

# IL COSTITUZIONALISMO NELLA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE: IL CASO EUROPEO\*.

MAURICIO FIORAVANTTI  
*Universidad de Estudios de Firenze*

## RESUMEN

En el presente trabajo el autor plantea que históricamente es posible reconocer una “doble vocación” en el constitucionalismo: la primera: la construcción de limitaciones y salvaguardas en oposición al poder soberano, en defensa de esferas de autonomía y derechos; y la segunda: la participación en la construcción de ese poder, con el elemento del consentimiento, y con el evidente propósito de garantizar mejor las mismas esferas y los mismos derechos dentro de la dimensión del poder soberano. Se trata, en consecuencia, de los dos movimientos del constitucionalismo: la resistencia y la participación. Señala que en el constitucionalismo de nuestro tiempo, caracterizado por la tendencia irreversible a salir de los confines estatales y nacionales, para construir un ordenamiento en el plano supranacional, se evidencia igualmente esa “doble vocación” razón por la que una de ellas –la relativa a los derechos– no puede ignorar a la otra –la relativa a la política–.

Palabras clave: *constitucionalismo - límites - poder soberano - resistencia - participación - doble vocación*

## ABSTRACT

In this paper the author argues that, historically, it is possible to recognize a “dual purpose” in constitutionalism the first: the construction of limitations and safeguards in opposition to sovereign power, in order to defend spheres of autonomy and rights, and the second: participation in the construction of such power, with the element of consent and the obvious purpose to better ensure the same spheres and rights throughout the scope of sovereign power. It is about, in consequence, of the two movements of constitutionalism: the resistance and participation. The author notes that the constitutionalism of our time, characterized by the irreversible tendency to leave the state and national boundaries, in order to build a system at an international level, is also an evidence of this “dual purpose”, being the reason why one of them –concerning the rights, can not ignore the order– the relative with politics.

## 1. LA DOPPIA VOCAZIONE STORICA DEL COSTITUZIONALISMO

Prima di collocare il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale, ed in particolare in quella europea, è necessario, in via preliminare, chiarire cosa s'intenda per 'costituzionalismo', prima di tutto sul piano storico. Si deve quindi prendere le mosse dalla storia. Fissiamo subito

un punto. Il costituzionalismo, per quanto ricco di riferimenti, nello svolgersi del suo percorso, a problematiche proprie dell'età medievale, o a modelli dell'età antica, appartiene per intero all'età moderna. Più precisamente, esso rappresenta il *secondo lato* dello Stato moderno europeo. Se immaginiamo lo Stato moderno europeo come una figura a due lati, possiamo collocare sul primo la ben nota tendenza, che si apre all'incirca in Europa nel XIV secolo, alla concentrazione del potere sul territorio, con particolare riferimento ai poteri d'*imperium*, al potere di esigere i tributi, di dire la giustizia, di chiamare alla armi; e sul secondo lato la parallela tendenza, che è proprio quella del costituzionalismo, a circoscrivere quei poteri, ad offrire e determinare limiti e garanzie, e ad introdurre inoltre, entro questo processo storico, l'elemento della partecipazione e del consenso, con la progressiva costruzione delle assemblee rappresentative<sup>1</sup>.

Ciò che dunque caratterizza lo Stato moderno europeo, e la tradizione costituzionale che ne deriva, è questa complessità, che nel concreto della esperienza storica significa continua intersecazione tra i nostri due lati. Infatti, da una parte, la costruzione del potere sovrano dovrà continuamente misurarsi con le forze particolari, e mentre si espande dovrà anche accettare limiti ed offrire garanzie, né potrà facilmente imporsi prescindendo dall'elemento della partecipazione e del consenso; e dall'altra, sul versante più propriamente costituzionalistico, quelle medesime forze particolari, spesso legate all'antico mondo dei ceti, ma anche a quello nuovo delle città, lotteranno per mantenere un loro spazio garantito, ma sempre più con la consapevolezza di appartenere ad un intero politico più ampio, entro cui cercheranno perciò di inserirsi, dando al suo processo di costruzione il loro contributo, il loro consenso, la loro partecipazione.

Non si insisterà mai abbastanza sulla rilevanza di queste origini più remote del costituzionalismo europeo, nei lunghi secoli della prima età moderna, precedenti il diciottesimo secolo e le rivoluzioni. E' infatti in questi secoli che si costruisce progressivamente la *doppia vocazione* del costituzionalismo europeo: da una parte a costruire limiti e garanzie da opporre al potere sovrano, in difesa delle proprie sfere di autonomia e dei propri diritti, dall'altra a partecipare alla costruzione di quel potere, con l'elemento del consenso, e con l'evidente finalità di meglio garantire quelle medesime sfere e quei medesimi diritti, entro la nuova dimensione del potere sovrano. Sono questi i due movimenti del costituzionalismo: *resistenza e partecipazione*.

Questa doppia vocazione si trasferisce poi, in una fase successiva, ormai dominata sul piano della riflessione filosofica dalla idea integralmente moderna dei diritti individuali, entro il grande contenitore del giusnaturalismo e del contratto sociale, a partire dal diciassettesimo secolo. Infatti, se è vero che in questa nuova fase, i diritti, che ora sono riferiti all'individuo in quanto tale, sono pensati come diritti naturali, già esistenti nello stato di natura, essenzialmente per renderli indisponibili da parte del potere politico, è anche vero che da quello stato di natura si deve comunque uscire, con il contratto sociale, ovvero istituendo l'autorità politica, che nasce proprio con il compito di garantire quei diritti, di renderli concretamente e positivamente esistenti. Non è possibile affermare la prima strategia rifiutando la seconda, e viceversa. I diritti vengono opposti al potere politico, e nello stesso tempo vengono garantiti attraverso il potere politico. Entrambe le mosse sono necessarie, in pari misura, nella logica del costituzionalismo. Si tratta quindi di una tensione insita nel costituzionalismo, che si riproduce anche nella sua versione giusnaturalistica: da una parte, i diritti degli individui vengono opposti al potere politico come diritti naturali, dall'altra gli individui affermano i loro diritti come diritti positivi costruendo insieme il potere politico. Ciò vale ancora di più sotto il profilo della uguaglianza: si è uguali, contro le antiche realtà di ceto, perché si è tutti uomini, prima della

<sup>1</sup> Per la vicenda dello Stato moderno in Europa, si vedano i saggi contenuti in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di FIORAVANTI M., Roma-Bari: 2002.

società politica, ma nello stesso tempo si è uguali perché si è tutti sottoposti alla medesima autorità politica, perché tutti apparteniamo a quella determinata unità politica sovrana, a quel popolo, a quella nazione, che è la nostra perché insieme l'abbiamo costruita.

Alle soglie della Rivoluzione, questa duplicità era ben evidente. La ritroviamo nella stessa Dichiarazione dei diritti dell'89. Il costituzionalismo che la sorregge ha infatti quella medesima doppia vocazione, che già conosciamo. Da una parte, conduce ad affermare la priorità dei diritti: "Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti", recita l'articolo primo; ed il successivo articolo secondo sembra confermare questa linea: "Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo", come se quella 'associazione politica', istituita mediante il contratto sociale, non potesse far altro che 'conservare' ciò che ad essa preesiste, ovvero gli stessi diritti naturali, e dunque, al massimo, perfezionare il loro esercizio in concreto. Ma nella Dichiarazione c'è anche l'altro lato del nostro costituzionalismo, quello che fa derivare i diritti dalla appartenenza ad una concreta unità politica sovrana, ad una nazione, ed in definitiva dalla legge, che quella sovranità esprime. Già più volte si è osservato a questo proposito come nella Dichiarazione compaia una sola volta la parola 'costituzione', e ben nove volte la parola 'legge', e sempre in luoghi decisivi, proprio sotto il profilo della garanzia dei diritti. Così è soprattutto nei due grandi articoli 'politici' della Dichiarazione, il terzo ed il sesto, nei quali i concetti di 'sovranità' e di 'volontà generale' sono posti alla base di un'unità politica nuova, che è la nazione, protesa a cancellare i vecchi privilegi, e dunque ad affermare il principio di uguaglianza, ovvero i medesimi diritti per tutti i cittadini. I due lati sono parimenti necessari. La Dichiarazione sarebbe perciò, in conclusione, completamente stravolta se si elidesse del tutto uno dei due lati: quello universalistico e giusnaturalistico dei diritti dell'uomo, che tende ad opporre i diritti al potere sovrano, e quello che fa derivare i diritti da una concreta appartenenza politica, e dunque dalla uguale sottoposizione di tutti a quel medesimo potere, alla medesima autorità politica.

I diritti della Dichiarazione vivono dunque entro questa tensione, e non poteva essere altrimenti. Era la stessa matrice da cui proveniva la Dichiarazione ad essere doppia. E la stessa Rivoluzione non poteva rinunciare né al lato universalistico dei diritti dell'uomo, che rappresentava comunque il fondamento primo del principio di uguaglianza contro i privilegi dell'antico regime, né alla forza della legge positiva e della volontà generale, necessaria per instaurare in concreto il nuovo regime. Ciò che può apparire una contraddizione insanabile sul piano logico – si hanno diritti prima e contro il potere sovrano e nello stesso tempo si hanno diritti in conseguenza della legge espressione di quel potere, e grazie ad essa – era invece perfettamente comprensibile nella realtà storica della Rivoluzione.

Se mai, rimane da chiedersi se questa eredità della Rivoluzione sia rimasta viva. Nel mezzo, tra la Rivoluzione e noi, si pone la grande esperienza post-rivoluzionaria dello Stato liberale di diritto. Al culmine di quella esperienza, proprio all'inizio del ventesimo secolo, Georg Jellinek, uno dei maggiori giuristi europei, definiva così la Costituzione:

"La Costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, ed infine la posizione fondamentale del singolo di fronte allo Stato"<sup>2</sup>.

Questa definizione esprime bene la misura della distanza che ormai intercorre rispetto al costituzionalismo della Rivoluzione. Ogni dualità sembra scomparsa. Al suo posto, abbiamo

---

<sup>2</sup> JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: 1900, rist. 1919, III, 15, p. 506.

ora un monolite, che è lo Stato nazionale sovrano. Di fronte ad esso, in quanto soggetto politico sovrano, non è più consentita alcuna esistenza autonoma. Lo Stato nazionale sovrano non tollera alcuna alterità. E la stessa costituzione è infatti, nella definizione di Jellinek, tutta interna allo Stato. E' rappresentabile, in quella logica, come sua articolazione, che individua gli organi, disegna la forma di governo, ed infine traccia anche dei limiti, ponendo il presupposto essenziale per l'esistenza dei diritti. Non è più possibile il noto doppio movimento del costituzionalismo, perché i diritti non possono più in alcun modo rappresentare un *prius*, un dato originario, opponibile in quanto tale al potere sovrano, allo stesso Stato. Rispetto alla Rivoluzione, è eliso del tutto il lato giusnaturalistico ed universalistico. Dei due movimenti, rimane ormai solo il secondo. I diritti divengono così un esito, un risultato, si collocano in uno spazio che alla fine appare come autonomo, ma che in realtà ha la sua origine nella auto-limitazione del potere sovrano.

E' questa la stagione del diritto pubblico statale, e del positivismo giuridico d'impronta statualistica. E' secondo noi una stagione europea, che attraversa tutto il continente. Ovviamente, sono ben diverse le esperienze politiche e costituzionali sul piano nazionale. Il *rule of law* britannico è certamente diverso dal *Rechtsstaat* dei tedeschi, o dalla Repubblica dei francesi<sup>3</sup>. Ma c'è nondimeno un dato comune: è l'affermazione in senso monistico del principio di sovranità, che diviene poi, con tutte le differenze del caso, sovranità del parlamento in Inghilterra, dello Stato in Germania, delle istituzioni repubblicane in Francia. Così, proprio in Francia, quando si arriverà a celebrare il primo centenario della Rivoluzione, la prospettiva di una normatività primaria, in cui sono espressi i diritti fondamentali, apparirà nella cultura politica e giuridica quasi del tutto tramontata, e la stessa Dichiarazione dell'89 sembrerà frutto di un tempo storico ormai trascorso. Esisteva ormai solo il diritto positivo statale della Repubblica, e solo da esso, e dalla autorità della sua fonte positiva, dipendevano i diritti degli individui e dei cittadini. Ed anche in Inghilterra, la proclamata sovranità del parlamento aveva dietro di sé la lunga tradizione, anche specificamente inglese, della polemica contro le metafisiche rivoluzionarie dei diritti naturali. Se gli inglesi avevano un buon livello di garanzia dei diritti, grazie al *rule of law*, ed alla riserva di giurisdizione, era perché da sempre avevano diffidato di quelle metafisiche.

Più in generale, si diffuse in Europa, in questi decenni della seconda metà del diciannovesimo secolo e dell'inizio del secolo successivo, la convinzione che il carattere dualistico del costituzionalismo fosse da riconnettere a fattori storici che ormai erano definitivamente trascorsi: prima, con riferimento al passato più remoto, alla assenza dello Stato sovrano, che consentiva alle forze particolari di mantenere le loro sfere di autonomia, e poi, con riferimento al tempo più vicino, alla esigenza della Rivoluzione di avere un *prius* su cui far leva contro l'antico regime. Ma ora che lo Stato sovrano si era affermato, e che la Rivoluzione era conclusa, non vi era più motivo alcuno di ricollegarsi a quella tradizione. Del resto, lo Stato sovrano si affermava in forma di Stato di diritto, e questo avrebbe come tale garantito ai diritti un'esistenza sicura, senza più bisogno di ricorrere ad una loro fondazione altrove, su un piano anteriore e superiore rispetto a quello del diritto statale. I diritti ora non erano altro che ciò che risultava da una pronta, sicura ed uniforme applicazione della legge dello Stato. I diritti esistevano insomma solo ed esclusivamente sul piano statale, e nazionale. Ed il costituzionalismo si occupava ormai della loro tutela solo attraverso le norme dello Stato nazionale. I diritti dell'uomo erano lontani. Sembravano consegnati definitivamente al piano della riflessione filosofica, troppo distante dalla pratica quotidiana della violazione e della garanzia.

<sup>3</sup> Si vedano i saggi contenuti in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano: 2002.

## 2. LE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE DEL NOVECENTO E L'EUROPA

Nell'età degli Stati nazionali sovrani, il costituzionalismo sembrava aver smarrito una delle sue due vocazioni storiche. Più precisamente, sembrava aver perso una doppia attitudine: ad opporre i diritti al potere, e a concepire i diritti su un piano universale, come diritti dell'uomo. I due aspetti avevano in comune questo dato di fondo: che sembrava ormai impossibile pensare *i diritti oltre lo Stato*, e dunque prima dello Stato, ed eventualmente contro la legge dello Stato. Ma gli Stati nazionali non riuscirono a racchiudere completamente la problematica dei diritti entro il proprio recinto. A metà del ventesimo secolo, trascorsi i regimi totalitari, con le Costituzioni democratiche del dopoguerra, la partita si aprì di nuovo.

Sarebbe sbagliato a questo proposito parlare di una rivincita del giusnaturalismo. Si tratterebbe anzi di un errore grave, che condurrebbe ad un'interpretazione del tutto distorta delle nuove Costituzioni, compresa quella italiana del 1948. Ma nello stesso tempo si deve parimenti sottolineare come proprio quelle Costituzioni riscoprano, trascorsa l'epoca del positivismo statualista, i due lati del costituzionalismo, rifiutando la precedente riduzione al solo lato statale e nazionale. Certo, quelle Costituzioni sono anche Costituzioni nazionali, che nascono dalle rispettive storie nazionali. Ma lo Stato che esse fondano, e contengono, non è più quello nazionale sovrano del diciannovesimo secolo e della prima metà del ventesimo. E' su questo scarto che bisogna indagare<sup>4</sup>.

Due sono le grandi trasformazioni che le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra hanno avviato. In primo luogo, hanno introdotto i diritti fondamentali. Ovvero diritti conformati in modo tale da non poter essere contenuti nei confini tradizionali positivistici della autolimitazione di sovranità. Anche i diritti fondamentali sono diritti positivi perché posti dall'atto costituyente. Ma entro quell'atto sono rappresentabili come la prima mossa, come il *prius* necessario da cui tutto il resto deriva, compresi i poteri e la loro organizzazione, ovvero lo Stato stesso. Il rapporto è quindi rovesciato. Il punto di partenza non è più lo Stato, ma la Costituzione, che in primo luogo afferma i diritti. Non sono i diritti a dover presupporre lo Stato, ma è quest'ultimo a dover presupporre i primi, che per loro conto sono fondati nella Costituzione. Prima erano i diritti ad essere il semplice esito della esistenza dello Stato, della sua autolimitazione e della sua opera di garanzia con la legge. Ora è lo Stato ad essere a sua volta qualificabile come un'entità derivata, che esiste solo in quanto la Costituzione prevede i poteri di cui esso si compone, le loro rispettive attribuzioni e competenze, la composizione di quei poteri entro una forma ordinata. Lo Stato sovrano del diciannovesimo secolo, e della prima metà del ventesimo, aveva dissolto la fondazione giusnaturalistica dei diritti. Le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra hanno in un certo senso vendicato i diritti, ed hanno a loro volta avviato un processo di profonda trasformazione della eredità lasciata da quel medesimo Stato nazionale sovrano.

E veniamo ora alla seconda trasformazione, che è strettamente connessa alla prima. Rompere gli argini fissati dalla fondazione dei diritti nella autolimitazione dello Stato sovrano significava infatti necessariamente mettere in discussione anche l'aspetto della esclusività del diritto nazionale. Gli Stati nazionali sovrani erano infatti gli eredi ultimi di quella tradizione del principio di sovranità che voleva che esercitare un potere sovrano significasse essenzialmente

---

<sup>4</sup> Sul punto, si vedano i saggi contenuti in *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*, a cura di M. Salvati, Roma 2006 (Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso, Roma, 15 giugno 2005), ed in particolare quelli di P. Costa (pp. 39 e ss.), e di FERRAJOLI L. (pp. 193 e ss.), che in modo più specifico insistono sul mutamento del paradigma costituzionale, cui anche noi facciamo riferimento nel testo.

porre diritto in modo esclusivo, tale da respingere ogni altra fonte potenzialmente concorrente. Contro questa tradizione, le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra sono configurabili come testi aperti, che oltre a porre una serie di principi in modo diretto ed esplicito ne pongono altri in quanto richiamati da altre fonti, che si collocano essenzialmente sul piano sovranazionale. Così, non è da ritenere certo casuale la presenza nella nostra Costituzione degli articoli 10 ed 11, che collocano le "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" su un livello superiore a quello della legge ordinaria; mentre sul concetto di "limitazioni di sovranità" contenuto nell'articolo 11 si è fatto leva, com'è noto, per offrire copertura costituzionale alla primazia del diritto comunitario, compresa la non applicazione del diritto nazionale con esso in contrasto. Il processo in questione è in pieno svolgimento, come testimoniano due recenti sentenze, la n. 48 e la n. 49 del 2007, della Corte Costituzionale, che fondandosi sul disposto dell'articolo 117 primo comma della Costituzione, relativamente ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", hanno in sostanza attribuito ai principi contenuti nella Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, in quanto interpretati dalla Corte di Strasburgo, la rilevanza di parametro di costituzionalità, su cui poter fondare, di fronte alla Corte Costituzionale, un giudizio di costituzionalità di una legge ordinaria statale.

Certo, si potrebbe tentare di applicare la vecchia logica positivista della autolimitazione anche a questi sviluppi più recenti. Non è forse vero che le stesse Corti Costituzionali hanno segnato limiti più o meno precisi alla prevalenza delle fonti comunitarie? Ed anche nel caso da ultimo considerato non è forse vero i principi della Convenzione Europa non sono altro che norme interposte, che per funzionare da parametro di costituzionalità hanno bisogno di essere a loro volta conformi alla Costituzione nazionale? In questa linea, le Costituzioni nazionali tornano ad apparire nella loro veste tradizionale, di contenitori del bene superiore della sovranità nazionale, che in quanto tali possono essere integrate, ma solo fino al punto in cui quel bene non viene messo in discussione. Come dire: l'autolimitazione può essere estesa, anche in modo cospicuo, ma non fino al punto da divenire sostanzialmente irretrattabile, o tale da mutare i caratteri di fondo del soggetto sovrano da cui ha origine.

Stanno così oggi le cose in Europa? Noi pensiamo di no. Pensiamo che una valutazione di questo genere derivi dalla tendenza del tradizionale metodo positivista ad applicarsi oltre il suo tempo, a voler cioè per forza inquadrare nelle sue categorie le nuove realtà che si sono affermate nella seconda metà del secolo ventesimo. Come ben si vede, si tratta di un problema squisitamente storico, di valutazione sul piano storico. Chi vede solo continuità nella storia dello Stato di diritto, dalla Rivoluzione ad oggi, è portato a concludere nel senso sopra indicato, di un sostanziale mantenimento del principio di sovranità nella sua tradizionale configurazione. Chi come noi cerca di vedere anche i punti di frattura, e colloca il principale di questi proprio alla metà del secolo ventesimo, con le nuove Costituzioni democratiche, concluderà invece in una direzione diversa, che non prevede affatto l'estinzione degli Stati nazionali sovrani, ma che li colloca in un quadro più ampio, attraversato da un profondo processo di trasformazione dello stesso principio di sovranità.

Proprio sul piano storico, ciò che accade a nostro avviso alla metà del secolo ventesimo, trascorsi i regimi totalitari, e dopo aver tragicamente sperimentato la guerra e le politiche di sterminio, è l'avvio di un processo di progressivo rinnovato ampliamento dei confini del costituzionalismo, dopo la riduzione positivista al solo lato del diritto statale e nazionale. In una parola, ciò che riprende vigore è la *doppia vocazione storica del costituzionalismo*, da cui siamo partiti. Non viene certo eliminata la vocazione a costruire comuni appartenenze politiche, cui affidare anche la garanzia positiva dei diritti. Per questo motivo, il costituzionalismo europeo non abbandonerà mai il versante statale e nazionale, per lo meno fino a quando non si sarà formata un'identità politica europea altrettanto forte. Ma questo è solo il primo lato, e soprattutto oggi non è più l'unico. Con le Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra

ha infatti ripreso vigore l'altra vocazione storica del costituzionalismo, che è quella verso l'universalismo, verso la fondazione dei diritti come *prius*, anche e soprattutto rispetto al potere politico, e dunque verso la loro possibile opposizione a quel potere. Per questa ragione, non era eludibile in quelle Costituzioni l'approdo al controllo di costituzionalità, che nel precedente modello non era presente. E per questa stessa ragione, l'esperienza costituzionale del tardo ventesimo secolo e di quello nuovo si è fatta sempre più complessa, sempre meno riducibile al piano nazionale.

Ieri, i giudici avevano bisogno dei Codici, delle altre leggi vigenti, di qualche massima giurisprudenziale. Le Carte costituzionali del diciannovesimo secolo, come lo Statuto albertino, sostanzialmente non toccavano la vita pratica del diritto. Oggi, i giudici hanno bisogno di un tavolo più grande. Hanno bisogno della Costituzione e della giurisprudenza della Corte, e magari anche di quella della Corte europea di giustizia. Non è una trasformazione di poco conto. Per noi, si tratta di una trasformazione non inquadrabile nelle categorie tradizionali del positivismo d'impronta statualistica. E soprattutto, si tratta di una trasformazione che a noi pare essere espressione, a sua volta, di una tendenza storica profonda, in qualche modo irreversibile. Lo dimostrano anche le più recenti vicende europee. Ad esse ci avvicineremo ora, mantenendo però fermo il nostro approccio, che rimane quello storico-costituzionale.

### 3. IL RECENTE TRATTATO DI LISBONA. UNA VALUTAZIONE SUL PIANO STORICO-COSTITUZIONALE

La tendenza del costituzionalismo contemporaneo ad uscire dai confini statali e nazionali ha trovato di recente un arduo terreno di verifica sul piano europeo. L'obiettivo prescelto sembrava in verità ad un certo punto quello massimo: costruire sul piano europeo, e dunque sovranazionale, una vera e propria norma fondamentale, dotata di norme di principio condivise, e di una Dichiarazione dei diritti, in una parola una Costituzione. Qualcosa che in tutta evidenza sfidava la tradizione, che voleva che ogni Costituzione, per necessità, presupponesse l'esistenza di uno Stato sovrano, o quanto meno contenesse in sé un chiaro mandato costituente ad edificarlo. Nulla di tutto questo era all'orizzonte in Europa, eppure si parlava apertamente della Costituzione europea, degli inediti caratteri del processo costituente europeo, della 'Costituzione senza Stato', che sembrava prendere forma. Per quella finalità, si convocò una Convenzione e si aprì un processo che coinvolse, entro certi limiti, le classi politiche europee, la cultura giuridica, l'opinione pubblica. Ne scaturì nel 2004 un Trattato Costituzionale Europeo, che è arrivato alla fase della ratifica da parte degli Stati. Le vicende successive sono altrettanto note: la bocciatura del Trattato nei referendum francese ed olandese, il Consiglio europeo del giugno 2005, e l'aprirsi della cosiddetta 'pausa di riflessione', che è durata fino alla recente approvazione del Trattato di Lisbona.

Indubbiamente, nello svolgersi di quella pausa il progetto costituzionale europeo ha corso rischi gravissimi, e certamente qualcuno ha pensato di cogliere l'occasione per tornare indietro, al tempo della Comunità esclusivamente economica, del libero mercato come unico obiettivo comune. Ma non è stato così. A nostro avviso, quella tendenza storica complessiva, che abbiamo cercato di ricostruire, e che spinge il costituzionalismo a svilupparsi oltre i confini statali e nazionali, ha continuato ad agire, ed ha impedito un ritorno indietro senza condizioni. E' la conferma della irreversibilità di quella tendenza, ovvero della necessaria vocazione in senso sovranazionale del costituzionalismo contemporaneo. Ovviamente, quel costituzionalismo non dimentica l'altra faccia, che è quella della appartenenza politica, che ancora oggi in Europa è data dal piano statale e nazionale. Non possiamo quindi e non dobbiamo chiedere al costituzionalismo di disperdersi nelle nebbie di un indistinto universalismo, di una mera

filosofia dei diritti dell'uomo. Ma dobbiamo però nello stesso tempo renderci conto che lo stesso costituzionalismo non può più essere rinserrato nella gabbia statale-nazionale. Si tratta quindi di trovare un punto di equilibrio : affermare l'esistenza in senso normativo di un comune diritto costituzionale europeo, ma senza demolire l'altro lato dello stesso costituzionalismo, ovvero il principio della appartenenza politica, che ancora oggi pare ancorato sul piano della cittadinanza nazionale. Sapendo però che mentre l'espansione del costituzionalismo oltre i confini statale-nazionali è sul piano storico irreversibile, non vale l'inverso, ovvero è del tutto legittimo pensare che possa esservi un futuro in cui non valga più l'equazione secca tra statualità e cittadinanza, e che quindi si possa pensare ad un principio di unità politica storicamente declinato in forme non statuali, e comunque diverse da quelle che conosciamo sulla base della esperienza degli Stati nazionali del diciannovesimo e del ventesimo secolo.

Tutto questo è confermato anche da una semplice lettura del nuovo Trattato, e degli atti che lo hanno preparato. Ciò vale perfino per la più eclatante delle affermazioni contenute nel mandato rivolto il 23 giugno 2007 dal Consiglio europeo alla Conferenza intergovernativa, che avrebbe poi elaborato il testo del Trattato di Lisbona: "Il progetto costituzionale, che consisteva nella abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato 'Costituzione', è abbandonato". Quale migliore occasione, su questa base, per un completo ritorno indietro ? In realtà, non è stato così. Tutti i commentatori del recentissimo Trattato di riforma concordano infatti su questo punto centrale: che la sostanza del Trattato costituzionale del 2004 si è comunque trasfusa nel nuovo Trattato, ad iniziare dal punto d'attacco, consistente nella sostituzione ovunque del termine 'Unione' al termine 'Comunità', conseguente al riconoscimento della personalità giuridica unica dell'Unione, che succede globalmente alla Comunità<sup>5</sup>.

Non è ora il caso di condurre sotto questo profilo un'indagine serrata e ravvicinata dei contenuti del Trattato. Basterà qui conclusivamente rammentare due aspetti. Il primo è relativo alla sorte toccata a quello che era l'articolo I-6 nel Trattato costituzionale, che così recitava: "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri". Ciò che rappresentava una sorta di codificazione, o forse di semplice *confirmation*, della ben nota *primauté* del diritto comunitario, da tempo giurisprudenzialmente operante nei rapporti con le fonti interne, attraverso le giurisdizioni nazionali<sup>6</sup>. Non si mancò per altro allora di osservare come questo principio seguisse nel testo del Trattato costituzionale non per caso un altro principio speculare, contenuto nell'articolo I.5.1, che così recitava: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri di fronte alla Costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali". In quel momento esprimemmo questa situazione con la figura della ellisse, dotata di due fuochi, entrambi attivi e costitutivi della configurazione della forma intera: da una parte il diritto comunitario prevaleva sul diritto nazionale ( I.6 ), ma non fino al punto da poter demolire le 'identità nazionali', dall'altra quelle identità erano perciò preservate ( I.5 ), ma non fino al punto

<sup>5</sup> Che il punto sia rilevante lo conferma la ventiquattresima Dichiarazione allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, ispirata da una fin troppo trasparente preoccupazione nei confronti di una possibile espansione delle competenze dell'Unione conseguente al riconoscimento della sua personalità giuridica unica. La Dichiarazione così recita : " La conferenza conferma che il fatto che l'Unione abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati ".

<sup>6</sup> Sulla *primauté*, tra le più recenti riflessioni, si veda quella di CARTABIA M. "Unità nella diversità". *Il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Una Costituzione per l'Unione Europea*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati: Torino, 2006, pp. 185 e ss.

di demolire il principio comune. L'intero non poteva assorbire le parti che lo componevano, ma queste non erano più libere di ricusare l'intero. C'era dunque, dal mio punto di vista, una Costituzione in via di formazione, un processo costituente in corso<sup>7</sup>.

Ed ora, che sorte ha avuto tutto questo nel nuovo Trattato di riforma? Vi ritroviamo, con qualche modifica, quello che era l'articolo I.5.1 nel Trattato Costituzionale ( articolo 4.2 ). Ma quale sorte ha avuto l'altro articolo, quello sul primato del diritto comunitario ? E' stato, per così dire, derubricato, tolto cioè dalla sede nobile e principale dei principi fondamentali, e portato in una Dichiarazione, per la precisione la diciassettesima, allegata all' Atto finale della Conferenza intergovernativa. Così recita la Dichiarazione:

“La Conferenza ricorda che per giurisprudenza costante della Corte di giustizia della Unione europea i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza“.

Segue un parere del Servizio giuridico del Consiglio, che richiama addirittura la sentenza-madre di tale giurisprudenza, il notissimo Costa contro Enel del 15 luglio 1964. Ed allora, quale può essere la valutazione di questa operazione? Si è evidentemente temuto, dopo i referendum francese ed olandese, di mantenere sul proscenio il principio di prevalenza del diritto comunitario, ma non lo si è negato, lo si è semplice un po' nascosto dietro le quinte. Si è voluto tranquillizzare coloro che in quel principio, con la collocazione che aveva nel Trattato costituzionale, potevano leggere l'inizio di un processo costituente in senso federale, qualcosa di simile, in una parola, a ciò che era accaduto negli Stati Uniti sulla base della clausola di supremazia contenuta nell'articolo sesto della Costituzione federale. Il principio rimane però il medesimo, pur assumendo tutt'altra luce, ben meno accecante, perché portato sul terreno esclusivo, più modesto e riposto, della giurisprudenza.

Si tratta comunque di un'ipocrisia. Per dirla il più seccamente possibile : la classe politica europea lascia che i giudici facciano ciò che essa medesima non ha il coraggio di fare. Tutti sanno che per lo meno su certi terreni, come la politica estera, la politica climatica ed energetica, l'immigrazione, ma anche sul terreno dello *welfare*, dei diritti sociali, la dimensione dei problemi è certamente europea. Ma la politica preferisce navigare ancora sul piano nazionale, con una prospettiva all'esterno debole, non autenticamente sovranazionale, ed anzi assai spesso quasi esclusivamente intergovernativa<sup>8</sup>. Ma poiché la porta che conduce alla costruzione dell'ordinamento sovranazionale non può essere del tutto chiusa, ecco che coloro che sono chiamati a varcare quella porta, e quindi a mantenere viva quella prospettiva, sono i giudici. Ovviamente fino al punto che essi possono raggiungere con le loro competenze. Ma dal punto di vista storico, non v'è dubbio che si assista alla costruzione di una nuova cittadinanza, quella europea, su un piano quasi esclusivamente giurisprudenziale. E' questo il processo aperto che s'impone con la forza del costituzionalismo, ed è questo il processo che non può essere chiuso, e che neppure il Trattato di Lisbona ha potuto interrompere.

<sup>7</sup> Interessanti considerazioni in proposito in GUASTAFERRO B., *L'Unione europea e la sineddoche democratica. Riflessioni sull'Unione europea quale 'democrazia composita'*, in *Il Filangieri*, quaderno 2006, pp. 195 e ss.

<sup>8</sup> Un vero e proprio appello alle responsabilità della politica sul piano europeo è contenuto nel recente discorso del Presidente Napolitano : *Sciogliere l'antico nodo di contrastanti visioni del progetto europeo. Far emergere una nuova volontà politica comune*, *Lectio Magistralis del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, Università Humboldt, Berlino: 27 novembre 2007.

Lo stesso deve dirsi del secondo aspetto che intendiamo toccare, del resto collegato strettamente al primo. Si tratta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, della cosiddetta 'Carta di Nizza'. Anche in questo caso il bilancio è complesso. Da una parte, anche qui c'è un timore evidente, che ha preso forma soprattutto nel Protocollo sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, ovvero che la Carta, una volta dotata di sicuro valore giuridico, sia veicolo di estensione della competenza della Corte di giustizia, e degli stessi giudici nazionali, a considerare le leggi nazionali in contrasto con le fonti comunitarie, ed in particolare proprio con i diritti e con i principi fondamentali contenuti nella stessa Carta. Ecco dunque in concreto la possibile costruzione giurisprudenziale della cittadinanza europea, sentita come minacciosa nei confronti delle cittadinanze nazionali. Eppure, di nuovo, non si è potuto chiudere neppure questa porta. Si è così circondato la Carta di mille cautele, sulle quali non possiamo qui soffermarci: basterà ricordare come la prima Dichiarazione allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa, relativa proprio alla Carta, usi non a caso il verbo 'conferma' per indicare la natura non costituyente, meramente ricognitiva, della stessa Carta, che in tal modo afferma diritti che in definitiva non sono altro che quelli storicamente già noti, contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come afferma la stessa Dichiarazione. Ma l'essenziale non era evitabile. La Carta è stata così solennemente 'riproclamata' a Strasburgo il 12 dicembre scorso, per divenire atto ufficiale dell'Unione, e lo stesso Trattato di riforma ha attribuito ad essa in modo esplicito "lo stesso valore giuridico dei Trattati" ( articolo 6.1 ), che era ciò che più contava.

Così, proprio dal frangente che sembrava più problematico per il processo costituente europeo, in cui si dichiara esplicitamente –come abbiamo visto– che il progetto costituzionale è abbandonato, scaturisce la conferma inequivocabile della tendenza irreversibile del costituzionalismo del nostro tempo ad uscire dai confini statali e nazionali, a costruire ordinamenti sul piano sovranazionale.

Accade allora, certo non per caso, che la Francia, ovvero il paese di più forte tradizione legicentrica, e che con il suo no referendario aveva in sostanza fermato il cammino del Trattato costituzionale, abbia in pochissimo tempo ratificato il Trattato di Lisbona, sulla base di un parere del *Conseil Constitutionnel*, del 20 dicembre 2007, per noi di notevole rilievo<sup>9</sup>. Ciò che rileva nel parere è la implicita ma chiara ammissione che quella che potremmo chiamare 'sovranità in senso politico', che è ciò che impedisce alla Francia di ratificare un Trattato che incide sulle ben note 'condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale', se non attraverso una revisione della Costituzione, non impedisce affatto di riconoscere l'esistenza di un ordinamento giuridico sovranazionale. Così, se il parere considera necessaria la revisione costituzionale –che poi è stata in effetti realizzata– è solo perché il Trattato consente a certe condizioni di derogare dalla regola dell'unanimità. E' lì, nel momento in cui la Francia perde il suo sovrano potere di opposizione, che si ha lesione della sovranità in senso politico. Ma lo stesso parere riconosce in modo esplicito che ciò non vale sul terreno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che pure ora acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati. Sul piano storico, è un'ammissione di grande rilevanza. Significa, in una parola, che anche il giudice costituzionale francese, come gli altri giudici costituzionale europei<sup>10</sup>, muove

<sup>9</sup> Il parere riprende per altro argomentazioni già contenute nella precedente decisione del 19 novembre 2004, relativa al Trattato costituzionale, in seguito bocciato con il referendum. Ma assume un altro significato, ora che è inserito in un procedimento che questa volta ha avuto esito positivo.

<sup>10</sup> Si veda ad esempio l'analogo decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo del 13 dicembre 2004, su cui : DEL VALLE GÁLVEZ, A. *Constitucion Espagnole et Traité Constitutionnel Européen. La Declaration du Tribunal Constitucional du 13 Décembre 2004*, in: *Cahiers de droit européen*, 41, 5-6

ormai da una nozione difensiva e residuale della sovranità, che punta a riservare decisioni in certi ambiti, o a porre i cosiddetti 'controlimiti' alla penetrazione del diritto comunitario. Ma in ogni caso non è più la *sovranità della tradizione*, quella che risaliva all'articolo terzo della Dichiarazione dell'89, e che non avrebbe mai tollerato la presenza di un altro diritto, diverso da quello direttamente emanato dal potere legislativo sovrano, e rigorosamente applicato dai propri giudici.

Torniamo quindi in un certo senso al nostro punto di partenza. Il costituzionalismo ha certamente ancora a che fare con gli Stati nazionali. E non può certo rinunciare a riferirsi alla dimensione costituzionale nazionale, alle cittadinanze nazionali. Ma su quel versante non trova più un principio di unità politica necessariamente assorbente, rigidamente orientato in senso monistico. Quegli Stati si proclamano ancora 'Signori dei Trattati', si riservano una sorta di ultima decisione, o pongono limiti a difesa dei propri principi fondamentali, ma intanto consentono che si formi un ordinamento sovranazionale sempre più esteso, che li vincola in modo sempre più consistente, e che ora dispone anche di una Carta dei diritti fondamentali. C'è chi pensa che tutto questo sia ancora liberamente revocabile, come ai tempi della auto-limitazione dello Stato sovrano. Noi non lo pensiamo. Ma c'è anche chi ritiene, in un certo senso all'opposto, che questa situazione costituisca un vero e proprio punto di arrivo, entro cui non sono ormai più comunque possibili domande dirette e radicali sulla sovranità<sup>11</sup>. La nostra opinione è intermedia. Noi riteniamo che nel costituzionalismo del nostro tempo sia ben viva la 'doppia vocazione' da cui siamo partiti. Così, il costituzionalismo dei diritti, che si espande in modo irreversibile oltre i confini statali e nazionali, non potrà a lungo ignorare l'altro lato, quello della appartenenza politica. E se quella statale e nazionale non sarà più sufficiente o appropriata, si dovrà necessariamente porre di nuovo il problema sul piano europeo<sup>12</sup>.

---

(2005), pp. 705 e ss. Sul punto, avevo già svolto una riflessione in M. Fioravanti, *La forma politica europea*, di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno su "Costituzione e pluralità politica", Padova, 15-17 marzo 2007, in cui si sottolineava maggiormente il carattere monolitico della tradizione francese della 'sovranità nazionale'.

<sup>11</sup> Esempio la trattazione di JAKAB A., *Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since*, in *European Constitutional Law Review* (2006), pp. 375 e ss., che per altro non propone una vera e propria dismissione del principio storico di sovranità, ma piuttosto la sua riconsiderazione in rapporto alla dimensione costituzionale europea. In questo ambito si vedano anche: *European constitutionalism beyond the state*, a cura di J.H.H. Weiler e M. Wind, Cambridge, 2003; e *Sovereignty in transition*, a cura di N. Walker, Oxford, 2003.

<sup>12</sup> Probabilmente ragionando sul concetto di 'federazione'. Utili riflessioni in SCHÖNBERGER C., *Die Europäische Union als Bund*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129 (2004), pp. 81 e ss..