

TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO
RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

QUADERNI

L'inserimento nei "Quaderni di Teoria del diritto e dello Stato" del presente volume è stato sottoposto alla valutazione, oltre che del direttore, di due revisori anonimi di cui uno tratto da un elenco di studiosi italiani e stranieri deliberato dal comitato di direzione e uno appartenente allo stesso comitato in funzione di revisore interno. Il volume è stato reso anonimo per la valutazione dei revisori.

TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO

RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

QUADERNI

5

GIUSEPPE MARTINICO

Lo spirito polemico del diritto europeo

Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione



Copyright © MMXI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A–B
00173 Roma
(06) 93781065

isbn 978–88–548–4475–9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2011

INDICE-SOMMARIO

<i>Prefazione e Ringraziamenti</i>	7
--	---

CAPITOLO 1

L'Europa e il suo "sgomento" costituzionale

1.1. Obiettivi del capitolo	11
1.2. Cosa si intende per "diritto costituzionale europeo"?	12
1.3. Cosa intendiamo per "costituzionalizzazione" nel diritto europeo?	18
1.4. Costruttivismo ed evolucionismo	27
1.5. Gli "scettici" del costituzionalismo europeo ed il loro "rapporto" con il costruttivismo costituzionale	48
1.6. Dietro l'attacco alla Costituzione: la presunzione di esclusività dell'esperienza costituzionale statale	52

CAPITOLO 2

Il costituzionalismo europeo come alternativa teorica valida

2.1. Obiettivi del capitolo	57
2.2. Costituzionalismo, governo e <i>governance</i>	58
2.3. Il costituzionalismo multilivello	65
2.4. Oltre il costituzionalismo multilivello e alle radici della struttura polemica del diritto europeo: il pluralismo costituzionale	73
2.5. L'interpretazione come attività collettiva: una nuova stagione negli studi sul diritto costituzionale europeo?	90
2.6. Il pluralismo costituzionale come ossimoro: pluralismo e costituzionalismo come alternative	95
2.7. Ancora sulla dimensione statale nella riflessione delle teorie costituzionali dell'integrazione europea	112

CAPITOLO 3

Fallimento costituzionale o odissea costituzionale? Cosa possiamo imparare dal caso canadese e svizzero?

3.1. Piano del capitolo	115
3.2. L'idea della "mega constitutional politics"	116
3.3. Si possono comparare?	121
3.4. L'odissea costituzionale canadese	161

3.5. Odissea costituzionale atto II. Il processo di revisione semi-permanente svizzero	166
3.6. Odissea costituzionale atto III. L'età delle Convenzioni nell'Unione europea	168
3.7. Le Convenzioni hanno davvero cambiato il "metodo" nel processo di costituzionalizzazione europea?	172
3.8. Conclusioni	183

CAPITOLO 4

La struttura polemica del diritto europeo: il ruolo giocato dai conflitti costituzionali

4.1. Obiettivi del capitolo	187
4.2. Il modello teorico: il pluralismo agonistico di Chantal Mouffe	190
4.3. Il rispetto dei diritti fondamentali come premesse dell'agone	198
4.4. Il macro-principio del primato e le sue molteplici articolazioni	206
4.5. La trasformazione del primato: il ruolo svolto dal conflitto costituzionale	217
4.6. I conflitti costituzionali oggi: un tentativo di classificazione	227
4.7. Il presente (e forse anche il futuro) dei conflitti costituzionali	244
 <i>Considerazioni finali</i>	 261
 <i>Bibliografia</i>	 277

PREFAZIONE E RINGRAZIAMENTI

The preface is thereby defined purely lyrically and defined according to its concept, while in the popular and traditional sense the preface is a ceremony according to period and custom. A preface is a mood. Writing a preface is like sharpening a scythe, like tuning a guitar, like talking with a child, like spitting out of the window. One does not know how it comes about; the desire comes upon one, the desire to throb fancifully in a productive mood, the desire to write a preface.

(S. Kierkegaard, *Prefaces: Writing Sampler*, edizione curata da T.W. Nichol, Princeton University Press, 1997, 5-6)

Nel 2005 Nico Krisch apriva il suo saggio *Europe's Constitutional Monstrosity* ⁽¹⁾ ricordando come nel 1667 Pudendorf avesse descritto il Sacro Romano Impero come “monstro simile” e, partendo da questo aneddoto, si soffermava sulla non corrispondenza fra il costituzionalismo classico e quello europeo, date le irregolarità ed incoerenze che il processo integrativo sovranazionale presenta rispetto al modello statale-nazionale.

In quelle pagine, tuttavia, la citazione di Pudendorf scivolava via troppo presto, senza che Krisch riflettesse sul significato da attribuire al termine latino *monstrum*.

“Mostro” oggi viene definito ciò o colui le cui fattezze sono considerate “contro natura” e ad esso viene attribuito un significato prevalentemente negativo.

Tuttavia, nel latino *monstrum* indicava sia il “mostro” sia il “prodigio”, tanto è vero che i *monstra* erano i segni del Dio. Qualcosa del genere avveniva con il greco *téras* che indicava originariamente il

⁽¹⁾ N. Krisch, “Europe’s Constitutional Monstrosity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, 321-334.

primo segno divino, capace di indurre terrore ⁽²⁾. Con Omero, *téras* si riferiva a tutti i segni divini, visti come atti non tanto “contro natura” ma, piuttosto, “oltre natura”.

Il parziale cambiamento di significato avviene con il latino “monstrum”, che derivava dal latino *monere* (ammonire) e che è all’origine del verbo *monstrare*, con cui si indicavano anche i segnali divini che rompevano le regole della natura (così, ad esempio, i cataclismi o i disastri naturali venivano letti come segno di ira della divinità).

Monstrum era, in questo contesto, un segnale divino di ammonimento che “rompeva” le leggi della natura e, allo stesso tempo, “mostrava” il comportamento da seguire, indicando la via per la riconciliazione con il divino.

Rivalorizzando l’etimologia della parola, si potrebbe dire che questo scritto vuole essere un saggio sulla “mostruosità” dell’UE, sulla sua prodigiosità (che si esprime nella sua “non regolarità”, ovvero nella non perfetta corrispondenza al modello del costituzionalismo nazionale), tentando, allo stesso tempo, di dimostrare come essa non impedisca al processo integrativo sovranazionale di assumere una natura costituzionale.

Questo libro raccoglie il prodotto di due anni di seminari e corsi dedicati ai grandi temi del costituzionalismo sovranazionale e tenuti presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa, all’Istituto universitario europeo di Firenze (IUE), al *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC) di Madrid e, in qualità di *visiting lecturer*, all’*Universitat Pompeu Fabra* e all’*Universitat de Barcelona*.

Singoli capitoli ed una primissima versione di questo volume sono stati presentati in alcuni seminari ristretti tenuti presso varie università italiane e straniere; desidero ringraziare alcuni colleghi e amici che hanno accettato, in quelle occasioni, di fornire i loro commenti: Paolo Addis, Giuseppe Francesco Aiello, Alberto Alemanno, Antonella Angelini, Matej Avbelj, Giuseppe Bianco, Francesca Biondi Dal Monte, Enrico Bonadio, Natalia Caicedo Camacho, Carlo Maria Cantore, Josep Maria Castellà Andreu, Monica Claes, Marco Dani, Giacomo Delledonne, Arthur Dyevre, Filippo Fontanelli, Marco Goldoni, Andrea Guazzarotti, François-Xavier Millet, Davide Miniussi, David Moya, Fabio Pacini, Francesco Palermo, Gianluigi Palombella, Leonardo Pierdominici, Oreste Pollicino, Rubén Ruiz-Rufino, Mar-

⁽²⁾ Ancora oggi la teratologia è lo studio delle anomalie morfologiche. S. Sebenico, *I Mostri dell’Occidente medievale: Fonti e diffusione di razze umane mostruose, ibridi ed animali fantastici*, Trieste, 2005, www.sslmit.units.it/crevatin/Anthropology.htm.

ta Simoncini, Aida Torres Pérez, Guilherme Vasconcelos Vilaca e Lorenzo Zucca.

Un ringraziamento particolare va all'amico Giulio Itzcovich, per le approfondite letture critiche e i suggerimenti che mi ha saputo dare ancora una volta.

Non avrei mai potuto realizzare questo lavoro senza il personale delle biblioteche della Scuola Superiore Sant'Anna, della Badia Fiesolana, del CEPC e del Centro Studi sul Federalismo di Moncalieri, e senza le persone che in questi centri mi hanno dato modo di svolgere al meglio la mia attività di didattica e ricerca: Paloma Biglino Campos, Paolo Carrozza, Roberto Castaldi, Clara Mapelli Marchena, Umberto Morelli, Miguel Poiars Maduro, Antonio Padoa Schioppa ed Emanuele Rossi.

D'obbligo sono anche i ringraziamenti ai professori Alessandro Pizzorusso ed Ernst-Ulrich Petersmann, per il loro costante incoraggiamento, prima, ravvicinato e, poi, a distanza.

L'ultimo (il più sentito) pensiero va, ovviamente alla mia splendida famiglia per la pazienza con cui mi ha saputo supportare e sopportare (soprattutto) nell'ultima fase di stesura del volume: ve lo dedico con tutto l'amore di cui sono capace.

Trapani-Madrid, agosto-settembre 2011

Giuseppe Martinico

L'Europa e il suo "sgomento" costituzionale

SOMMARIO: 1.1. Obiettivi del capitolo, 11 – 1.2. Cosa si intende per "diritto costituzionale europeo?", 12 – 1.3. Cosa intendiamo per "costituzionalizzazione" nel diritto europeo?, 18 – 1.4. Costruttivismo ed evolucionismo, 27 – 1.5. Gli "scettici" del costituzionalismo europeo ed il loro "rapporto" con il costruttivismo costituzionale, 48 – 1.6. Dietro l'attacco alla Costituzione: la presunzione di esclusività dell'esperienza costituzionale statale, 52.

1.1. *Obiettivi del capitolo*

Il volume mira a rispondere alle seguenti domande di ricerca:

- a) Il c.d. "fallimento costituzionale" (i.e. il rigetto del Trattato Costituzionale) ha rappresentato la fine di ogni ambizione costituzionale per l'Unione europea ⁽¹⁾?
- b) In caso di risposta negativa, possiamo leggere il fenomeno integrativo alla luce delle categorie proprie del costituzionalismo?
- c) Il c.d. fallimento costituzionale europeo può essere comparato alle "difficoltà" incontrate da altri ordinamenti caratterizzati da alto pluralismo culturale?

Il fine della presente ricerca non è quello di costruire una teoria costituzionale dell'Unione europea, quanto quello di mostrare perché la lettura costituzionale del processo di integrazione sovranazionale rappresenti un'alternativa valida e più che plausibile, cercando di rispondere ad una serie di obiezioni che più o meno recentemente, in Italia e nel resto d'Europa, sono state sollevate a questo

⁽¹⁾ Nel corso del volume si è cercato di utilizzare la terminologia "post-Lisbona", usando la formula "diritto dell'Unione europea" o "diritto dell'UE". Tuttavia, in alcuni casi, anche a seguito della inevitabile confusione terminologica che ha caratterizzato la transizione, si è preferito lasciare la dizione "diritto comunitario".

proposito da Autori come Massimo Luciani ⁽²⁾, Matej Avbelj ⁽³⁾ e Nico Krisch ⁽⁴⁾, fra gli altri.

Uno dei punti di partenza di questo scritto, tuttavia, è rappresentato dalla condivisione di una delle critiche sollevate dagli Autori richiamati, ovvero l'ambiguità terminologica presente nel dibattito europeo.

Alla luce di questo, l'obiettivo del presente capitolo è quello di chiarire, nell'economia del libro, cosa intendere per "diritto costituzionale europeo", "costituzionalismo europeo" e "costituzionalizzazione europea".

Come sarà chiaro da subito, credo che molte delle critiche mosse a tutto quell'insieme di studi che potrebbero essere ascritti al "diritto costituzionale europeo" siano dovute all'adozione di uno solo dei possibili significati che tutti questi concetti (costituzione, costituzionalizzazione, costituzionalismo) possono assumere: un significato "costruttivista".

1.2. Cosa si intende per "diritto costituzionale europeo"?

Come scritto in apertura, questo saggio non punta a costruire una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale e, anche per questo, si cercherà di partire da quello che il dato normativo (primario, derivato o giurisprudenziale) offre per ricostruire diversi possibili significati della formula "diritto costituzionale europeo". Queste ovviamente sono solo alcune delle definizioni ricavabili dal dibattito europeo; completamente diversa, ad esempio, è la ricostruzione che potrebbe seguire partendo dal dato dottrinale, come segnalato in altra sede ⁽⁵⁾.

Recentemente, guardando al dato normativo, Monica Claes ⁽⁶⁾ ha individuato quattro concetti di diritto costituzionale europeo:

⁽²⁾ M. Luciani, "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", 2006, www.rivistaaic.it/old_site_aic/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html, (poi pubblicato anche in *Giur. Cost.*, 2006, 1661 ss., ma nel libro ci si riferirà alla prima versione apparsa *on-line*).

⁽³⁾ M. Avbelj, "EU Constitutional Swan Song", 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497030.

⁽⁴⁾ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁽⁵⁾ G. Martinico, "From the Constitution for Europe to the Reform Treaty: A Literature Survey on European Constitutional Law", *Perspectives on Federalism*, 1/2009, R 13-41.

⁽⁶⁾ M. Claes, "The Emergence of a European Constitution: European and

- a) il diritto costituzionale nazionale degli Stati europei;
- b) il diritto costituzionale nazionale che si riferisce alla (o che è stato utilizzato per spiegare gli effetti della) integrazione sovranazionale;
- c) il diritto dell'Unione europea caratterizzato da un rango costituzionale;
- d) un diritto costituzionale "composito" (7).

1. La prima declinazione che può essere data alla formula "diritto costituzionale europeo" è quella che meno si riferisce al diritto dell'Unione europea e potrebbe essere considerata equivalente alla c.d. "tradizione costituzionale dell'Europa occidentale" ("Western European constitutional Tradition"). L'esempio che fa Claes (8) è quello del c.d. "modello europeo di giustizia costituzionale" (accentrato), che si contrapporrebbe a quello "americano" (diffuso) (9).

2. Con riferimento alla seconda possibile declinazione, ci si riferisce alle clausole costituzionali dedicate alla partecipazione o agli effetti del diritto dell'Unione europea. Claes sembra limitarsi solo a quelle clausole concepite a questi fini (10), ma si potrebbero tranquillamente aggiungere tutte quelle previsioni ideate per altri fini e riadattate, negli anni, dai giudici nazionali per spiegare, alla luce della supremazia costituzionale, il primato del diritto dell'Unione (11).

National Law in a European Constitutional Space", *paper* presentato al III *EUNACON Workshop*, Università di Maastricht, 19-20 maggio 2011.

(7) Secondo quanto scritto da L. Besselink, *A Composite European Constitution / Een Samengestelde Europese Constitutie*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

(8) M. Claes, "The Emergence of a European Constitution", cit., 4.

(9) "National constitutional law of European states may be referred to as European constitutional law. For instance, the concentration of constitutional review in the hands of one separate specialised court is generally called the 'European model', which is usually contrasted to the American model of decentralised review. 'European' in this context does not stand for the EU alone, but for the Western European constitutional tradition. The level of generalisation must be high for any statement on 'European constitutional law' to be empirically true, as the variety in constitutional traditions between the European States is very broad, as is their history, their culture and economic background. It is when compared to non-European traditions and contexts, that the similarities become apparent", M. Claes, "The Emergence of a European Constitution", cit., 4.

(10) Sul tema, in italiano, M. Claes, "Le 'clausole europee' nelle costituzioni nazionali", *Quaderni Costituzionali*, 2005, 283 ss.

(11) Si riprende qui la nota distinzione operata dal Tribunale Costituzionale spagnolo fra *supremacia* e *primacia*. Declaración 1/2004, www.tribunalconstitucional.es.

3. Se le prime due nozioni di diritto costituzionale europeo guardano alle disposizioni costituzionali nazionali, la terza guarda alla giurisprudenza della Corte di giustizia e ai Trattati, ovvero a tutti quei principi strutturali (efficacia diretta ⁽¹²⁾, primato ⁽¹³⁾, dottrina *Franovich* ⁽¹⁴⁾) coniati dal giudice di Lussemburgo negli anni; principi che contribuiscono alla duplice autonomia ⁽¹⁵⁾ del diritto dell'Unione europea: autonomia dalle logiche internazionalistiche (primato, effetto diretto) ed autonomia dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri ⁽¹⁶⁾. Allo stesso tempo, a questo concetto vengono ricondotte anche tutte quelle norme – presenti nei Trattati – che istituiscono le Istituzioni sovranazionali, i loro poteri e il rapporto fra diritto interno e sovranazionale (la divisione orizzontale e verticale dei poteri si potrebbe dire ⁽¹⁷⁾). Un ultimo gruppo di principi

⁽¹²⁾ 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*, 1963, 3.

⁽¹³⁾ 6/64, *Costa/Enel*, in *Racc.*, 1964, 1141

⁽¹⁴⁾ C-6/90 e C-9/90, *Franovich and Bonifaci v. Italy*, in *Racc.*, 1991, I-5357.

⁽¹⁵⁾ R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, l'Aja, 2004.

⁽¹⁶⁾ “For a long time, this has been the field of institutional EU law, as generally contrasted to EU substantive law, as it has also existed in the curricula of many generations of students of EU law [...]. The change from the denomination ‘institutional’ to ‘constitutional’ law on the instigation first of scholarly writing and later adopted also by the ECJ intended to point out that EU law in its relationship with national law resembles more the relationship of a national constitution in a federal structure, than the relationship of international law to national law. Central in the early doctrinal approach on constitutionalisation were the doctrines of direct effect, primacy, the effectiveness of European law in the domestic legal order, the protection of fundamental rights and the development of general principles of European law. Strikingly, these elements concern very much the relationship between national and European law, the federal element of the European constitution, so to say. Gradually, the European Constitution as understood in this sense has been given a much thicker meaning, and the focus is more than before on the values and principles of constitutionalism. One could refer to this evolution as the turn to constitutionalism. Initially, the focus was on constitutional principles limiting the exercise of public powers, mainly in the form of fundamental rights (case law of the CJEU and article F Treaty of Maastricht, later article 6 EU). When the EU transformed into a political union, a new section was added to article 6 EU, stating that ‘The Union is founded in the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law’, thus added what Armin von Bogdandy refers to as founding principles, rather than merely limiting principles, by which he means ‘overarching and constitutional principles’, without however indicating that they should have a different legal force than other principles laid down in the Treaties”, M. Claes, “The Emergence of a European Constitution”, cit., 4-5.

⁽¹⁷⁾ Sulle connessioni fra forma di governo e forma di Unione si veda quanto scritto da J. Bast-A. von Bogdandy, “The European Union’s Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform”, *Common Market Law Review*, 2002, 39, 227-268. I due Autori ricostruivano il sistema delle competenze dell’Unio-

(prevalentemente di matrice giurisprudenziale ma oggi in gran parte codificati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE) riguarda la protezione dei diritti fondamentali, di cui si scriverà nel IV capitolo.

Una declinazione del concetto di "diritto costituzionale europeo" analoga a questa può essere rinvenuta nella giurisprudenza della Corte di giustizia che ha espressamente utilizzato (anche dopo il fallimento del Trattato Costituzionale) il termine "costituzione" per definire i Trattati europei (la sentenza *Les Verts* (18), Parere 1/91 (19), e, più di recente, la sentenza *Kadi* (20)).

4. Infine, il quarto possibile significato individuato da Claes insiste sull'esistenza di alcune clausole dei Trattati che espressamente rinviando al diritto costituzionale degli Stati membri: ad esempio, l'art. 6, c. 3 (21) TUE.

ne a partire dalle disposizioni dei Trattati relative alle competenze delle Istituzioni sovranazionali.

(18) *Les Verts*, C-294/83, *Parti ecologiste "Les Verts" v. European Parliament*, in *Racc.*, 1986, 1339: "It must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a community based on the rule of law, inasmuch as neither its member states nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the treaty".

(19) Corte di giustizia, Parere 1/91, 14 dicembre 1991, in *Racc.*, 1991, I-6079: "Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, causa 26/62, *Racc.*, pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi".

(20) C-402/05 P, *Kadi / Council and Commission*, in *Racc.*, 2008, I-06351: "Occorre rammentare in proposito che la Comunità è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni (sentenze 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts / Parlamento*, *Racc.*, pag. 1339, punto 23) [...]. Da tutti gli elementi citati emerge che gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso".

(21) Art. 6, c. 3: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea

Il quadro che risulta è quello di un diritto costituzionale composto degli incastri dei livelli nazionale e sovranazionale, che si completano a vicenda, un diritto costituzionale multilivello, multidimensionale e pluralista, in cui nessun livello ha una chiara supremazia sull'altro (anche per l'assenza di una univoca "supremacy clause") (22).

L'idea di diritto costituzionale europeo che sarà adottata in questo lavoro si rifarà prevalentemente ai concetti n. 3 e 4 di cui si è scritto prima; tuttavia, nel capitolo dedicato alla comparazione con Canada e Svizzera, sarà chiara l'impossibilità di limitarsi al solo dato formale nell'analisi delle dinamiche costituzionali dell'Unione.

Come rilevato da Autori come de Burca (23), infatti, anche fenomeni come il metodo aperto di coordinamento e la *new governance* in generale presentano sostanza costituzionale, specie se si guarda al ruolo "suppletivo" che essi svolgono nei confronti del testo formale.

Qualcosa del genere può essere riscontrato, come vedremo, in altri contesti caratterizzati dal "blocco" della costituzione formale, si

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

(22) "The EU's constitutional fabric is woven with elements of national constitutional law, constitutional principles and traditions common to the member states as general principles of EU law, elements of European law, the ECHR, the case law of the European courts and sometimes of national courts, the conventions and the constitutional practice of the European institutions. It is thus composed of many elements from different origins, which may complement each other in some instances, compete for authority at other times, or are indifferent at yet others. [...] Three elements of the concept of a composite constitution can be discerned. First, the composite Constitution is a multi-dimensional Constitution, which requires regular changes of perspective. By way of example, there are several sets of rules and principles governing the relationship between national and European law, depending on the perspective adopted, national or European. Second, the European Constitution is a multi-layered or multi-level Constitution, in which national and European norms complement each other. In order to get the full picture, one will have to combine the European and the national sets of rules and norms. So for instance, establishing the role of national parliaments in the European Union, requires an analysis of the European law, and of the national law implementing the European framework. Third, the European and national law do not only complement one another, there is also an element of competition. Both claim ultimate authority, both defer to the other to some extent, and neither accepts the full supremacy of the other. Pluralist conceptions of the relationship between national and European law are very much en vogue in constitutional and European scholarship, and they offer an attractive third way over unilateral European and national perspectives. Nevertheless, these pluralist conceptions also come with a number of flaws and downsides, and do not offer practical solutions for the practical working of the European Constitution", M. Claes, "The Emergence of a European Constitution", cit., 7.

(23) G. de Burca, "The Constitutional Challenge of New Governance", *European Law Review*, 2003, 814 ss.

pensi al ruolo che ha avuto il *Social Union Framework Agreement* (SUFA) in Canada, ad esempio.

Il presente lavoro dà quindi per scontata l'esistenza di una Costituzione europea intesa come "the set of EU norms, rules and principles constituting the polity and its legal order, establishing the institutions, attributing competences to the EU and dividing it among its institutions, governing the relationship between the EU and its Member States, limiting the exercise of its competences and guaranteeing the rights of the individuals governed under it" ⁽²⁴⁾. Tale *corpus* normativo non trova sede esclusiva nelle disposizioni dei Trattati ma si compone anche di *frammenti* di giurisprudenza della Corte di giustizia (come dimostra anche la recente Dichiarazione sul primato allegata al Trattato di Riforma) e di materiali normativi nazionali (come la stessa idea di "tradizione costituzionale comune" ⁽²⁵⁾ o come il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali confermano).

Da questa definizione risulta chiaro come il diritto costituzionale europeo (così come il costituzionalismo europeo) non sia "esclusivo"; esso non rinuncia cioè allo Stato, né nel suo momento genetico (ha bisogno dei materiali normativi statali) né nella sua tensione razionalizzatrice ⁽²⁶⁾ (la costituzione come "forma del potere" ⁽²⁷⁾), mirando tutti questi principi a forgiare e limitare tanto i poteri sovranazionali quanto quelli statali ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ M. Claes, "The Emergence of a European Constitution", cit., 4.

⁽²⁵⁾ La letteratura sulle tradizioni costituzionali comuni è enorme, ma si veda, almeno: A. Pizzorusso, "Common Constitutional Traditions as Constitutional Law of Europe?", *STALS Research Paper*, 1/2008, www.stals.sssup.it/files/stals/_Pizzorusso.pdf

⁽²⁶⁾ Qui il termine razionalizzazione viene utilizzato in un significato non pienamente corrispondente a quello usato da B. Mirkin-Guetzévitch in *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Marcel Girard, Parigi, 1931. Su questo si veda: A. Pichierrri, *Tendenze costituzionali e razionalizzazione in Boris Mirkin-Guetzévitch*, Pensa editore, Lecce, 2009.

⁽²⁷⁾ F. Rubio Llorente, *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

⁽²⁸⁾ In questo senso, il costituzionalismo europeo concorre con quello statale nella generale opera di razionalizzazione del potere (articolato su più poli o livelli, di cui si scriverà in seguito) in vista della protezione di alcuni "beni" che si ritengono "fondamentali" ai vari livelli di governo. L'esempio classico è quello dei diritti fondamentali (di cui si scriverà nel IV capitolo), ma l'equilibrio intergenerazionale potrebbe essere un altro caso di studio. Si pensi alle riforme costituzionali "indotte" dal contesto internazionale e dalle strategie adottate a livello sovranazionale. Su questo si veda recentemente: R. Bifulco, "Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?", 2011, www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Bifulco.pdf.

1.3. Cosa intendiamo per “costituzionalizzazione” nel diritto europeo?

A costo di semplificare il dibattito, si potrebbe dire che con la formula “costituzionalizzazione”⁽²⁹⁾ dell’Unione europea gli studiosi intendono almeno due processi differenti, anche se strettamente legati: da un lato, la progressiva “federalizzazione” del diritto dell’Unione europea, ovvero, il progressivo spostamento del diritto comunitario, prima, e del diritto dell’Unione europea, dopo, dalla prospettiva del diritto delle organizzazioni internazionali a quella dei processi federativi, ovvero, secondo una efficace immagine, il passaggio dal principio unanimitario (proprio del diritto internazionale “classico”) al principio di maggioranza (proprio dei fenomeni aggregativi caratterizzati da perdita di sovranità o da assenza di sovranità negli attori componenti della *polity* risultante da tale processo)⁽³⁰⁾. Dall’altro, con la stessa nozione ci si riferisce frequentemente a quel progressivo processo di sensibilizzazione del diritto dell’Unione (e prima delle Comunità) alla tematica della protezione dei diritti fondamentali.

Con riferimento alla prima accezione individuata, è necessario qui precisare cosa intendere per “federalizzazione”: con questa formula ci riferisce alla nozione di *federalizing process*⁽³¹⁾, di federalismo

⁽²⁹⁾ Per esempio M. Cartabia-J.H.H. Weiler, *L’Italia in Europa*, il Mulino, Bologna, 2000, 73 ss. Sull’ambiguità della nozione di costituzionalizzazione si veda: F. Snyder, “The Unfinished Constitution of the European Union”, in J.H.H. Weiler-M. Wind (eds.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁽³⁰⁾ In questo senso, ad esempio, A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002, 159.

⁽³¹⁾ Sulla nozione di *federalizing process* si veda C.J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall, Londra, 1968; D. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1995; in Italia si vedano gli scritti di A. La Pergola sul pensiero di C.J. Friedrich: A. La Pergola, “L’empirismo nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich”, in A. La Pergola, *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e regionalismo*, Cedam, Padova, 1987, 123-182, 133 ss.; G. Bognetti, voce: “Federalismo”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. VI, UTET, Torino, 1999, 273-302; A. Vespaziani, voce: “Federalismo” (dir. comparato), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, Roma, 2007. Per quanto riguarda la letteratura americana sul fenomeno comunitario, si veda innanzitutto: P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, University of Illinois Press, Urbana, 1966. Sull’approccio comparato agli studi di integrazione europea sono fondamentali i contributi degli anni ottanta di E. Stein e M. Cappelletti: T. Sandalow-E. Stein (eds.), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1982; M. Cappelletti-M. Secombe-J.H.H. Weiler, “A General Introduction”, in M. Cappelletti-M. Secombe-J.H.H. Weiler (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, W. De Gruyter, Berlin-New York, 1985, 3-68.

come processo federativo nei termini precisati da Autori come Friedrich, Elazar e da tutti quei comparatisti americani che fin dai primi anni dell'integrazione europea hanno descritto il diritto comunitario come prodotto di un processo di natura "federale" (32).

Fra quest'ultimi va sicuramente ricordato Peter Hay che fin dagli anni sessanta ha descritto quelle "federalizing features" (33) che caratterizzano il sistema del mercato comune, dando un contributo fondamentale alla diffusione di un linguaggio comparatistico condiviso da molti studiosi americani ed europei.

Va precisato che quando tutti questi Autori scrivevano (e scrivono) di federalizzazione e federalismo europei non descrivono (o non descrivevano) le Comunità allora, o l'Unione oggi, come una federazione; al contrario, ed esempio, Hay prendeva le mosse da una nozione dinamica di federalismo, che prescinde dalla forma istituzionale della comunità politica di riferimento, distinguendo "the federal elements from the international elements" (34):

"Federal" is therefore used in an adjectival sense: it attaches to a particular function exercised by the organization and is used to denote, as to that function, a hierarchical relationship between the Communities and their members (35).

In quell'occasione Hay usava la nozione di "functional federalism" per descrivere la relazione fra il diritto nazionale e sovranazionale; nozione, questa, che può apparire come un ossimoro per uno studioso europeo, abituato alla contrapposizione federalismo/funzionalismo. In Hay, invece, tale formula serviva per sganciare la nozione di federalismo dalla "forma istituzionale" – federazione, confederazione o altro – dell'organizzazione di riferimento.

Difatti nel suo capolavoro, *Federalism and Supranational Organizations*, Hay riscontrava le analogie esistenti fra federalismo e sovranazionalismo (36): secondo Hay il sovranazionalismo è connesso

(32) Per esempio: P. Hay, "Supremacy of Community Law in National Courts. A Progress Report on Referrals Under the EEC Treaty", *American Journal of Comparative Law*, 1968, 524 ss.

(33) P. Hay, "Supremacy of Community Law", cit., 524-551.

(34) P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, cit., 90.

(35) P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, cit., 90.

(36) Sull'approccio sovranazionale all'integrazione europea, si veda quanto scritto da M. Avbelj, "The Pitfalls of (Comparative) Constitutionalism for European Integration", *Eric Stein Working Paper*, 2008, www.csesp.cz/en/: "These narratives are then rejected as inadequate by a group of the so called autonomous sui generis

so all'idea di federalismo, essendo entrambi i concetti basati su un trasferimento di poteri dallo Stato ad un'entità superiore⁽³⁷⁾.

Anche grazie a tale distinzione fra federazione/Stato federale e federalismo, possiamo comprendere cosa intende Weiler quando afferma:

The Community is not destined to become another America or indeed a federal state. But I am convinced that the relevance of the federal experience to Europe (and the European experience to any novel thinking about federalism in the United States and other federations) will become increasingly recognized⁽³⁸⁾.

Queste righe ben riassumono quello che si potrebbe definire il filo conduttore di tutta l'opera di Weiler, che scrive di "Sonderweg"⁽³⁹⁾ europeo, esaltandone la peculiarità, utilizzando però, allo stesso tempo, tutto l'apparato concettuale della dottrina costituzionalistica americana.

Il pioniere di tale approccio è stato indubbiamente Stein, che, nato in Cecoslovacchia 8 luglio 1913, dopo la seconda guerra mondiale

narratives that perceive the integration as a novel legal and political phenomenon which is distinct both from the state as well as from the international organization and therefore requires a different approach, which was originally baptized as supranationalism. The supranational narratives, again, have many faces. They conceive of integration, following the ordo-liberal ideals, exclusively as a common market, or contrastingly as a regulatory entity charged with supplementing the member states' declining regulatory capacity; or as a supranational polity with constitutional-like features that would not shy away from the classical policies and objectives of the state and yet it would simultaneously remain distinct from it".

(37) P. Hay identifica sei elementi chiave che costituirebbero il nucleo del sovranazionalismo: "1) Independence of the organization and of its institutions from the member states; 2) [...] the ability of an organization to bind its member states by majority or weighted majority vote; 3) [...] the direct effect of law emanating from the organization on natural and legal persons in the member states, i.e., a binding effect without implementation by national legislative organs; 4) [...] supranationalism, at least in its present European form, involves a transfer of sovereign powers from the member states to the organization; 5) [...] supranationalism depends on the extent of functions, powers, and jurisdiction attributed to the organization; 6) Finally, supranationalism has been defined in terms of the institutions with which the European Communities have been equipped. This suggestion does not draw support from an existence of a Council and a Commission because all international organizations which are more than mere treaty arrangements, alliances, or associations, must necessarily have policy-making or administrative organs or both", P. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, cit., 61 ss.

(38) J.H.H. Weiler, "Eric Stein: A Tribute", *Michigan Law Review*, 1984, 1160-1162, 1161.

(39) J.H.H. Weiler, "Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg", 2000, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/00/001001.html> cit.

diventò professore di diritto internazionale e co-direttore degli studi di diritto internazionale e comparato presso la *Michigan Law School*, iniziando così la sua incredibile carriera accademica in giro per il mondo (Uppsala, Bruxelles, Firenze, Londra, Stanford), trovando proseliti su entrambe le sponde dell'Atlantico e diventando un punto di riferimento, sia per studiosi europei, che nordamericani⁽⁴⁰⁾.

Com'è stato sottolineato da Weiler, "he has used this distance to maintain a constant overall synthetic view of the Community"⁽⁴¹⁾; i suoi saggi sul tema sono stati raccolti (soprattutto) nel libro *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*⁽⁴²⁾, e proprio la prima parte di questo lavoro contiene il suo grande "classico" *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*⁽⁴³⁾, il cui *incipit* è ormai famosissimo:

Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with the benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe⁽⁴⁴⁾.

Da questo famosissimo passaggio si può ancora di più notare la "vicinanza" fra federalizzazione e costituzionalizzazione e la conferma che entrambi questi processi siano in qualche modo dovuti al progressivo allontanamento dalla matrice internazionalistica delle Comunità.

Stein infatti viene comunemente considerato il primo autore ad avere concettualizzato l'idea delle Comunità come una struttura costituzionale dai tratti simili a quelli di un sistema federale⁽⁴⁵⁾, ed un esempio evidente dell'influenza dei suoi studi si può trovare nello

(40) Un caso simile ma meno conosciuto, è quello di un allievo di H. Kelsen, J.L. Kunz, che negli anni cinquanta scrive alcuni interessanti articoli sull'*American Journal of International Law*, fra cui ricordiamo: J.L. Kunz, "Supranational Organs", *American Journal of International Law*, 1952, 690-698; J.L. Kunz, "General International Law and the Law of International Organizations", *American Journal of International Law*, 1953, 456 ss.; J.L. Kunz, "Treaty Establishing the European Defence Community", *American Journal of International Law*, 1953, 275 ss.

(41) J.H.H. Weiler, "Eric Stein: A Tribute", cit., 1161.

(42) J.H.H. Weiler, *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000.

(43) E. Stein, "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", originariamente pubblicato sull'*American Journal of International Law*, 1981, 1-27.

(44) E. Stein, "Lawyers", cit., 1.

(45) E. Stein, "Lawyers", cit.

storico dibattito con Oliver che ha, nei fatti, rappresentato il primo tassello della disputa circa la natura delle Comunità europee.

Nelle sue lezioni, tenute presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1974, Oliver si interrogò sulla possibilità di avere un *treaty-based federalism*. A questo tema entrambi gli Autori dedicarono alcuni studi⁽⁴⁶⁾, inaugurando il dibattito sulla natura dei Trattati originari (meri trattati internazionali o Costituzione europea?). Si tratta solo di uno degli esempi, forse il più eclatante, dell'influenza che la dottrina americana ha avuto nella costruzione della specialità comunitaria⁽⁴⁷⁾.

Più in generale, gli studi di Stein sulla Corte di giustizia sono diventati un punto di riferimento per molte generazioni di studiosi e studenti. Nel 1982, assieme a Sandalow, curò uno studio in più volumi intitolato *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*⁽⁴⁸⁾, che ha rappresentato il primo modello per la "Integration through law scholarship".

In poche parole, come anche Hartley⁽⁴⁹⁾ ha riconosciuto, Stein è il maestro comune nel campo degli studi comparatistici fra Comunità europee e Stati Uniti.

Tornando alla polisemia del concetto di "costituzionalizzazione", la sua declinazione in termini di progressiva "federalizzazione" (nei termini sopra ricordati) è solo uno dei due significati che possono essere attribuiti a tale formula; dall'altro lato, infatti, per "costituzionalizzazione" si può intendere anche la progressiva "umanizzazione" (i. e. progressiva affermazione della *issue* dei diritti fondamentali a livello sovranazionale) di un diritto nato per regolare il mercato comune⁽⁵⁰⁾.

Si tratta di un processo molto noto (di cui si scriverà anche nel

⁽⁴⁶⁾ E. Stein, "Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at the Hague Academy", *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 897 ss., commentando il *paper* di C. Oliver, "The Enforcement of Treaties by a Federal State", *Rec. des Cours*, 1974, 331 ss.

⁽⁴⁷⁾ Su questo si rinvia all'analisi contenuta nel saggio di N. Aroney, "Federal Constitutionalism/European Constitutionalism in Comparative Perspective", *TC Beirne School of Law Research Paper*, University of Queensland, 2002, www.ssrn.com/abstract.

⁽⁴⁸⁾ T. Sandalow-E. Stein (eds.), *Courts and Free Markets*, cit.

⁽⁴⁹⁾ T. Hartley, "Federalism, Courts and Legal Systems: the Emerging Constitution of the European Community", *American Journal of Comparative Law*, 1986, 229 ss.

⁽⁵⁰⁾ K. Lenaerts, "Fundamental Rights in the European Union", *European Law Review*, 2000, 575 ss.

capitolo IV⁽⁵¹⁾) ma che ha portato con sé l'idea della necessaria "razionalizzazione" del sistema dei poteri a livello sovranazionale e del superamento del *deficit* democratico, nella convinzione che quest'ultimo sia in realtà parte di un più generale *deficit* costituzionale⁽⁵²⁾.

È ovviamente ascrivibile a questo secondo modo di intendere la costituzionalizzazione lo spirito che ha caratterizzato l'esperienza delle Convenzioni, fallito, come noto, con l'affossamento del Trattato Costituzionale e con l'approvazione di quello che alcuni⁽⁵³⁾ hanno definito come un "mero" *Post-Constitutional Treaty*, il Trattato di Riforma.

Più in generale è possibile rintracciare nelle vicende sulla "natura" della Carta di Nizza⁽⁵⁴⁾— nella sua redazione, proclamazione e

⁽⁵¹⁾ In maniera sintetica si veda quanto ricordato da A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit., 17 ss.

⁽⁵²⁾ Sul *deficit* costituzionale dell'UE: R. Bellamy, "Still in Deficit: Rights, Regulation and Democracy in the EU", *European Law Journal*, 2006, 725-742; B. Crum, "Tailoring Representative Democracy to the European Union: Does the European Constitution Reduce the Democratic Deficit?", *European Law Journal*, 2005, 452-467; A. Follesdal-S. Hix, "Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik", *Journal of Common Market Studies*, 2006, 533-562; G. Majone, "Europe's 'Democratic Deficit': The Questions of Standards", *European Law Journal*, 1998, 5-28; A. Moravcsik, "In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union", *Journal of Common Market Studies*, 2002, 603-24; J.H.H. Weiler, "Bread and Circus: The State of European Union", *Columbia Journal of European Law*, 1998, 224 ss.

⁽⁵³⁾ A. Somek, "Postconstitutional Treaty", *German Law Journal*, 2007.

⁽⁵⁴⁾ Per un commento alla Carta si vedano, fra gli altri, R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001; P. Costanzo (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali*, De Ferrari, Genova, 2002; K. Feus (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Text and Commentaries, Constitution for Europe*, Federal Trust Series 1, Logan Page, Londra, 2000; G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, éd. du Seuil, Paris, 2001; "House of Commons, Human Rights in the EU: The Charter of Fundamental Rights", *Research Paper*, 00/32, 2000; si vedano anche i numeri speciali delle seguenti riviste: *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Volume 12, Issue 1 e 2, (con contributi di Benoit-Rohmer, Jacqué, Fischbach, Dietmar, Wachsmann, Simon, Sudre, De Schutter e Tulkens) *Maastricht Journal of European e Comparative Law*, Volume 8, Issue 1, 2001 (con contributi di Wouters, Willem, Verhey, Gijzen, Lemmens, Besselink, de Witte, de Smijter, Lenaerts, van Ooik e Curtin), *European Review of Public Law*, Vol. 13, No. 3, 2001. Per una esaustiva bibliografia sulla Carta si veda: www.arena.uio.no/cidel/cwatch/bibliography.html; A.J. Menéndez, "Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Arena Working Paper*, 01/13, www.arena.uio.no/publications/wp01_13.htm. Sempre sulla Carta si veda: V. Sciarabba, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008. Per un'introduzione al "diritto costituzionale europeo" si vedano: R. Arnold, "The Emergence of European Constitutional Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007,

poi nella sua entrata in vigore alla stregua di un documento vincolante – l’apice di questo secondo processo di costituzionalizzazione.

In questo senso, si potrebbe dire che il primo grande impatto della Carta è stato quindi di natura “mediatica”, avendo suscitato interesse per un fenomeno giuridico che – sempre soprattutto nell’Europa continentale – era stato studiato quasi esclusivamente dagli internazionalisti.

La Carta ha dato nuova vita al dibattito sulla scrittura di una Costituzione europea⁽⁵⁵⁾ e alla possibilità di avere un vero e proprio *Bill of Rights* a livello europeo⁽⁵⁶⁾, data la natura codificatoria di gran parte della giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, fungendo, in tale modo, anche da limite alle logiche pretorie dell’integrazione.

Del resto, sebbene questo documento non fosse vincolante da un punto di vista giuridico in senso stretto, fin dall’inizio la sua proclamazione ha incoraggiato il dibattito fra giuristi, coinvolgendo davvero gli studiosi di diritto costituzionale e pubblico interno, e non è un caso che all’indomani della proclamazione della Carta quasi tutti i costituzionalisti e pubblicisti in generale – almeno in Italia, Francia e Spagna – abbiano cominciato a discutere della possibilità di un diritto costituzionale europeo.

Questo ha scatenato anche le note polemiche fra i c.d. “neo-com” (i presunti “neofiti” del dibattito europeo) e coloro che il diritto

www.ejcl.org/113/article113-26.pdf; S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Longman, Londra, 2002; J. Bast-A. von Bogdandy (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2005; A. Rosas-L. Armati, *EU Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2010; K. Lenaerts-P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Thomson Sweet & Maxwell, Londra, 2005; F. Palermo, *La forma di Stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005; P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2010; R. Bin-P. Caretti, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2009; N. Walker, “After the Constitutional Moment”, 2003, www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/32_03.pdf; N. Walker, “The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: The Case of EU”, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=837106.

⁽⁵⁵⁾ C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, il Mulino, Bologna, 2002.

⁽⁵⁶⁾ D. Grimm, “Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell’ottica della critica dell’ipotesi di una Costituzione europea”, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 15 ss.; F. Mayer, “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, 194-195; V. Skouris, “La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nella prospettiva dell’adozione di una Costituzione europea”, in L.S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Constituzione, verso una nuova architettura dell’Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2004, 254 ss.

dell'Unione (o meglio, delle Comunità) lo avevano sempre studiato⁽⁵⁷⁾.

Inoltre, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Corte aveva cominciato a citare la Carta⁽⁵⁸⁾ e, siamo sicuri, nemmeno i cosiddetti *opt out* di Regno Unito e Polonia (che veri *opt out* in realtà non sono, come vedremo nel III capitolo) arresteranno l'uso di questo documento, già utilizzato dalla Corte di giustizia in più di un caso all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁽⁵⁹⁾.

Avendo ricordato i possibili significati che in letteratura si ritrovano del concetto di "costituzionalizzazione", è possibile fare qualche considerazione più specifica e critica che permetterà di introdurre una distinzione chiave nell'economia del volume: quella fra costituzionalismo evoluzionista e costruttivista.

Innanzitutto, dando un'occhiata all'enorme letteratura sul c.d. "fallimento costituzionale", specialmente all'indomani del rigetto referendario del Trattato Costituzionale, l'impressione è quella di avere a che fare soprattutto con il secondo dei "significati" ricordati; ciò è anche coerente con uno degli altri prodotti della retorica sulla natura *sui generis* dell'Unione che ha portato a trascurare tutti quei filoni di taglio comparativo che, concependo "costituzionalizzazione" come "federalizzazione", finivano per comparare le Comunità a contesti propriamente federali (e di questo si scriverà nel capitolo III).

In secondo luogo e sempre partendo da questa artificiale distinzione (federalizzazione *versus* umanizzazione), è possibile "tagliare" l'enorme dibattito sulla costituzione europea ricavando altre due utili "dicotomie": mentre per gli Autori interessati al secondo tipo di costituzionalizzazione (umanizzazione) la "costituzione" europea è un dato problematico, da costruire attraverso una politica di coinvolgimento e di razionalizzazione (quella che sarà chiamata in questo libro la "European mega constitutional politics"), insomma, un concetto

⁽⁵⁷⁾ A questo proposito è da ricordare la polemica fra Conforti e Amato. Si veda: B. Conforti, "La dottrina del diritto comunitario: questa sconosciuta", *Diritto dell'Unione europea*, 2004, 1-4, e A. Tizzano, "I'neocoms' e la scoperta del diritto comunitario", *Diritto dell'Unione europea*, 4-6. L'articolo di Amato è: G. Amato, "Verso la Costituzione europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 291-300.

⁽⁵⁸⁾ Su questo si veda il saggio di O. Pollicino-V. Sciarabba, "La Carta di Nizza oggi, tra 'sdoganamento giurisprudenziale' e Trattato di Lisbona", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 101-124.

⁽⁵⁹⁾ Ad esempio, C-92 e 93/09, *Volker und Markus Schecke*, www.curia.europa.eu. Su questo si veda P. Bianchi, "Il parametro superfluo. La carta di Nizza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia", in G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2010, 145-163.

di politica “costruttivista”, come si proverà a spiegare nel corso del volume; dall’altro lato, tutti coloro che si sono interessati o che hanno scritto di “costituzionalizzazione” europea nel primo dei due significati individuati, danno o hanno dato per scontato l’esistenza di una costituzione europea, concependola come un dato di fatto da cui partire e su cui operare eventualmente in un momento successivo, spesso scorgendo nell’esperienza del costituzionalismo “convenzionale” (i.e. delle Convenzioni) forti elementi di retorica ⁽⁶⁰⁾.

Da questa seconda “dicotomia” è possibile, infine, ricavarne una terza: mentre per gli studiosi di costituzionalizzazione nel secondo dei significati ricordati, il fallimento del Trattato Costituzionale ha segnato la fine di ogni possibile ambizione costituzionale a livello sovranazionale, per gli studiosi della costituzionalizzazione nel primo significato ricordato (federalizzazione), il fallimento del Trattato Costituzionale non va letto in maniera così radicale, dato che una costituzione europea esisteva, esiste e continuerà ad esistere a dispetto di quanto accaduto al Trattato Costituzionale.

Come si cercherà di argomentare nelle seguenti pagine, la prima delle distinzioni ricordate, quella fra costituzionalizzazione come federalizzazione e costituzionalizzazione come “umanizzazione” può in realtà essere ricondotta a due modi diversi di concepire “l’ordine” prodotto dal processo di costituzionalizzazione; da qui il tentativo di distinguere un concetto “costruttivista” e uno “evoluzionista” di ordine costituito ⁽⁶¹⁾.

La distinzione, ovviamente, richiama Hayek ⁽⁶²⁾ e i suoi studi: si tratta, come vedremo, di una distinzione molto utile dal punto di vista descrittivo anche se non esente da critiche, come gli studiosi di Hayek hanno ricordato negli anni e come si vedrà nel corso del capitolo.

⁽⁶⁰⁾ J.H.H. Weiler, “In Defence of the Status quo: Europe’s Constitutional Sonderweg”, in M.Wind-J.H.H.Weiler (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, cit., 7-24.

⁽⁶¹⁾ Anche qui, a costo di ribadire l’ovvio, conviene dire che si tratta solo di una delle tantissime classificazioni possibili. Questo spiega perché alcuni Autori – come Albertini, ad esempio, con la sua teoria del “gradualismo costituzionale” (M. Albertini, “Elezione europea, governo europeo e Stato europeo”, in M. Albertini, *Una rivoluzione pacifica. Dalle nazioni all’Europa*, il Mulino, Bologna, 1999, 225 ss.) – possano risultare difficilmente riducibili a tale schematizzazione.

⁽⁶²⁾ A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1, *Rules and Order*, Routledge, Londra, 1973, 5.