

**Elisabetta Mottese**

**Das Lissabon Urteil.  
Keine Verfassung  
ohne Blut und Boden?**

**2009-3.1**

**Fogli di lavoro**  
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile, Giuseppe Matarazzo*

Volume chiuso nel mese di marzo 2010

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale* è on line

<http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro>

ISSN 1973-3585

**Cattedra di Diritto Internazionale**

Via Gallo, 24 - 95124 Catania

Email: [risorseinternazionali@lex.unict.it](mailto:risorseinternazionali@lex.unict.it) - Redazione: [foglidilavoro@lex.unict.it](mailto:foglidilavoro@lex.unict.it)

- Tel: 095.230857 - Fax 095 230489

L'Europa che non c'è?

Elisabetta Mottese annota la recente sentenza Lisbona del Bundesverfassungsgericht tedesco. Per la Corte di Karlsruhe, l'Unione europea è un ente subordinato alla costituzione tedesca? E l'Europa dov'è? Forse è un modo un po' brutale di impostare la questione. Non resta che leggere l'illuminato saggio della nostra coordinatrice di redazione.

La redazione



## DAS LISSABON URTEIL: KEINE VERFASSUNG OHNE BLUT UND BODEN?

Sommario: 1. La sentenza Lisbona e i suoi precedenti: un dialogo tra le Corti, ma senza troppe cortesie. – 2. Il concetto di Costituzione e i suoi significati. - 3. Costituzione in senso descrittivo e prescrittivo; costituzione formale e materiale. - 4. Origini del problema della Costituzione europea. - 5. La crisi dello Stato e delle costituzioni. Una Costituzione senza Stato?. - 6. Una Costituzione senza popolo? La “no demos thesis”. - 7. Una «nazione di cittadini» vs la mancanza di un popolo europeo

### **1 La sentenza Lisbona e i suoi precedenti: un dialogo tra Corti, ma senza troppe cortesie**

Il 30 giugno 2009 il *Bundesverfassungsgericht* ha adottato una sentenza, il celeberrimo *Lisabon Urteil*, che ha fatto versare fiumi di inchiostro ai giuristi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, si legge sul sito istituzionale della Corte: <http://www.bverfg.de.html> Sullo stesso sito è disponibile anche la versione, riprodotta nel presente commento, in lingua inglese:

[http://www.bverfg.de/en/decisions/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html). Sul sito istituzionale della nostra Corte Costituzionale è disponibile la traduzione in italiano:

[www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Traduzione\\_sentenza.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf).

Essa è stata largamente commentata dalla dottrina italiana. Possono vedersi tra i tanti:

M. P. Chiti, *Am Deutschen Volke*. Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania, in *www.astrid.eu.*; S. Cassese, *Trattato di Lisbona: la Germania frena*, in *Giornale di diritto amministrativo* 9/2009, p. 1003 e ss.; L.S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2009, p. 996 e ss.; M. Poiares Maduro e Gianluca Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 31/2009, p. 503 e ss.; J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht*. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2009,

Si tratta della decisione che pur avendo riconosciuto la compatibilità del Trattato di Lisbona e della relativa legge tedesca di ratifica con la Costituzione tedesca, ha invece ravvisato profili di incostituzionalità nella legislazione di accompagnamento<sup>2</sup>, volta a introdurre nell'ordinamento tedesco le modifiche necessarie per la piena attuazione della nuova tappa del processo di integrazione europea.

Questa sentenza, come tutte quelle che l'hanno preceduta (*Solange I* e *Solange II*, la sentenza *Maastricht*, le sentenze sul caso *Bananenmarkt*), manifesta un atteggiamento battagliero della Corte tedesca nei confronti dell'avanzare del processo di integrazione europea, in una sorta di riproposizione della italica visione dei contro limiti.<sup>3</sup>

“Come in una fuga a due voci”<sup>4</sup>, la Corte italiana e quella tedesca si sono fatte carico della salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale nei confronti del diritto comunitario, con salde decisioni nell'affermazione dell'esistenza dei controlli ma orientate a mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l'ordinamento comunitario e di coordinarsi con esso<sup>5</sup>.

Con una prima sentenza del 1974, più nota come *Solange I*<sup>6</sup>, il giudice costituzionale tedesco aveva affermato che avrebbe controllato il diritto comunitario “sino a che (*solange*) il processo di integrazione della Comunità non abbia raggiunto uno stadio sufficientemente avanzato perché il diritto comunitario comporti egualmente un vigente catalogo di diritti fondamentali, deliberato da un Parlamento e corrispondente al catalogo dei diritti fondamentali consacrati dalla Legge Fondamentale, [...] il rinvio alla Corte Costituzionale Federale da parte di un organo giurisdizionale della Repubblica federale di Germania, [...] è ammissibile e si ritiene necessario, quando tale organo giurisdizionale ritenga la norma comunitaria di cui si tratta [...] inapplicabile per il fatto di essere in contrasto con uno dei diritti fondamentali consacrati nella Legge Fondamentale”.

---

p. 973 e ss.; G. Ferrara, In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, in *Diritti Lavori Mercati*, 3/2009, p. 623 e ss.; B. Nascimbene e A. Lang, Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?, in *Corriere Giuridico*, 1/2008, p. 137 e ss.; L. Violini, Nota a sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona, in *Quaderni costituzionali* 1 a. XXIX, n. 4, 2009, p. 947; G.L. Tosato, L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”, su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>2</sup>La Corte tedesca era chiamata a pronunciarsi anche sulla compatibilità costituzionale di due leggi relative al rafforzamento ed ampliamento dei poteri del Bundestag e del Bundesrat nell'ambito del processo decisionale europeo delineato dal Trattato di Lisbona.

<sup>3</sup>M. P. CHITI, Am Deutschen Volke. *Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu).

<sup>4</sup>M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA, (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, 2007, p. 23.

<sup>5</sup>Cfr. M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la carta di Nizza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2002, p. 4499.

<sup>6</sup>*Bundesverfassungsgericht*, sent. 29 maggio 1974.

Si afferma, pertanto, il potere del giudice nazionale di non dare applicazione nell'ordinamento nazionale agli atti normativi statali attuativi e applicativi di norme comunitarie contrastanti con diritti fondamentali contenuti nel *Grundgesetz*.

Successivamente, con un'altra notissima sentenza, la c.d. *Solange II* del 22 ottobre 1986, ribadita nella sentenza c.d. *Maastricht* del 12 ottobre 1993<sup>7</sup>, la Corte tedesca ha ritenuto di dover sospendere, rinunciandovi, il proprio sindacato sulle norme comunitarie in relazione ai diritti fondamentali.

“Fino a quando (*solange*) la Comunità europea e, in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia garantiscono, in modo generale, una protezione efficace dei diritti fondamentali [...] che possa essere nella sua essenza dello stesso livello della protezione irrinunciabile dei diritti fondamentali assicurata dalla Legge Fondamentale [...], la Corte costituzionale federale non eserciterà più la sua competenza relativamente alla applicazione del diritto comunitario derivato nei casi in cui lo stesso diritto fosse invocato davanti ai giudici tedeschi. I ricorsi, fondati sull'articolo 100 della Costituzione, saranno d'ora in poi inammissibili”.

Tra queste due pronunce non c'è, in fin dei conti, una radicale differenza di sostanza giacché anche la sentenza *Solange II* lascia aperto uno spiraglio al controllo di legittimità costituzionale del diritto comunitario. Vale a dire che tutte le volte in cui la protezione assicurata ad un determinato diritto a livello comunitario non possa dirsi equivalente a quella garantita a livello interno, la Corte federale si riserva, comunque, il potere di prenderne atto e di procedere poi al relativo controllo; un controllo, in tal modo, che non è solo meramente procedurale ma anche di merito. “Con la conseguenza finale che, rispetto alla prima decisione, si ha, al più, una sorta di inversione dell'onere della prova in danno di chi vuole dimostrare l'illegittimità del diritto comunitario”<sup>8</sup>.

Successivamente troviamo una ulteriore utilizzazione della dottrina dei controlimiti da parte della Corte costituzionale tedesca nel caso dell'ordinanza del 7 giugno 2000 sulla c.d. “guerra delle banane” secondo la quale il livello di tutela comunitaria dei diritti fon-

---

<sup>7</sup> Corte Costituzionale Tedesca, sentenza 12 ottobre 1993, in *Giur. Cost.* 1994, pp. 677 e ss. Nella sentenza sul Trattato di Maastricht, il Tribunale costituzionale aveva affermato, quanto alla tutela dei diritti fondamentali, di esercitare la propria giurisdizione sull'applicabilità del diritto comunitario derivato in Germania in una “relazione cooperativa” con la Corte di giustizia: in questa relazione cooperativa la Corte di giustizia garantisce la protezione dei diritti fondamentali in ogni singolo caso per l'intero ambito delle Comunità europee e il Tribunale costituzionale si può perciò limitare ad una garanzia generale degli standards irrinunciabili dei diritti fondamentali. La pronuncia della Corte di Karlsruhe va, inoltre, ricordata per l'importanza che essa ha rivestito all'interno della disputa costituzionale che si riavviò vivacemente dopo Maastricht. In quel caso, infatti, la Corte tedesca individuò la natura dell'Unione in un'associazione di Stati ognuno dei quali resta sovrano e che non costituisce, in ogni caso, uno Stato basato su una nazione europea.

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1992, p. 571.

damentali non deve essere valutato – al fine di verificare se quella tutela sia equivalente alla garanzia dei medesimi diritti stabiliti dal *Grundgesetz*, secondo quanto indicato nella sentenza *Solange II* – con esclusivo riferimento al caso individuale dedotto in giudizio. Bisogna, invece, verificare, partendo ovviamente dalla fattispecie concreta, se la tutela sovranazionale garantisca uno standard che sia “in generale” sostanzialmente equivalente a quello della Legge Fondamentale<sup>9</sup>.

Secondo la Corte costituzionale federale, si tratta di stabilire e applicare i controlimiti fissati dalla giurisprudenza della stessa Corte, di formalizzare e di concretizzare i parametri del giudizio di bilanciamento fra valore dell’apertura all’integrazione europea e diritti fondamentali. Per risolvere questo tipo di questioni, la Corte costituzionale tedesca interpreta i propri precedenti giurisprudenziali e i precedenti della Corte di giustizia, concludendo che lo sviluppo complessivo della giurisprudenza della Corte di giustizia non sia tale da pregiudicare in alcun modo un’efficace protezione dei diritti fondamentali a livello europeo<sup>10</sup>.

La sentenza *Maastricht*, rappresenta l’immediato precedente della sentenza *Lissabon*. La Corte Costituzionale affronta qui un diverso profilo della compatibilità del disegno comunitario con la Costituzione tedesca. Non più i livelli di garanzia dei diritti fondamentali e delle competenze, ma più ampiamente e più in generale la struttura democratica del processo di integrazione europea, precisando che esso si fonda in ultima analisi sulla struttura democratica delle costituzioni degli Stati membri.

Considerazioni analoghe svolge la sentenza *Lissabon*, in relazione al diritto di voto. Se l’esito del processo costituente europeo fosse quello di vanificare il ruolo del Parlamento tedesco liberamente eletto dai cittadini tedeschi, ci troveremmo di fronte a un grave *vulnus* della Costituzione; questo è lo spunto da cui si diparte la corposa pronuncia del giudice d’oltralpe per fare il punto sullo sviluppo del processo di integrazione europea, ricordando ai suoi lettori quale è, anche alla luce delle disposizioni del Trattato di Lisbona, l’unica interpretazione “costituzionalmente” possibile ed accettabile di quel processo

Il tenore della sentenza in commento è sufficientemente esplicito: si allarga il campo dei controlimiti, ma si esclude che essi stiano operando; anzi secondo alcuni commentatori “la sentenza in esame si sofferma non tanto sul problema tradizionale dei “controlimiti” come rimedio *ex post* all’applicazione di specifiche norme comunitarie contrastanti con i valori fondamentali dell’ordinamento tedesco, quanto piuttosto sul problema della sovra-

---

<sup>9</sup> Cfr. S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 14.

<sup>10</sup> Cfr. G. ITZCOVICH, *L’integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella “guerra delle banane”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2004, p. 385 e ss.



nità costituzionale del popolo tedesco come limite invalicabile al trasferimento di competenze. La Corte cerca, infatti, di costruire un poderoso e perpetuo argine *ex ante* ad un ulteriore trasferimento delle stesse, ponendo dei limiti all'azione delle autorità tedesche in seno alle istituzioni europee<sup>11</sup>.

La sentenza, dunque, non ravvisa fino a questo momento profili di incostituzionalità nel processo costituente europeo, ma pone dei chiari paletti a difesa delle fondamentali democratiche dell'ordinamento tedesco la cui "identità costituzionale" è più volte declamata come intangibile tanto da garantire alla Corte l'esclusiva sul potere di sindacarne il rispetto da parte dell'UE.

La Corte di Karlsruhe, in coerenza con quanto già espresso nei precedenti citati, non si lascia sfuggire l'occasione per confermare il principio che il proprio potere ed il proprio spazio di "*jus dicere*" non ammettono contenimenti sebbene, sapientemente, essa stessa mitighi la portata di quel principio attraverso i ripetuti richiami alla "Europarechtsfreundlichkeit": cioè a quell' "attitudine amichevole", a quell' "apertura", a quel *favor* per il diritto europeo che permettono alla Germania, quale Stato membro di una organizzazione sovranazionale tesa a promuovere e garantire la pace e la sicurezza tra le nazioni, di tollerare limitazioni alla propria sovranità.

Eppure, ampio era stato fin qui il dibattito sulla costituzione europea proprio in Germania. E la sensazione che si ha è che la Corte ne faccia invero giustizia troppo sommaria. Val la pena dunque di ampliare lo spettro della riflessione, sia per ricostruire il dibattito cui alludevamo sopra, sia per cogliere quello che ci pare essere l'autentico punto debole della decisione che stiamo qui discutendo, ossia l'apodittica affermazione secondo la quale non c'è nessun problema di compatibilità tra Costituzioni semplicemente perché ... non c'è una Costituzione europea. Punto di vista che forse avrebbe richiesto una più attenta considerazione.

## 2 Il concetto di Costituzione e i suoi significati

Cominciamo dunque dall'inizio. La parola costituzione viene usata in numerosi significati: manca difatti uno schema condiviso dai costituzionalisti che ci permetta di ricondurre ad unità tale molteplicità; la scarsa chiarezza intorno a questo termine è sottolineata dal Crisafulli che alla voce *Costituzione* nell'*Enciclopedia del Novecento* scrive

Diversi sono i significati che la parola "costituzione" assume nell'ambito del pensiero politico-giuridico...Diversi un po' a causa della varietà delle concezioni che ne sono state elaborate in dottrina e dei relativi presupposti [...]; molto, però, e soprattutto per la ben

---

<sup>11</sup> L.S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2009, p. 996.

più profonda ragione che dietro la parola non c'è un solo, pur se complesso, oggetto. Il fatto è che gli oggetti cui si allude [...] sono più di uno, dando luogo, perciò stesso, a concetti distinti e diversi...<sup>12</sup>.

I diversi oggetti cui l'autore si riferisce indicano sostanzialmente tre concetti di costituzione, per cui con questa parola possiamo intendere: 1) un insieme di regole scritte formalmente qualificabili come costituzione di un certo Stato, 2) un insieme di regole qualificate come fondamentali nell'ordinamento di riferimento, 3) la struttura socio-politica ed economica della comunità statale. Ancora possiamo indicare col termine costituzione sia il modo in cui un'entità è composta sia il processo attraverso il quale l'entità è stata istituita o creata.

Più in generale, secondo l'accezione odierna del termine, con costituzione individuamo l'atto normativo fondamentale che regge e vincola la collettività politica e la sua organizzazione<sup>13</sup>. L'idea di costituzione come struttura fondamentale di regolamentazione del potere pubblico è peraltro recente e la sua origine va ricollegata alle ideologie della cosiddetta "età delle Rivoluzioni".

È, infatti, nell'Ottocento che le costituzioni iniziano a esser pensate non solo come documenti descrittivi dell'assetto politico ma, inoltre, come insieme di norme che prescrivono e limitano i comportamenti dei soggetti pubblici; sarà però solo alla fine dell'età liberale che si prevederanno i meccanismi atti a garantire tale prescrittività come per esempio il controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie.

Nell'antichità e fino al XVIII secolo, età che segna per l'appunto il passaggio dal costituzionalismo antico a quello moderno, la costituzione indica un atto proveniente dall'autorità suprema, dal monarca quale fonte prima e unica di produzione del diritto.

Come ha sottolineato Dieter Grimm, una costituzione quale ordinamento giuridico fondamentale, non era prima di allora mai esistita benché il termine fosse usato con riferimento alla «situazione di un paese così come era stata plasmata dalle caratteristiche del suo territorio e dei suoi abitanti, dallo sviluppo storico e dai rapporti di potere esistenti, dalle norme giuridiche e dalle istituzioni politiche»<sup>14</sup>; si trattava pertanto di un concetto empirico e non normativo.

Tra il XVII e il XVIII secolo nascono i primi documenti costituzionali intesi non più come concessione del monarca, secondo il modello delle costituzioni *octroyées*.

Se per il costituzionalismo antico la costituzione è l'insieme delle antiche consuetudini tramandate la cui legittimazione deriva proprio dall'ininterrotta e prolungata vigenza, per

---

<sup>12</sup> V. Crisafulli, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1975, vol. I, pag.1030.

<sup>13</sup> Cfr. G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1994, pag. 83; G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismi*, Giappichelli editore, Torino, 1990, pag. 7.

<sup>14</sup> D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, in G.Zagrebel'sky, P.P.Portinaro, J.Luther, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pag. 342-3.

il costituzionalismo moderno, invece, essa è il frutto di un'attività consapevole e puntuale del popolo che ha ad oggetto contenuti liberamente individuati e che trova la propria legittimazione nel porsi come norma anteriore e vincolante gli atti del potere da essa costituito<sup>15</sup>.

Un'ulteriore caratteristica del costituzionalismo moderno è l'importanza data ai diritti; due sono, pertanto, gli aspetti essenziali e caratterizzanti del diritto costituzionale, diversi ma complementari: da un lato l'individuazione e la dichiarazione dei diritti dell'individuo, che si concreta nel *Bill of Rights* della tradizione anglosassone, dall'altro la specificazione e la disciplina dell'ordinamento dei poteri, ovvero il cosiddetto *Frame of Government*.

Il mutamento del soggetto detentore del potere, in precedenza visto *e parte principis* ma con l'emergere del modello giusnaturalistico percepito sempre più *e parte civium* permette, in sintesi, di indicare tre diverse componenti che sono confluite nell'originario concetto di costituzione e che hanno accompagnato la nascita del costituzionalismo moderno: a) innanzitutto l'"individualismo" con la sua concezione dell'individuo come centro della realtà politica e sociale, caratterizzato dall'esigenza di tutelare e garantire i suoi diritti e gli interessi; b) in secondo luogo e strettamente connesso con il primo, il "volontarismo" e cioè la concezione secondo la quale il diritto è un prodotto della volontà umana che può piegare a sé la realtà - è pertanto definitivamente superata la concezione medievale del diritto come legge «ritrovata ed accertata<sup>16</sup>»; c) infine, altro elemento importante, la convinzione che la legge fondamentale non deve più essere intesa come consuetudine tramandata dagli avi bensì come legge fatta da un legislatore in risposta alla nuova forma di vita sociale che si viene a creare.

Questi concetti fatti propri dalle grandi Rivoluzioni segnano, pertanto, la nascita del costituzionalismo moderno; la guerra d'Indipendenza americana e la Rivoluzione francese, oltre oceano, delineano un modello di autocostruzione repubblicana in cui sono i cittadini a rendersi sovrani e a darsi una costituzione che disciplini e limiti, al tempo stesso, il potere così sancito. Si comincia a delineare uno degli aspetti pregnanti del costituzionalismo rappresentato dalla contrapposizione tra *pouvoir constituant* e *pouvoirs constitués*, teorizzata da Sieyès<sup>17</sup>.

Va sottolineato che sebbene il costituzionalismo nord-americano e quello francese prendano spunto da taluni comuni presupposti, non mancano elementi di forte disomogeneità che caratterizzano i due filoni fondamentali del costituzionalismo moderno.

Una prima distinzione attiene al fatto che mentre la costituzione francese si contraddistingue come atto normativo, quella americana si configura piuttosto come contratto.

---

<sup>15</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

<sup>16</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, op. cit.

<sup>17</sup> Vedi S. Dellavalle, *Una Costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pag.50 ss.

«La differenza tra costituzione-contratto e la costituzione-atto non è di natura formale ma deriva da un diverso modo di concepire il ruolo della costituzione (come insieme di regole giuridiche) nei confronti dell'organizzazione sociale»<sup>18</sup>.

Mentre per la prima la costituzione ha quale oggetto sia l'organizzazione della società che del potere politico, la seconda ruota esclusivamente intorno a quest'ultimo tema; e ancora se per il costituzionalismo americano la costituzione nasce come patto, contratto appunto, tra individui tra i quali non esiste altro legame che quello fissato dal patto stesso, per il costituzionalismo francese, e continentale in generale, il legame sociale preesiste alla costituzione e dà vita ad una nuova entità sovrana che è la nazione.

È la nazione che genera la costituzione in cui il popolo, inteso come soggetto politico unitario, è presupposto come già esistente; il costituzionalismo americano non presuppone, invece, alcuna collettività sovrana ma assegna proprio alla costituzione la missione di creare un'identità collettiva e un legame tra gli individui, la società e il governo<sup>19</sup>.

L'esistenza, reale o fittizia, di una «originaria unità politica sovrana denominata popolo o nazione»<sup>20</sup>, aveva permesso di instaurare rivoluzionariamente una nuova realtà in cui, dal punto di vista dell'architettura istituzionale, la miglior garanzia di libertà e autonomia dell'individuo veniva garantita dalla supremazia del potere legislativo detenuto dal Parlamento. Il *pactum unionis* dei padri fondatori americani non aveva, al contrario, potuto fondarsi sul richiamo alla nazione e il sistema previsto dal testo costituzionale fissava un principio di controllo reciproco tra istituzioni e poteri secondo lo schema del *checks and balances*.

Nonostante le diversità che abbiamo tracciato, per entrambe queste esperienze rivoluzionarie la risposta al problema «sul modo in cui il potere poteva essere vincolato al diritto pur essendo quest'ultimo una sua creazione»<sup>21</sup>, fu la costituzione.

### **3 (segue) Costituzione in senso descrittivo e prescrittivo; costituzione formale e materiale**

---

<sup>18</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, op. cit., pag. 200.

<sup>19</sup> L'acceso brevissimo a questi orientamenti, così come alla distinzione tra costituzionalismo americano e costituzionalismo francese, si rivela proficuo allo scopo di individuare con chiarezza il significato e le origini delle molteplici tesi che animano il dibattito sulla costituzione europea; possiamo pensare, solo per delineare alcune tra le posizioni che in prosieguo saranno approfondite, a chi ritiene che la costituzione in seno al sistema comunitario debba esser vista come un contratto tra estranei o chi si richiama al modello tradizionale continentale che lega, al contrario, la costituzione ai concetti di Stato, di nazione e di popolo adottando questi termini come criteri per giudicare la dimensione europea.

<sup>20</sup> M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in P. Pombeni, *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992.

<sup>21</sup> D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, op. cit., pag. 346.

Proprio il quesito sul come la costituzione che è atto dello Stato possa fondare l'organizzazione dello stato stesso e la giuridicità dei suoi atti, è domanda alla quale hanno risposto in termini opposti due tra i massimi studiosi del diritto di tutto il Novecento: Carl Schmitt e Hans Kelsen.

In questa sede è possibile solo accennare ad alcuni, tra i profili delle rispettive teorizzazioni, che maggiormente possono essere utili e che spesso vengono richiamati ai fini della ricostruzione del concetto di costituzione in una prospettiva di costituzionalizzazione dell'Unione europea.

La visione politica dei due autori è caratterizzata dalla dicotomia olismo-individualismo: il primo orientamento asserisce la superiorità della totalità sull'individuo, dichiarando che la collettività socio-politica non coincide con la somma dei soggetti che la compongono; il secondo proclama la centralità dell'individuo, ragion per cui la totalità della società non è che un meccanismo per tutelare diritti e interessi del singolo.

Per Schmitt, rappresentante del primo orientamento, la costituzione è una decisione concreta presa dal popolo inteso come "unità politica presupposta" e cioè dal *Volk* quale soggetto politico unitario perché conformato dalla divisione tra amici e nemici; il nemico all'esterno dello Stato si contrappone all'omogeneità interna della comunità politica che «dà a se stessa la sua costituzione»<sup>22</sup>.

La democrazia si basa, quindi, sull'identità immediata del popolo con se stesso in quanto caratterizzato da una serie di requisiti sostanziali, e preesistenti appunto, quali «le idee relative alla comunanza razziale, fede, destino comune e tradizione».

A questa visione si oppone la concezione kelseniana della costituzione come norma fondamentale presupposta, la *Grundnorm*: «essa ha validità, poiché non viene prodotta nell'ambito di una procedura giuridica, non come norma di diritto positiva, non è posta, bensì è presupposta»<sup>23</sup>.

Il popolo rappresenta per Kelsen un insieme di gruppi e non una massa omogenea, l'unità del popolo non è una realtà riscontrabile nella vita sociale e politica e la conseguenza di questo assunto è che «la volontà della comunità non può essere altro che il compromesso tra interessi opposti»: lo Stato e la democrazia si pongono, perciò, come strumenti atti a realizzare tale compromesso.

Il concetto di Stato è del resto quello che più inscindibilmente si lega a quello di Costituzione tanto che essa, secondo alcuni autori, non è addirittura pensabile senza lo Stato; essa ha significato e senso in quanto presuppone lo Stato di cui individua gli organi, il modo della loro formazione, l'ambito di esplicazione dei poteri fissando contestualmente «la posizione fondamentale del singolo di fronte allo Stato»<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>23</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

<sup>24</sup> La definizione è di G. Jellink.

Proprio la strettissima correlazione che intercorre tra Stato e costituzione, rappresenta, come vedremo, una delle obiezioni più importanti che larga parte della dottrina muove a coloro che sostengono l'idea di una possibile Costituzione europea.

Se tra gli elementi costitutivi del concetto di costituzione c'è tradizionalmente senza dubbio quello di Stato, è opportuno riassumere che la denominazione di costituzione, quale risulta dall'evoluzione storica che abbiamo concisamente tracciato, è contrassegnata da tre caratteristiche che permettono di attribuirle il ruolo di legge superiore: il primo riguarda la partecipazione del popolo, quale potere costituente, alla sua formazione, ne consegue perciò che la costituzione «non può che essere democratica»<sup>25</sup>; il secondo consiste nella redazione per iscritto del testo costituzionale quale garanzia di stabilità, seppur non di immutabilità, nel tempo dell'assetto fissato; e l'ultimo attiene alla tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini, aspetto questo sempre più rilevante con l'avvento del *Welfare State*<sup>26</sup>.

Si tratta del concetto di costituzione per antonomasia come atto normativo volto a dare fondamento giuridico e a limitare il potere politico secondo la famosa formulazione dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui «ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione».

È questa la concezione cosiddetta prescrittiva di costituzione che si oppone a quella descrittiva che, piuttosto, intende la costituzione come riferita all'esistenza di un insieme di strutture e caratteristiche di una comunità politica in un certo momento storico, senza che si abbia riguardo a particolari modelli di organizzazione della società: a ciò consegue che, sulla base di questa concezione, ogni Stato ha, per il solo fatto di esistere, una costituzione, scritta o non scritta, democratica o meno; e non solo, giacché *latu sensu* si può parlare di costituzione anche di una società o di un'associazione o di qualsiasi altro gruppo umano che osservi nei rapporti fra i propri membri certe regole di comportamento<sup>27</sup>.

Un'altra classica distinzione relativa al concetto in esame è quella che accosta alla (o separa dalla, a seconda degli orientamenti) costituzione in senso formale come insieme di regole giuridiche scritte, la costituzione in senso materiale.

Non è facile individuare le diverse accezioni con cui questi termini sono stati utilizzati giacché la ricostruzione della celebre dottrina del Mortati, che sul concetto di costituzione materiale incentrò la sua speculazione, è oggetto di interpretazioni non univoche: da taluni intesa come “un assetto istituzionale di fatto che sopraggiunge e si pone in contrasto, in opposizione rispetto alla costituzione formale”; da altri come coincidente con le

---

<sup>25</sup> A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, disponibile sul sito internet <http://www.gramscitorino.it> e pubblicato sulla *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000.

<sup>26</sup> Cfr. C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)* voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè editore, Milano, 1962.

<sup>27</sup> A. Pizzorusso, *Il difficile cammino della Costituzione europea*, Scritti in onore di Francisco Rubio Llorente, reperibile sul sito internet <http://www.gramscitorino.it>.

forze politiche che sostengono i fini politici dello Stato e che si concretizzano nelle scelte operate in conseguenza<sup>28</sup> che possono porsi anche «al di là ed eventualmente anche contro la costituzione formale»<sup>29</sup>; ancora da taluni come meccanismo previsto per metabolizzare nel sistema gli «strappi» alla costituzione; ancora come «insieme di scelte e di valori fondamentali che sta prima della costituzione formale...»<sup>30</sup>. In quest'ultimo senso, il Panunzio così come il Dogliani sottolineano che la costituzione materiale serve a fondare la normatività della costituzione, consentendo alla stessa di stare sopra le leggi e di realizzare il passaggio dallo Stato parlamentare allo Stato costituzionale, poiché in quest'ultimo la supremazia della costituzione richiede necessariamente il suo ancoraggio a valori e fini politici unitari che giustificano lo stare insieme di un popolo all'interno dello Stato democratico.

Prendendo le mosse da quanto da ultimo indicato è possibile applicare il concetto di costituzione materiale al processo costituente europeo: si è notato, infatti, che tale processo non può essere continuo, così come può esserlo il processo di integrazione politica, ma perché il primo abbia una fine è necessario che i valori e gli scopi fondamentali di una società siano in un certo momento fissati e definiti. E perché si individui una identità politica e una società europea è necessario, come è stato correttamente detto, che il processo costituente a livello europeo si riunisca attorno a scelte e valori collettivi. Ecco l'idea «sempre attuale della costituzione materiale»<sup>31</sup>.

Possiamo dire, allora, che l'Unione europea ha una costituzione formale ma non ancora una costituzione materiale e che ha una costituzione intesa nel senso che più sopra abbiamo chiamato descrittivo ma non una in senso prescrittivo-normativo? Si tenterà nel prosieguo di dare risposta a questi interrogativi, *rectius* di dare sistematicità ai molteplici pareri espressi in ordine all'esistenza, inesistenza, qualificabilità di una Costituzione per l'Unione europea, alla luce delle distinzioni tracciate e dei modelli indicati.

#### 4 Origini del problema della Costituzione europea

La Comunità europea, nata nel 1957 come organizzazione internazionale in senso proprio, ha subito in cinquant'anni un'evoluzione che l'ha fatta diventare «qualcosa» per definire la quale gli studiosi del diritto, e non solo, si sono scontrati in aspre battaglie qualificatorie che non hanno tuttavia liberato il campo dal polverone che si è prontamente sollevato. Le difficoltà nel qualificare giuridicamente l'Unione e, conseguentemen-

---

<sup>28</sup> Vedi *contra* L. Arcidiacono, A. Carullo, G. Rizza, *Istituzioni di diritto pubblico*, Monduzzi editore, Bologna, 1997.

<sup>29</sup> G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, op. cit., pag. 85.

<sup>30</sup> S. P. Panunzio, *Costituzione materiale e riforme costituzionali*, in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè editore, 2001, pag. 364.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pag. 367.

te, nel dirimere il connesso dibattito sull'esistenza o meno di una costituzione sorgono sostanzialmente dalla duplice consapevolezza, da un lato, che «*the EU has been transformed from an international into a constitutional legal order*»<sup>32</sup> e dall'altro che è problematico utilizzare le tradizionali classificazioni, tutte elaborate e tarate sul modello statale, ad un modello che, invece, statale non è.

L'Unione ha, difatti, sviluppato un sistema giuridico e politico originale e senza precedenti nella storia, tanto che Jaques Delors, ex Presidente della Commissione europea, l'ha definita come un «oggetto politico non identificato» e, a ragione, la maggior parte degli autori si riferiscono a tale oggetto parlando di un'organizzazione *sui generis*.

Il sistema comunitario trova le sue origine nel diritto internazionale: i Trattati istitutivi del 1957 sono patti tra Stati nazionali che hanno dato luogo ad un'organizzazione sovranazionale priva di competenze e di fini generali e pertanto caratterizzata dal dominio ancora assoluto degli Stati membri. Dall'altro lato dobbiamo sottolineare, però, che l'Unione riassume in sé alcune caratteristiche che nessun'altra entità internazionale, a parte gli Stati, ha cumulato; pensiamo alle competenze esclusive, trasferite definitivamente dagli Stati alla Comunità, alla creazione di diritto direttamente vincolante i cittadini dei singoli Stati, alla personalità giuridica internazionale. Ne consegue che non è possibile qualificare, *stricto iure*, l'Unione né come un'organizzazione internazionale in senso stretto né come un sistema federale giacché tutti i sistemi federali si basano su una forma di cooperazione e di negoziato tra diversi livelli di governo, in cui tali negoziati sono organizzati intorno ad una struttura di governo centrale al di sopra degli Stati membri; nel caso dell'Unione, invece, il negoziato permanente, che caratterizza intrinsecamente il metodo comunitario, non dà origine ad un governo totalmente autonomo da quelli nazionali<sup>33</sup>.

Se l'Unione non è una federazione sembra verosimile, come si afferma da più parti, che non possa parlarsi nemmeno di una confederazione poiché le istituzioni sovranazionali previste dal diritto comunitario dispongono di poteri certo più ampi e svolgono un ruolo, nel processo decisionale dell'Unione, assai più importante di quanto non avvenga nelle classiche confederazioni di Stati.

L'Unione europea tende, quindi, a configurarsi come un'entità di tipo nuovo in cui coesistono elementi di federalismo, di confederazione di Stati e di cooperazione intergovernativa, elementi la cui rilevanza, tra l'altro, muta nello spazio e nel tempo; nel duplice senso che il modello di riferimento, per catalogare la “creatura” europea, varia a seconda che, rispettivamente, si osservi il fenomeno dal punto di vista dell'ordinamento interno

---

<sup>32</sup> P. Craig, *Constitutions, Constitutionalism, and the European Union*, in *European Law Journal*, Vol.7, no. 2, June 2001, pag. 125.

<sup>33</sup> Cfr. S. Gozi, *Il governo dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; E. De Marco, *Riflessioni preliminari sul processo costituente europeo*, in *Il processo costituente europeo*, Paola Bilancia (a cura di), Giuffrè editore, Milano, 2002, pp. 17 ss.; B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Strell, J. H.H. Weiler, *L'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 65 ss.



o da quello dell'ordinamento comunitario (dimensione spaziale) ovvero dal "ritmo" col quale lo si segue (dimensione temporale), poiché il sistema comunitario, come abbiamo avuto modo di vedere nel primo capitolo, è caratterizzato da accelerazioni e decelerazioni del processo di integrazione che di volta in volta accentuano ora l'elemento federalistico ora quello meramente intergovernativo.

Si è parlato, perciò, di confederazione di "tipo moderno" contraddistinta da un «ordinamento che conferisce diritti e impone obblighi ai cittadini»<sup>34</sup>, di ordinamento pre-federativo in cui vi sarebbe una "sostanza" federalistica anche se non ancora una vera e propria "forma" federalistica, di organizzazione pubblica composita, secondo la definizione di Cassese, e recentemente di federazione di Stati nazione<sup>35</sup>.

Tra l'altro difficoltà non minori si incontrano se si tenta di individuare la forma di governo dell'Unione, sempre che si possa utilizzare tale terminologia propria della dottrina costituzionalistica per riferirsi ad un'entità che non presenta ancora i caratteri propri di uno Stato.

La confusione, sopra delineata, si accresce se consideriamo altri due aspetti secondo una riflessione che va, comunque, nel senso che l'Unione europea non sembra non poter avere un sistema di governo, avendo essa fatte proprie molte delle competenze in materie che precedentemente riguardavano l'attività di governo dei singoli Stati membri.

L'assetto istituzionale e l'architettura in pilastri evidenziano, ancora una volta, il carattere non omogeneo della Comunità-Unione.

Accanto a istituzioni più direttamente legate agli Stati membri, come il Consiglio dei Ministri, sono presenti istituzioni che funzionano in posizione sovranazionale come la Commissione o in posizione di indipendenza dagli Stati come la Corte di Giustizia oppure ancora pensiamo al Parlamento europeo che presenta caratteri "multinazionali"<sup>36</sup>.

Ciascuna istituzione deriva la propria legittimazione da fonti diverse ma a tale diversa legittimazione non corrisponde un sistema di governo basato sul principio di separazione dei poteri, tanto caro a Montesquieu, e che tutt'oggi è alla base dei principali sistemi politici statuali moderni.

Nell'ambito comunitario, al contrario, l'insieme delle relazioni che legano le istituzioni si fonda su un «principio di equilibrio corredato dall'obbligo di leale cooperazione»<sup>37</sup> e il principale mezzo di relazione è l'accordo interistituzionale. L'attuale assetto, che non si

---

<sup>34</sup> A. La Pergola.

<sup>35</sup> In tal senso vedi S. Gozi, *Il governo dell'Europa*, op. cit., pag.16.

In questi termini si è espresso, seppur in una prospettiva futura, il Ministro degli Esteri tedesco Joschka Fischer nel suo discorso, ormai celebre per aver prepotentemente riaperto il dibattito sulla necessità di fare un salto di qualità nel processo di integrazione tra gli stati europei, pronunciato il 12 maggio 2000 all'Università Humboldt di Berlino.

<sup>36</sup> Cfr. E. De Marco, *Riflessioni preliminari sul processo costituente europeo*, op. cit.; L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, in *Diritto Pubblico*, 2001, pag. 406 ss.

<sup>37</sup> L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, op. cit. pag. 425.

è modificato in concomitanza all'estensione del raggio di azione delle istituzioni comunitarie, garantisce un processo deliberativo che riflette la natura plurale dell'ordinamento comunitario, più sistema politico-amministrativo che statale<sup>38</sup>.

Altrettanto indicativa della poliedrica natura dell'Unione è la soluzione trovata a Maastricht di distinguere tra un pilastro prettamente comunitario in cui più lontana è la visione di un'Europa mera organizzazione intergovernativa, e altri due pilastri in cui la logica propria del diritto pattizio torna prepotentemente ad avvicinarsi.

I problemi che questa complessa costruzione ha posto sia sotto il profilo politico-costituzionale che sotto quello giuridico-istituzionale e determinati, come abbiamo indicato, dalla difficoltà di spiegare la natura dell'Unione e la sincronica coesistenza di competenze statali e comunitarie e di una sovranità "raminga", sono discussi, nell'ultimo decennio, utilizzando come catalizzatore la questione della Costituzione europea.

È come una sorta di circolo vizioso (o virtuoso?) per cui il tema di una costituzione europea sorge dalla *querelle* intorno alle diverse denominazioni da utilizzare per designare le culture politiche e giuridiche che interpretano e sostengono il processo di integrazione ma allo stesso tempo all'interno di questo dibattito vengono proprio riprodotti e ricondotti quei modelli interpretativi affermatasi quali approcci teorici per la disamina della "natura dell'animale"<sup>39</sup> : il modello funzionalista o neo-funzionalista, l'intergovernativismo, la teoria dell'interdipendenza e dei sistemi di *multilevel governance* (solo per citarne alcuni).

## 5 La crisi dello Stato e delle costituzioni

Abbiamo visto come il dibattito sulla costituzione, che si è riavviato nell'ultimo decennio ma che affonda le sue radici pressoché contemporaneamente alla nascita della Comunità, risulta fortissimamente connesso all'indagine sull'Unione quale ordinamento *sui generis*, diviso fra monismo e pluralismo.

Va, inoltre, sottolineato che in questo contesto e in contrapposizione con la corrente di pensiero del costituzionalismo moderno, si è diffuso un movimento di pensiero che accosta la nascita della Costituzione europea al declino delle costituzioni nazionali, facendo derivare l'avvento della prima, quindi, da una inevitabile scomparsa dello Stato nazionale, tradizionalmente oggetto e soggetto principale della costituzione.

E' opinione oggi abbastanza diffusa quella che accosta la crisi delle costituzioni nazionali all'apertura della sovranità statale verso fenomeni internazionali di diverso tipo e ri-

---

<sup>38</sup> Cfr. S. Gozi, *Il governo dell'Europa*, op. cit. pag. 11.

<sup>39</sup> N. Nugent, *Governo e politiche dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 525.

levanza politica ed economica, all'attenuarsi del principio di esclusività della sovranità dello Stato e allo sviluppo di esperienze di integrazione sovranazionale<sup>40</sup>.

Pertanto assai spesso accade che la discussione sulla costituzione europea tende a confrontarsi con quella della crisi delle costituzioni, sino a porsi, talvolta nei termini di una vera e propria alternativa senza scampo tra quella e queste, come se la nascita dell'una dovesse comportare inevitabilmente la morte delle altre.

In effetti, sebbene le ragioni della crisi delle costituzioni siano strettamente implicate con quelle del sorgere o dell'aspirazione alla nascita di costituzioni sovranazionali, non può però affermarsi con altrettanta certezza un rapporto di causalità tra quella crisi e la tensione verso diverse forme costituzionali.

La crisi delle costituzioni, in realtà, è la manifestazione più evidente della crisi dello Stato come forma di aggregazione politica di un determinato corpo sociale.

Massimo Luciani sottolinea come, in linea di principio, «non ogni crisi della sovranità dello Stato comporta di per sé una corrispondente crisi della costituzione» distinguendo, l'autore, tra crisi della sovranità statale interna ed esterna: mentre per arginare la prima, derivante dallo sviluppo della democrazia pluralistica, è necessario ampliare l'ambito applicativo della costituzione alle forme emergenti di potere, la seconda «determina inevitabilmente una progressiva perdita di senso delle costituzioni».

Alla base, infatti, della perdita di sovranità esterna dello stato e della corrispondente capacità normativa della costituzione vi sono fenomeni paralleli e interconnessi. Da un lato la dissoluzione del legame tra economia e territorio, causata dall'applicazione generalizzata dei prodotti informatici, dall'aleatorietà dei controlli sui mercati finanziari ai quali le leggi nazionali non sono più applicabili in virtù del carattere sempre più marcatamente transfrontaliero delle attività connesse<sup>41</sup>. L'altra faccia della stessa medaglia è rappresentata dalla sovrapposizione alla Costituzione di regole che vengono elaborate in sedi internazionali e sovranazionali; i poteri normativi sono passati dagli Stati ai mercati e alle organizzazioni internazionali sulla base di una regolamentazione globale dell'economia, tanto che Cesare Pinelli scrive come la spinta sia oggi quella «a uniformare regole e principi e a differenziare fonti e istituzioni», sottolineando la tendenza da un lato a standardizzare la disciplina giuridica di fenomeni rilevanti a livello mondiale e dall'altro a diversificare, rispetto allo Stato, gli enti preposti alla produzione del diritto. Tutte le economie, anche quelle dei paesi più industrializzati, dipendono dal complessivo andamento dell'economia mondiale e sono, perciò, fortemente interdipendenti<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Un'approfondita analisi è svolta da M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pag. 124 ss.

<sup>41</sup> Cfr. G. Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in Onore di Guarino*, Cedam, Padova, 1998, pag. 211 ss.; C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, art. cit.

<sup>42</sup> M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, op. cit.

Nonostante il definitivo declino dell'impenetrabilità delle frontiere, a favore del fenomeno sempre più frequente di aggiramento delle stesse, non sembra, comunque, potersi dire che al momento sia venuto meno anche il principio di territorialità quale divisione del mondo in stati. «Si deve sfuggire alla tentazione di ritenere già compiuto il passaggio di consegne dal sovrano nazionale all'antisovrano transnazionale»<sup>43</sup>.

Se gli effetti della "mondializzazione" sono evidenti in relazione alla tendenza all'omogeneizzazione degli stili di vita, dell'informazione e della cultura, è altrettanto visibile un effetto di rigetto che si concretizza in un movimento che contrasta il villaggio globale con una nuova chiusura verso l'esterno e una valorizzazione sempre più forte delle diversità nazionali, regionali, etniche.

Lo Stato, nella sua dimensione territoriale, appare troppo piccolo per poter far fronte in modo "indipendente" ai suoi compiti tradizionali; mentre esso appare troppo grande e quindi troppo lontano dal luogo in cui i diversi bisogni sociali (sicurezza, benessere, istruzione, ordine pubblico, ecc.) devono essere soddisfatti e dai cittadini quali referenti ultimi dell'attività amministrativa<sup>44</sup>.

Di qui la duplice tensione cui le costituzioni statali sono sottoposte: da un lato nella direzione sovranazionale, dall'altro in quella locale. Questa tensione apparentemente contraddittoria è evidente anche sul piano dei diritti dove ad una tendenza verso la decostruzionalizzazione della tutela dei diritti<sup>45</sup> si contrappone una rinazionalizzazione della stessa che permetta, a livello potremmo dire regionale, una più adeguata protezione dei valori e dei diritti dell'uomo<sup>46</sup>.

In un contesto mondiale di questo tipo, gli Stati costituzionali appartenenti all'Unione europea non sentono dissolversi la loro forma statale anche se sempre più si allontanano «dall'idea della sovranità come *ultimate authority*, come blocco monolitico dotato di un nucleo fondamentale in sé inalterabile e irrinunciabile»<sup>47</sup>, per considerarla, invece, come un insieme di poteri articolati e addirittura cedibili.

A conclusioni non dissimili giunge chi sostiene che anche nell'età della globalizzazione, il potere della "trimurti" di tutti i continenti e cioè il Fondo monetario internazionale, la Banca Mondiale e la World Trade Organisation deriva da trattati, ragion per cui il potere degli Stati non sarebbe stato intaccato ma sarebbero mutate le modalità di

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, pag. 171.

<sup>44</sup> Cfr. F. Sorrentino, *La nascita della Costituzione europea: un'istantanea*, su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

<sup>45</sup> Così il Prof. P. Caretti alla Conferenza sulla *Tutela dei diritti dell'uomo*, tenutasi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 24-25 ottobre 2002.

<sup>46</sup> In questo senso la relazione del Prof. R. Sapienza, "*Le tendenze del diritto internazionale nella tutela dei diritti dell'uomo*", in occasione della Conferenza cit. alla nota 34.

<sup>47</sup> M. Fioravanti e S. Mannoni, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in *Una Costituzione senza Stato*, Ricerca della fondazione Lelio e Lisli Basso- Issopo, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 32.

esercizio di tale potere, «modalità che vanno dalla delega permanente all'esercizio congiunto»<sup>48</sup>.

Possiamo dire allora che il concetto di stato non esce dalla tempesta in corso troppo mal ridotto e senz'altro non ne esce "cadavere" come si va, invece, pronosticando ormai da diverso tempo.

Nonostante la netta linea di confine tra "interno" ed "esterno" vada sempre più sbiadendosi, il paradigma statale resta fondamentale per la dottrina che si è interrogata e continua ad interrogarsi sull'esistenza di una costituzione europea e soprattutto per coloro i quali tentano strenuamente di escluderne la presenza basandosi proprio sull'inesistenza di uno Stato europeo e dei suoi tradizionali presupposti.

## 6 Una Costituzione senza Stato?

I termini del dibattito scientifico sulla Costituzione europea non sono facili da ricostruire poiché le opinioni espresse in merito sono assai diverse e talvolta addirittura antitetiche: possiamo, per linee molto generali, distinguere tra orientamenti che ritengono la Costituzione già esistente e teorie che affermano, invece, l'inesistenza della stessa e, all'interno di questa ultima categoria, operare un'ulteriore suddivisione tra coloro che invocano una costituzione europea come necessaria e coloro che, al contrario, rifiutano una simile ipotesi<sup>49</sup>.

Si ritiene preferibile, ai fini del presente lavoro, indicare *in primis* quell'orientamento secondo il quale non è pensabile una costituzione al di fuori di uno Stato; non fosse altro perché questo approccio, da un lato è quello che si ricollega in maniera più stretta ai concetti di stato e costituzione così come abbiamo cercato di delinearli sulla scia della tradizione giuridica, dall'altro perché prende le forme di una vera e propria «eccezione pregiudiziale»<sup>50</sup> all'ipotesi di una Costituzione europea.

Innanzitutto per sgomberare il campo da incertezze definitorie, occorre richiamare la distinzione che più sopra era stata tracciata fra costituzione in senso descrittivo e costituzione in senso prescrittivo ai fini di individuare un concetto comune cui i diversi autori fanno riferimento, giacché la mancata esplicitazione del significato «in cui si parla di costituzione europea è spesso all'origine di una certa inconcludenza dei relativi dibattiti»<sup>51</sup>.

A questo proposito è esplicativo il contributo di Adele Anzon per la quale interrogarsi sull'esistenza o meno di una costituzione europea vuol dire chiedersi in realtà

---

<sup>48</sup> G. Ferrara, *Verso la Costituzione europea*, in *Diritto Pubblico*, n.1, 2002, pag. 167.

<sup>49</sup> Cfr. A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, art. cit.; L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, art. cit.

<sup>50</sup> C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, cit. pp. 78-79.

<sup>51</sup> A. Pizzorusso, *Il difficile cammino della Costituzione europea*, cit.

...se l'Europa abbia, possa o debba avere un documento dotato di capacità normativa, un atto formale "fondamentale" che ponga, in modo vincolante, le regole della sua struttura e della sua azione; insomma se l'Europa debba avere una costituzione nel senso prescrittivo della dottrina costituzionalistica contemporanea. Solo in questo senso si può parlare di un problema della costituzione europea, poiché è evidente che nessuno dubita che l'Unione abbia una certa conformazione o struttura (e cioè una costituzione in senso descrittivo).<sup>52</sup>

In effetti in quest'ultima accezione la gran parte della dottrina ritiene potersi già parlare di una Costituzione dell'Unione europea senza che venga messa in discussione la sua veste di ordinamento creato dagli Stati sulla base delle regole proprie del diritto internazionale<sup>53</sup>.

I problemi e le spaccature cominciano a emergere nel momento in cui si passa a parlare di costituzione dell'Unione pensando ad essa come entità capace di esercitare una qualche supremazia nei confronti degli Stati membri e quindi si comincia a usare il termine in un'accezione giuridico-normativa. Proprio da questa impostazione sorgono quelle caratteristiche del concetto di costituzione nel suo significato più pregnante, la cui mancanza rappresenta degli ostacoli assolutamente insormontabili a parere della dottrina che andremo ad esaminare, ferma nella premessa che senza stato e senza popolo non si può discutere di costituzione.

Si è sostenuto, infatti che «il problema della costituzione europea [...] sorge soltanto, e innanzitutto, perché l'Unione europea non è uno Stato»<sup>54</sup> e che la questione fondamentale da dirimere sia quella relativa alla separabilità della costituzione dallo stato<sup>55</sup> posto che l'Unione, cosa di cui nessuno sembra dubitare, non è uno stato.

I sostenitori di questa tesi muovono innanzitutto dalla impossibilità di qualificare i Trattati europei come una vera e propria costituzione, in opposizione a quella parte della dottrina, e per un determinato periodo di tempo della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea<sup>56</sup>, che ritiene al contrario di potersi pronunciare sulla costituzionalità dei Trattati.

---

<sup>52</sup> A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, cit.

<sup>53</sup> Vedi A. Pizzorusso, *Il difficile cammino della Costituzione europea*, cit. L'autore sostiene, difatti, che «nessuna obiezione può muoversi alla prima impostazione, dato che l'impiego del termine costituzione con riferimento ad oggetti anche del tutto estranei alla categoria delle istituzioni politiche di cui lo stato moderno costituisce il tipo più diffuso e importante, non può certamente dirsi scorretto».

<sup>54</sup> A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, art. cit.

<sup>55</sup> D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, op. cit., pag. 349.

<sup>56</sup> Importanti in questo senso sono due pronunce della Corte, soprattutto perché condivise e sviluppate da alcuni studiosi per dimostrare appunto l'attuale esistenza di una carta costituzionale dell'Unione europea: si tratta del Parere emesso il 14/12/1991 e della sentenza relativa alla Causa 294/83, ricordate e citate alle pp. 38 e 39 del Capitolo I.

Si evidenziano, pertanto, diversi argomenti ricavabili sia dalle stesse norme dei Trattati istitutivi e delle successive modificazioni sia rintracciabili *aliunde*, che non permettono di individuare una Carta fondamentale per l'Unione europea; può essere interessante indicarli seppur brevemente.

Fra le obiezioni all'uso del termine costituzione fondate su considerazioni di carattere eminentemente giuridico, le principali sono quelle che derivano dalla difficoltà di conciliare l'idea di costituzione con l'ordinamento di un'entità priva di una vera e propria sovranità<sup>57</sup>. L'Unione non è dotata di competenze generali bensì attribuite per cui gli Stati continuano a restare arbitri del volume dei poteri trasferiti al livello sovranazionale rimanendo titolari formali e sostanziali della *Kompetenz-Kompetenz*.

Innanzitutto i sostenitori di quest'orientamento sottolineano come i Trattati siano formulati come normativa tipicamente pattizia e questo risulterebbe evidente dal fatto che le disposizioni sulla revisione prevedono un ordinario meccanismo di diritto internazionale, affidando il compito ad una conferenza intergovernativa e subordinando l'entrata in vigore del trattato così modificato alla ratifica da parte dei singoli Stati membri, secondo la previsione dell'articolo 48 del TUE. Che il processo di revisione dipenda fortemente dalle volontà degli Stati, che restano pertanto "signori dei Trattati", secondo la nota definizione della Corte costituzionale tedesca, è confermato anche dalle difficoltà nel raggiungimento dell'unanimità, se non dopo lunghi compromessi.

È questo un concetto ribadito dal Luciani il quale premette che, nonostante quanto affermato dalla corte di Giustizia, egli non ritiene al momento esistente una Costituzione europea poiché a suo avviso di costituzione si può parlare solo a condizione che «l'Unione abbia la "disponibilità" delle proprie regole fondamentali»<sup>58</sup>. A tutt'oggi, invece, l'Unione non avrebbe alcuna disponibilità dei Trattati istitutivi e soprattutto non esisterebbero regole disciplinanti il procedimento di revisione che siano «impermeabili a decisioni esterne»; ne segue che l'Unione non può essere individuata come un soggetto che possa decidere dei contenuti della propria costituzione.

Inoltre mentre una costituzione presuppone un soggetto autonomo<sup>59</sup>, la cessione di sovranità da parte dei singoli Stati viene considerata reversibile e possibile e «il recesso unilaterale non appare affatto una eventualità peregrina»<sup>60</sup>.

Il fatto che i Trattati non possano considerarsi la costituzione dell'Unione deriva anche da altri segnali come la presenza di una normativa estremamente dettagliata e la con-

---

<sup>57</sup> A. Pizzorusso, *Il difficile cammino della Costituzione europea*, cit.

<sup>58</sup> M. Luciani, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una Costituzione senza Stato*, cit. pag. 74 ss. L'autore sottolinea che altra condizione perché si possa parlare di costituzione europea, insieme a quello indicato *supra*, è l'esistenza di un popolo europeo; questo ulteriore presupposto verrà autonomamente analizzato nel paragrafo successivo.

<sup>59</sup> Vedi in senso fortemente critico il contributo di A. Barbera, *Esiste una «Costituzione europea»?* , in *Quaderni costituzionali*, a. XX, n.1, aprile 2000, pag. 67 ss.

<sup>60</sup> A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, cit.

testuale assenza di un testo organico e unitario, elementi che secondo l'orientamento oggetto di analisi, sarebbero indici di una sostanziale lontananza del modello dei Trattati da quello costituzionale come norma che contiene solo i principi fondamentali formulati per iscritto in modo chiaro e fruibile da parte di tutti.

Ancora altri elementi che escludono la costituzionalità dei Trattati sarebbero l'instabilità del quadro tracciato dalla normativa e dal processo di integrazione permanente all'interno del sistema comunitario e dalla disomogeneità della struttura europea che deriva tanto dalla suddivisione in pilastri quanto dal meccanismo della cooperazione rafforzata che mina l'unitarietà nell'avanzamento delle politiche comuni.

Ultimo ma non meno importante è da notare l'assenza di un elenco contenente i diritti fondamentali dell'Unione secondo lo schema classico di costituzione formata dal Bill of Rights e dal Frame of Government; relativamente a quest'ultimo si nota poi la mancanza del principio cardine della separazione dei poteri.

È degno di attenzione che l'analisi svolta da Dieter Grimm, seppur risalente ormai al 1995, è forse meno "radicale" di quella svolta dall'autrice italiana che pure dal giurista tedesco ha tratto qualche spunto (come del resto la maggior parte dei sostenitori della teoria in esame); egli nota che seppure dotata dagli Stati membri di prerogative sovrane, l'Unione esercita poteri che non sono disciplinati dal diritto costituzionale, ragion per cui lo *status* istituzionale risulta contraddistinto da una contraddizione strutturale.

La contraddittorietà si fonda, difatti, sulle premesse incontestabili che l'Unione è un'organizzazione sovranazionale fondata sui Trattati ma possiede, senza essere uno Stato, competenze un tempo di dominio esclusivamente statale. Il divario che si apre tra l'autorità sempre più estesa degli organi decisionali dell'Unione e i processi di legittimazione, ancora tutti interni ai singoli Stati membri, crea quale suo inevitabile effetto quello che viene definito deficit democratico.

Se l'Unione non ha una costituzione e non possiede, come si sostiene, i mezzi per modificarla è verosimile che il processo di integrazione prosegue sol perché alimentato dal diritto internazionale e non dal diritto comunitario. La legalità di tale processo non è, perciò, interna all'Unione mentre si può parlare di legalità costituzionale solo se c'è il rispetto di fonti legislative che sono riconducibili direttamente ad un soggetto sovraordinato e che non rispondono più alla logica del *pacta sunt servanda*.

La distanza dal modello statale sarebbe, pertanto, davvero incolmabile e a renderla ancora maggiore vi è, secondo i sostenitori della posizione qui riportata, pure la mancanza di un popolo qualificabile come autenticamente europeo.

## **7 Una Costituzione senza popolo? La "no demos thesis"**

Se quelle che abbiamo analizzato fino ad ora sono obiezioni di carattere giuridico, quelle che si fondano sul deficit democratico delle istituzioni europee insieme con il dato di fatto che non è possibile al momento parlare di un popolo europeo, sono, invece, due



valutazioni di carattere sostanzialmente politico ma che si intrecciano profondamente le une alle altre.

Ancora Grimm osserva che per potersi parlare di costituzione nel senso pieno del termine si deve necessariamente risalire ad un atto del popolo o, perlomeno, ad esso attribuibile e che nel diritto comunitario manca una tale fonte di legittimazione proprio perché il diritto discende non dal popolo ma dai singoli Stati membri: «mentre le nazioni si danno una costituzione da sé, all'Unione europea viene data una costituzione da terzi»<sup>61</sup>.

La mancanza di un popolo europeo è centrale nell'analisi della cosiddetta “*no demos thesis*”, come appare evidente, *prima facie*, dal nome di quest'orientamento.

L'assenza di un *Volke*, schmittianamente inteso, comporta che il potere pubblico europeo trovi le sue radici e la sua linfa solo nella mediazione degli Stati, mancando un soggetto collettivo che possa considerarsi come titolare del potere costituente e del potere di legittimare democraticamente le istituzioni comunitarie<sup>62</sup>.

Per i sostenitori della *no demos thesis*, perché si possa parlare di costituzione europea, condizione necessaria, insieme all'esistenza di uno Stato, è, pertanto, l'esistenza di «una comunità autenticamente politica di riferimento»; una costituzione non c'è senza un'unione politica cui essa accede e «il problema dell'Europa è proprio quello della sua identità politica, in assenza di europei»<sup>63</sup>.

Come titolare del potere costituente il popolo è tale se condivide dei valori culturali e politici.

I presupposti democratici, per Grimm, non devono necessariamente consistere in un'etnia omogenea ma piuttosto in un'identità collettiva ed in un senso di appartenenza capace di sostenere le decisioni e di fondare le scelte politiche. Il concetto di popolo che viene impiegato da coloro che condividono la posizione in esame si guarda bene dall'evocare «fantasmi di concezioni pericolosamente legate all'idea di *Blut und Boden*»<sup>64</sup>.

Il legame giuridico, che sostiene il concetto di popolo quale elemento fondante una futura costituzione europea, presuppone l'accoglimento e la condivisione di valori e di

---

<sup>61</sup> D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa?*, op. cit., pag. 353.

<sup>62</sup> In questo senso vanno le argomentazioni che il Prof. L. Arcidiacono ha esposto nella sua relazione all'incontro di studio su “*La Convenzione sull'avvenire dell'Europa*” organizzato dalla Università degli studi di Catania, tenutosi presso l'aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza, Catania, maggio 2003.

Il relatore ha sottolineato come attorno all'idea di una Costituzione europea esistano alcuni deficit tra cui l'assenza di un potere costituente legittimato ad avviare un processo fondativo o rifondativo, la mancanza di un procedimento democratico, soprattutto dal punto di vista elettorale e in fine il deficit del principio di separazione dei poteri secondo l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

<sup>63</sup> M. Luciani, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, cit.

<sup>64</sup> *Ibidem* pag. 77; vedi anche A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, art. cit; G. Marramao, *L'Europa dopo il Leviatano. Tecnica e politica, costituzione*, in *Una Costituzione senza Stato*, op. cit. pag. 123.

interessi; solo in questo modo si può sviluppare uno spazio pubblico europeo che approfondisca il processo di integrazione fra i “popoli d’Europa”. La carenza di un *demos*<sup>65</sup> europeo viene imputata a diversi fattori primi fra tutti il fatto che non esiste un sistema europeo dei partiti, né di gruppi e movimenti civili unitari e il dato fondamentale che non c’è una lingua comune che possa favorire lo sviluppo di strumenti di comunicazione di massa, dall’editoria alla radio - televisione, che permetterebbe il formarsi di un’opinione pubblica genuinamente europea.

Questo processo di partecipazione popolare alle scelte democratiche delle istituzioni di vertice soffre a livello europeo «in misura molto maggiore di quello nazionale la lontananza delle élite dalla base»<sup>66</sup>.

Soprattutto il fatto che nell’Europa comunitaria siano undici attualmente le lingue ufficiali e che presto esse diventeranno, con l’allargamento a Est, molte di più fa ritenere difficile, se non improbabile, nel breve periodo, che si possa creare un sistema di comunicazione intracomunitario: ciò priva della possibilità di immaginare un’opinione pubblica europea o un discorso politico europeo.

L’assenza di una lingua comune è ostacolo imponente alla identificazione di un popolo europeo perché la lingua è fattore identitario sicuro anche qualora siano controversi e incerti altri legami comunitari e perché la lingua è strumento principe di comunicazione e di conoscenza<sup>67</sup>.

È proprio questa esigua capacità discorsiva sovranazionale e l’assenza di un’identità collettiva che, secondo Grimm, ostacola la democrazia: «laddove un Parlamento non si fonda su una struttura capace di assicurare l’interazione costante tra popolo e Stato, vi sono solo le forme ma non la sostanza della democrazia».

Anche il Mancini, nel suo contributo, sottolinea l’assenza di democraticità nella struttura comunitaria ribadendo che

*...today’s European Union presupposes democracy as a heritage of values and institutions shared by its member States in all of which the representatives of the people control the action of the executive branch; but it is not itself democratic.[...] In other words, democracy will elude Europe as long as its form of government includes rules and legitimises practices moulded on those of the international community*<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Per un discorso più ampio sul popolo europeo e sulla distinzione tra *demos* ed *ethnos* vedi E. Resta, *Demos, Ethnos. Sull’identità dell’Europa*, in *Una Costituzione senza Stato*, op. cit. pp. 167 ss.

<sup>66</sup> D. Grimm, *Una Costituzione per l’Europa?*, op. cit., pag. 361.

<sup>67</sup> G. Ferrara, *Verso la Costituzione europea*, art. cit.

<sup>68</sup> F. Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, in *European Law Journal*, Vol. 4, n.1, March 1998, pag. 41. Vedi contra sulla stessa rivista, l’interessante replica di J.H.H. Weiler, *Europe: the case against the case for Statehood*, pag. 43-62.

Il deficit democratico in Europa sarebbe, pertanto, strutturale e difficilmente colmabile attraverso semplici ristrutturazioni della facciata dell'edificio europeo come possono essere delle riforme istituzionali.

Il processo di formazione di uno spazio pubblico europeo è perciò, ancora lontano dal giungere e compimento e l'*homo europaeus* non si è ancora del tutto sostituito all'*homo sapiens* residente nei diversi stati membri.

Da qui la difficoltà per l'Unione anche nell'individuare chiaramente e autonomamente la propria cittadinanza che altro non è, ad oggi, che una cittadinanza "satellite", come è stata definita, di quella nazionale<sup>69</sup>.

Un importante compito nella promozione dello sviluppo del processo di formazione di una comune identità oltre che culturale, propriamente politica in cui i cittadini europei si possano identificare incombe, secondo taluno, sulla classe dirigente a livello nazionale e sul ruolo delle Corti e delle Carte costituzionali dei singoli Stati; la prima dovrebbe emanciparsi dal provincialismo e occuparsi, tra gli altri, anche di tematiche di rilevanza comunitaria, mentre le seconde dovrebbero aprirsi verso l'Europa sostenendo la realizzazione di una nuova entità comune<sup>70</sup>.

Se Dieter Grimm conclude il suo noto contributo sull'esistenza di una Costituzione europea ritenendo non auspicabile come obiettivo a breve termine quello della «trasformazione dell'Unione europea in uno Stato federale», è chiara, comunque, la conseguenza che la *no demos thesis* comporta quasi inevitabilmente: costituzionalizzare i Trattati, dotandoli di quegli elementi che ancora li separano da una costituzione in senso prescrittivo, non comporterebbe altro che statalizzare l'Unione europea.

In tono ancora più netto e, potremmo dire, sillogistico chi<sup>71</sup>, partendo dalla premessa dell'endiadi Stato-Costituzione, conclude che se l'Europa si doterà di una Carta costituzionale non potrà non diventare uno Stato, quale ad esempio gli Stati Uniti d'Europa. Se  $A=B$  e  $B=C$  allora  $\Rightarrow A=C$ .

Se l'Unione avrà una costituzione diventerà, pertanto, ineluttabilmente uno Stato, il super-Stato europeo, una sorta di "nuovo Leviatano"<sup>72</sup> che non potrà coesistere con gli Stati nazionali che saranno destinati a scomparire.

La posizione è chiara e quanto mai inquietante nella sua lucidità e altrettanto chiaro il punto di riferimento di questa dottrina: Carl Schmitt e la sua nota affermazione per cui lo Stato non ha una costituzione ma «lo Stato è la costituzione».

Anche se l'orientamento è piuttosto "estremista" nelle sue conclusioni, da più parte vivacemente avversate, va riconosciuto ad esso il merito di aver suggerito che «costruire

---

<sup>69</sup> Cfr. M. Luciani, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, cit.; V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1993.

<sup>70</sup> Le riflessioni riportate sono di A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, cit.

<sup>71</sup> A. Anzon, *La costituzione europea come problema*, cit.

<sup>72</sup> G. Marramao, *Nota introduttiva*, in *Sfera pubblica e costituzione europea*, Carocci editore, Roma, 2002.

una forma di unità politica europea all'insaputa dei cittadini è un'illusione e per giunta assai pericolosa».

La pace sul continente europeo non è un dato scontato e coloro che sostengono una “costituzionalizzazione opaca” dell' Europa sottovalutano i rischi di una sotto legittimazione molto grave.

Proprio per queste ragioni è opportuno convenire che «ai cittadini spetta l'ultima parola e che il processo di integrazione avrà successo solo se, al momento opportuno questa parola verrà finalmente data»<sup>73</sup>.

## 8 Una «nazione di cittadini» vs la mancanza di un popolo europeo

La *no demos thesis*, illustrata in precedenza, è stata vivacemente criticata da diverse parti e in particolare da coloro che non concordano con gli euroscettici - così i sostenitori della prima posizione vengono, difatti, definiti dai loro avversatori – sulla impossibilità di passare definitivamente dai Trattati internazionali alla costituzione a causa della mancanza di un popolo europeo.

Tra le obiezioni meglio argomentate e senz'altro più note vanno ricordate qui quelle avanzate da Jurgen Habermas che hanno dato luogo ad una ultra nota diatriba tra il filosofo tedesco e il giurista, anch'egli tedesco, Dieter Grimm.

Gli argomenti con i quali i due studiosi hanno portato avanti le loro teorizzazioni non sembrano, *prima facie*, così distanti; diverse sono, però, sia talune delle premesse dalle quali essi muovono sia le conclusioni alle quali i due autori giungono. Habermas stesso scrive di essere sostanzialmente d'accordo con la diagnosi sviluppata da Grimm ma che analizzando le sue giustificazioni si accorge di approdare, sul piano politico, a un altro genere di conclusioni<sup>74</sup>.

In questa parte del lavoro si farà, comunque, riferimento quasi esclusivamente alle obiezioni di Habermas alla dottrina di Grimm e dei suoi “seguaci” quali presupposti perché si possa poi, come lui stesso sottolinea, trattare del perché l'Europa ha bisogno di una costituzione; nel capitolo successivo si vedrà di rispondere a tale domanda<sup>75</sup>.

Grimm, come abbiamo visto in precedenza, non vuole una costituzione perché non esiste ancora un popolo europeo; secondo Habermas tale premessa ricalca quella della sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Maastricht nonché l'idea tradizionale che la legittimità democratica di uno stato richieda una certa omogeneità del suo popolo o perlomeno un'identità collettiva che sussiste perché si possa parlare di una

---

<sup>73</sup> M Luciani, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, cit., pag.87.

<sup>74</sup> Vedi. J. Habermas, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in *Il futuro della Costituzione*, op. cit. pp. 369 ss.

<sup>75</sup> *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione?* è infatti anche il titolo del nuovo contributo che il filosofo ha recentemente scritto dopo l'ormai celebre *Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe need a Constitution?"*; si trova in *Una Costituzione senza Stato*, op. cit. pp. 145 ss.

vera e propria democrazia. La posizione di Habermas rovescia del tutto questa impostazione, partendo dall'idea che la «cittadinanza democratica fonda una solidarietà tra estranei».

Il concetto di identità collettiva non sarebbe mai indipendente dal processo democratico e preesistente ad esso poiché secondo il filosofo

Ciò che lega insieme una nazione di cittadini – a differenza di una nazione di connazionali in senso etnico (*Volksnation*) – non è una qualche forma di sostrato primordiale, bensì il contesto intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile<sup>76</sup>.

Quella che Habermas chiama “nazione di cittadini” non va pertanto confusa con una comunità di destino prepolitica e caratterizzata da una lingua e da una storia comuni e l'autore mette in guardia dal cadere in questo schmittiano connubio affermando che, non tenere distinti i due concetti, significa non intuire il carattere volontario di una nazione di cittadini.

Il modello cui ci si riferisce è palesemente quello proprio del costituzionalismo americano caratterizzato dal duplice aspetto secondo cui la costituzione nasce come contratto tra individui tra i quali non esiste altro legame che quello fissato dal patto stesso e non presuppone, a differenza di quello francese, alcuna collettività sovrana assegnando alla costituzione il compito di creare un'identità collettiva.

Si crea una sorta di “solidarietà tra estranei”, come è stata definita, astratta e giuridicamente mediata che permette la convivenza, all'interno della stessa comunità, tra diverse culture, religioni ed etnie. La grande conquista dello Stato nazionale democratico è stata, secondo il filosofo, una solidarietà di tipo nuovo derivante dallo status di cittadino.

Perché un'identità collettiva possa nascere sono, però, necessari alcuni presupposti quali la nascita di una società civile europea, la costruzione di una sfera pubblica europea e di una cultura politica condivisa. Tali requisiti di una costituzione democratica dell'Unione europea sono allo stesso tempo causa ed effetto di una costituzione giacché Habermas sostiene che «le nuove istituzioni politiche create da una costituzione europea possono avere *effetto inducente*», secondo la stessa logica per cui Stato e nazione si sono generate a vicenda<sup>77</sup>.

È necessario, quindi, che si crei un contesto di comunicazione, derivante dal processo di costituzionalizzazione, che possa permettere di parlare di un'Europa democratica di cui facciano parte movimenti, organizzazioni civili e partiti politici. Nemmeno la diversi-

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, pag. 373.

<sup>77</sup> Dello stesso parere per cui “il potere costituito costituisce il potere costituente” è S. Rodotà che evidenzia come la Carta attribuisca un ruolo centrale ai cittadini, realizzando quel *demos* europeo ancora inesistente e facendo in modo, perciò, che essa stessa avvii «la costruzione del soggetto che le darà piena legittimazione»<sup>77</sup>: in *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 67.

tà linguistica sembra ad Habermas così insuperabile in una prospettiva di un inglese come “*second first language*”.

La panoramica sulla illustre posizione del filosofo si può concludere con un’ulteriore “rimprovero” agli euroscettici che non intendono abbandonare la gabbia degli stati nazionali: se essi hanno posto l’attenzione sul divario che si apre tra l’autorità sempre più estesa degli organi decisionali dell’Unione e i processi di legittimazione, ancora tutti interni ai singoli stati membri, è preferibile, invece, mettere in risalto una “forbice” di ben altro tipo. Si tratta di rimarcare, infatti, da un lato i ristretti margini d’azione degli Stati nazionali e dall’altro «gli imperativi globali della rete planetaria dei rapporti produttivi».

In conclusione soltanto una struttura sovranazionale come quella di uno Stato federale europeo, sembra allo studioso lo strumento migliore per condizionare il sistema globale e per soppiantare quella rete di dipendenze transnazionali nella quale sono imbrigliati i singoli Stati.

“L’identità europea non può comunque significare nient’altro che un’unità nella pluralità delle nazioni”<sup>78</sup>. Una frase che assomiglia molto a quella che fa da motto al progetto di Trattato costituzionale.

---

<sup>78</sup> J. Habermas, *Una costituzione per l’Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in *Il futuro della Costituzione*, op. cit. pp. 370.