³⁶.

3.2.3 E i tre «*componenda*»

I tre *componenda* contengono, forse, i contenuti più problematici da affrontare o, per meglio dire, essi rappresentano accordi che mancano di qualsiasi parvenza di giustificazione di principio. Questi sono (a e b) le eccezioni, meglio note come «*opt-outs*», sulla Carta e su Giustizia e Affari interni; e (c) il rinvio della regola della doppia maggioranza alle «*calende polacche*» (probabilmente 2017).

La prima *componenda* riguarda il Protocollo 30 del Trattato di Lisbona che fa riferimento al riconoscimento della non applicabilità della Carta dei Diritti Fondamentali al Regno Unito e alla Polonia. Essa fu definita «un boccone difficile da digerire, e non solo per la pessima forma con cui era stata redatta»¹³⁷. In pratica, questa esclude qualsiasi forma di revisione costituzionale da applicarsi sulla legislazione o sulle procedure amministrative britanniche e polacche, che utilizzasse il diritto *riconosciuto* nella Carta¹³⁸, come parametro costituzionale (specificandolo *ben due volte* per quanto concerne aspetti socio-economici e diritti alla solidarietà)¹³⁹. Ciò è stato ribadito nella Dichiarazione unilaterale n. 61, fatta dalla Polonia (però in contraddizione con la Dichiarazione 62, risultato del cambio di governo provocato dalle elezioni parlamentari tenutesi poche settimane prime della firma del Trattato). Questo Protocollo non ha eguali nel Trattato Costituzionale¹⁴⁰, e va detto che ha un valore meramente retorico. Anche

¹³⁶ Il testo ufficiale è stato adesso pubblicato come parte della versione consolidata dei Trattati, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; vedasi OJ GU 83 de 30.03.2010, pp. 391-403.

¹³⁷ Michael Dougan, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts», *Common Market Law Review*, 45 (2008), pp. 617-703.

¹³⁸ Vedasi Maya Sion-Tzidkiyahu, «Opt-Outs in the Lisbon Treaty: What Direction for Europe a la Carte», *European Journal of Law Reform*, 10 (2008), pp. 497-514; Stephen Carruthers, «The Treaty of Lisbon and the Reformed Jurisdictional Powers of the European Court in the Field of Justice and Home Affairs», *European Human Rights Law Review*, 6 (2009), pp. 784-804. Sul dibattito britannico sulla rilevanza dell'*opt-out*, vedasi European Union Committee of the House of Lords, «The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment (2008)», consultabile all'URL <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/lddeucom/62/62.pdf>>, p. 101 e p. 106. Sul rapporto esistente tra il principio di protezione dei diritti fondamentali e la Carta, si veda la recente sentenza sul caso C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubblicata, consultabile all'URL <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Submit&numaff=C-555/07>>, in particolare il par. 21 e 22 (Ultimo Accesso ai links riportati: 15 Maggio 2012).

¹³⁹ Articolo 1.2 del protocollo 7.

¹⁴⁰ Questo protocollo riflette la permanente diffidenza che i governi britannici hanno mostrato nei confronti dei contenuti e dell'idea stessa di Carta, diffiden-

se la Corte di Giustizia europea (CGE) e i tribunali nazionali esercitano, direttamente o indirettamente, la loro funzione di controllo europeo di costituzionalità sulle norme nazionali utilizzando come parametro di riferimento i diritti fondamentali sanciti nella Carta, non possono tuttavia farlo *in base alla Carta*, ma semmai in base al principio di protezione dei diritti fondamentali¹⁴¹. Il testo è abbastanza ambivalente da poter essere ricostruito in una maniera tale da indebolire l'omogeneità del diritto comunitario, per due ragioni principali. Come già affermato in precedenza, il Protocollo 30 non solo fa riferimento ai diritti della Carta o ai diritti o facoltà aggiunti dalla Carta stessa, ma anche ai tutti i diritti come tali *ricognosciuti* nella Carta. Il testo del Protocollo potrebbe mettere in discussione l'applicabilità, nei territori polacco e britannico, del principio di protezione dei diritti fondamentali così come articolato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. È difficile immaginare secondo quali condizioni la CGE potrebbe arrivare ad accettare una linea interpretativa del genere, ma va tenuto presente che la vita costituzionale di qualsiasi disposizione giuridica fondamentale non è solo giurisdizionale. Non è infatti difficile immaginare sentenze nazionali che giustifichino violazioni dei diritti fondamentali prendendo come base quanto stabilito nel diritto comunitario per via del Protocollo in questione¹⁴². Queste concessioni, inoltre, sono state articolate secondo una clausola territoriale, e non scegliendo un campo d'applicazione personale. Sicché, non solo britannici e polacchi possono soffrire qualsivoglia effetto restrittivo sui loro diritti individuali, ma lo stesso vale anche per tutti gli europei che, in forma transitoria o permanente, si trovino in territorio britannico o polacco. Queste concessioni implicano il fatto che lo status di un cittadino europeo può mutare nell'Unione. In tal senso il Protocollo non mette in discussione solamente gli obiettivi rispetto ai quali il Trattato proclama di essere al servizio (in termini di semplificazione del diritto comunitario), ma finisce col minare seriamente la coerenza del diritto comunitario.

za che che il famoso (ma poco rispettabile) Lord Goldsmith giustificò riferendosi alla paura di un aumento surrettizio dei poteri dell'Unione al ritmo della Carta. Si supponeva che tali obiezioni venissero domate dalle clausole orizzontali inserite nel 2000, e dalla loro susseguente modifica ancor più restrittiva, ancora una volta ispirata dall'insistenza del rappresentante del governo britannico durante la Convenzione di Laeken. A riprova di ciò, val la pena ricordare la minaccia della delegazione britannica, alla vigilia della riunione del Consiglio a Berlino nel 2007, di bloccare l'approvazione di quello che poi sarebbe diventato il Trattato di Lisbona, se non veniva garantita loro l'inclusione di una clausola di esenzione (meglio conosciuta come *opt-out*).

¹⁴¹ Vedasi il recente articolo di B. Bercusson, «The Lisbon Treaty and Social Europe», *ERA Forum*, 10 (2009), pp. 87-105, a p. 98.

¹⁴² Inoltre, le conseguenze che il protocollo avrebbe avuto sulla definizione delle ragioni che giustificano il «principio di proporzionalità», invocate da Regno Unito e Polonia, potrebbero risultare alquanto intriganti, soprattutto se il CGE decidesse di legare in tal senso la propria giurisprudenza alla carta.

La seconda *componenda* riguarda i molti e importanti cambiamenti avvenuti nell'area della giustizia e degli affari interni. Secondo alcuni, il Regno Unito e l'Irlanda hanno ottenuto un clausola di *opt-out* generale rispetto alle disposizioni del Trattato di Lisbona su giustizia e affari interni. La portata specifica di questa veniva ulteriormente complicata dai diversi Protocolli aggiunti al testo, e ne era sicuramente amplificata dalla riqualificazione di materie quali passaporti e documenti d'identità, come non appartenenti ai temi legati alla cittadinanza, bensì alla categoria di giustizia e affari interni, e pertanto suscettibili di rientrare nell'*opt-out*¹⁴³.

Anche qui la direzione è la medesima di quella citata in precedenza, che porta cioè alla frammentazione dell'unità del diritto comunitario. Inoltre, c'è il nuovo e (piuttosto vago) Articolo 66a dove si stabilisce che «gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale». Questo è realmente un testo anomalo per un trattato internazionale che aspira a fissare una struttura operativa di un'organizzazione importante. Il che è vero soprattutto se si tiene conto del fatto che l'esperienza storica ci svela come il favorire la commistione dei servizi di sicurezza nazionali, in assenza di una cornice giuridica chiara, non porti necessariamente a ottimi risultati, né dal punto di vista sostanziale né democratico-procedurale¹⁴⁴. La procedura attraverso la quale ci si aspetta che i Parlamenti nazionali intervengano nel processo legislativo comunitario è stata modificata, aumentando, *de facto*, il numero di parlamenti nazionali necessario per rendere più difficile l'approvazione delle leggi¹⁴⁵.

La terza *componenda* si riferisce al fatto che il Trattato sostanzialmente modifica le regole della votazione in Consiglio dei Ministri, istituzione chiave nel processo legislativo comunitario. L'articolo I-25 del Trattato Costituzionale era arrivato a sancire un sistema di voto dove la maggioranza qualificata era tale sulla base dell'accordo del 55% dei Membri del Consiglio

¹⁴³ Steve Peers, «British and Irish Opt-Outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) Law», analisi consultabile all'URL <<http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-ireland-analysis-no-4-lisbon-opt-outs.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁴⁴ Viene immediatamente alla mente il caso Gladio. Nonostante sia un po' irregolare nello stile e affrettato nelle conclusioni, vale la pena di leggere Daniele Genser, *NATO's Secret Armies: Operation Gladio and Terrorism in Western Europe* (London, Frank Cass, 2005) in quanto fornisce un ricco materiale che avrebbe portato i redattori del Trattato a pensarci due volte prima di introdurre una disposizione qual è l'articolo 66a.

¹⁴⁵ Vedasi il protocollo 1 modificato sul ruolo dei Parlamenti nazionali. A causa del predominio del potere esecutivo che caratterizza gli scenari politici nazionali in molti Stati membri, gli effetti di queste disposizioni sono destinati ad essere contrari rispetto alle intenzioni dichiarate, che erano quelle di riformare le regole di votazione nel Consiglio.

che, a loro volta, dovevano rappresentare almeno il 65% della popolazione dell'Unione (il cosiddetto sistema a doppia maggioranza)¹⁴⁶. Su questo punto, l'articolo 9c del Trattato di Lisbona avrebbe portato all'adozione delle stesse regole, *ma a lunga scadenza*. A breve scadenza, invece, d'accordo con quanto stabilito dal Protocollo sulle disposizioni transitorie, si sarebbero dovute applicare fino al 2014, ed eventualmente fino al 2017, le vecchie regole del Trattato di Nizza (dove si esigeva la tripla maggioranza, cioè Stati membri, 62% della popolazione e un certo numero di voti ponderati). Queste disposizioni, anche se di natura temporanea, hanno il loro peso, in particolar modo considerato il fatto che la razionalizzazione, nel processo di riforma, è stato uno dei temi da affrontare con maggiore urgenza (rendendo più semplice arrivare a formare le maggioranze, visto il grave rischio di collasso di un'Unione europea a 27 Stati, se questa avesse continuato ad operare secondo le regole decisionali della «Piccola Europa» del 1957).

3.3 *La ratifica*

L'accordo tacito di non convocare un referendum e di abbassare il profilo politico dei dibattiti parlamentari si giustificò sulla base di due ragioni. La prima riguarda il fatto che Lisbona non rappresenta che Laeken sotto diverse spoglie, e in quanto tale, porta con sé la legittimità democratica di un Trattato che era stato ratificato da una buona parte di europei, sia direttamente che attraverso i loro rappresentanti (argomento sui cui si è totalmente glissato in Francia e in Olanda, dove qualsiasi accenno al trasferimento di legittimità politica poteva far nascere problemi). La seconda ragione riguarda l'insistenza sulla necessità di evitare qualsiasi politicizzazione per garantire così una gestione adeguata della riforma «istituzionale».

Nonostante il grande sforzo per tenerlo sotto controllo, il processo di ratifica fu lungo e arduo (dalla prima ratifica ungherese del 17 dicembre 2007, all'ultima nel novembre 2009) con molte macchinosità, cambiamenti e sventati naufragi. In primo luogo in Irlanda, dove non si riuscì a sfuggire alla ratifica attraverso referendum¹⁴⁷. Contro ogni pronostico, nonostante tutti gli sforzi da parte dei principali leader politici e, addi-

¹⁴⁶ In alternativa, il voto potrebbe essere ritenuto positivo se si sono opposti soltanto tre Stati membri, pur rappresentando più del 35 per cento della popolazione dell'Unione.

¹⁴⁷ Non c'è una disposizione esplicita che renda il referendum obbligatorio prima della ratifica del Trattato. Infatti, dal momento in cui l'Irlanda è entrata nell'Unione, ha modificato la Costituzione per prendere atto delle modifiche apportate nei Trattati (cfr. articolo 29.3, 29.4, 29.5, e 29.7 della costituzione irlandese). Poiché la Costituzione non può essere modificata se non dopo che il popolo vi ha acconsentito, ex articolo 47 della Costituzione, in Irlanda non c'era alcuna possibilità di evitare il plebiscito.

rittura, la designazione di un nuovo primo ministro a poche settimane dal voto per evitare il cosiddetto effetto «Chirac» (in riferimento al caso francese dove si presume che la vittoria del «no» fu in realtà un voto di protesta contro Chirac)¹⁴⁸, una chiara maggioranza di elettori irlandesi (53,4% di voti contrarie 46,6% di voti a favore) bocciò il Trattato il 13 giugno 2008¹⁴⁹.

Dopo una nuova serie di *componenda* per ammorbidire gli elettori irlandesi¹⁵⁰, un secondo referendum fu convocato il 10 ottobre 2009, quando il 67% votò a favore e il 33% votò contro. Non v'è dubbio che la crisi finanziaria abbia giocato un ruolo rilevante sull'esito del secondo voto irlandese¹⁵¹.

Tra un referendum irlandese e l'altro, le Corti costituzionali di Repubblica Ceca¹⁵² e Germania¹⁵³, avevano dato il via libera alla ratifica, affermando la compatibilità del Trattato di Lisbona con le rispettive Costituzioni nazionali. Il Presidente Ceco, però, continuava a rifiutarsi di firmare il Trattato anche dopo l'esito positivo del secondo referendum irlandese. Klaus fu appoggiato dal Presidente polacco con argomenti poco consistenti, in un'azione evidentemente tesa a guadagnare tempo fino alle

¹⁴⁸ Bertie Ahern fu sostituito da Brian Cowen il 7 maggio del 2008.

¹⁴⁹ Sulle ragioni del «no», vedasi Milward Brown IMS, «Post-Lisbon Treaty Referendum Research Findings», consultabile all'URL <http://www.dfa.ie/uploads/documents/Publications/Post%20Lisbon%20Treaty%20Referendum%20Research%20Findings/post%20lisbon%20treaty%20referendum%20research%20findings_sept08.pdf>; Eurobarometer, «Post-Referendum Survey in Ireland», consultabile all'URL <http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_245_full_en.pdf> (Ultimo accesso ai links riportati: 15 Maggio 2012).

¹⁵⁰ «Le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 18 e 19 giugno 2009», consultabile all'URL <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/09/2&format=DOC&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012), par. da 1 a 5 e annessi da 1 a 3. Nel primo allegato, il Consiglio si prende l'onere di rispondere alle preoccupazioni irlandesi sul Trattato di Lisbona e di chiarire l'impatto di una serie di temi abbastanza vari: diritto alla vita, famiglia e istruzione, tassazione, sicurezza e difesa. Anche se questo documento veniva definito dichiarazione, il Consiglio aggiungeva una strana clausola riguardante il momento in cui essa avrebbe dispiegato i suoi effetti (e cioè la data in cui sarebbe entrato in vigore il Trattato di Lisbona). Il secondo allegato è una dichiarazione solenne sui diritti dei lavoratori, politiche sociali e altre questioni. Nel terzo allegato si trova una dichiarazione nazionale fatta dall'Irlanda stessa.

¹⁵¹ John Fitzgibbon, «The Second Referendum on the Treaty of Lisbon in the Republic of Ireland», consultabile all'URL <<http://www.sussex.ac.uk/sei/research/europeanpartieselectionsreferendumsnetwork/epernreferendumbriefings>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁵² La prima sentenza sul Trattato di Lisbona, è del 26 novembre del 2008, consultabile all'URL <<http://www.concourt.cz/clanek/pl-19-08>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁵³ La sentenza del 30 giugno del 2009, consultabile all'URL <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

elezioni nel Regno Unito, dove un ipotetico nuovo governo Tory, tradizionalmente euroscettico, avrebbe ripudiato il Trattato di Lisbona. Dopo la seconda sentenza favorevole della Corte Costituzionale ceca¹⁵⁴, aumentò la pressione politica su Klaus, che dunque segnalò i rischi derivanti dalla natura giuridicamente vincolante della Carta, che avrebbe permesso ai tedeschi di rivendicare le proprietà nazionalizzate in Repubblica Ceca con i decreti del Governo Benes¹⁵⁵. Quest'ultimo ostacolo fu superato grazie alla *componenda* finale; un accordo piuttosto problematico redatto dalla Presidenza (di turno) svedese, che accordava a Klaus la promessa di un *opt-out* dalla Carta identico a quello dei britannici e dei polacchi, *quando e se* un nuovo Trattato d'adesione sarebbe stato ratificato da parte di tutti gli Stati membri¹⁵⁶.

3.4 Valutazioni

Finora abbiamo mostrato che, se è vero che Lisbona incorpora buona parte del TCE del 2004, è comunque esagerato parlare di continuità tra il TCE-2004 e il Trattato di Lisbona. Una Costituzione democratica non si caratterizza soltanto per i suoi contenuti sostanziali, nella misura in cui si creano un assetto costituzionale e processi decisionali mediante i quali si riesce ad esercitare il potere. Essa, si caratterizza anche per il modo in cui questi ultimi, soggetti alla legge fondamentale, arrivano ad autorizzarla, istituendo così poteri pubblici. La Costituzione è la legge fondamentale non solo perché la si conosce così, ma anche per il modo in cui è stata decisa e deliberata. Questo è vero non solo nelle Costituzioni *rivoluzionarie*, secondo la tradizione continentale europea iniziata dopo la Seconda Guerra mondiale, ma anche nelle *Costituzioni evolutive* come quella plasmata in Gran Bretagna. In altre parole, le politiche costituzionali riguardano i processi, i quali, se rispettati, garantiscono la legittimità democratica delle decisioni costituzionali.

Ciò detto, il problema è il Processo di Lisbona fu qualitativamente differente, nel senso di innalzare a *leitmotiv* il concetto di *governance*, con gli assetti istituzionali e procedurali visti come *problemi da risolvere* attraverso *una loro corretta gestione*. Il bisogno di affrontare molte sfide nell'Unione, richiedeva istituzioni e metodi di lavoro tali da produrre «l'equazione tra modello decisionale razionale e la velocità di cambiamento

¹⁵⁴ La sentenza del 3 novembre del 2009, consultabile all'URL <<http://www.usoud.cz/clanek/pl-29-09>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁵⁵ Vedasi Steven Peers, «The Beneš Decrees and the EU Charter of Fundamental Rights», *Briefing Paper*, consultabile all'URL <<http://www.statewatch.org/news/2009/oct/lisbon-benes-decree.pdf>> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁵⁶ «Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, del 29 e 30 ottobre del 2009», par. 1 e 2, allegato 1. Paragrafo 1 ed allegato 1 ci rimandano all'applicazione del protocollo 30 del Trattato di Lisbona per la Repubblica Ceca quando dovrebbe essere ratificato un nuovo Trattato d'adesione.

delle sfide del presente»¹⁵⁷. Gli attori democratici avrebbero acconsentito al modello tradizionale della CIG per sbrogliare questa matassa democratica, emersa durante la storia costituzionale dell'Unione. In altre parole, per la riforma del Trattato, la soluzione era quella di ritornare indietro al modello della CIG, intesa come classica conferenza diplomatica intergovernativa poco trasparente. Nel fare ciò, cambia il modello costituzionale, da quello della sintesi si passa a quello del *costituzionalismo octroyé*, dove le *élites* prendono decisioni costituzionali in nome del popolo *senza il popolo*¹⁵⁸.

Muoversi verso la *governance*, inoltre, veniva giustificato dal fatto che un tentativo mal riuscito d'innescare nell'Unione un meccanismo costituente democratico, aveva fatto precipitare l'Unione stessa in una crisi. Si pensò che la crisi si sarebbe potuta superare se i capi dei governi nazionali avessero avviato dei negoziati in modo pragmatico, e avessero fatto uso di tutto il loro peso politico per fare in modo che il testo venisse ratificato dai parlamenti nazionali senza l'apertura del vaso di Pandora costituzionale dei referendum nazionali. Dal punto di vista democratico, questi referendum avevano dato prova della loro inutilità, perché le riforme da intraprendere erano di natura *gestionale*, e non politica. Quest'opinione si legò in particolare alla visione della crisi che stava affrontando l'Unione, e cioè che in primo luogo era di natura economica, dunque, dovuta al fatto che le economie nazionali europee di maggiore importanza non erano riuscite a crescere e modernizzarsi¹⁵⁹. Il credito di legittimità dell'Unione andava ricostituito attraverso iniezioni d'*efficienza*, e non di democrazia. Buona parte del problema che viveva l'UE era dovuto a un significativo «fallimento comunicativo»: i cittadini non erano per niente informati sulle molte buone cose fatte dall'UE a loro favore.

Il Trattato di Lisbona è attualmente in vigore, ma questo non significa necessariamente che esso rafforzi, (anzi in realtà indebolisce) le basi di legittimità dell'Unione europea. Particolarmente evidente è il clamoroso doppio discorso costituzionale, dove c'era una chiara «tendenza» di ogni Stato membro a vendere il Trattato di Lisbona (TL) alla propria opinione pubblica nazionale: da un lato i paesi dove si era ratificato in precedenza il Trattato Costituzionale promettevano ai propri elettori che il TL era identico a tutti gli effetti, dall'altro lato, coloro che avevano bocciato il Trattato Costituzionale o che volevano evitare di sottoporlo

¹⁵⁷ Commissione europea, «Reforming Europe for the 21st Century», POLGEN 83, 11625/07, consultabile all'URL <[¹⁵⁸ In parole di Ziller, «Pouvoir constituant v. drafters of the constitution»; vedasi Jacques Ziller, «National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe», *European Constitutional Law Review*, 1 \(2005\), pp. 247-271, a p. 264.](http://www.register.consilium.europa.eu%2Fpdf%2Fen%2F07%2Fst11%2Fst11625.en07.pdf&ei=0X63T_LkFMnsOfrxvZsK&usg=AFQjCNFqjk2IUR_hz0VRAebo6h95tmw850g&sig2=SFp9qyzFG3xcOJBwHEnf oQ>, p. 3. (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁵⁹ Daimer e Finke, «The Treaty Reform of the EU».

al voto popolare, promettevano che il TL era fundamentalmente diverso dal suo predecessore¹⁶⁰.

Da ciò si evince che Lisbona sembra, dal punto di vista simbolico, un capovolgimento completo di Laeken. Un'impressione ulteriormente rafforzata dalla procedura poco trasparente, un chiaro ritorno ai giorni del CIG. Entrambi gli elementi citati ci suggeriscono che Lisbona rappresentò anche un completo rovesciamento della sintesi costituzionale. Tale conclusione, comunque, è prematura giacché il Trattato di Lisbona contiene buona parte dei contenuti sostanziali del Trattato Costituzionale di Laeken. Questo indica che la sintesi costituzionale aveva ricevuto simbolicamente un colpo basso, e sostanzialmente ne usciva indebolita. Andrebbe anche chiarito che l'impostazione odierna è realmente confusa, le norme costituzionali europee vengono sempre più percepite come estranee, radicalmente eteronome, e in quanto tali carenti di quella dignità democratica che nel *Rechtsstaat* è condizione indispensabile affinché vengano osservate dai cittadini volontariamente.

4. Conclusioni

In conclusione, si è visto che Laeken e Lisbona si basavano su concezioni differenti della legittimità democratica e dell'Unione europea. Furono due tentativi diametralmente opposti per superare gli ostacoli incontrati dal modello costituzionale *sintetico* dell'Unione: Laeken, dal canto suo, fu un tentativo di avventurarsi in un processo costituzionale in piena regola, il cui insuccesso finì col provocare l'effetto boomerang rappresentato da Lisbona, dove si afferma l'idea del costituzionalismo esecutivo *octroyé*, che a sua volta trovava giustificazione nella retorica della «crisi costituzionale». Allo stesso tempo, quest'ultima posizione andava sfumata, così da far capire che quest'apparente inversione in realtà produceva effetti costituzionali equivalenti. Si è dimostrato, dopo un'analisi più attenta, come sia facile riscontrare che nessuno dei due processi va visto come una rottura dal passato *sintetico* dell'Europa. È chiaro, dunque, che la teoria della sintesi costituzionale è capace di dare un senso a ciascuna delle istanze prima citate, oltre che un significato più profondo a quest'apparente inversione. L'idea di fondo che ci sia stata un'inversione radicale scaturisce dall'assenza di una teoria costituzionale adeguata per mettere in evidenza i punti di contatto tra Laeken e Lisbona o, per essere più precisi, di quanto ciò affermatosi con Lisbona *avant la lettre* fosse già presente nel processo di Laeken. Il fatto che l'identità costituzionale dell'Unione non sia mai stata oggetto di chiarimento, e che infatti sia rimasta profondamente ambivalente sin dalle sue origini, ci obbliga a fare un grosso sforzo per spiegare ciò che altrimenti

¹⁶⁰ Dougan, «The Treaty of Lisbon 2007, p. 701.

sembrerebbe un cambiamento radicale. Allo stesso modo, la sintesi costituzionale è in grado di dare una spiegazione al paradosso costituito da due processi di riforma sorprendentemente differenti che finiscono col dare vita a riforme molto simili dal punto di vista sostanziale (così si spiega la sostanziale continuità tra il Trattato di Lisbona e il Trattato Costituzionale)¹⁶¹.

La sintesi costituzionale fa luce sul già menzionato passaggio paradossale dal modello «costituzionale» di Laeken al modello «esecutivo e gestionale» di Lisbona, a sua volta ammorbidito dalle analogie esistenti tra il Trattato di Costituzionale e il Trattato di Lisbona. La sintesi costituzionale rivela non solo la rottura tra i due processi, ma anche *gli elementi di continuità* occulti tra loro esistenti. L'impeto fortemente democratico che in particolare aveva spinto gran parte della Convenzione a chiedere la democratizzazione del processo della CIG, venne compromesso, sin dalle prime battute del processo di Laeken, dall'ambivalenza del ruolo e del mandato assegnato alla Convenzione. Il problema è che siffatta ambivalenza (e dunque la conseguente assenza di chiarezza sulla natura costituzionale dell'iniziativa) sembrò necessaria per superare lo scoglio dell'unanimità nel Consiglio europeo. Ne derivò una spinta a favore della creazione di una dinamica di riforma che potesse agire contro le pressioni radicalmente democratiche, alimentate da svariati fattori politici contingenti, inclusi quelli esterni come la politica estera aggressiva e scottante dell'amministrazione Bush II e la conseguente perdita di popolarità e fiducia di quei governi nazionali che appoggiarono l'invasione dell'Iraq. Per rendere le cose ancor più complicate, il momento determinante in Laeken, ovvero la bocciatura del Trattato Costituzionale da parte degli elettori francesi e olandesi, fu anch'esso ambivalente. Si mise immediatamente fine al processo, anche se i governi nazionali pretendevano di asserire il contrario, e nel farlo, *confermavano in senso negativo* il carattere democratico della procedura di riforma del Trattato, istituendo una consuetudine costituzionale contraria alla regola formale del Trattato che può ancora essere interpretata plausibilmente come quella che conferisce ai governi nazionali il ruolo di Signori dei Trattati.

Proprio per il fatto che la natura costituzionale dell'Unione si affermava in negativo (e soltanto in negativo) e l'Unione mancava degli strumenti istituzionali e strutturali per concretizzare tale potere democratico in una configurazione costituzionale alternativa – in special modo visto il debole, effimero ed episodico legame tra e verso le sfere pubbliche nazionali – l'insuccesso della ratifica fu erroneamente percepito come un fallimento costituzionale. Lisbona, in definitiva, fu un tentativo *manageriale* di ottenere l'entrata in vigore di buona parte delle disposizioni

¹⁶¹ Si veda ancora Agustín J. Menéndez, «Governance and Constitutionalism in the European Order», in *The European Union Legal Order after Lisbon*, ed. Patrick Birkinshaw e Mike Varney, Dordrecht, Kluwer Law International, 2010, pp. 65-90.

del Trattato Costituzionale grazie alla definizione di procedure di ratifica che avessero garantito la ratifica sin dall'inizio. Ciò situava l'accordo nel Consiglio europeo in una tale posizione che l'urgenza assoluta, che avrebbe giustificato la razionalizzazione del processo di ratifica e il ritorno al costituzionalismo *octroyé*, veniva seccamente e chiaramente smentita da alcune delle disposizioni recentemente inserite. Comunque, sempre in riferimento a questo punto, si costrinse a riclassificare il testo del Trattato Costituzionale che aveva accresciuto in modo esagerato l'eterogeneità costituzionale alla base del diritto costituzionale europeo. Sotto il profilo procedurale, il prezzo del successo della ratifica sarebbe stata la caratterizzazione diffusa del Trattato di Lisbona come insieme di *norme eteronome*, venendo quindi a mancare la forza d'emanazione democratica nelle norme costituzionali nazionali. C'è addirittura il serio rischio che tale percezione possa estendersi su tutto il diritto comunitario nel suo insieme (una percezione che trova chiaramente supporto in una recente serie di sentenze di forte indole neo-liberale da parte del CGE), cosa che, infatti, avrebbe reso la riforma inutile, giacché i problemi politici alla base dell'integrazione europea, ben lontani dall'essere risolti, ne risulterebbero ulteriormente aggravati.

Allo stesso modo la sintesi costituzionale facilita la spiegazione della ragione per cui il processo di Lisbona ebbe inizialmente un ritorno di fiamma, ma anche il motivo per cui è improbabile che la sua entrata in vigore serva a far crescere la legittimità dell'Unione europea. In primo luogo, è ovvio che l'ampio appoggio nei confronti della *strada costituzionale* (o quanto meno, del simbolismo costituzionale) di Laeken si legava direttamente alla totale mancanza di risultati sostanziali ottenuti nei precedenti tentativi di riforma intergovernativi. I processi negoziali che portarono ai Trattati di Amsterdam e Nizza non solo furono dispendiosi in termini di tempo, ma non riuscirono a mantenere la promessa di realizzare una trasformazione dell'Unione che s'ispirasse al buon senso dal punto di vista normativo e dell'efficienza. L'intero assetto del processo di Lisbona si basò sulla premessa, alquanto originale, che semplicemente con un pizzico di volontà comune e buone intenzioni da parte dei leader politici europei (allora quasi il doppio rispetto a quelli presenti a Nizza nell'ultimo ciclo di riforme intrapreso con il modello della CIG), sarebbe stato possibile fare ciò che non si riuscì a fare né a Laeken né durante le precedenti CIG. Il fatto che Laeken si fosse conclusa con la mancata ratifica non significava che non erano più valide le ragioni legate all'*efficienza* che avevano spinto verso la riforma costituzionale (infatti, vi erano motivi ulteriori per dubitare dell'efficacia del classico metodo intergovernativo diplomatico in presenza non di 15, ma di 27 attori, ciascuno con potere di veto). In secondo luogo, ben pochi avevano compreso che Laeken fu contraddistinta dall'insuccesso nel processo di ratifica, ma anche da un forte successo costituzionale in senso negativo. All'inizio del processo, i sondaggi dell'Eurobarometro mostravano un'attitudine positiva da parte dei cittadini in quasi tutti gli Stati membri nei confronti dell'idea di una

Costituzione europea¹⁶². Il vero dato da considerare è che il «no» espresso dagli elettori francesi e olandesi stroncò il processo di Laeken, nonostante i loro rappresentanti in Parlamento fossero fortemente a favore della ratifica, portando alla piena appropriazione da parte dei cittadini del potere costituzionale *negativo*. L'ampio dibattito francese cercava di dare risposte concrete, occupandosi a fondo della questione di una Costituzione europea. Molti elettori francesi e olandesi votarono contro questo trattato, ma non contro l'idea di una Costituzione europea. È importante il fatto che, all'interno di un contesto dove un tema viene trattato esplicitamente come un *problema* europeo, la convocazione di un referendum, anche se indetto a livello nazionale, rappresenti un'opportunità per i cittadini affinché agiscano nella loro veste di *cittadini europei*, e non semplicemente di cittadini degli stati membri. Ogni circostanza in cui i cittadini sono direttamente consultati in quanto europei, è allo stesso tempo un appello nei loro confronti a far sentire la voce di quegli europei che non sono stati consultati direttamente. Ciò viene evidentemente amplificato nel momento in cui è in gioco una Costituzione europea. In questo caso, ci si rivolge ai cittadini di ogni Stato membro nel loro ruolo costituente sotto l'egida del sistema costituzionale europeo. Quando hanno bocciato la proposta costituzionale di Laeken, ma non l'idea di una Costituzione europea in quanto tale, quest'ultimi hanno agito in qualità di detentori di un potere costituzionale negativo. È abbastanza ovvio che il carattere *negativo* dell'indole costituzionale di Laeken, abbinato al fatto che l'ipotesi di un mancato rifiuto da parte delle strutture istituzionali avrebbe aiutato a trasformare la forza negativa del voto in una forza costituzionale costruttiva, non comportava di per sé una trasformazione costituzionale democratica dell'Unione europea. La forza costituzionale negativa del voto, però, portava necessariamente verso un cambiamento a lungo termine nell'atteggiamento *assente* dei cittadini nei confronti delle proposte di riforma, in particolare per quanto concerne le procedure che non avrebbero consentito di aver accesso a questo potere costituzionale negativo. Il risultato negativo del referendum irlandese, e in generale la tiepida accoglienza del Trattato di Lisbona da parte degli elettorati nazionali, mettevano in luce un chiaro segnale di cambiamento in tal senso. Tutto ciò getta un'ombra sugli effetti a lungo termine di una procedura di ratifica formale del Trattato. Infatti, a causa della sua mancata paternità democratica, è improbabile che la legittimità democratica oggetto di restrizione si possa compensare attraverso le Costituzioni nazionali. Semmai, è più probabile che le nuove norme costituzionali vengano considerate *eteronome*, cosa che gli at-

¹⁶² Nell'autunno del 2004, il 68 per cento degli intervistati in un sondaggio era a favore dell'idea di una costituzione europea. Eurobarometer 62, «Public Opinion in the European Union», Commissione europea, maggio 2005 (sondaggio periodo ottobre-novembre 2004), consultabile all'URL <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb62/eb_62_en.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

tori sociali già stavano provando nei confronti di un numero crescente di sentenze della Corte di Giustizia europea, supportati nei loro giudizi da molti intellettuali e studiosi.

Da Laeken e Lisbona, in definitiva, si possono trarre tre lezioni principali.

La prima è che Laeken e Lisbona hanno di fatto trasformato l'Unione europea. Invece di concentrare la nostra attenzione esclusivamente (e limitatamente) sui contenuti *sostanziali* del Trattato di Lisbona e sui cambiamenti da esso operati nel diritto costituzionale dell'Unione, ci è sembrato opportuno prendere in considerazione prima di tutto la struttura adottata dai processi di riforma e in particolar modo il loro potenziale di legittimità democratica. Si sostiene di conseguenza che Laeken cambiò l'Unione anche se terminò con la mancata ratifica. Essa cambiò l'Europa *perché* la mancata ratifica avvenne per mano dei cittadini appuntava verso una costituzionalizzazione democratica dell'Unione. Si afferma inoltre che la riproduzione letterale di buona parte del contenuto sostanziale del Trattato costituzionale di Laeken in quello di Lisbona, non porta immediatamente alla conclusione che Lisbona è Laeken sotto altre spoglie¹⁶³. La ragione di ciò risiede nel fatto che la dignità del diritto costituzionale dipende dal processo mediante il quale lo si approva. Il rifiuto esplicito delle ambizioni costituzionali che caratterizzavano Lisbona non può non avere effetti sull'effettiva forza giuridica delle disposizioni sancite nel Trattato.

La seconda lezione è che lo slancio sia di Lisbona che di Laeken risulta confuso e disordinato. Entrambi i processi erano un non facile compromesso tra tre modelli alternativi per raggiungere un ordinamento politico europeo stabile, i cui tratti salienti sono stati già segnalati nella parte finale del capitolo precedente (che qui abbiamo menzionato brevemente). Laeken, a prima vista, può sembrare un momento costituzionale. Lisbona, invece, l'esatto contrario, a causa dell'appropriarsi del potere costituzionale da parte del Consiglio europeo (rinunciando non solo a un'assemblea di natura costituzionale qual era la Convenzione di Laeken, ma riducendo anche la Conferenza Intergovernativa a una specie di redattore del linguaggio giuridico). D'altra parte, c'è qualcosa di Lisbona già presente in Laeken, vista l'ombra lunga che la CIG proiettava sulla Convenzione, ed visti gli elementi dello spirito di Laeken ancora persistenti in Lisbona, grazie principalmente alla «riproduzione» di molte delle disposizioni contenute nel Trattato Costituzionale. Il non facile compromesso fra i diversi modelli di riforma fondamentale, inoltre, può comprendersi soltanto in riferimento alla storia costituzionale europea, che fissa una serie di opzioni da tenere in considerazione. Questo è il motivo per cui l'apparente *governance* della «riforma costituzionale gestita» che può desumersi nel processo di Lisbona non è il frutto di un'evoluzione improvvisa, ma la virulenta manifestazione di una tendenza in corso nel diritto costituzionale europeo. Ci sembra,

¹⁶³ Valéry Giscard d'Estaing, *The Independent*, 30 settembre del 2007.

in definitiva, che in fin dei conti Laeken viene ricostruito meglio se visto come un processo inizialmente teso a fare a meno della sintesi attraverso il modello costituente democratico, anche se con forti e crescenti tratti di riforma della sintesi. Mentre Lisbona fu inteso come un consolidamento della sintesi grazie alla sua riforma, sebbene si contraddistingueva per alcuni aspetti di *governance*.

La terza lezione consiste nel fatto che la costruzione del Trattato Lisbona va fermamente ancorata alla prassi costituzionale europea. Come si è già insistito in precedenza, Lisbona è solo un capitolo nella storia costituzionale europea. Il fatto che non sia stata il primo capitolo implica che qualunque fosse l'intenzione dei suoi relatori, le disposizioni contenute nel Trattato andavano interpretate in modo sistematico. Esistevano dunque dei limiti rispetto all'idea dei relatori d'introdurre aspetti creativi nell'integrazione europea. Chiara prova di quanto detto poc'anzi può ritrovarsi nella sentenza su Lisbona da parte della Corte Costituzionale tedesca. I giudici a Karlsruhe diedero il via libera al nuovo Trattato, anche se fornivano degli orientamenti chiari su come il Trattato andasse interpretato per essere *idoneo dal punto di vista costituzionale*. Al di là della valutazione che ognuno può dare sulla sentenza, ci sembra che una chiara conseguenza strutturale della medesima sia quella di «vincolare» il Trattato alla prassi costituzionale in corso, dove la Corte Costituzionale federale aveva giocato un ruolo chiave. È improbabile che Lisbona sia l'ultimo capitolo della storia costituzionale europea, ciò significa non solo che i suoi relatori fossero ben lontani dall'aver l'ultima parola, ma anche che ciò che conta non è solo quali siano le norme sostanziali del Trattato, ma anche il modo in cui sono state prodotte. Questo dimostra come il predominio esercitato dalle *élites* dei governi europei può essere dannoso per la stabilità stessa dell'integrazione europea. Quest'episodio, infatti, segna una chiara contrapposizione tra la sintesi costituzionale di tipo europeo e quella canadese, come si analizzerà nel Capitolo 6.

CAPITOLO 5

LO SCIoglimento DEI NODI COSTITUZIONALI GRAZIE ALLA TEORIA DELLA SINTESI

Nei Capitoli 3 e 4 si è offerta al lettore una breve ricostruzione dell'evoluzione del diritto costituzionale europeo e, in generale, dell'integrazione europea dalla chiave di lettura offerta dalla teoria della sintesi costituzionale. La nostra ricostruzione ha dimostrato che la sintesi costituzionale è la teoria che offre la descrizione migliore di cosa sia avvenuto in sei decenni d'integrazione europea, ossia la costruzione di un'Unione europea con un'identità costituzionale particolarmente pluralista.

In questo capitolo si prenderà in esame la teoria in relazione ad alcuni dei «nodi gordiani» della prassi costituzionale europea. Come già segnalato nella parte introduttiva di questo libro, i conflitti tra il diritto europeo e i diritti nazionali sembrano piuttosto difficili da trattare perché la prassi costituzionale europea è arrivata ad accettare i principi strutturali di base del diritto comunitario (prevalenza ed effetto diretto) senza fornire un adeguato fondamento di questa prassi. La sintesi costituzionale può agire in modo migliore? Mostreremo come la teoria offra una risposta positiva a tale domanda, cercando di spiegare il carattere controverso dei conflitti costituzionali europei. Questi possono essere riassunti in due interrogativi di natura costituzionale: In che modo il diritto europeo è divenuto un ordinamento giuridico costituzionale? In che modo il diritto europeo è prevalso sugli ordinamenti costituzionali nazionali, nonostante provenisse da quest'ultimi? In questo capitolo presenteremo la soluzione offerta dalla teoria della *sintesi* a tali interrogativi.

1. *I conflitti costituzionali europei e gli interrogativi costituzionali fondamentali*

1.1 *I conflitti costituzionali europei*

Nella parte introduttiva e nel Capitolo 3 abbiamo affermato che una componente chiave della trasformazione costituzionale dell'Unione europea consiste nell'ampia accettazione dei due principi strutturali che governano i rapporti tra il diritto comunitario e il diritto nazionale: l'effetto

diretto delle norme comunitarie e la prevalenza delle norme comunitarie quando entrano in conflitto con le norme nazionali.

Abbiamo sottolineato che, sebbene l'argomentazione giuridica sia eminentemente ricostruttiva, e che tali principi possiedono *sempre* la stessa portata e lo stesso spessore, una fedele ricostruzione della giurisprudenza della Corte mette in evidenza che l'attuale formulazione di questi due principi è il risultato di una giurisprudenza cumulativa. Ad ogni modo, è corretto affermare che il nucleo delle implicazioni sistemiche di entrambi principi era già contenuto nelle sentenze rivelatesi come punti di riferimento fondamentali per il Diritto comunitario, e cioè le ben note *Costa* e *Van Gend*. Affermando che l'effetto diretto delle disposizioni del Trattato implicava il diritto dell'Unione a controllare gli effetti reali delle norme comunitarie non solo all'interno dell'ordinamento giuridico sovranazionale, ma anche in tutti gli ordinamenti giuridici, la Corte, nel caso *Van Gend*, avallava la visione «monista» dell'ordinamento giuridico europeo e confermava la piena natura costituzionale del diritto comunitario. Nel caso *Costa*, ammettendo la prevalenza delle norme comunitarie sulla legislazione nazionale posteriore, la Corte affermava che l'uguaglianza dinanzi alla legge era il principio cardine della Costituzione europea. Solo nell'ipotesi in cui il diritto, in cui i sistemi nazionali si erano andati integrando, fosse stato *supremo*, ci sarebbe stata la possibilità di garantire l'uguaglianza dinanzi alla legge.

La prassi costituzionale europea arrivò ad avallare questi principi nel corso degli anni, come dimostravano nei fatti i dettagliati studi al riguardo, ed in particolare, quelli che si concentrarono sui *tribunali nazionali*. La loro ampia accettazione non fu accompagnata da un chiarimento sulle fondamenta su cui questi due principi si basano. Ciò spiega perché, sebbene la prevalenza e l'effetto diretto fossero ampiamente accettati, la portata e lo spessore specifico di questi principi è oggetto di forte controversia, in particolar modo per quanto concerne i conflitti tra il diritto comunitario e le norme costituzionali nazionali. Nonostante le Corti costituzionali nazionali incominciarono a difendere la prevalenza complessiva delle norme costituzionali nazionali su quelle comunitarie contrarie, ripiegarono poi progressivamente su posizioni più sfumate, limitando la portata del concetto di norme prevalenti solo a quelle che sono da considerarsi il «nucleo» della costituzione nazionale. L'ultimo capitolo di questa saga è la sentenza su Lisbona della Corte Costituzionale tedesca, dove i limiti formali venivano accompagnati da una sempre crescente accettazione della prevalenza del diritto comunitario. Il vero punto cruciale della questione è che non vi sono motivi chiari su dove e perché tracciare la linea di confine di tali limiti.

Questo è il retroterra su cui fioriscono i conflitti costituzionali europei, che ruotano intorno ad interpretazioni differenti sul modo in cui i conflitti tra il diritto europeo e i diritti costituzionali nazionali devono essere risolti, e sulle cui basi è probabile che la frequenza e l'importanza dei medesimi possa crescere in futuro.

Tornando sul caso *Viking*¹, al quale si è già fatto riferimento nella parte introduttiva di questo libro, il diritto finlandese sembrava affermare che il diritto a un'azione collettiva dei lavoratori finlandesi avrebbe dovuto includere anche il diritto a convocare uno sciopero paneuropeo per impedire all'azienda di trasporto marittimo finlandese di trasferirsi in Estonia dove il costo del lavoro è più basso (e i diritti dei lavoratori più deboli). Il diritto dell'azienda di decidere dove stabilire la propria sede doveva essere ridimensionato e messo da parte, perché altrimenti non sarebbe rimasto molto dell'impegno costituzionale per la protezione dei diritti dei lavoratori. Il presupposto di partenza era che lo Stato avrebbe dovuto controbilanciare il crescente potere economico di chi detiene il capitale in un mondo globalizzato e, al contempo, consentire ai lavoratori di organizzarsi allo stesso livello nel quale il detentore del capitale può beneficiare di vantaggi strutturali. Il diritto finlandese, in definitiva, era a favore del diritto di sciopero dei lavoratori, cosa che plausibilmente avviene nella maggior parte, se non in tutte, le Costituzioni nazionali degli Stati membri². Nonostante ciò, la Corte di Giustizia europea risolse il conflitto a favore della libertà di stabilimento dei proprietari dei traghetti. È possibile che il dispositivo della sentenza entri a far parte dei testi di diritto, ma non è per nulla scontato che gli Stati applichino tale sentenza in futuro.

1.2 I due interrogativi

Cosa rende questi problemi tanto difficili da trattare? Per quale ragione si è condannati ad appoggiare la prevalenza e l'effetto diretto ma, allo stesso tempo, si hanno seri dubbi su dove fissare loro un limite?

Secondo il nostro giudizio, i due interrogativi rendono i conflitti costituzionali così ineffabili da essere etichettati come *interrogativi sulle origini e la prevalenza*. Sono, infatti, due interrogativi dei quali le teorie di riferimento della storia costituzionale europea non riuscirono ad occuparsi correttamente.

L'interrogativo inerente le origini, si riferisce alla storia dell'Unione prima che diventasse un'Unione: per quale motivo trattati formalmente internazionali, la cui ratifica fu autorizzata dalle Costituzioni nazionali, ora vanno interpretati come se avessero fatto nascere un ordinamento costituzionale? (perché dobbiamo ritenere che ci sia un conflitto nel caso *Viking*, che cosa ci porta a pensare che il diritto comunitario possa *azzardarsi* a contraddire il diritto costituzionale nazionale, essendone una sua creazione?) e, inoltre, com'è possibile che il diritto comunitario, che dal

¹ Sentenza-438/05, *Viking*, [2007] Racc. I-10779.

² Sebbene le diverse tradizioni costituzionali nazionali possono concepire il problema in modi diversi, si può dire che nessuna di queste avrebbe appoggiato, come invece ha fatta la Corte di Giustizia, una soluzione che risolveva il conflitto in favore della libertà di stabilimento del datore di lavoro.

punto di vista logico e normativo deriva dal diritto costituzionale nazionale, può non solo contraddire ma avere anche la pretesa di *prevalere* sul diritto costituzionale nazionale?

1.2.1 *L'interrogativo sulle origini*

L'interrogativo sulle origini riguarda la tensione tra la forma internazionale dei Trattati originari delle Comunità e la natura costituzionale del diritto comunitario su cui poggia la prassi costituzionale europea. Per essere più precisi, l'interrogativo sulle origini nasce dall'assenza di una spiegazione valida, dal punto di vista normativo, sul modo in cui il proverbiale «brutto anatrocchio internazionale si trasformò in un principio costituzionale». Ovvero, per entrare maggiormente nel dettaglio, non è possibile dare per scontate l'origine e le modalità con cui l'ordinamento giuridico europeo è diventato un ordinamento politico e giuridico costituzionale, un ordinamento da incorporare in un insieme di norme (che avevano la loro base principale, ma assolutamente non esclusiva, nel Trattato) che secondo la consuetudine sociale sono da considerare *materialmente costituzionali*, nonché di regolamenti e direttive intesi come *leggi* dal punto di vista materiale, anche se non da quello formale (il lettore, rifacendosi al Capitolo 3, può osservare che questo è il risultato delle ricostruzioni costituzionali trasformatrice utilizzate per il diritto comunitario, una caratterizzazione del diritto comunitario che si radicò verso la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del Secolo scorso). Come è possibile spiegare questa evoluzione, dal momento che i documenti fondativi delle Comunità erano dei trattati internazionali?

Vista sotto questa luce, la trasformazione «costituzionale» dell'Unione europea e del suo ordinamento giuridico diventa estremamente problematica³. Generalmente si accetta il fatto che l'integrazione europea non possa essere considerata come un processo costituente d'indole rivoluzionaria (si è fatto presente che nemmeno con Laeken c'è stato un «momento costituzionale europeo» in senso rivoluzionario). Qualche analista, qualche dirigente politico con poteri decisionali, e soprattutto la Corte Costituzionale tedesca, infatti, avevano fornito un'interpretazione opposta dell'insuccesso del Trattato Costituzionale, ossia la conferma che l'Unione europea *non* è un soggetto costituzionale federale⁴. Non ci sono fondamenta solide, in sintesi, su cui poter sostenere che il Trattato si sia evoluto verso una Costituzione. Gli Stati membri continuano a proteggere fortemente

³ Alcuni analisti si spingono oltre, catalogando questa posizione giurisdizionale come un *coup d'état* giuridico. Si veda Alex Stone Sweet, «The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority», *German Law Journal*, 8 (2007), pp. 915-928.

⁴ Vedasi il paragrafo 277 del dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale tedesca su Lisbona, Sentenza del 30 giugno del 2009, consultabile all'URL <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html> (ultimo accesso, Maggio 2012).

le loro identità costituzionali nazionali (un atteggiamento che ha portato alla simultanea consacrazione nei Trattati del principio «sovrazionale» di leale cooperazione – di chiara natura centripeta – e al rispetto delle identità costituzionali nazionali, di chiara valenza centrifuga, come già visto nel Capitolo 4). Il processo d'integrazione non era avanzato a tal punto da mettere le Costituzioni degli Stati membri al servizio della costruzione costituzionale europea.

Dopodiché, se l'Unione dal punto di vista formale si è costituita come un'organizzazione internazionale istituita da un Trattato internazionale, senza che da allora ci sia stata una mutazione rivoluzionaria né evolutiva della sua identità, com'è possibile che, sia la prassi costituzionale che il discorso sull'integrazione europea si riferiscano all'Unione europea come un soggetto politico costituzionale, e al suo ordinamento giuridico come un ordinamento giuridico costituzionale? In quale momento si è verificata questa trasformazione?⁵

1.2.2 L'interrogativo sulla prevalenza

L'interrogativo sulla prevalenza si collega al rapporto asimmetrico esistente tra gli ordinamenti giuridici nazionali e quello sovranazionale. Le Costituzioni nazionali si trovano logicamente, storicamente e normativamente prima del diritto dell'Unione europea. Nella prassi costituzionale europea, il diritto comunitario prevale sulle disposizioni nazionali in conflitto con esso, anche se si tratta di disposizioni costituzionali, eccezion fatta per una categoria marginale di casi (dove viene coinvolto il «nociolo duro» della Costituzione nazionale, anche se siamo ancora in attesa di vedere il caso concreto in cui questa seppur residua prevalenza venga applicata). Com'è possibile che ciò avvenga?

La prassi costituzionale europea, infatti, risolve i conflitti tra le norme comunitarie e quelle nazionali riconoscendo la prevalenza a favore delle norme comunitarie. Conflitti e discrepanze sono divenute marginali, e si limitano infatti a quei conflitti dove la norma nazionale in questione è una norma costituzionale, oppure, per essere più precisi, dove la norma nazionale è una delle norme costituzionali essenziali⁶. Anche le Corti costituzionali più attive e zelanti (di cui ne è esempio la Corte costituzionale tedesca) hanno reinterpretato (e nel fare ciò *ristretto*) il raggio d'azione grazie al quale le Costituzioni nazionali riescono a prevalere. Dal punto

⁵ Questa incertezza riguarda anche le diverse raffigurazioni su cosa Laeken rappresentava. Alcuni sostengono che essa non è riuscita a qualificare sé stessa come costituzionale, altri la presentano come un'istanza costituente, altri ancora ne parlano come elemento di trasformazione costituzionale (di un ordinamento costituzionale già in essere).

⁶ Sui conflitti costituzionali, vedasi Agustín José Menéndez, «Sobre los Conflictos Constitucionales Europeos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24 (2007), pp. 139-194.

di vista di chi detiene i diritti individuali, probabilmente, queste ultime avevano svuotato di contenuto il principio (ma comunque non in termini collettivi, e di conseguenza, nemmeno in termini di equilibrio istituzionale tra i diversi livelli di governo).

Non è per nulla scontato, inoltre, come e perché il diritto comunitario debba prevalere. Per alcuni, le teorie costituzionali di riferimento non spiegano come la prevalenza del diritto comunitario possa riconciliarsi con la (già affermata) prevalenza delle Costituzioni nazionali. Possono esserci due ordinamenti costituzionali sovrapposti e in conflitto che aspirano, allo stesso tempo, a vestire i panni del diritto supremo sul territorio?⁷ Le teorie costituzionali di riferimento, in definitiva, non offrono una spiegazione convincente sulla prevalenza del diritto comunitario. Il diritto comunitario stesso si caratterizza ampiamente come «derivato», cioè una creatura delle Costituzioni nazionali, a tal punto che l'idea che gli Stati membri fossero i signori dei Trattati (una frase molto ambigua da un punto di vista democratico-costituzionale) riscontra un'ampia diffusione. In che modo, dunque, un ordinamento ritenuto derivato può essere anche supremo, in special modo quando è soggetto alle modifiche da parte dell'insieme dei governi costituiti, di quelle che poi sarebbero state norme costituzionali «inferiori», cioè le Costituzioni nazionali? In definitiva, le teorie costituzionali di riferimento non offrono una spiegazione *normativa* adeguata per quanto riguarda la prevalenza del diritto comunitario. Negli ordinamenti costituzionali democratici, la gerarchia normativa dipende dalla legittimità democratica. Più intensa è la legittimità democratica del procedimento mediante il quale una norma viene prodotta, più alto sarà il rango e il valore della norma nel sistema giuridico (in quello che comunemente, anche se in modo confuso, viene definito come sistema delle fonti del diritto)⁸. Anche i sistemi federali si strutturano seguendo questo credo. Tuttavia, dal momento che il federalismo riguarda la suddivisione della sovranità, ciò avviene in modo molto più complesso attraverso la ripartizione delle competenze a tutti i livelli. I sistemi federali, però, partono dal presupposto che i vari livelli coinvolti siano equivalenti dal punto di vista della legittimità democratica. Nel caso dell'unione, però, non esiste un accordo federale equivalente alla base del diritto comunitario. Inoltre, è chiaro che la legittimità democratica del diritto comunitario (includere le norme costituzionali) è problematica⁹. In che modo, poi, il diritto comunitario

⁷ Una prospettiva kelseniana veramente adeguata si trova in Juan Luis Requejo Pagés, «Defensa de la Constitución Nacional y Constitucionalización de Europa: Inflación de Derechos y Deslegalización del Ordenamiento», *Fundamentos*, 4 (2006), pp. 443-453.

⁸ Sulle confuse connotazioni del termine, vedasi Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 232.

⁹ I differenti fattori nell'equazione democratica dell'Unione europea sono ben analizzati in Agustín José Menéndez, «The European Democratic Challenge», *European Law Journal*, 15 (2009), pp. 277-308.

prevale (eccezion fatta per quei quantitativamente pochi, ma qualitativamente significativi, conflitti costituzionali) sulle norme nazionali, anche se norme nazionali di natura costituzionale?

2. *La risposta fornita dalla sintesi*

La teoria della sintesi costituzionale offre soluzioni ai due quesiti appena analizzati, e fornisce un'idea variegata, anche se coerente, della vocazione costituzionale dell'Unione, nonché una chiave di lettura degli aspetti istituzionali e costituzionali dell'Unione. Si fa notare che nell'analizzare la risposta data dalla sintesi a tali interrogativi, il nostro *leitmotiv* è la teoria della sintesi costituzionale in quanto tale, e non la prassi europea. Come già osservato in precedenza, la prassi europea non sempre rispecchia ciò che la teoria della sintesi costituzionale prevede, in parte perché gli attori coinvolti in tale processo, non hanno sviluppato le loro intuizioni in una teoria coerente. Per dare un senso a questi quesiti, bisogna dunque delineare il modo in cui la teoria potrebbe guidare la prassi, facendo particolare attenzione a come apparirebbe la situazione europea se avesse seguito le linee guida di questa teoria.

2.1 *La risposta all'interrogativo sulle origini*

La teoria della sintesi costituzionale presenta una risposta praticabile all'interrogativo sulle origini costituzionali. Come sottolineato nei Capitoli 2 e 3, la sintesi costituzionale mette in evidenza il fatto che l'origine costituzionale dell'Europa si materializzò nel momento costituzionale *sintetico* dove il trattato internazionale fu il mezzo utilizzato per costruire l'intelaiatura istituzionale e costituzionale in cui gli ordinamenti politici e giuridici si sarebbero fusi progressivamente – in linea con l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune. Tutto ciò ci riporta all'aspetto differente del processo costituente europeo, ossia un processo che avrebbe dovuto partire da un contesto dove gli Stati costituzionali si erano già affermati, e poi dispiegare i suoi effetti in questo stesso contesto.

Se la situazione è questa, l'origine costituzionale del processo non è più un mistero, dal momento che si considera il ruolo chiave che le Costituzioni nazionali giocarono nel permettere l'esistenza di un momento costituzionale «sintetico», e nel definire la base costituzionale su cui si costruì il diritto costituzionale europeo. Come già fatto osservare in precedenza, il processo di sintesi non solo fu consentito, ma fu anche autorizzato da clausole costituzionali nazionali innovative che prescrivevano l'attiva partecipazione di ciascuno Stato-nazione nei processi sovranazionali d'integrazione (le clausole d'integrazione già trattate nei Capitoli 2 e 3).

In modo inedito, queste clausole autorizzavano il processo di trasferimento dei poteri dello Stato sovrano al nuovo soggetto politico. Nel tentativo di dare applicazione concreta a questi principi costituzionali basilari,

queste ultime, di fatto, autorizzavano disposizioni e assetti istituzionali che avrebbero fatto a meno dello Stato nazione nella sua veste di unità d'azione politica adatta per tale scopo, riconoscendo che ogni sforzo per dare piena applicazione a questi valori costituzionali essenziali, all'interno dei confini di un singolo Stato-nazione, era destinato a scontrarsi con alcuni vincoli. Per questo, le clausole «d'apertura» (internazionale) presenti nelle Costituzioni del dopoguerra, e l'esplicito riferimento all'Europa in quelle più recenti, riflettono quanto il potere costituente nazionale fosse cosciente dei suoi limiti intrinseci, riconoscendo anche la necessità di collocare la Costituzione nazionale e i poteri costituiti all'interno del più esteso terreno costituzionale europeo.

Le clausole, allo stesso tempo, non autorizzavano direttamente un processo di federazione attraverso lo sviluppo di un vero e proprio Stato europeo. In questo contesto, era solo possibile un atto d'autorizzazione non esplicito. La trasformazione costituzionale avrebbe potuto intraprendersi solo nella misura in cui i principi costituzionali nazionali si sarebbero proiettati in un nuovo ordinamento costituzionale, grazie al sostegno fornito dall'insieme delle Costituzioni nazionali al ruolo del diritto costituzionale di questo nuovo soggetto politico. Ciò, dunque, implicava il riconoscimento dell'ideale regolatorio delle comuni tradizioni costituzionali degli Stati membri, e della caratterizzazione delle Costituzioni nazionali come una Costituzione dell'Unione europea dal carattere fortemente collettivo.

L'integrazione europea presuppone la creazione di un nuovo ordinamento giuridico, ma non la creazione di un nuovo insieme di norme costituzionali. Una fonte chiave per la legittimità del nuovo ordinamento giuridico è, infatti, l'appoggio che le norme costituzionali nazionali forniscono al nuovo ordinamento giuridico.

Questa situazione si può ricostruire come una licenza a favore di una sperimentazione entro certi limiti prefissati. Tale autorizzazione all'integrazione deriva dalla necessità riconosciuta di evitare che conflitti avvenuti in passato potessero ripetersi. A tale scopo, era necessaria una qualche forma d'organizzazione sovranazionale (inclusiva di elementi sperimentali) che fosse costituzionalmente autorizzata a evitare nuovi focolai di violenza. Dovevano esserci garanzie sul fatto che gli Stati membri potessero tenere in mano le redini di tale struttura sovranazionale, poiché siffatta struttura, nata grazie a un'autorizzazione costituzionale che influisce sulla capacità operativa delle organizzazioni democratiche degli Stati membri, doveva soddisfare i requisiti della legittimità democratica.

Questi elementi si vedono riflessi nella storia costituzionale europea. I Trattati originari cercano in modo esplicito di mettere in moto un'integrazione sociale, economica e giuridica fra Stati precedentemente in guerra, così da prevenire future guerre distruttive. Si sarebbe potuto aprire uno spiraglio per istituire una federazione europea nei giorni immediatamente successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale, ma l'ipotesi svanì rapidamente. Nel 1951 e nel 1957, gli Stati-nazione erano tornati alla ribalta. Essi erano di nuovo in grado di far socializzare i cittadini in modo tale da

farli sentire concittadini, il che rendeva facile mobilitare, in almeno uno Stato, l'opinione pubblica contro un progetto simile, e farlo di conseguenza naufragare. Un buon esempio di ciò fu il rifiuto del Parlamento francese alla ratifica della Bozza di Trattato che istituiva la Comunità Europea di Difesa (il che avrebbe comportato anche la nascita di un'unione politica). Invece di una federazione, l'assetto giuridico e istituzionale che di conseguenza fu predisposto, rifletteva l'importanza legata al raggiungimento di un delicato equilibrio tra, da un lato, la garanzia che il processo d'integrazione proseguisse e, dall'altro, l'assicurazione che venissero accolte misure di controllo e influenza nazionale sul processo in questione. La scelta dello strumento del trattato internazionale, di un veto nazionale nel processo di modifica del Trattato e una forte ingerenza nazionale diretta nell'attività operativa delle istituzioni a livello europeo (in particolare all'interno del Consiglio), riflette il ruolo importante dei vincoli nazionali di natura operativa. Al contempo, però, parecchie istituzioni contenevano aspetti genuinamente sovranazionali, che testimoniano l'indole innovativa del processo d'integrazione, il tutto in un contesto di Stati che mantenevano una serie di aspetti strutturali compatibili (erano tutti democrazie costituzionali rappresentative e Stati sociali in costruzione con un complesso sistema fiscale e di poteri regolatori).

L'autorizzazione a sperimentare all'interno di limiti prefissati invitava a lavorare per una struttura sperimentale e flessibile, che non poteva basarsi sulla ratifica *ex ante* di una Costituzione federale in piena regola, ma si sarebbe configurata come una struttura istituzionale con un assetto pluralista più libero. Ciò lasciava spazio sufficiente affinché venisse assicurata sia la diversità nazionale che la protezione nazionale, permettendo al contempo un processo d'integrazione *sinetica* degli ordinamenti costituzionali. Questa situazione apparentemente ironica, è del tutto comprensibile alla luce del fatto che le parti precedentemente in guerra tra loro si sarebbero imbarcate in un'avventura rappresentata da un processo d'integrazione vincolante, solo nel momento in cui la struttura stessa avesse seguito le linee guida tracciate dalle norme costituzionali nazionali, laddove il *fare ricorso di nuovo alla sola logica nazionale* avrebbe portato al fallimento dell'esperimento. La codifica normativa e l'apertura di quest'ambito erano di fondamentale importanza per varare un processo d'integrazione, fornendogli legittimità democratica proprio perché *non predeterminava il modello fondante della comunità politica*. In altre parole, questa soluzione autorizzava l'integrazione sovranazionale senza rischiare di gettare il "bambino costituzionale" insieme "all'acqua sporca".

Questo sforzo senza precedenti per impostare una struttura costituzionale che agisse al di sopra di Stati costituzionali già esistenti, doveva necessariamente racchiudere aspetti sperimentali, nonostante il modello organizzativo istituzionale avrebbe avuto la sua influenza sulla portata di questa genuina sperimentazione (senza giri di parole, quanto più si emulavano i sistemi nazionali, minore sarebbe stato il margine di manovra a favore di questa genuina sperimentazione). Il modello stesso di trattato

internazionale imponeva a questa sperimentazione vincoli prefissati, il che era anche, in un certo senso, preferibile per il modello costituzionale, vista l'altissima probabilità che un processo costituente esplicito potesse avere effetti controproducenti, con la conseguenza di escludere ogni ulteriore sforzo futuro a favore dell'integrazione. L'apparente disgiunzione del modello (trattato internazionale) dalla sostanza (costituzionale) è quindi il risultato della natura ibrida del costituzionalismo sintetico (nelle sue fasi iniziali).

Per ricapitolare, la teoria della sintesi costituzionale risolve l'interrogativo sulle origini, dimostrandoci che l'integrazione degli ordinamenti giuridici nazionali, all'interno del diritto comunitario, implica il fatto che il diritto costituzionale del nuovo ordinamento giuridico va definito in relazione a ciò che hanno in comune le norme costituzionali nazionali. Una tale trasformazione può considerarsi legittima grazie all'autorizzazione e al mandato delle Costituzioni nazionali. Inoltre, nel momento in cui le Costituzioni nazionali diventano la Costituzione materiale dell'Unione europea, sono esse stesse a trasferire su questa la legittimità democratica. La sintesi costituzionale, dunque, gioca un ruolo di legittimazione che in un certo senso è equivalente a quello giocato dal modello costituente democratico. Nello specifico, il valore legittimante derivante dalla partecipazione dei cittadini nella fase di deliberazione e in quella decisionale delle norme costituzionali, viene surrogato dalla *formulazione di un ordinamento giuridico europeo a partire dalle norme costituzionali nazionali in comune*, capaci di infondere *la loro legittimità democratica* sull'ordinamento giuridico europeo nel suo insieme, basandosi sul fatto che esse erano state già oggetto di deliberazione e approvazione *democratica* da parte dei cittadini. E ancora, la legittimità conferita attraverso la sintesi costituzionale non è pienamente equivalente a quella proveniente da un processo costituente democratico; il che è particolarmente vero in una prospettiva di lungo periodo.

2.2 La risposta all'interrogativo sul principio di prevalenza

La sintesi costituzionale rivendica il fatto che l'interrogativo sul principio di prevalenza si dissolve una volta che si tiene conto del fatto che il diritto costituzionale europeo e il diritto costituzionale nazionale non possono essere raffigurati come due gruppi di norme costituzionali differenziate.

Per le ragioni esposte in questo libro, l'insieme delle norme costituzionali nazionali *costituisce* lo strato più profondo del diritto costituzionale europeo, il quale non solo presenta una natura *derivata*, nel senso di essere una creatura del diritto costituzionale nazionale, ma anche un contenuto *che è comune alle norme costituzionali nazionali*.

Una volta che l'interrogativo di riferimento sul principio della prevalenza si dissolve, e si tiene conto della natura derivata del diritto comunitario, siamo nella condizione di poter disaggregare le tipologie di conflitto più controverse, e cioè i conflitti costituzionali europei.

Le teorie costituzionali di riferimento caratterizzano tutti i conflitti costituzionali come se fossero conflitti verticali tra il diritto europeo e i diritti costituzionali nazionali (sulla base di quale sistema giuridico si trovi in una posizione di superiorità, e dunque prevalga, e quale invece in condizione d'inferiorità, si determina la soluzione specifica per questi conflitti costituzionali europei, e si comprende la differenza tra le teorie «comunitarie» e quelle «nazionali» sul diritto dell'Unione). Non si presta la dovuta attenzione, però, al fatto che i conflitti costituzionali europei non sono tutti verticali. Possono sì essere verticali, ma anche *puramente orizzontali*. Nella maggior parte dei casi, ad ogni modo, possono essere sia verticali che orizzontali. Questa affermazione necessita di ulteriori argomentazioni aggiuntive.

Di fatto, il tipico conflitto costituzionale, nel diritto europeo, è sia orizzontale che verticale. Si prenda in considerazione il caso *Costa*. La ricostruzione che solitamente si fa su questo caso, conclude sostenendo che il diritto costituzionale italiano, attraverso l'interpretazione della Corte Costituzionale italiana, sosteneva che le leggi nazionali approvate *dopo* l'entrata in vigore dei Trattati *prevalevano* sulle disposizioni contenute nel Trattato, in stretta applicazione del principio *lex posterior derogat lex anterior*. Mentre il diritto comunitario europeo, per bocca della Corte di Giustizia europea, sosteneva che i Trattati *prevalessero* sulle leggi nazionali, anche se approvate dopo l'entrata in vigore del Trattato stesso¹⁰. Il conflitto fu risolto nella prassi costituzionale europea avallando la soluzione avanzata dalla Corte di Giustizia europea, in modo tale che un conflitto, che opponeva il diritto italiano al diritto comunitario, si risolvesse con il riconoscimento della *prevalenza* del diritto europeo e fissando, in qualche modo, elementi per una classificazione gerarchica tra le norme comunitarie (diritto che si trova in una posizione superiore e dunque prevalente) e le norme nazionali (un diritto che si trova in una posizione inferiore e dunque cedevole)¹¹. Manca però una seconda dimensione del conflitto. Se il diritto comunitario, infatti, è derivato, e se esiste l'espressione di un diritto costituzionale comune agli Stati membri dell'Unione europea, allora sotto il conflitto tra diritto comunitario e diritto nazionale non può che nascondersi un conflitto tra le diverse interpretazioni di cosa si intende per «comune» nel diritto costituzionale *comune*. Ovvero, in altri termini, sostenere che la sentenza *Costa* metteva in contrapposizione il diritto comunitario e quello italiano, significa sposare una versione diversa del conflitto costituzionale di fondo tra, da un lato, il diritto italiano e, dall'altro, (molto probabilmente) gli altri cinque ordinamenti giuridici delle Comu-

¹⁰ La sentenza della Corte Costituzionale italiana 14/64, *Costa*, del 24 febbraio, consultabile (in italiano) all'URL <<http://www.giurcost.org/decisioni/1964/0014s-64.html>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹¹ Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

nità. Invece di un conflitto verticale, che ha bisogno di una disposizione verticale degli ordinamenti giuridici, siamo di fronte a un conflitto orizzontale, dove si verifica una contesa tra le diverse tradizioni costituzionali nazionali per definire il contenuto sostanziale del diritto costituzionale comune. Secondo la terminologia delle dinamiche costituzionali, i conflitti costituzionali europei non sono altro che una manifestazione vigorosa del processo di costituzionalizzazione del diritto comunitario, dove le norme costituzionali specifiche sono nutrite dall'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune¹². Nel momento in cui gli ordinamenti giuridici nazionali presentano delle divergenze, ma è ancora necessario tenere in piedi un unico standard costituzionale, le norme costituzionali

¹² La conseguenza immediata della sostituzione dell'esercizio di un *pouvoir constituant* esplicito con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri era che le norme costituzionali europee rimanevano, in buona parte, delle regole non scritte. Le norme costituzionali nazionali sono nella maggior parte dei casi scritte, redatte in dichiarazioni costituzionali contenute in testi che sono ampiamente riconosciuti nella prassi giuridica in quanto Costituzione nazionale o parte della stessa. Nel fare un passo ulteriore, però, e cioè quello di scoprire quale di queste norme costituzionali riuscirà a unirsi alle altre prendendo la forma di diritto costituzionale comune, le differenze formali e sostanziali tra le Costituzioni nazionali introducevano un certo livello d'incertezza, al punto da portare a domandarsi quali sarebbero stati i contenuti effettivi del diritto costituzionale comune. In primo luogo, si fa osservare che il livello di corrispondenza tra la Costituzione materiale e quella formale varia a seconda dei casi. Alcune Costituzioni (generalmente quelle più antiche, come per esempio la Costituzione belga all'atto della sua nascita) non contengono tutte, e nemmeno buona parte, delle norme costituzionali utilizzate nella prassi. La «Costituzione vivente» fa da complemento alla «Costituzione scritta». Questa, dovrebbe essere una questione abbastanza semplice da risolvere per gli esperti di diritto nazionale, ma crea una difficoltà aggiuntiva per gli esperti di diritto provenienti da altri Stati membri, per non parlare dei cittadini in generale. In altri casi, la Costituzione formale corrisponderebbe essenzialmente a quella materiale, ma la Costituzione scritta, essendo entrata in vigore non molto tempo prima (come nel caso di Francia, Germania e Italia quando si fondò la Comunità europea), era tale che le implicazioni specifiche delle norme nazionali non erano ancora emerse pienamente. In altri termini, né la prassi giurisdizionale né quella politica avrebbero potuto decidere quali norme costituzionali derivate andavano estrapolate da quanto contenuto nella Costituzione scritta. In secondo luogo, l'integrazione europea era resa possibile da un alto grado d'affinità strutturale tra le Costituzioni nazionali, anche se rimanevano delle differenze. Da un lato, c'erano differenze per quanto concerne i temi che dovevano essere decisi a livello costituzionale. Alla domanda, dunque, su quali diritti andavano trattati come «parte di una base fondamentale» della Costituzione, e quali invece bisognava trattare esclusivamente come diritti costituzionali, o addirittura come diritti ordinari, troviamo risposte diverse a seconda delle tradizioni costituzionali nazionali prese in considerazione. Dall'altro lato, si registrano delle differenze su come soppesare e far quadrare i principi costituzionali in conflitto, da cui poi conseguono delle differenze tra i diritti costituzionali derivati. Tutti gli Stati membri affermano che i cittadini hanno un diritto alla proprietà ed uno alla salute, ma vi sono delle differenze nel modo in cui questi due diritti sono pesati ed equilibrati nei casi concreti.

nazionali entrano in conflitto. Dal punto di vista della sintesi costituzionale, ciò avviene seguendo un metodo costituzionale adeguato, nel pieno rispetto del *diritto costituzionale comune e di ciascuna costituzione nazionale*, nella misura in cui la soluzione prescelta sia sostenuta dalle migliori ragioni, e che sia quella che meglio si adatta al resto del diritto costituzionale europeo. In tal senso il principio della prevalenza del diritto comunitario deve emergere attraverso la gestione da parte dell'Unione dei conflitti orizzontali, poiché la prevalenza è un requisito necessario per la realizzazione del processo d'integrazione mediante il diritto costituzionale. Ciò avviene perché l'uguaglianza dinanzi al diritto comunitario non può essere garantita se non grazie a un unico parametro costituzionale.

La sintesi costituzionale genera anche conflitti genuinamente verticali, in cui il diritto costituzionale europeo si contrappone alle norme costituzionali nazionali intese nel loro insieme. I conflitti verticali possono essere il risultato della necessità di definire uno standard costituzionale innovativo, viste le esigenze specifiche di un processo d'integrazione sovranazionale (un'esigenza che è stata formalizzata dalla Corte di Giustizia europea sostenendo che i concetti comunitari possono aver bisogno di essere definiti in modo autonomo rispetto ai concetti costituzionali nazionali)¹³; oppure possono derivare dall'emancipazione «strisciante» del diritto comunitario dai modelli costituzionali nazionali di base. Come già visto nel Capitolo 4, la costituzionalizzazione trasformativa può portare alla progressiva emancipazione del diritto costituzionale sovranazionale rispetto alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Abbiamo sostenuto, infatti, che un tale fenomeno è alla base della riconfigurazione delle libertà economiche patrocinata dalla Corte di Giustizia europea a partire della fine degli anni Settanta e durante gli anni Ottanta. Questi conflitti presentano un genuino carattere verticale perché, a causa del loro formato tipico, la contrapposizione normativa coinvolge una norma costituzionale europea emancipata e l'insieme delle Costituzioni nazionali. Questa, a nostro avviso, è la struttura del conflitto che ha ispirato la famosa (e infausta) sentenza nel caso *Viking*. Il diritto finlandese sembrava affermare che il diritto ad un'azione collettiva dei lavoratori finlandesi doveva comprendere anche il diritto d'intraprendere boicottaggi transnazionali per impedire al datore di lavoro di trasferirsi in una giurisdizione dove il costo del lavoro è più basso (e diritti dei lavoratori meno protetti). Il diritto del datore di lavoro di decidere dove svolgere la propria attività economica andava scavalcato e messo da parte perché altrimenti non sarebbe rima-

¹³ Ciò veniva chiaramente utilizzato in una definizione estensiva di chi andava considerato come «lavoratore» cui applicare il principio della libera circolazione dei lavoratori e la conseguente normativa d'attuazione. Vedasi la paradigmatica sentenza 75/63, *Hoekstra*, [1964] Racc. 177. Una dichiarazione di carattere generale su questa linea interpretativa si ritrova nella Sentenza 64/81, *Corman*, [1982] Racc. 13, par. 8.

sto molto dell'impegno costituzionale in difesa dei diritti dei lavoratori (che di fatto si presuppone in una *res publica* per contrarrestare il potere economico strutturale sempre più forte di chi detiene i capitali). Sebbene le diverse tradizioni costituzionali nazionali possono trattare il problema in modi diversi, non si può dire che qualcuna di esse sostenga la soluzione avanzata dalla Corte di Giustizia europea, che risolveva il conflitto a favore della libertà di stabilimento del datore di lavoro. Una situazione simile (anche se ancor più oscura), il caso *Mangold*, ha portato la Corte di Giustizia europea e la Corte Costituzionale tedesca sull'orlo del baratro¹⁴.

Le ripercussioni che possono scaturire da queste sentenze possono essere spiegate in modo adeguato solo se si tiene conto del fatto che il principio della prevalenza non era un mezzo per risolvere i conflitti orizzontali tra le tradizioni costituzionali nazionali, ma veniva percepito come un mezzo per imporre un'interpretazione autosufficiente e trascendentale del diritto comunitario. Un tale retroterra si è rivelato un elemento idoneo a radicalizzare perfino gli studiosi, trasformandoli in sostenitori della disubbidienza civile nei confronti della Corte di Giustizia europea¹⁵.

Infine, ci possono essere dei conflitti puramente orizzontali nella misura in cui vi sono differenti soluzioni costituzionali nazionali ad un problema che non rientri senza alcun dubbio tra le competenze del diritto comunitario, oppure che non sia stato ancora risolto o affrontato nel diritto comunitario. Le forze d'universalizzazione e omogeneizzazione interne al diritto costituzionale rendono quest'ultimi casi di conflitto sempre più singolari. Sia la struttura istituzionale dell'integrazione che le dinamiche costituzionali tendono a trasformare i suddetti conflitti in conflitti misti, dove il conflitto orizzontale viene risolto grazie alla via verticale, cioè la soluzione europea¹⁶.

¹⁴ Sentenza C-144/04, *Mangold*, [2005] Racc. I-9981. Il caso *Mangold* è più complesso, ad ogni modo, perché la Corte di Giustizia struttura il dispositivo della sentenza facendo appello alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Nonostante ciò, la sentenza ci svela che la Corte di Giustizia trova un appoggio sostanziale, per quanto concerne il diritto alla non-discriminazione per ragioni d'età, soltanto in due delle venticinque Costituzioni di cui tener conto nel periodo in cui il caso fu trattato in sede di giustizia comunitaria. A peggiorare le cose ci pensa la Corte, che dall'analisi di un diritto generale sembra passare, con una certa leggerezza, ad occuparsi di implicazioni normative piuttosto specifiche. Una mossa che non si può dare per scontata e che avrebbe fatto fatica a trovare appoggio sinanche nelle due tradizioni costituzionali sopra menzionate.

¹⁵ Fritz Scharpf, «The Only Solution Is to Refuse to Comply with ECJ Rulings», *Social Europe*, 4 (2009), pp. 16-21; Roman Herzog e Lüder Gerken, «Stop the Court of Justice», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 settembre del 2008, versione in inglese su <http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite_eng.pdf>.

¹⁶ Arrivati a questo punto dell'evoluzione del diritto comunitario, questa è l'unica interpretazione buona che si può dare dell'articolo 273 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Questi commenti dimostrano che la sintesi costituzionale implica una forma particolare d'interpretazione del principio di prevalenza costituzionale. In altre parole, la configurazione del principio di prevalenza secondo la sintesi costituzionale non proviene dall'elevazione di un insieme di norme costituzionali allo status di diritto supremo sul territorio, ma piuttosto attraverso un'organizzazione generale, frutto della sintesi di molte tra queste. Una volta che la struttura giuridico-istituzionale iniziale viene messa in moto, la sintesi non viene raggiunta dalla ricerca di un minimo comune denominatore, ma attraverso la considerazione di quali sono le norme costituzionali nazionali più congeniali al diritto comunitario. Ad ogni modo questo non è un mero esercizio di copia, come già sottolineato in precedenza. È un processo riflessivo che prende in considerazione le ragioni di fondo a favore o contro una serie di soluzioni costituzionali nazionali tra loro in competizione. Si considera la misura in cui la norma nazionale può 'europeizzarsi', nel senso di adattarsi al diritto costituzionale europeo così com'è (quello già sintetizzato nei Trattati, le modifiche ai Trattati o alla legislazione e alla giurisprudenza dell'Unione) e se le sue conseguenze sarebbero accettabili per l'Unione europea nel suo complesso¹⁷. I numeri sono rilevanti, ma non decisivi. La questione chiave è un confronto cruciale tra le soluzioni nazionali, che è preferibile risolvere mediante il processo legislativo comunitario. Quando una norma costituzionale nazionale viene relegata, o superata dallo standard costituzionale comune, tale soluzione non risulta incompatibile con la Costituzione nazionale, ma può trovare giustificazione nella riflessività che è un requisito implicito del mandato costituzionale nazionale all'apertura. Nei conflitti orizzontali, dunque, apparentemente c'è un solo interrogativo riguardante la pretesa che l'ordinamento giuridico derivato (il diritto comunitario) prevalga sugli ordinamenti giuridici originari (ordinamenti costituzionali nazionali). La prevalenza dell'ordinamento derivato è disposta da ogni Costituzione nazionale giacché è un requisito necessario per un processo d'integrazione che passi attraverso il diritto costituzionale.

Dal punto di vista nazionale, l'integrazione giuridica europea porta «all'apertura» di norme costituzionali nazionali verso i diritti fondamentali di tutti gli altri Stati membri. Come già accennato in precedenza, «quest'apertura» può col tempo innescare un processo di cambiamento d'indole riflessiva per riconciliare la prevalenza della Costituzione nazionale con il mandato costituzionale a favore dell'integrazione nelle strutture politiche sovranazionali. Dal punto di vista della Comunità, ciò implica che la

¹⁷ Se tutte le norme costituzionali convergono, come è avvenuto nella maggior parte dei casi, la norma comune è facile da fissare. La forte affinità tra le norme costituzionali nazionali e quelle comunitarie è dovuta alla storia dell'integrazione europea, al fatto che tutti gli Stati membri sono membri della Convenzione Europea sui Diritti Umani; inoltre l'accesso all'Unione europea è subordinato al rispetto, da parte degli Stati candidati, del paradigma costituzionale definito dalle tradizioni costituzionali comuni.

costituzione della Comunità è sostenuta dalla pluralità delle fonti costituzionali (ciascuna delle Costituzioni degli Stati membri), ma, allo stesso tempo, con l'avanzare del processo d'integrazione, l'aspirazione costituzionale della Comunità si configura come un insieme unico e coerente di norme fondamentali.

Il principio della prevalenza trova giustificazioni meno ovvie nei conflitti verticali. Come già sostenuto nel Capitolo 3, la Corte di Giustizia non è ancora riuscita a fornire un adeguato e sostanziale argomento per riconoscere la prevalenza delle sue «trascendentali» interpretazioni delle libertà economiche sulle leggi nazionali che proteggono gli interessi nazionali principali. L'intuizione corretta dietro i «controlimiti» e «l'identità costituzionale nazionale» da parte delle Corti costituzionali nazionali, di cui si è trattato nel Capitolo 3, sta precisamente nel fatto che tutti i conflitti costituzionali non possono essere risolti utilizzando una sola misura di riferimento che vada bene per tutto. Ciò che ci sembra sbagliato, nella costruzione teorica delle Corti costituzionali nazionali, è dunque l'enfasi posta sulla difesa della Costituzione nazionale contro quella Europea (anche se tale enfasi è facile da spiegare, grazie all'identità istituzionale nazionale delle Costituzioni europee). La miglior risposta dal punto di vista argomentativo consisterebbe nel far progredire l'ambito costituzionale sovranazionale, sostenendo che i limiti alla prevalenza *verticale* non servono soltanto per la difesa della Costituzione nazionale in quanto appartenente ad una nazione, ma dell'insieme delle Costituzioni nazionali, e dunque, di una Costituzione *di fondo* dell'Unione europea. Poiché il diritto comunitario combina l'archetipo regolatorio di un ordinamento costituzionale unico con un forte pluralismo istituzionale, le Corti costituzionali nazionali dovrebbero prendere sul serio il loro compito di salvaguardare non solo la Costituzione nazionale, ma anche quella europea.

La teoria della sintesi costituzionale dimostra che l'interrogativo sul principio di prevalenza si risolve più facilmente, una volta compreso che la sintesi conferisce una forma diversa alla vera nozione di prevalenza, vista la natura composita dell'ordinamento costituzionale sovranazionale. Riconoscere la natura prevalente sulle norme costituzionali europee non significa svilire, nel suo complesso, il principio di prevalenza della Costituzione. Al contrario, in buona parte contribuisce a realizzarlo, e solo in misura marginale emerge la necessità di rivedere il parametro costituzionale nazionale con riferimento all'insieme dei parametri costituzionali nazionali. Il carattere derivato del diritto comunitario viene accompagnato dalla sua prevalenza *nei conflitti orizzontali e misti* giacché il principio di prevalenza è il solo cammino possibile per realizzare gli obiettivi condivisi dell'integrazione attraverso il diritto costituzionale. Il principio di prevalenza, in realtà, si presenta problematico da utilizzare quando ci si trova dinanzi a un conflitto verticale che è il risultato dell'emancipazione dei parametri costituzionali comunitari *in contrasto* con i contenuti sostanziali dei parametri costituzionali nazionali.

3. Conclusioni

La mancanza di chiarezza sulla natura delle configurazione istituzionale di base dell'Unione europea (con interrogativi sul soggetto politico e sull'aspetto costituzionale) e sui parametri normativi più opportuni da applicare nell'Unione, provoca un effetto diretto sulla prassi giuridica del diritto comunitario, in special modo per quanto concerne l'applicazione del diritto comunitario nei casi in cui i diritti nazionali e quello europeo entrano in conflitto, o dove la costruzione delle norme comunitarie viene attraversata da profonde controversie.

Poiché l'Unione europea fu creata dagli Stati membri, e non il contrario, sarebbe ragionevole aspettarsi che il diritto comunitario non possa che essere considerato come un *derivato* dalle Costituzioni nazionali. I trattati furono ratificati in adempimento delle leggi fondamentali nazionali, tenendo conto delle clausole costituzionali che autorizzavano a ratificare accordi quali erano gli originari Trattati delle Comunità. Sotto tali condizioni, si può essere inclini a pensare che le regole, a seconda di quale conflitto tra diritto comunitario e diritto nazionale andasse risolto, sarebbero state *nazionali* (e che, in linea con le tradizioni nazionali, le suddette regole non avrebbero attribuito il beneficio della prevalenza al diritto comunitario quando quest'ultimo entra in conflitto con le Costituzioni nazionali).

La prassi costituzionale europea, inoltre, è ben più complicata. È stato riconosciuto che le norme comunitarie hanno un *effetto diretto*, un qualcosa che, come già visto nel Capitolo 3, implica che i conflitti tra le norme nazionali e quelle comunitarie siano risolti dalla Comunità, e non dal diritto nazionale, perché è il diritto comunitario, e non il diritto nazionale, a decidere quale norma comunitaria ha *effetto diretto* in uno Stato membro. Per di più, e nonostante la residuale divergenza analizzata nel Capitolo 3, sia le istituzioni nazionali che quelle europee sono arrivate ad accettare il fatto che il diritto comunitario possa prevalere sul diritto nazionale, come pure su alcune norme costituzionali nazionali. Tuttavia, tale prassi presenta aspetti profondamente confusi e manca di un principio di fondo chiaro, che in assenza di una teoria costituzionale dell'integrazione europea in piena regola, non può affermarsi nell'immediato. Questo è il motivo per cui la sintesi costituzionale assume una certa rilevanza anche come *teoria costituzionale applicata*.

I termini reali con cui viene formulato l'interrogativo sulle origini, eclissano la continuità esistente tra diritto europeo e diritto costituzionale nazionale. Il diritto costituzionale europeo non è separato né pienamente autonomo dai diritti costituzionali nazionali. Al contrario, esso è lo sviluppo collettivo il cui l'argomento normativo principale consiste nel permettere l'integrazione mediante il diritto costituzionale anche *oltre* i confini, e non solo al loro interno. La creazione di un soggetto politico sovranazionale, senza un atto costituente rivoluzionario, può trovare legittimazione soltanto se il nuovo ordinamento giuridico sia riempito di contenuti dalle Costituzioni nazionali, assecondate dal ruolo collettivo

esercitato dal diritto costituzionale comune. Non c'è dunque un paradosso nella natura *costituzionale* del diritto comunitario, in quanto quest'ultimo rappresenta, nei fatti, il terreno costituzionale comune dove le Costituzioni nazionali si integrano.

L'interrogativo sul principio di prevalenza deriva dall'insufficiente attenzione prestata all'effettiva struttura normativa dei conflitti costituzionali europei. La sintesi costituzionale ci aiuta a distinguere tre tipi di conflitto: quelli puramente orizzontali (dove le norme nazionali entrano in conflitto al di fuori della portata del diritto comunitario, e la risoluzione del conflitto consiste nell'ampliare lo spessore e la portata del diritto europeo) quelli misti (dove le norme nazionali entrano in conflitto per quanto concerne il modo più adeguato per alimentare l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, un tipo di conflitto che è intrinseco alla costituzionalizzazione progressiva del diritto comunitario) e quelli verticali (dove il diritto sovranazionale entra in conflitto con l'insieme delle Costituzioni nazionali, e che viene generato dalla costituzionalizzazione trasformativa dell'Unione sul finire degli anni Settanta e all'inizio degli anni Ottanta, in special modo dalla nuova configurazione delle libertà economiche avallata dalla Corte di Giustizia europea).

Risolvendo questi due interrogativi, la sintesi costituzionale aiuta a fare chiarezza nella prassi costituzionale europea. Mentre ci sembra ragionevole che i conflitti orizzontali e quelli misti siano decisi a livello sovranazionale (dall'istanza giurisdizionale, grazie alla Corte di Giustizia europea) i conflitti verticali, invece, sono quelli dove il pluralismo istituzionale dell'Unione suggerisce dosi considerevoli di autocontrollo da parte delle istituzioni sovranazionali. La Corte di Giustizia andò più lontano del dovuto nelle sentenze *Viking* e *Laval*, perché ha plasmato un diritto costituzionale europeo in aperta contraddizione con l'insieme dei diritti costituzionali dell'Unione europea.

CAPITOLO 6

L'ESPERIENZA COSTITUZIONALE DEL CANADA E I SUOI PARALLELISMI CON QUELLA EUROPEA

Questo libro ha dimostrato che, con gli strumenti concettuali adatti, i rebus e i paradossi che circondano l'esperienza costituzionale europea appaiono più comprensibili. In questo capitolo vogliamo mostrare come questa interpretazione sul carattere costituzionale, le origini e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico dell'UE, apre anche uno spazio concettuale di confronto con altri soggetti politici. Considerate le sue caratteristiche, l'UE sfida l'ortodossia costituzionale, limitando lo spazio per un'analisi comparativa. Un confronto che ha bisogno di prestare la dovuta attenzione alle sfide costituzionali specifiche affrontate dall'UE. Questo è il motivo per cui compareremo l'Unione europea con l'esperienza canadese.

Il Canada affronta sfide costituzionali simili a quelle dell'UE, e le risolve anche in modo comparabile. In primo luogo, sia il diritto costituzionale del Canada che quello dell'UE hanno natura derivata. Nel caso dell'UE, la sua origine risiede nel diritto costituzionale degli Stati membri, mentre per quanto riguarda il Canada, deriva dal dominio coloniale del Regno Unito, che aveva lasciato in eredità una Costituzione originale, cioè il *British North America Act* del 1867, (rinominato come *Constitution Act*, nel 1982, da qui in avanti ci si riferirà ad esso come BNA Act del 1867), che fondò il Canada in quell'anno. In entrambi i casi questi nuovi soggetti acquisirono le loro norme costituzionali grazie ai processi di *trasferimento* di norme e dignità costituzionali. In secondo luogo, il diritto costituzionale, sia dell'Unione che del Canada, presenta dei tratti pluralistici, che rendono sia l'UE che il Canada diversi dalla fonte originaria, e che si legano al loro carattere multinazionale e multi-etnico¹. In terzo luogo, ci sono importanti parallelismi nel modo in cui l'UE e il Canada gestiscono il processo di riforma costituzionale fondamentale, con gli organi esecutivi (Capi di Stato e Governo) che giocano un ruolo cruciale in entrambi i casi. In quarto luogo, si è visto come conflitti e rilievi sugli aspetti costituzionali essenziali e l'assenza di un'intesa sul tipo di comunità e soggetto politico, contraddistinguono l'esperienza dell'UE. In larga misura, ciò è applicabile

¹ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon, 1995; Kymlicka, *Finding Our Way*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

anche al Canada. Entrambi sono soggetti politici costituzionali a cui manca chiarezza e un'intesa sulle rispettive identità costituzionali. In quinto luogo, si è dimostrato come la struttura costituzionale dell'UE non sia riuscita ad ottenere un'autorizzazione democratica esplicita. Anche su questo aspetto caratteristico dell'UE si trovano dei parallelismi con il Canada.

Questi aspetti in comune suggeriscono che l'UE e il Canada condividono parecchie sfide importanti; oltre al fatto che vi sono importanti parallelismi sul modo in cui queste sfide sono state affrontate, incluso un certo orientamento *sintetico*. Il confronto, dunque, può aiutarci a stabilire se la sintesi costituzionale è una teoria rilevante solo per l'Europa, o può estendere la propria portata al di là dei confini europei, e nel farlo, bisogna essere in grado anche di ricavare lezioni dal Canada per il caso europeo.

Nelle prossime sezioni di questo capitolo, si fornirà un breve sunto della vicenda costituzionale canadese, cercando soprattutto di stabilire se la teoria della sintesi costituzionale può (adattandosi) fare luce sulla complessa esperienza costituzionale canadese: un'esperienza che mal si adatta sia al costituzionalismo tradizionale rivoluzionario che a quello evolutivo. A tale scopo, il capitolo è stato suddiviso in due parti principali. La prima tratta il periodo che va dalla Confederazione (1867) fino alla dichiarazione della Costituzione nel 1982. Qui emergono i principali parallelismi con l'UE, di un periodo che in linea generale corrisponde all'Unione pre-Laeken. La seconda parte, che comprende il periodo che va dal *rimpatrio* costituzionale del 1982 fino ad oggi, si occuperà della trasformazione cruciale della Costituzione canadese a cui ci si riferisce frequentemente come «Carta della Rivoluzione»². Questo sforzo di «riportare a casa» (in inglese *patriation*) e fondare la Costituzione canadese su un esplicito costituzionalismo democratico basato sui diritti, mantiene un certo parallelismo con lo sforzo dell'UE di redigere una Costituzione per l'Europa in cui la Carta Europea dei Diritti sia l'ingrediente fondamentale. Entrambi i casi, quindi, rappresentano uno sforzo per arrivare «a una trasformazione costituzionale ispirata alla Carta dei diritti» in sistemi giuridici plurali con origini costituzionali derivate. La differenza importante da tenere a mente è che la trasformazione costituzionale catartica del Canada aveva alterato i termini della sintesi verso una chiara direzione democratico-costituzionale. Questa percezione è parte del secondo obiettivo teorico di questo capitolo, ossia chiarire che cosa l'Unione europea può imparare dal Canada, quali lezioni costituzionali possono trarsi, per così dire, da una versione della sintesi o dall'altra.

² F. L. Morton e Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2000; Alan C. Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights», in *The Chartering of Europe: The Charter of Fundamental Rights and Its Constitutional Implications*, ed. E. O. Eriksen, J. E. Fossum, e A. J. Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 93-111.

1. *L'evoluzione costituzionale del Canada prima del rimpatrio costituzionale*

In questa sezione, dimostreremo come per la realizzazione della Costituzione canadese sia stato cruciale un processo di trasferimento costituzionale. Questo processo è durato per ben più di mezzo secolo e ha rivelato un chiaro orientamento *sintetico* interno-canadese. Si mostrerà che i rilievi costituzionali che avevano dato luogo al suo costituzionalismo *sintetico* , hanno delle radici che riconducono sino alle lontane origini del Canada. Ne derivarono conflitti sugli aspetti costituzionali essenziali che si radicavano in diverse concezioni della sovranità, della comunità e della democrazia. Essi sono presenti ancora oggi perché, come si osserverà in seguito, gli studiosi che *attualmente* interpretano queste vicende non riescono a trovare un punto d'incontro sul loro significato.

1.1 *Un momento costituzionale non convenzionale: la fondazione costituzionale grazie al trasferimento*

Il Dominio Canadese fu costituito dal *BNA Act* del 1867³. Questo fu il risultato dell'unione in un solo soggetto politico delle tre precedenti colonie nel *British North America* . Inizialmente esso contava quattro province, perché all'atto della fondazione, la Provincia del Canada venne divisa in due parti: Ontario e Quebec⁴. Le Province Unite del Canada, che furono istituite nel 1841, come unione dell' *Upper* e del *Lower Canada* , si dimostrarono ingestibili. Per i neo-nati Quebec e Ontario, così, «la Confederazione fu fortemente voluta, lasciando da parte il fatto che fosse un requisito indispensabile per un maggiore avvicinamento con le altre colonie nel governo centrale di una nuova nazione»⁵. La Confederazione, dunque, ristabiliva una nuova dimora istituzionale – per la provincia del Quebec – a favore della sua maggioranza di lingua francese (insieme alla minoranza di lingua inglese). Così come negli Stati Uniti e, nei fatti anche nell'Unione europea, la portata territoriale della Costituzione era aperta, e la sua autorità si andava estendendo gradualmente a quelle che oggi sono le dieci province e i tre territori del Canada⁶. Il testo del *BNA Act* del 1867, riconosceva ai canadesi i rudimenti di un ordinamento costituzio-

³ L'atto ricevette il beneplacito reale divenendo legge Britannica il 29 marzo del 1867. Il Primo di luglio del 1867 fu promulgata ufficialmente come legge, dando così vita al Dominio del Canada.

⁴ Queste erano la Nuova Scozia, il New Brunswick, e la provincia del Canada, che a partire dall'unificazione fu divisa in due province: Ontario e Quebec.

⁵ Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights», p. 96.

⁶ Il Manitoba vi si aggiunse nel 1870, I Territori del Nord-Ovest nel 1870, la British Columbia nel 1871, la Prince Edward Island nel 1873, lo Yukon nel 1898, Alberta e Saskatchewan nel 1905, il Newfoundland nel 1949, e Nunavut in 1999. I Territori del Nord-Ovest, lo Yukon e il Nunavut sono territori, il resto sono province.

nale e democratico. Si dichiarava che «l'Unico Parlamento per il Canada consiste nella Regina, la Camera Alta e la Camera dei Comuni»⁷. Il nuovo sistema presentava, quindi, un assetto legislativo bicamerale, con un Senato, organo composto da membri designati⁸, e una Camera dei Comuni organo eletto dal popolo⁹, e la necessità del consenso di tutti e tre gli attori istituzionali affinché una legge potesse essere approvata. Formalmente i poteri del Senato erano uguali a quelli della Camera dei Comuni, con la sola eccezione che le leggi sul bilancio dovevano avere origine nella Camera dei Comuni¹⁰. Il Senato si basava sul modello pre-confederale dei consigli legislativi, in particolare nelle Province Unite del Canada¹¹. Il Senato è chiaramente simile alla Camera dei Lord britannica, visto che in entrambe i membri non sono eletti, condividono molte delle procedure parlamentari e funzionano come organo di controllo legislativo. Il Senato canadese, però, presentava anche delle differenze in quanto i membri erano stabili, non vi era alcun limite di tempo sulla durata del processo legislativo, e il suo carattere federale ne determinava la composizione, basandosi sul principio della garanzia di un'eguale rappresentanza regionale¹². La Camera dei Comuni doveva essere eletta dal popolo, con un'elezione ogni cinque anni, e presentava gli stessi profili della sua omonima britannica. Il BNA

⁷ *BNA Act*, ss. 17, consultabile all'URL <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁸ Ci si accordò inizialmente su un numero totale di settantadue senatori, distribuiti in modo eguale tra le tre regioni di: Ontario (ventiquattro), Quebec (ventiquattro) e la *Maritimes* (ventiquattro di cui dodici provenienti dalla Nuova Scozia e dodici dal New Brunswick) (ss. 22). I Senatori sarebbero stati nominati dal potere esecutivo centrale (cioè dal governatore generale, su proposta del Primo Ministro).

⁹ La Camera era composta da 181 seggi, 82 dei quali provenienti dall'Ontario, 65 dal Quebec, 19 dalla Nuova Scozia, e 15 dal New Brunswick (ss. 37). Il numero di seggi può aumentare, «nel rispetto della Rappresentazione proporzionale delle Province, previsto da questa Legge, che non può essere alterato (ss. 52). Il principio federale svolge qui un ruolo di tale influenza che il sistema non si basa sul facile principio della proporzionalità regressiva.

¹⁰ Il *British North America Act*, 1867, ss. 53, consultabile all'URL <<http://www.justice.gc.ca/eng/pi/const/lawreg-loireg/pl16.html>> (ultimo accesso, Maggio 2012).

¹¹ La Provincia Unita del Canada era composta nel 1840 dall'unione dell'Alto Canada (Ontario) e del Basso Canada (Quebec).

¹² C'è anche una piccola somiglianza con il Senato statunitense, in quanto entrambi sono camere federali basate sul principio di eguaglianza geografica (anche se il Senato canadese si basa sull'eguaglianza regionale e non su quella dei singoli Stati). Ma queste due istituzioni sono alquanto diverse per quanto concerne il fatto che i senatori canadesi non vengono eletti e non intervengono nel processo d'approvazione delle decisioni prese dall'Esecutivo. Si veda «A Legislative and Historical Overview of the Senate of Canada. Committees and Private Legislation Directorate», rivisto nel maggio del 2001, consultabile all'URL <<http://www.parl.gc.ca/information/about/process/senate/legisfocus/legislative-e.htm>> (ultimo accesso, Maggio 2012).

Act del 1867, non presentava alcun riferimento esplicito al principio di responsabilità del governo, ma questa era una consuetudine costituzionale ben consolidata. Altra consuetudine risiedeva nel fatto che i membri del Gabinetto di Governo dovevano avere un seggio in Parlamento (nella Camera dei Comuni o nel Senato).

In termini generali, non c'era dubbio che «Westminster era la madre della prassi parlamentare canadese»¹³. Il sistema era stato configurato per lavorare sulla base del principio della responsabilità del governo, ma non poteva tradursi in sovranità parlamentare perché il ruolo del parlamento canadese era soggetto ai vincoli imposti dalla madrepatria, cioè l'Impero Britannico. Il ruolo rilevante di un Senato non eletto, inoltre, sollevava la questione chi fosse il destinatario della responsabilità del Senato. Questo ruolo forte era, dunque, un ulteriore ostacolo verso una sovranità popolare autentica.

Il *BNA Act* del 1867, diede vita così ad un Parlamento federale, affermando anche il ruolo di organi rappresentativi nelle province, ognuna delle quali avrebbe avuto un organo legislativo, un governatore-luogotenente in rappresentanza della Regina, e una camera bassa eletta, cioè un'assemblea legislativa. Inoltre, eccezion fatta per l'Ontario, tutte le altre province avrebbero avuto una Camera Alta con membri designati, cioè il consiglio legislativo¹⁴.

Il *BNA Act* del 1867, conferiva ampi poteri alla Corona per mezzo del governatore generale¹⁵, e l'organo esecutivo era chiamato *Privy Council* (letteralmente Consiglio Privato) della Regina. Non vi era menzione alcuna sull'incarico di primo ministro o gabinetto di ministri, sebbene esistesse – grazie alla prassi – il gabinetto meglio conosciuto come comitato del *Privy Council*¹⁶. A ciò si aggiunge «il potere del governo britannico di «respingere» leggi coloniali, che era già compreso nel *Constitutional Act* del 1791, e nell'*Union Act* del 1840, e che continuava a esistere nel nuovo Stato canadese, così come il potere del governatore generale di «riservare»

¹³ Alan C. Cairns, *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change*, Toronto, McClelland & Stewart, 1995, p. 100.

¹⁴ La Provincia del Manitoba, che venne riconosciuta dal parlamento federale nel 1870, poi si dotò anche di una camera alta. Le province che si aggiunsero successivamente – British Columbia, nel 1871, Saskatchewan e Alberta, nel 1905, e Newfoundland nel 1949 – non ne avevano una. Da quel momento in poi, Manitoba, Prince Edward Island, New Brunswick, Nuova Scozia, e Quebec abolirono le loro rispettive camere alte. Vedasi <http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/AboutParliament/Forsey/parl_gov_01-e.asp> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁵ Ciò includeva il diritto di nominare senatori, giudici della Corte Suprema, e prefetti delle province (24, 96, 58), convocare e sciogliere la Camera dei Comuni (38, 50), dare parere conforme oppure rifiutarsi di darlo nei confronti di atti legislativi, ed avere l'esclusiva per fare raccomandazioni sulla copertura economica delle leggi (54). per maggiori approfondimenti si veda <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

¹⁶ Patrick J. Monahan, *Constitutional Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2006.

un progetto di legge alla considerazione del governo britannico»¹⁷. Entrambe le consuetudini terminarono solamente con la Legge di Westminster del 1931.

Dal 1875, venne istituita una Corte Suprema del Canada, sebbene il ricorso all'ultimo appello doveva essere obbligatoriamente inviato a Londra dalle parti coinvolte. Ad ogni modo non era la volontà dei canadesi, ma quella di Westminster, che trasformava l'atto in diritto vincolante, anche se i termini dell'atto venivano negoziati con Londra da parte dei rappresentanti provenienti dalle tre colonie Nordamericane¹⁸.

Fino al 1982, inoltre, (con l'accoppiata del *Canada Act di Westminster* e il «nascente» *Constitution Act*) il parlamento britannico rimaneva l'istituzione autorizzata a modificare l'atto in assenza di una qualsiasi disposizione che in modo esplicito affermasse il contrario (nonostante che a partire dal 1949 – con il secondo *British North America Act* – il potere di modificare la Costituzione era stato parzialmente «rimpatriato»¹⁹). Questo nesso con il Regno Unito spiega il motivo per cui la Costituzione canadese viene solitamente considerata come derivata²⁰.

¹⁷ Ivi, p. 50.

¹⁸ Queste erano le province del Canada, della Nuova Scozia e del New Brunswick. I negoziati includevano anche i rappresentanti dell'Isola di Prince Edward e del Newfoundland, ma questi poi decisero di non parteciparvi. L'Isola di Prince Edward si unì nel 1873, mentre il Newfoundland nel 1949.

¹⁹ Tra il 1867 ed il 2000, la Costituzione canadese fu modificata in più di venti occasioni, nella maggior parte delle quali dal Parlamento britannico. (Monahan, *Constitutional Law*, p. 5). La Legge Britannica di Westminster del 1931 confermava l'indipendenza del Canada nei confronti del Regno Unito sotto il profilo giuridico. Nonostante ciò, la legge stabiliva ancora che solo il Parlamento britannico poteva promulgare modifiche al *British North America Act*, del 1867. Nel 1949, grazie al secondo *British North America Act*, il governo federale assegnò un potere limitato al Parlamento canadese per modificare la Costituzione. Ciò doveva riguardare temi di sola competenza federale, anche se non era facile stabilire cosa esattamente comportasse tale prescrizione. Questo tentativo unilaterale di rimpatrio parziale fu accolto in modo critico da parte delle province. Il governo, poi, ha implicitamente riconosciuto il ruolo delle province convocando una conferenza federale-provinciale nel 1950, ma la conferenza fallì nel suo intento di raggiungere un accordo. Scott fa osservare quanto da un'azione del genere consegue che il governo federale «abbia espulso dal proprio ambito di competenza una serie ben definita di materie, lasciando che queste siano modificate mediante un processo frutto di un'intesa da siglare nella conferenza federale-provinciale. In questo modo si è volontariamente abbandonata, per così dire, la posizione che aveva accidentalmente portato il Canada ad avere una costituzione federale flessibile come quella inglese, assoggettando la supremazia giuridica del Parlamento al controllo convenzionale del Parlamento canadese». Vedasi F. R. Scott, «The British North America (No.2) Act, 1949», *University of Toronto Law Journal*, 8 (1950), n. 2, pp. 201-207, a pp. 203-204; James Ross Hurley, *Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects*, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1996, pp. 30-31.

²⁰ Vedasi Cairns, *Reconfigurations*, p. 110; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson & Carswell, 2007; Monahan, *Constitutional Law*.

In aperto contrasto con la Costituzione statunitense del 1787 (o, limitatamente a questo punto, con varie Costituzioni sud-americane degli inizi del diciannovesimo secolo, dove si registrava, in termini simbolici e sostanziali, una rottura evidente con il passato coloniale europeo) la Costituzione canadese invece rafforzava la continuità con il passato²¹. Continuità che si manifestava mediante la combinazione della forma imperiale con la sostanza democratica. Le funzioni esecutive, quindi, restavano formalmente nelle mani della regina (esercitate generalmente attraverso il governatore generale), il Parlamento imperiale continuava ad essere formalmente investito del potere legislativo, e la Commissione Giudiziale del *Privy Council* della Madrepatria restava la suprema corte sul Territorio.

In breve, l'atto contenente le leggi fondamentali del Canada fu concesso al popolo, rendendo possibile il governo in nome del popolo, ma non fu redatto dal popolo. C'era stata un'iniziativa canadese, negoziata dalle delegazioni degli organi esecutivi provenienti dalla province, e ratificata da tutti gli organi legislativi provinciali (in alcune province, dopo la loro dissoluzione e ricorrendo al popolo mediante elezione), nella British Columbia (1871), nel New Brunswick (1867), e nella Prince Edward Island (1873)²².

Utilizzando le categorie anticipate nel Capitolo 2, si potrebbe dire che si trattava, in primo luogo, di un atto costituzionale non convenzionale, dato che un nuovo soggetto politico e un nuovo ordinamento giuridico con aspirazioni democratiche non erano emersi né attraverso un «momento costituzionale» rivoluzionario né grazie al lento sviluppo costituzionale. La differenza principale fu che, nel caso canadese, il *pouvoir constituant* era esterno al nuovo soggetto politico. In questo senso si può dire che il *BNA Act* del 1867, aveva le caratteristiche di una Costituzione *octroyé*.

L'atto non solo trasferiva il diritto costituzionale britannico sul territorio della colonia, ma in realtà portava con sé molte disposizioni costitu-

²¹ Su questo aspetto, l'esperienza canadese ha ricalcato il modello classico del Commonwealth. Vedasi K. C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1960, cap. 3 e 4, dove si discute dei concetti di costituzione autonoma e autoctona. Infatti, le complessità e le logiche tensioni, implicite nel costituzionalismo derivato, diedero vita a dei rebus teorico-giuridici di grande rilevanza, prima di tutto in Rhodesia (vedasi J. M. Eekelaar, «Principles of Revolutionary Legality», in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. W. B. Simpson, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 22-43, a p. 41; F. M. Brookfield, «The Courts, Kelsen, and the Rhodesian Revolution», *University of Toronto Law Journal*, 19 [1969], pp. 326-352; Tony Honoré, «Reflections on Revolutions», *Irish Jurist*, n.s., 2 [1967], pp. 268-278) e poi in Grenada (vedasi Simeon C. R. McIntosh, *Kelsen in the Grenada Court*, Kingston and Miami, Ian Randle Publishers, 2008). Infatti, è il costituzionalismo nel Commonwealth che spinse H. L. A. Hart a valutare in modo adeguato la necessità di un diritto al riconoscimento che avesse un carattere univoco. Vedasi H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 120-123.

²² Jane Ajzenstat, *The Canadian Founding. John Locke and Parliament*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 46.

zionali materiali già preesistenti e, punto cruciale nell'Ottocento, gettava le basi affinché continuasse a essere valido il sistema pluralistico per il diritto privato.

I contenuti effettivi della Costituzione scaturivano parzialmente dalla prassi costituzionale affermatasi nelle colonie fin dalla loro nascita, e in particolar modo, nelle consuetudini costituzionali sviluppatasi in aeree dove, formalmente o informalmente, l'autogoverno era la prassi abituale²³. Sebbene tutto ciò implicasse una netta influenza del diritto costituzionale britannico e della sua prassi, si possono rilevare anche elementi originati dall'emulazione di aspetti della Costituzione statunitense (sia in senso negativo che positivo)²⁴.

Il retaggio britannico, invece, fu straordinariamente dominante nella forma che assunse l'atto. Nella prefazione al documento si affermava, infatti, che il Canada avrebbe avuto una Costituzione che sarebbe stata «simile in Principio a quella del Regno Unito»²⁵. Ciò implicava il fatto che la Costituzione fosse scritta soltanto per metà, in aperto contrasto con quanto avviene nella Costituzione statunitense che conteneva in sé, in modo coerente e *sintetico*, un insieme completo di norme fondamentali. Il BNA Act del 1867, invece, conteneva soltanto le disposizioni strettamente necessarie per dare avvio ad una confederazione. Non c'era una Carta dei Diritti, ma il solo riferimento alla somiglianza con la Costituzione britannica venne inteso come sufficiente per confermare una Carta dei Diritti implicita. Allo stesso modo, come già fatto notare in precedenza, l'atto non alimentava la possibilità di disposizioni esplicite per un governo responsabile, nonostante fossero state già attuate nel *British North America*, «più o meno nel 1848»²⁶. La somiglianza con la Costituzione britannica era tale da poter importare varie consuetudini costituzionali britanniche nella Co-

²³ Joseph Edwind Crawford Munro, *The Constitution of Canada*, Cambridge, Cambridge University Press, 1896, p. 3.

²⁴ «I coloni avevano cercato deliberatamente di rovesciare il sistema Americano: alle province, bisognava concedere poteri legislativi esclusivi su una serie di materie espressamente elencate, mentre alla federazione un potere legislativo residuale sul resto delle materie. Nel bene o nel male, ciò sembrava la logica conseguenza di una Guerra la cui lezione gli uomini di Stato nelle colonie tenevano bene a mente [...]» W. P. M. Kennedy, «The Interpretation of the British North America Act», *Cambridge Law Journal*, 8 (1943), pp. 146-160, a p. 147.

²⁵ Prefazione del *BNA Act*, del 1867.

²⁶ Janet Ajzenstat, *The Once and Future Canadian Democracy: An Essay in Political Thought*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, p. 40. La Nuova Scozia fu anche il primo territorio in Canada a guadagnarsi un governo con responsabilità parlamentare: un governo fatto da un consiglio dei ministri che doveva dar conto ad un'assemblea legislativa e che poteva, in ultima istanza, essere sfiduciato dalla maggioranza dell'assemblea. Poi seguì il New Brunswick un mese dopo, nel febbraio del 1848; la Provincia del Canada (frutto della fusione dell'Alto e del Basso Canada avvenuta nel 1840) nel marzo del 1848; l'Isola di Prince Edward nel 1851; ed il Newfoundland nel 1855.

stituzione «vivente» canadese, in particolare la prassi della responsabilità del governo, la consuetudine dello stato di diritto, e la consuetudine della sovranità parlamentare²⁷. Come già segnalato in precedenza, i relatori di questo atto non inserirono una clausola di modifica, che venne lasciata nelle mani del Parlamento della madrepatria.

Ancor più importante, in quel periodo dove la maggior parte delle norme giuridiche erano parte del diritto privato, e non di quello pubblico, era il fatto che la sezione 129 del *Constitutional Act* confermava la continuità della validità di leggi preesistenti. Ciò comportava essenzialmente il riconoscimento dell'appoggio alla natura duplice del diritto privato sul Territorio canadese, in quanto gli abitanti del Quebec fecero in modo di mantenere il loro *droit civil*²⁸, «nel rispetto delle norme giuridiche che disciplinano i rapporti tra le persone private, per quanto concerne contratti, proprietà, e torti civili....»²⁹.

Si creò un complesso sistema legislativo, in applicazione del diritto costituzionale della madrepatria britannica (dove da poco erano stati inseriti dei chiarimenti nel 1865 grazie al *Colonial Laws Validity Act*), grazie al quale le leggi della madrepatria erano parte del sistema delle fonti del diritto del Territorio canadese. Le leggi inglesi non idonee alle circostanze nella colonia, venivano escluse grazie alla dottrina piuttosto incerta dell'inidoneità³⁰. Le istituzioni «autoctone», inoltre, venivano autorizzate ad adattare gli aspetti

²⁷ In effetti, l'approccio alla Costituzione e il testo costituzionale sottolineano in primo luogo il fatto che la base normativa della Costituzione canadese affonda le radici nei principi dello stato di diritto e della democrazia rappresentativa di stampo liberale. Il Parlamento della madrepatria britannica giocò un ruolo centrale in qualità di custode dei principi essenziali del costituzionalismo canadese, inclusa la fondamentale componente rappresentativo-democratica; Gerald Gall, *The Canadian Legal System*, 5th ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2004, p. 62.

²⁸ Tutto ciò trova ispirazione nel Codice napoleonico del 1804 (ivi, p. 264) e prende origine dall'importazione del diritto civile francese nella Nuova Francia negli anni intorno al 1660. Il Quebec fu ritenuto una colonia conquistata. Nell'Editto reale britannico del 1763, R.S.C del 1985, appendice II, nr. 1, si introduceva il diritto inglese, ma questa decisione fu talmente controversa che il diritto civile francese fu reintrodotta grazie al britannico Quebec Act, 1774, R.S.C. 1985, Appendice II, nr.2. Questo venne successivamente codificato nel diritto civile del Quebec.

²⁹ Monahan, *Constitutional Law*, p. 35.

³⁰ Il *Colonial Laws Validity Act* del 1865, definiva come legge imperiale «un Atto del Parlamento [per esempio del Parlamento di Westminster] che dispiegava i suoi effetti sulla colonia in questione», solo se veniva reso applicabile alla medesima «attraverso una formulazione verbale esplicita o di facile comprensione» della legge stessa. Il *Validity Act* delle leggi coloniali continuava a sostenere che le leggi coloniali erano da considerarsi nulle se fossero risultate «contraddittorie» nei confronti di una legge dell'impero (definita come sopra), ma non erano annullabili se fossero risultate «contraddittorie» nei confronti di una legge accettata o un principio di diritto comune. Con il *Validity Act* delle leggi coloniali si intendeva rimuovere i dubbi relativi alla capacità dei legislatori nelle colonie di approvare leggi che fossero in contraddizione con il diritto inglese». Hogg, *Constitutional Law of Canada*, a pp. 51-52.

essenziali del diritto applicabile (il diritto britannico) alle circostanze del territorio locale, anche se comunque soggette alla forte spinta unificante esercitata dalla Commissione Giudiziale del *Privy Council* della Madrepatria.

Mettendo brevemente a confronto questo sistema con quello dell'UE, si dimostra come le disposizioni costituzionali fossero incomplete, derivate, e basate sul trasferimento di legittimità. Nel paragonare i rispettivi punti di partenza, possiamo vedere che il Canada era sin dagli inizi, istituzionalmente parlando, molto più dotato dal punto di vista democratico: uno Stato federale con ampie prerogative e basato sulla nozione di rappresentatività e responsabilità del governo. Tuttavia, il testo costituzionale, con il fondamento centralista, non era in linea con la realtà politica e la visione costituzionale che contraddistingueva questo soggetto politico complesso.

1.2 *Il contestato Status Costituzionale del BNA Act del 1867*

Nella sezione precedente, sono stati presi in considerazione tre aspetti basilari dell'atto «fondativo» del Canada, che non si inquadrano nelle tipiche tradizioni costituzionali o nei modelli degli Stati-nazione. Si tratta di: (a) la natura *octroyé* della Costituzione che abilita la democrazia, (b) il carattere trasferito delle norme costituzionali (generato dal fatto che la Costituzione scritta era solo una dichiarazione parziale di una Costituzione «più radicata», che rimaneva non scritta e assumeva la forma di convenzioni costituzionali), (c) il sistema plurale e piuttosto barocco di fonti del diritto previsto nella Costituzione. Ciò crea alcuni parallelismi tra la creazione non convenzionale europea e quella costituzionale canadese.

In questa sezione, analizzeremo se ha senso ricostruire come *sintetica* la prassi costituzionale canadese nei primi decenni sotto il *BNA Act* del 1867. Per fare ciò, è necessario prendere in considerazione le dinamiche costituzionali in atto, e il modo in cui esse si combinano, al fine di stabilire se il *BNA Act del 1867* abbia istituito una prassi costituzionale da considerare come propria del costituzionalismo rivoluzionario o evolutivo.

Sebbene il *BNA Act del 1867* fosse stato approvato da Westminster, esso era il risultato di un'iniziativa canadese, sotto la forte influenza di un tensione politica crescente sull'altro lato della frontiera statunitense-canadese. Le forze centrifughe che, di fatto, avevano scatenato la sanguinosa Guerra Civile americana (1861-1865) davano slancio alla *reazione centripeta* da parte dei sudditi britannici nel Nord-America per dare vita ad una sorta di unione. La guerra americana fu un fattore cruciale nella decisione dei coloni di optare per una federazione canadese ed ebbe un forte impatto sul loro pensiero costituzionale. Ciò portò ad una combinazione alquanto originale: una Costituzione influenzata dalla realtà costituzionale pluralista, che era pienamente cosciente e anzi addirittura appoggiava il pluralismo, ma allo stesso tempo configurava una struttura istituzionale e una divisione delle competenze ispirate da un chiaro orientamento centralizzatore. Il modello federale canadese che ne conseguiva, infatti, era chiaramente un modello di federalismo parlamentare, basato su un governo

parlamentare per entrambi i livelli di governo e incastonato in una cornice giuridica federale, fundamentalmente organizzata e strutturata lungo le linee della versione bipolare del federalismo³¹. Il *BNA Act* del 1867 attribuiva una porzione importante di poteri al livello federale di governo, per cui alcuni commentatori preferirono etichettare il Canada come una «quasi federazione» piuttosto che una federazione nel vero senso della parola³².

La cosa che va rimarcata è che questo sistema, apparentemente centralizzato, dava luogo ad un lungo processo di costituzionalismo trasformativo, che in numerosi casi sembrò muoversi quasi in direzione *contraria*. Ovvero, in altri termini, il Canada sperimentò una prassi costituzionale segnata da una certa contesa sulla natura costituzionale dell'ordinamento giuridico, risultante dalla natura controversa del soggetto politico che era stato costituito. La Guerra Civile Americana, rappresentando la minaccia più forte per l'integrità del *British North America*, temporaneamente aiutò a mettere da parte visioni opposte del Nord-America. Un volta che la guerra terminò, tuttavia, e il sistema costituzionale canadese entrò in funzione, le differenti visioni costituzionali di fondo riaffiorarono, lanciando una sfida alla sua reale costituzionalità.

La natura plurale del Canada fu fortemente sostenuta dal Quebec. Gli abitanti del Quebec, infatti, contestavano il fatto che il *BNA Act* del 1867 avesse una natura federale, relativizzandone lo status costituzionale. Enfatizzando il sommo carattere costituzionale del testo (una Costituzione parzialmente scritta) e il ruolo più che fondamentale giocato dal *Quebec Act* del 1774, che loro consideravano come il vero documento costitutivo del Canada³³, gli abitanti del Quebec evidenziavano la natura duale del soggetto politico, il suo carattere bi-nazionale³⁴, e nel processo avanzavano seri dubbi sull'interpretazione «federale» che si dava alla divisione dei poteri federale-

³¹ Fritz W. Scharpf, «The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration», *Public Administration*, 66 (1988), pp. 239-278; Scharpf, «Community and Autonomy: Multi-level Policy-making in the European Union», *Journal of European Public Policy*, 1 (1994), n. 2, pp. 219-242.

³² Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 19.

³³ «L'importanza di quest'atto non può essere compresa in pieno, se non si fa presente che fu la prima legge imperiale che riconosceva ad una colonia una propria costituzione formale»; Alain-G. Gagnon e Raffaele Iacovino, *Federalism, Citizenship, and Quebec: Debating Multinationalism*, Toronto University of Toronto Press, 2007, p. 29.

³⁴ Questa posizione dualista vede il Canada come un'unità composta da due gruppi culturali. Ivi, p. 72. Questa è la *teoria nazionale dell'unità* (vedasi Paul Romney, «Provincial Equality, Special Status and the Compact Theory of Canadian Confederation», *Canadian Journal of Political Science*, 32 (1999), n. 1, pp. 21-39, a p. 23), ovvero una teoria dell'unità culturale o razziale (Paul Romney, *Getting It Wrong: How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 5).

provinciale e all'assetto istituzionale del BNA Act del 1867³⁵. Il tema della dualità, il riconoscimento della diversità costituzionale del Quebec, e la capacità del Quebec di proteggere la diversità culturale e linguistica attraverso il veto sulla modifica costituzionale e su altre disposizioni istituzionali, sono gli aspetti salienti che si riscontrano scorrendo la storia del Quebec³⁶.

Questa lettura dualista considera il Quebec come una nazione e, implicitamente o esplicitamente, definisce la maggioranza di cittadini anglofoni, come un'altra nazione o comunità nazionale. Ad ogni modo, anche la suddetta visione uniforme del Canada anglofono, è stata fortemente messa in discussione.

I cittadini canadesi anglofoni, in particolare quelli fuori dal territorio dominante (dal punto di vista economico) dell'Ontario, tendevano a sottolineare la diversità istituzionale del Canada anglofono. Ciò alimentava e dava ragioni di fondo per una *terza* concezione del *BNA Act del 1867*, che veniva inteso come un *trattato* «stipulato tra i rappresentanti delle colonie del British North America, che si riunirono per costituire un nuovo governo federale»³⁷.

Questa concezione potrebbe essere etichettata come una versione confederale deformata, in cui la Costituzione era considerata come un accordo *tra le province* (la cosiddetta *teoria dell'accordo provinciale*)³⁸. Dopotutto, il momento fondante si legava anche alla *confederazione*³⁹. Il che, preso alla lettera, può voler fare riferimento ad un atto costituente confederativo approvato da e per le province. Ogni provincia, di fatto, avrebbe goduto di una

³⁵ In particolare viene associato a questa idea, il primo premier canadese ed uno dei suoi principali ispiratori, Sir John A. MacDonald, che vedeva in questi aspetti un passo in avanti nella direzione di una unione legislativa (centralista) da lui peraltro auspicata. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 114.

³⁶ Culture giuridiche diverse inducevano anche delle aspettative costituzionali differenti: «una delle difficoltà costituzionali in Canada è stato il desiderio istintivo da parte dei canadesi francofoni di ottenere un documento definitivo secondo le modalità del grande diritto civile, mentre dall'altro lato i canadesi di cultura anglosassone s'ispiravano alla loro tradizione pragmatica per risolvere le questioni giuridiche e politiche» R. I. Cheffins e R. N. Tucker, *The Constitutional Process in Canada*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1976, p. 5. Qui c'è un evidente parallelismo con l'Unione europea.

³⁷ Richard Simeon and Ian Robinson, *State, Society and the Development of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1990, p. 21.

³⁸ Un esempio chiaro da questo punto di vista è costituito dal movimento per i diritti delle province, che sosteneva la teoria dell'unità provinciale. Esso non solo fu in grado di dare maggiore forza al principio d'autonomia provinciale nei termini di un'interpretazione estensiva del principio in questione, ma riuscì anche a «dimostrare che i meccanismi centralizzatori della costituzione di Macdonald erano in contrasto con i principi fondamentali del federalismo e del costituzionalismo britannico, così come interpretati dal movimento stesso»; R. C. Vipond, «Constitutional Politics and the Legacy of the Provincial Rights Movement in Canada», *Canadian Journal of Political Science*, 18 (1985), n. 2, pp. 267-294, a p. 288.

³⁹ Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 113.

considerevole autonomia giurisdizionale e dell'esercizio della facoltà di veto per quanto concerne eventuali modifiche della Costituzione canadese⁴⁰.

Bisognerebbe registrare un'altra fonte storica di pluralismo con implicazioni costituzionali, ossia il sistema di diritti e trattamento degli aborigeni che esisteva prima del 1867. L'accordo del 1867 riconosceva questo sistema, anche se in un modo molto paternalista (all'interno delle colonie)⁴¹. Era di particolare importanza la *Royal Proclamation* del 1763, che si riferiva alle «varie Nazioni e Tribù Indiane» definendole come collettività, riconoscendo la loro autonomia e determinando i loro rapporti con la Corona e con il resto della popolazione. Questo tipo di relazione si è spinta sino ai giorni nostri e continua a contraddistinguere i rapporti cui si è accennato⁴².

Sotto l'egida del *Founding Act* del 1867, dunque, si trovano perlomeno quattro concezioni di comunità più o meno intrecciate e in competizione tra loro, ognuna con la sua idea particolare di ciò che era la Costituzione e di quali erano gli attori costituzionali. La tensione fra queste quattro visioni in concorrenza tra loro ha attraversato tutta la storia costituzionale del Canada.

Una certa contesa sull'indole del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico si risolveva in un accordo su quanto fosse impossibile configurare una volontà collettiva costituzionale. In termini pratici, i governi federali e provinciali non furono capaci di accordarsi su una formula per la modifica costituzionale. Alla luce di questo stato di disaccordo, si manteneva il collegamento con la madrepatria, nonostante Londra non fosse in grado di proporsi come fonte di quell'unità, che non si era in grado di ottenere all'interno del Canada.

Tra 1867 e 1960, alcuni sforzi sporadici (1927, 1931, 1935, e 1956) furono intrapresi dal governo federale per lanciare una riforma costituzionale, ma tutti caddero in una fase di stallo per la mancanza d'accordo sulla formula per modificarla. Ciò divenne evidente durante il processo che portò allo Statuto di Westminster del 1931, basato sullo spirito della Dichiarazione di Balfour del 1926. Con quest'ultima si accettava il principio secondo il quale i territori sotto il dominio britannico e il Regno Unito godevano dello stesso status. Nell'articolo 4 della medesima si dichiarava che nessuna legge del Regno Unito sarebbe stata applicata nel territorio

⁴⁰ Romney, «Provincial Equality, Special Status and the Compact Theory of Canadian Confederation», p. 22.

⁴¹ Articolo 91(24) del *Constitution Act* del 1867, che assegnava al governo federale la facoltà di decidere «sugli indiani e le Terre a loro riservate».

⁴² Jeremy Webber, *Reimagining Canada*, Kingston and Montreal, McGill-Queen's University Press, 1994, p. 87. Patrick Macklem fa notare che «la Proclamazione dimostra [...] che il Canada si andò a costituire letteralmente su territori ancestrali. Ignorare quest'aspetto riguardante la precedente occupazione di questi territori da parte degli Aborigeni, significa ignorare un aspetto fondamentale dell'identità costituzionale canadese». Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 105.

sotto il dominio britannico a meno che nell'atto stesso non si affermasse che il dominio ne avesse fatto esplicita richiesta, consentendone dunque la promulgazione⁴³. I rappresentanti canadesi, ad ogni modo, insistevano per esserne esentati (di qui il tenore dell'articolo 7.1, in cui si dichiarava che «niente in questo Atto si considererà applicabile per abrogare, modificare o alterare i *British North America Acts* dal 1867 al 1930, o di qualsiasi altra disposizione, norma o regolamento approvato fino a quel momento») perché temevano che entrambi i livelli di governo in Canada sarebbero stati in grado di alterare il diritto costituzionale mediante la legislazione ordinaria. La risposta canadese allo Statuto di Westminster del 1931 dimostrava come l'incapacità canadese di raggiungere un accordo per dare vita internamente ad un formula operativa di modifica costituzionale, li obbligava a tenersi stretto il rapporto con la madrepatria anche quando il Regno Unito cercava di recidere tali legami, come in questo caso. Questa incapacità, dunque, significava che le domande di fondo sull'appartenenza della Costituzione, e su che tipo di comunità intendevano costituire, restavano senza risposta.

Il carattere controverso del soggetto politico alimentava un certo disaccordo che bloccava il percorso costituente, e l'assenza di un cambiamento era destinata a rafforzare il predominio del governo sulle questioni costituzionali. Il BNA Act del 1867, era infatti una «Costituzione di governi»⁴⁴. Il testo si concentrava particolarmente sui rapporti intergovernativi e configurava in modo piuttosto dettagliato i poteri e le prerogative dei governi. Inoltre, si soffermava poco sui rapporti Stato-cittadino in senso democratico, perché non esisteva un *bill of rights*, né disposizioni sulla responsabilità del governo, né formule di modifica dello stesso, ma semplicemente, si faceva affidamento sulle consuetudini costituzionali più rilevanti esistenti per questi aspetti. Sebbene la sostanza fosse lì presente, il formato della Costituzione lasciava poco spazio per fare appello al suggestivo spirito normativo della Carta costituzionale. Il «modello» di Costituzione governativa, insieme al blocco della riforma costituzionale, rafforzavano ulteriormente il ruolo cruciale del governo nelle dinamiche costituzionali. Con grande ritardo, dunque (cioè dal 1964 in avanti), in modo frammentario ed evitando grandi cambiamenti costituzionali, si cercò di «rattoppare» le norme costituzionali in vigore. Si raggiunsero compromessi secondo il metodo intergovernativo, che fu definito come *diplomazia federale-provinciale*⁴⁵, per (a) sottolineare i suoi parallelismi con il sistema internazionale

⁴³ Imperial Conference 1926, «Inter-Imperial Relation Committee: Report, Proceedings and Memoranda», E (I.R./26) series, consultabile all'URL <http://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.rtf> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

⁴⁴ A. C. Cairns, *Disruptions: Constitutional Struggles from the Charter to Meech Lake*, Toronto, McClelland & Stewart, 1991.

⁴⁵ Richard Simeon, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1972.

e per (b) attirare l'attenzione dei più sull'incidenza del negoziato e della contrattazione che si riscontra in quest'ultimo⁴⁶.

I principali partecipanti di questo processo, furono i capi di governo (o primi ministri) provenienti dal governo federale e da quelli provinciali, che parteciparono a undici conferenze su temi costituzionali, dal 1964 al 1983. La conferenza Federale-Provinciale di Primi Ministri e Premier era indiscutibilmente» arrivata ad essere una delle istituzioni cruciali nel federalismo canadese»⁴⁷. Questo sistema privilegia i membri dell'esecutivo relegando i rappresentanti parlamentari a un ruolo secondario, ma «la ricerca di un'autonomia giurisdizionale prende corpo al di fuori dell'accettazione condivisa di norme giuridiche e costituzionali sui rispettivi poteri dei due ordini di governo»⁴⁸.

Sebbene nessuna modifica costituzionale di rilievo fu portata a termine fino al rimpatrio costituzionale del 1982, durante l'intero periodo del dopoguerra si realizzarono molte modifiche costituzionali di natura informale⁴⁹. La crescita, nel grande dopoguerra, del ruolo dello Stato nell'economia e nella società, avvenne su entrambi i livelli (provincia e federazione) e ne metteva a nudo la marcata sovrapposizione di poteri e competenze. Per occuparsi di tale sovrapposizione, s'istituì un sistema integrale di rapporti intergovernativi con la presenza delle alte sfere amministrative di entrambi i livelli di governo, per facilitare il funzionamento del sistema federale. Il sistema del federalismo esecutivo venne alla ribalta sin dagli inizi degli anni Sessanta⁵⁰. I ministri per gli affari intergovernativi, nel cuore di questo

⁴⁶ Questo sistema di rapporti intergovernativi è stato etichettato in qualche circostanza come Conferenza costituzionale, ma non era altro che una parte intrinseca della struttura che dal 1927 prese il nome di Conferenza Dominio-Provincia, dagli anni Cinquanta in poi denominata come Conferenza Federale-Provinciale. A partire dal 1985, infine, si conio il termine Conferenza dei Primi Ministri. Nel 2004 il CICS (cioè la Segreteria della Conferenza) registrò in totale settantasei riunioni a livello di primi ministri tra il 1906 ed il 2004. Prendendo in considerazione i temi trattati, ben venticinque di queste si occuparono in modo esplicito di questioni legate alla costituzione, anche se nella pratica molte delle restanti riunioni furono comunque rilevanti dal punto di vista costituzionale.

⁴⁷ D. Smiley, *Canada in Question: Federalism in the Eighties*, 3rd ed., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1980, p. 98.

⁴⁸ Ivi, n. 49, a p. 116.

⁴⁹ Delle settantasei conferenze a livello di primi ministri che si registrarono nel periodo tra il 1906 al 2004, soltanto nove si tennero prima del 1945, quindi le restanti sessantasette si svolsero dal 1945 in poi. Dati della Segreteria della Conferenza Intergovernativa Canadese (CICS), nel «First Ministers' Conferences 1906-2004», (2004), consultabile all'URL <www.scics.gc.ca/CMFiles/fmp_e.pdf> (Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012).

⁵⁰ Questo sistema si caratterizzò per «la concentrazione e la centralizzazione dell'autorità nelle mani dei massimi esponenti di ciascun governo partecipante, il controllo e la supervisione dei rapporti intergovernativi da parte dei politici e degli alti funzionari con una vasta gamma di interessi funzionali, e per le procedure molto formali ed altrettanto pubblicizzate utilizzate dalla diplomazia nella conferenza

apparato burocratico, diventavano attori di fondamentale importanza per i membri eletti dell'esecutivo nei negoziati costituzionali. Tutti i governi istituirono ministeri per gli affari intergovernativi, non solo con l'intenzione di trasformarli in luoghi di ricerca e conoscenza costituzionale, ma anche per affinare tecniche e capacità negoziali per raggiungere intese ed accordi. I componenti eletti degli organi esecutivi giocano, quindi, un ruolo vitale nei processi politici in generale, e non solo nelle dinamiche costituzionali.

Visto che le poche riforme costituzionali compiute si realizzarono mediante un processo simile a quello di costituzionalizzazione trasformativa, il sistema non era simbolicamente pensato – e confinato – per occuparsi delle questioni costituzionali come avviene con la consuetudine costituzionale. I dirigenti politici poterono attribuire l'appellativo di conferenza costituzionale ad alcune delle riunioni tra primi ministri, ma non furono obbligati a farlo. Il sistema, quindi, lascia loro una grande flessibilità e un ampio spazio di manovra per assegnare l'etichetta costituzionale a certe questioni. In effetti, *costituzionale* era tutto ciò che governi e tribunali definivano come tale. In perfetta sintonia con quanto avviene con la Conferenza Intergovernativa a livello UE (CIG), la Conferenza dei Primi Ministri, quindi, è uno strumento che i dirigenti politici dell'esecutivo possono utilizzare per amplificare o sminuire la natura costituzionale di una determinata questione, e la sua importanza dal punto di vista simbolico, facendo chiaro affidamento sulla dignità normativa della Costituzione.

In siffatte circostanze, la Commissione Giudiziale del *Privy Council* (Consiglio Privato di Sua Maestà, il cui acronimo in inglese è JCPC) nel Regno Unito, in qualità di istanza giurisdizionale suprema nel sistema costituzionale, era chiamata a svolgere il ruolo chiave di giudice nel processo di costituzionalismo trasformativo «in senso inverso».

Questa Commissione fu gettata nella mischia costituzionale perché il BNA Act del 1867 agiva ancora in un mondo dove gli Stati non avevano visto crescere particolarmente le loro competenze inerenti la regolazione economica e le politiche sociali. Essi, erano cioè ben lontani dall'idea di un vero Stato sociale. Quando, poi, tali politiche fecero la loro comparsa nell'agenda politica, si rivelarono destinate a far scatenare conflitti giurisdizionali che poi finivano con il concretizzarsi, prima o poi, in un contenzioso dinanzi alla Commissione Giudiziale del *Privy Council*.

I giudici, a Londra, seguivano due principi fondamentali. Il primo era quello di valutare la divisione di competenze sancita nel BNA Act del 1867, come incontestabile. Da un lato esistevano le competenze della federazione, e dall'altro quelle delle province, senza che potessero e dovessero sovrapporsi, e dunque da considerarsi come categorie che si escludono a

federale-provinciale»; Garth Stevenson, *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*, 3rd ed., Agincourt, Ontario, Gage, 1989, p. 224; Bruce Pollard, *Managing the Interface: Intergovernmental Affairs Agencies in Canada*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1986, p. 2.

vicenda⁵¹. Il secondo principio si basava sull'interpretazione estensiva di due fattori chiave per definire le competenze provinciali: «proprietà» e «diritti civili», così come sanciti nella sezione 92 (13) del BNA Act del 1867. In quest'ultimo caso, si spingevano fino al punto di ritenere diritti civili tutte le forme di diritti giuridici di cui sono in possesso le persone nella provincia d'appartenenza. La conseguenza di quest'interpretazione estensiva era il riconoscimento dell'autorità provinciale come soggetto incaricato di emanare le leggi praticamente su ogni materia, dal momento che *tutte* le leggi provinciali, in un modo o nell'altro, si sarebbero necessariamente occupate dei diritti civili⁵². Il risultato finale fu che «la Commissione Giudiziale del *Privy Council* prendeva un documento il cui chiaro intento era quello di creare una federazione centralizzata e lo interpretava assegnando alla giurisdizione delle province molti dei settori legislativi più importanti»⁵³.

Questa visione fortemente orientata a favore delle province si rafforzò grazie all'interpretazione molto restrittiva dei residui poteri federali contenuta nell'articolo 91, le cui parole d'apertura autorizzano proprio il Parlamento ad approvare leggi «per la Pace, l'Ordine, e il Buon Governo del Canada, per quanto concerne tutte le Materie che non ricadano tra le Categorie e le Materie assegnate esclusivamente ai Corpi Legislativi delle Province». Invece di considerarlo un'assegnazione di poteri di carattere generale, cosa che, d'accordo con il testo dell'articolo 91, consentirebbe di non limitarne la portata solo alle disposizioni previste nell'articolo 91 per quanto riguarda l'autorità federale, la Commissione Giudiziale del *Privy Council* lo interpretava principalmente come un potere che entrava in gioco solo quando le questioni non ricadevano chiaramente sotto gli articoli 91 o 92. Dal 1920 in avanti la clausola «Ordine, Pace e Buon Governo» fu interpretata principalmente come un potere d'emergenza da utilizzare solo in situazioni di crisi nazionale.

La Commissione Giudiziale del *Privy Council* fu fortemente criticata dagli accademici canadesi per il suo impatto sulle attività del sistema federale canadese. È chiaro, però, che ciò rispondeva alle forti spinte in favore dei diritti provinciali, e in special modo alle richieste specifiche provenienti dalla Provincia del Quebec. L'interpretazione estensiva dell'autorità provinciale su questioni legate a proprietà e diritti civili si sposava al meglio con l'impegno da parte del Quebec a favore della protezione del suo codice civile tradizionale, e per mantenere in piedi le disposizioni speciali tese alla protezione degli aspetti culturali – in special modo linguistici e religiosi – del Quebec, che includevano anche il tema dell'istruzione e, in tempi recenti, anche temi quali la formazione della forza lavoro e l'immigrazione. Coloro che appoggiavano questa visione fortemente a favore delle province da parte della Commissione Giudiziale del *Privy Council*, sottolinearono anche che era importante arginare le forti tendenze scissioniste presenti in Canada.

⁵¹ Monahan, *Constitutional Law*.

⁵² Ivi, p. 234.

⁵³ Ivi, p. 236.

Pierre Trudeau, infatti, segnalava nel 1968, che la giurisprudenza della Commissione Giudiziale del *Privy Council* non andava in quella direzione: «il separatismo del Quebec non è una minaccia al giorno d'oggi: bensì un dato di fatto»⁵⁴.

Tutti gli sviluppi appena citati, dimostrano che il pluralismo costituzionale è una componente cruciale dell'edificio costituzionale canadese. Il fattore francofono non andrebbe sminuito né catalogato come un aspetto bizzarro del Quebec. Esso, infatti, ha lasciato un segno profondo sul Canada⁵⁵ e ha aiutato ad avviare il processo di provincializzazione con una portata centrifuga ben più ampia, in linea con le concezioni di decentralizzazione della comunità nazionale che anche le altre province hanno spesso promosso.

Viste le circostanze, il tentativo di ricostruire le dinamiche costituzionali secondo lo schema del costituzionalismo rivoluzionario o evolutivo era da un lato fattibile, ma dall'altro correva il rischio di essere insoddisfacente. L'opinione più gettonata è quella secondo la quale i padri fondatori del Canada non erano dei teorici della politica, preoccupati di darsi una Costituzione democratica, ma piuttosto si mostrarono pragmatici, dal punto di vista politico, nel promuovere un'unione canadese come soluzione per contrastare le incalzanti sfide politiche del tempo, in particolare quella posta dalla Guerra Civile Americana. Questa lettura si sposa al meglio con una concezione evolutiva – di stile *Burkiano* – sugli sviluppi della Costituzione canadese. Peter Russell osserva che «le élites politiche che formarono la Confederazione erano fundamentalmente composte di coloni contenti. Burke e l'accordo costituzionale di Whig del 1869, erano le loro fonti d'ispirazioni costituzionali, piuttosto che Locke e la Costituzione americana»⁵⁶. Russell sostiene che i canadesi non riuscirono a prendere di petto «la questione se hanno abbastanza cose in comune da poter formare un popolo unico disposto ad accettare una costituzione comune»⁵⁷.

Contro questa visione, Janet Aizenstat, che ha studiato a fondo i dibattiti dei padri fondatori canadesi, sostiene che «la dottrina della sovranità popolare e il corollario che ne segue, cioè il diritto alla rivoluzione, sono alla base della politica di questo Paese sin dal 1867»⁵⁸. Il suo ragio-

⁵⁴ Pierre E. Trudeau, *Federalism and the French Canadians*, Macmillan, 1968, p. 198, citato in Alan C. Cairns, *Constitution, Government, and Society in Canada*, Toronto, McClelland & Stewart, 1988, p. 63.

⁵⁵ Will Kymlicka, *Finding Our Way*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 139; vedasi il *BNA Act* in quanto precursore di una nuova tradizione di federalismo, cioè quella del federalismo multinazionale.

⁵⁶ Peter Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3rd ed., Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 12.

⁵⁷ Peter Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 2nd ed., Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. ix.

⁵⁸ Aizenstat, *The Canadian Founding. John Locke and Parliament*, p. 83; J. Aizenstat, P. Romney, I. Gentles, e W. D. Gairdner, eds., *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

namento si basa almeno su tre linee argomentative: i fondatori coscienti dell'importanza di una democrazia liberale, disegnarono un sistema di governo a responsabilità parlamentare; tutto ciò si lega strettamente alle norme presenti nel BNA Act del 1867 molto più di quanto generalmente si riconosca, grazie a disposizioni esplicite in tal senso (sezioni 53 e 54); e la Costituzione poggia sul principio della sovranità popolare perché il BNA Act fu sottoposto alla ratifica parlamentare. La ratifica parlamentare stessa può interpretarsi come espressione della sovranità popolare, in aperto contrasto con Russell, Ajzenstat sostiene, dunque, che John Locke «è il filosofo d'ispirazione della Confederazione canadese»⁵⁹.

Queste due letture, in termini generali, avanzano, per gradi differenti, nel solco delle due tradizioni principali relative alla vicenda costituzionale: quella evolutiva e quella rivoluzionaria. La lettura di Russell si allinea molto di più con la tradizione evolutiva, mentre Ajzenstat ritiene che, in eventi come la Gloriosa Rivoluzione del 1688, il principio del consenso popolare si plasmò fundamentalmente grazie alla sovranità parlamentare.

Nessuna delle due letture, ad ogni modo, è in grado di individuare con precisione i tratti distintivi del contesto canadese, ossia il modo in cui un insieme di principi normativi si inserì in un ordinamento costituzionale incompleto e derivato, che gradualmente indeboliva i suoi vincoli con il Regno Unito, e allo stesso tempo cercava di conservare il rapporto con le sue radici nelle differenti tradizioni giuridico-costituzionali. Visti da questa prospettiva, i principi costituzionali di fondo si trasferivano dalla Gran Bretagna a questo nuovo soggetto politico (il Canada). Questo processo di trasferimento presentava vari elementi. Il primo si riferisce alla presenza di elementi essenziali di costituzionalismo democratico, e a tal proposito Ajzenstat è nel giusto. Come Russell ci fa correttamente notare, però, ciò non portò alla sua naturale soluzione democratica, a causa della presenza del secondo fattore, che si riferisce all'origine e alla natura derivata della Costituzione canadese. Le leggi costituzionali canadesi avevano bisogno dell'approvazione del Parlamento della madrepatria a Londra. Ciò significava che, costituzionalmente parlando, il Canada non era un soggetto del tutto auto-sufficiente dal punto di vista democratico. La qualità democratica della struttura costituzionale non veniva stabilita né esclusivamente sancita dai canadesi e dalle loro istituzioni rappresentative, né i canadesi la potevano gestire in modo esclusivo. Il fattore saliente, dal punto di vista costituzionale, dipendeva dall'osservanza del costituzionalismo democratico inteso e interpretato dal Parlamento della madrepatria. Né Russell né Ajzenstat prendono in adeguata considerazione la specifica autorizzazione democratica di cui il legame con la madrepatria dotava la Costituzione canadese. I canadesi, in definitiva, dovevano seguire il modello di costituzionalismo liberal-democratico inglese. Allo stesso tempo, la relativa mancanza di specificazioni nel modello inglese offriva loro il vantaggio considerevole di modellare le proprie comunità politiche,

⁵⁹ Ivi, a p. 54.

soddisfacendo così il pluralismo costituzionale canadese. La Costituzione inglese non poteva semplicemente essere innestata in questo nuovo soggetto politico, perché la tradizione costituzionale inglese non era l'unica ad essere accettabile e rilevante per quest'ultimo. Anche le tradizioni francesi e aborigene andavano soddisfatte.

Il modo in cui questo pluralismo fu plasmato, può essere compreso al meglio grazie alla nozione di sintesi costituzionale. Il processo di sintesi fu quello in cui il rapporto tra le differenti tradizioni costituzionali implicate doveva elaborarsi sotto l'egida e attraverso le clausole di salvaguardia democratiche istituite dalla potenza coloniale, insieme con gli organi di rappresentanza democratica di entrambi i livelli di governo presenti in Canada. In effetti, in questo processo è possibile osservare la costruzione «dell'ambito costituzionale», dove gli attori costituzionali di primaria importanza (il governo britannico, il governo federale e quelli provinciali) sono strettamente legati, e l'azione costituzionale è il risultato di queste modalità d'interazione bilaterali e multilaterali.

Il processo, come sottolineano Ajzenstat e Romney⁶⁰, non era quello dove sistemi istituzionali rappresentativo-democratici furono istituiti insieme alla confederazione (1867) dal momento che tali istituzioni erano già vigenti. In particolare, queste istituzioni non furono semplicemente il prodotto del sistema normativo della madrepatria britannica, ma anche il risultato delle lotte coloniali per rimpiazzare le oligarchie con sistemi di responsabilità di governo basati sulle elezioni. Questo processo riuscì a porre entrambe le tradizioni costituzionali (inglese e francese rispettivamente) sotto le norme costituzionali democratiche. La battaglia in Canada si soffermava su una specie di espressione pubblica che assumevano queste diverse tradizioni costituzionali. È abbastanza chiaro che il processo canadese di sintesi costituzionale, dunque, non si snodava seguendo le stesse linee guida di quello europeo. Al contempo, però, possiamo riscontrare importanti parallelismi. Il processo può meglio comprendersi, quindi, come un distillato di tradizioni costituzionali diverse che scaturisce dalla complessa combinazione di quella inglese, francese, un insieme di disposizioni già esistenti in Canada fortemente ispirate a quest'ultime, e infine (in quel momento in misura molto limitata) quella aborigena.

1.3 *L'elusione costituzionale*

Il processo che si è osservato può considerarsi al massimo come una sintesi frustrata. Con il passare del tempo, diventava sempre più evidente che questa costruzione costituzionale si poggiava su un numero di assunzioni e prassi costituzionali che causarono, o quanto meno esacerbarono, i problemi costituzionali, che vennero alla ribalta intorno alla fine degli

⁶⁰ *Ibidem*, e Romney, «Provincial Equality, Special Status and the Compact Theory of Canadian Confederation».

anni Settanta (e che saranno trattati nella prossima sezione). Come abbiamo osservato, il carattere controverso del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico in questione, rendeva virtualmente impossibile trovare un accordo sul modo in cui configurare la volontà costituzionale collettiva. Ciò portava ad una specie di modello canadese di elusione costituzionale. L'evoluzione costituzionale sintetica canadese veniva accompagnata dalla soppressione delle politiche costituzionali. Ne era la prova la pletora di questioni e conflitti costituzionali irrisolti, così come la vistosa incapacità nel risolvere «la questione costituzionale»: che tipo di nazione era il Canada? Il vincolo con la madrepatria offriva, al massimo, un supporto ambivalente: aumentava la confusione, essendo la cornice distante cui i canadesi potevano far ricorso nel momento in cui si raggiungeva un consenso interno.

Il Canada era una nazione territoriale o una nazione transnazionale britannico-canadese (dove i canadesi mantenevano una forte obbedienza britannica grazie agli stretti vincoli ancora esistenti con la Gran Bretagna)? Oppure, il Canada non era altro che un patto tra due popoli fondatori, una comunità federale di comunità, un accordo tra province? Queste tensioni iniziarono ad acuitizzarsi con il passare del tempo, grazie ai processi di costruzione delle province, in particolare con la «Rivoluzione Tranquilla» del Quebec (1960-1966)⁶¹, dove si verifica un processo di modernizzazione, secolarizzazione e costruzione dello Stato del Quebec, che venne sfruttato al servizio della causa nazionalista del Quebec⁶². L'ultimo elemento di elusione costituzionale apparteneva alle radici popolari e di cittadinanza della costruzione costituzionale. Il BNA Act del 1867, aveva sistematicamente tenuto da parte, o per meglio dire escluso, le questioni appartenenti ai popoli aborigeni, dove le persone con lo status di indiani ottennero il diritto di voto solo nel 1960. Questa esclusione si manifestava anche sulla base di un forte pregiudizio etnico e di genere⁶³.

Con l'avanzare del periodo post guerra, ossia dalla fine degli anni Cinquanta in poi, si cominciò a lanciare la sfida contro questo sistema elitista. Uno sforzo importante in direzione del cambiamento fu il tentativo da parte del Primo Ministro Diefenbaker di modificare la Costituzione con l'inclusione di disposizioni inerenti ai diritti individuali. Le province rifiutarono di dare il proprio appoggio a questa proposta di modifica, e Diefenbaker, per tutta risposta, fece adottare un *Bill of Rights* nel 1960. Esso era applicabile solo a livello federale, e i tribunali ne davano un'inter-

⁶¹ Ricopre un ruolo di governo in Quebec nel periodo del governo liberale di Jean Lesage, che lo Stato Quebec usò per modernizzarsi e che serviva a politicizzare le questioni linguistiche e di classe, con implicazioni costituzionali dirette.

⁶² Kenneth Roberts e Dale Posgate, *Quebec: Social Change and Political Crisis*, Toronto, McClellan & Stewart, 1980; Gagnon e Iacovini, *Federalism, Citizenship, and Quebec: Debating Multinationalism*.

⁶³ Alexandra Dobrowolsky, *The Politics of Pragmatism: Women, Representation, and Constitutionalism in Canada*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press, 2000; e Webber, *Reimagining Canada*.

pretazione molto restrittiva. Con il senno di poi, la sua importanza risiede in gran parte nell'esempio negativo fornito a coloro che successivamente furono incaricati di redigere la Costituzione, che cercarono di evitare i limiti in esso contenuti. Probabilmente lo slancio più significativo verso una riforma costituzionale si registrò con le elezioni del Partito Separatista del Quebec (*Parti Quebécois*) nel novembre del 1976.

Prima di esaminare la trasformazione costituzionale del Canada, però, è necessario fare chiarezza sui parallelismi esistenti tra il Canada e l'UE nelle loro rispettive esperienze.

2. *Fino a che punto l'esperienza canadese è paragonabile a quella dell'UE?*

In primo luogo, i sistemi costituzionali del Canada e dell'UE riflettono entrambi lo sforzo di superare e prevenire eventi catastrofici: la confederazione canadese, infatti, considerava necessario prevenire eventi distruttivi simili alla guerra civile americana (oltre che arginare le possibili mire espansionistiche statunitensi). L'integrazione europea, grazie ad un'unione sempre più stretta, fu un mezzo fondamentale per evitare ulteriori guerre distruttive sul suolo europeo, dopo lo scoppio di due guerre mondiali dagli effetti devastanti nella sola prima metà del Ventesimo secolo. I due soggetti politici condividono, dunque, alcuni elementi comuni rispetto al movente che li ha spinti inizialmente verso l'integrazione.

In secondo luogo, sia il Canada che l'UE furono istituiti attraverso processi che la teoria costituzionale tradizionale, prendendo spunto dall'esperienza degli Stati-nazione, avrebbe bollato come non *convenzionali*. Né il BNA Act del 1867, né tantomeno i Trattati originari dell'UE, erano facili da inquadrare secondo i classici modelli *rivoluzionario* o *evolutivo* utilizzati per definire i momenti in cui la Costituzione prende forma. Nel caso canadese, la Costituzione era *octroyè*.

Essa funzionava parzialmente grazie all'azione del Parlamento della madrepatria britannica, di cui faceva parte. Costituzionalmente parlando, ciò vincolava il Canada al sistema coloniale britannico su più vasta scala, rendendo, dal punto di vista operativo, la Costituzione canadese subordinata all'approvazione finale da parte del Parlamento britannico. Si presentava, quindi, come Costituzione derivata, in quanto i contenuti dell'atto e le consuetudini costituzionali che l'accompagnano derivavano principalmente (ma non esclusivamente) dal diritto costituzionale britannico nella sua parte dove vengono disciplinati i rapporti coloniali.

La Costituzione dell'UE fu approvata con l'obiettivo di dare piena realizzazione al mandato affidato dalle Costituzioni del dopoguerra per promuovere un'integrazione sovranazionale, e il suo contenuto sostanziale si riferiva al diritto costituzionale comune degli Stati membri (oltre alle disposizioni disposte in modo sparpagliato nei trattati). La modifica costituzionale (e durante un lungo periodo, anche il processo legislativo ordinario) era subordinata all'approvazione da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione.

In terzo luogo, e come conseguenza del secondo elemento appena citato, entrambe erano Costituzioni plurali. L'Unione fu strutturata come soggetto sovranazionale con un diritto costituzionale comune che comprendeva anche quello degli Stati membri, nonostante ciascuno mantenesse intatta la propria identità costituzionale. Il Canada fu istituito come uno Stato federale composto da soggetti politici già esistenti con tradizioni costituzionali alquanto differenti: la tradizione costituzionale britannica (adottata da diverse province), l'influenza francese mediante il Codice Civile del Quebec, ed elementi della tradizione aborigena mediante i diritti accordati agli stessi mediante trattato. Le prime due fonti di pluralismo si rafforzano ulteriormente nella prassi politica e costituzionale, mentre quest'ultima ha assunto solo recentemente una rilevanza nella vita costituzionale (cioè nella fase del post rimpatrio, grazie all'Art 35 del *Constitutional Act*).

In quarto luogo, la prassi costituzionale che ne scaturisce si contraddistingueva in entrambi i casi per l'assenza di un inequivocabile modello costituente esplicito. In Canada, un certo contrasto sulla natura del soggetto politico incoraggiava un processo di costituzionalismo trasformativo quasi inverso, per colpa del quale l'indole costituzionale del *BNA Act* del 1867 veniva fortemente messa in discussione. La presentazione di quest'ultimo come processo di formazione della volontà costituzionale collettiva veniva accompagnato da interrogativi di difficile soluzione.

Ciò portava non solo ad una sostanziale neutralizzazione dell'elemento costituzionale, ma consentiva di mantenere vivo più che mai il legame con la madrepatria, anche in apparente contrasto con la volontà di Westminster. Alcuni cambiamenti costituzionali furono adottati nel 1964, seppure con molto sforzo e fatica. Questa specie di stallo costituzionale esacerbava il predominio del governo sulle politiche costituzionali, e il conseguente tentativo di adottare dei palliativi grazie a dei cambiamenti informali. Una certa indecisione nella giurisprudenza della Commissione Giudiziale del *Privy Council*, che di per sé incoraggiava un'interpretazione centrifuga della Costituzione, non poteva offrire una soluzione valida al problema. Nell'UE, l'assenza dell'elemento costituzionale si può interpretare come conseguenza naturale dell'arduo compito di cercare di coniugare i trattati originari con un processo di costituzionalizzazione trasformativa guidato dal Consiglio dei Ministri, e appoggiato dalla Corte di Giustizia. Le stesse difficoltà incontrate per la definizione della volontà costituzionale comune nel suo complesso, che caratterizzarono l'esperienza canadese, toccavano ancor più da vicino l'Europa, in quanto la natura costituzionale del soggetto politico e dell'ordinamento giuridico europeo diventava sempre più evidente.

In quinto luogo, in entrambi i casi, ci ritroviamo dinanzi ad un sistema organizzato di rapporti intergovernativi tesi a configurare la fase costituente o di emendamento costituzionale. C'è un chiaro parallelismo tra il sistema canadese fatto da Conferenze di Primi Ministri (acronimo in inglese FMCs), all'interno di un modello di federalismo esecutivo, e un sistema dell'UE caratterizzato dalla diplomazia intergovernativa che agisce mediante le CIG per l'approvazione di nuovi trattati o di modifiche dei precedenti

ti. In entrambi i casi si riscontra l'applicazione della norma dell'unanimità costituzionale e, di conseguenza, gli attori che ne fanno parte godono del potere di veto (nell'UE, tale norma è formalmente prevista nell'articolo 45 del TUE; in Canada, tale norma godeva di un supporto formale limitato).

Sesto, sia il Canada che l'UE dovevano fronteggiare, di riflesso, il problema dell'assenza di un'autorizzazione democratica adeguata. I due processi di trasferimento costituzionale plasmarono gli aspetti della difficile sfida che presentava questo tema dell'autorizzazione democratica: non si trattava di una questione di "via libera" democratico in favore di una nuova costruzione costituzionale (secondo la tradizione rivoluzionaria), ma era piuttosto un problema di approvazione democratica di una nuova costruzione costituzionale funzionante da tempo. Al contrario di quanto avviene nella tradizione rivoluzionaria, la Costituzione non era semplicemente una manifestazione delle tradizioni locali, erano semmai le stesse tradizioni locali che derivavano da un altro agente costituzionale che continuava a esercitare su di esse un certa influenza (nel caso del Canada, il Regno Unito, in quello dell'UE, gli Stati membri). Allontanandosi sempre di più dalle sue origini, diventandone così indipendente, gli interrogativi sull'autorizzazione democratica diventavano sempre più pressanti. La nostra teoria della sintesi costituzionale fornisce degli strumenti per capire meglio le varie fasi specifiche che hanno caratterizzato sia l'esperienza canadese che quella europea nell'affrontare la sfida dell'autorizzazione democratica.

Questi aspetti, presi nel loro complesso, contraddistinguono entrambi i soggetti politici sopra citati, che però vanno visti come casi diversi di sintesi costituzionale. Questi ultimi sono manifestazioni differenti di sintesi costituzionale perché sono sistemi politici diversi con origini diverse. Il Canada è una federazione parlamentare, mentre l'UE è un non-Stato quasi-parlamentare. L'indole canadese di federazione multinazionale, con un alto grado di decentralizzazione e dagli aspetti fortemente controversi, da un lato, e la composizione dell'UE e l'azione degli Stati membri, dall'altro, dimostrano come entrambe si basino su elementi di statualità. Ovvero, in una prospettiva ribaltata, dimostra come entrambe presentano un diverso grado di «assenza dello Stato»⁶⁴.

Questa analisi rivela che la sintesi costituzionale è compatibile con diversi gradi di assenza dello Stato, e dimostra anche che la sintesi può svilupparsi in modi diversi: nell'Unione il processo sintetico agisce mediante il diritto costituzionale europeo comune, composto da un distillato di tradizioni nazionali che si situano nell'ambito costituzionale europeo, mentre

⁶⁴ H. Brunkhorst, «State and Constitution: A Reply to Scheuerman», *Constellations*, 15 (2008), n. 4, pp. 493-501. «Il diritto ha bisogno di strumenti di coercizione (Stato I) ma non del monopolio del potere (Stato II). Ad oggi, ciò di cui abbiamo bisogno per dare vita ad un costituzionalismo globale è di uno Stato mondiale I, e non del II»; H. Brunkhorst, «States with Constitutions, Constitutions without States, and Democracy: Skeptical Reflections on Scheuerman's Skeptical Reflection», *Ethics & Global Politics*, 2 (2009), n. 1, pp. 65-81, a p. 75.

in Canada il processo sintetico cerca di elaborare al suo interno un certo pluralismo sotto la tutela del Regno Unito.

3. *Il rimpatrio e la trasformazione giuridica della costituzione e della comunità*

La principale differenza tra la storia costituzionale canadese e quella europea sta nel fatto che nella storia costituzionale canadese il punto di svolta più importante presenta dei punti di contatto con un momento costituzionale rivoluzionario. Questo momento di svolta fu il rimpatrio costituzionale, ossia letteralmente l'atto di "riportare a casa" la Costituzione⁶⁵, grazie al quale in un colpo solo si segnava la fine della sovranità britannica e l'adozione di una nuova Costituzione, completata da una Carta dei diritti. Si presentò però un problema. Sebbene l'atto fu presentato e appoggiato dalla maggior parte degli attori politici eletti democraticamente in Canada e degli organi rappresentativi, la provincia del Quebec si rifiutò di sottoscriverlo. La Corte d'Appello del Quebec dichiarò che la procedura di modifica costituzionale in vigore all'epoca⁶⁶ non concedeva al governo del Quebec un potere di veto, e ciò fu anche sostenuto in un'opinione informale della Corte Suprema del Canada⁶⁷. Dato che uno dei principali attori costituzionali (e buona parte dei suoi cittadini) non prestava il proprio consenso, il potenziale momento costituzionale del Canada non arrivò a materializzarsi.

Il rimpatrio costituzionale, dunque, fu un caso d'insuccesso costituzionale, così come in svariate circostanze avevano sostenuto i separatisti del Quebec? E se così fosse, la Costituzione canadese si era realmente trasformata in autoctona, o lo stesso *status quo* costituzionale canadese mostrava semplicemente un volto esteriore differente?⁶⁸ Oppure va considerato come momento costituzionale quello dove il popolo canadese da-

⁶⁵ In inglese il termine è *patriation*. Esso è un termine nuovo che deriva da termine *repatriation* (rimpatrio), ed è usato in modo improprio perché il BNA Act del 1867 non è mai stato un atto canadese, e quindi non sarebbe possibile "rimpatriarlo" in Canada; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 57.

⁶⁶ Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 128.

⁶⁷ *Reference Re: Amendment To The Canadian Constitution* [1982] 2 S.C.R. 793, 1982: 14, 15 giugno.

⁶⁸ Sino a che punto il rimpatrio abbia reso indipendente il Canada è un argomento controverso. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, sostiene che ciò aveva un impatto simbolico su una realtà politica già esistente dove il Parlamento britannico non esercitava alcun potere sul Canada. Inoltre, il Canada si dotava anche di autonomia nel senso che la costituzione canadese sarebbe stata applicata solamente dal Canada stesso; ma ciò non forniva al Canada un'autonomia costituzionale, grazie alla quale la sua rivendicazione d'autorità sarebbe scaturita solamente all'interno del soggetto politico. Ciò, dunque, è in contrasto con la Costituzione americana, la cui autorità discende esclusivamente dagli Stati Uniti e che così si andò plasmando, rompendo del tutto i legami con il passato coloniale.

va a se stesso una costituzione democratica? Secondo i termini proposti nel Capitolo 1, il rimpatrio non era altro che il trascendente atto finale di un'originale versione della sintesi costituzionale alla canadese? Con la sovranità britannica finalmente fuori gioco, si sarebbe riusciti a riconciliare, finalmente, le diverse e contrastanti visioni costituzionali? Oppure il rimpatrio era semplicemente un abbozzo di sintesi, un momento costituzionale *manqué*, accompagnato da alcuni effetti catartici benefici?

Per dare una risposta a questi interrogativi, è necessario procedere in due fasi. Nella prima, si farà una valutazione del processo di rimpatrio, chiarendone il suo status costituzionale. Per fare ciò analizzeremo le principali ragioni politiche e costituzionali alla base del rimpatrio, la qualità democratica del processo stesso, e i cambiamenti effettivamente prodotti.

Nella seconda, verranno analizzate le dinamiche costituzionali originali dopo il rimpatrio e la Carta, concentrandosi in particolar modo sugli effetti catartici di una serie di tentativi di ratifica andati a vuoto a seguito del momento costituzionale *manqué* del 1982.

3.1 Il rimpatrio grazie al *Constitution Act* del 1982

3.1.1 La strada verso il rimpatrio

Il governo liberale di Trudeau fece una campagna elettorale a favore della riforma costituzionale per le elezioni del 1979, ma questa questione fece soltanto capolino nelle elezioni del 1980 che consentirono a Trudeau di ritornare al potere dopo il breve interregno del conservatore Clark⁶⁹. La forte base elettorale del governo liberale nel Quebec fu senza dubbio un elemento di grande importanza per riportare alla ribalta la questione costituzionale da parte di Trudeau, e cioè la decisiva vittoria del «no» nel 1980 nel referendum tenutosi in Quebec sulla questione della sovranità-associazione⁷⁰. Trudeau lo prese come un mandato per procedere verso una riforma costituzionale di peso⁷¹. Va anche aggiunto che un sondaggio d'opinione fatto su tutto il territorio nazionale nell'agosto del 1980 mostrava un appoggio popolare rilevante in favore del rimpatrio, così come dell'introduzione di garanzie costituzionali dei diritti umani e dei diritti delle minoranze linguistiche. Poco

⁶⁹ In quella circostanza i liberali di Trudeau ottennero il 68.2 per cento dei voti e settantaquattro seggi su settantacinque in Quebec. S. Clarkson e C. McCall, *Trudeau and Our Times: The Magnificent Obsession*, Toronto, McClelland & Stewart, 1991, pp. 1, 276.

⁷⁰ Il 59.5 per cento di voti furono contrari ad assegnare al governo del Quebec un mandato per negoziare con il governo federale la propria sovranità ed un rapporto di associazione con il governo federale, mentre solo il 40.5 si mostrò favorevole. Ciò teneva conto anche della maggioranza dei «no» in tutti i gruppi linguistici nel Quebec; Clarkson e McCall, «Trudeau and Our Times», citato nella nota precedente.

⁷¹ Simeon e Robinson, *State, Society and the Development of Canadian Federalism*, p. 253; Russell, *Constitutional Odyssey* (3rd ed. 2004), pp. 107 ss..

dopo il risultato del referendum in Quebec, una commissione permanente di ministri fu istituita per lavorare su una serie di questioni per approntare un pacchetto di disposizioni che concretizzasse l'operazione di rimpatrio⁷².

La seguente conferenza di primi ministri nel mese di settembre non riuscì a raggiungere un accordo, dopo che Trudeau aveva cercato di smuovere i negoziati dal punto morto in cui erano caduti, sostenendo che il Parlamento federale avrebbe potuto rapportarsi unilateralmente con il Regno Unito⁷³. Il processo si spostò, dunque, sul Parlamento federale canadese che, sentiti i vari pareri, deliberò su tali questioni in pubblico e mediante audizioni e dibattiti trasmessi in televisione⁷⁴.

Per Simeon e Robinson, questa «fu un'esperienza di un Parlamento in azione a cui i canadesi stessi avevano assistito, e dava alla Costituzione quel marchio popolare che fino a quel momento non aveva posseduto»⁷⁵. La conseguente mobilitazione popolare, poi, produsse anche numerosi cambiamenti nelle varie proposte prese in considerazione. Varie province sollevarono la questione dell'unanimità federale ai loro tribunali provinciali, mentre la Corte d'Appello del Manitoba che decise a favore del governo federale di Ottawa per soli 3 voti a 2, mentre la Corte Suprema del Newfoundland decise contro il governo federale di Ottawa, e dunque a favore di quello provinciale, con l'inequivocabile risultato di 3 voti a 0⁷⁶. Il governo di Ottawa fu costretto a portare la questione dinanzi alla Corte Suprema del Canada, che dichiarò che il governo federale poteva legittimamente rimpatriare unilateralmente la Costituzione, ma nella piena consapevolezza del fatto che questa scelta rompeva la prassi, fino ad allora adottata, di cercare un consenso sostanziale delle province (anche se non unanime)⁷⁷.

Dopo le prime conferenze dei ministri, tutte le province, eccezion fatta per il Quebec, firmarono il *Constitutional Act* del 1982. Il Quebec, al contrario, non ha ancora firmato tale documento (nonostante settanta dei settantacinque membri della delegazione del Quebec nel Parlamento federale ne sostengono l'approvazione)⁷⁸. In Quebec, il Partito Quebecois e

⁷² Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 110.

⁷³ Ivi, p. 114.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Simeon e Robinson, *State, Society and the Development of Canadian Federalism*, p. 276.

⁷⁶ Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 118.

⁷⁷ Con una chiara maggioranza – di sette a due – i giudici affermarono che il consenso delle province non era necessario. Allo stesso tempo una maggioranza di sei constatarono che «in termini di prassi costituzionale, le regole fondamentali non-scritte riguardanti l'uso appropriato della forza legale che erano state sempre un elemento essenziale nelle costituzioni britanniche e canadesi, presentavano, però, la necessità di ottenere “un livello sostanziale” di consenso da parte delle province»; Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 119.

⁷⁸ Nel 1975, il Quebec approvò la sua *Charte des droits et libertés de la personne* (parte I della *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11; si veda anche

gli intellettuali nazionalisti definirono il pacchetto costituzionale del 1982 come un «grande tradimento»⁷⁹ e come il più grande rifiuto fino ad allora espresso nei confronti del riconoscimento del Quebec stesso.

La vicenda del rimpatrio non poteva essere qualificata come un momento costituzionale democratico. La Costituzione rimpatriata fu rigettata dal governo provinciale che rappresenta la minoranza più importante presente in Canada. Visto, però, che non c'era nessun ostacolo di natura giuridica per procedere in tal senso, giudicare questo processo come un insuccesso costituzionale richiede una valutazione sull'indebolimento (o rafforzamento) che ne è derivato per la democrazia. Dal punto di vista procedurale, l'importanza del ruolo del Parlamento federale in questo processo dava un respiro nuovo ad un sistema fino ad allora incentrato su un insieme di negoziati intergovernativi con un impatto positivo (come si vedrà in seguito) dal punto di vista democratico⁸⁰. Il rimpatrio, però, non rompeva del tutto i ponti con il modello sintetico.

3.1.2 *Il Constitution Act del 1982*

In termini formali, il rimpatrio fu il risultato di una nuova legge approvata da Westminster, cioè il *Constitution Act* del 1982, che poneva fine ad un qualsiasi residuo di sovranità britannica sul Canada e allo stesso tempo dava valenza giuridica a un nuovo e più completo diritto fondamentale per il Canada (che comprendeva anche la cruciale Carta dei diritti)⁸¹.

In questo caso Londra appoggiò semplicemente un testo di natura costituzionale materiale, i cui contorni furono definiti dalle istituzioni canadesi. Westminster non concesse nulla, semplicemente rinunciò a qualsiasi futura pretesa sul Canada. C'era dunque un contrasto tra la forma e la sostanza, ma questo non metteva in dubbio la reale natura costituzionale del *Constitution Act* del 1982. La nuova Costituzione, costruita sul BNA Act del 1867, fu chiamata *Constitution Act* del 1982. Non c'era più, ovviamente, la necessità di una ratifica formale da parte del Parlamento britannico.

<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.HTM> – Ultimo Accesso: 15 Maggio 2012). La Carta del Quebec presenta garanzie ben più consolidate per i diritti all'uso della lingua francese e si mostra più adatta per il raggiungimento degli obiettivi collettivi rispetto alla Carta canadese.

⁷⁹ Cairns, *Disruptions*, p. 23.

⁸⁰ Per un elenco di modifiche introdotte nella Carta, vedasi Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 114.

⁸¹ Per una selezione di testi sul «rimpatrio», si legga Keith Banting e Richard Simeon, eds., *And No One Cheered: Federalism, Democracy & the Constitution Act*, Toronto, Methuen, 1983; Edward McWhinney, *Canada and the Constitution 1979-1982*, Toronto, University of Toronto Press, 1982; Guy LaForest, *Trudeau and the End of a Canadian Dream*, School of Policy Studies, Queen's University, 1995; Russell, *Constitutional Odyssey*.

L'unico cambiamento di grande importanza fu l'introduzione della Carta Canadese dei Diritti e delle Libertà, opportunamente redatta all'inizio del *Constitution Act* (parte I, 1-33). Quest'ultima fornisce diritti civili e politici di base, la libertà di movimento, protezioni contro le discriminazioni in generale, diritti di genere, diritti linguistici, e diritto all'istruzione. La Parte II (articolo 35) fa riferimento alla protezione dei diritti degli aborigeni. Nella parte III si trovano disposizioni per garantire eguali opportunità e un certo livellamento tra le province, mentre nella Parte V si inserisce una nuova procedura per modificare la costituzione canadese. L'articolo 92 del BNA Act fu modificato con l'obiettivo di rafforzare i poteri provinciali sulle risorse naturali non rinnovabili. Non si registrarono invece cambiamenti nell'assetto delle istituzioni democratiche.

Per quanto concerne la formula della modifica costituzionale, Ottawa proponeva lo strumento del referendum popolare a disposizione del governo federale, da utilizzarsi nel caso in cui si registrasse un disaccordo intergovernativo. Questa misura democratica fu bocciata dalle province. La formula per l'emendamento costituzionale, di conseguenza, si basò sulla cosiddetta procedura del 7/50 (il beneplacito dei due rami del Parlamento, abbinato al consenso da parte dei due terzi degli organi legislativi delle province che, ad ogni modo, devono rappresentare almeno il 50 per cento della popolazione) *oltre* all'unanimità dei governi sulla procedura di modifica costituzionale. Il consenso del Senato non era più necessario nella procedura di modifica costituzionale. Ciò che ci sembra fondamentale sottolineare, però, è che il *Constitution Act* del 1982, era ben più che una dichiarazione simbolica sulla normalità e appartenenza costituzionale canadese. Esso andava oltre segnalando con forza (soprattutto ai cittadini del Quebec) che il Canada non era più attaccato, per usare una metafora incisiva, alla «sottana» della madrepatria britannica⁸². Di conseguenza, il *Constitutional Act* del 1982 incorporava una Carta dei diritti fondamentali, segnando così il punto di rottura costituzionale rispetto al passato più significativo, che infatti poi diede origine alla «Carta Rivoluzionaria»⁸³. Lo scopo politico della Carta era quello di rafforzare i diritti individuali nella Costituzione e promuovere l'unità nazionale⁸⁴. Tutto ciò poteva essere interpretato come un tentativo di natura trasformativa che veniva visto secondo diversi punti di vista come: a) un mezzo per indebolire la forte impronta esecutivo-governativa che aveva contraddistinto la Costituzione nel periodo precedente alla comparsa sulla scena della carta; b)

⁸² Simeon e Robinson, *State, Society and the Development of Canadian Federalism*, p. 257.

⁸³ F. L. Morton e R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2000; A. C. Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights», in *The Chartering of Europe: The Charter of Fundamental Rights and Its Constitutional Implications*, ed. E. O. Eriksen, J. E. Fossum, e A. J. Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 2003.

⁸⁴ Webber, *Reimagining Canada*, pp. 83-84.

un veicolo per iniettare dosi maggiori di partecipazione dei cittadini nella vita costituzionale della Costituzione; e c) uno strumento per basare la Costituzione sulla sovranità popolare.

Un obiettivo centrale del governo federale, nel processo di riforma costituzionale, era quello di cambiare le dinamiche costituzionali indebolendo le capacità del governo del Quebec di incoraggiare un nazionalismo basato sostanzialmente sull'aspetto linguistico del francese. Per riuscirci, bisognava creare un'identità nazionale canadese comune (anche se con un tenore bilingue molto forte) e togliere simbolicamente il possesso della chiave costituzionale dalle mani del governo, e dunque, rapportandosi con i cittadini in qualità di detentori dei diritti⁸⁵. La spinta trasformativa tendeva, dunque, sia a dare maggiori poteri al privato cittadino, sia a riconfigurare i rapporti con la comunità modificandone le alleanze. L'inserimento della carta nel *Constitution Act* del 1982, indicava, dal punto di vista simbolico, un passaggio dalla «Costituzione di governo» alla «Costituzione dei cittadini»⁸⁶. Detto ciò, la Carta canadese si basava su un costituzionalismo democratico alquanto complesso che cercava di bilanciare il tentativo di creazione di una sensibilità comune nella comunità con le differenze e le distinzioni presenti all'interno della comunità tra i vari gruppi⁸⁷. Essa offriva un riconoscimento costituzionale speciale per una serie di gruppi, così come anche delle disposizioni che consentivano ai soggetti governativi di scegliere di non applicare certe disposizioni contenute nella Carta dei Diritti, lanciando quindi la sua originale miscela di costituzionalismo basato su diritti e democrazia maggioritaria grazie alla cosiddetta clausola derogatoria⁸⁸.

Allo stesso tempo, nell'istituire il bilinguismo come un obbligo per l'intera nazione e non permettendo ai governi di non applicare le disposizioni sulla lingua, la Carta fu creata per facilitare la promozione del nazionalismo provinciale (in particolare in Quebec).

⁸⁵ Cairns, *Disruptions*; Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights».

⁸⁶ Cairns, *Disruptions*; Cairns, *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992; Cairns, *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change*.

⁸⁷ Gli articoli particolarmente importanti erano 15, per quanto concerne i diritti d'uguaglianza (razza, origine etnica o nazionalità, colore, religione, sesso, età, limitazioni fisiche o mentali); 23, per quanto riguarda i diritti alla tutela dell'istruzione della minoranza linguistica; 25 sui diritti degli aborigeni ed infine 27 sul patrimonio multiculturale.

⁸⁸ L'articolo 33 della Carta, la cosiddetta clausola derogatoria, consente ai governi (federale e provinciale) di essere esentati (procedimento meglio noto come *opt-out*) dall'applicazione dell'articolo 2 o degli articoli che vanno dal 7 al 15 della Carta per periodi rinnovabili di cinque anni ciascuno. Uno strumento simile anche se più debole si trova nell'articolo 1 con la clausola dei limiti ragionevoli, grazie alla quale i diritti tutelati nella carta sono soggetti a «dei limiti ragionevoli prescritti dalla legge la cui giustificazione è facilmente dimostrabile in una società libera e democratica».

Il *Constitutionl Act* del 1982 conteneva una serie di disposizioni che ammettevano il riconoscimento dei popoli aborigeni del Canada⁸⁹. Questa fu una mossa importante per mettere alle spalle la presa di posizione politica, più o meno esplicita, a favore dell'assimilazionismo nella gestione della questione dei nativi, in voga da circa un secolo (tra l'altro mai accettata da molti Indiani, Meticci o Induisti). Il riconoscimento costituzionale esplicito del popolo aborigeno in Canada rifletteva il tentativo di soddisfare un elemento importante del pluralismo costituzionale canadese che era stato ampiamente ignorato, se non addirittura messo da parte. La nuova Costituzione offriva una qualche forma di riconoscimento dei diritti esistenti e alcune garanzie d'accesso e partecipazione in negoziati futuri. Le disposizioni costituzionali, quindi, obbligavano la maggior parte della società a riconsiderare i termini di coesistenza con gruppi fino ad allora esclusi o emarginati, all'interno di un processo di trattativa costituzionale, ma non fornivano una soluzione chiara e definitiva della questione⁹⁰.

Riassumendo, la Carta fu voluta per creare un senso di sovranità popolare, dove la diversità venisse sottoposta alla nozione di costituzionalismo democratico, che avrebbe dovuto portare i cittadini a considerarsi parte di un contesto multiculturale, piuttosto che di uno monoculturale rispondente ai tipici aspetti nazionalisti. La Carta (e le sue disposizioni sugli aborigeni) puntava ad una trattativa plurale tra questi stessi soggetti all'interno della cornice costituzionale, ancorata esplicitamente sulla nozione di autonomia individuale ispirata ai diritti di base, dove i governi cercano di conservare un ruolo cruciale nel processo di modifica costituzionale. Il risultato fu quello di proseguire sul percorso tracciato dalla sintesi costituzionale. Il pacchetto per il rimpatrio costituzionale, comunque, alterava alcuni aspetti della sintesi. Con l'inserimento della Carta, prese forma l'elaborazione di visioni costituzionali e della comunità che riflettessero il più possibile gli aspetti plurali del Canada nell'interfacciarsi delle assemblee rappresentative, delle trattative intergovernative, e dei tribunali (in particolare attraverso le cause promosse dalla Carta e la gestione dei diritti reclamati dagli aborigeni). Questo processo avrebbe dovuto essere anche un po' più sensibile nei confronti dei diritti che da poco erano entrati a far parte della Carta.

3.2 *La vita costituzionale dopo il 1982*

Sebbene, come abbiamo visto nella sezione precedente, il processo di rimpatrio della Costituzione avvenne fondamentalmente sotto la guida e

⁸⁹ Vedasi in particolare la parte II, articolo 35. Anche nell'articolo 25 della Carta si fa osservare che i diritti della carta non possono essere «abrogati o derogati da una qualsiasi norma aborigena, trattato per gli aborigeni, diritti o libertà che appartengono alle popolazioni aborigene del Canada [...]».

⁹⁰ Il *Constitution Act* originario, del 1982 conteneva anche una disposizione, l'articolo 37.1, dove si affermava che si sarebbe dovuta celebrare una conferenza costituzionale sulle questioni aborigene e quelle riguardanti il Nord del Paese entro l'anno.

all'interno del quadro intergovernativo (Conferenza dei Primi Ministri), esso riuscì a produrre un forte grado di mobilitazione sociale ed effetti di democratizzazione⁹¹. Tutto ciò, naturalmente va collegato al ruolo del Parlamento, così come al ruolo simbolico e al contempo sostanziale della Carta, che ricordava ai cittadini che, in qualità di portatori di diritti, non potevano accontentarsi di un sistema costituente in cui i capi di governo semplicemente negoziano accordi tra di loro. In questo modo, la dinamica democratica del processo di rimpatrio abbinandosi all'inserimento della Carta stessa nel *Constitution Act* del 1982, portava alla ribalta due interrogativi cruciali che da quel momento in avanti l'avrebbero fatta da padrone nella gestione degli affari costituzionali canadesi: quali sono i partecipanti legittimati in un processo costituente? In che modo il processo può organizzarsi per favorire l'inclusione dei partecipanti legittimi?

Queste importanti questioni di natura normativa furono oggetto di dibattito all'interno di un contesto fortemente politicizzato. La provincia del Quebec non riuscì a firmare il *Constitution Act* del 1982, e rifiutò anche l'offerta di partecipare ad ulteriori tornate di riforma costituzionale. Ciò significa che quando i Primi Ministri discussero delle questioni degli aborigeni nel 1983, il Quebec presenziò al dibattito, ma solamente in qualità di osservatore. Inoltre, buona parte del settore politico anche al di fuori del Quebec, non voleva consolidare questo *status quo*.

3.2.1 L'Accordo di Meech Lake

Un cambiamento nella guida politica sia nel governo federale di Ottawa che nel Quebec diede nuovo slancio verso un ulteriore cambiamento costituzionale. Il primo ministro conservatore Brian Mulroney sostituì il liberale Pierre Trudeau nel 1984. Mulroney fece una campagna elettorale incentrata sulla necessità di ottenere anche la sottoscrizione del Quebec al *Constitution Act*, in modo tale che anche il Quebec potesse entrare a far parte, a tutti gli effetti, della famiglia costituzionale «con onore ed entusiasmo»⁹². Una nuova tornata di riforme fu messa in moto e si concluse con l'Accordo di Meech Lake nel 1987. Il fondamento logico alla base dell'Accordo di Meech Lake fu quello di garantire che il governo del Quebec desse il proprio assenso al *Constitution Act* e che i cittadini del

⁹¹ Per avere una panoramica sulle varie posizioni riguardanti gli effetti di mobilitazione politica provocati dall'avvento della Carta, si legga I. Brodie e N. Nevitte, «Evaluating the Citizens' Constitution Theory», *Canadian Journal of Political Science*, 26 (1993), n. 2, pp. 235-259; I. Brodie e N. Nevitte, «Clarifying Differences: A Rejoinder to Alan Cairns's Defence of the Citizens' Constitution Theory», *Canadian Journal of Political Science*, 26 (1993b), n. 2, pp. 269-272; A. C. Cairns, «A Defense of the Citizens' Constitution Theory: A Response to I. Brodie and N. Nevitte», *Canadian Journal of Political Science*, 26 (1993), n. 2, pp. 261-267. Vedasi anche Charles Epp, *The Rights Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

⁹² Cairns, *Disruptions*, p. 223.

Quebec ammettessero che la Costituzione dava un giusto riconoscimento al loro contributo specifico fornito al Canada e alla sua indole così diversa dagli altri, grazie all'inserimento della clausola di «società diversa»⁹³. La clausola della società diversa cercava di essere «una clausola interpretativa costituzionale di grande peso, grazie alla quale i giudici della Suprema Corte possono interpretare la carta nel suo complesso, alla luce di questa realtà sociologica, eccezione fatta per gli articoli 25 e 27 (che si occupano rispettivamente di diritti e tutele per gli aborigeni, e dei diritti multiculturali)»⁹⁴.

L'Accordo di Meech Lake, sebbene inizialmente riguardasse semplicemente l'ammissione dello status differente del Quebec, divenne poi una questione d'interesse per tutte le province. In una serie di incontri bilaterali, il governo federale e quello del Quebec trovarono un'intesa che le altre province avrebbero dovuto accettare, con il tacito accordo che successivamente si sarebbe tenuta un'altra tornata di incontri a livello provinciale per premiare lo sforzo delle province nell'autolimitarsi in questa fase⁹⁵. L'idea secondo la quale tutte le province erano uguali si rifletteva nel processo di configurazione degli estremi dell'accordo (e nel preambolo dello stesso), nel senso che fu negoziato in stretta collaborazione tra gli undici capi di governo provinciali e federale⁹⁶. L'accordo andava ratificato da ciascuno di questi undici governi, tra provinciali e governo federale, (con l'approvazione del corpo legislativo) entro tre anni dalla pattuizione delle nuove regole per la modifica costituzionale. Durante questo periodo, in tre province e nel governo federale si tennero le elezioni. L'accordo fu molto impopolare, circostanza che ebbe dei riflessi sui risultati elettorali (nell'elezione federale, l'accordo fu eclissato dalla battaglia sull'accordo di libero commercio con gli Stati Uniti, che riportò Mulroney al potere con il forte appoggio del Quebec). Nella provincia del Newfoundland, il nuovo primo ministro Clyde Wells divenne il vero leader del movimento anti-Meech e lo respinse, così come fece il Manitoba. L'opposizione a tale accordo proveniva principalmente dall'area politica di sinistra e da molti gruppi d'interesse che da poco iniziavano a considerarsi anch'essi operatori costituzionali, in particolar modo i gruppi per la tutela dei diritti delle donne e degli aborigeni. Anche Pierre Trudeau si oppose verbalmente a questo accordo⁹⁷.

⁹³ Nella proposta d'emendamento dell'articolo 2.1 (b) del *Constitution Act* si afferma che «la Costituzione del Canada va interpretata d'accordo con [...] (b) il riconoscimento del fatto che il Quebec costituisce una società diversa all'interno del Canada».

⁹⁴ M. D. Behiels, «Deciphering the Distinct Society Clause: Introduction», in *The Meech Lake Primer: Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, ed. M. D. Behiels, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, pp. 141-142.

⁹⁵ Cairns, *Disruptions*, p. 225.

⁹⁶ Cairns, *Disruptions*; Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), pp. 127-153.

⁹⁷ Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), 127-153.

L'accordo di Meech Lake non andò a buon fine per la forte opposizione popolare nei confronti del modo poco trasparente, e praticamente basato sulle élites, con cui fu stabilito, e anche perché questo si fondava su «una teoria costituzionale inadeguata e ormai sorpassata»⁹⁸. Anche i gruppi per la difesa dei diritti delle donne reagirono negativamente alla regola della «società diversa» redatta appositamente per il Quebec⁹⁹. I leader che avevano plasmato l'accordo in gran segreto, ovviamente lo difendevano in pubblico, spinti dal modello di pensiero costituzionale utilizzato nel periodo precedente alla Carta, quando gli operatori costituzionali chiave erano i governi, e dove gli alti funzionari appartenenti al potere esecutivo erano incaricati di portare avanti il processo costituente¹⁰⁰. La reazione dell'opinione pubblica, ad ogni modo, era ispirata dal costituzionalismo democratico della Carta e del *Constitution Act* del 1982, che considerano i cittadini come attori costituzionali¹⁰¹. I cittadini, inoltre, lanciarono la loro sfida contro i privilegi del potere esecutivo, sollevando la questione su come si sarebbe dovuto portare a termine un processo costituente legittimo dal punto di vista democratico.

Il destino dell'Accordo di Meech Lake dimostra che una società mobilitata dalle norme del costituzionalismo democratico non avrebbe potuto accettare una teoria e un sistema di modifica costituzionale che privilegiasse i governi ed escludesse i cittadini. Una volta che il genio del costituzionalismo democratico era riuscito a uscire fuori dalla bottiglia, non fu facile controllarlo e ancor meno riporlo nuovamente al suo posto. Questa è la lezione che gli europei devono tenere a mente, e su questo punto vale la pena insistere¹⁰².

Il primo ministro Mulroney, i nazionalisti del Quebec, e molti sostenitori dell'accordo parlavano del fallimento dell'Accordo di Meech Lake come del più grande tradimento consumato nei confronti del Quebec¹⁰³. Anche gli aborigeni premevano per l'autogoverno, e dato che le disposizioni sull'autogoverno contenute nell'accordo naufragarono insieme a

⁹⁸ Cairns, *Disruptions*, p. 246.

⁹⁹ «La Corte Suprema del Canada è l'istanza giurisdizionale finale d'appello per tutto il Canada, incluso il Quebec. I casi provenienti dal Quebec che riguardano i conflitti tra uguaglianza di genere e la diversità riconosciuta alla sua società faranno parte, una volta decisi dalla nostra Alta Corte, della nostra giurisprudenza così da poter essere citati in altri casi inerenti l'uguaglianza di genere, che sorgano altrove in Canada. Dunque non è poi così vero che il rapporto tra l'uguaglianza di genere e la diversità della società sia una questione meramente interna al Quebec»; M. Eberts, «Why Are Women Being Ignored?», in Behiels, «Deciphering the Distinct Society Clause: Introduction», p. 316.

¹⁰⁰ Cairns, *Disruptions*, pp. 108-138, 223-263.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² J. E. Fossum, «On Democratizing European Constitution Making: Possible Lessons from Canada's Experience», *Supreme Court Law Review*, 37 (2007), pp. 343-381.

¹⁰³ Cairns, *Disruptions*, p. 228.

quest'ultimo, cercarono di riaprire una nuova tornata di riforme costituzionali¹⁰⁴. Lo stesso valeva per il Quebec. Salvo in caso di nuovo accordo, i leader politici del Quebec annunciavano che avrebbero riconsiderato il proprio ruolo nella federazione, e che avrebbero considerato la secessione tra le possibili opzioni sul tavolo. La questione centenaria su come trattare il pluralismo costituzionale del Canada restava ancora un tema cruciale nell'agenda costituzionale del Paese, ma adesso andava trattato in un contesto costituzionale in cui i cittadini canadesi avevano riposto aspettative democratiche ancora più forti rispetto al passato.

3.2.2 *L'accordo di Charlottetown*

Il principale sforzo successivo per arrivare a un cambiamento costituzionale formale, che portò all'Accordo di Charlottetown, fu molto più aperto e consultivo rispetto al processo che caratterizzò il rimpatrio costituzionale. Coloro che ne furono incaricati ammisero la necessità di dar vita ad un processo più aperto rispetto a quello di Meech Lake¹⁰⁵. Nonostante ciò, però, nel momento in cui si lanciò il processo, non era stato per nulla previsto che il pacchetto di riforme risultante dai negoziati fosse sottoposto all'approvazione diretta del corpo elettorale. Un tale bisogno affiorò solo quando i negoziati si conclusero. «Lo sviluppo di proposte costituzionali si distaccò completamente dalla procedura referendaria»¹⁰⁶. Siamo dinanzi ad un altro chiaro parallelismo con il processo di Laeken nell'UE, di cui si è trattato abbondantemente nel Capitolo 4. La dinamica del processo di Charlottetown emerse come il risultato di un fallimento preannunciato. Il suo carattere molto più aperto era la prova dell'esplicito tentativo di andare al di là di negoziati che coinvolgessero solamente i governi. Il processo, ad ogni modo, fu determinato in gran misura dal peso dell'ultimatum del Quebec.

Il processo di Charlottetown fu molto più intenso e completo rispetto a quello di Meech Lake, la cui logica fu rovesciata completamente, in quanto il dibattito costituzionale cominciò coinvolgendo le commissioni parlamentari e delle mini-convenzioni costituzionali a livello regionale nonché, cosa ancor più importante, coinvolgendo l'opinione pubblica di ogni zona del Paese¹⁰⁷. Dopo la fase di consultazione, i documenti e le proposte furono consegnate ai capi di governo (alla presenza anche di una rappresentanza degli aborigeni), che negoziarono tra loro¹⁰⁸.

Durante il processo di Charlottetown, essendo questo abbastanza aperto e caratterizzato da intensi dibattiti, un gran numero di temi furono posti

¹⁰⁴ Russell, *Constitutional Odyssey*, p. 155.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 156-1 68.

¹⁰⁶ Ivi, p. 207.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 190 ss.

¹⁰⁸ Ivi, p. 193.

in primo piano nell'accordo risultante. Dal punto di vista dei cambiamenti simbolici, sostanziali e istituzionali, e in termini normativi, l'Accordo di Charlottetown era molto più completo e complesso rispetto al suo predecessore accordo di Meech Lake, o addirittura rispetto al rimpatrio del 1982. Con riferimento a Meech Lake, l'accordo di Charlottetown ampliava la portata del principio di riconoscimento dell'identità diversa del Quebec anche agli aborigeni¹⁰⁹. Sebbene, infatti, fu pensato inizialmente come un sforzo per correggere la presunta ingiustizia storica nei confronti del Quebec, l'Accordo di Charlottetown cercava ancor più di invertire la rotta su una questione che il popolo considerava come un caso di ingiustizia storica: la situazione critica dei nativi del Canada¹¹⁰. Questa situazione andava bilanciata con la protezione dell'uguaglianza e la consapevolezza di vari tipi di differenze, come quelle etniche, razziali, provinciali, linguistiche e di genere. L'accordo, perciò, fu il risultato di uno sforzo complessivo per far quadrare quattro idee di uguaglianza: fra cittadini, fra le province, fra due nazioni, e nei confronti degli aborigeni. «Il prodotto finale fu un documento che forse faceva appello ad una concezione della giustizia non del tutto chiara»¹¹¹.

I canadesi, successivamente, furono chiamati ad accettare o bocciare uno dei principali cambiamenti, dal punto di vista sostanziale, nelle istituzioni canadesi sin dalla loro nascita, in due referendum popolari tenuti simultaneamente nel resto del Canada (acronimo in inglese ROC) e in Quebec. Quest'evento spinse Russell ad osservare che «il 26 ottobre del 1992, il popolo canadese, per la prima volta nella sua storia di comunità politica, ha recitato il ruolo di autorità costituzionale dotata di un potere decisivo sulle sorti del Canada»¹¹².

L'accordo fu bocciato in entrambi i referendum. Il popolo canadese (e non semplicemente quello del Quebec) apparentemente poteva fornire soltanto un chiarimento costituzionale di natura negativa¹¹³. L'accordo offriva un riconoscimento costituzionale rispetto a ciò che divideva i canadesi, piuttosto che su ciò che li univa. Buona parte del popolo che votò contro l'accordo pensava di avere in comune molto di più di quanto non rispecchiava l'accordo stesso¹¹⁴. Era un pacchetto completo fatto di rifer-

¹⁰⁹ Cairns, *Reconfigurations*, pp. 216-237.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Alain Noel, «Deliberating a Constitution: The Meaning of the Canadian Referendum of 1992», in *Constitutional Predicament: Canada After the Referendum of 1992*, ed. C. Cook, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 1994, pp. 64-88, a p. 75.

¹¹² Russell, *Constitutional Odyssey* (2nd ed. 1993), p. 190.

¹¹³ Ivi, p. 5.

¹¹⁴ Pierre Trudeau articolò questa visione in modo chiaro, dichiarando che l'accordo «avrebbe istituzionalizzato il battibecco costituzionale» laddove i diritti collettivi avrebbero prevalso su quelli individuali, visto che l'accordo avrebbe creato una «scala gerarchica di classe tra i cittadini» e che «il ricatto (da parte del Quebec)

me di vario genere, e ben pochi lo appoggiarono interamente (solo il 12 per cento era d'accordo con tutte e sei le proposte)¹¹⁵. Inoltre, nonostante il Primo Ministro Mulroney sosteneva, nella fase iniziale del processo, che era «l'ultima e migliore opportunità del Canada per sopravvivere», molti cittadini non cedettero dinanzi a questo tipo di minacce. Molti (il 45 %) pensavano che ci sarebbero state ulteriori opportunità per aprire trattative costituzionali¹¹⁶, ma ciò non avvenne.

La vittoria di stretta misura del fronte del «no» (50,6%) nel referendum in Quebec evidenziava la necessità di fare chiarezza sulle procedure per la secessione, stabilite nell'opinione rilasciata dalla Suprema Corte nel 1998 e nel *Clarity Act*¹¹⁷. Dal quel momento in poi, gli attori dotati di potere decisionale cercarono di lasciare in sospeso la questione costituzionale. L'erezione di barriere più alte per la modifica costituzionale fu una conseguenza del «prestito» del potere di veto fatto dal governo federale alle province, molte delle quali avevano introdotto il requisito del referendum per approvare una modifica costituzionale. «Il corpo elettorale, impregnato dalla coscienza dei propri diritti e consapevole del proprio ruolo nella Costituzione, non è disposto a rimettere nelle mani delle leadership dei governi il potere decisionale, cosa che la formula dell'emendamento costituzionale sembra presupporre»¹¹⁸.

3.2.3 La catarsi costituzionale?

Il rimpatrio costituzionale canadese aveva uno scopo trasformativo, ma non arrivò a dare vita ad un momento costituzionale coronato da successo. Il processo successivo al rimpatrio si rivelò principalmente una battaglia per il riconoscimento, e la trasformazione costituzionale fu carica di conflitti. Si mobilitarono concezioni della comunità politica diverse e spesso in contraddizione, ma il processo non degenerò mai nella violenza. È su queste basi che sosteniamo il fatto che il modo migliore per comprendere tale processo è quello di considerarlo come un processo catartico di chiarimento costituzionale di difficile gestione. Con la catarsi costituzionale, pensiamo ad un processo di contestazione costituzionale pacifica particolarmente intenso – se non addirittura traumatico – con

sarebbe continuato»; citato in Richard Johnston, Neil Nevitte, Andre Blais, and Elisabeth Gidengil, eds., *The Challenge of Direct Democracy: The 1992 Canadian Referendum*, Kingston & Montreal, McGill-Queens University Press, 1996, p. 69.

¹¹⁵ H. D. Clarke, A. Kornberg, e P. Wearing, *A Polity on the Edge: Canada and the Politics of Fragmentation*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2000, p. 97.

¹¹⁶ Ivi, pp. 97-102.

¹¹⁷ Si tratta di un Atto che soddisfa il requisito della chiarezza, così come predisposto nel Parere fornito dalla Corte Suprema del Canada in riferimento alla questione secessionista del Quebec, 2000, C-26, consultabile all'URL: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.8/FullText.html>> (Ultimo accesso: 15 Maggio 2012).

¹¹⁸ Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights», p. 109.

inevitabili effetti democratici¹¹⁹. La catarsi fece scattare la scintilla per rompere l'*impasse* intergovernativa, operando un'apertura su un sistema costituente chiuso alla partecipazione e al controllo esercitato dall'opinione pubblica. I cittadini, però, furono solo parzialmente coinvolti in un processo che si svolgeva ancora *all'interno* dei confini generici dei rapporti intergovernativi. I cittadini sperimentavano delle imprevedibili e instabili aperture e chiusura del processo che non trovavano giustificazione in una teoria costituzionale adeguata, che provocavano incertezza. Essi diventavano a vario titolo spettatori e partecipanti diretti in politiche di alto livello, contrassegnate da giochi di potere tra i primi ministri, da azioni strategiche e minacce (di secessione e disfacimento) fatte secondo la logica del rischio politico calcolato. I cittadini vedevano questo sistema come una contrattazione sui loro diritti, una ridefinizione di questioni e interessi, un'organizzazione di determinati interessi ed esclusione di altri, e infine osservavano l'uso da parte delle *élites* della Costituzione come mera risorsa strategica per le loro trattative. Questo processo, benché traumatico, aveva degli effetti di democratizzazione evidenti, e dava luogo all'impostazione di un accordo sui principi liberali fondamentali della democrazia e dello stato di diritto¹²⁰.

Il primo effetto fu quello di riconfigurare la concezione di giustizia: gruppi deboli ed emarginati ricevevano una qualche forma di riconoscimento costituzionale. La trasformazione costituzionale del Canada, quindi, aiutava a trasferire gli standard di giustizia, almeno quelli articolati nei negoziati intergovernativi¹²¹. Nel periodo anteriore alla Carta, questi venivano modellati dalla necessità percepita di venire incontro al nazionalismo del Quebec. Tutto ciò, adesso, doveva competere con il bisogno di rettificare l'ingiustizia storica nei confronti degli aborigeni e soddisfare le richieste provenienti da altri gruppi presenti nella società canadese (gruppi per la protezione dei diritti delle donne, di lesbiche e omosessuali, e dei disabili). Sembra che l'apertura del processo in quanto tale abbia aiutato a classificare i conflitti e gli interessi in un modo che fosse maggiormente

¹¹⁹ Fossum, «On Democratizing European Constitution Making: Possible Lessons from Canada's Experience».

¹²⁰ C. Taylor, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 1993.

¹²¹ Una prova del valore apportato da questi cambiamenti si ritrova in Paul M. Sniderman, Joseph F. Fletcher, Peter H. Russell, e Philip E. Tetlock, *The Clash of Rights: Liberty, Equality and Legitimacy in Pluralist Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997. Andrebbe aggiunto il fatto che l'abilità dell'esecutivo guidato da Harper di governare così come fa, ci suggerisce che il valore di questi cambiamenti non ha bisogno di trasformarsi in azioni concrete. Bisognerebbe anche aggiungere che non vi è un consenso accademico sugli effetti benefici della Carta. Per alcune voci critiche su insuccessi ed inefficienze, vedasi Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, Toronto, University of Toronto Press, 1997; Allan C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

in linea con l'intuitiva concezione di giustizia della gente (cioè la rettifica sia dell'ingiustizia storica che di quella contemporanea)¹²².

Il secondo effetto fu quello di aumentare la riflessività costituzionale. Il sistema politico canadese sembra aver sviluppato dei principi più chiari su questioni come quella del separatismo del Quebec. La Corte Suprema riteneva incostituzionale la secessione unilaterale, ma comunque possibile, nel caso in cui si desse piena soddisfazione a una serie di requisiti procedurali¹²³. Tutto ciò si riferiva sia ai criteri di giustizia così come alla necessità di deliberare e consultare. Su questa questione, dopo tre decenni di tentativi per trovare una soluzione soddisfacente per le parti, si riconosceva la necessità di una cornice democratica che disciplinasse la secessione. Su questo punto, il Canada è arrivato prima dell'UE.

Finalmente, dunque, norme democratiche di maggiore inclusione permeavano il sistema politico: i separatisti del Quebec giustificano la separazione sempre più in questi termini, fino ad arrivare ad etichettare il Quebec come una società multiculturale e quindi facendosi voce del carattere multiculturale del Canada.

Infine, possiamo far osservare che la trasformazione costituzionale non poteva mettere fine ad un certo stile accomodante di una politica canadese ancora legata all'approccio intergovernativo, ma forniva a questo processo un fondamento più ispirato ai principi appena citati.

4. Una lezione sintetica canadese per l'Europa?

Grazie al rimpatrio, il Canada fu sottoposto alla trasformazione costituzionale più importante, abolendo le tracce rimanenti dell'iniziale ordinamento costituzionale derivato. La Carta fu essenziale nella trasformazione costituzionale, godendo di un grande appoggio popolare in tutto il Paese¹²⁴. Abbiamo anche visto che il rimpatrio fu alquanto originale in termini costituzionali, somigliando più a un momento costituzionale *manqué* che ad un completo oltrepassamento dell'originale miscela canadese di sintesi costituzionale. Ciononostante, il fatto che si parlasse di «Costituzione dei cittadini» rappresentava un cambiamento di grande rilievo simbolico. Si dava, in questo modo, potere ai cittadini e s'introducevano cambiamenti

¹²² Fossum, «On Democratizing European Constitution Making: Possible Lessons from Canada's Experience».

¹²³ In riferimento alla secessione del Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217. Si veda anche Alain-G. Gagnon e James Tully, eds., *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

¹²⁴ I sondaggi d'opinione dimostrano con evidenza il forte appoggio a livello nazionale nei confronti della Carta, J. F. Fletcher e P. Howe, «Public Opinion and Canada's Courts», in *Judicial Power and Canadian Democracy*, ed. Paul Howe e Peter H. Russell, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2001, pp. 257-259; Cairns, «The Canadian Experience of a Charter of Rights», p. 105.

nei rapporti inter-istituzionali, sia in termini orizzontali che verticali, tutti comunque con implicazioni democratiche. Ognuno di questi fu ottenuto grazie al *fallimento del processo di ratifica, e non ai successi costituzionali*. Siamo dinanzi ad un risultato per certi versi ironico, dove il rimpatrio costituzionale in Canada, che non riuscì ad ottenere l'appoggio da parte di tutti i principali attori costituzionali, determinò comunque una trasformazione costituzionale di grande rilievo grazie all'accettazione della Carta dei Diritti Fondamentali da parte di una larga maggioranza di canadesi.

Ciò suggerisce che il parallelismo tra l'UE ed il Canada è meno evidente in questa seconda fase, successiva al rimpatrio costituzionale canadese. L'UE sembrava volesse intraprendere una trasformazione costituzionale simile con Laeken, ma questa venne bocciata nei referendum indetti in Francia ed in Olanda. I governi nazionali, infatti, trovarono modi e strumenti – incluso quello di sostenere che buona parte del Trattato Costituzionale fosse una mera riforma del Trattato, per evitare la politicizzazione del processo di ratifica – per chiudere le crisi sulla ratifica facendo passare la riforma fondamentale sotto le spoglie del Trattato di Lisbona. Se questo trattato, accettato da tutti gli operatori costituzionali (cioè i governi) principali, avesse goduto o meno di un appoggio popolare simile, fu un interrogativo ancora fuori discussione.

Dopo ogni sforzo costituzionale rilevante sia in Canada (1982) che nell'UE (processo di Laeken), le *élites* ripristinavano modelli essenzialmente intergovernativi basati sulle conferenze dei primi ministri (in Canada, Meech Lake, nell'UE, Lisbona). La differenza importante da sottolineare è che in Canada, l'Accordo di Meech Lake incontrò una forte resistenza nell'opinione pubblica e per questo fu liquidato, mentre nell'UE, il Consiglio europeo fece passare Lisbona semplicemente omettendo l'etichetta costituzionale, quindi indebolendo nei fatti il legame tra la democratizzazione dell'Unione ed il costituzionalismo democratico. L'accordo trovato a Lisbona, infatti, indebolisce maggiormente la base normativa su cui deve fondarsi il progetto di democratizzazione dell'UE. Per questo motivo è utile prestare attenzione alla *differenza* importante tra il Canada e l'UE, e cioè l'effetto di lungo periodo giocato dalla Carta Rivoluzionaria *nonostante* gli insuccessi nella ratifica, oltre alla consistenza della cornice istituzionale democratica.

In primo luogo, la Carta Rivoluzionaria riuscì a radicarsi perché godeva *dell'accettazione* di un gran numero di cittadini, perfino in Quebec, che non ha ancora formalmente sottoscritto il *Constitution Act* del 1982. Questo successo consentì alla Carta di promuovere un patriottismo costituzionale in tutto il Paese basato sui diritti (dal punto di vista dell'obbedienza, debole e riflessivo, e dunque più tenue), infondendo anche un senso di forte identità democratica della costruzione costituzionale finalmente in vigore. La struttura statale, inoltre, conferì al tutto una credibilità normativa che servì a dare stabilità al processo. Le turbolenze costituzionali avvennero all'interno di una struttura di governo già pienamente democratico-rappresentativa su entrambi i livelli. Queste disposizioni, con forte presa sull'opinione pubblica, agirono da strumenti per il consolidamento demo-

cratico, così come da valvole di sicurezza democratiche di grande valore. Servirono a fornire e interpretare le informazioni, furono utilizzate come strumento per esercitare il controllo sui detentori dei pubblici poteri, ed essendo a favore dell'inclusione sia di persone che di nuovi argomenti, si offrirono come piattaforma per la mobilitazione politica. Esse servirono anche per affrontare il grande fragore nell'opinione pubblica contro il sistema costituente chiuso e poco trasparente dei FMCs (ossia le Conferenze Intergovernative). La forte istituzionalizzazione delle istituzioni democratiche, infatti, rendeva palpabile continuamente l'importanza e la rilevanza dei criteri democratico-costituzionali ormai familiari, e allo stesso tempo, questo sistema conteneva anche importanti strumenti di mobilitazione e sanzione con cui limitare il raggio d'azione delle forze centrifughe.

Il processo canadese di catarsi costituzionale fu guidato da attori con concezioni costituzionali in competizione tra loro e senza un accordo sul modo in cui il processo avrebbe dovuto svolgersi. Questa descrizione dovrebbe avere una certa risonanza tra gli osservatori della politica costituzionale europea. Il caso canadese, inoltre, dimostra che un processo anche se volatile può contribuire ad arrivare ad un chiarimento costituzionale, infatti, la catarsi costituzionale ha consentito ai canadesi di centrare quattro obiettivi di rilievo:

- 1) il rafforzamento della lealtà verso le norme e i procedimenti democratici basilari;
- 2) un insieme di precetti costituzionali grazie ai quali il dibattito sul soggetto politico e sulla comunità può continuare senza destabilizzare il soggetto politico (infatti, la sentenza della Corte Suprema sulla secessione, e il *Clarity Act* prevedono disposizioni per la secessione democratica);
- 3) un approccio alternativo per la coesistenza nella comunità. Il modello nazionale è quello che si dà luogo ad un senso di fedeltà scontato da parte dei cittadini. Quello canadese, invece, si contraddistingue in quanto fa leva sulla discussione e sulla riflessività. Il sistema, dunque, sembra più portato a creare il dibattito (*voice*) che la fedeltà (*loyalty*)¹²⁵;
- 4) la consapevolezza del rischio di *giudiziarizzazione*. La catarsi costituzionale era di una chiarezza cristallina sull'importanza cruciale di un governo rappresentativo adeguatamente radicato, fondamentale per fornire orientamenti politici chiari e per aiutare a tenere a freno eventuali *dérapiages* giudiziari, che possono avere conseguenze serie dal punto di vista democratico.

¹²⁵ Fossum, «On Democratizing European Constitution Making: Possible Lessons from Canada's Experience». Vedasi anche J. E. Fossum, «Constitutional Patriotism: Canada and the European Union», in *Constituting Communities: Political Solutions to Cultural Difference*, ed. P. Mouritsen e K. E. Jørgensen, London, Palgrave, 2008, pp. 138-161.

Su questa base, sosteniamo che la trasformazione successiva al rimpatrio costituzionale in Canada abbia favorito la sintesi costituzionale e quindi aiutato a dare stabilità alla sintesi stessa. La Carta amplificava lo status simbolico-costituzionale dei diritti fondamentali, in modo tale che la democrazia canadese, adesso, riesce a conciliare il modello democratico maggioritario con i diritti individuali basilari secondo uno stile piuttosto *sintetico* (una Carta dei diritti vincolante, moderata dalla «clausola derogatoria» per venire incontro alla diversificazione provinciale nel momento in cui gli organi legislativi provinciali assumono la rischiosa decisione, dal punto di vista politico, di dichiarare l'inapplicabilità nella legislazione provinciale di alcuni diritti presenti nella Carta)¹²⁶. Ciò emerge anche nei diritti linguistici contenuti nella Carta per cercare di conciliare la diversità tra la comunità linguistica francese e quella inglese, attraverso l'impegno assunto su scala nazionale a favore del bilinguismo, e nonostante la forte reazione contraria del Quebec fu la prova del fallimento di questo tentativo; e si vede anche nella maggior attenzione prestata alle questioni e agli interessi degli *aborigeni*. Questo, infatti, risulta essere l'aspetto più ambiguo dell'evoluzione costituzionale del Canada, ossia il tentativo di sviluppare una sintesi praticabile basata su una concezione composita e al contempo complessa della comunità di riferimento¹²⁷.

5. Conclusioni

In questo capitolo, abbiamo visto come l'organizzazione costituzionale canadese sia cambiata. Il periodo iniziale precedente al rimpatrio costituzionale, viene segnato da un graduale processo di rimozione della zavorra coloniale. Si trattò di un processo difficile a causa del pluralismo costituzionale interno e della disputa sull'indole del soggetto politico e sulla natura della comunità, con effetti occasionalmente deleteri. Sembra quasi una trasformazione costituzionale al contrario, che aiutava a mantenere in vita questa posizione a favore del vuoto costituzionale.

Gli sviluppi politici sia interni che internazionali dagli anni Sessanta in poi resero questa situazione sempre più insostenibile, e si arrivò quindi al rimpatrio costituzionale degli inizi degli anni Ottanta. Eccezion fatta per la Carta, i cambiamenti costituzionali sostanziali furono abbastanza limitati. Abbiamo raffigurato il processo come una catarsi costituzionale per sottolinearne il suo carattere controverso ma, in fin dei conti, democratizzante. L'esperienza canadese dà prova delle difficoltà esistenti per raggiungere una riconciliazione del pluralismo costituzionale. Essa certifica

¹²⁶ Dobrowolsky, *The Politics of Pragmatism*; e Webber, *Reimagining Canada*.

¹²⁷ James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

anche il ruolo cruciale di istituzioni democratiche autentiche. Anche se in modo graduale, il processo nel suo complesso si è occupato dell'istituzione di un apparato istituzional-costituzionale che consenta di apporre il marchio democratico sul complesso processo di gestione del pluralismo e della diversità.

CONCLUSIONE

IL FUTURO DELL'ESPERIMENTO COSTITUZIONALE

Finora abbiamo potuto riflettere e descrivere ciò che ci circonda. Da ora in avanti, è l'azione, da sempre impresa imprevedibile e rischiosa, che deve prendere il posto della meditazione.

Altiero Spinelli, *La sfida europea*

1. Riepilogo

Sin dalle prime pagine di questo libro, abbiamo posto tre interrogativi. Il primo era: che tipo di soggetto politico è l'Unione europea? È un'organizzazione internazionale, uno Stato, o qualcos'altro? Il secondo verteva sulla tipologia di Costituzione dell'Unione. I Trattati originari possono essere considerati una sorta di Costituzione? Qual è, poi, il ruolo delle Costituzioni nazionali nel processo d'integrazione europea? Con il terzo quesito, infine, ci si è domandati quali fossero le credenziali di legittimità dell'Unione. L'Unione è un ordinamento legittimo dal punto di vista democratico? In caso affermativo, questa situazione è conciliabile con il fatto che il Parlamento europeo ha poteri limitati (visto che il Parlamento Europeo è la sola istituzione che può rivendicare una legittimità democratica diretta a livello europeo)? Oppure l'Unione europea è una nuova specie di soggetto politico la cui legittimità deriva da fonti non democratiche, grazie ad una sorta di coordinamento delle istituzioni pubbliche flessibile, dinamico, interattivo e non coercitivo?

Questi interrogativi, come abbiamo visto, possono essere affrontati in modo adeguato solo grazie ad un insieme di strumenti analitici appropriati. La forte disputa sulla natura dell'Unione fa sì che, su questo punto, ci sia da fare una scelta strategica importante. Abbiamo ritenuto che non avesse senso abbandonare le categorie costituzionali di riferimento, ma che, al contempo, fosse necessario affinare il vocabolario di riferimento del diritto costituzionale democratico. Il dibattito sulla Costituzione europea è stato danneggiato dalla confusione, a causa dell'incapacità di distinguere correttamente tra le tre concezioni di Costituzione (formale, materiale e normativa). D'altra parte, l'introduzione di questa distinzione non era sufficiente per dipanare la confusione. L'Unione è un soggetto fortemente dinamico, che ha mostrato una crescita considerevole dopo i suoi esordi. Questo impone di prestare particolare attenzione alle dinamiche costituzionali. In questo caso, il problema è che l'Unione non si era sviluppata secondo i canoni di uno Stato; quindi, bisognava far ricorso a categorie

concettuali che tenessero presente questa situazione. A questo proposito ciò che apparve più appropriato fu la distinzione nelle tre categorie di modello costituente, costituzionalizzazione trasformativa e costituzionalizzazione semplice. Le diverse tradizioni costituzionali democratiche mostrano delle dinamiche costituzionali differenti, e principalmente le due forme tradizionali di costituzionalizzazione rivoluzionaria ed evolutiva. Nessuna delle due sembra adattarsi in pieno alla dinamica evolutiva vissuta dall'Unione. Nel momento in cui nessuna di queste si adattava alle categorie costituzionali prestabilite, era chiaro che non si poteva ottenere una risposta al quesito sullo status e sulla natura costituzionale dell'Unione.

La vera questione in gioco era capire se ci fosse stata la possibilità di immaginare una Costituzione democratica al di là, o al di sopra, dello Stato-nazione. Questo era un tema da rimandare alla teoria costituzionale. Era questa la teoria più idonea? Abbiamo mostrato nel Capitolo 2 che esistevano varie teorie ispiratrici a cui abbiamo fatto ricorso per dare uno sviluppo alla teoria della sintesi costituzionale.

1.1 *L'innovazione teorica*

La teoria della sintesi costituzionale fornisce un approccio diverso per spiegare la genesi di una Costituzione democratica. Essa, da un lato, rappresenta una chiara alternativa sia al costituzionalismo evolutivo che a quello rivoluzionario, e dall'altro si configura tenendo presente i tratti distintivi dell'esperienza europea: lo sviluppo di un ordinamento costituzionale in un contesto di *Stati costituzionali già esistenti*. La sintesi costituzionale fornisce un lessico costituzional-democratico per integrare, attraverso il diritto costituzionale, gli Stati costituzionali già esistenti (che è precisamente l'aspetto della prassi costituzionale che ha segnato l'integrazione europea).

Come si è osservato, gli aspetti fondamentali che caratterizzano la sintesi costituzionale sono tre. Il primo riguarda il fatto che la sintesi costituzionale non scaturisce da un atto rivoluzionario costituente o da una lenta crescita delle consuetudini costituzionali, ma viene lanciata da un atto in cui le Costituzioni nazionali sono affiancate al diritto costituzionale comune. La fondazione della sintesi costituzionale necessita di risorse politiche (impegno e coinvolgimento popolare) minori rispetto a quelle necessarie in un modello rivoluzionario, mentre un percorso tracciato dalla sintesi risulta più rapido rispetto a quello proposto dal modello evolutivo. Il prezzo da pagare è che i trattati originari, invece di un insieme esplicito di norme costituzionali, riflettono soltanto un insieme limitato di norme, mentre la maggior parte del diritto costituzionale comune resta implicito, e dunque un *archetipo regolatorio* che va alimentato con l'avanzare del processo d'integrazione.

Il secondo aspetto della sintesi costituzionale è che l'ordinamento giuridico sovranazionale va di pari passo con la struttura istituzionale sovranazionale. Quest'ultima viene parzialmente istituita all'atto della fondazione,

perché gli Stati partecipanti negano il diritto delle istituzioni sovranazionali a formare una specie di nuovo Stato sovranazionale. Un processo ben più complesso, invece, viene innescato laddove pezzi di culture e strutture istituzionali nazionali sono assunti a livello sovranazionale grazie a processi d'emulazione, adattamento, e finanche di sperimentazione. Ne deriva che la sintesi costituzionale può essere descritta come la combinazione della sintesi normativa e del consolidamento istituzionale, due processi con logiche interne piuttosto differenti. Sebbene la sintesi normativa eserciti una spinta centripeta verso l'omogeneità, il consolidamento istituzionale è un processo più complesso, con marcati elementi centrifughi. In questo processo, la pluralità costituzionale degli Stati costituiti si lega a doppio filo con la struttura istituzionale sovranazionale.

Il terzo aspetto è che l'archetipo regolatorio di un diritto costituzionale unico va di pari passo con il rispetto dovuto nei confronti delle strutture costituzionali e delle istituzioni nazionali. Ciò significa che, laddove il diritto sovranazionale è uno, varie istituzioni applicano il diritto sovranazionale in modo autorevole. La combinazione alquanto originale di un solo diritto con una struttura istituzionale plurale scaturisce dal fatto che non c'è un assetto gerarchico ben definito all'interno del quale agiscono le istituzioni nazionali e sovranazionali. Esso si compone semmai di propensioni di natura plurale verso il consolidamento istituzionale a livello sovranazionale.

Dal punto di vista organizzativo, la sintesi costituzionale viene meglio compresa se inserita in un contesto costituzionale fragile dove i meccanismi di coordinamento e integrazione sono molto più deboli rispetto a quelli di cui gli Stati sono normalmente dotati. Inoltre, la trasformazione inevitabile delle strutture istituzionali nazionali con l'avanzare dell'integrazione, mette in discussione le consuetudini costituzionali che disciplinano i rapporti tra istituzioni costituzionali nazionali (questo è senza dubbio l'aspetto meno analizzato nella creazione di un ambito costituzionale comune, cosa di cui abbiamo già dato conto in precedenza).

Questi tre aspetti della sintesi costituzionale ci portano a identificare le dinamiche costituzionali peculiari dell'integrazione *sintetica* in una sequenza di tre momenti: (a) un momento costituzionale *sintetico*, dove nasce il soggetto politico e le Costituzioni nazionali si affiancano al diritto costituzionale comune; (b) un processo a due binari, ovvero costituzionalizzazione semplice e trasformativa, attraverso il quale la natura costituzionale viene internalizzata nel soggetto politico e nel suo corrispettivo diritto, alimentando anche l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune; e (c) una tappa in cui le tensioni interne alla sintesi insieme alla vulnerabilità dell'integrazione *sintetica* nei confronti di shock esterni, fomentano delle pressioni per garantire una riforma di fondo esplicita. In tal senso, abbiamo fatto chiarezza sulle ragioni per cui il successo dell'integrazione *sintetica* genera delle forze che ne compensano l'impatto (*limiti endogeni posti all'integrazione*, derivanti dall'autorizzazione democratica *temporanea*, previsti dall'archetipo regolatorio del diritto costituzionale

comune), e per cui la sintesi è oltremodo vulnerabile rispetto ai *fattori esogeni* (shock con effetti di natura differente e frammentaria in quest'ambito).

La teoria si sviluppò per dare un senso all'esperienza europea, ma proprio perché essa è una costruzione teorica, va affrontato il tema della sua idoneità. Fino a che punto può trovare applicazione tale approccio? Può servire a dare un senso all'evoluzione dell'Unione? Per trattare questi interrogativi, vanno presi in considerazione gli sviluppi costituzionali dell'Unione, alla luce di questa teoria (capitoli 3 e 4). Sostenere tale teoria, e valutarne la buona capacità d'adattamento semplicemente in riferimento all'evoluzione dell'Unione, è un qualcosa di necessario ma non sufficiente per il nostro sforzo di ricerca. L'interrogativo successivo più importante riguarda i progressi che si sarebbero potuti realizzare nel cercare di fare luce su molti degli enigmi che contraddistinguono la complessità della natura costituzionale e della situazione dell'Unione. Se la sintesi, inoltre, traccia realmente un percorso costituzionale diverso, questa teoria può trovare applicazione anche al di là dell'UE. A tal proposito, abbiamo esaminato da vicino l'impatto di questa teoria sull'esperienza canadese.

1.2 *L'esperienza sintetica europea*

Nell'applicare questa teoria al caso europeo, siamo stati in grado di identificare un momento costituzionale *sintetico*, particolarmente legato alle clausole d'integrazione che furono inserite nelle Costituzioni europee del dopoguerra. I trattati originari crearono delle strutture istituzionali e normative che avrebbero reso possibile un'integrazione mediante il diritto costituzionale anche passando *al di sopra delle frontiere*; di per sé una condizione indispensabile e necessaria per dare piena efficacia alle Costituzioni nazionali. Due guerre mondiali in una generazione avevano dolorosamente dimostrato agli Europei, una volta per tutte, che il costituzionalismo democratico autarchico, il costituzionalismo democratico in un solo Paese, non era più un'opzione fattibile. Questa struttura, che si realizzò nel 1951 e nel 1957, non era altro che la creazione di un diritto costituzionale dell'Unione europea a tutti gli effetti operativo grazie all'insieme delle Costituzioni nazionali.

Abbiamo in seguito ricostruito i primi tre decenni dell'integrazione europea, arrivando alla conclusione che questa si concretizzò in un processo di costituzionalizzazione su due binari, con chiari tratti sintetici. Da un lato, le istituzioni sovranazionali e nazionali resero espliciti l'aspetto e la dignità costituzionale dell'Unione. D'altra parte, è necessario notare che, sin dal principio, c'erano limiti evidenti e ben definiti in questo processo: l'onere di preservare gli Stati implicava il fatto che la sintesi partisse da una serie limitata di ambiti politici laddove la struttura istituzionale era sotto lo stretto controllo degli Stati membri.

Un tema d'importanza critica era, dunque, capire se la sintesi fosse riuscita ad ampliare il suo raggio d'azione-verso nuove aree politiche, e se le aree politiche attorno alle quali ruotava, si prestavano in modo adeguato

al costituzionalismo democratico. Non v'era dubbio, com'è ben documentato, che la Corte di Giustizia e i tribunali nazionali ordinari avrebbero giocato un ruolo chiave nel dare sostanza alla sintesi. C'era anche, però, un importante processo di espansione in materia politica grazie alle *politiche comuni*, con le istituzioni politiche dell'Unione che giocavano un ruolo cruciale, in particolar modo il Consiglio dei Ministri. In prima battuta toccò alla politica agricola comune. Successivamente, fecero la loro comparsa le prime politiche economiche comuni allo stato embrionale, e un folto gruppo di competenze vi si aggiunse a partire dagli anni Settanta; anche se molti degli sforzi in tal senso creavano problemi o davano vita a processi incompiuti. L'integrazione grazie a *politiche sostanziali*, dunque, gioca un ruolo importante in questa vicenda. In questo periodo, l'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune veniva progressivamente alimentato, spinto principalmente da una programmazione tesa al raggiungimento del mercato unico, così come sancito nei trattati, e più tardi, con l'intenzione di realizzare obiettivi politici a più ampio raggio nell'Unione europea.

Il successo relativo di entrambi i processi di costituzionalizzazione ebbe delle implicazioni di fatto sull'integrazione europea. Quando poi le due crisi petrolifere si abbattono sull'economia europea, e l'egemonia (relativamente) benevola degli Stati Uniti cambiò volto grazie alle politiche di Nixon e Kissinger, la sintesi costituzionale si ritrovò spiazzata. Queste scosse con effetti differenzianti indebolirono le affinità tra gli ordinamenti costituzionali nazionali, rendendo ancor più flebile la capacità di spinta della sintesi. Alcuni Stati membri agitavano lo spauracchio della marcia indietro nel Mercato comune grazie all'impiego di politiche sociali con effetti protezionistici. Intanto, in modo meno ovvio ma ugualmente decisivo, le Costituzioni socio-economiche si stavano allontanando dal consenso emerso sul finire degli anni Sessanta, quando la Germania decise di rivedere le sue politiche macroeconomiche di stampo ordoliberal, dando loro una connotazione maggiormente «keynesiana». Con l'arrivo al potere di Margaret Thatcher, tale divergenza diventava un fattore permanente, in quanto la politica socio-economica britannica si trasformò da una delle più interventiste ad una di stampo neo-liberale, attraverso uno spettacolare voltafaccia che è stato reso possibile così rapidamente solo nell'ambito di una costituzione politica ispirata al modello maggioritario come quella britannica.

Vanno però anche registrati alcuni successi nel percorso di costituzionalizzazione, inclusa l'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo. Quando ciò avvenne, l'autorizzazione democratica inizialmente riconosciuta nella sintesi costituzionale diventava un limite importante. La struttura istituzionale europea, quindi, includeva un'istituzione che era direttamente eletta dai cittadini e con una chiara vocazione verso la configurazione di una volontà comune europea, ma nettamente incapace dal punto di vista istituzionale di riuscire in questo compito secondo modalità pienamente democratiche.

La pressione cumulativa di scosse esterne e contraddizioni interne, apriva la porta verso una lunga stagione di riforme fondamentali nell'Unione europea di cui abbiamo già parlato anche nel Capitolo 3. Come è stato sottolineato, il processo si è svolto nella stessa modalità contraddittoria che era arrivata a caratterizzare l'integrazione europea nel suo complesso. La riforma fondamentale oscillava tra due visioni: da un lato, la sintesi riformatrice con il ripensamento del rapporto tra le norme e le istituzioni costituzionali nazionali e sovranazionali; dall'altro, una sintesi che superasse questi limiti grazie al modello costituente democratico e ad un modello più o meno federale di ricostituzione dell'Unione. Questo risultato scaturiva da un processo di costituzionalizzazione pieno di ostacoli, dove i leader politici europei cercarono effettivamente di reprimere la natura e il peso costituzionale della riforma, ma poi videro la questione costituzionale riproporsi. Allo stesso modo, i molti punti deboli presenti in quello che resta ancora un processo di riforma intergovernativa hanno avuto come conseguenza una progressiva costituzionalizzazione delle Conferenze Intergovernative (CIG).

La decisione politica di creare un'unione monetaria imperfetta, ovvero una politica monetaria federale che si abbinasse alle politiche fiscali nazionali, ma *senza* ulteriori progressi verso un'unione politica federale, provocava due effetti importanti. Da un lato ostacolava il processo di sintesi costituzionale, che doveva procedere all'interno del campo d'azione e del regno della politica, non troppo favorevole al costituzionalismo democratico. Dall'altro lato, si faceva spazio, in modo lento ma costante, una terza visione riformatrice, basata sull'abbandono dell'Unione come progetto costituzionale democratico. In termini pratici, un'unione monetaria imperfetta si legava ad un nuovo assetto procedurale e a meccanismi che non sembravano costruiti d'accordo con il linguaggio del diritto costituzionale democratico. La sorveglianza multilaterale dei conti pubblici all'interno dell'Unione in generale, e nell'area Euro in particolare, così come la «coordinazione aperta» delle politiche sociali, si caratterizzavano per avere strumenti di responsabilità politica molto vaghi (una responsabilità democratica poco chiara) e per la decisione esplicita di optare per un'integrazione «morale» al posto della coercizione giuridica (la sola eccezione è costituita dalle sanzioni contemplate nel Patto di Stabilità e Crescita che comunque furono introdotte più per motivi simbolici che per raggiungere scopi concreti). Tutto ciò andava di moda tra i politici europei e generava un certo scalpore nel mondo accademico. Fu così che sul finire del secolo la *governance* dell'integrazione europea cominciava a trasformarsi in un'alternativa in piena regola per riformare la sintesi e il modello costituente democratico.

Questo era il retroscena storico alla base dei processi di riforma di Laeken e Lisbona. Nel Capitolo 4 abbiamo fatto una valutazione sulle implicazioni di questi ultimi sul processo d'integrazione europea, così come sui cambiamenti specifici che il Trattato di Lisbona aveva introdotto nel diritto positivo comunitario. Sulla base di una ricostruzione dettagliata

degli eventi, si confermava che, in termini molto generali, la spinta principale alle spalle di Laeken era quella di andare oltre la sintesi optando per una fase costituente democratica. I primi segnali si ritrovano nella Dichiarazione 23 annessa al Trattato di Nizza, e soprattutto nella Dichiarazione di Laeken del 2001, che ammetteva implicitamente i limiti della CIG come metodo di riforma del Trattato. Come già dimostrato, era la Convenzione di Laeken che si appropriava di un mandato costituzionale esplicito, la cui natura fu confermata dalla bocciatura dei votanti francesi e olandesi nei referendum sulla ratifica tenutisi nella primavera del 2005. Si è inoltre visto che il processo di Laeken presentava una natura mista molto più pronunciata di quanto apparso a prima vista. Questa spinta costituzionale della Convenzione si traduceva in un assetto ancora sotto lo stretto controllo degli organi formalmente incaricati di prendere le decisioni, e cioè il Consiglio europeo attraverso la CIG. Tutto questo aveva un impatto rilevante soprattutto sull'operato e sui risultati della Convenzione. In particolare, la bozza di Trattato Costituzionale si andò attenuando in un processo che si protrasse a lungo prima di ottenere il via libera nella CIG. Sulla base di una ricostruzione egualmente dettagliata, si è constatato che il processo di Lisbona era guidato da una visione generale sul modo in cui riformare la sintesi per dare maggiore stabilità all'ordinamento politico europeo. Non era possibile ottenere un consenso tra i leader politici europei sul fatto che una stabilità di questo tipo, dovesse ancorarsi ad un documento con una rilevanza costituzionale esplicita.

Con Lisbona, dunque, i leader politici europei bocciarono un modello costituente democratico, sottolineando che il relativo Trattato non aveva un'indole costituzionale. Tutto ciò si rifletteva chiaramente anche nel procedimento adottato: l'opzione di riconvocare la Convenzione fu subito scartata, e fu chiaro il tentativo di evitare la politicizzazione del processo di ratifica attraverso il referendum popolare. Con il rifiuto dell'etichetta costituzionale ci si proponeva di abbassare il profilo politico anche dell'opzione di ratifica parlamentare. Abbiamo constatato che Lisbona era influenzata anche da una terza visione di riforma, quella cioè della *governance*. Ne risultava una situazione, dal punto di vista costituzionale, fortemente ambigua. In primo luogo, si è fatto notare che il processo di riforma non veniva a strutturarsi secondo il modello di riferimento della CIG, che addirittura si era cercato di evitare in tutti i modi. In secondo luogo, molte delle disposizioni contenute nel Trattato Costituzionale si ritrovavano riproposte nel Trattato di Lisbona (dovutamente accantonati linguaggio e simbolismo costituzionale) accanto a una serie di accordi completamente sprovvisti di logica giuridica (che riteniamo opportuno definire utilizzando il termine *componenda*, che comprendono l'*opt-out* britannico e polacco rispetto alla Carta, gli ampi *opt-out* britannici e irlandesi su giustizia e affari interni, e il rinvio alle *calende polacche* della regola di doppia maggioranza in Consiglio dei Ministri. Questi aspetti trovavano piena conferma in un processo di ratifica che andava per le lunghe e si avvitava su se stesso. Furono necessari ulteriori compromessi per superare l'esito negativo

del primo referendum irlandese e ammorbidire le reticenze del presidente ceco nel firmare il Trattato. Ne venne fuori, dunque, un trattato che formalmente somigliava molto al Trattato Costituzionale, ma con una base di legittimità democratica molto sottile, il cui passaggio lascia seri dubbi sull'impegno dell'Unione a favore del costituzionalismo democratico.

I due capitoli (3 e 4), dunque, sostanzialmente hanno mostrato come la teoria della sintesi costituzionale dia un senso all'evoluzione costituzionale dell'Unione. Si fa notare che tutto questo non equivale ad affermare che l'evoluzione costituzionale dell'Unione si sia consolidata in modo coerente e sistematico secondo un processo costituzionale *sintetico*. Charamente non ci troviamo di fronte a un caso del genere, e abbiamo dato conto di dove e quando ciò non sia avvenuto. In parte la causa è imputabile alle tensioni intrinseche esistenti nell'approccio *sintetico*, un'altra parte può ascrivere a fattori e influenze esterne; c'è poi inoltre, chi crede nella possibilità, da parte dell'Unione, di dare una svolta al proprio percorso costituzionale, abbracciando parzialmente i temi relativi alla *governance*. Dopo aver dimostrato come questa teoria sia un strumento di ricostruzione utile, nel Capitolo 5 si è proseguita l'analisi su come dare significato ai vari enigmi che hanno tempestato la prassi costituzionale europea, ed in particolare modo, i due interrogativi giuridici principali che ne spingono la logica nella confusione. Tali interrogativi riguardano a) la *genesì* del diritto comunitario (com'è possibile che sia riconosciuto uno status costituzionale nella prassi ordinaria a quelli che, formalmente, erano dei trattati internazionali?) e b) la prevalenza del diritto comunitario (com'è possibile che un ordinamento giuridico, che dal punto di vista logico e normativo sembra derivare dagli ordinamenti costituzionali nazionali, pretenda di prevalere sulle Costituzioni nazionali?). Abbiamo cercato di dimostrare come la sintesi costituzionale dia una risposta risolutiva ad entrambi questi interrogativi.

Rispetto al primo, si fa osservare che i termini dei conflitti tra diritti nazionali e diritto europeo si costruiscono in modo tale da nascondere la continuità esistente tra diritto costituzionale europeo e nazionale. Il diritto costituzionale europeo non è separato né pienamente autonomo rispetto ai diritti costituzionali nazionali: è uno sviluppo collettivo il cui aspetto normativo principale è quello di consentire un'integrazione mediante il diritto costituzionale che *attraversi* anche le frontiere, e non si *limiti* a rimanere al loro interno. La creazione di un soggetto politico sovranazionale *senza* un atto costituzionale rivoluzionario avrebbe potuto trovare legittimità solo se il nuovo ordinamento giuridico fosse stato riempito di contenuti provenienti dalle Costituzioni nazionali, in appoggio al ruolo collettivo esercitato dal diritto costituzionale comune.

Non esiste, quindi, alcun paradosso nella natura *costituzionale* del diritto comunitario, in quanto quest'ultimo plasma un ambito costituzionale comune, all'interno del quale le costituzioni nazionali si integrano.

Riguardo al secondo degli interrogativi, l'enigma della prevalenza nasce dalla scarsa attenzione dedicata all'effettiva struttura normativa dei con-

flitti costituzionali europei. La sintesi costituzionale ci aiuta a distinguere tre tipi di conflitti diversi: quelli puramente orizzontali (dove le norme nazionali entrano in conflitto al di fuori dell'ambito del diritto comunitario, e quest'ultimo si risolve con l'ampliamento dell'ambito e della portata del diritto europeo), i conflitti misti (dove le norme nazionali entrano in conflitto per quanto concerne l'adeguato rafforzamento dell'archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune; un tipo di conflitto intrinseco alla costituzionalizzazione progressiva del diritto comunitario), e i conflitti verticali (laddove il diritto sovranazionale entra in conflitto con l'insieme delle Costituzioni nazionali, a causa della costituzionalizzazione trasformativa dell'Unione, avvenuta sul finire degli anni Settanta e nei primi anni Ottanta, in particolare grazie alla nuova configurazione della libertà economiche promossa dalla Corte di Giustizia Europea). Ciò ci aiuta a fare chiarezza sulla prassi costituzionale europea. Mentre sembra sensato che i conflitti orizzontali e misti si decidano fundamentalmente a livello sovranazionale (nell'istanza giurisdizionale, da parte della Corte di Giustizia Europea), i conflitti verticali, invece, richiedono auto-disciplina da parte delle istituzioni sovranazionali. Si è visto, dunque, che tale teoria può fare luce su due dei principali enigmi che affliggono sia la teoria che la prassi costituzionale europea.

Il terzo e ultimo passo è stato quello di valutare se tale teoria fosse trasferibile in altri contesti. Ciò vuol dire, naturalmente, dover interpretare questa teoria su un livello di generalità più alto, in quanto non vi sono altri soggetti politici che possano in qualche modo somigliare all'Unione sotto il profilo istituzionale e costituzionale. Il nodo cruciale non era la somiglianza in quanto tale, ma il poter fare riferimento ad un approccio costituzionale sintetico. Nel Capitolo 6, ci si è occupati della natura sintetica dell'esperienza costituzionale canadese, suddivisa in due periodi storici. Il primo si aprì con la fondazione del paese grazie al *British North America Act* del 1867, che istituì un soggetto politico composto da una federazione fatta di tre territori in precedenza colonie, che fu dotato formalmente di un rudimento di costituzione da parte della madrepatria (cioè il Regno Unito). Il secondo periodo iniziò con l'approvazione del *Constitution Act* del 1982, grazie al quale le leggi fondamentali furono rimpatriate e il Canada divenne, così, un soggetto politico indipendente, rompendo i vincoli costituzionali con il Regno Unito. L'esperienza costituzionale del Canada mostra un chiaro parallelismo con quella dell'UE.

In entrambi i casi, è stata una grande guerra a forzarne la nascita (nel caso canadese, la Guerra Civile americana). Sia l'UE che il Canada furono istituiti mediante atti costituzionali non convenzionali (la *concessione* di una Costituzione da parte del potere imperiale e un trattato internazionale che gettava le basi per una costituzione multinazionale), ed entrambi gli ordinamenti giuridici erano volutamente plurali. Anche la loro successiva evoluzione costituzionale mostrava punti di contatto. In entrambi i casi, infatti, la presenza di un elemento costituente esplicito era realmente molto limitata. Tutti e due fecero molto affidamento su meccanismi intergover-

nativi, al punto che molti dei processi di riforma costituzionale si svolsero tra i governi all'interno di trattative e processi di negoziazione chiusi e autoreferenziali. In entrambi i casi, la sfida consisteva nel garantire una ratifica democratica diretta della Costituzione. Vi sono, però, differenze importanti. Il *British North America Act* del 1867, fu un documento con un valore costituzionale superiore rispetto ai Trattati originari delle Comunità Europee, e il Canada fu costituito con un sistema di governo rappresentativo a tutti gli effetti, su entrambi i principali livelli di governo. Abbiamo visto, inoltre, come il valore fondante del *BNA Act* fu seriamente messo in discussione, e addirittura relativizzato, non solo da parte di alcune province, ma anche dalla più alta istanza giurisdizionale, e cioè il Comitato giudiziario del *Privy Council* del Regno Unito. Questo, in parte, contrastava con il processo di costituzionalizzazione trasformativa, piuttosto spianato, delle Comunità Europee nei primi tre decenni, condotto e sostenuto dalla Corte di Giustizia Europea. Nonostante i molti punti di contatto esistenti tra l'UE e il Canada del periodo precedente al rimpatrio costituzionale, il percorso costituzionale seguito da questi due soggetti politici è andato divergendo con il passare del tempo.

Il *Constitution Act* del 1982, non solo rendeva il Canada un Paese indipendente e ne consolidava le leggi fondamentali, ma ne riconfigurava anche il diritto costituzionale grazie all'inclusione di una Carta dei Diritti esplicita, e cioè la Carta Canadese dei Diritti e delle Libertà. Ad ogni modo, si è mostrato che il Canada non ha abbandonato il modello sintetico dopo il rimpatrio. I nuovi documenti costituzionali erano apertamente «plurali» (la carta combinava i tratti universalistici di una dichiarazione di diritti con una «clausola derogatoria» che consentiva alle province di apportare delle varianti), ma l'atto non fu ratificato da parte del Quebec. Ciò apriva una lunga e ancora non finita stagione costituzionale canadese, dove i governi hanno cercato di riappropriarsi del potere costituente nell'Accordo di *Meech Lake*, ma che fu respinto da una cittadinanza galvanizzata dal suo ruolo di detentore della sovranità riconosciuto nella Carta dei Diritti Fondamentali. C'è un parallelismo ovvio nella sequenza rimpatrio-Meech Lake in Canada, con quella Laeken-Lisbona nell'UE. La differenza principale risiede nel fatto che in Canada il rifiuto di Meech Lake ha portato all'Accordo di Charlottetown, che fu un tentativo reale di rendere il processo più aperto, ma anche un parziale fallimento perché venne visto da molti come eccessivamente orientato a soddisfare il pluralismo canadese. La differenza evidente, inoltre, è che i leader dei governi in Europa possono manipolare i simboli e cambiare la filosofia costituzionale con apparente facilità, mentre in Canada, nel momento in cui i leader cercano di riprendere il controllo del processo nel periodo successivo al rimpatrio, una nuova e più democratica concezione della Costituzione ha portato i cittadini a bocciare l'accordo. L'effetto inequivocabile del rimpatrio per il Canada è stato quello di spingere la sintesi nuovamente sul sentiero democratico, cosa che, ad oggi, sembra meno probabile che accada in Europa.

2. *L'enigma della legittimità dell'ordinamento politico-costituzionale europeo*

In questa sezione, passeremo in rassegna i risultati di questo libro al fine di chiarire il tipo di ordinamento politico rappresentato dall'Unione europea, e per trarre le conclusioni sulla natura della costituzione dell'Unione e le sue credenziali di legittimità; il tutto, partendo dal vantaggioso punto di vista della sintesi costituzionale.

2.1 *Quale tipo di ordinamento politico?*

Quale contributo può dare la sintesi costituzionale per sciogliere l'enigma inerente l'ordinamento politico europeo? Se l'Unione non è uno Stato, né un'organizzazione internazionale, che cos'è? La nostra risposta è che l'Unione è un'unione costituzionale di Stati costituzionali già esistenti o, in sostanza, un ordinamento politico sintetico. Affermando ciò, si fa riferimento ad una comunità politica plurale che, comunque, si integra mediante il diritto costituzionale, ovvero un ordinamento politico dove l'archetipo regolatorio di un diritto costituzionale unico (più o meno alimentato da norme costituzionali comuni specifiche, a seconda di quale livello d'integrazione goda il suddetto ordinamento) e la creazione progressiva di una struttura istituzione sovranazionale, vengono accompagnati dal mantenimento d'identità costituzionali nazionali e di strutture istituzionali separate. Su questa base, un ordinamento politico sintetico può sembrare una costruzione barocca, anche se volta al superamento della sfida dell'integrazione postnazionale: ottenere l'integrazione nel momento in cui le condizioni indispensabili per una Costituzione rivoluzionaria non sono presenti, e contare sulla crescita di una Costituzione evolutiva, non è solo rischioso ma richiede tempo, di cui non si dispone. La chiusura del cerchio si ottiene, dunque, attraverso la sintesi.

L'Unione europea come ordinamento sintetico è plurale in due sensi. In primo luogo, è plurale in quanto c'è un solo diritto costituzionale europeo, ma anche un insieme d'istituzioni che possono interpretare e dare applicazione a questo ordinamento giuridico unico con la sufficiente autorità. Fra i tribunali, ciò significa che sia la Corte di Giustizia Europea che le Corti costituzionali nazionali possono pronunciare pareri vincolanti sui contenuti del diritto costituzionale europeo. Si verifica ciò in quanto le istituzioni nazionali e sovranazionali esistono in modo autonomo: mentre il diritto si va integrando in un solo ordinamento giuridico, le istituzioni non sono strutturate secondo una struttura gerarchica. Non vi è nulla di gerarchico, dunque, nel rapporto tra la Corte di Giustizia Europea e le Corti costituzionali nazionali, ma neanche tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali, e così via. Questo è il motivo per cui i conflitti costituzionali europei non toccano solo l'aspetto delle competenze, ma anche le diverse visioni che si hanno del diritto europeo e dell'ordinamento politico europeo. Tutte hanno una propria autorevolezza. L'oggetto di di-

battito nella sentenza *Viking*, per esempio, non si riferiva ad un conflitto su chi era competente a prendere la decisione, bensì su quale tipo d'identità socio-economica avesse l'Unione europea nel suo complesso. Decidere sui diritti dei lavoratori in Finlandia, in conflitto con i diritti dei loro datori di lavoro, non può essere catalogato semplicemente come un problema finlandese.

In secondo luogo, esso è plurale grazie al peculiare processo di consolidamento istituzionale vissuto dall'Unione europea. La struttura istituzionale sovranazionale era una scatola pressoché vuota prima del Trattato di Parigi (infatti, c'erano in quel momento le macerie della Lega delle Nazioni¹ e una qualche struttura istituzionale in fase embrionale, creatasi grazie alle diverse iniziative tese a promuovere l'integrazione intraprese dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, come ad esempio il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea – OCEE² –, oppure l'Unione Europea Occidentale). Essa si andò successivamente costituendo grazie ai trattati fondativi e si completò nel corso del tempo. Ciò rende la struttura istituzionale dell'Unione profondamente pluralista, in quanto diversi attori istituzionali avevano combattuto per guadagnare una certa influenza al suo interno, e le culture, tradizioni e le concezioni del proprio ruolo si facevano spazio nelle organizzazioni, nei settori e nei segmenti in maniera irregolare.

La teoria della sintesi costituzionale, così, definisce l'Unione come un ordinamento politico sintetico. Da qui deriva un altro aspetto essenziale dell'Unione, e cioè il carattere dinamico. Un ordinamento politico sintetico si trova in un *processo* costante, dove gli Stati membri si integrano (o si disintegrano) mediante il diritto costituzionale. L'Unione europea è fatta da un sistema sovranazionale di governo inserito nell'ambito costituzionale. Tale ambito dà forma alla struttura sovranazionale oltre che agli Stati membri, i quali si trasformano grazie alla mutuale interazione ed agli effetti di una struttura di governo congiunta. D'altra parte, proprio perché tali componenti si codificano nei principi costituzionali di base che contraddistinguono gli Stati membri, la forma di Stato in quanto tale non ha una particolare trascendenza.

Un elemento centrale della dinamica dell'Unione proviene dall'entrata di nuovi Stati membri, meglio conosciuta come *allargamento*.

Dopo l'inizio del nuovo millennio, le ultime due tornate del processo d'allargamento hanno permesso l'entrata di dodici nuovi Stati membri, aumentando notevolmente la diversità giuridica, sociale, istituzionale e culturale dell'Unione. L'atto di tracciare confini e condizioni sotto le quali un

¹ Massimo Pilotti, primo presidente della Corte di Giustizia europea, era stato Segretario Generale della Lega delle Nazioni (e, cosa abbastanza interessante, nominato dal governo di Mussolini).

² Robert Marjolin, per un lungo periodo commissario e vice-presidente della Commissione, fu segretario generale della OCSE.

ordinamento politico incorpora (ed esclude) nuovi membri, fornisce informazioni importanti sull'indole autosufficiente dell'ordinamento politico. La teoria della sintesi costituzionale presta una visione sulla natura e sulle condizioni in cui si sarebbe svolto il processo d'allargamento (nell'ambiente UE si è parlato d'inclusione dei nuovi Stati membri). La sintesi sottolinea che questo è un processo che plasma gli Stati membri stessi, e insiste, in modo ricorrente, sulla sua portata e sul modello da adottare affinché un vero processo di sintesi possa concretizzarsi. Una volta che uno o più Stati membri sono inclusi, i loro sistemi entrano a far parte dell'equazione sintetica, che poi può anche cambiare. Un materiale a partire dal quale un'ulteriore processo di sintesi avrebbe dato vita a cambiamenti tali da riconfigurare il processo di ricerca della sintesi. In tal senso, i requisiti per entrare a far parte dell'Unione richiesti ai nuovi Paesi aspiranti, e il lungo e arduo processo di selezione a cui sono sottoposti, rappresentano anch'essi parte della sintesi costituzionale. Come si è già fatto notare, il fatto che la materia prima costituzionale da cui scaturisce il processo sintetico arrivi a condividere una serie di punti di fondo costituisce un requisito indispensabile per un processo di sintesi. In tal senso, la presenza dei requisiti per essere ammessi e un processo che ne garantisca l'adempimento a carico di ognuno dei Paesi candidati, è intrinseco alla sintesi. Se l'Unione fosse stata un vero soggetto plurale, non si sarebbe mai ravvisata la necessità di porre tali requisiti. Inoltre, come abbiamo imparato a conoscere dall'esperienza europea, non appena il processo di sintesi dispiega i suoi effetti i requisiti diventano alquanto stretti³, come ci si aspetta che accada in un processo di sintesi, ma non in un processo contrassegnato dal pluralismo costituzionale. L'inclusione di nuovi membri, a sua volta, agisce come fattore che estende il raggio d'azione operativo dell'Unione. Esso si osserva nel modo in cui il processo di sintesi costituzionale spinge verso un progressivo accertamento degli standard costituzionali comuni, che portano con sé quell'elemento di pressione sulle norme costituzionali nazionali affinché si allineino ai contenuti del diritto costituzionale comunitario che, a sua volta, riflette quello che in realtà hanno in comune gli Stati membri.

Considerati nel loro insieme, questi fattori pongono l'Unione al di fuori sia della categoria di Stato che di quella di organizzazione internazionale. L'archetipo ideale di un diritto costituzionale unico, prevede il coinvolgimento sia del livello nazionale che di quello sovranazionale (conseguenza inequivocabile di ciò era la dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario, come già segnalato nel Capitolo 3) rendendo così non più plausibile la caratterizzazione dell'Unione come una mera organizzazione internazionale. Questo spiega anche il perché la base di legittimità dell'Unione sia fondamentalmente democratica, anche se di natura *derivata*. Al contempo, l'Unione manca dei simboli chiave di uno Stato, non è strutturata garar-

³ Vedasi Helene Sjursen, ed., *Questioning EU Enlargement: Europe in Search of Identity*, London, Routledge, 2007.

chicamente, ed esercita *de facto* un controllo territoriale attraverso gli Stati membri. Pur avendo alcuni aspetti tipici di uno Stato, essa non è in ultima analisi uno Stato, né tantomeno una specie di organizzazione transnazionale post-statale⁴. Possiamo concludere, dunque, che la sintesi costituzionale non dissolve né fa a meno degli Stati membri nella loro tipica veste di Stato, ma punta a rafforzare il ruolo integrativo nevralgico giocato dalle Costituzioni nazionali. L'integrazione sintetica è un'integrazione attraverso il diritto costituzionale, e non l'azione di governo. In definitiva, che tipo d'ordinamento politico è l'Unione europea? Un ordinamento sintetico.

2.2 Quale costituzione?

Nel primo capitolo, si sono distinte tre diverse concezioni di Costituzione: formale, materiale e normativa.

Secondo *termini ricostruttivi*, tale distinzione ci ha consentito, nel Capitolo 3, di arrivare alla conclusione che l'Unione ha una Costituzione materiale (un insieme di norme che nella prassi sociale di tutti i giorni definisce la cornice normativa di fondo, la struttura istituzionale, e l'assetto decisionale dell'Unione europea), a cui però sembra mancare una Costituzione formale (anche se ci si è avvicinati ad una Costituzione europea scritta, dopo la solenne proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, e con il Trattato di Lisbona; nonostante la presunta natura *non-costituzionale* sia del documento che del processo di riforma attraverso il quale fu elaborato) e infine si è messo in discussione il fatto che ci trovassimo davanti ad una Costituzione di natura normativa. L'Unione non ha una costituzione che meriti una tale denominazione, e cioè non ha una Costituzione con delle credenziali di legittimità democratiche equivalenti a quelle, per citarne alcune, di Costituzioni quali quella francese o italiana (ed evidentemente dopo la riunificazione, la Costituzione tedesca).

Usando termini più critici, questa concettualizzazione suddivisa in tre parti ci ha consentito di andare oltre le polemiche sulla Costituzione europea (laddove la mancanza di distinzioni concettuali chiare crea molta confusione) e di prendere coscienza del fatto che la delicata posta in palio, all'interno del dibattito sulla costituzione europea, riguarda il giusto rapporto tra queste tre concezioni della costituzione europea. Nel Capitolo 3, sono state ricostruite le tre diverse visioni esistenti sul modo in cui si può dare stabilità all'ordinamento politico europeo: riformare la sintesi, fare a meno della sintesi grazie a un processo democratico costituente, mettere da parte la legittimità democratica affidandosi alla logica dei governi.

La creazione di una costituzione democratica ha l'obiettivo di coniugare la Costituzione materiale e quella formale, e di riformare la Costitu-

⁴ Si consideri Joshua Cohen e Charles Sabel, «Directly-Deliberative Polyarchy», *European Law Journal*, 3 (1997), pp. 313-342; e James Bohman, *Democracy across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2007.

zione materiale così da rendere l'Unione uno Stato democratico a tutti gli effetti nonostante non ne abbia formalmente il titolo. Con un processo di riforma attraverso la sintesi, si fa riferimento ai cambiamenti introdotti nella Costituzione materiale dell'Unione in modo che non solo l'Unione sia più efficace ma anche che vengano corretti i flussi di trasferimento della legittimità democratica esistenti tra gli Stati membri e l'Unione. La strategia di governo s'interessa esclusivamente dei cambiamenti da apportare nella Costituzione materiale dell'Unione ed è sprezzante verso la legittimità democratica sia del processo di riforma che della Costituzione materiale risultante.

Si è data prova del fatto che l'Unione abbia fundamentalmente aderito ad un approccio sintetico, sebbene ci siano state delle oscillazioni che non hanno inciso sulla sua statura di Costituzione materiale ma che, come già fatto osservare su Lisbona, hanno indebolito ulteriormente la dimensione costituzionale normativa.

In definitiva, si può affermare che l'Unione europea ha una Costituzione? Certamente possiede una Costituzione materiale ed ora è vicina ad avere una Costituzione formale, mentre la sua Costituzione normativa è diventata sempre più problematica dal momento in cui l'integrazione ha cominciato il suo corso.

2.3 Quali sono le credenziali di legittimità?

2.3.1 *Gli eccessi di democrazia nell'integrazione europea*

La sintesi costituzionale propone una soluzione diversa all'interrogativo sulla legittimità democratica dell'Unione europea. Ciò avviene in quanto essa fa chiarezza sull'identità costituzionale dell'Unione europea e mette in mostra una base di legittimità *democratica derivata* dell'Unione, strutturata in tre parti.

Nella prima, la sintesi costituzionale evidenzia la natura *democratico-costituzionale* dell'Unione europea. Lo scopo della prassi nell'integrazione europea, sin dagli inizi, era infatti quello di proiettare l'integrazione al di là dei confini nazionali utilizzando il diritto costituzionale democratico. Ciò trova conferma nella presenza delle clausole d'integrazione inserite nelle Costituzioni europee del dopoguerra. I capitoli 2 e 3 ci hanno fatto capire le ragioni per cui i trattati originari delle Comunità possono essere raffigurati come la concretizzazione, a tutti gli effetti, di quei mandati costituzionali nazionali a favore dell'integrazione. Se la situazione è questa, dunque, se cioè l'obiettivo dell'Unione europea è quello di creare le condizioni attraverso le quali è possibile fare un'integrazione al di là dei confini mediante il diritto costituzionale, allora la legittimità dell'Unione europea non può che essere democratica. Detto ciò, il via libera democratico all'integrazione nella sintesi costituzionale, dipende in modo chiave dai meccanismi istituzionali sostanziali capaci di trasferire la legittimità democratica dagli Stati membri all'Unione europea. Questo è, infatti, l'o-

biettivo principale dell'integrazione sintetica: consentire all'integrazione di essere avviata e di goderne poi gli effetti benefici, ma facendo in modo da non mettere a dura prova la capacità di legittimazione diretta di norme, istituzioni e processi decisionali a livello sovranazionale. In seguito, la legittimità democratica dell'Unione come ordinamento politico sintetico, è essenzialmente *democratica* ma *derivata*, il che non smentisce il fatto che l'Unione abbia anche delle credenziali di legittimità democratica diretta.

Con la seconda parte, la teoria della sintesi costituzionale mette in luce una struttura di legittimità democratica dell'Unione europea (soprattutto, ma non in modo esclusivo) derivata. In primo luogo, la creazione della struttura costituzionale e istituzionale sovranazionale crea le condizioni affinché sia possibile garantire un briciolo di democrazia che attraversi i confini nazionali, in modo tale che la risoluzione del conflitto e una possibile azione di coordinamento avvenga secondo delle norme stabilite di comune accordo. In secondo luogo, la natura derivata del diritto costituzionale europeo, letteralmente composto dal diritto costituzionale comune, crea le condizioni con le quali la legittimità democratica delle Costituzioni nazionali può trasferirsi al diritto costituzionale sopranazionale, da cui poi si diffonde a tutte le norme europee, incluso quelle ordinarie (regolamenti o direttive). Ciò serve come alternativa di legittimità democratica temporanea rispetto a un processo costituente rivoluzionario, e infatti questo è il nucleo essenziale dell'equazione della legittimità democratica in un sistema costituzionale sintetico. Poiché le norme costituzionali nazionali giocano lo stesso ruolo sia negli ordinamenti giuridici interni che in quello comunitario (e così sarà in futuro fino a quando non cambieranno le cose), l'integrazione giuridica europea ottiene legittimità democratica, fornendo motivazioni sia ai cittadini che agli attori istituzionali.

La terza parte si riferisce all'assetto istituzionale sovranazionale e al processo decisionale che contribuisce ulteriormente a trasferire la legittimità democratica dagli Stati-nazione all'Unione. Il disegno istituzionale originale dell'Unione cercava di plasmare gli strumenti e i modi per veicolare il processo decisionale democratico nazionale nel processo decisionale sovranazionale. In tal caso, è abbastanza ovvio che il ruolo centrale di legislatore assegnato al Consiglio dei Ministri nella Comunità è parte di questa complessa struttura costituzionale. E va tenuto presente, inoltre, che il metodo comunitario, anche se per lo più intergovernativo, è un'alternativa superiore dal punto di vista democratico rispetto ai metodi diplomatici normalmente utilizzati (e questo è ancora più vero, come provato dal processo di Lisbona, nel momento in cui un atteggiamento diplomatico poco trasparente è arrivato ad essere, recentemente, un tratto caratteristico dei Consigli europei). Un altro elemento poco considerato è che anche la redazione dei testi dei regolamenti d'attuazione, mediante la procedura conosciuta come «comitologia», possiede un certo potenziale democratico. Sempre a condizione che regolamenti e direttive definiscano in modo appropriato gli elementi essenziali della legislazione, la comitologia aggiunge un surplus di legittimità democratica, data la legittimità

indiretta che i rappresentanti nazionali stessi ostentano (anche se modesta, visti i molti anelli esistenti nella loro catena di legittimazione democratica) e grazie anche a un modello deliberativo che guida il processo seguito dalla comitologia.

A ciò va aggiunto il fatto che il Parlamento europeo aumenta, a sua volta, la legittimazione democratica diretta. Finanche nei suoi primi giorni, quando esercitava un ruolo meramente consultivo, la partecipazione strutturale del Parlamento europeo nel metodo comunitario normalmente utilizzato, aveva un *effetto di democratizzazione* evidente, in quanto gettava le basi affinché i parlamenti nazionali (che originariamente si erano ben integrati nel sistema, essendo i parlamentari nazionali distaccati presso l'assemblea comune) potessero incidere in qualche modo sui contenuti della legislazione comunitaria *prima* che venisse adottata: una cosa che accade raramente nei negoziati diplomatici, dove i Parlamenti nazionali sono soliti ricevere un accordo già confezionato che può essere accettato in blocco, ratificandolo, oppure bocciato *in toto*. Il Parlamento, ad ogni modo, ha contribuito a rafforzare ulteriormente le credenziali democratiche dell'Unione dal momento che i suoi membri cominciarono ad essere eletti direttamente a partire dal 1979.

La codecisione, in particolare, si presentava come un procedimento legislativo dove la volontà generale europea viene definita in maniera composita, da una maggioranza qualificata degli Stati rappresentati nel Consiglio dei Ministri, e da una maggioranza di rappresentanti diretti dei cittadini, e cioè i membri del Parlamento europeo. Ciò evidenzia una svolta dell'Unione verso un tipo di legittimità democratica diretta, anche se molto precaria. La straordinaria complessità della codecisione ha creato una spinta gravitazionale verso una specie di «dialogo a tre», con un risultato alquanto dubbio per la legittimità stessa. Nei prossimi paragrafi si discuterà della divisione del lavoro tra metodo comunitario di riferimento e la codecisione, che può aggravare il deficit democratico strutturale dell'Unione europea.

2.3.2 I deficit democratici dell'integrazione europea

Come si può facilmente evincere dal paragrafo precedente, la sintesi costituzionale porta con sé il peso del deficit democratico dell'Unione europea. Va notato che la sintesi costituzionale ci aiuta a capire ciò che a prima vista sembra paradossale: come può accadere che un vero modello costituzionale, che permette all'Europa di dare vita ad un'alternativa democratica, sia al costituzionalismo evolutivo che a quello rivoluzionario, rappresenti allo stesso tempo la fonte delle debolezze dell'Unione? Il modello sintetico fornisce un'autorizzazione democratica che è, comunque, limitata nel tempo e condizionata da specifici sviluppi sostanziali e istituzionali. Questo paradosso è alla base di uno dei grandi enigmi nell'integrazione europea: più le riforme fondamentali hanno portato a dei cambiamenti che venivano visti come un contributo importante per una maggiore

democratizzazione dell'Unione europea, più ne escono indebolite le credenziali democratiche dell'Unione. Com'è possibile che ciò sia accaduto?

Una parte chiave della risposta è che con la crescita del processo di sintesi, diventava sempre più difficile trasferire la legittimità democratica dal livello statale a quello sovranazionale. Fondamentale in tal senso, è stato il processo d'*emancipazione* del diritto costituzionale europeo rispetto alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Si tenga presente che il momento costituzionale sintetico sfocia nell'affermazione di un archetipo regolatorio del diritto costituzionale comune, e non in un insieme di norme sostanziali. Si riteneva normale non renderlo esplicito e, infatti, restava un archetipo regolatorio non scritto *pro tempore*. Come visto nel Capitolo 3, il compito di rendere esplicito e concreto ciò che era meramente implicito (la costituzionalizzazione del diritto dell'Unione) fu affidato al legislatore comunitario e ai tribunali comunitari. Nell'adempiere a tale funzione, questi si ritrovarono con il compito, ancor più arduo, caratteristico di una costituzionalizzazione nelle Costituzioni nazionali, per quattro ragioni specifiche.

La prima era la mancanza di un modello di riferimento teorico chiaro, ovvero di esempi di ordinamenti politici dove la sintesi si era affermata. Non vi era alcuna norma da seguire relativamente alle modalità secondo cui alimentare i principi costituzionali comuni.

La seconda ragione fu il differente approccio alla costituzionalizzazione, risultante dal fatto che le Costituzioni nazionali appartenevano a tradizioni di costituzionalismo diverse (tra i sei Paesi fondatori, la Germania è il Paese che più si avvicina al costituzionalismo evolutivo, alla quale successivamente si aggiunge il Regno Unito).

La terza ragione si riferisce alle differenze nell'ambito del diritto costituzionale nazionale, e le differenze tra le specifiche norme costituzionali derivate che si affermarono in ciascuno Stato membro; cosa che obbliga sia i legislatori che i tribunali ad optare per una sola norma, mettendo così da parte in molti casi tutte le altre (infatti nel Capitolo 5 ciò di cui si discute è la struttura tipica di un conflitto costituzionale europeo misto).

La quarta ragione è che tutte le norme costituzionali nazionali furono stilate come parte integrante del diritto costituzionale nazionale, e quindi difficilmente furono automaticamente trasferibili all'ordinamento giuridico comunitario. Ciò per la semplice ragione che il contesto dell'integrazione era diverso, perché le norme dovevano diventare parte integrante non del diritto costituzionale di un ordinamento giuridico già esistente, ma di un sistema giuridico fatto dall'integrazione degli ordinamenti giuridici. Spesso, questo richiede un *adattamento* delle norme costituzionali nazionali, ancora una volta necessitando un esercizio obbligato della facoltà legislativa.

Come risultato di questi quattro fattori, la discrezione dei legislatori e dei tribunali era potenzialmente più ampia rispetto a quella che caratterizza il diritto costituzionale nazionale. In primo luogo, se il diritto costituzionale comune fosse rimasto un archetipo regolativo non scritto, lo sarebbe stato perché non c'era una teoria sintetica esplicita né un processo

costituente europeo definito come tale. La mancanza di un processo costituente esplicito ha comportato che né i legislatori né i giudici possono fare uso dei dibattiti costituzionali come guida interpretativa delle norme costituzionali, come di solito avviene a livello nazionale. In secondo luogo, il limitato ruolo legislativo giocato dal Parlamento europeo sottraeva agli attori giuridici un'altra guida per l'interpretazione delle norme costituzionali; infatti, a livello nazionale, i dibattiti del Parlamento sono evidentemente uno strumento d'ausilio da utilizzare nell'interpretazione delle norme giuridiche. Qui invece non eravamo dinanzi ad un Parlamento europeo, ma a un Consiglio che si riuniva nel più stretto riserbo, per esercitare in gran misura il potere legislativo.

Con l'accumularsi di questi fattori in decisioni concrete, la definizione del diritto costituzionale europeo mostrava una tendenza a diventare *autonomo* dal diritto costituzionale nazionale. Con l'infoltirsi della prassi costituzionale europea, leggi e sentenze diventano molto più auto-referenti, indebolendo quindi il legame normativo tra la formula giuridica e giurisdizionale delle norme costituzionali europee e le *norme costituzionali nazionali*. Il punto di rottura si produsse quando, in seguito alla seconda crisi petrolifera, con molti Stati membri che prendevano seriamente in considerazione l'idea di allentare la propria azione per garantire la libera circolazione di beni, la Corte di Giustizia anticipava i rudimenti del *self-standing*, cioè una caratterizzazione più aggressiva delle libertà economiche, in primo luogo delle libera circolazione dei beni, e poi delle altre tre libertà fondamentali (siffatta linea giurisprudenziale trovò un ulteriore appoggio nell'Atto Unico Europeo e nella direttiva sulla libertà di movimento dei capitali del 1988). Con l'uso eccessivo della linea giurisprudenziale, non solo si estendeva l'effetto orizzontale delle libertà economiche su tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, ma ne scaturiva un processo di giurisdizionalizzazione delle politiche di proporzioni considerevoli. Ancor più importante, però, si confermava il distacco del diritto costituzionale nazionale da quello sovranazionale. Questo può portare alla formulazione di un diritto costituzionale europeo che è chiaramente in contrasto con la norma risultante dall'interpretazione sistematica del diritto costituzionale nazionale. D'altra parte, esso non genera un'accresciuta percezione delle leggi europee come *norme eteronome* imposte su cittadini che, in tal modo, si sentono come soggetti privi di diritti politici per deliberare e decidere sulle norme europee, ma, semmai, provoca la rottura del circuito di legittimità democratica tra il diritto europeo e quello nazionale.

In tal senso, basta prendere di nuovo in considerazione la sentenza *Viking*, a cui si è fatto riferimento nel Capitolo 5, e la giurisprudenza della Corte di Giustizia riguardante le implicazioni del principio di libertà di stabilimento sulla tassazione delle aziende nazionali⁵.

⁵ Un episodio chiave in questa lunga saga è la Sentenza C-196/04, *Cadbury Schweppes*, [2006] Racc. I-7995.

In aggiunta, la maniera originale in cui la sintesi costituzionale si è evoluta nell'Unione (al contrario di quanto avvenuto nell'esperienza canadese) ha alimentato un forte deficit democratico strutturale, portando ad *una perdita di potere della politica*. Come già osservato in precedenza, la costituzionalizzazione trasformativa delle libertà economiche ha sottoposto tutte le leggi nazionali a un potenziale processo di controllo di costituzionalità europeo, indebolendo i processi politici nazionali nella loro capacità d'intraprendere politiche socio-economiche che possano anche marginalmente limitare le libertà economiche. Il *Sozialer Rechtsstaat* nazionale, *de facto*, viene messo alle corde se non addirittura lasciato all'abbandono. Questo evento non avrebbe conseguenze drammatiche se fosse stato accompagnato dal ripristino delle medesime capacità politiche anche livello sovranazionale. Non è tanto il fatto che l'Unione abbia competenze limitate (il che è vero per quanto concerne alcune politiche sociali di cruciale importanza) ma, piuttosto, il fatto che le competenze possedute dall'Unione, che quest'ultima eserciterebbe immediatamente per dare nuovo equilibrio alla politica socio-economica e per salvare il *Sozialer Rechtsstaat* a livello sovranazionale, sono soggette al voto all'unanimità nel Consiglio europeo. Abbiamo visto nel Capitolo 4, che la premessa iniziale, secondo la quale la codecisione sia diventata il procedimento legislativo comunitario per antonomasia, non è valida in aree di grande importanza come tassazione, diritto del lavoro, diritti sociali (il nucleo del *Sozialer Rechtsstaat*).

Le probabilità dell'azione politica, dunque, di incidere in materia redistributiva, sono vicine allo zero. Nel momento in cui c'è bisogno di ventisette voti di Paesi con grandi differenze per quanto concerne la popolazione e il livello di benessere, e con storie costituzionali abbastanza diverse, non si possono nutrire troppe speranze (le paure tedesche nei confronti dell'inflazione, quelle francesi nei confronti della deflazione, molti Paesi dell'Europa dell'Est che stanno ancora digerendo le politiche draconiane di transizione verso il capitalismo, insomma un quadro d'insieme che rende l'Unione impotente, non consentendole di plasmare a sua immagine e somiglianza un modello sociale «europeo»). A riprova di ciò, dopo l'adozione della direttiva sulla tassazione dei risparmi nel 2004, la Commissione non ha formulato nessuna proposta di rilievo seria per quanto concerne la tassazione delle persone fisiche. La politica, privata della sua autonomia, non è dunque un fenomeno naturale o causale, ma ha radici profonde nel diritto costituzionale dell'Unione europea. La sintesi costituzionale, finalmente, prende anche una piega verso la nozione di «consenso permissivo»⁶, che si dice abbia contrassegnato il processo d'integrazione europea fino al Trattato di Maastricht. Sotto il

⁶ Vedasi Heidrun Abromeit, *Democracy in Europe: Legitimising Politics in a Non-State Polity*, New York, Berghahn Books, 1998; Clifford J. Carrubba, «The Electoral Connection in European Union Politics», *Journal of Politics*, 63 (2001), pp. 141-158.

punto di vista della sintesi costituzionale, il consenso permissivo è un'intuizione corretta, ma si presenta all'interno di una ingannevole cornice interpretativa normativo-democratica. Viene generalmente inteso come un silenzio condiscendente e privo di critica nei confronti di un processo con credenziali di legittimità democratica dubbie. Questa lettura data al processo sopra citato è fuorviante, e non può dare una spiegazione adeguata del motivo per cui tale politicizzazione si è fatta spazio soltanto negli ultimi anni. La sintesi costituzionale, d'altronde, interpreta il consenso permissivo come una componente naturale del via libera costituzional-democratico ricevuto dalla sintesi stessa. Dal punto di vista della sintesi costituzionale, la politicizzazione è una componente naturale – e democraticamente necessaria – del vero processo di sintesi. La politicizzazione è una caratteristica necessaria del processo, laddove un soggetto sovranazionale assume mansioni sempre più di natura correttiva e d'indirizzo democratico proprio; la politicizzazione è una componente vitale per garantire la riflessività. Quali sono, dunque, le credenziali dell'Unione europea? Esse sono democratiche, in forma principalmente derivata (essenzialmente grazie a un diritto costituzionale europeo che ha origini dall'insieme dei diritti costituzionali nazionali) ma anche diretta (soprattutto grazie al ruolo legislativo svolto dal Parlamento europeo). In aggiunta, il progressivo processo d'emancipazione del diritto costituzionale europeo nei confronti del diritto costituzionale comune e la combinazione specifica della suddivisione delle competenze tra Unione e Stati membri e tra i vari processi legislativi europei, indebolisce la legittimità dell'Unione, in quanto alimenta i deficit democratici strutturali.

3. *Riflessioni conclusive*

In chiusura, possiamo trarre tre lezioni. La prima, e la più importante, è che la teoria ha un peso specifico importante. Abbiamo visto che è importante per una migliore comprensione: non ci si può occupare dell'esperienza dell'Unione, in un modo appropriato, semplicemente facendo riferimento a delle categorie prestabilite del pensiero costituzionale. C'è bisogno di una teoria che presti la dovuta attenzione ai tratti caratteristici dell'Unione, ma che al contempo non soccomba dinanzi alla moda e ai capricci del momento facendo proprio il richiamo ad offrire un approccio *sui generis* (partendo dalla premessa che una teoria adatta al caso debba partire quasi da zero). La teoria è importante anche per quanto concerne la valutazione: può dar vita a una cornice adeguata per la valutazione della qualità normativa di ciò che è stato scritto. In tal senso, è anche politicamente significativa, poiché fornisce e giustifica il motivo saliente e veritiero che alimenta il processo politico e serve come materia prima affinché gli attori pubblici ne tengano conto. Ancor di più, però, la teoria interessa la politica. Soltanto nel momento in cui sappiamo cosa sia l'Unione europea, possiamo pretendere di cambiarla realmente.

La seconda ragione sta nel fatto che la riforma fondamentale non porterà mai ad un ordinamento politico europeo stabile, se l'agenda delle riforme non va oltre un ristretto nucleo di domande relative al potere detenuto dalle élites che governano l'Europa. Una riforma può produrre dei frutti tangibili solo se si occupa delle istituzioni come cornici del processo decisionale democratico su aspetti politici sostanziali, e su chi, come e di che cosa, ci si fa carico per quanto concerne materie importanti come la tassazione, il diritto del lavoro, politiche sociali e via dicendo. Laeken e Lisbona sono degli esempi molto illustrativi su questo punto. Un enorme impiego di energie e tempo veniva speso per definire le regole di voto all'interno del Consiglio dei Ministri. La CIG del 2003, infatti, collassò proprio a causa del mancato accordo su questo preciso aspetto. In aperto contrasto con ciò, semplicemente si evitò di dare vita ad un dibattito sulle origini e i rimedi da impiegare per colmare il deficit democratico dell'Unione. Senza occuparsi di quest'ultimo, non c'è alcuna possibilità di rendere l'ordinamento politico europeo fattibile. È proprio il deficit democratico strutturale che deve essere affrontato mediante una riforma, se si pretende di ottenere qualcosa con la riforma stessa. In altre parole, le istituzioni *hanno importanza*, perché il loro disegno è fondamentale per garantire che le politiche possano essere decise e realizzate *democraticamente*. Per dare validità ai nostri argomenti, la profonda crisi finanziaria, che getta una lunga ombra sul futuro dell'Unione e dell'Euro al momento in cui scriviamo, non è altro che la conseguenza finale della sottrazione progressiva d'autorità ai danni della politica. Il potere strutturale dei mercati finanziari internazionali non è cresciuto dall'oggi al domani. Si è andato consolidando grazie ad una pioggia di processi di privatizzazione di aziende e servizi pubblici, e la promozione di fondi di pensioni privati con i soldi dei contribuenti, cosa che è stata presentata come spinta indispensabile verso il mercato unico. Il tutto ha subito un'accelerazione con l'estensione della libera circolazione di capitali anche verso Paesi terzi, divenendo parte cruciale del disegno istituzionale dell'unione monetaria (ci si aspettava, infatti, che i mercati internazionali facessero ciò che poi hanno fatto: offrendosi come meccanismo di controllo sulle politiche fiscali nazionali, prevenendo spese sconosciute, e obbligando alla disciplina nei conti pubblici; la teoria è stata sempre questa – anche se la pratica ha dimostrato quanto poi in effetti fosse sbagliata). Il tutto fu accentuato dalla rinuncia di abbinare all'unione monetaria anche l'unione fiscale, cosa che avrebbe potuto centralizzare a livello federale una parte notevole di tassazione e spesa pubblica. Poteri cruciali furono delegati ad attori privati, dal controllo sulla liquidazione dei pagamenti accordati (che è un anello chiave della catena mancante per un monitoraggio effettivo dell'evasione fiscale) fino alle valutazioni sui debiti pubblici.

La terza lezione è che il ritorno alla «normalità» intergovernativa sembra essere un miraggio, ed ha dimostrato di essere incapace di risolvere i problemi. Al momento in cui scriviamo, è stata fatta richiesta da parte del governo tedesco di una nuova tornata di riforma del Trattato. A que-

sto punto, una rifondazione su basi democratiche dell'Unione sembra improbabile; salvo che non vi sia un'improvvisa e drastica politicizzazione dell'Unione europea, che al contempo venga sufficientemente focalizzata, così da produrre nuovi frutti dal punto di vista costituzionale. Le formazioni politiche sembrano particolarmente in difficoltà in questo momento, ma l'Unione è riuscita a superare crisi ugualmente difficili in passato. Un modo per gestire la crisi sarebbe quello d'affermare un'auto-comprensione di sé. In tal senso, è importante che l'Unione si occupi e discuta del suo approccio, già notevolmente intrecciato, con la sintesi costituzionale. Questo potrebbe essere l'ultimo test-pilota di una teoria rilevante. Può un riconoscimento teorico appropriato alterarne il reale comportamento? La teoria è importante, in particolar modo se può essere utilizzata per spingere i cittadini europei a discutere, organizzarsi ed agire.

INDICE DEI NOMI E DEI CONCETTI

- aborigeni, popoli (in Canada) 261, 269, 277-284, 286, 290
- accordo provinciale (teoria dell') 260
- Ackerman, Bruce 21, 26, 48-49, 51, 58, 73
- Act of Union (dell'Inghilterra con la Scozia) 27
- adattamento, delle strutture istituzionali 13, 41-42, 57-58, 81-82, 84, 86, 111, 129, 132-133, 295-296, 310
- Adonnino, Rapporto 152
- adozione di decisioni XI, XIII, 2, 15, 17, 29, 38, 53, 55, 68, 85, 95, 103, 114-116, 118, 120, 122-123, 137, 143-146, 153, 159, 173, 179, 192, 197, 204, 211, 216, 222-223, 241, 252, 285, 299, 311
- nel Consiglio dei Ministri 219-220, 309
- nel Parlamento europeo 82, 83, 85, 114, 142, 309
- regolatorie 85
- e scrittura della costituzione 37-39
- e Trattato costituzionale 197-198, 197n72
- Agenzia Europea per la Difesa 163
- agenzie intergovernative 131, 163, 167
- Ajzenstat, Janet 255-256, 266-268
- allargamento 8, 112, 141, 147, 149, 163, 168-169, 178, 304-305
- e cambiamenti nella struttura interna della Commissione 169
- democrazia e 147
- dinamismo risultante dall' 305
- effetti costituzionali dell' 164
- impatto pluralizzante dell' 163
- impatto socio-economico dell' 149
- parametri richiesti per l'adesione all'Unione e 163, 305
- Alta Autorità 106, 114, 133, 138
- competenze 106, 113
- natura giuridica 138
- risultato dell'adattamento delle istituzioni 133
- Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza 6, 168-169
- Amato, Giuliano 182, 190, 212
- amministrazioni nazionali 67, 79, 134-135, 139-140, 143-144, 204
- Amsterdam, Trattato di (1997) 7, 150, 172, 181, 196
- appoggio delle norme costituzionali nazionali all'ordinamento giuridico europeo 53, 56, 238
- argomentazione costituzionale 36, 42, 44
- Aristotele 28-29
- Politica 28
- armonizzazione fiscale 119, 125
- Ashton, Baroness a 6
- Assemblea europea 131, 142, 170
- marchio istituzionale 104

- e Parlamento europeo 170
- poteri 131
- Atto riguardante le Elezioni per il Parlamento europeo (1976) 121
- Atto unico europeo 7, 64, 134, 142, 147-148, 150, 152, 154-156, 158, 171-172, 177, 214, 311
- Balfour, Dichiarazione di 261
- Banca centrale europea 162, 164-165, 197
 - e unione monetaria 165
 - competenze 162
 - statuto giuridico 165 n 165
- Belgio, Parlamento del 202
- beni collettivi 128, 160
- Berlino, caduta del muro di 149, 163, 174
- Bretton Woods 145
- British North America (BNA) Act (1867), *vedi anche* Secondo British North America Act (1949) 249, 251-256, 258-260, 262, 264-267, 269-271, 273, 276-277, 301-302
- Buchanan, John 36
- Bundesbank 149
- Burke, Edmund 51, 55, 266
- Bush, George W. 80, 225
- Buttiglione, crisi 168
- campo costituzionale 12, 161
 - concetto sociologico 57
 - Vedi anche* campo costituzionale europeo
- campo costituzionale europeo 12
 - caratteristiche 57
 - e comitologia 140
 - fondazione dell'Unione europea e 57, 82n44
 - forze fondative 80
 - tensioni nel 172
 - e la teoria della sintesi costituzionale 19
- capitale, movimenti di 233
- capitalismo 149, 312
- Cappelletti, Mauro 17
- Carta canadese dei diritti e delle libertà 277, 302
 - Rivoluzione della 277
- Carta dei diritti fondamentali, dell'Unione europea, *vedi anche* diritti fondamentali 11, 178-179, 195
- Cassis de Dijon, sentenza nel caso, 78, 94, 156
- catarsi costituzionale 285, 289-290
- Charlottetown, Accordo di 283-284
- Chirac, Jacques 203, 206, 221
- cittadinanza 68, 90, 197, 216, 219, 269, 302
- Clarity Act (1998) 285, 289
- Clark, Joe 274
- co-decisione, processo di 170
- Colonial Laws Validity Act (1865) 257
- Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER I e II) 136
- comitologia 82, 86, 95, 119, 134, 139-140, 168, 170-171, 308-309
 - adozione di misure regolatorie nella 86
 - legittimità democratica della 86
 - natura sperimentale della 85-86, 119
 - natura «mista» della 167
 - potenziale democratico della 308
 - e la teoria dei conflitti 93-94
 - trasformazione della 171
- commercio XXII, 2-3, 106, 136, 149, 281
- Commissione europea XXII, 3, 168, 175, 182, 223, 227
 - Alta Autorità, precedente istituzionale della 138
 - competenze 105
 - controllo 131
 - creazione 82
 - identità istituzionale 168-69
 - impeto costituzionale 114

- indebolimento della 137
- natura giuridica 138
- Presidente 3n7
- e la politica agricola 118
- e la politica socio-economica 312
- promotrice dell'integrazione 138
- risultato dell'adattamento delle istituzioni nazionali 85, 133
- e sviluppo istituzionale 133-134
- Commissione giudiziale del Privy Council (Regno Unito) 253, 255, 258, 264-266, 271, 302
- Competenze
 - crescita delle competenze dell'Unione europea 155, 162
 - dibattiti nel processo di Laeken sulle 194
 - nel dibattito costituente 155
 - del Parlamento europeo 167-168
 - e politica socio-economica 311
 - sovranazionali c. nazionali 128-129
- Comunità economica europea 114, 120, 123, 131, 134-135
- Comunità europea, *vedi anche* Unione europea 6, 12, 30, 74, 87, 104-105, 120, 125, 196, 242
- Comunità europea del carbone e dell'acciaio 1, 16, 70, 117, 134
- Comunità europea di difesa 74, 102, 239
- Conferenza costituzionale (Canada) 263-264, 279
- Conferenza degli organi specializzati in affari comunitari (COSAC) 164, 168, 170
- Conferenza dei primi ministri (Canada) 263-264, 280
- Conferenza federale-provinciale (1950, Canada) 254
- Conferenza federale-provinciale di primi ministri e premier (Canada) 254, 263
- Conferenze intergovernative 136, 141, 151-154, 175, 179, 181-183, 199, 228, 263-264, 289, 298
 - nel processo di Laeken 8, 192, 199, 314
 - nel processo di Lisbona 213
 - nella stagione costituzionale 151-152
- conflitti costituzionali 10, 20, 157, 231-233, 235, 237, 240-242, 246, 248, 269, 300, 303
- conflitti, teoria dei 93-94
- Conseil d'État 101-102, 113
- consenso permissivo XI-XII, 312-313,
- Consiglio dei ministri 85, 114, 122, 131, 148, 168-169, 191, 210, 215, 219, 271, 297, 299, 308-309, 314
- Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) 136
- Comitato di cooperazione politica 136
- Comitato speciale per l'agricoltura 136
- Consiglio affari generali 136
- creazione 131
- identità istituzionale 85
- impeto costituzionale e 114-115, 122-123, 145
- e libertà economiche 127
- presa di decisioni nel 197, 219-220, 309
- reti transnazionali e sovranazionali e 148
- Servizio giuridico 153, 190
- struttura 136
- sviluppo costituzionale 114, 122, 136-137, 178-179, 212
- Consiglio d'Europa 142, 304
- Consiglio europeo 2, 115
 - attività 137
 - boccatura del Trattato costituzionale e 208-210
 - e la Convenzione di Laeken 190-193, 190n50, 199-201, 225

- creazione 137
 identità istituzionale 137
 impetto costituzionale 179, 211
 e governance 175
 e Trattato di Lisbona 211, 213, 216, 226
 parlamenti nazionali e 143
 presidente XVI, 3n7, 170,
 riforma dell'Unione 152-153, 213n126
 Constitution Act (Regno Unito per il Canada, 1982) 254, 261, 274, 276-282, 288, 301-302
 Constitutional Act (1791) 253, 257, 271, 275, 277
conventionnels 178, 184, 194, 199
 Convenzione europea dei diritti dell'uomo 71
 Convenzione sul futuro dell'Europa 180
 Corte di giustizia dell'Unione europea 123-127, 130, 134, 138-139, 141, 145, 155-156, 158, 165, 170, 173, 216, 218, 228, 233, 241, 243-244, 246, 248, 297, 301, 304, 311
 creazione 82, 83, 106, 130, 134, 141
 e il diritto costituzionale dell'Unione europea 27, 30, 43, 45, 56n2, 60n9, 77-79, 108, 116-118, 124-127, 145, 165, 216, 218, 228, 241, 243-244, 271, 297, 302, 303, 311
 giurisprudenza sulle libertà economiche 66, 123n51, 155, 156n140, 158, 173, 233, 243-244, 246, 248, 301
 narrazione costituzionale 45
 sviluppo istituzionale 82, 83, 84, 106, 112, 138, 158, 170
 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 71
 Corte internazionale permanente (Lega delle Nazioni) 141
 Corti costituzionali nazionali 33, 161, 232, 246, 303
 Germania (Corte costituzionale federale tedesca) XVII, 10, 27n, 47, 63n14, 66, 74n35, 78, 117n41, 161, 229, 232, 234-235, 244
 Italia (Corte Costituzionale) 126, 161n159, 241
 Repubblica Ceca 222
 Costa, sentenza nel caso 21, 45, 124, 126, 157, 232, 241
 costituzionalismo XV, XIX, 19, 22-23, 31, 39-40, 44, 48, 51-52, 58-60, 66-67, 70-73, 75-77, 80-81, 89-92, 96, 108-109, 132, 174, 196, 223-224, 226, 240, 250-251, 255, 257-260, 264, 266-267, 271-272, 278-279, 282, 288, 294, 296-298, 300, 309-310
 multi-livello 89, 132, 143, 170
octroyé 51, 223-224, 226, 255, 258, 270
 costituzionalismo democratico 23, 31, 48, 59, 73, 89-90, 92, 132, 196, 250, 267, 278-279, 282, 288, 296-298, 300
 Costituzione canadese 278
 portata normativa 32-33
 presa di decisioni 38
 processo deliberativo 38
 relazione tra i concetti formale e materiale di costituzione 33-34
 scrittura della costituzione 37-38
 significato del 31-32
 Unione europea 23, 31-32, 307-313
 costituzionalismo evolutivo 22, 40, 51, 60, 75-76, 109, 294, 309-310
 contrasto con il costituzionalismo sintetico 55-56, 80-81
 definizione 50
 costituzionalismo rivoluzionario 19, 40, 44, 70-72, 76-77, 80, 96, 108, 258, 266
 caratteristiche 48-51

- contrasto con la sintesi costituzionale 55-56, 79-81
 in senso negativo 70
 costituzionalismo sintetico 58, 66-67, 72-73, 75, 77, 81, 174, 240, 251
 costituzionalizzazione semplice 19, 21, 36, 41-43, 50, 53-54, 71, 76, 99-100, 111, 122, 155, 158, 167, 174, 294-295
 e costituzionalismo rivoluzionario 50-51
 e sintesi costituzionale 76-77
 nella stagione costituzionale 158-161
 visione d'insieme della 41-43
 costituzionalizzazione trasformativa XII, 35, 39, 42-43, 50-54, 64, 71, 75, 96, 109-113, 116, 118, 120, 125, 128, 137, 147, 155, 157-158, 173, 177, 243, 248, 264, 271, 294, 301-302, 312
 nel Canada 259
 e costituzionalismo evolutivo 51-52
 forze motrici 113-118
 implicazioni giuridiche del 118-119
 e sintesi costituzionale 75
 nella stagione costituzionale 155-158
 sviluppo istituzionale e 136
 nell'Unione europea 112-122, 155-158
 visione d'insieme 39-41
 costituzione XV-XVI, XV-XVIII, 1, 4, 7-9, 11-14, 16, 18-19, 21-56, 58-61, 65, 67, 69, 72-74, 76-78, 80, 83, 88, 90-93, 95-96, 101-103, 105, 107-110, 118, 120, 122, 128, 130, 138, 148, 155, 158, 168, 172-173, 179-183, 185-186, 188-189, 191, 194, 198, 203-205, 208, 213, 215-216, 220, 222, 227, 232, 234-235, 238-240, 242-243, 245-246, 249-251, 254-264, 266-279, 281, 285-287, 293-294, 297, 301-303, 306-307
 assenza di 208-211, 226-227, 287-288
 autorità della 107-108
 carattere democratico della 30-33
 carattere processuale della 222-223
 carattere scritto della 25-26, 26n12
 concezioni della 25, 306
 formale 25-26
 materiale 28-30
 normativa 30-33
 costituzioni nazionali come fondamenta della costituzione sovranazionale 12-13
 fonte di legittimità 107-108
 e pratiche sociali 27-28
 rigidità della 26, 34
 ruolo integrativo della 36-37, 40
 scrittura della costituzione 26-27
 singolarità della 25
 stabilità della 27
 «una sorta di costituzione» 27
 viva/vivente (*living constitution*) 36, 51, 242n12
Vedi anche Trattato Costituzionale; Costituzione dell'Unione europea; Costituzioni nazionali, teoria della sintesi costituzionale
 Costituzione canadese 250-251, 254-255, 257, 261, 266-267, 270, 273, 277, 281
 e l'assenza di un momento costituzionale 273-276, 284
 carattere derivato della 249-250, 253, 257, 269, 287-288
 e la Carta canadese dei diritti e delle libertà 250, 273, 274, 276, 276-279, 280-282, 287-288, 290
 comparazione con la costituzione dell'Unione europea 249-250, 258, 270-273, 287-290, 301-302

- e il *Constitution Act* 274-279
 e la costituzionalizzazione tra-
 sformativa, 259
 dopo il 1982 279-287
 e l'elusione delle questioni costi-
 tuzionali 268-270
 e federalismo 259, 262-264
 e la giustizia 287
 impeto democratico della 278-
 279, 285-287
 e l'indipendenza del Cana-
 da 254
 modifiche 254n19
 origini 251-258, 266-267
 e il pluralismo costituziona-
 le 259-260, 268-270, 279
 prime concezioni della 259-260
 principi fondanti 267-268
 Quebec 274-287
 e il Regno Unito 251-270,
 257n27, 276-277
 rimpatrio (*patriation*) 273-279,
 273n66, 274n69
 e le sfide costituzionali 249-250
 e lo status controverso del BNA
 Act 258-268
 specificità 258-259, 268-269
 struttura istituzionale 251-252
 sviluppi costituzionali prima del
 rimpatrio costituzionale 251
 costituzioni nazionali (dei pae-
 si membri dell'Unione euro-
 pea) XIII, XVIII, 7, 9, 11-14,
 19, 45, 56-58, 60-64, 66, 69-71,
 73, 76-77, 81, 87, 89, 91-92, 96,
 101-102, 109, 122, 126, 148, 221,
 227, 233, 235-238, 240, 242-243,
 246-248, 293-296, 300-301, 306,
 308, 310
 carattere autarchico 58-59
 doppio ruolo 61
 e l'interrogativo sulle origi-
 ni 237-240
 e l'interrogativo sul primato del
 diritto comunitari 240-246
 legittimità 109
- rapporto con il diritto costitu-
 zionale dell'Unione e 109,
 240-241, 242n12, 245n17,
 247-248, 309-313
 e la sintesi costituzionale 58-62
 sovranità 59-60
Vedi anche prevalenza/primato
 del diritto comunitario
- Danimarca XVIII, 141, 154, 163,
 204, 207
 e la Corte di giustizia dell'Unio-
 ne europea 141
 Parlamento di 143
 Referendum europei 155
 Riforme 153-154
- Dassonville, sentenza nel caso 78,
 146
- decolonizzazione 51, 71, 111
 deficit democratico XI-X, XII, 5, 68,
 79, 95, 155, 309, 312-314
- De Gaulle, Charles 111, 115, 121,
 137
- Dehaene, Jean Luc 153, 182
- Dehaene, Rapporto 153
- Deliberazione costituzionale 37-39,
 72, 187, 189
- Delors, Rapporto 152
- democrazia XII, XIX, 5, 8, 13, 31-
 32, 47, 49-50, 70, 83, 101, 103,
 109, 204, 209, 212, 223, 251,
 257-258, 267, 276, 278, 286, 290,
 307-308
 allargamento dell'Unione euro-
 pea e 147
 condizione essenziale per aderi-
 re all'Unione 163
 costituzione canadese e 279,
 285-287
- Costituzione dell'Unione euro-
 pea e 47-48
 nel costituzionalismo rivoluzio-
 nario ed evolutivo 48-52
 deficit democratico dell'Unio-
 ne 5, 150-151, 154-155, 309-
 313

- diritti fondamentali e 32
 legittimità democratica deriva-
 ta e 307
 Parlamento europeo e 5, 308-
 309
 Unione europea e 5-6, 307-313
 struttura istituzionale dell'U-
 nione europea e 130-131
 Trattato di Lisbona e 222-224
 Dichiarazione dei diritti dell'uomo
 e del cittadino (1789) 25
 Diefenbaker, John 269
 dinamiche costituzionali XVIII,
 18-19, 21-22, 27, 35-37, 43, 48-49,
 52-54, 58, 71-72, 90, 93, 96, 177,
 242, 244, 258, 262, 264, 266, 274,
 278, 293-295,
 e costituzionalizzazione sempli-
 ce 41-43
 e costituzionalizzazione trasfor-
 mativa 39-41
 e scrittura della costituzio-
 ne 37-39
 e sintesi costituzionale 71-81
 diplomazia federale-provinciale
 (Canada) 262
 direttive 86, 107, 118, 125, 159, 196,
 234, 308
 rinominate 'leggi' nel Trattato
 costituzionale 196
 interpretazione delle 118-119
 diritti XVI, XVIII, 8, 10-11, 24-25,
 27-28, 30, 32-34, 40, 43, 47, 49,
 56, 59, 63, 65, 68-69, 71-72, 75,
 90, 116, 123-129, 158-160, 178-
 179, 181, 187, 194-195, 197-198,
 215-218, 221, 231-233, 236, 241-
 245, 247-248, 250, 256, 260-261,
 265, 269, 271, 273-274, 276-282,
 284-286, 288, 290, 300, 302, 304,
 306, 311-313
 socio-economici 195
Vedi anche diritti fondamentali;
 diritti dei lavoratori
 diritti dei lavoratori 10, 221, 233,
 243-244, 304
 diritti fondamentali 11, 24, 27-28,
 32, 34, 43, 47, 56, 75, 116, 124,
 126-128, 158-159, 178-179, 181,
 187, 195, 215-218, 245, 277, 288,
 290, 302, 306
 nella Costituzione canadese
 278-279, 287-290, 302
 democrazia e 32
 nel Diritto costituzionale euro-
 peo 116, 124-129
 nella giurisprudenza della Corte
 di giustizia dell'Unione eu-
 ropea 28n18
 protezione 24, 27-28, 43, 56, 75,
 126-128, 217-218
 sovranazionali 158-160
 nei Trattati fondativi dell'Unio-
 ne europea 28n18
Vedi anche Carta dei diritti fon-
 damentali dell'Unione eu-
 ropea
 diritto allo sciopero 10, 33, 233
 Diritto comunitario XI, 1, 3, 9-11,
 14, 22-24, 36, 43-45, 47, 61, 66-
 67, 75, 77-80, 86, 94, 104-105,
 109-114, 116, 118-119, 122-129,
 140-141, 146, 156-161, 173, 193-
 194, 215-216, 218-219, 226, 231-
 236, 240-248, 300-301, 305
 ambito e portata del 156, 161
 azione legislativa e 122-124
 carattere derivato del 9, 109,
 127, 236, 241, 245-247, 267
 conflitti con il diritto naziona-
 le 2, 9-10, 33
 e costituzionalizzazione trasfor-
 mativa 108-109, 111-112
 definizione del 1n1
 effetto diretto del 10, 24, 43, 45,
 75, 116, 124-125, 127, 155,
 159, 231-233, 305
 interpretazione del 16-17
 legittimità del 4-6, 33-34, 58-
 62, 72-74, 307-313
 e libertà economiche 78, 116,
 123-124, 148, 156-157, 314

- natura internazionale del 105n16
 primato/prevalenza 11, 75, 94-95, 118-119, 124, 126-127, 155, 157-159, 161, 194, 215-216, 231-233, 235-236, 240-248, 300
 principi non scritti del 24, 56n2, 75, 126
 principi sostanziali del 114-116, 124-129
 principi strutturali del 114-116, 124-129
 quale 'archetipo' regolatorio 13, 56, 58-62, 310
 risorse coercitive del 66
 e sintesi normativa 64-65
 e teoria della sintesi costituzionale 13-14
Vedi anche conflitti costituzionali; ordine giuridico
- Diritto costituzionale, *vedi anche*
 Diritto costituzionale europeo XII, XVI, XXI, 11-14, 17, 19, 22, 24, 27, 29, 34-35, 41, 43, 47-48, 51, 55-67, 70-82, 85, 93-94, 96, 107, 109, 111, 116, 118, 122, 124, 127, 129-130, 132, 145, 148, 155, 157, 177, 194-195, 226, 228, 231, 233-234, 237-238, 240-249, 255-257, 262, 270-272, 293-298, 300-308, 310-313
- Diritto costituzionale comune, *vedi anche* Diritto comunitario 12-14, 19, 56, 58, 60-64, 66, 70, 72-73, 75-79, 81, 85, 96, 109, 111, 122, 129-130, 132, 145, 157, 195, 237, 241-243, 248, 270-271, 294-295, 297, 300-301, 308, 310, 313
- Diritto costituzionale dell'Unione europea XXI, 22, 296, 312
 carattere democratico 47-48
 concezioni del 25-33, 306-307
 contesto politico e 110-112
 Corte di giustizia dell'Unione europea 27, 30, 43, 45, 56n2, 60n9, 77-79, 108, 116-118, 124-127, 145, 165, 216, 218, 228, 241, 243-244, 271, 297, 302-303, 311
 costituzionalizzazione semplice e 122-130
 costituzionalizzazione trasformativa e 112-122
 dinamiche costituzionale nel 43-44
 futuro del 9, 313-315
 deficienze formali 27, 306-307
 deficienze normative 33-35, 306-307
 materiale 28-30, 306-307
 narrazione costituzionale e 45
 paragone con il diritto costituzionale canadese 249-250, 258, 270-273, 287-290, 301-302
 rapporto con i Trattati 23-25, 27, 29, 44-46
 rapporto con le costituzioni nazionali (*vedi anche* prevalenza/primato del diritto comunitario) 109, 240-241, 242n12, 245n17, 247-248, 309-313
 risultato di un processo di costituzionalizzazione giudiziaria 124-129
 risultato d'un processo di costituzionalizzazione legislativa 122-124
 Trattato costituzionale 8-9
 Trattato di Lisbona e 8-9, 211-214
Vedi anche Trattato costituzionale; costituzioni; prevalenza/primato del diritto comunitario
- diritto e contesto (*law and context*) 93
 diritto naturale 17, 26, 34
 diritto positivo 7, 17, 26, 298
 donne, nella Convenzione di Laeken 107, 186, 281-282, 286

- Dooge, Rapporto 152
 doppia maggioranza, sistema di voto a 215, 217, 220, 299
 doppio pluralismo 62-66, 67, 81
 Dworkin, Ronald 15
- effetto diretto 9-10, 24, 43, 45, 49, 75, 116, 124-125, 127, 155, 157-159, 231-233, 247, 305
 elezioni XII, XVIII, 79, 110, 121, 142, 147, 150, 152, 206, 215, 217, 222, 268, 270, 274, 281
 al Parlamento europeo 118, 121, 142, 143, 146-147
 europee vs. nazionali 152n130
 Erhard, Ludwig 115
 esplorazione costituzionale 42
 Estonia 10, 204, 209, 233
 Euratom 82, 105, 121, 135, 196
 Eurojust 163
 Europa Orientale 5, 178, 149, 312
 Europa sociale 188, 198
 European Communities Act 27
 Europeizzazione 87-89, 134-135, 137, 142-144, 148, 164
 Europol 163
 euroscetticismo XII, XV
 Eurosclosi 210
 ex-comunisti, paesi 163
- Factortame, sentenza nel caso, 160
 Finlandia XVIII, 163, 209, 304
 Diritti collettivi dei lavoratori in 10, 233-234, 243, 304
 Fischer, Joschka 7, 24, 179
 Founding Act (Canada, 1867) 261
 Francia XVII-XVIII, 8, 12, 25, 42, 46, 50, 128, 134, 190-191, 200, 202-205, 207-208, 216, 220, 242, 257, 288
 bocciatura del Trattato costituzionale 8, 225, 299
 momenti costituzionali in 44
 rapporto con la Corte di giustizia dell'Unione europea 141
- referendum costituzionali in 8, 45-46, 202, 205, 221, 227
 trapiantato nel Québec del diritto civile francese 257
 Friedrich, Carl 18, 22, 36, 50, 59, 70, 101
 fusione, teoria della 88-89
- gender bias* nella Convenzione di Laeken 186n33
 Germania XVII-XVIII, 12, 46-47, 67, 149, 165, 200, 202, 211, 216, 221, 242, 297, 310
 limiti della sovranità 101n7
 Parlamento 143
 politica economica 80, 115, 145
 rapporti con la Commissione europea 143
 referendum costituzionali 46
 riforma dell'Unione europea 314
 riunificazione 149
 tradizione costituzionale 46-47, 310
 Giscard d'Estaing, Valéry 137, 182-183, 186, 190, 193, 210-211, 228
 giudizio di costituzionalità 30, 49
 nel contesto europeo 30
 e il costituzionalismo rivoluzionario 49
 giustizia e affari interni 162, 169, 215, 217, 219, 299
governance XVII, 2, 4, 18, 92, 143-144, 149, 162-167, 169, 173-175, 178, 187-189, 198, 211, 222-223, 225, 228-229, 298-300
 e pluralismo costituzionale 165, 167
 teoria costituzionale alternativa 149, 173
 e Trattato di Lisbona 223
 e unione monetaria 165-166
 Grecia XVI, 159, 163, 202
 adesione all'Unione europea 163
 Guerra civile (Stati Uniti) 258-259, 266, 301

- Guerra fredda 71, 111
 guerre mondiali 45, 68, 101, 270, 296
 Seconda guerra mondiale 134, 238, 304
- Habeas Corpus Act 27
- Hallstein, Walter 107, 121, 132, 139
- Herzog, Roman 2, 10-11, 244
- identità costituzionale 62-64, 74, 79, 107-108, 114, 125, 194, 224, 231, 246, 261, 271, 307
- impeto costituzionale 190, 208
- indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità 166
- integrazione XI-XII, XXI, 1, 5, 8, 12-19, 26, 28-29, 34-36, 42, 44, 52, 54-75, 77-82, 85-95, 97, 99-112, 114-116, 120-122, 124, 130-131, 135, 137-140, 143-148, 150, 157-158, 168-169, 173-174, 177, 204, 226, 229, 231, 234-235, 237-240, 242-247, 270, 293-298, 300, 303-304, 306-310, 312
- carattere sperimentale 238-239
- Commissione europea e 138-140
- decolonizzazione 111n26
- destabilizzazione dell' 144-147
- economica 115-116
- disciplina costituzionale 93-94
- impatto delle guerre mondiali 100-101
- interdipendenza 69-70
- mandato all' 14, 60, 69-70, 72-73, 101-103
- momento costituzionale sintetico e 100-110
- proposte 100-103
- resistenze all' 79
- settoriale 82
- sintesi costituzionale e 58-62, 173-175
- stagione costituzionale e 147-173
- teorie dell' 87-96
- vincoli dell' 77-88
- intergovernativismo liberale 91-92
- Internazionale, sentenza nel caso 28, 56, 126-127, 179
- interrogativo sulle origini 234, 237, 240, 247
- Iraq 225
- Irlanda XVIII, 8, 141, 163, 195, 201, 204, 219-221
 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 195
 e la Corte di giustizia 141
 e le norme di giustizia e affari interni 219
 bocciatura del Trattato di Lisbona in 8, 220-221
- Istituto universitario europeo, Firenze 93, 212
- Italia XVII-XVIII, 12, 42, 101, 111, 120, 126, 202, 216, 242
 limiti della sovranità 101n7
 Parlamento 154
 tradizione costituzionale dell' 44
- IVA, Sesta Direttiva 119
- Jefferson, Thomas 49
- Joerges, Christian 24, 86, 93-95, 119, 140, 167, 170, 179, 198
- Kelsen, Hans 17-18, 22, 25-26, 28, 41, 63, 236, 255
- Khadi, sentenza nel caso 160
- Kissinger, Henry 6, 137, 183, 297
- Klaus, Václav 38, 143, 161, 185, 221-222
- Laeken, Convenzione di 92, 182, 218, 228, 299
 bozza di Trattato 148, 194, 196, 299
 composizione 181n15, 182n17, 183-184, 184n28, 186n33, 192n60
 Consiglio Europeo e 190-193
 fase d'abbozzo 188-190
 fase d'audizione 186-187

- fase deliberativa 186
 limiti 190-191
 mandato costituzionale 101, 182, 184, 193, 203, 245, 299
 modifiche costituzionali proposte nella 193-199
 e politica socio-economica 198-199
Praesidium della 188
 Laeken, Dichiarazione di 180-184, 190-191, 207, 299
 Laeken, Processo di 7, 46, 48, 199, 203, 214, 224-225, 227, 283, 288, 299
 Conferenza intergovernativa 199-201
 fallimento (bocciatura del Trattato) 8, 47, 92, 207, 225, 299
 interpretazioni 235n5
 legittimità del 46
 lezioni del 228-229
 processo di ratifica 8, 47, 151, 154, 202, 205, 212, 220, 226, 288, 299
 reazioni al fallimento 208-211
Vedi anche Trattato costituzionale; processi di riforma
 Lassalle, Ferdinand 29
 Laval, sentenza nel caso 33, 78, 94-95, 160, 248
 Lega delle Nazioni 12, 59, 134, 141, 304
 Legge di Westminster (1931) 254
 leggi, dibattiti nella Convenzione di Laeken 9, 13, 27, 32, 34, 36, 40, 42, 51, 86, 96, 107, 118-119, 126, 130, 140, 172, 196, 204, 215, 219, 234, 241, 246-247, 252-253, 255, 257, 265, 267, 301-302, 311-312
 leggi-quadro 196, 215
 legittimità XI-XII, XVIII, 1, 4-5, 7, 9-11, 13-14, 24, 31-34, 37-39, 45-48, 51-54, 60-61, 64, 66-67, 72-74, 77-80, 83, 85-86, 89, 91-92, 95, 108-109, 117, 121, 147-148, 158, 161, 174, 179-180, 186, 189, 203, 220, 222-224, 226-228, 236, 238-240, 258, 293, 300, 303, 305-311, 313
 costituzioni, garanti della legittimità 107-108
 crisi di 66, 77
 del costituzionalismo evolutivo 51-52
 del costituzionalismo rivoluzionario 48-51
 del diritto comunitario 33
 sintesi costituzionale e 60-61, 240
 del processo di Laeken 46
 dell'Unione europea 4-5, 14-15, 23, 65-66, 107-108, 307-313
 libera circolazione dei lavoratori 123, 243
 libertà di stabilimento 10, 33, 233, 244, 311
 libertà economiche 24, 33, 43, 66, 78, 95, 116, 123-124, 127-128, 146, 148, 150, 155-160, 173-174, 243, 246, 248, 301, 311-312
 e cittadinanza europea 78
 depoliticizzazione 314
 nel diritto comunitario 116, 124
 nella stagione costituzionale 155
 parametro di costituzionalità nel Diritto comunitario 148, 156-157
 e politica socio-economica 123
 regime giuridico delle 123
 limiti della sovranità 91, 101
 Locke, John 255, 266-267
 Loewenstein, Karl 18, 22, 26, 34, 39, 101-102
 Lussemburgo 12, 60, 77, 102, 113, 115, 126, 137-138, 159, 202, 204, 208
 Lütticke, sentenza nel caso 125
 MacDonald, John A. 260
 Macklem, Patrick 261

- Maggio del 1968 (eventi) 128
 Magna Carta 27
 Mangold sentenza nel caso 10, 244
 Manitoba, Canada 251, 253, 275, 281
 Mansholt, Sicco 115, 120
 Marx, Karl 29
 Meech Lake, Accordo di 262, 280-284, 288, 302
 mercato comune 44, 64, 105, 114-116, 118-120, 127, 145-146, 155, 297
 Merkel, Angela XVIII, 211
 metodo aperto di coordinamento 166, 197
 minoranze 186, 274
 momenti costituzionali 27, 49, 51
 sintetici 72-73, 73 n31, 100-110,
 Monnet, Jean 58, 134, 138, 177, 189
 Moravcsik, Andrew XXI, 91-92, 108, 111, 182, 209
 Morgenthau, Hans 68-69
 movimento per i diritti delle province 260
 Mulroney, Brian 280-282, 285
 Mussolini, Benito 304
 mutazioni costituzionali 39

 narrative costituzionali 14-15
 nazionalsocialismo 106
 neoliberalismo 4
 Newfoundland, Canada 251, 253-254, 256, 275, 281
 New Public Management 82
 Nixon, Richard 80, 137, 297
 non-discriminazione 93, 123, 125, 127, 244
 norme costituzionali XVIII, 10-11, 13-14, 21, 25, 30-31, 34, 36-37, 40-41, 43, 46, 50-54, 56, 60, 63-64, 67, 72, 75, 77, 84-85, 94, 108-111, 122, 126, 159, 174, 204, 224, 226-227, 232, 235-236, 238-240, 242-243, 245-247, 249, 258, 262, 268, 294, 303, 305, 308, 310-311
 carattere generale ed astratto 36, 40-42
 interpretazione delle 39, 311
 materiali 39-40

 Olanda XVIII, 8, 12, 165, 190, 202-204, 207-208, 220, 288
 bocciatura del Trattato costituzionale 8, 225, 299
 limitazioni della sovranità 101n7
 Referendum costituzionali in 8, 202, 206-207, 220, 226-227
 Omega, sentenza nel caso 160
 opinione pubblica XII, 9, 38-39, 45, 153-154, 170, 179-180, 184, 192, 203, 205, 223, 239, 282-283, 286, 288-289
 e la Carta dei diritti e libertà canadese 287n124, 287-288
 e la Costituzione del Canada 283-285, 289
 e la Costituzione dell'Unione europea 226-227
 e la Convenzione di Laeken 184
 e la ratifica del Trattato costituzionale 202-203
 e la riforma 154-155
 ordinamento giuridico 11, 14, 22, 24, 27, 29, 35, 40-42, 45, 47, 51, 56, 60-61, 63, 72-73, 75, 78, 90, 93, 96, 102, 104-105, 108, 111, 118-119, 122, 124, 126, 129, 132, 144, 148, 158, 161, 163, 204, 231-232, 234-235, 238, 240, 245, 247, 249, 255, 259, 261, 269, 271, 294, 300, 303, 310
 autonomia 29-30
 costituzione 61
 costituzionalizzazione 39-40
 Diritto costituzionale e 60n9
 rapporto con la struttura istituzionale 57
 teorie *sui generis* 22-23, 71, 313
 Vedi anche Diritto Comunitario;
 conflitti costituzionali
 ordinamento politico europeo, carattere sintetico XI, 22, 58,

- 63, 65, 72, 75, 76, 96, 99, 145, 158, 303, 304, 308-310
- Organizzazione per la cooperazione economica europea (OCEE) 304
- Parlamenti nazionali XVII, 85, 142-143, 153-154, 164, 168, 170, 179, 181-182, 184, 187, 197, 214, 219, 223, 303, 309
- Europeizzazione 143
- e riforma dell'Unione europea 153-154
- ruolo nell'integrazione europea 168
- Parlamento europeo 3, 5, 7, 71, 79, 82-83, 85, 106, 110-111, 118, 121, 141-142, 146-148, 150, 154, 164, 168, 170-171, 173, 180, 182, 197, 204, 211, 215, 293, 297, 303, 309, 311, 313
- adozione di decisioni nel 83, 85, 170, 311
- carattere democratico 5, 313
- competenze 167-169, 170
- composizione (parlamentari nazionali distaccati) XVII, 85, 142-143, 153-154, 164, 168, 170, 179, 181-182, 184, 187, 197, 214, 219, 223, 303, 309
- creazione del 83
- elezioni del 118, 121, 142, 146-147
- identità istituzionale del 79, 141-142
- impeto costituzionale 114, 117, 141-142, 180n10
- influenza delle pratiche nazionali sul 85
- legittimità sovranazionale 146-147
- marchio istituzionale del 104
- Presidente 3n7
- e la riforma del Diritto costituzionale dell'Unione 154
- ruolo del Parlamento nella nomina di magistrature europee 170
- sviluppo istituzionale 141-142
- Parliament Act (1911) 27
- Parti Quebecois 270
- Patto di stabilità e crescita 166, 298
- Pernice, Ingolf 60, 69, 89-90, 92, 107
- petrolio, crisi del 137
- Piano Marshall 103
- Pilastrini dell'Unione europea 82, 162, 165, 195-197
- Piloti, Massimo 134, 141, 304
- pluralismo 12, 14, 58, 62-64, 66-67, 72, 81-82, 90, 93-94, 96, 130-132, 134, 161-164, 168, 174-175, 246, 248, 258, 261, 266, 268, 271, 273, 279, 283, 290-291, 302, 305
- allargamento e 162-167
- e Costituzione del Canada 259-260
- doppio 64, 66, 303-304
- e governance 164-165, 167
- istituzionale 12, 56, 64-65, 82, 130-134, 162-167
- e sintesi costituzionale 62-64
- Trattati e 161-162
- dell'Unione europea 12, 304
- e unione monetaria 164-165
- Polanyi, Karl 103
- Politica Agricola Comune 114-124, 123-124, 145-146, 297
- politica estera e di sicurezza comune (secondo pilastro) 80, 111, 135-137, 145, 162, 168-169, 194, 196-197, 225
- Polonia 200, 204, 216-218
- e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 217-218
- Pompidou, Georges 137
- Portogallo XVIII, 163, 204
- adesione alla Comunità Europea 163
- Praga, Primavera di 128
- prevalenza/primato del diritto comunitario sul diritto nazionale 126-127, 159, 161, 194, 215-216, 232, 236, 242, 300

- interrogativo 11, 235-237, 240-246
- principi non scritti del diritto comunitario 24
- procedurali, diritti 128, 158, 207
- Progetto di Trattato sull'Unione europea (Bozza Spinelli) 7, 148, 150-152, 172
- proprietà privata 128, 160, 195
- Quebec Act (1774) 257, 259
- Quebec, Canada 251-253, 257, 259-260, 265-266, 269-271, 273-278, 280-288, 290, 302
- Raffarin 206
- rapporti tra stati 59, 67-71
 - affinità costituzionale 70-71
 - interdipendenza 69-70
 - riconoscimento dell'interdipendenza 68-69
- rappresentanza democratica 32, 268
- ratifica XVII, 8-9, 39, 45-47, 70, 74, 102, 105, 107-108, 112-114, 126, 145, 151-155, 190-191, 194, 199, 202-210, 212, 214-215, 220-221, 225-228, 233, 239, 267, 274, 276, 288, 299, 302
- carattere nazionale del processo di ratifica dei Trattati 152, 202-208
- procedure costituzionali 39
- riforma costituzionale 152-155 del Trattato costituzionale 202-208
- del Trattato di Lisbona 220-222
- Rawls, John 36, 68
- référé législatif 50
- Reform Act (1832) 27
- Regno Unito 20, 27, 29, 40, 52, 141, 163-164, 195, 201-202, 204, 207, 214, 217-219, 222, 249, 254, 256, 261-262, 264, 267, 272-273, 275, 301-302, 310
- e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 195, 217-218
- e la Corte di giustizia dell'Unione europea 141
- e la Costituzione del Canada 251-268, 257n27, 276-279
- Parlamento 254, 270, 273, 276
- partecipazione nel pilastro giustizia e affari Interni 219
- referendum costituzionali 202n95
- tradizione costituzionale 44-45, 310
- e l'unione monetaria 164
- regola della «società diversa» (Costituzione canadese) 281-282
- Regolamenti 13-14, 19, 44, 56-58, 62-66, 72, 75-76, 81, 86, 91, 95-96, 107, 109, 111, 118-119, 121-122, 124, 129-130, 132, 140, 145, 159, 171, 196, 234, 237-238, 242, 246, 248, 262, 294-295, 297, 301, 303, 308, 310
- Interpretazione dei 118-119
- ridenominati leggi 196
- riflessione, periodo di 209, 211
- riforma, processi di 7-8, 45, 84, 113, 148, 151, 171-172, 215, 225, 228, 298, 302
- caratteristiche 147-149
- e le conferenze intergovernative 148-149
- fallimenti 172-173
- fasi 148-149
- futuro 314-135
- Nizza 7, 151, 153-155, 171-172, 177-179, 215, 220, 226, 299
- principali proposte 147
- nella stagione costituzionale 146
- tensioni relative all'agenda 177-178
- Vedi anche* Processo di Laeken; Trattato di Lisbona
- riproduzione delle strutture istituzionali, processo di 13, 58, 81-86, 96, 11, 132-133
- risorse proprie 18, 121, 197

- Rittberger, Berthold 83, 106, 142, 170
- Rivoluzione Tranquilla (Quebec, 1960-1966) 269
- Robinson, Ian 260, 274-275, 277
- Romney, Paul 259, 261, 266, 268
- Ross, George 210-211, 254
- Rousseau, Jean-Jacques 29, 31
- Royal Proclamation (1763) 261
- Rueff, Jacques 115
- Ruffert, sentenza nel caso 33, 78, 160
- Russell, Peter 266-267, 273-276, 281, 283-284, 286-287
- Santer, crisi 168, 170
- Sarkozy, Nicolas 210, 212-213
- Scharpf, Fritz 11, 88, 144, 244, 259
- Schattschneider, E. H. 133
- Schmidberger, sentenza nel caso 160
- Schmidt, Helmut 71, 137
- Schuman, Robert 16, 24, 110, 134, 179, 209
- Scott, F. R. 150, 254
- scrittura della costituzione 7, 19, 37-38, 46, 49, 185, 191
- Secondo British North America Act 254
- segnalazione (nei processi costituenti) 37
- Simeon, Richard 255, 260, 262, 274-277
- Simmenthal, sentenza nel caso 127
- Simon, Rapporto 71, 85, 137, 143, 153
- sintesi costituzionale, processo 57, 68, 77, 82, 99, 132, 134, 141, 148, 158, 298, 305
- intaccata 80
- Vedi anche* stagione costituzionale
- sintesi costituzionale, teoria XI, XIX, 12-13, 15, 17, 19-21, 55, 57, 88-89, 91, 95, 97, 99, 158, 224, 231, 237, 240, 246, 250, 272, 294, 300, 304-305, 308
- applicabilità 17, 296-302
- carattere interpretativo 15-16
- carattere pluralistico 62-66
- come archetipo regolatorio 13-14, 19, 56-58, 62-66, 72, 75-76, 81, 96, 109, 111, 122, 129-130, 132, 145, 237, 242, 246, 248, 294-295, 297, 301, 303, 310
- come modello idealtipico del Canada 249-291
- come modello idealtipico dell'Unione europea 296-302
- comparazione con altre teorie costituzionali 87-96
- definizione 55
- e le dinamiche costituzionali 71-81
- e gli interrogativi costituzionali 231-248
- intuizioni fondamentali 12-15
- e legittimità 61, 235
- precondizioni 66-71
- shock esterni 14, 77, 81, 96, 137, 147, 174, 295
- e lo sviluppo istituzionale 81-87
- tensioni interne 14
- e Trattato di Lisbona 225
- visione d'insieme 12-15
- e vulnerabilità esogena dei processi di sintesi costituzionale 13-14, 77
- e interrogativi sul primato del Diritto comunitario 235-237, 240-246
- e vulnerabilità endogena dei processi di sintesi costituzionale 13, 77-78
- sintesi normativa 13, 19, 56, 58, 64-66, 95, 130, 133, 174, 295
- Sistema europeo delle banche centrali 82, 148, 164, 197n72
- società civile 37-39, 139, 179, 184, 190
- 'forte' 37n40
- socio-economica, politica 297, 312

- Solange II, sentenza nel caso 161
- Spagna XVII-XVIII, 42, 163, 200, 202, 204-205
- ingresso nell'Unione europea 163
- referendum costituzionale 202n95, 205
- sperimentazione 58, 74, 81-82, 85-86, 90, 96, 111, 140, 173, 238-240, 295
- nella comitologia 85-86, 119, 134, 140-141
- nel processo d'integrazione europea 238-239
- nelle strutture istituzionali 82, 85-86
- Spinelli, Altiero 7, 68, 74, 99-100, 148, 150-152, 154, 172, 177, 180, 293
- stagione costituzionale 14, 19, 100, 147-149, 161, 171-173, 175, 302
- costituzionalizzazione semplice nella 158-161
- costituzionalizzazione trasformativa nella 155-158
- profili della 147-149
- rifiuto costituzionale nella 171-173
- scrittura della costituzione nella 150-151
- Stalin, Iosif 112
- Stati Uniti XVI, 2, 58, 103, 112, 146, 251, 273, 281, 297
- Costituzione 256
- guerra civile 258, 259, 266
- e l'integrazione europea 112, 146
- Stauder, sentenza nel caso 28
- struttura istituzionale 2-3, 8, 12-13, 19, 28, 56-57, 61, 63-66, 75, 78, 81-83, 87, 89-90, 96, 104, 106-107, 116, 120, 130, 132, 134, 137-140, 144, 150, 161-162, 165, 167-168, 171, 178, 195, 239, 244, 258, 294-297, 304, 306
- carattere democratico 130-132
- caratteri generali 130-132
- dibattiti nella Convenzione di Laeken 195-196
- formazione 7, 13, 56-57
- e pluralismo costituzionale 13, 57, 64-66, 82, 130-134, 162-167
- e sintesi costituzionale 65
- sviluppo 81-87, 134-147
- nel Trattato di Roma 130-147
- sui generis*, teoria XI-XII, 2-3, 5, 16, 22-23, 71, 90, 185, 313
- summitry* 137 n94, 137n96
- Svezia 46, 163, 207
- sviluppo istituzionale 56, 81, 111, 130, 133
- tempo XII, XVI, 3-4, 8, 17, 24-25, 27, 37, 41, 43, 46-47, 49-52, 56, 59, 61, 66, 72-73, 81, 84, 95, 101, 109, 111-112, 119, 126, 136-139, 143, 146-147, 150, 152, 154, 157, 160, 163, 170-172, 178, 187-188, 191, 201-202, 215, 221, 224, 226-227, 233, 236, 238, 242, 245-246, 252, 258, 266-269, 272, 275-276, 278, 289, 302-304, 309, 314
- teorie costituzionali tradizionali (dell'integrazione europea) 95
- Thatcher, Margaret 146, 297
- Titanium Dioxide, sentenza nel caso 157
- Tobacco Advertising, sentenza nel caso 157
- tolleranza costituzionale 92-94
- tradizioni costituzionali 6, 10, 13, 16, 22-23, 25, 45, 48, 56, 110, 126, 195-196, 233, 238, 242-245, 258, 268, 271, 294, 310
- tradizioni costituzionali comuni 13, 16, 56, 110, 126, 242-245, 310
- trasferimento di competenze 61, 105-106
- trasformazione costituzionale 7, 19, 35, 40, 44-45, 71, 100, 108, 113,

- 119, 129, 155-156, 173, 227, 231, 235, 238, 250, 270, 285-288, 290
- Trattati (dell'Unione europea) 6, 9, 19, 24, 27-29, 33, 43-45, 56, 61, 73, 76, 81-82, 86, 91, 99-100, 104-108, 110-124, 126, 130, 132, 134, 136-138, 144-145, 148, 150-151, 154, 162, 169-170, 172, 174, 180, 193, 204, 207, 213, 217, 220, 225-226, 234-236, 238, 241, 245, 247, 270, 293, 302
- e diritto costituzionale dell'Unione europea 25-26, 27, 28, 44, 45, 107
- interpretazione costituzionale 14, 28, 112, 172
- modifiche 172
- paragone con le costituzioni 118
- ratifica 9, 70, 105, 112-113
- Trattati di Roma (1957) 44, 61, 99, 104, 106, 111n26, 114, 121, 130, 135, 141, 162
- Trattato dell'Unione europea (*Trattato di Maastricht*) 6-7, 148, 150, 155, 162, 164, 169, 172, 177, 195, 206, 312
- Trattato Euratom 82, 105, 135, 196
- Trattati Finanziari (1970, 1975) 121
- Trattato costituzionale (Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) (2004) 7-8, 35, 46, 64, 97, 190, 192-199, 201-202, 204-206, 208-210, 212, 217, 219, 223-226, 228, 234, 288, 299-300
- boccatura del 8, 214, 225, 299
- comparazione con il Trattato di Lisbona 35, 211, 224-229
- e il processo decisionale 197-198, 197n72
- ratifica del 202
- referendum sul 8, 45, 46, 202-206, 208-209
- Vedi anche* Costituzione dell'Unione europea; processo di Laeken
- Trattato della Comunità europea del carbone e del acciaio 117
- Trattato della Comunità europea di difesa 102, 114, 239
- Trattato della comunità politica europea (1954) 177
- Trattato dell'Unione europea (Trattato di Maastricht) 6-7, 148, 150, 155, 162, 164, 169, 172, 177, 195, 206, 312
- Trattato del Saar 120
- Trattato di Fusione 104
- Trattato di Lisbona 7-9, 24, 27, 31, 34-35, 54, 64, 66, 74, 78, 85, 90, 208, 211-228, 288, 298-299, 306
- «doppio» discorso costituzionale e 222-224
- carattere democratico 221-222, 287-288
- carattere non-costituzionale 8-9, 211-214
- caratteristiche peculiari 215-220
- comparazione con il Trattato costituzionale 35, 211, 224-229
- componenda* nel 213, 215, 217, 219, 221-222, 299
- Conferenza intergovernativa e 213-214
- costituzione formale e 54
- firma 214-215
- ratifica 220-222
- sintesi costituzionale e 225-226
- teoria del costituzionalismo multilivello 90-91
- valutazione globale 222-224
- Vedi anche* processi di riforma
- Trattato di Nizza 7, 19, 99, 147, 151, 171-172, 178, 220, 299
- Trattato di Parigi (1951) 1, 19, 43, 61, 104, 113-114, 135, 304
- triangolo istituzionale 167, 171
- tributario, potere 120-121

- tripla maggioranza, sistema di 220
 Trudeau, Pierre 266, 274-276, 280-281, 284
- uguaglianza dinanzi alla legge 63, 232, 243
- U.K. Human Rights Act 27, 40
- Union Act (1840) 253
- unione doganale 106, 115, 145
- Unione europea 1, 5, 14, 61, 69, 132, 153, 179, 304
- carattere pluralistico 13, 303
- caratterizzazione come una comunità politica *sui generis* XI-XII, 2-3, 5, 22-23, 90, 185
- dinamica 303-304
- enigmi costituzionali 1-12, 14, 231-248, 249, 307-313
- fragilità e resistenza 99, 174
- impatto sulla vita sociale 2
- legittimità 4-5, 13-14, 24, 65-66, 107-108, 307-313
- natura politica 1-4, 22-23, 23n2, 303-306
- personalità giuridica 187, 195-196
- requisiti costituzionali per l'adesione 163-164, 305
- riforma 6-8
- struttura 12
- teoria della sintesi e 296-302
- trasferimento di competenze 105-106
- Vedi anche* Diritto comunitario, Struttura istituzionale, Ordine giuridico
- Unione europea occidentale 304
- Unione sovietica (collasso dell') 149
- unioni monetarie 95, 148, 164-165, 173, 175, 178, 298, 314
- Vajnai, sentenza nel caso 160
- Van Gend en Loos, sentenza nel caso 45, 124-125
- Viking, sentenza nel caso 10-11, 33, 78, 94-95, 100, 160, 233, 243, 248, 304, 311
- volontà costituzionale 39, 49, 51, 172, 269, 271
- Von Weizsäcker, Rapporto 153
- Weiler, Joseph 17, 24, 62, 75, 87, 92-94, 108, 128, 156, 179, 215
- Weimar, Costituzione di 26, 59
- Wells, Clyde 281
- Wessels, Wolfgang 88, 137, 143, 151
- Westendorp, Rapporto 152
- Wollstonecraft, Mary 55

STUDI E SAGGI
Titoli Pubblicati

ARCHITETTURA, STORIA DELL'ARTE E ARCHEOLOGIA

- Benelli E., *Archetipi e citazioni nel fashion design*
Benzi S., Bertuzzi L., *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*
Biagini C. (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipomorfologica dell'edilizia ospedaliera storica*
Fрати M., "De bonis lapidibus concis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. *Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo*
Gregotti V., *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*
Maggiara G., *Sulla retorica dell'architettura*
Mazza B., *Le Corbusier e la fotografia. La vérité blanche*
Mazzoni S. (a cura di), *Studi di Archeologia del Vicino Oriente. Scritti degli allievi fiorentini per Paolo Emilio Pecorella*
Messina M.G., *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*
Tonelli M.C., *Industrial design: latitudine e longitudine*

CULTURAL STUDIES

- Candotti M.P., *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sūtra A 1.1.68 chez Patañjali et Bhartṛhari*
Nesti A., *Per una mappa delle religioni mondiali*
Nesti A., *Qual è la religione degli italiani? Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*
Rigopoulos A., *The Mahānubhāvs*
Squarcini F. (a cura di), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*
Vanoli A., *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

DIRITTO

- Allegretti U., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*
Curreri S., *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*
Curreri S., *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*
Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*
Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*
Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico*
Fossum J.E., Menéndez A.J., *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*
Palazzo F., Bartoli R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*
Sorace D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*
Trocker N., De Luca A. (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*

ECONOMIA

- Ciappei C. (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*
Ciappei C., Citti P., Bacci N., Campatelli G., *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*

- Ciappei C., Sani A., *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*
- Garofalo G. (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*
- Laureti T., *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*
- Lazzeretti L. (a cura di), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An Economic and Managerial Study of the Culture Sector in Florence*
- Lazzeretti L. (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*
- Lazzeretti L., Cinti T., *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*
- Lazzeretti L., *Nascita ed evoluzione del distretto orafa di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*
- Simoni C., *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*
- Simoni C., *Mastering the Dynamics of Apparel Innovation*

FILOSOFIA

- Baldi M., Desideri F. (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*
- Barale A., *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*
- Berni S., Fadini U., *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*
- Brunkhorst H., *Habermas*
- Cambi F., *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*
- Cambi F., Mari G. (a cura di), *Giulio Preti: intellettuale critico e filosofo attuale*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Dall'oggetto estetico all'oggetto artistico*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Estetiche della percezione*
- Di Stasio M., *Alvin Plantinga: conoscenza religiosa e naturalizzazione epistemologica*
- Giovagnoli R., *Autonomy: a Matter of Content*
- Honneth A., *Capitalismo e riconoscimento*
- Sandrini M.G., *La filosofia di R. Carnap tra empirismo e trascendentalismo. (In appendice: R. Carnap Sugli enunciati protocollari, Traduzione e commento di E. Palombi)*
- Solinas M., *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*
- Valle G., *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

- Bresciani Califano M., *Piccole zone di simmetria. Scrittori del Novecento*
- Dei L. (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*
- Francese J., *Leonardo Sciascia e la funzione sociale degli intellettuali*
- Franchini S., *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*
- Francovich Onesti N., *I nomi degli Ostrogoti*
- Frau O., Gragnani C., *Sottoboschi letterari. Sei case studies fra Otto e Novecento. Mara Antelling, Emma Boghen Conigliani, Evelyn, Anna Franchi, Jolanda, Flavia Steno*
- Gori B., *La grammatica dei clitici portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*
- Keidan A., Alfieri L. (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora*
- Lopez Cruz H., *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*
- Pestelli C., *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*
- Totaro L., *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*

POLITICA

- Caruso S., *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*
- De Boni C., *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. 1. L'Ottocento*

- De Boni C., *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*
- Gramolati A., Mari G. (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*
- Ricciuti R., Renda F., *Tra economia e politica: l'internazionalizzazione di Finmeccanica, Eni ed Enel*
- Spini D., Fontanella M. (a cura di), *Sognare la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*
- Tonini A., Simoni M. (a cura di), *Realtà e memoria di una disfatta. Il Medio Oriente dopo la guerra dei Sei Giorni*
- Zolo D., *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*

PSICOLOGIA

- Aprile L. (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*
- Barni C., Galli G., *La verifica di una psicoterapia cognitivo-costruttivista sui generis*
- Luccio R., Salvadori E., Bachmann C., *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*

SOCIOLOGIA

- Alacevich F., *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*
- Becucci S., Garosi E., *Corpi globali. La prostituzione in Italia*
- Bettin Lattes G., *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*
- Bettin Lattes G. (a cura di), *Per leggere la società*
- Bettin Lattes G., Turi P. (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*
- Burroni L., Piselli F., Ramella F., Trigilia C., *Città metropolitane e politiche urbane*
- Catarsi E. (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*
- Leonardi L. (a cura di), *Opening the European Box. Towards a New Sociology of Europe*
- Nuvolati G., *Mobilità quotidiana e complessità urbana*
- Ramella F., Trigilia C. (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*
- Rondinone A., *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*

STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA

- Angotti F., Pelosi G., Soldani S. (a cura di), *Alle radici della moderna ingegneria. Competenze e opportunità nella Firenze dell'Ottocento*
- Cabras P.L., Chiti S., Lippi D. (a cura di), *Joseph Guillaume Desmaitons Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*
- Cartocci A., *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*
- Guatelli F. (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*
- Massai V., *Angelo Gatti (1724-1798)*
- Meurig T.J., *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*

STUDI DI BIOETICA

- Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*
- Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*
- Bucelli A. (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*
- Costa G., *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*

Galletti M., Zullo S. (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*

Mannaioni P.F., Mannaioni G., Masini E. (a cura di), *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*

